

Tesis doctoral: “Las funciones y los límites de los reconocimientos médicos en el trabajo. Un estudio de Derecho comparado”



Doctorando: Raúl Audito Fernández Toledo
Director: Prof. Dr. Fernando Luis Fita Ortega
“Programa de Doctorado en Derecho, Ciencia Política y
Criminología”

Junio de 2024

ABREVIATURAS	18
INTRODUCCIÓN.....	22
Estado de la cuestión	25
Estado de la situación en Estados Unidos.....	26
Estado de la situación en Australia	27
Estado de la situación en España	28
Hipótesis	29
Objetivos.....	30
Preguntas.....	31
Metodología	31
CAPÍTULO I: DEFINICIÓN Y FUNDAMENTO JURÍDICO DE LOS RECONOCIMIENTOS MÉDICOS EN EL TRABAJO	33
I. Definición de los reconocimientos médicos en el trabajo	33
1. Importancia de la definición de reconocimientos médicos laborales	36
1.1. Determinación de la legislación aplicable.....	36
1.2. Límites de los reconocimientos médicos	37
2. Tipos de exámenes médicos en el empleo	39
2.1. Test de alcohol en el trabajo	41
2.1.1. Principales test de alcohol.....	42
2.1.1.1. Test de alcohol en aliento.....	42
2.1.1.2. Test instantáneo en saliva	42
2.1.1.3. Test de alcohol en sangre.....	43
2.1.1.4. Test de alcohol en orina	43
2.1.1.5. Test de glucurónido de etilo (EtG)	44
2.1.2. Regulación específica de los test de alcohol en el trabajo.....	45
2.1.2.1. Regulación específica de los test de alcohol en el empleo en Estados Unidos.....	45
2.1.2.1.1. Regulación federal de los test de alcohol en el trabajo.....	45
2.1.2.1.2. Regulación estatal de los test de alcohol en el trabajo.....	47
2.1.2.2. Regulación específica de los test de alcohol en el empleo en Australia.....	48
2.1.2.3. Regulación específica de los test de alcohol en el empleo en España.....	51
2.2. Test de drogas en el trabajo	54

2.3. Test genéticos en el trabajo	56
2.4. Detector de mentiras. Discusión.....	58
2.5. Test psicológicos	60
2.5.1. <i>Test de habilidad</i>	61
2.5.2. <i>Test de personalidad</i>	61
2.5.3. <i>Determinación de los test psicológicos como reconocimientos médicos</i>	63
2.6. Los test físicos como exámenes médicos. Discusión.....	70
2.6.1. <i>Tipos de test físicos</i>	71
2.6.1.1. <i>Test de habilidades básicas</i>	71
2.6.1.2. <i>Test de simulaciones de trabajo</i>	72
2.6.1.3. <i>La discutida naturaleza jurídica de los test físicos</i>	73
2.7. Los exámenes médicos para determinar contagio con virus. Caso del covid-19	75
3. Las preguntas sobre la salud como reconocimientos médicos	79
4. Los reconocimientos médicos y la vacunación contra virus en el trabajo	86
5. Los reconocimientos médicos, dispositivos portátiles aplicaciones e inteligencia artificial.....	91
II. Fundamento jurídico de los reconocimientos médicos en el trabajo	94
1. La normativa estatal como mandato imperativo de los reconocimientos médicos laborales.....	95
1.1. La normativa estatal como mandato imperativo de los reconocimientos médicos laborales en España.....	95
1.1.1. <i>Supuestos legales de reconocimientos médicos obligatorios</i>	98
1.1.2. <i>Supuestos reglamentarios de reconocimientos médicos obligatorios</i>	99
1.1.2.1. <i>Reconocimientos obligatorios reglamentarios por exposición a agentes patógenos</i>	99
1.1.2.2. <i>Reconocimientos médicos reglamentarios en virtud de sectores de actividad</i> 102	
1.1.2.3. <i>Reconocimientos médicos reglamentarios en virtud de las funciones del cargo</i> 104	
1.2. La normativa estatal como mandato imperativo de los reconocimientos médicos laborales en Estados Unidos	107
1.3. La normativa estatal como mandato imperativo de los reconocimientos médicos laborales en Australia.....	114
2. El deber de seguridad del empleador como fundamento de los reconocimientos médicos.....	116

2.1. La obligación de seguridad del empleador como fundamento de los reconocimientos médicos en Australia	116
2.1.1. <i>El deber de seguridad del ilícito por negligencia y como deber implícito del contrato de trabajo</i>	116
2.1.2. <i>La obligación de seguridad del empleador como deber estatutario</i>	118
2.2. El deber de seguridad del empleador como fundamento de los reconocimientos médicos en Estados Unidos	122
2.3. El deber de seguridad del empleador como fundamento de los reconocimientos médicos en España	124
3. El deber de seguridad del trabajador	126
3.1. El deber de seguridad del trabajador en Australia	127
3.2. El deber de seguridad del trabajador en Estados Unidos	128
3.3. El deber de seguridad del trabajador en España	129
4. El poder de dirección del empleador	131
4.1. El poder de dirección del empleador como fundamento de los reconocimientos médicos en Australia	132
4.2. El poder de dirección del empleador como fundamento de los reconocimientos médicos en Estados Unidos	134
4.3. El poder de dirección del empleador como fundamento de los reconocimientos médicos en España	136
5. La función del contrato individual de trabajo	141
5.1. La función del contrato individual de trabajo en Australia	141
5.2. La función del contrato individual de trabajo en Estados Unidos	143
5.3. La función del contrato individual de trabajo en España	143
6. El papel de la negociación colectiva	144
6.1. La función de la negociación colectiva en relación con los reconocimientos médicos en Australia	144
6.2. La función de la negociación colectiva en relación con los reconocimientos médicos en Estados Unidos	146
6.3. La función de la negociación colectiva en relación con los reconocimientos médicos en España	150
CAPÍTULO II: FUNCIONES Y LÍMITES DE LOS EXÁMENES MÉDICOS EN EL TRABAJO	155
I. Finalidades legítimas de los reconocimientos médicos en el empleo	155

1. Determinación de los requerimientos psicofísicos inherentes al puesto de trabajo **156**

1.1. Determinación de los requerimientos psicofísicos inherentes al puesto de trabajo en Australia..... 157

1.1.1. *Determinación de la aptitud física y/o psicológica para ejecutar las labores inherentes al cargo*..... 159

1.1.2. *Descartar o disminuir los riesgos para la vida y seguridad de terceras personas*
162

1.1.3. *Descartar o disminuir los riesgos para la vida y/o seguridad del propio trabajador* 167

1.2. Determinación de los requerimientos psicofísicos inherentes al puesto de trabajo en Estados Unidos 170

1.2.1. *Determinación de la aptitud física y/o psicológica para ejecutar las labores inherentes al cargo*..... 171

1.2.2. *La aptitud psicofísica para descartar y/o disminuir los riesgos para la vida y seguridad de terceras personas* 174

1.2.2.1. *La aptitud psicofísica para evitar o disminuir riesgos para la seguridad de terceros como cualificación del individuo y necesidad para el negocio* 175

1.2.2.2. *La aptitud psicofísica como requerimiento para evitar la directa amenaza para la salud y/o seguridad de terceros* 179

1.2.3. *La aptitud psicofísica como requerimiento para evitar la directa amenaza para la salud y/o seguridad del propio trabajador* 185

1.2.4. *La superposición de fundamentos para requerir reconocimientos médicos con fines de seguridad en el empleo* 186

1.3. Determinación de la aptitud psicofísica inherente al puesto de trabajo en España 188

1.3.1. *Determinación de la aptitud física y/o psicológica para ejecutar las labores inherentes al cargo*..... 189

1.3.2. *La aptitud psicofísica necesaria para desempeñar las funciones del cargo sin riesgo para la salud o seguridad del propio trabajador y terceros*..... 191

1.3.3. *La evaluación de la aptitud psicofísica del trabajador para prevenir riesgos solamente para la salud o seguridad del propio candidato o trabajador* 196

2. Vigilancia de la salud del trabajador ante la exposición a riesgos ocupacionales en el lugar de trabajo..... **198**

2.1. Vigilancia de la salud del trabajador ante la exposición a riesgos ocupacionales en el lugar de trabajo en Australia 201

2.2. Vigilancia de la salud del trabajador ante la exposición a riesgos ocupacionales en el lugar de trabajo en Estados Unidos..... 204

2.3. Vigilancia de la salud del trabajador ante la exposición a riesgos ocupacionales en el lugar de trabajo en España	209
3. Exigibilidad y cumplimiento del deber de ajuste razonable	213
3.1. Concepto del deber de ajuste razonable en el empleo	215
3.1.1. <i>Concepto del deber de ajuste razonable en el empleo en Australia</i>	<i>215</i>
3.1.2. <i>Concepto del deber de ajuste razonable en el empleo en Estados Unidos .</i>	<i>219</i>
3.1.3. <i>Concepto del deber de ajuste razonable en el empleo en España</i>	<i>225</i>
3.2. Función de los reconocimientos médicos en el deber de ajuste razonable en el empleo	228
3.2.1. <i>Función de los reconocimientos médicos en el deber de ajuste razonable en el empleo en Australia</i>	<i>229</i>
3.2.2. <i>Función de los reconocimientos médicos en el deber de ajuste razonable en el empleo en Estados Unidos</i>	<i>233</i>
3.2.3. <i>Función de los reconocimientos médicos en el deber de ajuste razonable en el empleo en España</i>	<i>238</i>
4. Función de los reconocimientos médicos en la compensación y rehabilitación por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales	239
4.1. Función de los reconocimientos médicos en la compensación y rehabilitación por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales en Australia	239
4.2. Función de los reconocimientos médicos en la compensación y rehabilitación por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales en Estados Unidos	245
4.3. Función de los reconocimientos médicos en la compensación y rehabilitación por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales en España	251
5. Función de los reconocimientos médicos en las acciones positivas bajo la legislación antidiscriminación por discapacidad en el empleo	256
5.1. Función de los reconocimientos médicos en las acciones positivas bajo la legislación antidiscriminación por discapacidad en el empleo en Australia	260
5.2. Función de los reconocimientos médicos en las acciones positivas bajo la legislación antidiscriminación por discapacidad en el empleo en Estados Unidos	263
5.3. Función de los reconocimientos médicos en las acciones positivas bajo la legislación antidiscriminación por discapacidad y otras condiciones de salud en el empleo en España	266
6. Función de los reconocimientos médicos en el control de la ausencia del trabajo por salud	269
6.1. Función de los reconocimientos médicos en el control de la ausencia del trabajo por salud en Australia	270

6.2. Función de los reconocimientos médicos en el control de la ausencia del trabajo por salud en Estados Unidos	271
6.3. Función de los reconocimientos médicos en el control de la ausencia del trabajo por salud en España.....	274
7. Función de los reconocimientos médicos en los programas de bienestar para trabajadores	278
7.1. Función de los reconocimientos médicos en los programas de bienestar para trabajadores en Australia.....	279
7.2. Función de los reconocimientos médicos en los programas de bienestar para trabajadores en Estados Unidos	280
7.3. Función de los reconocimientos médicos en los programas de bienestar para trabajadores en España.....	287
II. Finalidades ilegítimas de los reconocimientos médicos. Límites	288
1. Discriminación en el empleo. Generalidades.....	288
2. Discriminación por discapacidad en el empleo	289
2.1. Discriminación por discapacidad en el empleo en Australia.....	289
2.1.1. <i>Discriminación directa por discapacidad en el empleo en Australia.....</i>	<i>290</i>
2.1.1.1. <i>Discriminación directa por discapacidad en el empleo en los reconocimientos médicos previos al empleo</i>	<i>292</i>
2.1.1.2. <i>Discriminación directa por discapacidad en el empleo en los reconocimientos médicos durante la vigencia de la relación laboral.....</i>	<i>297</i>
2.1.2. <i>Discriminación indirecta por discapacidad en el empleo en Australia</i>	<i>300</i>
2.1.3. <i>Discriminación por incumplimiento del deber de ajuste razonable en el empleo en Australia</i>	<i>302</i>
2.2. Discriminación por discapacidad en el empleo en Estados Unidos	305
2.2.1. <i>Discriminación directa por discapacidad en el empleo en Estados Unidos</i>	<i>305</i>
2.2.1.1. <i>Discriminación directa por discapacidad previo al empleo en Estados Unidos</i>	<i>307</i>
2.2.1.1.1. <i>Discriminación directa por discapacidad en los exámenes médicos y preguntas relacionadas con la salud en la etapa previa a una oferta de trabajo</i>	<i>307</i>
2.2.1.1.2. <i>Discriminación directa por discapacidad con ocasión de los exámenes médicos y preguntas relacionadas con discapacidad en la etapa posterior a la oferta de trabajo</i>	<i>309</i>
2.2.1.2. <i>Discriminación directa por discapacidad durante el empleo en Estados Unidos</i>	<i>311</i>
2.2.2. <i>Discriminación indirecta por discapacidad en el empleo en Estados Unidos</i>	<i>312</i>

2.2.3.	<i>Discriminación por infracción del deber de ajuste razonable en el empleo en Estados Unidos</i>	<i>316</i>
2.3.	Discriminación por discapacidad en el empleo en España.....	319
2.3.1.	<i>Discriminación directa por discapacidad en el empleo en España</i>	<i>319</i>
2.3.1.1.	<i>Discriminación directa por discapacidad previo al empleo en España</i>	<i>321</i>
2.3.1.2.	<i>Discriminación directa por discapacidad durante el empleo en España ...</i>	<i>321</i>
2.3.2.	<i>Discriminación indirecta por discapacidad en el empleo en España</i>	<i>322</i>
2.3.3.	<i>Discriminación por infracción del ajuste razonable en el empleo en España</i>	<i>324</i>
3.	Discriminación por enfermedad o salud en el empleo con ocasión de los reconocimientos médicos	328
3.1.	La enfermedad y los problemas de salud como parte de la discapacidad en Australia	329
3.2.	La enfermedad y los problemas de salud como parte de la discapacidad en Estados Unidos	333
3.3.	La enfermedad y las condiciones de salud como causa de discriminación en el empleo en España	337
3.3.1.	<i>La enfermedad como causa de discriminación en el empleo</i>	<i>337</i>
3.3.2.	<i>La condición de salud, el estado serológico y la predisposición genética como causas de discriminación en el empleo.....</i>	<i>341</i>
4.	Discriminación por sexo o embarazo en los reconocimientos médicos	344
4.1.	Discriminación por sexo o embarazo en los reconocimientos médicos en Australia	344
4.2.	Discriminación por sexo o embarazo en los reconocimientos médicos en Estados Unidos	345
4.3.	Discriminación por sexo en los reconocimientos médicos en España	349
5.	Infracción de la privacidad por reconocimientos médicos que persiguen fines distintos a los permitidos en la legislación	351
5.1.	Infracción de la privacidad por reconocimientos médicos que persiguen fines distintos a los permitidos en la legislación de Australia.....	352
5.2.	Infracción de la privacidad por reconocimientos médicos que persiguen fines distintos a los permitidos en la legislación de Estados Unidos	355
5.3.	Infracción de la privacidad por reconocimientos médicos que persiguen fines distintos a los permitidos en la legislación de España.....	360
III.	Oportunidades de los reconocimientos médicos en el empleo	367
1.	Los reconocimientos médicos previo al empleo	367

1.1. Los reconocimientos médicos previo al empleo en Australia	368
1.2. Los reconocimientos médicos previo al empleo en Estados Unidos	371
1.2.1. <i>Los reconocimientos médicos en la etapa previa a la oferta de trabajo</i>	<i>372</i>
1.2.2. <i>Los reconocimientos médicos en la etapa posterior a la oferta de trabajo</i>	<i>375</i>
1.3. Los reconocimientos médicos previo al empleo en España	379
2. Los reconocimientos médicos durante la vigencia del contrato de trabajo.....	386
2.1. Los reconocimientos médicos previo al inicio de la ejecución del trabajo convenido	386
2.1.1. <i>Los reconocimientos médicos previo al inicio de la ejecución del trabajo</i>	<i>convenido en Australia..... 387</i>
2.1.2. <i>Los reconocimientos médicos previo al inicio de la ejecución del trabajo</i>	<i>convenido en Estados Unidos</i>
2.1.3. <i>Los reconocimientos médicos previo al inicio de la ejecución del trabajo</i>	<i>convenido en España</i>
2.2. Los reconocimientos médicos periódicos	391
2.2.1. <i>Los reconocimientos médicos periódicos en Australia.....</i>	<i>391</i>
2.2.2. <i>Los reconocimientos médicos periódicos en Estados Unidos</i>	<i>394</i>
2.2.3. <i>Los reconocimientos médicos periódicos en España</i>	<i>397</i>
2.3. Los reconocimientos médicos por sospecha razonable sobre la aptitud psicofísica	necesaria para el trabajo..... 400
2.3.1. <i>Los reconocimientos médicos por sospecha razonable sobre la aptitud</i>	<i>psicofísica necesaria para el trabajo en Australia</i>
2.3.2. <i>Los reconocimientos médicos por sospecha razonable sobre la aptitud</i>	<i>psicofísica necesaria para el trabajo en Estados Unidos.....</i>
2.3.3. <i>Los reconocimientos médicos por sospecha razonable sobre la aptitud</i>	<i>psicofísica necesaria para el trabajo en España.....</i>
2.4. Los reconocimientos médicos previo a la reincorporación del trabajador al empleo	luego de un período de ausencia
2.4.1. <i>Los reconocimientos médicos previo a la reincorporación al trabajo luego de un</i>	<i>período de ausencia en Australia.....</i>
2.4.2. <i>Los reconocimientos médicos previo al retorno al trabajo después de un período</i>	<i>de ausencia en Estados Unidos.....</i>
2.4.3. <i>Los reconocimientos médicos previo al retorno al trabajo después de un período</i>	<i>de ausencia en España</i>
3. Los reconocimientos médicos con posterioridad al trabajo.....	422
CAPÍTULO III: LOS TEST DE DROGAS EN EL TRABAJO	427

I.	Introducción	427
II.	Fundamento jurídico de los test de drogas en el trabajo	428
1.	La normativa estatal como fundamento jurídico de los test de drogas	428
1.1.	Situación en Australia.....	429
1.2.	Situación en España	436
1.2.1.	<i>Test de drogas establecidos expresamente en la ley</i>	<i>437</i>
1.2.1.1.	<i>Test de drogas en los servicios de seguridad privada.....</i>	<i>437</i>
1.2.1.2.	<i>Normativa sobre test de drogas en el sector del transporte: embarque marítimo, personal en puestos de seguridad de ferrocarril, personal de aviación civil, personal de transporte terrestre</i>	<i>438</i>
1.2.1.2.1.	<i>Test de drogas en el embarque marítimo</i>	<i>438</i>
1.2.1.2.2.	<i>Test de drogas del personal ferroviario</i>	<i>439</i>
1.2.1.2.3.	<i>Test de drogas exigibles al personal de vuelo de aviones y helicópteros ...</i>	<i>441</i>
1.2.1.2.4.	<i>Test de drogas exigibles a conductores de medios de transporte terrestre.</i>	<i>442</i>
1.2.1.3.	<i>Test de drogas aplicables a trabajadores de instalaciones nucleares y radioactivas.....</i>	<i>444</i>
1.2.1.4.	<i>Test de drogas en el deporte profesional.....</i>	<i>445</i>
1.2.2.	<i>Test de drogas previstos indirectamente en la ley.....</i>	<i>446</i>
1.3.	Situación en Estados Unidos	447
1.3.1.	<i>La Drug-Free Workplace Act 1988.....</i>	<i>447</i>
1.3.1.1.	<i>Aplicación</i>	<i>448</i>
1.3.1.2.	<i>Certificación de requisitos</i>	<i>448</i>
1.3.2.	<i>Interim Drug-Free Workforce Rule del Departamento de Defensa</i>	<i>450</i>
1.3.2.1.	<i>Aplicación</i>	<i>450</i>
1.3.2.2.	<i>Requisitos de la cláusula contractual</i>	<i>450</i>
1.3.2.3.	<i>Requisitos de los test de drogas</i>	<i>451</i>
1.3.3.	<i>Regulaciones de test de drogas del Departamento de Transporte</i>	<i>451</i>
1.3.3.1.	<i>Generalidades</i>	<i>451</i>
1.3.3.2.	<i>Requerimientos de test de drogas</i>	<i>452</i>
1.3.3.3.	<i>Procedimientos para los test de drogas</i>	<i>452</i>
1.3.4.	<i>Regla de aptitud del servicio de la Comisión Reguladora Nuclear</i>	<i>453</i>
1.3.4.1.	<i>Aplicación</i>	<i>453</i>
1.3.4.2.	<i>Test de drogas</i>	<i>453</i>

1.3.5.	<i>Legislación estatal y local sobre test de drogas en empresas del sector privado</i>	454
2.	La negociación colectiva como fundamento y límite de los test de drogas en el empleo	456
2.1.	La negociación colectiva como fundamento inmediato y límite de los test de drogas en Australia.....	457
2.2.	El papel de la negociación colectiva sobre los test de drogas en España.....	458
2.3.	La negociación colectiva en Estados Unidos como fundamento y límite de los test de drogas respecto de trabajadores sindicalizados	459
2.3.1.	<i>La National Labor Relations Act</i>	459
2.3.1.1.	<i>Los postulantes a ofertas de trabajo podrían no estar sujetos a las cláusulas del instrumento colectivo sobre test de drogas</i>	460
2.3.1.2.	<i>Actuales trabajadores: negociación colectiva sobre los test de drogas</i>	461
2.3.1.3.	<i>Regulación federal versus deber de negociar colectivamente</i>	462
2.3.2.	<i>Los test de drogas objeto de la negociación colectiva bajo la Railway Labor Act</i>	464
2.3.3.	<i>Los test de drogas en la negociación colectiva según la jurisprudencia arbitral</i>	465
3.	El contrato individual de trabajo como fundamento de los test de drogas	467
4.	La obligación de seguridad como fundamento de los test de drogas	468
4.1.	Los test de drogas fundado en la obligación de seguridad en Australia.....	468
4.2.	Los test de drogas fundado en la obligación de seguridad en España.....	470
4.3.	Los test de drogas fundado en la obligación de seguridad en Estados Unidos	472
5.	El poder de dirección del empleador como fundamento de los test de drogas	473
III.	Finalidades lícitas de los test de drogas en el trabajo	475
1.	Los test de drogas para mejorar las condiciones económicas en el trabajo	475
2.	Los test de drogas para proteger la seguridad y salud en el trabajo	483
2.1.	La protección de la seguridad y salud en el trabajo como finalidad de los test de drogas en Australia	483
2.2.	La protección de la seguridad y salud en el trabajo como finalidad de los test de drogas en Estados Unidos.....	485
2.3.	La protección de la seguridad y salud en el trabajo como finalidad de los test de drogas en España	490

3. Los test de drogas como instrumento para garantizar el cumplimiento de prohibiciones vinculadas al consumo de drogas que constituyen requisitos inherentes al puesto de trabajo.....	494
3.1. Verificación del cumplimiento de prohibiciones vinculadas a drogas que constituyen requisitos inherentes al cargo en Australia.....	494
3.2. Verificación del cumplimiento de prohibiciones vinculadas a drogas que constituyen requisitos inherentes al cargo en Estados Unidos	497
3.2.1. <i>Test de drogas de trabajadores que tienen acceso a información clasificada/sensible</i>	499
3.2.2. <i>Test de drogas de agentes de policía</i>	501
3.2.3. <i>Test de drogas de trabajadores de establecimientos penitenciarios</i>	502
3.2.4. <i>Test de drogas de trabajadores que deben impedir el ingreso de drogas al país o su tráfico</i>	503
3.2.5. <i>Test de drogas de profesionales de la educación</i>	503
3.2.6. <i>Test de drogas de atletas y deportistas profesionales</i>	505
3.3. Verificación del cumplimiento de prohibiciones vinculadas a las drogas que constituyen requisitos inherentes al cargo en España. Discusión	507
4. Los test de drogas como instrumento de cumplimiento de la normativa estatal	509
5. Los test de drogas como condición para la obtención de derechos y beneficios por el trabajador	512
5.1. Test de drogas como parte de programas de rehabilitación de las drogas en el trabajo	512
5.2. Función de los test de drogas en los beneficios por desempleo	514
5.3. Función de los test de drogas en la compensación de trabajadores por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales	516
IV. La oportunidad de los test de drogas	518
1. Test de drogas previo al inicio del empleo	518
1.1. Test de drogas previo al inicio del empleo en Estados Unidos	519
1.1.1. <i>Regulación federal</i>	520
1.1.2. <i>Regulación estatal</i>	522
1.2. Test de drogas previo al inicio del empleo en Australia.....	525
1.3. Test de drogas previo al inicio del empleo en España.....	526
2. Test de drogas aleatorios	528
2.1. Los test de drogas aleatorios en el empleo en Estados Unidos	529
2.1.1. <i>Test de drogas aleatorios en la normativa federal</i>	529

2.1.2.	<i>Test de drogas aleatorios en la normativa estatal</i>	532
2.2.	Test de drogas aleatorios en Australia	535
2.3.	Test de drogas aleatorios en España	537
3.	Test de drogas por sospecha razonable	538
3.1.	Los test de drogas por sospecha razonable en el empleo en Estados Unidos	538
3.1.1.	<i>Test de drogas por sospecha razonable en la normativa federal</i>	539
3.1.2.	<i>Test de drogas por sospecha razonable en la normativa estatal</i>	541
3.2.	Los test de drogas por sospecha razonable en Australia y España	544
4.	Test de drogas posteriores a un accidente en el trabajo	544
4.1.	Los test de drogas luego de un accidente en Estados Unidos	545
4.1.1.	<i>Test de drogas posteriores a un accidente en la normativa federal</i>	545
4.1.2.	<i>Test de drogas posteriores a un accidente en la normativa estatal</i>	550
4.2.	Los test de drogas posteriores al accidente en Australia y España	552
5.	Los test de drogas como parte del programa de rehabilitación del trabajador	552
5.1.	Los test de drogas como parte del programa de rehabilitación en Estados Unidos	554
5.1.1.	<i>Test de drogas como parte de un programa de asistencia del trabajador en la normativa federal</i>	554
5.1.2.	<i>Test de drogas como parte de un programa de asistencia del trabajador en la normativa estatal</i>	556
5.2.	Los test de drogas con ocasión de la rehabilitación del trabajador por abuso de drogas en Australia y España	559
6.	Test de drogas como condición para la reincorporación al trabajo luego de un período de ausencia	560
6.1.	Los test de drogas de regreso al trabajo en Estados Unidos	560
6.1.1.	<i>Test de drogas de regreso al trabajo en la normativa federal</i>	560
6.1.2.	<i>Test de drogas de regreso al trabajo en la normativa estatal</i>	562
6.2.	Los test de drogas de retorno al trabajo en Australia y España	562
7.	Test de drogas periódicos en el trabajo	564
7.1.	Los test de drogas periódicos en Estados Unidos	564
7.2.	Los test de drogas periódicos en el trabajo en Australia y España	566
V.	Tipos de test de drogas	566
1.	Limitaciones de los test de drogas. Consideraciones generales	568
2.	Los test de drogas en el trabajo basados en muestra de cabello	571

2.1. Ventajas de la muestra de cabello.....	571
2.2. Limitaciones de la muestra de cabello	572
2.3. Funciones lícitas de las pruebas de cabello en el lugar de trabajo	576
3. Los test de drogas en el trabajo basados en muestras de orina.....	577
3.1. Limitación del test de orina para probar la intoxicación o estar bajo la influencia de drogas en Estados Unidos	579
3.1.1. <i>Idoneidad o inidoneidad del test de orina en la legislación sobre consumo de marihuana con fines recreacionales y medicinales</i>	<i>579</i>
3.1.2. <i>Idoneidad o inidoneidad del test de orina en la legislación estatal sobre compensación por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales</i>	<i>581</i>
3.1.3. <i>Idoneidad o inidoneidad del test de orina para denegar beneficios de cesantía</i>	<i>584</i>
3.1.4. <i>Idoneidad o inidoneidad del test de orina para acreditar el consumo de drogas en el lugar de trabajo y/o la incapacidad del trabajador por droga en el lugar de trabajo como justa causa del despido</i>	<i>584</i>
3.2. Limitación del test de orina para probar la intoxicación o estar bajo la influencia drogas en Australia	586
3.3. Limitación del test de orina para probar la intoxicación o estar bajo la influencia de drogas en España	591
4. Los test de drogas en el trabajo basados en muestras de saliva	592
4.1. Los test de drogas en el trabajo basados en fluido oral en Estados Unidos	594
4.2. Los test de drogas en el trabajo basados en fluido oral en Australia.....	595
4.3. Los test de drogas en el trabajo basados en fluido oral en España.....	597
5. Medios complementarios de los test de drogas para acreditar estar bajo la influencia de las drogas en el trabajo.....	598
5.1. Presunción simplemente legal de intoxicación con base en un resultado positivo en test de drogas	599
5.2. Testimonio experto del alcance de los resultados de los test de drogas	600
5.3. Prueba de circunstancias coetáneas al test de drogas	601
5.4. Métodos conductuales como medios de prueba de estar bajo la influencia de las drogas	603
5.4.1. <i>Programa de Evaluación y Clasificación de Drogas</i>	<i>604</i>
5.4.2. <i>Test computarizados de deterioro</i>	<i>605</i>
VI. Límites de los test de drogas derivados de la privacidad y el derecho a la no discriminación	606
1. Limitaciones impuestas por la privacidad a los test de drogas.....	606

1.1. Limitación derivada de la privacidad en los fines de los test de drogas	609
1.2. Limitación derivada de la privacidad en la oportunidad de los test de drogas.....	612
1.3. Limitación derivada de la privacidad en los tipos de test de drogas	614
1.4. Limitación derivada de la privacidad en la forma de la toma de la muestra.....	615
1.4.1. <i>Consentimiento informado previo al test de drogas</i>	615
1.4.1.1. <i>Situación en Australia</i>	615
1.4.1.2. <i>Situación en España</i>	616
1.4.1.3. <i>Situación en Estados Unidos</i>	617
1.5. Limitación derivada de la privacidad en la manera de practicar test de drogas	618
2. Limitaciones derivadas del derecho a la no discriminación	620
2.1. Regulación de los test de drogas por la American with Disabilities Act.....	621
2.1.1. <i>Test de drogas de consumidores actuales y consumidores rehabilitados o en proceso de rehabilitación por drogas ilegales</i>	621
2.1.2. <i>Test de medicamentos recetados legalmente</i>	624
2.1.3. <i>Acomodación razonable en la toma de muestras para el test de drogas</i>	627
2.2. Regulación de los test de drogas en la Federal Rehabilitación Act.....	628
2.3. Test de drogas bajo la legislación estatal que prohíbe la discriminación por discapacidad.....	631
2.4. Test de drogas y prohibición de discriminación bajo la Federal Civil Rights Act	632
2.5. Test de drogas y prohibición de discriminación por consumo de marihuana para fines medicinales fuera del lugar de trabajo	634
2.5.1. <i>Regulación federal del consumo de marihuana en la Controlled Substances Act</i>	635
2.5.2. <i>Regulación federal de la marihuana medicinal en la American with Disabilities Act</i>	636
2.5.3. <i>Regulación del Departamento de Transporte (DOT) de la marihuana medicinal</i>	639
2.5.4. <i>Regulación estatal del consumo de marihuana medicinal y test de drogas</i>	639
2.5.4.1. <i>Legislación estatal que prohíbe la discriminación laboral y ordena la acomodación razonable del trabajador consumidor de marihuana medicinal</i>	640
2.5.4.2. <i>Legislación estatal que prohíbe la discriminación por consumo extralaboral de marihuana medicinal y no exige al empleador la acomodación razonable del trabajador consumidor de marihuana medicinal</i>	641
2.5.4.3. <i>Estados que no prohíben al empleador la discriminación contra el trabajador consumidor de marihuana medicinal ni ordenan acomodación razonable</i>	644

2.5.4.4. <i>Jurisprudencia de los tribunales estatales sobre la legislación que reconoce el consumo de marihuana medicinal</i>	645
2.5.4.4.1. <i>Jurisprudencia que da preeminencia a la legislación estatal sobre la legislación federal</i>	645
2.5.4.4.2. <i>Jurisprudencia que otorga preeminencia a la legislación federal sobre la legislación estatal antidiscriminación</i>	648
2.6. Test de drogas y prohibición de discriminación por consumo recreacional de marihuana fuera del lugar de trabajo	651
2.7. Test de drogas y prohibición de discriminación en España.....	654
2.8. Crítica a la interpretación de la legislación antidiscriminación vigente en Australia, Estados Unidos y España con base en la experiencia canadiense	658
CAPÍTULO IV: LOS EXÁMENES GENÉTICOS EN EL TRABAJO	661
I. Introducción	661
II. Test genéticos e información genética	663
1. Test genéticos	664
1.1. Los test genéticos en el trabajo en Estados Unidos.....	664
1.2. Los test genéticos en el trabajo en Australia	667
1.3. Los test genéticos en el trabajo en España	668
1.4. Los test genéticos en el trabajo en la normativa internacional.....	669
2. Información genética	670
2.1. La información genética en la GINA de Estados Unidos.....	670
2.1.1. <i>La distinción entre información genética e información biológica</i>	671
2.1.2. <i>Importancia de la distinción entre riesgo genético y enfermedad manifestada</i> 672	
2.1.3. <i>Historia médico-familiar como información genética</i>	675
2.2. La información genética en Australia.....	677
2.3. La información genética en España.....	677
2.4. La información genética en la normativa internacional	678
III. Exámenes genéticos y prohibición de discriminación en el trabajo	679
1. Exámenes genéticos y prohibición de discriminación en el trabajo en la GINA de Estados Unidos	679
2. Exámenes genéticos y prohibición de discriminación en el trabajo en Australia 682	
3. Exámenes genéticos y prohibición de discriminación en el trabajo en España 685	

4. Exámenes genéticos y prohibición de discriminación en el trabajo en la normativa internacional y comunitaria.....	686
IV. Exámenes genéticos y protección de la privacidad.....	688
1. Exámenes genéticos y protección de la privacidad en conformidad con la GINA en Estados Unidos.....	688
1.1. La conducta prohibida de acceso a información genética en el trabajo	689
1.2. Situaciones excepcionales de acceso lícito a información genética.....	691
1.2.1. <i>Acceso a información genética por inadvertencia</i>	<i>692</i>
1.2.2. <i>Acceso a información genética a través de programas de bienestar voluntarios</i>	<i>693</i>
1.2.3. <i>Acceso a información necesaria para tramitar una licencia médica.....</i>	<i>694</i>
1.2.4. <i>Adquisición de información genética a través de medios comerciales</i>	<i>695</i>
1.2.5. <i>Adquisición de información genética a través de la vigilancia ocupacional de sustancias tóxicas.....</i>	<i>696</i>
1.2.6. <i>Adquisición de información genética para controlar los test de ADN.....</i>	<i>697</i>
2. Exámenes genéticos y protección de la privacidad en el trabajo en Australia	698
3. Exámenes genéticos y protección de la privacidad en el trabajo en España...	698
3.1. Test genéticos con el fin exclusivo de proteger la salud del trabajador	699
3.2. Pruebas genéticas para proteger la seguridad de terceros	701
4. Exámenes genéticos y protección de la privacidad en el trabajo en la normativa internacional y comunitaria.....	702
4.1. Situación particular del RGPD	703
4.1.1. <i>Consentimiento explícito</i>	<i>703</i>
4.1.2. <i>Cumplimiento de obligaciones legales por el empleador.....</i>	<i>703</i>
4.1.3. <i>Tratamiento de datos genéticos que se han hecho manifiestamente públicos (artículo 9(2)(e) del RGPD).....</i>	<i>704</i>
4.1.4. <i>Tratamiento de datos genéticos para fines de salud ocupacional y vigilancia de la salud</i>	<i>704</i>
V. Deber de confidencialidad del empleador de la información genética.....	704
1. Deber de confidencialidad del empleador de la información genética en Estados Unidos	705
1.1. Tratamiento de la información genética como parte del registro médico confidencial	705
1.2. Deber de confidencialidad.....	705

2. Deber de confidencialidad del empleador de la información genética en Australia	706
3. Deber de confidencialidad del empleador de la información genética en España	707
4. Deber de confidencialidad del empleador de la información genética en la normativa internacional.....	708
CONCLUSIONES	709
BIBLIOGRAFÍA.....	731

ABREVIATURAS

ACA	Affordable Care Act (2010)
ACT	Australian Capital Territory
ADA	Americans with Disabilities Act (1991)
ADAAA	Americans with Disabilities Act Amendments Act (2008)
ADEA	Age Discrimination in Employment Act (1967)
CE	Constitución española
Cth	Australia
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women
CERD	International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination
C.F.R.	Code of Federal Regulations
CRPD	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas
DDA	Disability Discrimination Act (1995) (Cth)
DFWA	Drug-Free Workplace Act (1988)
DHHS	Department of Health & Human Services
DOT	United States Department of Transportation
EEOC	Equal Employment Opportunity Commission
EEOICPA	Energy Employees Occupational Illness Compensation Program Act (2000)
EOA	Equal Opportunity Act (2010)
EPPA	Employee Polygraph Protection Act (1988)
ET	Estatuto de los Trabajadores

FAA	Federal Aviation Administration
FECA	Federal Employees' Compensation Act
FMLA	Family and Medical Leave Act
FOTETA	Federal Omnibus Transportation Employee Testing Act (1991)
FRSA	Federal Railroad Safety Act (1970)
GINA	Genetic Information Nondiscrimination Act (2008)
HIPAA	Health Insurance Portability and Accountability Act (1996)
LGDPCD	Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social
LGSS	Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social)
LHWCA	Longshore and Harbor Workers' Compensation Act (1927)
LISOS	Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social)
LO	Ley Orgánica
LOIEMH	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres
LPRL	Ley 31/1995, 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales
LTSV	Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial
NLRA	National Labor Relations Act (1935)

NLRB	National Labor Relations Board
NSW	New South Wales
NT	Northern Territory
OSHA	Occupational Safety and Health Act (1970)
OSHA	Occupational Safety and Health Administration
OTA	Office of Technology Assessment
Qld	Queensland
RD	Real Decreto
RGPD	Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016
RLA	Railway Labor Act (1926)
RSP	Real Decreto 39/1997, 17 de enero, Reglamento de los Servicios de Prevención
SA	South Australia
SAMHSA	Substance Abuse and Mental Health Services Administration
SJSO	Sentencia Juzgado Social
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
Tas	Tasmania
TC	Tribunal Constitucional
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
U.S.C.	United States Code
Vic	Victoria
WA	Western Australia

INTRODUCCIÓN

Frecuentemente el empleador desea o necesita conocer el estado de salud de postulantes a puestos de trabajo en la etapa precontractual, o bien, de trabajadores durante la vigencia de la relación laboral, incluso al momento o luego de la extinción del contrato de trabajo. Esto puede perseguir distintas finalidades, sean legítimas o prohibidas por el ordenamiento jurídico, entre otras: determinar si el postulante o trabajador cumple con las condiciones psicofísicas que exige el desempeño de las funciones del cargo, pues constituyen requisitos inherentes al cargo; monitorear si el ambiente de trabajo y sus riesgos están afectando la salud y seguridad de los trabajadores; garantizar que el trabajador no constituya un riesgo para su propia seguridad, la de sus compañeros de trabajo y del público en general; la acomodación o reubicación que necesita una persona con discapacidad o enfermedad; contar con trabajadores sanos con el propósito de aumentar la producción y disminuir los costos en compensaciones por infortunios, labores y beneficios vinculados a la salud.¹ La necesidad de conocer el estado de salud de los trabajadores se ha incrementado en los últimos años como consecuencia de la pandemia provocada por el virus SARS-CoV-2, que obligó al empleador a establecer diversas medidas de vigilancia de la salud para disminuir el riesgo de contagio con el mencionado virus, fundado en normas jurídicas específicas o generales.²

El empleador cuenta con diversos instrumentos para obtener información sobre el estado de salud del trabajador, que incluyen los reconocimientos médicos, destacando los exámenes físicos, las preguntas dirigidas a obtener información sobre la salud del trabajador, equipos y herramientas tecnológicas.

El conocimiento por parte del empleador de información sobre la salud del trabajador puede originar conflictos entre los derechos e intereses de las partes del contrato de trabajo. El empleador, por una parte, puede verse incentivado a obtener la mayor información posible sobre la salud de sus trabajadores o de postulantes a ofertas de trabajo, con el propósito de adoptar las decisiones más adecuadas y eficientes al interés empresarial –tales como la contratación de nuevos trabajadores, promociones internas, extinción del contrato de trabajo–, y contar así con

¹ MCGARITY Y SCHROEDER (1981), pp. 1013-1036; BRITTON (1987), pp. 8-10; BEFORT (1997), pp. 367-379.

² HARPUR *et al.* (2022), p. 203.

una planilla de trabajadores lo más sana posible que le permita lograr la mayor productividad al menor costo.³ El trabajador, por su parte, tiene interés en divulgar la menor información de salud posible, a fin de evitar discriminaciones por razones de discapacidad o por otro atributo vinculado a la salud, y/o sufrir atentados a su intimidad o privacidad, como consecuencia de decisiones empresariales fundadas en dicho conocimiento.⁴

Finalmente, la sociedad en general tiene interés en que las personas con problemas de salud o con discapacidades puedan efectivamente ejecutar un trabajo y acceder a los beneficios derivados de este. Esto permite el desarrollo de tales personas y la disminución de costos para la seguridad social, siempre que su condición no constituya un riesgo en el trabajo para la seguridad y salud del propio trabajador, sus compañeros de trabajo y el público en general.⁵

Frente a los diferentes intereses y derechos involucrados, los distintos ordenamientos jurídicos que se examinan en la presente investigación se han visto en la necesidad de regular los reconocimientos médicos en el trabajo, determinando la función que legítimamente pueden o deben cumplir, la oportunidad en que tienen lugar, los límites y finalidades prohibidas de los reconocimientos médicos, con base, fundamentalmente, en los derechos a la no discriminación, a la privacidad y la protección de datos personales, que en los diversos cuerpos normativos se les reconocen a los trabajadores.

La doctrina nacional de Australia,⁶ Estados Unidos⁷ y España⁸ ha analizado la regulación que cada uno de sus ordenamientos jurídicos efectúa de los reconocimientos médicos en el trabajo, su interpretación y aplicación por la jurisprudencia. Sin embargo, salvo investigaciones aisladas sobre los reconocimientos genéticos,⁹ no existen estudios de derecho comparado que determinen las diferencias y similitudes en la regulación que jurisdicciones del derecho anglosajón y continental efectúan sobre los reconocimientos médicos preocupacionales y ocupacionales. Este

³ BRITTON (1987), pp. 3-8.

⁴ BRITTON (1987), pp. 7-10.

⁵ BRITTON (1987), p. 11.

⁶ JOHNSTONE (1988), pp. 115-146; FOSTER (2016), pp. 580-609.

⁷ Entre otros FELDBLUM (1991), pp. 521-540; FINKIN (2018); BODIE Y BROWN (2018); MCMAHON (2021), pp. 31-61.

⁸ Entre otros BERNARDO (2002), pp. 1149-1166; CALVO (2002), pp. 1-19; FERNÁNDEZ-COSTALES (2009); TOSCANI (2011); GOÑI Y RODRÍGUEZ (2015), pp. 287-322; GARCÍA (2023); IGARTUA (2023), pp. 188-207.

⁹ QUINN *et al.* (2015); KHOURY *et al.* (2020).

análisis permitiría examinar críticamente las fortalezas, vacíos normativos, debilidades y opciones de mejora de la regulación doméstica sobre los reconocimientos médicos de naturaleza laboral.

De esta forma, el análisis, desde un punto de vista comparado, sobre cómo están regulados los reconocimientos médicos en el trabajo en las jurisdicciones mencionadas persigue llenar el vacío de estudios de derecho comparado sobre la materia. Tratándose de estados regionales o federales –naturaleza que tienen los países cuya normativa se analiza–, esta investigación comprenderá la legislación aplicable a todo el país, sin perjuicio de que en casos particulares relacionados con Australia y Estados Unidos se haga referencia a la legislación de un estado, ya que existe distribución de competencias legislativas en materia de higiene y seguridad en el trabajo, especialmente tratándose de la regulación de los reconocimientos médicos laborales.

La elección de las jurisdicciones por analizar se funda en diversas razones. En primer lugar, los países en cuestión, si bien pertenecen a distintos sistemas jurídicos, tienen similar desarrollo económico y sistemas democráticos de gobierno; además, reconocen la libre iniciativa económica, la privacidad o intimidad y el derecho a la no discriminación de los trabajadores como límites de las actuaciones del empleador; todas circunstancias que se consideran básicas para efectuar un estudio de derecho comparado.

En segundo lugar, las legislaciones por analizar tienen influencia en otras legislaciones domésticas que han regulado los exámenes de salud en el trabajo, la privacidad y el derecho a la no discriminación, lo que constituye una buena razón para examinar tal regulación a fin de darla a conocer a operadores del derecho de otros países desde una perspectiva comparada. Australia tiene una normativa sobre la vigilancia de la salud en el trabajo históricamente inspirada en la legislación sobre higiene y seguridad en el trabajo del Reino Unido, y una normativa sobre privacidad y no discriminación basada en la del Reino Unido y de Estados Unidos. Ha utilizado estas legislaciones como guía para regular los exámenes de salud en el empleo y sus limitaciones, derivadas de la privacidad y del derecho a la no discriminación.¹⁰ A su vez, la normativa

¹⁰ Para un breve resumen de la influencia de la legislación inglesa sobre la legislación australiana de higiene y salud en el trabajo véase FOSTER (2016), pp. 1-4.

australiana sobre seguridad y salud en el trabajo ha sido seguida por otras legislaciones, como la de Nueva Zelanda.¹¹

En cuanto a Estados Unidos, se trata del país donde mayor desarrollo normativo y jurisprudencial tienen los reconocimientos médicos laborales, como consecuencia del frecuente uso que las compañías hacen de este instrumento y de los límites establecidos a nivel federal y estatal. Su legislación ha sido tomada como referencia por diversos países para regular los exámenes médicos laborales y sus límites. Ejemplo de esta influencia se encuentra en dos leyes federales. La American with Disabilities Act (ADA) de 1991, que regula ciertas finalidades y oportunidades de los exámenes médicos en el trabajo, prohíbe que sean utilizados para discriminar a personas con discapacidad. Esta ley ha influido en la legislación europea sobre prohibición de la discriminación por discapacidad y reconocimiento del deber de ajuste razonable y, consecuentemente, sobre los límites de los exámenes médicos en el empleo.¹² La Genetic Information Nondiscrimination Act (GINA) de 2008 regula los reconocimientos genéticos y la información genética, los fines con que pueden ser utilizados en el trabajo y las limitaciones derivadas del derecho a la no discriminación y la privacidad. Asimismo, se ha sostenido que esta ley debería utilizarse como guía para regular los test genéticos en la legislación doméstica europea.¹³

Finalmente, la legislación española ha tenido una histórica influencia en la normativa de los países hispanoamericanos, lo que hace que sea relevante conocer las fortalezas y debilidades que presenta su regulación sobre los reconocimientos médicos en el trabajo, utilizando como herramienta de investigación para ello el derecho comparado.

Estado de la cuestión

En cada jurisdicción por analizar existen diversas normas jurídicas aplicables a los exámenes médicos que tienen lugar en el trabajo, las cuales han sido interpretadas por los tribunales de justicia, además de ser objeto de estudio por la doctrina nacional respectiva.

¹¹ La actual Health and Safety at Work (HSWA) (2015) de Nueva Zelanda se basó significativamente en la normativa modelo australiana contenida en la Model Work Health and Safety Bill (2011). Cfr.: PEACE *et al.* (2019), p. 259.

¹² QUINN Y FLYNN (2012), pp. 23-48.

¹³ QUINN *et al.* (2015), pp. 271-272.

Estado de la situación en Estados Unidos

Estados Unidos es el Estado federal que tiene legislación federal aplicable a todos los estados. Además, existe legislación estatal promulgada por cada estado, que se aplica exclusivamente en el estado respectivo. En caso de contradicción, prevalece la legislación federal.

A nivel federal existen diferentes leyes que regulan los reconocimientos médicos en el trabajo, además de diversas normas que persiguen limitarlos, ya que tradicionalmente los empleadores han efectuado amplio uso de los reconocimientos médicos, con riesgos de discriminación y uso indebido de la información médica.¹⁴ La Occupational Safety and Health Act (OSHA) de 1970 consagra en su sección 5 el deber de seguridad del empleador y del trabajador, quienes deben cumplir los estándares sobre salud y seguridad ocupacionales promulgados por la Occupational Safety and Health Administration (OSHA) o por el estado con la aprobación de la OSHA, entre los que se encuentran los que consagran los exámenes médicos periódicos de trabajadores expuestos a sustancias peligrosas en el trabajo.¹⁵ La ADA regula la oportunidad y finalidades que pueden perseguir los reconocimientos médicos, además de consagrar su confidencialidad y prohibición de ser utilizados para discriminar a personas con discapacidad.¹⁶ La GINA, por su parte, regula los test genéticos en el trabajo, la oportunidad y finalidad con que pueden ser utilizados, y las limitaciones derivadas de la privacidad y la prohibición de discriminación por razones genéticas.¹⁷

Los test de alcohol y drogas están regulados en diversos cuerpos normativos. La Drug-Free Workplace Act (DFWA) de 1988,¹⁸ por ejemplo, exige a los contratistas federales y a quienes reciben fondos federales establecer programas dirigidos a garantizar que el lugar de trabajo esté libre de drogas. Sobre la base de esta ley diversas agencias del gobierno federal exigen a sus contratistas incluir en sus políticas de trabajo test de drogas para sus trabajadores y postulantes.¹⁹ La cuarta enmienda de la Constitución de Estados Unidos, que prohíbe al gobierno conducir

¹⁴ BROWN (2018), p. 3.

¹⁵ Para un resumen de estos exámenes y su periodicidad véase OCCUPATIONAL SAFETY & HEALTH ADMINISTRATION (2014).

¹⁶ 42 U.S.C. § 12101-12213.

¹⁷ 42 U.S.C. § 2000ff.

¹⁸ 41 U.S.C. § 701-702.

¹⁹ OLSEN (1991), p. 224.

investigaciones y allanamientos irrazonables, ha sido reconocida por la Corte Suprema a trabajadores del sector privado ante los test de alcohol y drogas ordenados o autorizados por la regulación federal; así la mencionada garantía constitucional constituye una limitación a los test de alcohol y drogas.²⁰

A nivel estatal existen diversas normas aplicables a los test de alcohol y drogas. Varios estados han promulgado legislaciones dirigidas a limitarlos ante situaciones específicas, con el propósito de proteger la privacidad de los trabajadores.²¹ Igualmente, algunos estados han reconocido el consumo de marihuana para fines recreativos y medicinales, lo que ha generado cierta contradicción con la legislación federal antidiscriminación, que no protege el consumo de drogas por parte de los trabajadores con fines recreativos y el consumo medicinal está limitado.²² Por lo tanto, dependiendo de la jurisdicción a que se recurra, federal o estatal, se llegará a soluciones contradictorias sobre la legalidad y consecuencias de la aplicación de los test de alcohol y drogas en el trabajo, particularmente si se trata de trabajadores que consumen marihuana para fines recreativos o medicinales fuera del lugar de trabajo en tiempo de descanso.²³

La normativa sobre la privacidad y la no discriminación impone diversos límites y requisitos a los reconocimientos médicos en el trabajo. La jurisprudencia judicial, la interpretación y regulación emanadas de la Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) han determinado el alcance de los límites de los reconocimientos médicos a través de la interpretación de la legislación existente.

Estado de la situación en Australia

Australia es el Estado federal que distribuye las competencias legislativas entre el gobierno federal, los estados y territorios. Esto se aplica también a la normativa que regula los reconocimientos médicos en el trabajo en el sector privado, donde cada estado y cada territorio

²⁰ *Skinner v. Railway Labor Executives' Ass'n.*, 489 U.S., 109 S. Ct. 1402, 1422 (1989). En el mismo sentido a nivel de cortes federales: *Hennessey v. Coastal Eagle Point Oil Co.*, No. W-003611-86 (N.J. Super. Ct. Law Div. April 28, 1989); *Wilkinson v. Times Mirror Corp.*, 215 Cal. App. 3d 1034, 264 Cal. Rptr. 194 (Cal. Ct. App. 1990).

²¹ FINKIN (2018), pp. II-65 a II-140.

²² SCANNELL (2019), pp. 394-398.

²³ SCANNELL (2019), pp. 403-406.

tienen su propia legislación sobre la salud e higiene ocupacional²⁴ y compensación por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales,²⁵ además de contar con su propia legislación contra la discriminación.²⁶ A su vez, existe normativa federal –como las legislaciones contra la discriminación por discapacidad,²⁷ la privacidad,²⁸ y sobre el contrato de trabajo que cubre a la mayoría de los trabajadores del sector privado—²⁹ que debe aplicarse a los reconocimientos médicos.

Australia tiene numerosa normativa estatal, promulgada por los estados y territorios, que exige al empleador requerir a los trabajadores expuestos a sustancias peligrosas que se sometan a exámenes médicos periódicos.³⁰ Asimismo, con base en la obligación de seguridad, el poder de dirección, la negociación colectiva y el contrato de trabajo, se admite la procedencia de otros exámenes médicos, pero con fines y oportunidades precisos, de modo que no se puede vulnerar el derecho a la no discriminación y la privacidad, límites de los que se ha ocupado la doctrina y jurisprudencia.³¹

Estado de la situación en España

La Ley 31/1995 (LPRL), de 8 de noviembre, contiene la normativa esencial sobre prevención de riesgos laborales, complementada con otra normativa específica. Entre las varias razones para

²⁴ Occupational Health and Safety Act 2004 (Vic); Work Health and Safety Act 2011 (NSW); Work Health and Safety Act 2011 (Qld); Work Health and Safety Act 2012 (SA); Work Health and Safety Act 2011 (ACT); Work Health and Safety (National Uniform Legislation) Act 2011 (NT); Work Health and Safety Act 2012 (Tas); Work Health and Safety Act 2020 (WA).

²⁵ Workers Compensation Act 1951 (ACT); Safety, Workers Compensation Act 1987 (NSW); Workplace Injury Management and Workers Compensation Act 1998 (NSW); Return to Work Act 2015 (NT); Workers' Compensation and Rehabilitation Act 2003 (Qld); Return to Work Act 2014 (SA); Workers Rehabilitation and Compensation Act 1988 (Tas); Workplace Injury Rehabilitation and Compensation Act 2013 (Vic); Workers' Compensation and Injury Management Act 1981 (WA).

²⁶ New South Wales Anti-Discrimination Act 1977 (NSW); Equal Opportunity Act 1984 (WA); Anti-Discrimination Act 1991 (Qld); Discrimination Act 1991 (ACT); Anti-Discrimination Act 1992 (NT); Anti-Discrimination Act 1998 (Tas); The Equal Opportunity Act 2010 (Vic).

²⁷ Disability Discrimination Act 1992 (Cth).

²⁸ Privacy Act 1988 (Cth).

²⁹ Fair Work Act 2009 (Cth).

³⁰ Work Health and Safety Regulation 2011 (Qld); Occupational Health and Safety Regulations 2017 (Vic); Work Health and Safety Regulations 2012 (SA); Work Health and Safety Regulations 2012 (Tas); Work Health and Safety Regulation 2017 (NSW). Para los test de alcohol y drogas fundado en normas estatales véase SMITH (2007), pp. 47-52.

³¹ Entre otros, véanse: JOHNSTONE (1988), pp. 115-146; GUTHRIE (2003), pp. 93-102; GUTHRIE Y WESTAWAY (2009), pp. 803-821; OTLOWSKI *et. al.* (2010), pp. 637-691; FOSTER (2016), pp. 567-614.

dictar la LPRL se encuentra la necesidad de adecuar la legislación española a las Directivas Comunitarias sobre prevención de riesgos derivados del trabajo, especialmente, las Directivas Marco 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo; 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la protección de la maternidad; 94/33/CEE, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes, y 91/383/CEE, de 25 de junio de 1991, relativa a la promoción de la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal.³² El derecho comunitario y la normativa de la Organización Internacional del Trabajo, como el Convenio 155, tienen una enorme influencia en la normativa española sobre prevención de riesgos laborales.³³

En España, igualmente, existe una regulación estatal de los reconocimientos médicos en el trabajo, que pueden ser tanto obligatorios como voluntarios, fundada, entre otros, en los artículos 22 LPRL y 196 LGSS. Los fines que persiguen los reconocimientos médicos determinan su naturaleza imperativa o voluntaria y la oportunidad en que proceden. Asimismo, los reconocimientos médicos deben respetar la intimidad, la protección de datos personales y el derecho a la no discriminación, que tienen la categoría de derechos fundamentales en España.

La doctrina y la jurisprudencia han examinado la regulación que hace la legislación española de los reconocimientos médicos en el empleo.³⁴

Hipótesis

La hipótesis inicial es que en las tres jurisdicciones analizadas los reconocimientos médicos laborales cumplen similares funciones como consecuencia de la consagración normativa de la obligación de seguridad, la privacidad o intimidad y el derecho a la no discriminación. Sin embargo, existen diferencias de regulación, en cuanto a la oportunidad en que tienen lugar y respecto de algunos de los fines que persiguen, que permiten al empleador utilizar los resultados

³² SALA (2019), p. 35.

³³ SALA (2019), p. 35.

³⁴ Entre otros véase GARCÍA Y PEDROZA (1999); GONZÁLEZ (2002), pp. 239-318; SAN MARTÍN (2004), pp. 181-202; TOSCANI (2011); POQUET (2013), pp. 98-155; MENDOZA (2013); LOUSADA Y NÚÑEZ (2016); POQUET (2020), pp. 382-405; GONZÁLEZ (2021), pp. 51-66; GARCÍA (2023); IGARTUA (2023), pp. 188-207.

de los reconocimientos médicos para finalidades distintas, lo que genera una conclusión distinta en la ponderación de derechos en juego en función del ordenamiento vigente en cada país. Estas divergencias en cuanto al fin admisible de los reconocimientos médicos se presentan particularmente en Estados Unidos y, en menor medida, en Australia.

Objetivos

La presente investigación se propone, como objetivo general, examinar las finalidades legítimas que deben o pueden perseguirse a través de los reconocimientos médicos en el trabajo y la oportunidad en que pueden tener lugar, además de los fines prohibidos, esto es, los que el empleador no puede perseguir a través de los reconocimientos médicos, en conformidad con la normativa de las tres jurisdicciones analizadas.

Los objetivos específicos que se persiguen son:

1. Analizar normativamente lo que se entiende por reconocimientos médicos en el empleo y sus diferencias con otros instrumentos que permiten conocer información de salud del trabajador en cada una de las jurisdicciones examinadas.
2. Discutir el fundamento jurídico que hace procedentes los reconocimientos médicos en el trabajo, determinando la obligación y/o el derecho de que son manifestación.
3. Examinar los test de drogas en el trabajo, la oportunidad y objetivos con que pueden utilizarse, y las situaciones en que puede tener lugar una vulneración de los derechos a la no discriminación y a la privacidad cuando se usan para fines no permitidos por la legislación doméstica.
4. Discutir el concepto de reconocimientos genéticos en el trabajo, los objetivos y oportunidad en que pueden utilizarse, y la infracción de derechos del trabajador que podría tener lugar cuando se usan con fines no permitidos por cada jurisdicción.

Los objetivos propuestos son los que permitirán determinar las diferencias y similitudes en cuanto a los fines que pueden perseguirse o no a través de los reconocimientos médicos en el trabajo, en cada jurisdicción por examinar.

Preguntas

Directamente vinculadas con los objetivos, surgen, como preguntas que hay que responder, las siguientes:

1. ¿Qué se entiende por reconocimientos médicos en el empleo? ¿Cuáles son sus diferencias con otros instrumentos que permiten conocer información de salud del trabajador en cada una de las jurisdicciones por examinar?
2. ¿Cuál es el fundamento jurídico que hace procedente los reconocimientos médicos en el trabajo?
3. ¿Cuáles son las finalidades legítimas que deben o pueden perseguirse a través de los reconocimientos médicos? ¿En qué oportunidad pueden tener lugar?
4. ¿Qué fines no pueden perseguirse con los reconocimientos médicos? En caso de vulnerarse la prohibición impuesta por el ordenamiento jurídico, ¿qué derechos del trabajador pueden infringirse?
5. ¿En qué consisten los test de drogas en el trabajo? ¿En qué oportunidad pueden tener lugar? ¿Qué finalidades pueden perseguirse lícitamente con los test de drogas?
6. ¿Cuál es el concepto de reconocimientos genéticos existente en cada jurisdicción por analizar? ¿En qué oportunidad pueden tener lugar? ¿Qué objetivos pueden perseguirse lícitamente a través de los test genéticos en el trabajo?

A través de la presente investigación se pretende contribuir en el avance del conocimiento de la regulación de los reconocimientos médicos desde una perspectiva comparada. Como se indicó antes, hasta el presente esto no se ha llevado a cabo en la forma en que se desarrolla en este trabajo.

Metodología

Se utilizarán diversas técnicas de frecuente aplicación en las investigaciones relacionadas con el derecho del trabajo.³⁵ En primer lugar, se recurrirá a la técnica de la hermenéutica para identificar las normas jurídicas que regulan los reconocimientos médicos en el trabajo o que les son

³⁵ CRUZ (2016), pp. 88 y ss.

aplicables, junto con la interpretación que les ha otorgado la jurisprudencia, particularmente relevante en los países del *common law*, que tienen un sistema de precedentes.

También se examinará la efectividad de la normativa aplicable a los reconocimientos médicos laborales, esto es, si efectivamente se da cumplimiento a la normativa por parte de los operadores del derecho, para lo cual se utilizará como principal fuente la jurisprudencia.

Igualmente, se utilizará el derecho comparado como método de investigación, a fin de examinar las similitudes y diferencias que presentan la regulación y aplicación de los exámenes médicos en el trabajo en cada una de las jurisdicciones por analizar.³⁶ Esto permitirá conocer las fortalezas, deficiencias y vacíos existentes en la regulación de los reconocimientos médicos en el trabajo en cada uno de los países cuya normativa se analizará.³⁷

³⁶ DANNEMANN (2019), pp. 419-420.

³⁷ DANNEMANN (2019), pp. 420-421.

CAPÍTULO I: DEFINICIÓN Y FUNDAMENTO JURÍDICO DE LOS RECONOCIMIENTOS MÉDICOS EN EL TRABAJO

I. Definición de los reconocimientos médicos en el trabajo

Las jurisdicciones analizadas tienen una regulación general de los reconocimientos médicos en el trabajo, aunque con ciertas diferencias, la que incluye su terminología y definición.

En cuanto a la terminología, se observan mayoritariamente similitudes y diferencias menores. En Estados Unidos los reconocimientos médicos laborales (*workplace health screening*) no tienen una terminología única. A veces se emplean las expresiones “reconocimientos médicos laborales”, “evaluaciones médicas preocupacionales y ocupacionales”, especialmente bajo la normativa de la OSHA, para abarcar tanto los exámenes médicos como las preguntas sobre la salud, es decir, todo el proceso médico a través del cual se selecciona y mantiene a los trabajadores en el empleo basándose en información sobre la salud de la persona.³⁸ En otras ocasiones, particularmente bajo la ADA, se emplean las expresiones “exámenes médicos” (*medical examinations*) y “preguntas sobre la salud” (*medical inquiries* o *disability-related inquiries*); esto es, no se usa la expresión “reconocimientos médicos” para comprender a ambos,³⁹ aunque la doctrina sí lo hace.⁴⁰ Expresiones similares se utilizan en Australia, con prevalencia de “reconocimientos médicos en el trabajo”.⁴¹ En España, en cambio, se emplean mayoritariamente las expresiones “reconocimientos médicos” en el trabajo, con base, principalmente, en el artículo 22.1 de la LPRL, y “exámenes de salud”, con base en el artículo 37.3 c) del RSP.⁴² Para referirse a tipos de reconocimientos médicos específicos, hay ciertas coincidencias en la nomenclatura utilizada, como ocurre, por ejemplo, con los test de drogas, los test de alcohol, los test o exámenes genéticos.

En cuanto a si existe una regulación normativa en la legislación laboral, en la regulación de higiene y seguridad ocupacional o en la legislación antidiscriminación que defina los

³⁸ ROTHSTEIN (1984), p. 9; ROTHSTEIN (1989), pp. 12-20.

³⁹ 42 U.S.C. §12112(d).

⁴⁰ FINKIN (2018), p. 1-11.

⁴¹ JOHNSTONE (1988), pp. 115-116.

⁴² POQUET (2013), p. 114.

reconocimientos médicos ocupacionales, es posible encontrar dos enfoques. Por una parte, se encuentran las legislaciones que no contienen definición alguna, como ocurre con las normativas australiana⁴³ y española.⁴⁴ Por la otra, está el modelo estadounidense que, si bien tampoco define los reconocimientos médicos en el trabajo a propósito de la legislación antidiscriminación por discapacidad, sí conceptualiza los exámenes médicos⁴⁵ y las preguntas sobre la salud⁴⁶ a fin de determinar la aplicación de la ADA. Definiciones que es necesario analizar, por ser las únicas que, en términos generales, se encuentran en las legislaciones domésticas estudiadas y que son tipos de reconocimientos médicos. Sin embargo y previo a ello, es necesario revisar el concepto de reconocimientos médicos en el trabajo ante la ausencia de definición legal en las jurisdicciones consideradas.

En líneas generales, los reconocimientos médicos en el trabajo se usan en las distintas jurisdicciones en términos amplios, comprendiendo los distintos instrumentos y herramientas que permiten al empleador obtener información sobre la salud del trabajador. En Australia los reconocimientos médicos o monitoreo médico en el trabajo “es un término que describe todas las evaluaciones biológicas y clínicas a que se someten los trabajadores antes, durante o después de su contrato de trabajo [...]. El monitoreo médico se concentra en examinar a la persona del trabajador, en contraposición a la vigilancia ambiental que dice relación con el ambiente del lugar de trabajo”.⁴⁷ En Estados Unidos, constituyen los procesos médicos que permiten obtener información sobre la salud de los trabajadores para seleccionar a los postulantes a empleo y mantener la fuerza de trabajo.⁴⁸ La doctrina norteamericana sostiene que “la evaluación médica de los trabajadores está compuesta por dos elementos. Primero, existe una evaluación puramente médica de la salud del individuo. Segundo, la información médica es usada en decisiones de personal. Es importante considerar ambos elementos y la forma en que se interrelacionan”.⁴⁹

⁴³ JOHNSTONE (1988), pp. 115-116.

⁴⁴ POQUET (2013), p. 114.

⁴⁵ 42 U.S.C. §12112(d)(2); 29 C.F.R. §1630.13(a).

⁴⁶ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 70:1103.

⁴⁷ JOHNSTONE (1988), p. 116.

⁴⁸ ROTHSTEIN (1984), p. 9.

⁴⁹ ROTHSTEIN (1989), p. 12.

La doctrina española se pronuncia en términos similares a la doctrina australiana y norteamericana, determinando qué se entiende por reconocimientos médicos a propósito del artículo 22 de la LPRL, a fin de “dilucidar si el reconocimiento se refiere a un concepto totalizador de los instrumentos, medios o técnicas que sirvan a la vigilancia de la salud o, por el contrario, se trata de un instrumento, uno más de los que pueden utilizarse”.⁵⁰ Se agrega que “la propia LRPL habla de reconocimientos o pruebas. Obviamente, el reconocimiento no implica, en la mayoría de los casos, una estricta exploración corporal, sino, además, la realización de las pruebas que sean necesarias. Pero, además, en la actualidad se utilizan técnicas que complementan a las anteriores que suponen la utilización de datos que afectan a la persona del trabajador y que pueden ser necesarios para realizar la vigilancia de la salud. En este sentido, el RSP es determinante al formular el contenido y alcance de los exámenes de salud, ya que establece que la vigilancia de la salud estará sometida a protocolos específicos u otros medios existentes con respecto a los factores de riesgo a los que esté expuesto el trabajador. Parte de la doctrina defiende un concepto totalizador del reconocimiento como comprensivo de todas las actuaciones que puedan ser exigibles para conocer y controlar el estado de salud del trabajador, ya que no parece adecuado tratar el reconocimiento desde un punto de vista parcial, como identificativo de una exploración corporal, esto es, como un instrumento autónomo o independiente de otras actuaciones en las que también se pueden obtener datos íntimos del trabajador. Si la vigilancia de la salud precisa del consentimiento del trabajador, no se puede excepcionar la aplicación del consentimiento solamente para una parte de los instrumentos, medios o técnicas que puedan servir para atender la vigilancia de la salud colectiva [...]. En este sentido parece acertado el reglamento cuando utiliza el concepto de ‘*exámenes de salud*’, comprendiendo el reconocimiento aspectos mucho más amplios que van desde la historia clínico-laboral hasta la explotación clínica y control biológico”.⁵¹

⁵⁰ POQUET (2013), p. 113.

⁵¹ POQUET (2013), p. 114. En términos similares se había pronunciado anteriormente GÓMEZ (2005), p. 707. Más recientemente sostiene esa misma opinión con base en el artículo 22.1 de la LPRL LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), pp. 27-28: “El segundo de esos aspectos es en relación con las pruebas a que se contraen esos reconocimientos médicos que el empresario debe cuanto menos ofrecer y, en su caso, imponer. Sin concretar cuáles sean, el artículo 22 de la LPRL habla, en sus diversos apartados, de *reconocimientos o pruebas o medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores*. Parece así dar por sentado que el reconocimiento médico del trabajador es el instrumento central para realizar la vigilancia periódica del estado de salud, pero sin excluir la posibilidad de otras pruebas, hablando más omnicomprendivamente de medidas de vigilancia y control de la salud.

1. Importancia de la definición de reconocimientos médicos laborales

La precisión del concepto de reconocimientos médicos de los trabajadores tiene importancia para determinar la normativa que los regula, las prohibiciones, deberes y facultades del empleador. Al proporcionar información sobre la salud de la persona, que comprende sus condiciones físicas y psíquicas, enfermedades, discapacidades, información genética, se rigen, entre otras, por las legislaciones antidiscriminación, sobre salud y seguridad ocupacionales, sobre privacidad.

1.1. Determinación de la legislación aplicable

Comprender qué constituye los reconocimientos médicos y sus categorías o manifestaciones permite conocer las legislaciones que los rigen. Se mencionan algunas de ellas a modo de ejemplo.

La legislación antidiscriminación, particularmente por discapacidad, sexo y raza, limita o establece requisitos de procedencia de los reconocimientos médicos en el empleo, restringiendo la oportunidad en que proceden, sus fines lícitos y forma de aplicación, con el propósito de evitar la discriminación. La ADA es la ley antidiscriminación federal que con mayor detalle regula los exámenes médicos y las preguntas relacionadas con la salud,⁵² que son dos de los principales tipos de reconocimientos médicos, y determina la oportunidad en que pueden tener lugar, sus fines legítimos y prohibidos. En cambio, la legislación antidiscriminación española⁵³ y australiana⁵⁴ solamente prohíben que se utilicen con fines discriminatorios y reconocen

Más esclarecedor en este sentido es el RSP al hablar –en su art. 37.3.c)– de los *exámenes de salud*. Lo que nos conduce a defender un concepto totalizador del reconocimiento médico como comprensivo de todas las actuaciones que puedan ser exigibles para conocer y controlar el estado de salud. Por eso, nos parece acertada la identificación que acomete el RSP entre el concepto de reconocimiento o pruebas con el concepto de exámenes de salud, de manera que se comprenda la historia clínico-laboral, anamnesis, exploración clínica y control biológico y estudios complementarios”. La jurisprudencia judicial es escasa al respecto, pero se pronuncia en similar sentido: STSJ de Galicia, 18 de junio de 2012, Rec. N° 7/2012.

⁵² 42 U.S.C. §12112; 29 C.F.R. §1630.13-14.

⁵³ En España la discriminación laboral por razones de discapacidad está prohibida por diversas normas destacando el artículo 4.2.e) del ET; el artículo 7 apartado 13 y el artículo 8 apartados 12, 13 bis y 17 del RDL 5/2000, de 4 de agosto; los artículos 2 y 6 de la Ley 15/2022, que prohíben no solamente la discriminación por discapacidad, también por enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos. A nivel comunitario destaca el artículo 2 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000.

⁵⁴ Disability Discrimination Act 1992 (Cth), ss. 15-21B.

indirectamente sus fines lícitos cuando proporcionan información médica para adoptar decisiones empresariales que no constituyen discriminación ilegal.

La normativa sobre higiene y seguridad ocupacional, igualmente, regula los reconocimientos médicos y los establece como obligatorios o facultativos para el trabajador, según las finalidades con que se admiten.⁵⁵ Las legislaciones de todos los países analizados contienen regulación general aplicable a todos los exámenes médicos, fundado principalmente en la obligación de seguridad del empleador, como también regulaciones específicas aplicables a ciertos exámenes médicos.

La legislación sobre la privacidad se aplica también a los exámenes médicos al regular cuándo son procedentes y la forma de gestionar y usar sus resultados, que es información sobre la salud de la persona calificada como dato sensible y, por tanto, se aplica su regulación.⁵⁶

1.2. Límites de los reconocimientos médicos

La regulación de los reconocimientos médicos en el empleo contiene una serie de límites que deben ser observados, esencialmente, por el empleador. En primer lugar, los ordenamientos jurídicos a veces consagran los reconocimientos médicos obligatorios de forma general, esto es, sin precisar el tipo de reconocimiento médico sino solamente su finalidad, y dejan su determinación a normas reglamentarias, al empleador, a la autonomía de la voluntad,⁵⁷ o bien precisando de manera detallada el tipo de reconocimiento médico según el riesgo ambiental o biológico a que está expuesto el trabajador.⁵⁸

Asimismo, se admiten los reconocimientos médicos voluntarios solamente para el trabajador, como ocurre con los reconocimientos médicos del artículo 22.1 LPRL, primera parte del párrafo

⁵⁵ El artículo 22 de la LPRL es un claro ejemplo de ello, al constituir la principal norma española que regula los reconocimientos médicos en el empleo.

⁵⁶ La doctrina califica la privacidad como uno de los principales límites de los reconocimientos médicos debido a su reconocimiento como derecho de los trabajadores por los ordenamientos jurídicos. Cfr.: CRAIG (1999), pp. 1-4.

⁵⁷ El artículo 22 de la LPRL no precisa los tipos de reconocimientos médicos obligatorios para el empleador y el trabajador, y los voluntarios para el trabajador, determinando su imperatividad o voluntariedad en función de la finalidad que persiguen.

⁵⁸ Las tres legislaciones a través de estándares, reglamentos y protocolos consagran reconocimientos médicos específicos para candidatos y trabajadores que estarán o están expuestos a riesgos ambientales y biológicos, tales como la silicosis, el ruido o asbestos.

segundo, o bien para ambas partes del contrato de trabajo. Esta última opción tiene lugar cuando el empleador no está obligado por norma alguna a proporcionar reconocimientos médicos al trabajador, pero puede establecerlos voluntariamente para el trabajador que desee someterse a ellos de forma libre y espontánea. Esta modalidad es de amplia aplicación en Estados Unidos, donde las empresas ofrecen reconocimientos médicos voluntarios bajo programas de bienestar,⁵⁹ y en menor medida en España⁶⁰ y Australia,⁶¹ debido a que la seguridad social proporciona numerosos reconocimientos médicos gratuitos en mayor cantidad que en Estados Unidos. En los reconocimientos voluntarios, para ser realmente tales, el trabajador no puede sufrir represalia alguna si se niega someterse a ellos.

Por otro parte, también constituyen límites los fines lícitos que pueden perseguirse con los reconocimientos médicos. Cada legislación establece los fines con que lícitamente el empleador puede o debe utilizar la información sobre la salud que proporcionan los resultados de los reconocimientos médicos. Por esta razón, las legislaciones consagran, asimismo, los fines ilícitos o prohibidos, que son aquellos que atentan contra el derecho a la no discriminación o contra la privacidad del trabajador, derechos reconocidos a los trabajadores de diferente forma en la normativa doméstica de cada país.

Directamente conectada con los fines, se encuentra la oportunidad en que puede solicitarse un reconocimiento médico al postulante o trabajador. No se admiten en cualquier momento. La legislación limita las oportunidades en que tienen lugar ciertos reconocimientos médicos y deja entregadas otras al empleador o a la autonomía de la voluntad. Así, por ejemplo, en Estados Unidos, los exámenes médicos preocupacionales proceden, por regla general, una vez que el empleador comunica al postulante una oferta de trabajo condicional a tener una salud compatible con el cargo.⁶² Esto significa que si el resultado de la prueba médica determina que el postulante es apto para el trabajo ofrecido, se perfecciona el contrato de trabajo; por el contrario, si arroja que no es apto, la oferta de trabajo podría quedar sin efecto solamente si los resultados de los exámenes médicos son relacionados con el trabajo y son consistentes con la necesidad del

⁵⁹ FINKIN (2018), pp. 1-5, 1-6.

⁶⁰ TUDELA Y VALDEOLIVAS (2009), pp. 296-297.

⁶¹ AUSTRALIAN GOVERNMENT COMCARE (2010), p. 17.

⁶² 42 U.S.C. §12112(d)(2).

negocio.⁶³ Esta oportunidad persigue evitar la discriminación por discapacidad en la etapa previa a la oferta de trabajo a través de la prohibición impuesta al empleador de acceder a información sobre la salud de los postulantes que pueda influir en la decisión de la oferta de trabajo.⁶⁴ Excepcionalmente, se admiten los exámenes médicos antes del otorgamiento de una oferta de empleo condicional, como ocurre, por ejemplo, con los test de drogas ilegales en conformidad con la ADA.⁶⁵ Esto se debe a que, para esta ley federal, dichos test no son exámenes médicos, porque su resultado no arroja una discapacidad protegida por la ADA.⁶⁶ No existe normativa similar en Australia⁶⁷ ni en España, aunque en este último país su legislación sí determina la oportunidad en que pueden tener lugar los reconocimientos médicos previos al inicio del contrato de trabajo, al menos de algunos de ellos.⁶⁸

La oportunidad de los reconocimientos médicos, al igual que sus fines, buscan proteger los derechos de los trabajadores y postulantes a empleos, y constituyen los principales límites a los reconocimientos médicos, aunque no los únicos, con el fin de evitar que el empresario adopte decisiones que puedan afectar indebidamente los derechos e intereses de los trabajadores en el empleo.

2. Tipos de exámenes médicos en el empleo

En Estados Unidos los exámenes médicos se consideran una especie de reconocimientos médicos. En conformidad con la ADA, se los define de forma amplia y se los diferencia de las preguntas sobre la salud.⁶⁹ En cambio, en Australia⁷⁰ y España⁷¹ los exámenes médicos parecen emplearse como sinónimo de reconocimientos médicos, y la legislación no los define.

La ADA define el examen médico como un “procedimiento o test que busca información sobre las deficiencias físicas o mentales, sobre la salud de una persona”.⁷² La EEOC proporciona

⁶³ BEFORT Y BUONOCORE (2021), pp. 281-282.

⁶⁴ BEFORT (1997), p. 417; SUSSER Y PETESCH (2011), pp. 968, 976.

⁶⁵ 42 U.S.C. §12114(d)(3).

⁶⁶ 42 U.S.C. §12114(d)(3).

⁶⁷ SCOTT (2016), pp. 137-138.

⁶⁸ ALAMEDA (2013), pp. 291-303.

⁶⁹ 42 U.S.C. §12112(d)(2); 29 C.F.R. §1630.13(a).

⁷⁰ JOHNSTONE (1988), pp. 115-116.

⁷¹ GÓMEZ (2005), p. 707; POQUET (2013), p. 114; LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), pp. 27-28.

⁷² 42 U.S.C. §12112(d)(2); 29 C.F.R. §1630.13(a).

diversos factores que deben considerarse para determinar cuándo se está ante un examen médico; factores que no deben concurrir todos de forma copulativa e incluyen si (1) el examen es administrado por un profesional de la salud; (2) el examen es interpretado por un profesional de la salud; (3) el examen es diseñado para revelar una discapacidad o proporcionar información sobre la salud física o mental de la persona; (4) el examen es invasivo; (5) el examen mide el desempeño de una tarea del trabajador o mide su respuesta fisiológica para realizar la tarea; (6) el examen normalmente se realiza en un entorno médico, y (7) se utiliza equipamiento médico.⁷³

Para la EEOC, “en varios casos la combinación de factores será relevante para establecer si un procedimiento o test es un examen médico. En algunos casos un factor podría ser suficiente para determinar si un procedimiento o test es médico”.⁷⁴ Para clarificar si se está ante un examen médico o no, la EEOC proporciona ejemplos como los siguientes: “un empleador requiere a los postulantes levantar una caja de treinta libras y trasladarla por veinte pies de distancia. Este test no es un examen médico; es solamente un test para determinar si el postulante puede ejecutar esta tarea. Pero, si el empleador toma la presión de sangre o el ritmo cardíaco después del levantamiento y traslado, el test podría ser un examen médico porque está midiendo la respuesta fisiológica al levantamiento y traslado, en contraposición a la capacidad del postulante para levantar y trasladar”.⁷⁵

Si en conformidad con la ADA el examen no es médico, no se rige por las limitaciones que establece solamente para los exámenes médicos y preguntas sobre la salud, que son los que podrían proporcionar información para incurrir en discriminación ilegal por razones de discapacidad.⁷⁶

Si bien no existe una definición de exámenes médicos en Australia⁷⁷ y España⁷⁸ se puede observar que los elementos básicos son similares a los que establece la legislación

⁷³ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995).

⁷⁴ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995).

⁷⁵ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995).

⁷⁶ 42 U.S.C. §12112(d)(2); 29 C.F.R. §1630.13(a).

⁷⁷ JOHNSTONE (1988), pp. 115-116.

⁷⁸ GÓMEZ (2005), p. 707; POQUET (2013), p. 114; LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), pp. 27-28.

norteamericana, esto es, procedimiento o test que proporciona información sobre la salud de una persona, incluyendo, eso sí, las preguntas sobre la salud.

Aunque no existe una enumeración taxativa de los exámenes médicos que se utilizan en el lugar de trabajo, se destacan algunos ya sea por su aplicación práctica o por regulación específica. A continuación, se analizarán algunos exámenes para determinar por qué tienen la calidad de reconocimientos médicos.

2.1. Test de alcohol en el trabajo

Los test de alcohol se admiten en el trabajo con distintas finalidades, aunque esencialmente para eliminar o disminuir el consumo o los efectos del alcohol en el lugar de trabajo cuando constituye un riesgo para la salud o seguridad del trabajador, compañeros de trabajo o terceros.⁷⁹ De esta forma, su finalidad principal es eliminar o disminuir el alcohol en el lugar de trabajo cuando por la naturaleza de la actividad empresarial o las labores ejecutadas por los trabajadores constituye un factor de riesgo laboral.⁸⁰

Estos test persiguen controlar que el trabajador cumpla con las prohibiciones vinculadas al consumo de alcohol en el lugar de trabajo y al desempeño de labores bajo la influencia del alcohol, ya que constituyen un instrumento de vigilancia de la salud de los trabajadores para evitar que el consumo de alcohol pueda ser un factor de riesgo para la seguridad en la empresa.⁸¹ Los test de alcohol, a diferencia de los test de drogas, permiten determinar cuándo una persona está bajo su influencia, esto es, embriagada o intoxicada, al momento de la toma de la muestra.⁸²

El resultado positivo o negativo en el test de alcohol depende de la tasa de alcoholemia en la persona, que se puede definir como “el volumen de alcohol que hay en la sangre. Se mide en grados de alcohol por cada litro de sangre (g/l) o su equivalente en aire espirado (mg/l)”.⁸³ De

⁷⁹ MARÍN (2018), p. 23.

⁸⁰ MARÍN (2018), p. 23: “El alcohol en sí mismo no es, por tanto, un factor de riesgo laboral, sino que actúa como tal en relación con los riesgos presentes en el puesto de trabajo concreto que se esté analizando. Por tanto, será un factor de riesgo laboral cuando el estado del trabajador tras el consumo pueda suponer una merma en los niveles de seguridad en la empresa”.

⁸¹ MARÍN (2018), pp. 137-138.

⁸² KAPUR (1994), pp. 106-107.

⁸³ SÁNCHEZ (2014), p. 10.

esta forma, el test de alcohol determina el grado de alcoholemia que un trabajador tiene en su organismo al momento de la toma de la muestra.⁸⁴

2.1.1. *Principales test de alcohol*

Los test de alcohol se clasifican tradicionalmente sobre la base de la muestra corporal que se utiliza y no por el instrumento empleado para obtener la muestra ni por el procedimiento usado para su análisis. A continuación, los test de alcohol más frecuentes.

2.1.1.1. *Test de alcohol en aliento*

Se conoce como alcotest o analizador de aliento o aire espirado. Se trata de un dispositivo que permite medir el grado de alcohol en la sangre, para lo cual utiliza el aliento como muestra.⁸⁵ Es el test de alcohol más común en el lugar de trabajo y el menos invasivo de la esfera íntima de la persona, ya que no exige ningún tipo de comportamiento especial.⁸⁶ En Estados Unidos es uno de los test de alcohol requeridos a los empleadores regulados por el Departamento de Transporte.⁸⁷

Es administrado por un técnico en alcoholemia, quien debe estar entrenado y cualificado para utilizar el dispositivo que permite practicar el test de alcohol en aliento.

2.1.1.2. *Test instantáneo en saliva*

Constituye un test de detección instantánea del alcohol que utiliza saliva como espécimen; se aplica también en el lugar de trabajo. En ciertas legislaciones, como la estadounidense, para resultados que son 0,02 positivo se debe realizar un test de confirmación que utilice aliento quince minutos después. Los resultados de este segundo test constituyen el resultado oficial.⁸⁸

⁸⁴ CABRERO Y LUNA (1999), p. 10; MARÍN (2018), p. 181.

⁸⁵ BROWN Y RHINDS (2019), p. 311.

⁸⁶ STC 196/2004, de 15 de noviembre; MARÍN (2018), p. 181.

⁸⁷ 49 C.F.R. § 40.3.

⁸⁸ 49 C.F.R. § 40M

2.1.1.3. *Test de alcohol en sangre*

El test de alcohol basado en muestra de sangre es una medición exacta de la concentración de alcohol en la sangre y revela la actual incapacidad o intoxicación por alcohol, por lo cual es, actualmente, uno de los test más confiables.⁸⁹ La cantidad de alcohol en la sangre alcanza su más alto nivel alrededor de una hora después de su consumo, la cual se denomina concentración de alcohol en la sangre.⁹⁰

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, el test de alcohol en sangre no se aplica comúnmente en el lugar de trabajo por dos razones: por un lado, es más costoso que los otros test de alcohol, por el otro, es invasivo de la intimidad, ya que requiere una muestra de sangre del trabajador. Así el empleador puede obtener diversa información sobre la salud y la vida privada del trabajador, que excede la necesaria para determinar si está bajo la influencia del alcohol o no.⁹¹ Al existir métodos menos invasivos que logran igual o similar resultado que el test en muestra de sangre, como los que utilizan aire espirado, se debe optar por estos, pues suponen una invasión menor a la esfera íntima del trabajador y guardan conformidad con el principio de razonabilidad o proporcionalidad que existe en las legislaciones que reconocen al trabajador el derecho a la privacidad o intimidad.⁹²

2.1.1.4. *Test de alcohol en orina*

Los resultados del test de alcohol en orina no miden la intoxicación actual.⁹³ De hecho, es un test extremadamente sensible que puede detectar bajos niveles de alcohol, inclusive luego de transcurridos varios días desde el consumo. Así, un trabajador que el día anterior a la realización de la prueba consumió una copa de vino en su hogar podría dar positivo en un test de orina practicado el día siguiente, aunque realmente no esté bajo la influencia del alcohol. Además, el test de alcohol en orina puede arrojar falsos positivos en personas con ciertas condiciones de salud, por ejemplo, quienes padecen diabetes. De hecho, el Departamento de Transporte de

⁸⁹ GUARDIA (2007), pp. 56-57; FERNÁNDEZ (2014), p. 83; MARÍN (2018), p. 182; BROWN Y RHINDS (2019), p. 312.

⁹⁰ MARÍN (2018), p. 182.

⁹¹ STC 207/1996, de 16 de diciembre; PULIDO (2007), p. 1; MARÍN (2018), p. 182.

⁹² MARÍN (2018), p. 183.

⁹³ FERNÁNDEZ (2014), p. 83; MARÍN (2018), p. 182; BROWN Y RHINDS (2019), pp. 311-312.

Estados Unidos prohíbe indirectamente este tipo de test, al permitir test de drogas solamente en aire espirado y saliva.⁹⁴ Su uso podría hacer incurrir al empleador en infracción a la normativa que protege la privacidad y prohíbe la discriminación, especialmente por discapacidad o salud.

Por consiguiente, el test de alcohol en orina no es un medio idóneo para determinar si un trabajador consumió alcohol o no en el lugar de trabajo, o si está bajo la influencia del alcohol al momento en que se practica la toma de la muestra. Así, el test de alcohol en orina no es un medio idóneo para identificar el alcohol como un factor de riesgo para la seguridad o salud en el trabajo.⁹⁵

2.1.1.5. *Test de glucurónido de etilo (EtG)*

Los test de alcohol pueden ser practicados mediante la recolección de muestras de orina o cabello utilizando una técnica para analizar la muestra en busca de la presencia de etilglucurónido,⁹⁶ un metabolito del alcohol detectable en la orina hasta ochenta horas después de la ingesta de alcohol⁹⁷ y hasta noventa días después en la muestra de cabello.⁹⁸ Asimismo, no mide la cantidad de alcohol que una persona ha consumido. Por esta razón, este test no es recomendable en el empleo, debido a que no mide la actual incapacidad por alcohol. Igualmente, existe el riesgo de que el resultado positivo se deba al consumo de alimentos con alcohol o productos que lo contengan, como productos de aseo, antitranspirantes, secador de pelo, que podrían causar un positivo en el test EtG.⁹⁹

El principal propósito del EtG en orina o cabello es determinar la abstinencia en el consumo de alcohol,¹⁰⁰ por lo que podría utilizarse en programas de rehabilitación, cuando el trabajador se compromete a no consumir más debido a su alcoholismo, y para el historial de consumo de alcohol.¹⁰¹

⁹⁴ 49 C.F.R. § 40.3.

⁹⁵ FERNÁNDEZ (2014), p. 83; MARÍN (2018), p. 182.

⁹⁶ GRODIN *et al.* (2020), pp. 1-2.

⁹⁷ WOJCIK y HAWTHORNE (2007), p. 320; GRODIN *et al.* (2020), pp. 2-3.

⁹⁸ GRODIN *et al.* (2020), pp. 2-3. En el mismo sentido: TSANACLIS *et al.* (2009), pp. 70-71.

⁹⁹ GRODIN *et al.* (2020), pp. 2-3.

¹⁰⁰ GRODIN *et al.* (2020), pp. 2-3.

¹⁰¹ TSANACLIS *et al.* (2009), p. 71.

2.1.2. *Regulación específica de los test de alcohol en el trabajo*

Sin perjuicio de que los test de alcohol tienen la naturaleza de reconocimientos médicos, por lo que se rigen por las normas generales que constituyen el fundamento y límites de los exámenes médicos en el trabajo, existen normas estatales especiales que los admiten de forma obligatoria o facultativa. En Estados Unidos la EEOC, por ejemplo, al analizar la definición de reconocimientos médicos en el trabajo que otorga la ADA, considera que los test de alcohol reúnen sus requisitos, por lo cual no son lícitos previo a la comunicación de una oferta de trabajo.¹⁰²

En el ordenamiento jurídico norteamericano es donde con mayor profundidad se regulan los test de alcohol en el lugar de trabajo; en cambio, en Australia y España su regulación específica es más escasa en comparación con la estadounidense.

2.1.2.1. *Regulación específica de los test de alcohol en el empleo en Estados Unidos*

En Estados Unidos, tanto a nivel federal como estatal, existen ciertas normas que regulan expresamente los test de alcohol en el lugar de trabajo.

2.1.2.1.1. *Regulación federal de los test de alcohol en el trabajo*

No existe ninguna norma federal que regule expresamente, con aplicación general, los test de alcohol en el trabajo. Solo en industrias que desarrollan actividades sensibles para la seguridad y a propósito de funcionarios públicos se regulan explícitamente los test de alcohol.

De esta forma, en ninguna de las leyes federales antidiscriminación existe una regulación específica sobre los test de alcohol. En la ADA, que es una de las leyes federales antidiscriminatorias, no se incluyen expresa y específicamente los test de drogas en el empleo, a diferencia de lo que ocurre con los test de drogas ilícitas.¹⁰³ Solamente habilita al empleador a establecer prohibiciones sobre el consumo de alcohol en el lugar de trabajo para todos los

¹⁰² EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995): “¿Podría un empleador solicitar test de drogas a los postulantes? No. Exámenes que determinan si y/o cuánto alcohol una persona ha consumido son médicos, y no existe excepción legal”.

¹⁰³ 42 U.S.C. § 12114(d).

trabajadores¹⁰⁴ y respecto de no estar bajo la influencia del alcohol en el lugar de trabajo,¹⁰⁵ además de poder fijar los mismos estándares de cualificación para el empleo o desempeño laboral tanto para trabajadores alcohólicos como para otros trabajadores.¹⁰⁶ De esta forma, los test de alcohol se rigen por las normas que la ADA establece para los exámenes médicos preocupacionales y ocupacionales.¹⁰⁷

En el transporte aéreo, terrestre y marítimo existe normativa expresa del Departamento de Transporte de Estados Unidos que regula los test de alcohol de forma obligatoria, y requiere a los empleadores someter a los trabajadores involucrados en el transporte, principalmente a conductores, a test de alcohol en ciertas situaciones.¹⁰⁸ Esta legislación define los test de alcohol como “un procedimiento analítico para determinar si un trabajador puede tener una concentración prohibida de alcohol sobre la base de una muestra de aliento o saliva”.¹⁰⁹ Igualmente, regula todo el procedimiento de toma de muestra para practicar el test, incluyendo las oportunidades en que tiene lugar (preocupacional, aleatorio, sospecha razonable, posterior a un accidente, regreso a trabajar, seguimiento).¹¹⁰ Además, respecto de ciertos medios de transporte se regulan también los test de alcohol que debe exigir al empleador a sus trabajadores y el procedimiento que debe observarse para ello. Así, por ejemplo, en el caso de conductores de vehículos motorizados, existe una regulación detallada de los test de alcohol que debe observar el empleador.¹¹¹

Asimismo, el Departamento de Energía de Estados Unidos establece las oportunidades en que pueden requerirse test de alcohol a los funcionarios que desempeñen labores allí mediante la Orden DOE O 343.1 de 30 de enero de 2014.¹¹² Por su parte, la Comisión de Regulación Nuclear tiene una regulación que exige test de alcohol en diversas oportunidades –las mismas que

¹⁰⁴ 42 U.S.C. § 12114(c)(1).

¹⁰⁵ 42 U.S.C. § 12114(c)(2).

¹⁰⁶ 42 U.S.C. § 12114(c)(4).

¹⁰⁷ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995).

¹⁰⁸ 49 C.F.R. § 40.

¹⁰⁹ 49 C.F.R. § 40.3.

¹¹⁰ 49 C.F.R. § 40.14.

¹¹¹ 49 C.F.R. § 382.

¹¹² Información disponible en <https://www.directives.doe.gov/directives-documents/300-series/0343.1-BOrder/@@images/file>.

establece el Departamento de Transporte– a todos quienes desempeñan funciones en las plantas nucleares.¹¹³

2.1.2.1.2. *Regulación estatal de los test de alcohol en el trabajo*

Diversos estados han promulgado leyes que regulan conjuntamente los test de alcohol y drogas en el lugar de trabajo, determinando las formalidades que debe cumplir el empleador si desea requerir test de alcohol a los candidatos a empleos y a los trabajadores, las oportunidades en que pueden tener lugar, las finalidades de su establecimiento y aplicación, y la gestión y uso que puede hacer el empleador del resultado positivo de los test de alcohol. El principal propósito de estas legislaciones ha sido limitar la discrecionalidad empresarial a fin de proteger los derechos de los trabajadores y postulantes a empleos.

Los siguientes estados, con ciertas diferencias, han regulado los requisitos que deben observar los empleadores si desean exigir test de alcohol en el trabajo: Alaska,¹¹⁴ Arizona,¹¹⁵ Arkansas,¹¹⁶ Connecticut,¹¹⁷ Hawaii,¹¹⁸ Idaho,¹¹⁹ Iowa,¹²⁰ Maine,¹²¹ Maryland,¹²² Minnesota,¹²³ Mississippi,¹²⁴ Montana,¹²⁵ Nebraska,¹²⁶ Oklahoma,¹²⁷ Oregon,¹²⁸ Rhode Island,¹²⁹ Tennessee,¹³⁰ Utah,¹³¹ Vermont¹³² y West Virginia.¹³³

¹¹³ 10 C.F.R. § 26.31.

¹¹⁴ ALASKA STAT. §§ 23.10.600-23.10.699.

¹¹⁵ ARIZ. REV. STAT. §§ 23-107; 23-493 a 23.493.11.

¹¹⁶ ARK. CODE ANN. §§ 11-2-105, 11-2-105, 11-2-108, 11-3-203; 010-14-002 ARK. CODE R. § 400.

¹¹⁷ CONN. GEN. STAT. §§ 31-51t a 31-51aa; CONN. AGENCIES REGS. §§ 31-51x a 31-51x-8.

¹¹⁸ HAW. REV. STAT. §§ 329B a 329B-8; HAW. CODE R. §§ 11-113 a 11-113-34.

¹¹⁹ IDAHO CODE ANN. §§ 72-1701 a 72-1713.

¹²⁰ IOWA CODE. § 730.5; IOWA ADMIN. CODE R. 641-12.1 (730) a 641-12.21 (730).

¹²¹ ME. REV. STAT. ANN. TIT 26 §§ 681 A 689.

¹²² MD. CODE ANN., HEALTH-GEN. §§ 17-214. 17-216.

¹²³ MINN. STAT. §§ 152.02, 152.32, 181.950 a 181.956.

¹²⁴ MISS. CODE ANN. §§ 71-7-1 a 71-7-31; 15 MISS. CODE R. §§ 53.1.1 a 53.9.1.

¹²⁵ MONT. CODE ANN. §§ 39-1-102, 39-2-205 a 39-2-211.

¹²⁶ NEB. REV. STAT. §§ 28-106, 48-1901 a 48-1910; 177 NEB. ADMIN. CODE §§ 6-001 a 6-004.02.

¹²⁷ OKLA. STAT. TIT. 40 §§ 552 a 563.

¹²⁸ OR. REV. STAT. §§ 438.010, 438.435, 438.450, 475.005; OR. ADMIN. R. 333-024-0305 a 333-024-0365.

¹²⁹ R. I. GEN. LAWS §§ 28-6.5-1 a 28-6.5-3.

¹³⁰ TENN. CODE ANN. §§ 50-9-101 a 50-9-113.

¹³¹ UTAH CODE ANN. §§ 34-38-2 a 34-38-15.

¹³² VT. STAT. ANN. TIT. 21 §§ 511 a 520.

¹³³ W. VA. CODE §§ 21-1-1, 21-1-3, 21-3E-2 a 21-3E-16.

Asimismo, ciertos estados contienen legislación que prohíbe al empleador despedir o tomar otra acción adversa contra los trabajadores a causa del consumo de alcohol fuera de las dependencias del empleador y en tiempo de descanso, por lo que los test de alcohol que comprueben esa conducta, como el test en orina, no podrían fundar una acción adversa. Esos estados solamente permiten sancionar y controlar el consumo de alcohol en el lugar de trabajo, y la intoxicación del trabajador mientras está trabajando. California,¹³⁴ Illinois,¹³⁵ Minnesota,¹³⁶ Missouri,¹³⁷ Nevada,¹³⁸ New York,¹³⁹ North Dakota¹⁴⁰ y Wisconsin¹⁴¹ contienen legislación en este sentido. Igualmente, Colorado, como regla general, prohíbe sancionar a quien consume alcohol en tiempo de descanso, salvo que exista una restricción o prohibición de dicha conducta por ser un requerimiento ocupacional *bona fide* o para evitar un conflicto actual o aparente con cualquier responsabilidad del trabajador hacia el empleador.¹⁴² Montana¹⁴³ y North Carolina¹⁴⁴ tienen una legislación similar a la del estado de Colorado.

2.1.2.2. *Regulación específica de los test de alcohol en el empleo en Australia*

En Australia, tanto a nivel federal como estatal, existen normas que prohíben a ciertos trabajadores consumir alcohol mientras ejecutan sus labores o presentarse a trabajar y realizar labores bajo la influencia del alcohol.¹⁴⁵ Los test de alcohol podrían ser una de las herramientas para determinar el cumplimiento o infracción de esa legislación.

Por otra parte, existen leyes que expresamente admiten o exigen al empleador la realización de test de alcohol a trabajadores que desempeñan labores peligrosas para la seguridad, tales como policías, conductores de medios de transporte, trabajadores de plantas nucleares. La regulación

¹³⁴ CAL. LAB. CODE §§ 98.6.

¹³⁵ 829 ILL COMP. STAT. 55/5; ILL. ADMIN. CODE TIT. 56, § 360.110.

¹³⁶ MINN. STAT. §§ 179.01, 181.938.

¹³⁷ Mo. Rev. Stat. § 290.145.

¹³⁸ NEV. REV. STAT. §§ 453A.010, 453A.040 a 453A.050, 453A.090, 453A.110, 453A.120, 453A.800, 613.310 A 613.320, 613.333.

¹³⁹ N.Y. LAB. LAW §§ 2, 201-d.

¹⁴⁰ N.D. CENT. CODE §§ 14-02.4-01 a 14-02.4-03, 14-02.4-06, 14-02.4-08 a 14-02.4-10.

¹⁴¹ WIS. STAT. ANN. §§ 103.001, 103.005, 111.32 a 111.325, 111.35, 939.51. 942.07.

¹⁴² COLO. REV. STAT. § 24-34-402.5.

¹⁴³ MONT. CODE ANN. §§ 39-2-313 a 39-2-314.

¹⁴⁴ N.C. GEN. STAT. §§ 95-28.2, 130A-495.

¹⁴⁵ Para un resumen de esta legislación véase AUSTRALIAN SAFETY AND COMPENSATION COUNCIL (2007), pp. 47-52.

es similar a la existente en Estados Unidos, que impone test de drogas a trabajadores que ejecutan labores sensibles para la seguridad.

Tratándose de oficiales de policía, existe legislación federal y estatal que permite requerirles test de alcohol. A nivel federal se dispone que un policía autorizado de la Policía Federal Australiana puede exigir a otro policía federal que se someta a un test de alcohol mientras está en sus funciones, cuando el policía autorizado sospecha razonablemente que está bajo la influencia del alcohol.¹⁴⁶ También, se admite requerir el test a los policías federales involucrados en ciertos incidentes, específicamente después de un accidente en vehículo o buque en el que ha resultado fallecida una persona o luego de un incidente en el cual una persona ha resultado muerta o ha sido seriamente lesionada como consecuencia del disparo de un arma de fuego o por el uso de fuerza física por parte de un policía.¹⁴⁷ En New South Wales la legislación contempla tres tipos de test de alcohol en sangre o aire espirado obligatorios para los policías: random, sospecha razonable de estar bajo la influencia del alcohol y luego de un incidente en que una persona ha sido asesinada o lesionada como consecuencia del disparo de un arma de fuego por parte de un policía, o por el uso de fuerza física por parte de un policía, o mientras estaba detenido o en custodia de la policía, o en una situación que involucró un vehículo, helicóptero o buque de la policía.¹⁴⁸ Tasmania regula las mismas tres situaciones para requerir test de drogas a los policías del estado.¹⁴⁹

Igualmente, algunos estados regulan en ciertas situaciones test de alcohol obligatorios para trabajadores ferroviarios involucrados en la seguridad ferroviaria, incluyendo a los conductores de ferrocarriles. En Victoria se contemplan los test de alcohol en las siguientes situaciones: (1) un oficial de seguridad del transporte puede requerir a un trabajador de la seguridad ferroviaria un test de aliento previo al inicio de sus labores; (2) un oficial de seguridad del transporte o un oficial de policía pueden exigir un test de alcohol a un trabajador de la seguridad ferroviaria que está desempeñando sus labores cuando tienen razonable sospecha de que hay alcohol en su aliento; (3) un miembro de la fuerza policial puede exigir al trabajador de la seguridad ferroviaria

¹⁴⁶ Australian Federal Police Act 1979 (Cth), s. 40 RLA.

¹⁴⁷ Australian Federal Police Act 1979 (Cth), s. 40 N.

¹⁴⁸ Police Act 1990 (NSW), s. 211A.

¹⁴⁹ Police Services Act 2003 (Tas), s. 50.

un test de alcohol cuando cree, basado en fundamentos razonables, que dentro de las últimas tres horas ha desempeñado trabajo crítico para la seguridad ferroviaria y ha ocurrido un accidente o incidente irregular ferroviario.¹⁵⁰ De modo similar, en New South Wales se puede exigir a los trabajadores de ferrocarriles test de alcohol en base aleatoria previo al desempeño de sus funciones,¹⁵¹ cuando razonablemente se estima que han estado involucrados en un accidente o incidente irregular mientras estaban desempeñando sus labores.¹⁵² En Tasmania se puede exigir test de alcohol a los trabajadores de ferrocarriles aleatoriamente o cuando razonablemente se estima que tienen alcohol en su aliento o sangre.¹⁵³ En South Australia se admiten los test de drogas respecto de trabajadores de ferrocarriles en similares situaciones a las que contempla la legislación de Victoria.¹⁵⁴

Tratándose de trabajadores que conducen vehículos motorizados, puede solicitárseles que se sometan a test de alcohol. En New South Wales, el oficial de policía puede requerir test de aliento aleatorios a cualquier conductor de vehículo motorizado que está o ha estado conduciendo en una carretera, o que estuvo o está en un área vinculada a la carretera; también a la persona que estuvo o está sentada en el asiento del conductor o tiene una licencia de conducir.¹⁵⁵ Igualmente, a los pacientes involucrados en un accidente de carretera se les debe practicar un test de alcohol en el centro médico.¹⁵⁶ Asimismo, los oficiales de policía pueden requerir test de alcohol a personas involucradas en accidentes fatales de carretera.¹⁵⁷ Se trata de una normativa que se aplica a cualquier persona relacionada a vehículos motorizados, incluyendo a los trabajadores que conducen vehículos. También, New South Wales regula los test aleatorios y posteriores al accidente o incidente para los trabajadores que ejecutan labores de transporte de pasajeros en medios de transporte terrestre.¹⁵⁸ En Tasmania, los oficiales de policía pueden requerir a los conductores de vehículos motorizados test aleatorios en aliento, o cuando tienen sospecha de que

¹⁵⁰ Rail Safety Act 2006 (Vic), s. 77-78.

¹⁵¹ Rail Safety (Drug and Alcohol Testing) Regulation 2003 (NSW), s. 8.

¹⁵² Rail Safety (Drug and Alcohol Testing) Regulation 2003 (NSW), s. 9.

¹⁵³ Rail Safety Regulations 1999 (Tas), Sched. 1, part 2.

¹⁵⁴ Rail Safety National Law (South Australia) Act 2012 (SA), ss. 12-18; Rail Safety National Law (South Australia) (Drug and Alcohol Testing) Regulations 2012 (SA).

¹⁵⁵ Road Transport (Safety and Traffic Management) Act 1999 (NSW), s. 13.

¹⁵⁶ Road Transport (Safety and Traffic Management) Act 1999 (NSW), s. 20.

¹⁵⁷ Road Transport (Safety and Traffic Management) Act 1999 (NSW), s. 24A-24B.

¹⁵⁸ Passenger Transport (Drug and Alcohol Testing) Regulation 2004 (NSW), ss. 8-9.

han consumido alcohol,¹⁵⁹ o de sangre luego de un accidente.¹⁶⁰ Del mismo modo, South Australia,¹⁶¹ Australian Capital Territory¹⁶² y Northern Territory¹⁶³ tienen regulación similar a los demás estados en cuanto a las oportunidades en que los oficiales de policía pueden requerir test de alcohol a los conductores de vehículos motorizados, incluyendo a los trabajadores que conducen vehículos terrestres.

La legislación australiana establece test de alcohol respecto de ciertos trabajadores que ejecutan labores peligrosas para la seguridad pública, para la seguridad del propio trabajador y para terceros, cuando la presencia de alcohol en el organismo del trabajador puede originar el riesgo de un accidente o incidente irregular con afectación de la seguridad. Por lo que el legislador ha considerado necesario regular test de alcohol expresamente para prevenir accidentes en que el alcohol puede ser uno de los factores de riesgo, o bien ante accidentes para determinar si el alcohol ha sido un factor causante.

2.1.2.3. *Regulación específica de los test de alcohol en el empleo en España*

La normativa española, al igual que la australiana y estadounidense, contempla prohibiciones de consumo de alcohol en el lugar de trabajo o desempeñar labores intoxicado por alcohol,¹⁶⁴ y test de alcohol para trabajadores que ocupan puestos riesgosos para la seguridad, que son aquellos en que el consumo de alcohol constituye un factor de riesgo que incrementa la posibilidad de que se materialice un daño, sea para el propio trabajador, para terceras personas o bienes.¹⁶⁵

En el transporte por carretera, la legislación penal tipifica como delito la conducción bajo los efectos del alcohol, entre otras razones, a fin de evitar los riesgos para la seguridad que derivan de conducir en estado de embriaguez o afectado por el alcohol.¹⁶⁶ Asimismo, un agente de

¹⁵⁹ Road Safety (Alcohol and Drugs) Act 1970 (Tas), s. 7A.

¹⁶⁰ Road Safety (Alcohol and Drugs) Act 1970 (Tas), s. 10A.

¹⁶¹ Road Traffic Act 1961 (SA), ss. 47DA-47GA.

¹⁶² Road Transport (Alcohol and Drugs) Act 1977 (ACT), ss. 8-10A.

¹⁶³ Traffic Act 2007 (NT), s. 23.

¹⁶⁴ Para un análisis de normativa española que prohíbe consumir alcohol en el lugar de trabajo o trabajar en estado de embriaguez véase MARÍN (2018), pp. 76-100.

¹⁶⁵ MARÍN (2018), p. 76.

¹⁶⁶ La Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, en su Libro II, Capítulo IV, Título XVII, “De los delitos contra la seguridad vial”, en el artículo 379.2 consagra como delito: “Será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas”. Agrega el mismo artículo: “El infractor será condenado cuando la tasa de alcohol en aire

autoridad puede requerir a los conductores que se sometan a test de alcohol, cuya negativa constituye delito.¹⁶⁷

En relación con el transporte aéreo, la normativa estatal exige test de alcohol u otras medidas para determinar si existen problemas con el alcohol, como parte del procedimiento para otorgar permisos de piloto o para acceder a otros puestos de trabajo dentro del sector aeronáutico. Si el alcohol constituye un riesgo debido al trabajo peligroso en el transporte aéreo para el cual se solicita licencia o permiso, se debe determinar por el facultativo que el postulante no es apto.¹⁶⁸ Entre estas normas se encuentra la Orden de 21 de marzo de 2000 para la Aviación Civil, Subparte A, Requisitos, que consagra como causa excluyente para la obtención del certificado médico de aptitud necesario para el permiso de piloto de aeronave el comportamiento indebido por consumo de alcohol.¹⁶⁹ Otra norma es la Orden FOM 2418/2007, que establece entre los requisitos médicos psiquiátricos necesarios para obtener el certificado médico de aptitud para la profesión de controlador de tránsito aéreo, la necesidad de prestar especial atención al abuso del

espirado sea superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro”. De esta forma, si el conductor no supera los 0,60 miligramos por litro de aire o los 1,2 gramos en la sangre, la infracción será considerada una falta y no un delito.

¹⁶⁷ El artículo 383 de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre dispone: “El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con la penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años”.

¹⁶⁸ MARÍN (2018), p. 82.

¹⁶⁹ La Orden de 21 de marzo de 2000 adopta 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 exigibles al personal de vuelo en aviones y helicópteros civiles. La JAR-FCL 3205, en los requisitos psiquiátricos, exige: “El solicitante o titular de un certificado médico de clase 1 no tendrá historial alguno o diagnóstico médico establecido de cualquier enfermedad o incapacidad psiquiátrica o afección, aguda o crónica, congénita o adquirida, que puede interferir con el ejercicio seguro de las atribuciones que les otorgan las licencias correspondientes. Se deberá prestar especial atención a los cuadros siguientes: [...] 6) trastornos mentales y del comportamiento debidos al alcohol”.

alcohol con o sin dependencia.¹⁷⁰ Agrega que el abuso de alcohol será causa excluyente para la obtención del certificado médico de aptitud.¹⁷¹

Para acceder a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado se exigen reconocimientos médicos con el objetivo de detectar el consumo de alcohol en los postulantes; los problemas con el alcohol constituyen una causal de rechazo de la postulación. En relación con la Guardia Civil, en la Orden de 9 de abril de 1996 por la que se aprueban los requisitos de acceso, se detalla un listado de enfermedades y trastornos neurológicos y psiquiátricos que excluyen al postulante del proceso de selección, entre los que se encuentra el consumo habitual excesivo de alcohol, considerado un trastorno por abuso de esta sustancia.¹⁷²

Respecto de las Fuerzas Armadas, la Ley 17/1999, de 18 de mayo, en la que se establece el régimen del personal de las Fuerzas Armadas, regula en su artículo 101 las pruebas de aptitud psicofísica a las que deben someterse sus miembros.¹⁷³ Dispone en relación con los test de alcohol: “Los reconocimientos y pruebas podrán comprender el análisis y comprobaciones con carácter obligatorio, encaminados a detectar los estados de intoxicación y el consumo de drogas tóxicas o sustancias similares”.

Con respecto a los vigilantes y guardias de seguridad privados, el RD 2364/1994 establece en su artículo 85 las pruebas psicotécnicas para determinar si el trabajador reúne las condiciones para portar armas de fuego, las que se realizan cada cinco años.¹⁷⁴ Dentro de estas pruebas, el médico

¹⁷⁰ Orden FOM/2418/2007 de 25 de julio, por la que se determinan los requisitos médicos necesarios para la obtención del certificado médico aeronáutico de clase 3 referido a la licencia de Controlador de Tránsito Aéreo, III Requisitos, artículo 11.b.5 (b): “Es necesario prestar una atención especial a los aspectos siguientes (véanse los párrafos 11.1 a 11.6): 1) síntomas psicóticos; 2) trastornos del estado de ánimo; 3) alteraciones de la personalidad, especialmente si su gravedad es suficiente como para dar lugar a que el paciente realice actos de carácter manifiesto; 4) alteraciones mentales y neurosis; 5) consumo de fármacos psicoactivos o de otras sustancias, abuso de alcohol con o sin dependencia”.

¹⁷¹ Orden de 21 de marzo de 2000, artículo 11.1.f: “El abuso habitual de alcohol y el abuso de fármacos o sustancias psicoactivas, con o sin dependencia, constituyen criterios de falta de aptitud”.

¹⁷² Orden de 9 de abril de 1999 por la que se aprueban las bases y circunstancias aplicables a los procesos selectivos para ingreso en los centros docentes militares de formación para acceso a la Escala Básica de Cabos y Guardias de la Guardia Civil. Apéndice B: Cuadro médico de exclusiones para ingreso en el cuerpo de la Guardia Civil, apartado E: 13: “Evidencia del consumo de sustancias psicotrópicas o drogas. 14. Consumo habitual excesivo de alcohol considerado trastorno por abuso de esta sustancia”.

¹⁷³ MARÍN (2018), p. 93.

¹⁷⁴ RD 2364/1994 de 9 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada (reformado por el RD 1123/2001 de 19 de octubre).

especialista competente deberá realizar aquellas que sean necesarias para determinar si existen indicios de abuso de alcohol; en caso de ser así, se debe rechazar la solicitud de licencia de armas o retirarse si había sido otorgada.¹⁷⁵

También los trabajadores de instalaciones nucleares tienen la obligación de someterse a test de alcohol en virtud de la normativa estatal. El artículo 8.4 del RD 1836/1999, que aprueba el Reglamento para Instalaciones Nucleares y Radiactivas, señala que el titular de los recintos nucleares es responsable de su seguridad, por lo que debe velar por que todo el personal se encuentre en condiciones psicofísicas adecuadas para desempeñar sus funciones laborales sin poner en riesgo la seguridad de las instalaciones.¹⁷⁶ Para ello el personal “cualquiera que sea la vinculación jurídica que mantenga con la instalación, podrá ser sometido a controles y análisis preventivos para detectar el consumo de sustancias tóxicas o estupefacientes, mediante la realización de las pruebas determinadas bajo la dirección del personal profesionalmente acreditado”. Los test de alcohol se podrán utilizar en cualquier momento en las instalaciones nucleares a fin de garantizar la seguridad y evitar que el alcohol pueda constituir un factor de riesgo de dicha seguridad.¹⁷⁷

2.2. Test de drogas en el trabajo

Los test de drogas en el trabajo se analizan en detalle en el capítulo III de la presente tesis. En este apartado simplemente se demostrará que constituyen un reconocimiento médico que se utiliza en el trabajo.

El test de drogas analiza una muestra corporal para determinar la presencia de drogas o metabolitos de drogas en el organismo de una persona.¹⁷⁸ El aspecto analítico de este test puede

¹⁷⁵ RD 2283/1985 de 4 de diciembre de 1985 que regula la emisión de informes de aptitud psicofísica para la obtención y renovación de licencias, permisos y tarjetas de armas, en cuyo Anexo 1 se detallan las enfermedades o defectos que serán causa de denegación de licencias, permisos y tarjetas de armas.

¹⁷⁶ MARÍN (2018), p. 98.

¹⁷⁷ STEDH, 9 de marzo de 2004, Sol. 46210/99, se pronunció a favor de la realización de test de alcohol y drogas obligatorios para todos los trabajadores de instalaciones nucleares, fundado en que, si bien podrían ser considerados una intromisión en la intimidad personal del trabajador, la protección de la seguridad de la ciudadanía en general y del resto del personal de las instalaciones nucleares, así como los especiales riesgos derivados de la actividad laboral, justifican dichos test y no afectan la privacidad de los trabajadores. Para un análisis más exhaustivo de esta sentencia véase RYCAK (2020), pp. 178-180.

¹⁷⁸ ROTHSTEIN (1991), p. 67.

ser considerado como un proceso de dos etapas: detección o prueba presuntiva, seguido de un análisis de confirmación en muestras positivas.¹⁷⁹ Los test de detección o presuntivos son, en primer lugar, procedimientos que persiguen eliminar de análisis adicional aquellas muestras que están libres de drogas o que las contienen solo bajo el nivel de concentración permitido, lo que ocurre cuando el test da negativo; en segundo lugar, sugieren la necesidad de análisis adicionales para aquellas muestras que contienen una o más drogas o metabolitos sobre el nivel de corte permitido, cuando su resultado arroja positivo.¹⁸⁰

Los test de detección con resultados presuntivos requieren un test de confirmación, que puede arrojar negativo o positivo, y en este último caso, el nivel de concentración en la sangre de los metabolitos de drogas detectados.¹⁸¹ Se exige que los test utilicen distintos métodos: habitualmente los test de confirmación no deben usar ensayos inmunoquímicos, que sí se utilizan con frecuencia en los test de detección.¹⁸²

Si bien los test de drogas son exámenes médicos, ya que involucran el análisis de una muestra biológica de la persona que determina, al menos, el consumo de drogas, la normativa antidiscriminación por discapacidad norteamericana, a diferencia de la legislación australiana y española, no los considera reconocimientos médicos. De esta forma, la ADA señala que “un test para determinar el uso ilegal de drogas no debe ser considerado un examen médico”,¹⁸³ y agrega que su normativa no debe ser “interpretada para incentivar, prohibir, restringir o autorizar la aplicación de test de drogas para detectar el uso ilegal de drogas por postulantes a empleos o trabajadores, o para adoptar decisiones laborales basadas en los resultados de dichos test”.¹⁸⁴

La razón por la cual la ADA no considera que los test que detectan el uso de drogas sean exámenes médicos es porque el consumo de drogas ilícitas es considerado delito por la legislación federal; además, porque las personas que están actualmente involucradas en el uso ilegal de drogas están excluidas de la definición de individuos cualificados con discapacidad.¹⁸⁵

¹⁷⁹ DUVOWSKI (1987), p. 436; ROTHSTEIN (1991), p. 68.

¹⁸⁰ DUVOWSKI (1987), pp. 436-437; ROTHSTEIN (1991), p. 68.

¹⁸¹ DUVOWSKI (1987), p. 437; ROTHSTEIN (1991), p. 68.

¹⁸² DUVOWSKI (1987), p. 438; ROTHSTEIN (1991), pp. 68-69.

¹⁸³ 42 U.S.C § 12114(d)(1).

¹⁸⁴ 42 U.S.C § 12114(d)(2).

¹⁸⁵ 42 U.S.C § 12114(a).

De esta forma, los test para detectar el uso actual de drogas ilegales no tienen la limitación de los restantes exámenes médicos, por lo cual pueden ser solicitados antes de la etapa de decisión empresarial y comunicación al postulante de una oferta de trabajo condicional.¹⁸⁶ Por el contrario, los test que detectan el uso pasado o actual de drogas legales, tales como medicamentos, son exámenes médicos que se sujetan a los límites previstos por la ADA para los exámenes médicos preocupacionales y ocupacionales, toda vez que pueden afectar el derecho a la no discriminación de personas con discapacidad.¹⁸⁷

2.3. Test genéticos en el trabajo

Los exámenes genéticos, que se examinan en profundidad en el capítulo IV de la presente tesis, son también reconocimientos médicos, ya que analizan los genes de una persona para determinar los riesgos actuales o futuros de enfermedades o discapacidades. Los exámenes genéticos solamente podrían revelar la susceptibilidad de una persona a una particular enfermedad producto de su material genético antes que determinar qué condiciones desarrollará en el futuro.¹⁸⁸ No determinan nada sobre la aptitud psicofísica de una persona para desempeñar un trabajo ni un riesgo actual para la seguridad o salud.¹⁸⁹

Generalmente en la literatura se hace una distinción entre monitoreo genético y exámenes genéricos.¹⁹⁰ La Office of Technology Assessment (OTA) de Estados Unidos determina el alcance de cada concepto: “El monitoreo genético involucra examinar periódicamente a los trabajadores para evaluar modificaciones de su material genético –por ejemplo, daño cromosómico o evidencia de mayor ocurrencia de mutaciones moleculares– que podrían haber evolucionado en el curso del trabajo. La premisa es que dichos cambios podrían indicar un incremento en el riesgo de enfermedades futuras. La causa putativa es la exposición ocupacional a sustancias peligrosas. La exposición ambiental, hábitos personales y decisiones de estilo de vida (por ejemplo, consumo de tabaco) y la edad pueden también inducir a cambios en el material

¹⁸⁶ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995) 70:1117.

¹⁸⁷ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995) 70:1117; *Roe v. Cheyenne Mountain Conference Resort*, 124 F.3d 1221, IER Cases 257 (10th Cir. 1997); *Connolly v. First Pers. Bank*, 623 F. Supp. 2d 928 (N.D. Ill. 2008); *Williams v. FedEx. Corp. Servs.* 849 F.3d 889 (10th Cir. 2017).

¹⁸⁸ CRAIG (1999), pp. 206-207; HOFFMAN (2001), p. 534.

¹⁸⁹ HOFFMAN (2001), p. 535.

¹⁹⁰ CRAIG (1999), pp. 207-2008; FINKIN (2018), pp. 1-45, 1-46, 1-47.

genético; el monitoreo genético puede ser utilizado para monitorear periódicamente los riesgos que surgen fuera del lugar de trabajo. En síntesis, el monitoreo genético determina si el material genético del grupo de personas ha sido alterado durante el transcurso del tiempo. En general, las técnicas actuales no son de exposición específica, pero sirven simplemente como un indicador de exposición reciente.

Los test genéticos son un proceso que examina el material genético de los trabajadores o postulantes a trabajo para ciertas características heredadas [...]; los test genéticos pueden ser utilizados en dos diferentes formas. Primero, los trabajadores podrían ser examinados para la presencia de rasgos genéticamente determinados que los hacen susceptibles a efectos patológicos si se exponen a agentes específicos. Un ejemplo de dichos test genéticos podría ser un test por rasgos que podría identificar a un trabajador con predisposición genética a una enfermedad ocupacional (de igual modo, postulantes a trabajos podrían ser examinados por rasgos previo a ser contratados para una posición donde la exposición podría ocurrir). Segundo, los trabajadores o postulantes a trabajos podrían ser examinados para detectar condiciones generales heredadas, no solamente condiciones asociadas con enfermedades ocupacionales”.¹⁹¹

La OTA explica con mayor detalle la importancia de la diferencia: “Monitoreo genético puede ser visto como una extensión de diversos tipos de monitoreos biológicos en el lugar de trabajo para detectar cambios o evaluar exposiciones que podrían asociarse con una mayor exposición a riesgos ocupacionales y no ocupacionales. Test genéticos, por otra parte, podrían ser utilizados para detectar tanto rasgos que indican predisposición a una enfermedad ocupacional como para tratar enfermedades no asociadas al lugar de trabajo.”¹⁹²

Si bien las diferencias entre monitoreo versus exámenes y entre enfermedad ocupacional versus salud en general podrían ser relevantes desde el punto de vista de su legitimidad en el lugar de trabajo, pudiendo admitirse de mejor forma el monitoreo genético, lo cierto es que ambos tipos de exámenes genéticos han sido criticados si se aceptan de forma amplia, ya que permiten proporcionar al empleador información genética que podría utilizarse para discriminar a quienes

¹⁹¹ OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT (1990), pp. 31-32.

¹⁹² OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT (1990), pp. 31-32.

padecen enfermedades causantes por condiciones genéticas (monitoreo genético) o riesgos futuros de contraerlas (test genético).¹⁹³

Por ello, en el capítulo IV se discutirá la excepcional admisión de los exámenes genéticos en el lugar de trabajo en Estados Unidos y España –la regla general es su prohibición–; en tanto que en Australia no existe legislación que los restrinja en el lugar de trabajo.

2.4. Detector de mentiras. Discusión

“El polígrafo (o ‘detector de mentiras’, en el lenguaje común) utiliza reacciones fisiológicas –la frecuencia y la profundidad de la respiración, la presión arterial y una medición de la transpiración– ante un conjunto de preguntas, a partir de cuyas respuestas el examinador extrae una inferencia sobre la veracidad de la persona”.¹⁹⁴ Quien se somete al polígrafo comúnmente otorga su consentimiento como condición para tomar el test; luego el examinador le explica el procedimiento y le formula un conjunto de preguntas. A continuación, la persona es conectada a la máquina y el examinador intenta establecer una base de respuestas a partir de respuestas conocidas por ser verdaderas o falsas. Luego, la examinación puede proceder en serio, utilizando diferentes técnicas de interrogatorio, según del examinador y las respuestas de la persona interrogada.¹⁹⁵

En el contexto laboral, el polígrafo puede utilizarse como una herramienta para examinar a los postulantes a ofertas de trabajo, con el propósito de contratar solamente a personas honestas, o como una herramienta para investigar faltas laborales de los trabajadores, en especial hurtos.

El uso del polígrafo como examinación en la etapa precontractual ha sido cuestionada porque dicha evaluación involucra inferencias sobre la conducta futura del postulante, a partir de la evidencia del polígrafo sobre conductas pasadas que son, probablemente, de diferente tipo.¹⁹⁶ Por ejemplo, no existe evidencia científica de que una conducta pasada, como el consumo de drogas ilegales, pueda vincularse a un comportamiento futuro de diferente tipo, como revelar

¹⁹³ OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT (1990), pp. 34, 36.

¹⁹⁴ FINKIN (2018), p. 3-3.

¹⁹⁵ FINKIN (2018), pp. 3-3, 3-4.

¹⁹⁶ NATIONAL RESEARCH COUNCIL (2003), p. 216.

información clasificada.¹⁹⁷ Por el contrario, la validez del polígrafo como herramienta de investigación sí ha sido admitida, pues permite descubrir los hechos investigados.¹⁹⁸

De las jurisdicciones analizadas, solo en Estados Unidos existe una regulación del polígrafo en el empleo que se encuentra a nivel federal en la Employee Polygraph Protection Act (EPPA),¹⁹⁹ la que ha sido desarrollada e interpretada mediante regulaciones elaboradas por el Department of Labor.²⁰⁰ Asimismo, numerosos estados de Estados Unidos regulan el uso del polígrafo y detectores de mentira en el empleo, y la regla general es que está prohibido utilizarlos para fines laborales.²⁰¹

La EPPA define el detector de mentiras como “un polígrafo, deceptógrafo, analizador de estrés de voz, evaluador de estrés psicológico, y cualquier otro dispositivo similar (sea mecánico o eléctrico) que es utilizado, o sus resultados son utilizados, con el propósito de representar o diagnosticar la opinión sobre la honestidad o deshonestidad de una persona”.²⁰²

La EPPA prohíbe a los empleadores utilizar detectores de mentiras en trabajadores actuales o para examinar a postulantes, solo establece como excepciones a los funcionarios públicos, los trabajadores de algunos servicios de seguridad o involucrados en la elaboración de sustancias controladas, o dependientes de ciertos contratistas de defensa, o que desempeñan determinadas funciones de seguridad nacional.²⁰³ Respecto de estos trabajadores se admiten los detectores de mentiras, con excepción del polígrafo, que procede en circunstancias más restringidas.²⁰⁴

El polígrafo, que es un tipo de detector de mentiras, solo puede ser utilizado en una investigación en curso que involucra pérdida económica o daño al negocio del empleador, como hurto, malversación o espionaje industrial, y únicamente respecto de los trabajadores que han tenido acceso a la propiedad que es materia de la investigación y cuando el empleador tiene una sospecha razonable de que el trabajador estuvo involucrado en el incidente o actividad bajo

¹⁹⁷ NATIONAL RESEARCH COUNCIL (2003), p. 216.

¹⁹⁸ FINKIN (2018), p. 3-6.

¹⁹⁹ 29 U.S.C. §§ 2001-2009.

²⁰⁰ 29 C.F.R. pt. 801.

²⁰¹ Para un análisis en detalle de la normativa estatal del polígrafo véase HÉBERT (2023), pp. 6-1 a 6-233.

²⁰² 29 U.S.C. § 2001(3).

²⁰³ 29 U.S.C. § 2006-2007.

²⁰⁴ FINKIN (2018), p. 3-8.

investigación.²⁰⁵ Sin embargo, el empleador no puede despedir, sancionar, o negar el empleo o promoción, o discriminar de cualquier forma con base en el resultado del polígrafo, sin evidencia adicional que lo sustente.²⁰⁶

La duda que surge es si los detectores de mentira son exámenes médicos o no. En Estados Unidos la EEOC se ha pronunciado al respecto, sosteniendo que no son exámenes médicos porque no arrojan información sobre la salud de la persona; por lo tanto, no se les aplican las limitaciones de la ADA.²⁰⁷ Sin embargo, advierte que ciertas preguntas, cuyas respuestas revelan información sobre la salud o discapacidad de la persona o sobre el consumo de medicamentos y que podrían afectar el resultado del polígrafo, son preguntas relacionadas con la salud que se someten a los mismos límites que los exámenes médicos, de modo que no pueden formularse en la etapa previa a la comunicación de una oferta de trabajo.²⁰⁸

De esta forma, los test de mentira no son exámenes médicos laborales, por lo que no se les aplican los fundamentos jurídicos ni los límites generales de estos, sino que se rigen por la normativa específica que les es aplicable.²⁰⁹ La única excepción es cuando involucran preguntas sobre la salud, las cuales sí son reconocimientos médicos.

2.5. Test psicológicos

Efectuados bajo condiciones normales y controladas, los test psicológicos examinan una muestra del comportamiento humano, y arrojan como resultado un puntaje.²¹⁰ Las pruebas psicológicas son mediciones formalizadas del funcionamiento mental.²¹¹ El propósito de los test psicológicos es medir una variedad de atributos y habilidades mentales, incluidos los logros, la capacidad, la integridad y la personalidad.²¹²

²⁰⁵ 29 U.S.C. § 2006(d).

²⁰⁶ 29 U.S.C. § 2007(a).

²⁰⁷ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 70:1103.

²⁰⁸ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 70:1103.

²⁰⁹ Véase un análisis en mayor detalle sobre los test de mentiras en FINKIN (2018), pp. 3-3 a 3-55; HÉBERT (2023), pp. 6-1 a 6-233.

²¹⁰ ANASTASI (1976), pp.3-4; HOFFMAN (2001), p. 539; MULVIHILL (2006), p. 874.

²¹¹ ANASTASI (1976), p. 23; MULVIHILL (2006), p. 874.

²¹² MULVIHILL (2006), p. 874.

No es posible efectuar una enumeración taxativa de reconocimientos psicológicos, pero destacan en el empleo dos tipos: test de habilidad y test de personalidad.

2.5.1. *Test de habilidad*

Los test de habilidad, que incluyen pruebas generales de inteligencia, aptitudes y logros, miden el nivel de desarrollo alcanzado por una persona en una o más habilidades.²¹³ Los test de inteligencia persiguen medir el nivel de inteligencia general o rastrear el desarrollo intelectual de una persona.²¹⁴ Los test de aptitud y los test de logros, a diferencia de los de inteligencia, miden aspectos específicos de la inteligencia.²¹⁵

Entre los test de habilidad utilizados en el trabajo se encuentra el test Autoadministrado de Habilidad Mental,²¹⁶ la prueba de Clasificación Personal de Wesman,²¹⁷ el test Clerical de Minnesota²¹⁸ y el test de Admisión a las Escuelas de Derecho.²¹⁹

2.5.2. *Test de personalidad*

Muchos empleadores utilizan test de personalidad en el proceso de selección para identificar al candidato que tiene más que solo los requisitos de conocimiento y las habilidades necesarias para una posición particular. Estos test persiguen seleccionar al postulante con la personalidad e inteligencia emocional correcta para el puesto de trabajo y le otorgan al empleador la información adecuada para ello.²²⁰

La personalidad puede ser definida como “el conjunto único y duradero de motivaciones y necesidades, actitudes y tendencias de comportamiento que hacen que cada uno de nosotros seamos quienes somos”.²²¹ La inteligencia emocional consiste en “la capacidad de percibir y

²¹³ ANASTASI (1976), pp. 399-400; MULVIHILL (2006), p. 875.

²¹⁴ ANASTASI (1976), pp. 229-230; MULVIHILL (2006), p. 875.

²¹⁵ ANASTASI (1976), pp. 230 y 398; MULVIHILL (2006), p. 875.

²¹⁶ ANASTASI (1976), p. 440.

²¹⁷ ANASTASI (1976), p. 441.

²¹⁸ ANASTASI (1976), p. 449.

²¹⁹ ANASTASI (1976), p. 460.

²²⁰ BAEZ (2014), p. 2.

²²¹ HOFFMAN (2002), p. 8. En términos similares BAEZ (2014), p. 2.

expresar las emociones, asimilar emociones en el pensamiento, comprender y razonar con emoción, y regular la emoción”.²²²

Los test de personalidad se usan en el área ocupacional para medir las características personales, la estabilidad emocional, las creencias o valores y preferencias varias, con el propósito de predecir el desempeño laboral futuro.²²³ Estas pruebas pueden ser de dos tipos: proyectivas y objetivas.

Los test proyectivos son pruebas no estructuradas que exigen a una persona interpretar algunos estímulos ambiguos, buscan que el sujeto se entregue a sus propias fantasías al interpretar.²²⁴ Requieren que las personas ejecuten tareas no estructuradas que pueden evocar casi una variedad ilimitada de respuestas. Las respuestas proporcionan información sobre sus procesos de pensamiento y rasgos de la personalidad.²²⁵ Los test proyectivos son considerados efectivos para exponer “aspectos de la personalidad encubiertos, latentes o inconscientes”.²²⁶ Un ejemplo de estas pruebas es el test de Rorschach, que utiliza una serie de manchas de tinta que el sujeto tiene que identificar.²²⁷ Otra prueba proyectiva es el test de Percepción Temática, que solicita al sujeto contar una historia a partir de una serie de pinturas o fotografías que debe observar previamente.²²⁸

Por el contrario, los test objetivos son generalmente preguntas sobre un grupo de materias, que la persona debe responder eligiendo una opción entre dos o más respuestas posibles, o bien, por verdadero o falso.²²⁹ El Inventario Multifásico de Personalidad de Minnesota (MMPI) es uno de los test de personalidad más ampliamente utilizados, no solo para identificar las fortalezas y debilidades de la personalidad de un individuo, sino también en el diagnóstico de personas con enfermedades mentales.²³⁰ El test consiste en aproximadamente 550 preguntas que pueden

²²² WEITEN (2010), p. 385. En términos similares BAEZ (2014), p. 2.

²²³ ANASTASI (1976), p. 493; HOFFMAN (2001), p. 539; MULVIHILL (2006), p. 876; BAEZ (2014), p. 2.

²²⁴ ANASTASI (1976), p. 558; MULVIHILL (2006), p. 876.

²²⁵ ANASTASI (1976), pp. 558-559; MULVIHILL (2006), p. 876.

²²⁶ ANASTASI (1976), p. 559; MULVIHILL (2006), p. 876.

²²⁷ ANASTASI (1976), pp. 560-561; MULVIHILL (2006), p. 877.

²²⁸ ANASTASI (1976), p. 565; MULVIHILL (2006), p. 877.

²²⁹ ANASTASI (1976), p. 493; MULVIHILL (2006), p. 877.

²³⁰ PAUL (2004), p. 57.

responderse con “verdadero”, “falso” o “no puedo responder”.²³¹ Las preguntas cubren un rango amplio de materias, incluyendo opiniones sobre la religión, prácticas sexuales, percepciones sobre la salud, ideas políticas, posiciones sobre la familia, educación y ocupaciones. Las preguntas del MMPI buscan evaluar los pensamientos, emociones, actitudes y rasgos de comportamiento que comprende la personalidad.²³²

El MMPI fue originalmente diseñado para su uso en el entorno clínico, con el propósito de analizar pacientes con desórdenes mentales. En la actualidad, cientos de test en el mercado tienen el formato, el lenguaje y la estructura del MMPI, y no solo se los usa para seleccionar a candidatos para posiciones altamente riesgosas para la seguridad pública, también para posiciones de más bajo nivel.²³³

En la actualidad los test de personalidad objetivos más comunes utilizan el modelo de los Cinco Factores, que se basan en cinco amplias dimensiones de la personalidad: extraversión, amabilidad, escrupulosidad, neuroticismo y apertura a la experiencia.²³⁴ Luego de diversos estudios, los científicos llegaron a la conclusión de que los términos del lenguaje natural que las personas utilizan para describirse a sí mismas y a los demás se unían en torno a las cinco dimensiones de la personalidad señaladas.²³⁵ Los postulantes completan los test basados en el modelo de los Cinco Factores en línea, mediante un computador; las respuestas formuladas se procesan luego mediante programas.²³⁶

2.5.3. *Determinación de los test psicológicos como reconocimientos médicos*

Los test psicológicos son de innumerables tipos, utilizan métodos variados y examinan diversos aspectos del ser humano. Variedad y diversidad que se traslada a los test psicológicos utilizados en el trabajo. Esto obliga a plantearse si todos los test psicológicos utilizados en el empleo son

²³¹ PAUL (2004), p. 57; MULVIHILL (2006), p. 878.

²³² MULVIHILL (2006), p. 878.

²³³ PAUL (2004), p. 63; MULVIHILL (2006), p. 878.

²³⁴ HOFFMAN (2002), p. 24; PAUL (2004), pp. 183-184; CAHILL (2021), p. 397.

²³⁵ HOFFMAN (2002), pp. 24-25; PAUL (2004), pp. 183-184; CAHILL (2021), p. 397.

²³⁶ Para un mayor análisis de los test de personalidad basados en el modelo de los Cinco Factores véase CAHILL (2021), pp. 389-452.

reconocimientos médicos, o bien solamente algunos y, de ser así, cuáles son reconocimientos médicos y cuáles no.

Las legislaciones examinadas no solucionan el problema planteado de modo expreso y preciso. Tampoco la jurisprudencia, a excepción de la norteamericana y la española, se ha pronunciado sobre el problema. Tanto la EEOC como los tribunales de justicia estadounidenses han sostenido, como criterio general, que los test psicológicos son reconocimientos médicos si revelan una discapacidad mental o evalúan la salud psicológica de la persona; en caso contrario, no son exámenes médicos.

Para la EEOC los test psicológicos son exámenes médicos si proporcionan información sobre una enfermedad mental o condición de salud psicológica de la persona examinada; esta es la principal condición que conduce a afirmar su naturaleza de exámenes médicos; en caso contrario, no son reconocimientos médicos. La EEOC afirma a propósito de los exámenes médicos precontractuales: “Si un test no fue diseñado para evaluar la existencia, naturaleza o severidad de una incapacidad mental de un postulante o de la salud psicológica general de un postulante, podría todavía ser considerado un examen médico si es utilizado por un empleador para evaluar la salud psicológica general de un postulante. Ejemplo: R aplica el test de Aptitud RUSMART (hipotético), un examen diseñado para reflejar si los postulantes tienen una aptitud para operaciones mecánicas. R, con la ayuda de un psicólogo, ha determinado que ciertos patrones en las respuestas a las preguntas del test proporcionan evidencia de que un postulante podría tener una incapacidad psicológica. Este test, como es usado por R, es un examen médico. Por lo tanto, R no puede aplicar este test en la etapa previa a la oferta de trabajo.

Por otra parte, en la medida que un test es diseñado y usado para medir solamente factores como la honestidad, los gustos y hábitos de un postulante, normalmente no sería considerado un examen médico. Ejemplo: R aplica el test de Personalidad IFID (hipotético), un examen diseñado y usado para reflejar solo si un postulante probablemente miente. Por lo tanto, R podría aplicar este test previo a la etapa de oferta de trabajo.

Inclusive, si un test psicológico no es por sí mismo un examen médico, preguntas individuales en el test que dicen relación con la existencia, naturaleza o severidad de una discapacidad están prohibidas en la etapa previa a una oferta”.²³⁷

En conformidad con la ADA, los tribunales de justicia en escasos juicios han determinado la naturaleza de los test psicológicos, y no existe uniformidad en las decisiones judiciales. En *Barnes v. Cochran* un tribunal de distrito federal en Florida sostuvo que una evaluación psicológica antes del empleo, que consistió en parte en diversos test de personalidad, fue un examen médico previo al empleo prohibido bajo la ADA.²³⁸ El demandante alegó que el demandado, el sheriff del condado, violó la ADA al rechazar contratarlo como delegado correccional. El demandante sostuvo que la evaluación psicológica antes del empleo requerida violó la prohibición de la ADA que establece que los exámenes médicos anteriores a una oferta laboral están prohibidos. Previo al empleo, el demandado exigió que todos los postulantes se sometieran a una evaluación psicológica. La evaluación, llevada a cabo por un psicólogo calificado, consistió en una evaluación psicológica clínica, una revisión de los registros médicos y diversos test de personalidad, incluyendo el MMPI, el Inventario de Personalidad Inwald, el Test de Coeficiente de Éxito (Perfil de Hilson) y el Inventario Psicológico de California.²³⁹

El tribunal de distrito concluyó que la evaluación psicológica previa al empleo de un postulante a una posición de delegado correccional constituye un examen médico prohibido por la ADA antes de una oferta de trabajo.²⁴⁰ Sostuvo que la evaluación fue médica porque un psicólogo autorizado administró el examen, revisó los registros médicos del demandante, reunió su historia médica y administró una variedad de test de personalidad.²⁴¹ Agregó que la evaluación previo a la oferta de trabajo podía proporcionar al demandado evidencia que le habría permitido identificar un desorden mental o incapacidad psicológica de los postulantes.²⁴² El tribunal razonó que, debido a que la evaluación no solo indaga acerca de la vida del demandante, sino también sobre áreas que probablemente permitían revelar desórdenes psicológicos específicos, podría

²³⁷ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 70:1103, 1116.

²³⁸ *Barnes v. Cochran*, 944 F. Supp. 2d 897, 904-05 (S.D. Fla. 1996), aff'd 130 F.3d 443 (11th Cir. 1997).

²³⁹ *Barnes v. Cochran*, 944 F. Supp. 2d 897, 904-05 (S.D. Fla. 1996), aff'd 130 F.3d 443, 900-904 (11th Cir. 1997).

²⁴⁰ *Barnes v. Cochran*, 944 F. Supp. 2d 897, 904-05 (S.D. Fla. 1996), aff'd 130 F.3d 443, 904 (11th Cir. 1997).

²⁴¹ *Barnes v. Cochran*, 944 F. Supp. 2d 897, 904-05 (S.D. Fla. 1996), aff'd 130 F.3d 443, 904-905 (11th Cir. 1997).

²⁴² *Barnes v. Cochran*, 944 F. Supp. 2d 897, 904-05 (S.D. Fla. 1996), aff'd 130 F.3d 443, 905 (11th Cir. 1997).

identificar a los postulantes con desórdenes mentales; por lo tanto, era un examen médico en naturaleza.²⁴³

Contrariamente a la decisión anterior, en *Thompson v. Borg-Warner Protective Services Corporation* un tribunal de distrito federal en California resolvió que un test de personalidad que no revelaba discapacidad mental no era un examen médico.²⁴⁴ El demandante impugnó el uso por el demandado de una prueba de opción múltiple llamada Encuesta PASS-III D.A.T.A durante el proceso de postulación para una posición de guardia de seguridad. Los resultados del test PASS-III fueron utilizados posteriormente como una herramienta en la entrevista completa con el postulante.²⁴⁵

Para sostener que el PASS-III no era un examen médico ilegal previo a una oferta de trabajo, el tribunal invocó diversos argumentos. En primer lugar, recurrió a los factores de la EEOC que ayudan a determinar si un test constituye un examen médico.²⁴⁶ El tribunal específicamente destacó que no existía prueba de que la encuesta del PASS-III hubiera sido administrada o interpretada por un profesional de la salud, ni que fuera físicamente invasiva, ni que se hubiera utilizado equipamiento médico.²⁴⁷ En segundo lugar, el tribunal concluyó que el PASS-III no fue diseñado para revelar una incapacidad en la salud mental del postulante, pues no existía prueba de que el test detectara información sobre discapacidades mentales sino, más bien, características mentales o de personalidad desfavorables.²⁴⁸ Para el tribunal el hecho que el test revelara “problemas de comportamiento” e “inestabilidad emocional” no lo hacía un examen médico prohibido, ya que no revelaba discapacidades del postulante.²⁴⁹

²⁴³ *Barnes v. Cochran*, 944 F. Supp. 2d 897, 904-05 (S.D. Fla. 1996), aff'd 130 F.3d 443, 904 (11th Cir. 1997).

²⁴⁴ *Thompson v. Borg-Warner Protective Servs. Corp.*, No. C-94-4015 MHP, 1996 WL 162990, at *6 (N.D. Cal. Mar. 11, 1996).

²⁴⁵ *Thompson v. Borg-Warner Protective Servs. Corp.*, No. C-94-4015 MHP, 1996 WL 162990, at *6 (N.D. Cal. Mar. 11, 1996).

²⁴⁶ *Thompson v. Borg-Warner Protective Servs. Corp.*, No. C-94-4015 MHP, 1996 WL 162990, at *6 (N.D. Cal. Mar. 11, 1996).

²⁴⁷ *Thompson v. Borg-Warner Protective Servs. Corp.*, No. C-94-4015 MHP, 1996 WL 162990, at *6 (N.D. Cal. Mar. 11, 1996).

²⁴⁸ *Thompson v. Borg-Warner Protective Servs. Corp.*, No. C-94-4015 MHP, 1996 WL 162990, at *7 (N.D. Cal. Mar. 11, 1996).

²⁴⁹ *Thompson v. Borg-Warner Protective Servs. Corp.*, No. C-94-4015 MHP, 1996 WL 162990, at *7 (N.D. Cal. Mar. 11, 1996).

En *Thompson* el tribunal descarta que para la ADA sea un examen médico un test psicológico que pone de manifiesto información sobre la salud mental de un postulante o trabajador, distinta a una discapacidad mental,²⁵⁰ y se aparta de lo que sostiene la EEOC en el sentido de que es un examen médico el test psicológico administrado para evaluar la salud psicológica general de un postulante o trabajador.²⁵¹

En *Karraker v. Rent-A-Center* la Corte de Apelaciones del Circuito Séptimo fue la primera corte de apelaciones del circuito federal que enfrentó el problema de si un test psicológico de personalidad, el MMPI, constituye un examen médico bajo la ADA.²⁵² La Corte concluyó que cuando el test psicológico de personalidad contiene preguntas que podrían revelar una discapacidad mental o desorden psicológico del trabajador, el test es un examen médico bajo la ADA, independientemente de que un profesional de la salud no lo administre y de que la intención del empleador no sea identificar individuos con discapacidad mental.²⁵³

Karraker fue un juicio de discriminación por discapacidad iniciado en contra de Rent-A-Center (RAC). Los tres demandantes intentaron obtener posiciones de gerente en RAC, pero su postulación fue rechazada después de someterse al test Perfil Ejecutivo-Entrenamiento de Gerentes APT (Test APT). RAC administraba el test APT para evaluar las habilidades de gerente de los trabajadores que postulaban a una promoción para dicho cargo. El test APT contiene nueve componentes, uno de ellos es la administración del MMPI. Después de tomado el examen, los postulantes recibieron un puntaje estadístico que enumeró la cantidad de desviaciones de cada uno. El test APT concluyó que un individuo que obtuvo más de doce desviaciones en el examen no tenía suficientes habilidades ni atributos necesarios para ser un gerente exitoso. Los tres demandantes obtuvieron más de doce desviaciones en el test APT.²⁵⁴

En una decisión unánime, el Circuito Séptimo concluyó que el test MMPI es un examen médico bajo la ADA, ya que sus resultados pueden revelar discapacidad mental de los postulantes.²⁵⁵ La

²⁵⁰ MULVIHILL (2006), pp. 895-897.

²⁵¹ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 70:1103, 1116.

²⁵² *Karraker v. Rent-A-Center, Inc.*, 411 F.3d 831, 837 (7th Cir. 2005).

²⁵³ *Karraker v. Rent-A-Center, Inc.*, 411 F.3d 831, 837-38 (7th Cir. 2005).

²⁵⁴ Para un análisis de los hechos de la causa véase MULVIHILL (2006), pp. 898-900.

²⁵⁵ *Karraker v. Rent-A-Center, Inc.*, 411 F.3d 831, 837 (7th Cir. 2005).

Corte sostuvo que el hecho de que RAC no haya tenido un profesional de la psicología para interpretar el MMPI no es relevante para determinar que el MMPI no fue un examen médico.²⁵⁶ La Corte razonó que, si bien el puntaje del protocolo vocacional de RAC no detecta algún desorden psicológico, en último término, un puntaje elevado es sintomático, aunque no conclusivo, de que el postulante padece discapacidad mental.²⁵⁷ La Corte previó que el real daño no se causa a aquellos postulantes que no sufren discapacidad mental, sino a quienes sí padecen alguna.²⁵⁸ Para ello razonó que si se le requiere el test a un postulante discapacitado mentalmente, quien está protegido por la ADA, probablemente obtendrá un alto puntaje, lo que le impediría tener la oportunidad de una promoción.²⁵⁹ En consecuencia, lo relevante es el efecto práctico del test MMPI, sea interpretado o no por un psicólogo e independientemente de cómo es medido, ya que excluye de la promoción a postulantes con desórdenes mentales por obtener un alto puntaje sobre la base de dicho desorden.²⁶⁰

Karraker es una sentencia relevante que ha determinado la actuación de los empleadores, al considerar los test psicológicos que revelan información sobre la salud mental de los trabajadores como exámenes médicos, siendo irrelevante la forma de su aplicación, el método utilizado para analizar la información que proporcionan y la intención del empleador.²⁶¹

La posición sostenida en *Karraker*, que es la misma defendida por la EEOC, cuenta con la opinión favorable de la doctrina norteamericana²⁶² y es seguida por la jurisprudencia judicial posterior.²⁶³ Ahora bien, la *ratio decidendi* de *Karraker* aplicada a los test de personalidad basados en el modelo de los Cinco Factores genera discusión en la doctrina sobre si son exámenes médicos o no. Para excluirlos de la categoría de exámenes médicos, un sector de la

²⁵⁶ *Karraker v. Rent-A-Center, Inc.*, 411 F.3d 831, 837-38 (7th Cir. 2005).

²⁵⁷ *Karraker v. Rent-A-Center, Inc.*, 411 F.3d 831, 837 (7th Cir. 2005).

²⁵⁸ *Karraker v. Rent-A-Center, Inc.*, 411 F.3d 831, 837-38 (7th Cir. 2005).

²⁵⁹ *Karraker v. Rent-A-Center, Inc.*, 411 F.3d 831, 837-38 (7th Cir. 2005).

²⁶⁰ *Karraker v. Rent-A-Center, Inc.*, 411 F.3d 831, 837-38 (7th Cir. 2005).

²⁶¹ MULVIHILL (2006), pp. 907-908.

²⁶² MULVIHILL (2006), pp. 906-910; DE ARMOND (2006), pp. 1167-1168; BAEZ (2014), pp. 26-27; FINKIN (2018), p. 3-33; CAHILL (2021), pp. 413-415.

²⁶³ Entre otras sentencias: *Azuh v. Providence-Providenc Park Hospital*, 380 F. Supp. 3d 665, 2019 A.D. Cas (BNA) 170322 (E.D. Mich. 2019); *Rivero v. Board of Regents of University of New Mexico*, 2019 WL 1085179, 82-90 (D.M.M. 2019), *aff'd*, 950 F.3d 754, 2020 I.E.R. Cas. (BNA) 65827 (10th Cir. 2020). Un resumen de la jurisprudencia sobre los test psicológicos en el trabajo como reconocimientos médicos véase en HÉBERT (2023), pp. 7-60 a 7-83.

doctrina sostiene que los test de personalidad basados en el modelo de los Cinco Factores no revelan información sobre discapacidad o enfermedad mental de los postulantes a ofertas de trabajo, porque no han sido diseñados con ese propósito, a diferencia de los test MMPI.²⁶⁴ Por el contrario, otros autores consideran que, aunque el modelo de los Cinco Factores no fue diseñado con el propósito de revelar deficiencias mentales, numerosos estudios de psicología demuestran una relación entre los rasgos de dicho modelo y varios desórdenes de personalidad²⁶⁵ que podrían constituir discapacidades bajo la ADA.²⁶⁶ Los investigadores han concluido que el modelo de los Cinco Factores “es capaz de vincular rasgos de la personalidad normal con rasgos de la personalidad desordenada”.²⁶⁷ Los rasgos patológicos de la personalidad son “variantes desadaptativas de los cinco dominios del modelo de personalidad extensamente validado y replicado, conocido como los ‘Cinco Grandes’ o modelo de personalidad de los Cinco Factores”.²⁶⁸ Por ejemplo, el antagonismo es el polo opuesto de la simpatía en el modelo de los Cinco Factores, y los rasgos patológicos de personalidad contenidos en el antagonismo incluyen la manipulación y el engaño.²⁶⁹ De esta forma, los test basados en el modelo de los Cinco Factores podrían ser exámenes médicos si revelan alguna enfermedad mental o excluyen del empleo a quienes padecen alguna.

En España, los exámenes psicológicos se consideran reconocimientos médicos porque proporcionan información sobre la salud psicológica del trabajador; se los ha estimado legales cuando el empleador los exige en cumplimiento de las exigencias de la vigilancia obligatoria del artículo 22.1 de la LPRL.²⁷⁰ Así se ha considerado ajustado a derecho el requerimiento empresarial que exigió a un conserje de universidad someterse a un examen psicológico

²⁶⁴ *E.E.O.C. v. Kronos Inc.*, No. 11-2834, 2012 WL 371622, at *9 (3d Cir. Jan. 23, 2012); CAHILL (2021), pp. 413-415, 425-426.

²⁶⁵ TRULL (2012), p. 1699. De acuerdo con el *Manual diagnóstico y estadístico de desórdenes mentales* en su quinta edición, “un desorden de personalidad es un patrón de experiencia interna o comportamiento que se desvía de las expectativas de la cultura propia, causa angustia o deterioro y perdura en el tiempo”. Cfr.: AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (2013), p. 645.

²⁶⁶ La Guía de Aplicación de la EEOC sobre la ADA y Discapacidades Psiquiátricas señala: “Las enfermedades mentales o emocionales incluyen depresión mayor, trastorno bipolar, trastornos de ansiedad (que incluyen trastornos de pánico, trastorno obsesivo compulsivo y trastorno de estrés postraumático), esquizofrenia y trastornos de la personalidad”. Cfr.: EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1997).

²⁶⁷ THOMAS *et al.* (2011), pp. 308-311.

²⁶⁸ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (2013), p. 773.

²⁶⁹ CAHILL (2021), p. 424.

²⁷⁰ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 71.

obligatorio para conocer si su estado mental era compatible con el puesto de trabajo, debido a su comportamiento “extravagante que hacía razonablemente presumir distorsiones psicológicas graves, que no solo dificultaban en gran medida la relación con profesores y compañeros, sino que podían tener también serias repercusiones en la salud o integridad del propio actor, compañeros, profesores y en el mismo alumnado”.²⁷¹ Más clara es una sentencia que consideró válidos los cuestionarios de investigación psicológica como parte de las pruebas de ascenso, por reunir las exigencias de los reconocimientos médicos obligatorios, puesto que se llevaron a cabo “no con fines de curiosidad morbosa o meramente estadística, sino como medio diagnóstico y preventivo, avalado por la ciencia psicológica y controlado en su realización y resultados por facultativo especialista, para descubrir anomalías de carácter o desviaciones de conducta con repercusión social en quienes han de manejar máquinas pesadas o artilugios creadores de riesgos importantes, tanto para la integridad física de los manipuladores como para los compañeros de trabajo, en un servicio público como el transporte de ferrocarril”.²⁷²

2.6. Los test físicos como exámenes médicos. Discusión

Aunque la tecnología, incluyendo la robotización, ha eliminado muchas de las exigencias físicas en el trabajo, todavía existen muchos puestos de trabajo que, por su naturaleza, exigen altos o moderados requerimientos físicos a quienes los ocupan. Las pruebas de rendimiento físico pueden ser utilizadas no solo para seleccionar a los candidatos a empleos, sino también para la conservación del puesto de trabajo, la promoción y la reincorporación al trabajo después de un período de ausencia.²⁷³ Las empresas implementan estos tipos de test por diversas razones, como reducir accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y costos relacionados, disminuir la rotación laboral e identificar a individuos que poseen las capacidades físicas para desempeñar el trabajo exitosamente.²⁷⁴

²⁷¹ STSJ de Andalucía/Sevilla, 1 de julio de 1998 (AS 1998 3377).

²⁷² STSJ de Castilla y León, 3 de diciembre de 1996 (AS 1996 3998).

²⁷³ BAKER Y GEBHARDT (2012), p. 274.

²⁷⁴ BAKER Y GEBHARDT (2012), p. 274.

2.6.1. *Tipos de test físicos*

Los test físicos que se utilizan en el contexto laboral son de dos tipos: test de habilidades físicas, llamados también test de habilidades básicas, y test de muestras de trabajo, conocidos, igualmente, como test de simulaciones de trabajo.²⁷⁵

2.6.1.1. *Test de habilidades básicas*

Los test de habilidades básicas evalúan el nivel básico de aptitud física en relación con una habilidad específica, por ejemplo, capacidad aeróbica, fortaleza muscular.²⁷⁶ Miden habilidades puntuales limitadas a partes concretas del cuerpo humano, y sus resultados pueden utilizarse para diversos trabajos que exigen la misma aptitud física que evalúa un particular test de habilidades físicas.²⁷⁷ Son numerosos los tipos de test de esta naturaleza, se destacan los test de capacidad aeróbica, de potencia anaeróbica, de fuerza muscular.

Los test de capacidad aeróbica miden la capacidad de los pulmones, el corazón y vasos sanguíneos para procesar el oxígeno necesario en un máximo nivel de ejercicio o trabajo.²⁷⁸ En cambio, los test de potencia anaeróbica tienen una duración corta (por ejemplo 10 segundos) e involucran el uso de energía almacenada, en contraposición a los test de capacidad aeróbica que evalúan la habilidad para procesar el oxígeno para generar energía.²⁷⁹ Muchos trabajos requieren energía anaeróbica, por ejemplo, numerosos policías efectúan persecuciones de a pie por aproximadamente 30 segundos o más.²⁸⁰ Los test de fuerza muscular pueden clasificarse como isométricos, isotónicos e isocinéticos.²⁸¹

²⁷⁵ BAKER Y GEBHARDT (2012), p. 279.

²⁷⁶ BAKER Y GEBHARDT (2012), pp. 279-280.

²⁷⁷ BAKER Y GEBHARDT (2012), p. 280.

²⁷⁸ BAKER Y GEBHARDT (2012), p. 280.

²⁷⁹ BAKER Y GEBHARDT (2012), p. 280.

²⁸⁰ BAKER Y GEBHARDT (2012), p. 280.

²⁸¹ BAKER Y GEBHARDT (2012), p. 280: “Test de fuerza isométricos o estáticos involucran mantener la articulación a un grado de flexión predeterminado (por ejemplo, 90°) y producir una contracción muscular máxima. [...] Test isotónicos acarrear movimientos de articulación a través de un rango de movimientos, resultando así en movimientos concéntricos (acortamiento) y excéntricos (alargamiento) de las fibras musculares. [...] Test isocinéticos combinan características de las evaluaciones isométricas e isotónicas mediante la combinación de movimientos a una velocidad preestablecida y rangos de movimientos”.

Los test de habilidades básicas tienen diversas ventajas. Evalúan una habilidad física singular, pero pueden utilizarse para evaluar múltiples habilidades ajustando la carga de trabajo y/o la duración del test (fuerza muscular, fuerza de brazos, resistencia muscular, resistencia de brazos). Pueden usarse para determinar los requisitos inherentes a múltiples trabajos que requieren la misma exigencia física.²⁸² La principal desventaja de los test de habilidades básicas es que no se asimilan al trabajo real y, por lo tanto, carecen de validez aparente.²⁸³

2.6.1.2. *Test de simulaciones de trabajo*

Las simulaciones de trabajo (muestras de trabajo) proporcionan la validez aparente que no se encuentra en los test de habilidades básicas. Sin embargo, estos test tienen ciertas limitaciones. Típicamente, pueden utilizarse solamente para un trabajo, mientras los test de habilidades básicas pueden usarse para múltiples trabajos.²⁸⁴ Las tareas críticas o esenciales pueden ser simuladas, pero las habilidades aprendidas en el trabajo o en capacitación no pueden ser incorporadas en el test.²⁸⁵

Las simulaciones de trabajo han sido usadas, principalmente, para los procesos de selección en trabajos de manejo de materiales y de seguridad pública. Los test empleados en los trabajos del primer tipo involucran levantamiento y traslado de objetos pesados similares en peso a los productos encontrados en el trabajo.²⁸⁶ Independientemente del tipo de test de simulación de trabajo, la intensidad a la cual se realiza la simulación debería ser un espejo de las demandas del trabajo y en el mismo orden en el cual las tareas se ejecutan en el trabajo.²⁸⁷

Las simulaciones de trabajo tienen diversas ventajas, entre ellas, la validez aparente y de contenido que permiten al empleador comprobar si el postulante puede desempeñar un segmento de las tareas críticas del trabajo.²⁸⁸ Las desventajas de las simulaciones del trabajo incluyen dificultad en generar un sistema de puntuación objetivo y tienen un mayor potencial de

²⁸² BAKER Y GEBHARDT (2012), p. 281.

²⁸³ BAKER Y GEBHARDT (2012), p. 281.

²⁸⁴ BAKER Y GEBHARDT (2012), p. 281.

²⁸⁵ BAKER Y GEBHARDT (2012), p. 281.

²⁸⁶ BAKER Y GEBHARDT (2012), p. 281.

²⁸⁷ BAKER Y GEBHARDT (2012), p. 282.

²⁸⁸ BAKER Y GEBHARDT (2012), p. 282.

lesiones.²⁸⁹ Adicionalmente, las simulaciones de trabajos requieren un área de pruebas sustancialmente más grande y más equipamiento, lo que resulta en mayor administración y costos de almacenamiento.²⁹⁰ También, a diferencia de los test de habilidades básicas que controlan los movimientos, las simulaciones de trabajos presentan un riesgo más alto de lesiones.²⁹¹

2.6.1.3. *La discutida naturaleza jurídica de los test físicos*

La legislación doméstica de Australia, España y Estados Unidos no resuelve el problema acerca de si los test físicos utilizados en el empleo son reconocimientos médicos o no, ya que no existe norma jurídica expresa que se pronuncie al respecto. Solamente en Estados Unidos, a nivel de jurisprudencia recaída sobre la ADA, es posible encontrar una solución a la cuestión: como regla general, las pruebas físicas no son reconocimientos médicos, excepto cuando involucran la evaluación de condiciones de salud del postulante al empleo o del trabajador.²⁹²

La EEOC señala a propósito de los exámenes preocupacionales: “Un test de agilidad física, en el cual un postulante demuestra la habilidad para desempeñar tareas del trabajo simuladas o actuales, no es un examen médico bajo la ADA. Ejemplo: un Departamento de Policía examina la habilidad de los postulantes a oficial de policía para correr con obstáculos diseñados para simular una persecución sospechosa en un área urbana. Este test no es un examen médico”.²⁹³ Agrega la EEOC: “Un test de aptitud física en el cual el desempeño del postulante en las actividades físicas, tales como correr o levantamiento, es medido no es un examen médico”.²⁹⁴ Sin embargo, precisa: “Si un empleador mide las respuestas fisiológicas o biológicas del postulante al rendimiento, el test podría ser médico. Ejemplo: un servicio de mensajería examina la habilidad de los postulantes para correr una milla en quince minutos. Al término de la carrera,

²⁸⁹ BAKER Y GEBHARDT (2012), p. 282.

²⁹⁰ BAKER Y GEBHARDT (2012), p. 282.

²⁹¹ BAKER Y GEBHARDT (2012), p. 282.

²⁹² BAKER Y GEBHARDT (2012), pp. 289-290.

²⁹³ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995).

²⁹⁴ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995).

el empleador toma la presión arterial y la frecuencia cardíaca de los postulantes. Medir las respuestas fisiológicas de los postulantes hace de la prueba física un examen médico”.²⁹⁵

En concepto de la EEOC, las pruebas físicas pueden ser aplicadas previo a una oferta condicional de empleo. Pero si se efectúan mediciones médicas (por ejemplo, ritmo cardíaco), el test debe tener lugar luego de la oferta de trabajo, al considerar que las pruebas físicas que relevan información médicas son exámenes médicos; por lo tanto, deben sujetarse a sus mismas limitaciones.²⁹⁶

La prohibición federal norteamericana para recolectar información médica previo a una oferta de trabajo condicional afecta las pruebas de rendimiento físico en dos formas. Primero, los test que evalúan la capacidad aeróbica son impactados al involucrar comúnmente el análisis de información de salud, por lo tanto, son admitidos antes de la oferta de trabajo solo si proporcionan información sobre el nivel de capacidad aeróbica requerido, sin recolectar información médica.²⁹⁷ Segundo, cuando se administra un test físico previo a una oferta de trabajo, ninguna medición de condición de salud (por ejemplo, presión sanguínea) podría ser tomada para asegurar la participación segura del postulante en la prueba.²⁹⁸ Para garantizar que los candidatos puedan participar con seguridad en la prueba física, los empleadores han solicitado certificación médica de un profesional que afirma que el individuo puede completar con seguridad los test o una renuncia firmada por el candidato que, sin embargo, no libera al empleador de la responsabilidad por su seguridad.²⁹⁹

La jurisprudencia judicial estadounidense que se pronuncia sobre la naturaleza de las pruebas físicas es exigua. Entre los escasos pronunciamientos se encuentra *Indergard v. Georgia-Pacific*, en que el demandante, que había trabajado en un molino por alrededor de quince años, tomó una licencia médica para una intervención en la rodilla. Luego de ser dado de alta se le solicitó una evaluación de su capacidad física para reincorporarse a sus labores, que incluyó diversas evaluaciones físicas y médicas (levantamiento y traslado de 65 y 75 libras, rangos de

²⁹⁵ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995).

²⁹⁶ BAKER Y GEBHARDT (2012), p. 289

²⁹⁷ BAKER Y GEBHARDT (2012), p. 289.

²⁹⁸ BAKER Y GEBHARDT (2012), p. 289.

²⁹⁹ BAKER Y GEBHARDT (2012), p. 289.

movimientos, ritmo cardíaco, test de alcohol y drogas).³⁰⁰ El demandante falló en la evaluación de capacidad física y alegó que era un examen médico, conjuntamente con haber sido tratado o percibido como discapacitado. Aunque la acción de discriminación se rechazó, la Corte de Apelaciones sostuvo que el test físico era un reconocimiento médico regido por la ADA, al reunir tres factores recomendados por la EEOC para que un test sea un reconocimiento médico.³⁰¹ Primero, fue un test administrado e interpretado por un profesional de la salud; segundo, el test fue diseñado para revelar una discapacidad física o médica, y tercero, el test mide la respuesta fisiológica ante la ejecución de las actividades del test físico.³⁰²

2.7. Los exámenes médicos para determinar contagio con virus. Caso del covid-19

La humanidad se ha visto afectada por virus que causan enfermedades y se propagan entre la población. El último fue el coronavirus 2 (SARS-CoV-2), que causó millones de contagios y miles de muertes alrededor del mundo. Actualmente los virus son considerados agentes biológicos que pueden poner en riesgo la salud de los trabajadores al causar enfermedades y poner su vida en peligro. En la Unión Europea, la Directiva 2020/739 de la Comisión de 3 de junio de 2020, reformó el Anexo III de la Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo e incluyó el SARS-CoV-2 en la lista de agentes biológicos que son patógenos humanos conocidos.³⁰³

En virtud de la obligación de seguridad, el empleador debe adoptar medidas para prevenir el contagio con el virus para así evitar el covid-19; además, debe monitorear, detectar, los casos de covid-19 en su lugar de trabajo. La deuda de seguridad exige al empleador mantener su lugar de trabajo libre de riesgos reconocidos que causan o que probablemente pueden causar la muerte o daños a la salud de los trabajadores.³⁰⁴ Como el SARS-CoV-2 es un riesgo biológico que causa una enfermedad —el covid-19— a los trabajadores, resultan ajustadas a derecho las herramientas

³⁰⁰ *Indergard v. Georgia-Pacific Corporation*, 582 F.3d 1049 (U.S. Court of Appeals, 9th Cir., 2009).

³⁰¹ BAKER Y GEBHARDT (2012), p. 290.

³⁰² *Indergard v. Georgia-Pacific Corporation*, 582 F.3d 1049 (U.S. Court of Appeals, 9th Cir., 2009).

³⁰³ RODRÍGUEZ (2021), p. 42.

³⁰⁴ BODIE Y MCMAHON (2021), p. 265.

dirigidas a eliminar o disminuir lo más razonablemente posible ese riesgo, por demandarlo así el deber de seguridad empresarial.

Entre las herramientas más utilizadas por los empleadores para detectar o descartar el contagio de covid-19 se encuentran los test virales y la toma de temperatura.³⁰⁵ Los test virales buscan determinar una infección actual con SARS-CoV-2, el virus que causa el covid-19, mediante el análisis de muestras de la nariz o boca de las personas.³⁰⁶ Son de dos tipos: test de reacción en cadena polimerasa (test PCR) y test de antígeno.³⁰⁷ Los test PCR son un tipo de prueba de amplificación de ácido nucleico, que tienen más probabilidades de detectar el virus que los test de antígeno.³⁰⁸ Estos últimos son pruebas de amplificación de ácido nucleico para detectar genes o inmunoensayos basados en antígenos, que permiten detectar proteínas de SARS-CoV-2 y así determinar si una persona está contagiada o no con covid-19.³⁰⁹

La duda que surge es si la toma de temperatura y los test virales son reconocimientos médicos conforme a la legislación que rige en el trabajo. En las tres jurisdicciones analizadas, la conclusión es que efectivamente lo son. En Estados Unidos, la EEOC sostuvo que son reconocimientos médicos al proporcionar información de salud —si una persona está contagiada o no con el SARS-CoV-2—,³¹⁰ por lo que para ser exigidos a los trabajadores deben estar vinculados con el trabajo y ser consistentes con la necesidad de la empresa, lo que ocurrirá cuando: (1) la capacidad del trabajador para desempeñar las funciones esenciales del puesto de

³⁰⁵ Para un estudio de derecho comparado sobre las herramientas para disminuir el riesgo de contagio con covid-19 en el lugar de trabajo véase BENNETT *et al.* (2023), pp. 427-429.

³⁰⁶ CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (2023). Disponible en: <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/symptoms-testing/testing.html#types-of-tests> (consultada el 10 de junio de 2023).

³⁰⁷ CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (2023). Disponible en: <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/symptoms-testing/testing.html#types-of-tests> (consultada el 10 de junio de 2023).

³⁰⁸ CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (2023). Disponible en: <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/symptoms-testing/testing.html#types-of-tests> (consultada el 10 de junio de 2023).

³⁰⁹ DRAIN (2022), p. 35.

³¹⁰ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2023). Disponible en: <https://www.eeoc.gov/wysk/what-you-should-know-about-covid-19-and-ada-rehabilitation-act-and-other-eeo-laws>

trabajo se vea afectada por una condición de salud, o (2) el trabajador posee una amenaza directa para la seguridad debido a una condición de salud.³¹¹

La ADA define la amenaza directa como “un riesgo significativo de daño sustancial a la salud o seguridad de una persona o de otras, que no puede ser eliminado o reducido a través de acomodaciones razonables”.³¹² En su guía para el coronavirus, la EEOC sostiene, con base en las opiniones del Centro para la Prevención y Control de Enfermedades y de otras autoridades públicas de salud,³¹³ que la pandemia de covid-19 reúne el estándar de amenaza directa para la salud de las personas.³¹⁴ Por lo tanto, permitió a los empleadores requerir test virales y toma de temperatura antes que a un trabajador le sea permitido comenzar su jornada laboral o regresar a trabajar en el centro de trabajo del empleador luego de haber estado ausente.³¹⁵

Del mismo modo, en España los controles médicos para constatar si los trabajadores habían contraído covid-19 o no se consideraron reconocimientos médicos,³¹⁶ fundándose su procedencia en los artículos 22 de la LPRL y 20.4 del ET.³¹⁷ Sobre la base de esas normas, su obligatoriedad se admitió respecto de trabajadores que, en función de la naturaleza de la actividad que realizan, se ven expuestos o exponen a terceros a agentes biológicos como el coronavirus.³¹⁸ De esta forma, el empleador puede exigir controles médicos para detectar el covid-19, a fin de eliminar o disminuir la probabilidad de que su contagio cause daño en el trabajo al propio trabajador.³¹⁹ Igualmente, la doctrina admite como supuesto de obligatoriedad de los reconocimientos médicos

³¹¹ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (26 de julio de 2000). Disponible en: <https://www.eeoc.gov/laws/guidance/enforcement-guidance-disability-related-inquiries-and-medical-examinations-Employees> (consultada el 10 de junio de 2023).

³¹² 42 U.S.C. § 12111(3); 29 C.F.R. § 1630.2(r).

³¹³ CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (11 de septiembre de 2020). Disponible en: <https://stacks.cdc.gov/view/cdc/93522> (consultada el 11 de junio de 2023).

³¹⁴ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2023). Disponible en: <https://www.eeoc.gov/wysk/what-you-should-know-about-covid-19-and-ada-rehabilitation-act-and-other-eeo-laws> (consultada el 10 de junio de 2023).

³¹⁵ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2023). Disponible en: <https://www.eeoc.gov/wysk/what-you-should-know-about-covid-19-and-ada-rehabilitation-act-and-other-eeo-laws> (consultada el 10 de junio de 2023).

³¹⁶ De modo similar MARÍN (2020), p. 222: “Respecto a la lucha contra la pandemia y la presencia del riesgo de contagio del SARS-CoV-2 en el medio laboral, en la actualidad, la realización de reconocimientos médicos a los trabajadores, como puede ser la toma de temperatura a la entrada del centro de trabajo o la realización de pruebas serológicas y PCR para la detección del virus, está resultando ser una medida efectiva”; RODRÍGUEZ (2021), pp. 35-36.

³¹⁷ RODRÍGUEZ (2021), pp. 35-36. De modo similar MARÍN (2020), p. 217.

³¹⁸ MARÍN (2020), pp. 219-223; RODRÍGUEZ (2021), p. 37.

³¹⁹ MARÍN (2020), pp. 219-223; RODRÍGUEZ (2021), pp. 37.

para detectar covid-19 el establecido en el artículo 22 de la LPRL: “Cuando el estado de salud del empleado vinculado a aspectos laborales respecto a la organización del trabajo y prestación del servicio, pueda suponer un peligro para otros trabajadores y terceras personas relacionadas con la empresa”.³²⁰

En la legislación española no existe ni existió una norma expresa y específica que obligue a los empleadores a requerir a los trabajadores que se sometan a test virales ni a controles de temperatura. La única norma que contempla una obligación sobre los reconocimientos médicos para detectar el covid-19 no es aplicable a los empleadores sino a los servicios de salud. Se trata del artículo 24 de la Ley 2/2021 que señala: “Los servicios de salud de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla garantizarán que, en todos los niveles de la asistencia, y de forma especial en la atención primaria de salud, a todo caso sospechoso de covid-19 se le realizará una prueba diagnóstica por PCR (reacción en cadena de la polimerasa) u otra técnica de diagnóstico de infección por covid-19, tan pronto como sea posible desde el conocimiento de los síntomas, y que toda la información derivada se transmita en tiempo y forma según se establezca por la autoridad sanitaria competente”. Esta norma no impone una obligación específica en el empresario para exigir a sus trabajadores sospechosos de covid-19 que se sometan a un test viral.³²¹ La jurisprudencia española se pronunció en el mismo sentido, esto es, que no existe en el ordenamiento jurídico doméstico norma alguna que obligue al empleador a poner a disposición de los trabajadores test de antígeno o test PCR para detectar el contagio con covid-19, ni siquiera en actividades en que existe un riesgo para la salud de los trabajadores o terceros, como es el ámbito de la salud.³²²

En Australia no existe norma expresa que obligue o haya obligado al empleador a someter a los trabajadores a test de antígeno o test PCR. Sin embargo, se ha admitido su naturaleza de reconocimientos médicos, considerándose como una herramienta razonablemente practicable para minimizar los riesgos del covid-19 en el lugar de trabajo. Entre los criterios establecidos por Safe Work Australia para determinar que los test virales son una medida de control

³²⁰ MARÍN (2020), p. 221.

³²¹ RODRÍGUEZ (2021), pp. 38.

³²² STS, 18 de febrero de 2021, Rec. 105/2020; STS, 22 de abril de 2021, Rec. 94/2020; STS, 20 de mayo de 2021, Rec. 130/2020.

razonablemente practicable que debe adoptar el empleador en virtud de la obligación de seguridad, se encuentran: que los test virales estén disponibles para su adquisición; que los trabajadores estén expuestos al covid-19, incluyendo el contacto con otras personas debido al trabajo; que el riesgo de transmisión sea alta; que los trabajadores trabajen con personas que podrían ser vulnerables a enfermedades severas si se contagian con covid-19; que haya probabilidades de que el covid-19 se propague en el lugar de trabajo.³²³

3. Las preguntas sobre la salud como reconocimientos médicos

Las preguntas sobre la salud son reconocimientos médicos que persiguen el mismo objetivo que los exámenes médicos, esto es, permiten obtener información sobre la salud de trabajadores o postulantes. Sin embargo, difieren de ellos porque las preguntas pueden obtener esa información simplemente mediante una respuesta del trabajador o del postulante al requerimiento formulado por el empleador o por personas en su representación.

Las preguntas son requerimientos a los postulantes o trabajadores para proporcionar información sobre su propia salud o discapacidad o la de algún miembro de su familia.³²⁴ Pueden ser formuladas verbalmente o por escrito, adoptar la forma de cuestionarios sobre la salud, en línea o en papel.³²⁵

Existen diferencias sobre la forma de regular las preguntas sobre la salud en el trabajo entre las normativas examinadas. Por una parte, Australia³²⁶ no regula expresa y específicamente las preguntas sobre la salud en el trabajo; en cambio, Estados Unidos y en menor medida España contienen regulación al respecto.

En Australia las preguntas sobre la salud son ampliamente utilizadas por los empleadores, particularmente en la etapa precontractual, con iguales propósitos que los exámenes médicos, y ambos constituyen reconocimientos médicos.³²⁷ En la mayoría de los estados y territorios de

³²³ SAFE WORK AUSTRALIA (31 de junio de 2022). Disponible en: <https://covid19.swa.gov.au/covid-19-information-workplaces/industry-information/aged-care/rapid-antigen-testing>

³²⁴ ROTHSTEIN (1984), pp. 15-16; SCOTT (2016), pp. 139-140.

³²⁵ ROTHSTEIN (1984), pp. 15-16; SCOTT (2016), pp. 139-140.

³²⁶ SCOTT (2016), pp. 138-139.

³²⁷ SCOTT (2016), p. 139.

Australia no existen prohibiciones específicas sobre las preguntas de salud.³²⁸ Victoria es el único estado que prohíbe preguntas de salud, de forma verbal o escrita, que permitan obtener información que pueda ser utilizada como fundamento para discriminar a una persona.³²⁹ A nivel federal tampoco existe una prohibición de las preguntas relacionadas con discapacidad o salud, se las admite como regla general y solo se prohíbe su uso para discriminar por razones de discapacidad.³³⁰ La Australian Human Rights Commission sostiene: “Preguntas [...] sobre la discapacidad de una persona y sus efectos podrían ser legítimas, necesarias y deseables en muchos casos. La Comisión considera que desincentivar o restringir innecesariamente preguntas sobre la discapacidad de una persona [...] podría ser perjudicial para la igualdad efectiva de oportunidades y, por tanto, podría ser contrario a los fines de la Disability Discrimination Act, como también podría presentar dificultades para los empleadores. La Comisión no interpreta que la Disability Discrimination Act tenga este efecto. Esto no significa, sin embargo, que cada pregunta relacionada con la discapacidad debería ser adoptada como permisible o deseable. Preguntas inapropiadas [...] en relación con la discapacidad podrían dar lugar o constituir realmente discriminación”.³³¹

En Australia no existe deber legal de los trabajadores de revelar a sus empleadores información personal sobre la salud.³³² Sin embargo, proporcionar información falsa ante preguntas sobre la salud puede tener consecuencias jurídicas perjudiciales para el trabajador. Así, si el trabajador brinda información falsa vinculada al empleo, incluso en la etapa precontractual, su contrato de trabajo podría ser terminado por despido sin derecho a indemnización.³³³ Así, se han rechazado mayoritariamente las demandas de despido injustificado, debido, sobre todo, a la vulneración del deber mutuo de cooperar de buena fe.³³⁴ El razonamiento utilizado para considerar ajustado a derecho el despido fue sentado en *Bottrill v. James Hardie & Co Pty Ltd*, donde se sostuvo: “No existe obligación de un trabajador de proporcionar voluntariamente información a su posible

³²⁸ SCOTT (2016), p. 141.

³²⁹ Equal Opportunity Act 2010 (Vic), s. 107; SCOTT (2016), p. 141.

³³⁰ AUSTRALIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION (1996); SCOTT (2016), pp. 141-142.

³³¹ AUSTRALIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION (1996).

³³² SCOTT (2016), p. 142.

³³³ SCOTT (2016), p. 142.

³³⁴ Véase, por ejemplo, *Gehrig v. McArthur River Mining Pty Ltd* (1997) EOC 92-872; *Gardiner v. Bluescope Steel (AIS) Pty Ltd* [2005] NSWIRComm 1034.

empleador, pero en mi opinión, si un posible empleador solicita información relativa a la situación laboral de un posible trabajador con la intención de que el posible empleador utilice dicha información para decidir si contrata o no al trabajador, entonces el trabajador corre el riesgo, si proporciona información falsa o engañosa a su posible empleador, de que el empleador al determinar que ha sido engañado en una manera material pertinente a la situación laboral, bien puede decidir despedir al trabajador por este motivo. Creo que se requerirían circunstancias muy excepcionales que, en mi opinión, no existen en este caso, antes que este tribunal considere un despido por el empleador por este motivo como severo, injusto o irrazonable”.³³⁵ En otras ocasiones, se ha declarado injustificado el despido con base en información falsa sobre la salud, cuando no ha existido un desempeño laboral deficiente del trabajador producto de esa circunstancia.³³⁶

Asimismo, los trabajadores con problemas de salud que no revelan la condición médica que padecen a su posible o actual empleador ante preguntas sobre su salud corren el riesgo de que sea rechazada la compensación por lesiones en el lugar de trabajo o por agravación de condiciones de salud preexistentes.³³⁷ En Australia algunos planes de compensación para trabajadores estipulan que no tienen derecho a compensación los trabajadores que no revelan o no contestan preguntas de su empleador sobre una condición médica, o lo hacen de manera falsa o engañosa.³³⁸ Esta regulación podría afectar a personas con enfermedades o discapacidad para obtener compensación laboral, si no revelan esa situación a su empleador por miedo a ser discriminados al ingresar al mercado laboral. Esto ha sido reconocido por ciertos tribunales, que han admitido el derecho a la compensación a trabajadores con discapacidad no obstante la inexactitud en la información proporcionada al empleador.³³⁹ En *Latham v. Horan Pty Ltd*, la Compensation Court of New South Wales reconoció esta circunstancia: “El demandante ha estado de acuerdo en la evidencia con que él completó la postulación de forma inexacta, en el sentido de no revelar una reclamación de compensación que había hecho contra Croovel. Si bien

³³⁵ *Bottrill v. James Hardie & Co Pty Ltd* [1975] 42 SAIR 711, 734.

³³⁶ *Britax Rainsfords Pty Ltd v. D Jones* PR904285 [2001] AIRC 461; *Arthur Smith and Brett Kimball v. Moore Paragon Australia Ltd* PR942856 [2004] AIRC 57.

³³⁷ Véase, por ejemplo, Safety, Rehabilitation and Compensation Act 1988 (Cth), s. 5A(1)(c).

³³⁸ Workers' Compensation and Rehabilitation Act 2003 (Qld), s. 571B(1)-(2), 571C(1), (2)(b); Workplace Injury Rehabilitation and Compensation Act 2013 (Vic), s. 41(1)-(2).

³³⁹ FOGARTY (2007), p. 25; SCOTT (2016), p. 143.

el tribunal no puede tolerar la inexactitud en los formularios del empleador, sin embargo, no desconoce las realidades del mercado laboral por las que los trabajadores temen que sus perspectivas de obtener más empleo puedan verse comprometidas si revelan lesiones anteriores”.³⁴⁰

La amplia procedencia de las preguntas sobre la salud en la etapa precontractual en Australia ha sido criticada por la doctrina, que ha propuesto una regulación similar a la sección 60 de la Equality Act 2010 del Reino Unido³⁴¹ que prohíbe hacer preguntas sobre la salud a una persona antes de ofrecerle trabajo o de incluirla en un grupo de postulantes.³⁴² Las preguntas sobre la salud de una persona, incluyendo si tiene o no discapacidad, antes de realizar una oferta de trabajo, ya sea condicional o incondicional, no están permitidas en el Reino Unido.³⁴³

En España, hasta antes de la Ley 15/2022 existían posiciones contradictorias sobre la legalidad de las preguntas del empleador sobre la salud, particularmente en la etapa precontractual, porque tanto la normativa doméstica como comunitaria reconoce a los postulantes y trabajadores los derechos a la no discriminación y la protección de datos personales. La doctrina sostenía: “Respecto de las preguntas del empleador relativas al estado de salud del candidato para determinar su capacidad, cabe destacar que estas no son admisibles en nuestro ordenamiento, puesto que compete a los servicios médicos correspondientes valorar si el estado de salud es o no compatible con el puesto de trabajo a desempeñar, siendo esta la única información que debe proporcionarse al empresario”.³⁴⁴ Por lo tanto, para la doctrina existía una prohibición absoluta respecto de las indagaciones empresariales sobre la salud.

En cambio, la jurisprudencia española parecía admitir las preguntas sobre la salud de forma restringida, en la medida que esa información fuera estrictamente necesaria para la ejecución de la relación laboral y no se utilizara con fines discriminatorios. Esta era la posición de la Agencia Española Protección de Datos, que sostenía que las preguntas que dieran lugar a discriminaciones

³⁴⁰ *Latham v. Horan Pty Ltd.*, Matter No. 30752 (14 de julio de 2000).

³⁴¹ SCOTT (2016), p. 158.

³⁴² Equality Act 2010 (UK), s. 60(1)(a)-(b).

³⁴³ Equality Act 2010 (UK), s. 60(10), (13); KLOSS (2020), p. 116.

³⁴⁴ FITA (2019), p. 109.

vulneran la LISOS, especialmente su artículo 16.1.c).³⁴⁵ En el mismo sentido se pronunció la STSJ de Islas Canarias en sentencia 1799/2014, al concluir que el empleador vulneró el derecho a la no discriminación de una candidata en la etapa precontractual: “El hecho de someter a una candidata a preguntas familiares y personales totalmente ajenas al trabajo a desempeñar, sea cual sea el lugar de prestación de los servicios (pues ya había manifestado su disponibilidad a desplazarse), supone una conducta discriminatoria, puesto que la trabajadora se ha visto obligada a revelar sus planes familiares y datos médicos pertenecientes a su más estricta intimidad, innecesarios para una gestión de personal responsable y respetuosa con la dignidad del empleado”.³⁴⁶

Así las cosas, si en la etapa precontractual el trabajador ocultaba al empleador información sobre su salud que le impidiera desempeñar las funciones del cargo al que se postulaba, podría dar lugar a la nulidad del contrato de trabajo o a su extinción por despido disciplinario por infracción de la buena fe.³⁴⁷ La STC 62/2008 rechazó que fuera discriminatorio el despido de un trabajador del sector de la construcción con dolencias derivadas de su trabajo, sin declaración de incapacidad, y que en esa condición se postuló a un puesto de trabajo sin haber informado su situación de salud a la empresa en la etapa precontractual. El trabajador fue contratado, pero durante la vigencia del contrato tuvo reiteradas bajas a causa de su enfermedad, por lo que fue despedido por haber ocultado a la empresa, en el momento de su contratación, el padecimiento de una enfermedad grave, en parte invalidante, y los consecuentes procesos de bajas continuas en otras empresas del sector para las que previamente había trabajado.³⁴⁸

La situación expuesta no parece haber cambiado en España con lo dispuesto en el artículo 9.5 de la Ley 15/2022: “El empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto”. Si bien esta norma pareciera prohibir en términos absolutos las preguntas sobre la

³⁴⁵ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DATOS (2021), pp. 22-23. El artículo 16.1.c) de la LISOS califica como infracción administrativa muy grave del empleador “solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado”.

³⁴⁶ STSJ de Islas Canarias, 7 de abril de 2014, Rec. N° 923/2012.

³⁴⁷ FITA (2019), pp. 97-98.

³⁴⁸ STC 62/2008, de 26 de junio de 2008.

salud en la etapa precontractual, lo cierto es que un sector de la doctrina estima que la prohibición solamente tiene lugar cuando estas preguntas no persiguen ninguno de los fines lícitos reconocidos a los reconocimientos médicos en la etapa precontractual, tal como lo hace el artículo 60 de la Equality Act de 2010, del Reino Unido.³⁴⁹ De esta forma, se podría sostener que únicamente se prohíben las preguntas sobre la salud en los procesos de selección en las mismas situaciones en que no se admiten los reconocimientos médicos, las que no están amparadas por ningún fin legítimo;³⁵⁰ así el postulante está legitimado para no responder o para mentir en las respuestas a esas preguntas ilegales.³⁵¹

En Estados Unidos, a diferencia de Australia, la ADA regula expresamente una categoría de preguntas sobre la salud bajo la expresión “investigación relacionada con la discapacidad”, y las somete a los mismos límites que los exámenes médicos.³⁵² La EEOC define la “investigación relacionada con la discapacidad” como “una pregunta que es probable que obtenga información sobre una discapacidad”.³⁵³ Esta definición comprende preguntas relacionadas con el estatus de discapacidad, incluyendo detalles sobre enfermedades, discapacidad o reclamos de compensación por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.³⁵⁴ Ejemplo de este tipo de preguntas son las que interrogan 1) acerca de la existencia de discapacidades; 2) sobre limitaciones en actividades principales de la vida; 3) al postulante para que muestre la capacidad de desempeñar el trabajo –sin solicitar lo mismo a otros postulantes–, cuando no es evidente que existe una discapacidad, y 4) sobre el consumo de medicamentos.³⁵⁵

En el ordenamiento norteamericano las preguntas sobre la salud se dividen en dos categorías: las preguntas sobre la salud que no revelan discapacidad y las preguntas vinculadas a la discapacidad. Esta distinción puede observarse en las preguntas relacionadas con virus,

³⁴⁹ GARCÍA (2023), pp. 77-78.

³⁵⁰ GARCÍA (2023), p. 78: “Un cuestionario de salud cumple con el juicio de proporcionalidad frente a pruebas médicas más invasivas y dolorosas, que habrían de realizarse necesariamente si todo cuestionario estuviera prohibido. Es más, si todo cuestionario estuviera absolutamente prohibido por las mismas razones también debiera estarlo *ipso facto* cualquier examen de salud previo a la contratación –incluidos los reconocimientos médicos precontractuales, por supuesto–”.

³⁵¹ GARCÍA (2023), pp. 78-79.

³⁵² BEFORT Y BUONOCORE (2021), p. 281.

³⁵³ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995).

³⁵⁴ BROWN (2018), p. 4.

³⁵⁵ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995).

especialmente el covid-19. La EEOC sostiene que como “preguntar a un individuo sobre los síntomas de un resfriado o gripe estacional es poco probable que obtenga información sobre una discapacidad”,³⁵⁶ no es prohibida por la ADA.³⁵⁷ Los cuestionarios del empleador sobre posibles síntomas del SARS-CoV-2 serían similares a aquellos sobre un resfriado o gripe estacional y, por lo tanto, es poco probable que estos tipos de chequeos de síntomas constituyan investigaciones relacionadas con la discapacidad.³⁵⁸

Por el contrario, pertenecen a la categoría de preguntas relacionadas a la discapacidad aquellas mediante las cuales el empleador persigue conocer si los trabajadores podrían ser más susceptibles a contraer enfermedades o si tienen una mayor probabilidad de desarrollar complicaciones serias de salud si contraen un virus.³⁵⁹ Este tipo de preguntas están limitadas y reguladas por la ADA, que generalmente prohíbe al empleador efectuar investigaciones sobre si el trabajador tiene una condición médica específica o discapacidad, inclusive si esa condición o discapacidad podría hacer al trabajador más vulnerable a enfermedades particulares.³⁶⁰ Interrogantes amplias, tales como preguntar al trabajador sobre “cualquier enfermedad, lesión o accidentes pasados”, podrían constituir investigaciones relacionadas con la discapacidad, porque la pregunta busca revelar una discapacidad si el trabajador tiene una.³⁶¹ La EEOC dispone que preguntar cuestiones más específicas, tales como si un individuo es inmunocomprometido, constituye una indagación vinculada a la discapacidad, porque un sistema inmunológico débil o comprometido puede estar estrechamente relacionado con afecciones como el cáncer o el VIH/sida”.³⁶²

Los postulantes o trabajadores deben responder los cuestionarios de preguntas con respuestas verdaderas, porque pueden no ser contratados, si no contestan las preguntas, o ser despedidos, si

³⁵⁶ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (26 de julio de 2000).

³⁵⁷ BODIE Y MCMAHON (2021), p. 38.

³⁵⁸ BODIE Y MCMAHON (2021), p. 39.

³⁵⁹ BODIE Y MCMAHON (2021), p. 39.

³⁶⁰ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2023), III B.9.

³⁶¹ *Miller v. Whirlpool Corp.*, 807 F. Supp. 2d 68485, 687 (N.D. Ohio 2011).

³⁶² EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2023), II A.1.

proporcionan respuestas faltas, lo que confirma la jurisprudencia judicial y arbitral norteamericana.³⁶³

4. Los reconocimientos médicos y la vacunación contra virus en el trabajo

Las tres jurisdicciones examinadas tienen diversos modelos sobre la vacunación en el trabajo ante virus que pueden poner en riesgo la salud de los trabajadores y/o de terceras personas en el lugar de trabajo. España no permite al empleador imponer a sus trabajadores la obligación de vacunación ante enfermedades transmisibles; en cambio, Australia y Estados Unidos, además de reconocer al Estado la posibilidad de establecer vacunas obligatorias en el trabajo, exigen al empleador imponer la vacunación de sus trabajadores y postulantes a trabajos, en la medida que sea estrictamente necesaria para disminuir o eliminar riesgos para la salud en el trabajo.

La normativa española solo reconocería al Estado y a las comunidades autónomas la facultad de establecer políticas de vacunación obligatoria ante enfermedades transmisibles cuando exista un riesgo colectivo para la salud pública; en caso contrario, únicamente las podría regular de forma voluntaria.³⁶⁴ El principal fundamento normativo invocado para sustentar esa posición es la LO 3/1986 de 14 de abril y el Reglamento para la lucha contra las Enfermedades Infecciosas, Desinfección y Desinsectación.³⁶⁵ En cambio, el empleador, no obstante tener una obligación de seguridad que incluye el deber de eliminar o reducir los riesgos para la salud derivados de agentes biológicos, no puede imponer la obligación de vacunación con carácter obligatorio.³⁶⁶ La LPRL no contiene ninguna norma que imponga o faculte al empleador a consagrar la vacunación obligatoria, que es mucho más invasiva que los reconocimientos médicos, que sí se regulan en parte por la LPRL.³⁶⁷ En un contexto con mayores riesgos, como la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, el RD 664/1997 de 12 de mayo no impone ni permite al empleador obligar a los trabajadores a vacunarse para prevenir contagios con agentes biológicos. Su artículo 8.3 –en concordancia con el Anexo VII de la Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre la protección de los trabajadores contra los

³⁶³ ROTHSTEIN (1984), p. 16.

³⁶⁴ POQUET (2021), p. 12. En sentido similar RODRÍGUEZ (2021), p. 51; GARCÍA (2023), pp. 179-183.

³⁶⁵ POQUET (2021), pp. 10-13; RODRÍGUEZ (2021), pp. 52-56.

³⁶⁶ GOERLICH (2021); POQUET (2021), pp. 21-22; RODRÍGUEZ (2021), pp. 49-50.

³⁶⁷ RODRÍGUEZ (2021), p. 49.

riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo— dispone: “Cuando exista riesgo por exposición a agentes biológicos para los que haya vacunas eficaces, estas deberán ponerse a disposición de los trabajadores, informándoles de las ventajas e inconvenientes de la vacunación”. El Anexo VI del RD 664/1997 agrega que la vacunación no debe suponer gasto alguno para el trabajador y que “podrá elaborarse un certificado de vacunación que se expedirá al trabajador referido y, cuando así se solicite, a las autoridades sanitarias”. El RD 664/1997 se aplica solo al sector biosanitario (médicos/as, enfermeros/as y técnicos/as de laboratorio), y consagra simplemente un deber del empleador de poner a disposición del trabajador la vacuna, cuando existe, pero es este quien decide si se vacuna o no, y no puede sufrir represalia por su negativa a vacunarse.³⁶⁸

En Estados Unidos se reconoce que la legislación federal y estatal puede imponer la vacunación obligatoria a los trabajadores para prevenir el contagio con virus en industrias en que el contagio o enfermedad transmisible constituye un riesgo para la vida o salud de los trabajadores y/o de las personas que atiende el empleador o concurren a sus dependencias, como, por ejemplo, los pacientes de centros médicos.³⁶⁹ Sin embargo, la legislación norteamericana no ordena ni faculta al empleador, expresa y específicamente, a imponer vacunación obligatoria a los trabajadores ante virus, en supuestos distintos a aquellos en los que la legislación la establece, pero tampoco se lo prohíbe.³⁷⁰

La obligación general de seguridad es el principal fundamento utilizado para defender el mandato empresarial de vacunación, que impone al empleador garantizar que el lugar de trabajo esté “libre de riesgos reconocidos que causan o probablemente causen la muerte o daños físicos serios a los trabajadores”.³⁷¹ Esta disposición se conoce como la “cláusula de deber general” y en algunas situaciones puede imponer al empleador el deber de tomar medidas —incluyendo fomentar u ordenar la vacunación—, para evitar que los trabajadores contraigan o propaguen

³⁶⁸ GOERLICH (2021); POQUET (2021), p. 22; RODRÍGUEZ (2021), p. 49.

³⁶⁹ NAJERA Y REISS (2016), pp. 372-382; DOBBINS (2017), pp. 900-913; BENNETT *et al.* (2023), pp. 256-262.

³⁷⁰ DOBBINS (2017), pp. 898-899; ROTHSTEIN *et al.* (2021), pp. 1062-1062.

³⁷¹ 29 U.S.C. § 654(a)(1).

enfermedades graves en el lugar de trabajo.³⁷² A propósito de la influenza, la Guía de la OSHA recomienda a los empleadores promover la vacunación y hacer accesibles las vacunas para los trabajadores que desempeñan ciertos tipos de cuidado de la salud de pacientes de centros médicos,³⁷³ pues “la vacunación es la forma más importante para prevenir la propagación de la influenza. El personal de los servicios de emergencia médica y de cuidado de la salud son grupos prioritarios para recibir la vacuna contra la influenza”.³⁷⁴

Con ocasión del covid-19, la EEOC sostiene que la legislación federal antidiscriminación no prohíbe al empleador requerir a los trabajadores que se vacunen contra esa enfermedad, aunque agrega que el empleador debe hacer excepciones a ese mandato con base en la objeción religiosa y la ADA, además de cumplir con el deber de acomodación razonable que contempla la legislación antidiscriminación.³⁷⁵ Los tribunales, por su parte, han rechazado demandas que impugnan el despido disciplinario fundado en la negativa a vacunarse requerida por políticas del empleador o que persiguen suspender estas políticas.³⁷⁶ Esto ha ocurrido particularmente respecto de trabajadores de centros médicos que tenían contacto con pacientes, al considerarse mandato legal y razonable la obligación de vacunación impuesta por el empleador, ya que busca evitar riesgos para la vida y salud de los pacientes debido al contagio con el virus.³⁷⁷

En Australia, el modelo normativo de vacunación en el trabajo es similar al existente en Estados Unidos, pues no solo la autoridad pública puede imponerla, también podría hacerlo el empleador fundado en la obligación de seguridad.³⁷⁸ Todos los estados y territorios australianos tienen una

³⁷² U.S. DEPARTMENT OF LABOR, OCCUPATIONAL SAFETY & HEALTH ADMINISTRATION (30 de mayo 2017); U.S. DEPARTMENT OF LABOR, OCCUPATIONAL SAFETY & HEALTH ADMINISTRATION (24 de julio de 2017); Dobbins (2017), pp. 897.

³⁷³ U.S. DEPARTMENT OF LABOR, OCCUPATIONAL SAFETY & HEALTH ADMINISTRATION (30 de mayo 2017); U.S. DEPARTMENT OF LABOR, OCCUPATIONAL SAFETY & HEALTH ADMINISTRATION (24 de julio de 2017); Dobbins (2017), pp. 899.

³⁷⁴ U.S. DEPARTMENT OF LABOR, OCCUPATIONAL SAFETY & HEALTH ADMINISTRATION (30 de mayo 2017); U.S. DEPARTMENT OF LABOR, OCCUPATIONAL SAFETY & HEALTH ADMINISTRATION (24 de julio de 2017); Dobbins (2017), pp. 899.

³⁷⁵ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2023), K.1.

³⁷⁶ BENNETT *et al.* (2023), pp. 254-255.

³⁷⁷ *Robinson v. Children's Hosp. Boston*, No. 14-10263-DJC, 2016 WL 1337255, at *9 (D. Mass. April 5, 2016); *Bridges v. Houston Methodist Hospital* (U.S. District Court, S.D. Texas, June 12, 2021); *Harsman v. Cincinnati Children's Hospital Medical Center* (SD Ohio, N° 1:21-cv-597, September 20, 2021).

³⁷⁸ BENNETT *et al.* (2023), pp. 248-253.

Ley de Salud Pública o equivalente³⁷⁹ que proporciona a sus gobiernos el poder de declarar emergencia de salud pública, así como ordenar que ciertos trabajadores se vacunen³⁸⁰ para prevenir riesgos para las personas cuya salud y vida pueden estar en peligro si se contagian o contraen una enfermedad contagiosa. En New South Wales (NSW), el caso *Kassam v. Hazzard; Henry v. Hazzard* confirmó que el Ministro de Salud e Investigación Médica de NSW tiene la autoridad para emitir órdenes de salud pública que requieran a trabajadores particulares de ciertas industrias vacunarse contra el covid-19.³⁸¹

La obligación de seguridad se invoca como fundamento para que el empleador requiera unilateralmente que los trabajadores que ejecutan labores presenciales y tienen contacto con terceras personas se vacunen, en particular, aquellos que están en contacto con personas cuya salud es vulnerable al contagio, de forma independiente a la normativa estatal.³⁸² A propósito del covid-19, la Fair Work Ombudsman³⁸³ y Safe Work Australia³⁸⁴ admiten que es posible que el empleador de ciertas industrias exija a sus trabajadores que ejecutan trabajo presencial la vacunación contra el covid-19 bajo determinadas circunstancias. Del mismo modo, la jurisprudencia de la Fair Work Commission, que es el tribunal federal laboral australiano, ha resuelto que es ajustado a derecho el despido disciplinario de trabajadores que han desobedecido la política interna del empleador que impone la vacunación contra virus como la influenza o el covid-19.³⁸⁵ En *Ms Bou-Jamie Barber v. Goodstart Early Learning*, la Fair Work Commission resolvió que es ajustado a derecho el despido de una trabajadora, líder de grupo, llevado a cabo por una institución dedicada al cuidado de niños, fundado en la negativa de la trabajadora a cumplir la política interna que exigía a todos los trabajadores que se vacunaran contra la

³⁷⁹ Public Health Act 1997 (ACT); Public Health Act 2010 (NSW); Public Health and Wellbeing Act 2008 (Vic); Public Health Act 1997 (Tas); Public Health Act 2005 (Qld); Public Health Act 2016 (WA); Public Health Act 2011 (SA); Public and Environmental Health Act 2011 (NT).

³⁸⁰ SAFE WORK AUSTRALIA (12 de octubre de 2021), disponible <https://covid19.swa.gov.au/covid-19-information-workplaces> (consultada el 10 de junio de 2021).

³⁸¹ *Kassam v. Hazzard; Henry v. Hazzard* [2021] NSWSC 1320.

³⁸² JEFFERIES (2022), pp. 114-115.

³⁸³ FAIR WORK OMBUDSMAN (9 de junio de 2023), disponible <https://www.fairwork.gov.au/find-help-for/covid-19-and-workplace-laws> (consultada el 30 de mayo de 2023).

³⁸⁴ SAFE WORK AUSTRALIA (12 de octubre de 2021), disponible <https://covid19.swa.gov.au/covid-19-information-workplaces> (consultada el 10 de junio de 2021).

³⁸⁵ Un análisis de la jurisprudencia de la Fair Work Commission sobre la vacunación de los trabajadores como mandato empresarial véase en FERNÁNDEZ (16 de septiembre de 2021).

influenza, salvo que acreditaran razones médicas para excepcionarse de esa obligación; por lo tanto, rechazó la demanda por despido injustificado.³⁸⁶ Para concluir que el mandato empresarial de vacunación era razonable, el tribunal australiano sostiene: “Goodstart opera en un entorno altamente regulado, lo que crea obligaciones más allá de las de un empleador normal; la seguridad y la calidad de la atención son de primordial importancia y este es el entorno en el que la política de Goodstart debe ser examinada. La industria del cuidado infantil enfrenta desafíos organizacionales únicos que hacen que otros controles sean menos eficaces o impracticables. Estoy satisfecho de que es razonable que un proveedor de cuidado infantil exija la vacunación contra la influenza al personal que trata con niños de manera regular y en tan cercana proximidad”.³⁸⁷

En *Maria Corazon Glover v. Ozcare*, la Fair Work Commission confirma su doctrina al declarar justificado el despido de una trabajadora que tenía como función el cuidado de personas de edad avanzada, quien se negó a cumplir la política del empleador, que le exigía vacunarse contra la influenza.³⁸⁸ Concluye que la orden del empleador es razonable y legal: “Al considerar la razonabilidad de la introducción de la Política de vacunación del trabajador revisada, he tenido en cuenta la vulnerabilidad y la edad de los clientes atendidos por Ozcare y de sus colaboradores en la atención comunitaria. Miles de clientes mayores, incluidos más de ocho mil clientes de 75 años o más, deberían esperar que el trabajador asalariado que asista a su hogar tomara todas las precauciones para no contagiarlos con influenza, que por sí sola podría hacer que se sientan extremadamente enfermos, inclusive que mueran. Combinado con el riesgo de contraer coronavirus es, comprensiblemente, una preocupación alarmante para el cliente y para su familia (si tienen familia)”.³⁸⁹

La pregunta que surge es si la vacunación es una forma de reconocimiento médico o, por el contrario, una herramienta de seguridad independiente, lo cual tiene relevancia para determinar si se aplica a la vacunación la misma normativa que a los reconocimientos médicos. La EEOC,

³⁸⁶ *Ms Bou-Jamie Barber v. Goodstart Early Learning* [2021] FWC 2156.

³⁸⁷ *Ms Bou-Jamie Barber v. Goodstart Early Learning* [2021] FWC 2156.

³⁸⁸ *Maria Corazon Glover v. Ozcare* [2021] FWC 2989.

³⁸⁹ *Maria Corazon Glover v. Ozcare* [2021] FWC 2989. En el mismo sentido: *Jennifer Kimber v. Sapphire Coast Community Aged Care Ltd* [2021] FCW 1818; *Jazilah Tuhaka v. Southern Restaurants (Vic) Pty Ltd* [2022] FWC 829; *Ashlee Mitchell v. Kinda Kapers Holdings Pty Ltd* [2022] FWC 892.

al interpretar la ADA, concluye que “el acto de administrar la vacuna no es un examen médico bajo la ADA porque no busca información sobre la salud física o mental del trabajador”.³⁹⁰ Por la misma razón tampoco es una pregunta relacionada con la salud.³⁹¹ Sin embargo, la EEOC precisa que las restricciones de la ADA sí se aplican a las preguntas sobre la salud previas a la vacunación, si es administrada por el empleador o quienes actúan en su representación, las que deben estar relacionadas con el trabajo y ser consistentes con la necesidad de la empresa.³⁹² “Para cumplir este estándar, un empleador necesitaría tener una creencia razonable, basada en evidencia objetiva, de que un trabajador que no responde las preguntas y, por tanto, no puede ser vacunado, representará una amenaza directa para la salud o seguridad del propio trabajador o para la salud y seguridad de otros en el lugar de trabajo”.³⁹³

Si bien en Australia y España³⁹⁴ no existe pronunciamiento expreso sobre la naturaleza jurídica de la vacunación, debería llegarse a la misma conclusión que en Estados Unidos, esto es, que la vacuna no es un reconocimiento médico, ya que no proporciona información sobre el estado de salud del trabajador, sino que persigue disminuir el riesgo de contraer una enfermedad o disminuir las consecuencias negativas de contraerla.

5. Los reconocimientos médicos, dispositivos portátiles aplicaciones e inteligencia artificial

Hoy en día no solamente los reconocimientos médicos tradicionales proporcionan al empleador información sobre la salud de los trabajadores, también lo hacen los dispositivos usables y aplicaciones, por lo que surge la duda de si son una categoría de reconocimientos médicos o no.

Los dispositivos usables (*wearable devices*), a diferencia de los teléfonos inteligentes y otros dispositivos móviles personales, se integran a las actividades de los usuarios: se conectan al usuario, no funcionan independientemente de la persona y, de esta forma, constituyen una

³⁹⁰ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2023), K.7.

³⁹¹ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2023), K.7.

³⁹² EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2023), K.7.

³⁹³ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2023), K.7.

³⁹⁴ La doctrina implícitamente diferencia los reconocimientos médicos de la vacunación: “Parece evidente que el ordenamiento laboral no ofrece los resortes necesarios que permitan a un empleador exigir a un trabajador que se vacune en contra de su voluntad. No se plantean en este caso dudas similares a las de los reconocimientos médicos, voluntarios con carácter general, pero con excepciones en ciertos casos, porque la potencialidad invasiva de una vacuna es muy superior a la de un examen médico”. Cfr.: RODRÍGUEZ (2021), p. 49.

extensión del usuario.³⁹⁵ Son ejemplos de dispositivos usables: lentes que se colocan en la cabeza, pulsera que se coloca en la muñeca, sostén que se coloca en el tórax, suelas que se colocan en los pies, parche que se coloca en las uñas.³⁹⁶ La tecnología usable consta de cuatro elementos: sensores, pantalla, arquitectura informática y la capacidad de operar esencialmente de una manera de manos libres.³⁹⁷

Los dispositivos usables se pueden clasificar en cuatro principales categorías: rastreadores de actividad física, rastreadores de salud, dispositivos de referencia inmediata y dispositivos de registro histórico. Los rastreadores de actividad física registran y procesan diferentes aspectos del patrón de ejercicio del usuario, tales como el número de pasos que un usuario camina.³⁹⁸ Los rastreadores de salud permiten a los individuos monitorear condiciones específicas de salud.³⁹⁹ Por ejemplo, el QardioCore, una correa que se lleva alrededor del pecho, funciona como un electrocardiograma personal que monitorea continuamente la actividad eléctrica del corazón.⁴⁰⁰ Los dispositivos de referencia inmediata funcionan de forma similar a los teléfonos inteligentes, proporcionan acceso al mundo de la información en línea, por ejemplo, alertas de mensajes de texto, de correos electrónicos y reuniones, ubicación actual, reportes del tiempo.⁴⁰¹ Los dispositivos de registro histórico graban la experiencia del usuario. El Reurocam, un dispositivo de anteojos, detecta el interés del usuario mediante el análisis de su actividad cerebral, y luego registra lo que despertó su interés.⁴⁰² Los dispositivos usables pueden proporcionar información sobre la salud de la persona.⁴⁰³

Igualmente, las aplicaciones de teléfonos inteligentes pueden obtener información de quien los porta, incluyendo información de salud. Con ocasión del covid-19 surgieron diversas aplicaciones que se utilizaron en el trabajo. Por ejemplo, la aplicación SaferMe, que usa el Bluetooth y GPS del teléfono móvil, registra automáticamente los contactos estrechos entre los

³⁹⁵ GORDON Y ARGENTO (2015), p. 1.

³⁹⁶ MALTSEVA (2020), p. 495.

³⁹⁷ GORDON Y ARGENTO (2015), p. 1.

³⁹⁸ GORDON Y ARGENTO (2015), p. 1.

³⁹⁹ GORDON Y ARGENTO (2015), p. 1.

⁴⁰⁰ GORDON Y ARGENTO (2015), p. 1.

⁴⁰¹ GORDON Y ARGENTO (2015), p. 1.

⁴⁰² GORDON Y ARGENTO (2015), p. 1.

⁴⁰³ GORDON Y ARGENTO (2015), p. 1; SUDER Y SIIBAK (2022), p. 320.

trabajadores y les permite ingresar manualmente detalles de otras personas (por ejemplo, clientes con los cuales tuvieron contacto con ocasión o a causa del trabajo).⁴⁰⁴ Esta aplicación también entrega al trabajador un informe de su salud cada día y si reporta algún síntoma del covid-19, generará una alerta que muestra a los compañeros de trabajo con quienes tuvo directa o indirectamente contacto.⁴⁰⁵ Otras aplicaciones, como Oura Ring, pueden registrar la temperatura corporal, la frecuencia cardíaca en reposo, la frecuencia respiratoria y otros aspectos relacionados con la salud, que alertan al trabajador no solo respecto de los cambios en sus medidas biométricas, sino también acerca de enfermedades: por ejemplo, el incremento en la frecuencia respiratoria podría indicar una posible infección por covid-19.⁴⁰⁶

Al determinar la naturaleza jurídica de los dispositivos usables y aplicaciones que recogen y procesan información sobre la salud del trabajador, se sostiene que son investigaciones vinculadas con la salud, esto es, equivalentes a preguntas sobre la salud, que en Estados Unidos la ADA, como regla general, prohíbe, salvo aquellas relacionadas con el trabajo y consistentes con la necesidad del negocio.⁴⁰⁷ Por ejemplo, la revisión por parte del empleador de la información monitoreada por un dispositivo usable sobre la presión arterial del trabajador probablemente caería bajo la interpretación de la EEOC sobre consulta relacionada con la discapacidad. La presión arterial podría indicar un número de discapacidades, como un aumento de susceptibilidad a accidentes cerebrovasculares, insuficiencia cardíaca y aneurismas.⁴⁰⁸ Por lo tanto, el empleador no podría exigir a los trabajadores el uso de dispositivos o aplicaciones que otorguen información sobre la salud que no cumplan con las exigencias que la ADA impone a las consultas relacionadas con la salud, bajo riesgo de infringir esa normativa. Excepcionalmente se admiten estos dispositivos electrónicos en el contexto de programas voluntarios de bienestar: se proporcionan a los trabajadores quienes pueden usarlos voluntariamente.⁴⁰⁹

Si bien en Australia y España no existe una regulación específica de los dispositivos usables y aplicaciones en el trabajo, deben cumplir la legislación sobre datos personales y

⁴⁰⁴ HASKINS (2020); SUDER Y SIIBAK (2022), p. 319.

⁴⁰⁵ HASKINS (2020); SUDER Y SIIBAK (2022), p. 319.

⁴⁰⁶ ECKEL (2021); SUDER Y SIIBAK (2022), p. 319.

⁴⁰⁷ 42 U.S.C. § 12112(d)(4).

⁴⁰⁸ GORDON Y ARGENTO (2015), p. 3.

⁴⁰⁹ GORDON Y ARGENTO (2015), p. 3.

antidiscriminación aplicable a los instrumentos que proporcionan información sensible del trabajador.

En definitiva, la implementación de disposiciones usables y aplicaciones de teléfonos inteligentes debe cumplir las exigencias que se imponen a los reconocimientos médicos en el trabajo, ya que caen bajo su contenido en cuanto permiten al empleador obtener información sobre la salud del trabajador.

Similarmente, la utilización de otras formas de inteligencia artificial que permiten obtener información sobre la salud de trabajadores, postulantes a empleos y miembros de sus familias debe cumplir las mismas exigencias y limitaciones que cualquier reconocimiento médico, por reunir sus exigencias y funciones, además de la regulación específica que le sea aplicable. Es así que, en el caso de España, deberá observarse el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea aprobado el 13 de marzo de 2024, una vez que entre en vigencia, el cual impone diversas limitaciones al uso de la inteligencia artificial en el trabajo.⁴¹⁰

II. Fundamento jurídico de los reconocimientos médicos en el trabajo

Una de las grandes problemáticas jurídicas de los reconocimientos médicos en el trabajo está constituida por cuál es su fuente, qué fundamento jurídico los hace procedentes, ya sea de forma voluntaria u obligatoria. En los ordenamientos jurídicos examinados es la legislación, entendida como normativa emanada del Estado cualquiera sea su jerarquía, la que reconoce mayoritariamente los reconocimientos médicos, sea de forma expresa y específica, o bien como fundamento implícito, complementándose con otras normas. En cambio, la autonomía de la voluntad, individual y/o colectiva, y el poder de dirección no se reconocen en todos los ordenamientos jurídicos como fundamento directo y exclusivo de los exámenes médicos de forma independiente a la normativa estatal.

⁴¹⁰ Un breve análisis del Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea en el trabajo véase en RODRÍGUEZ-PIÑERO (8 de abril de 2024). Para un estudio más profundo de la aplicación en el trabajo de la inteligencia artificial véase MUÑOZ (2023).

1. La normativa estatal como mandato imperativo de los reconocimientos médicos laborales

Las reglas emanadas del Estado pueden establecer de forma imperativa reconocimientos médicos respecto de trabajadores por diversas razones; entre ella las principales son: (1) que las labores del trabajo exigen ciertas condiciones físicas y psíquicas al trabajador que las desempeñe, (2) que los trabajadores estarán expuestos a agentes que pueden causar enfermedades profesionales, y (3) que la actividad económica de la empresa es altamente riesgosa para la seguridad y salud de las personas.

1.1. La normativa estatal como mandato imperativo de los reconocimientos médicos laborales en España

El ordenamiento jurídico español, como regla general, consagra los reconocimientos médicos laborales de forma imperativa para el empleador y de forma voluntaria o imperativa para el trabajador, dependiendo de las finalidades que persiguen. Las normas internas sobre la materia, establecidas en la LPRL, en otras leyes y en reglamentos están actualizadas como consecuencia de la transposición de la normativa comunitaria.

El artículo 14 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo (Directiva Marco), de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, consagra los reconocimientos médicos voluntarios para el trabajador y dispone: “Para garantizar la adecuada vigilancia de la salud de los trabajadores en función de los riesgos relativos a su seguridad y salud en el trabajo, se fijarán medidas de conformidad con las legislaciones y/o los usos nacionales” (apartado 1), medidas que “permitirán que cada trabajador, si así lo deseara, pueda someterse a una vigilancia de salud a intervalos regulares” (apartado 2), agregando, la Directiva, de forma no obligatoria “la vigilancia de la salud puede ser parte de un sistema nacional de sanidad” (apartado 3). La disposición está ubicada en la Sección IV, dedicada a “Disposiciones varias”, separada de las normas de la Sección II que tratan las “Obligaciones de los empresarios” en materia preventiva, probablemente con la intención de destacar el carácter voluntario de los reconocimientos

médicos para el trabajador y obligatorio para el empleador que debe ofrecerlos como instrumento para garantizar la vigilancia de la salud.⁴¹¹

La Directiva Marco contiene una regulación vaga de los reconocimientos médicos. Se ha sostenido que la regulación no podría ser más detallada porque existe una gran disparidad entre las tradiciones de los distintos Estados miembros que hace difícil establecer una normativa uniforme para todos.⁴¹²

A diferencia del artículo 14.2 de la Directiva Marco, otras normas comunitarias establecen reconocimientos médicos laborales obligatorios; entre ellas se encuentran la Directiva 82/605/CEE del Consejo, de 28 de julio, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con una exposición al plomo metálico y a sus componentes iónicos durante el trabajo; la Directiva 83/477/CEE del Consejo, de 19 de septiembre, sobre la protección de los trabajadores con los riesgos relacionados con la exposición al amianto durante el trabajo; la Directiva 92/91/CEE del Consejo, de 3 de noviembre, relativa a las disposiciones mínimas destinadas a mejorar la protección en materia de seguridad y salud de los trabajadores de las industrias extractivas por sondeos; la Directiva 92/104/CEE del Consejo, de 3 de diciembre, relativa a las disposiciones mínimas destinadas a mejorar la protección en materia de seguridad y de salud de los trabajadores de las industrias extractivas a cielo abierto o subterráneas.⁴¹³

A nivel doméstico, la transposición del artículo 14 de la Directiva Marco se efectúa sustancialmente mediante el artículo 22 de la LPRL, que se ocupa de la vigilancia de la salud, y se complementa a nivel legal con los artículos 243 y 244 de la Ley General de la Seguridad Social sobre “Normas específicas para enfermedades profesionales” y “Responsabilidades por falta de reconocimientos médicos”, respectivamente.⁴¹⁴ Luego, a nivel reglamentario, se destacan los reglamentos específicos que consagran reconocimientos médicos obligatorios y el artículo 37.3 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, Reglamento de los Servicios de Prevención, que concretan aspectos no desarrollados por el artículo 22 de la LPRL.⁴¹⁵

⁴¹¹ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), pp. 14-15.

⁴¹² FERNÁNDEZ VILLAZÓN (1997), p. 227; LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 15.

⁴¹³ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 16.

⁴¹⁴ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 16.

⁴¹⁵ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 16.

Bajo la normativa española, los reconocimientos médicos se consideran, como regla general, una de las medidas para la prevención de riesgos laborales, que constituyen un deber para el empleador y un derecho para los trabajadores.⁴¹⁶ El artículo 14.1 de la LPRL reconoce como derecho de los trabajadores a la protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo “la vigilancia de su estado de salud, en los términos previstos en la presente Ley [...]”. Como consecuencia de ello, la regla general es la voluntariedad de los reconocimientos médicos para los trabajadores, aunque son obligatorios para el empleador que debe garantizarlos en función de los riesgos laborales a que está expuesto el trabajador, tal como lo demuestra el artículo 22.1 de la LPRL: “El empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su salud en función de los riesgos inherentes al trabajo”.

Asimismo, la normativa doméstica establece reconocimientos médicos obligatorios para los trabajadores, que el empresario está obligado a exigir para cumplir con la normativa de prevención de riesgos laborales. Existe una norma legal general –el artículo 22.1, párrafo segundo, de la LPRL– que otorga las pautas para que la normativa estatal, legal o reglamentaria, pueda establecer reconocimientos médicos imperativos; la regulación reglamentaria es la que determina principalmente los supuestos en que son obligatorios por decisión del Estado, y su aplicación se complementa con los protocolos emanados de la autoridad sanitaria y las comunidades autónomas.

En conformidad con el artículo 22.1, párrafo segundo, de la LPRL, el reconocimiento médico es obligatorio “cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad”. Por “disposición legal” se entiende cualquier norma emanada del Estado, no única y exclusivamente las normas que formalmente tengan el rango de ley.⁴¹⁷ Asimismo, en virtud de este precepto el legislador no tiene una libertad discrecional para imponer un reconocimiento médico a cualquier trabajador, sino aquellos expuestos a riesgos laborales específicos o que desarrollan actividades de especial peligrosidad.⁴¹⁸

⁴¹⁶ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 17.

⁴¹⁷ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), pp. 75-76; GARCÍA (2023), pp. 159-163; IGARTUA (2023), pp. 193-194.

⁴¹⁸ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 73. Se sostiene: “La mera previsión legal, por sí sola, no es razón suficiente para justificar un reconocimiento médico obligatorio para el trabajador; es necesario, además, que venga respaldada

1.1.1. *Supuestos legales de reconocimientos médicos obligatorios*

Sin duda la ley puede establecer reconocimientos médicos obligatorios, como reconoce expresamente el artículo 22.1 de la LPRL, configurándose como un deber legal. El supuesto legal de reconocimiento obligatorio con mayor transcendencia práctica es el contemplado en el artículo 243 de la LGSS, que prescribe en su apartado 1: “Todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquellos y a realizar los reconocimientos periódicos que para cada tipo de enfermedad se establezcan en las normas que, al efecto, dictará el Ministerio del Trabajo”, para agregar en su apartado 2: “Los reconocimientos serán a cargo de la empresa y tendrán el carácter de obligatorios para el trabajador”. Este precepto consagra la obligación legal, para el empleador, de exigir y, para los trabajadores, de someterse a reconocimientos médicos cuando el puesto de trabajo tiene riesgos de contraer enfermedad profesional para el trabajador, las que se encuentran enumeradas en el RD 1.299/2006, de 10 de noviembre.⁴¹⁹ De esta forma, el trabajador deberá someterse a exámenes médicos relacionados con los riesgos inherentes al trabajo que pueden causarle una enfermedad profesional enumerada en la normativa reglamentaria.

Otro supuesto legal de reconocimientos médicos obligatorios que tiene su fundamento en la peligrosidad de la actividad que se desarrolla en el centro de trabajo se encuentra en el artículo 39 de la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear, que dispone: “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, que posteriormente será periódico, hasta diez años después de cesar su trabajo en las mismas”. Norma legal que se desarrolla luego en los artículos 39 a 47 del RD 783/2001, de 6 de julio, que aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes, que contemplan reconocimientos médicos obligatorios.⁴²⁰

por una causa de justificación”. Cfr.: GOÑI (1999), p. 72. En el mismo sentido: GORELLI (1996), p. 237; FERNÁNDEZ (1997), pp. 234-235.

⁴¹⁹ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 74.

⁴²⁰ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 75.

1.1.2. *Supuestos reglamentarios de reconocimientos médicos obligatorios*

El artículo 22.1.II de la LPRL habilita a la “disposición legal” a consagrar reconocimientos médicos obligatorios, lo que originó una discusión doctrinal sobre la naturaleza de esa expresión. Un sector de la doctrina sostuvo que el artículo en cuestión exigía una norma que de rango formal fuera ley, excluyendo otras normas estatales.⁴²¹ La doctrina mayoritaria, sin embargo, se inclina por sostener que la expresión comprende toda norma estatal, incluyendo la ley y los reglamentos,⁴²² lo que confirma el artículo 6.1.f) de la LPRL, al contemplar la habilitación reglamentaria respecto a “condiciones de trabajo o medidas preventivas específicas en trabajos especialmente peligrosos, en particular si para los mismos están previstos controles médicos especiales”.

Los reglamentos deben cumplir dos requisitos copulativos para ser legales. Primero, teniendo en cuenta los derechos fundamentales de los trabajadores potencialmente afectados, deben respetar el principio de proporcionalidad, ya que los reconocimientos médicos obligatorios son una medida necesaria considerando el riesgo laboral y la actividad en que tienen lugar.⁴²³ Segundo, deben observar el supuesto legal habilitante de “protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad” previsto en el artículo 22.1 de la LPRL.⁴²⁴

1.1.2.1. *Reconocimientos obligatorios reglamentarios por exposición a agentes patógenos*

Existen numerosos reglamentos que establecen exámenes de salud obligatorios para trabajadores sometidos a determinados riesgos o agentes patógenos como causa de la prestación de sus servicios que pueden causar enfermedades profesionales.⁴²⁵ Se trata de reglamentos que desarrollan los artículos 22 de la LPRL y 243 de la LGSS.

⁴²¹ GONZÁLEZ Y APARICIO (1996), p. 152.

⁴²² SALA Y ARNAU (1996), p. 101; GORELLI (1996), pp. 238-239; GARCÍA *et al.* (1996), p. 204; FERNÁNDEZ VILLAZÓN (1997), pp. 234-235; BLASCO (1999), pp. 263-265; MARTÍNEZ (2004), pp. 414-415; GÓMEZ (2003), p. 61; SAN MARTÍN (2004), p. 193; PEDROSA (2005), p. 112; LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), pp. 75-76; GARCÍA (2023), pp. 159-163; IGARTUA (2023), pp. 193-194.

⁴²³ PEDROSA (2005), p. 284; LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 76.

⁴²⁴ BLASCO (1999), p. 265; LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 76.

⁴²⁵ FERNÁNDEZ-COSTALES (2009), p. 67.

El RD 665/1997, de 12 de mayo, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo, modificado por el RD 1124/2000, de 16 de junio, que permite que los trabajadores expuestos al benceno estén cubiertos por su normativa, y el por el RD 349/2003, de 21 de marzo, que lo modifica ampliando su ámbito de aplicación a los agentes mutágenos, consagra la vigilancia de la salud de los trabajadores expuestos a los riesgos previstos en su normativa. Regula el contenido de la vigilancia de la salud, la periodicidad de los reconocimientos médicos y los criterios que fijan esa periodicidad.⁴²⁶ El RD 396/2006, de 31 de marzo, que establece disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajadores con riesgos de exposición al amianto, consagra los reconocimientos médicos obligatorios respecto de estos trabajadores en la forma y periodicidad determinadas por los protocolos y pautas elaborados en conformidad con lo dispuesto en el artículo 37.3 del RD 37/1997, de 17 de enero.⁴²⁷

El RD 286/2006, de 10 de marzo, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al ruido, consagra en el artículo 11 los reconocimientos médicos obligatorios, en concreto, la audiometría, para trabajadores expuestos al ruido en su trabajo. La periodicidad será de un mínimo de tres años para puestos de trabajo en los que se sobrepasen los valores superiores de exposición al ruido que dan lugar a los reconocimientos médicos, o cada cinco años cuando se sobrepasen los valores inferiores de exposición que dan lugar a estos.⁴²⁸

El RD 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes, impone, para determinar el control de vigilancia mediante reconocimientos médicos, al titular de la práctica o a la empresa externa, una clasificación de los trabajadores expuestos en dos categorías en virtud del riesgo a que se encuentran sometidos (artículo 20): trabajadores expuestos a nivel normal y trabajadores expuestos ante circunstancias especiales.⁴²⁹

⁴²⁶ FERNÁNDEZ-COSTALES (2009), pp. 67-68.

⁴²⁷ FERNÁNDEZ-COSTALES (2009), p. 70.

⁴²⁸ FERNÁNDEZ-COSTALES (2009), p. 71.

⁴²⁹ FERNÁNDEZ-COSTALES (2009), pp. 75-76.

El RD 487/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañen riesgos, en particular dorsolumbares, consagra reconocimientos médicos como parte de la vigilancia de la salud para los trabajadores cuya actividad habitual suponga una manipulación manual de cargas y concurren algunos de los elementos o factores contemplados en su Anexo.⁴³⁰

El RD 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización, impone al empresario la obligación de garantizar el derecho a los trabajadores a una vigilancia adecuada de su salud, teniendo en cuenta en particular los riesgos para la vista y los problemas físicos y de carga mental, y las posibles enfermedades derivadas de esos riesgos.⁴³¹

El RD 664/1997, de 12 de mayo, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, en su artículo 8 hace referencia a la vigilancia de la salud de los trabajadores expuestos a dichos agentes y a la oportunidad de la vigilancia, que será realizada por personal sanitario competente, según determinen las autoridades sanitarias en las pautas y protocolos que se elaboren, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 37.3 del RSP.⁴³²

El RD 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo, establece en su artículo 6 las pautas de realización de los exámenes médicos a que deben someterse dichos trabajadores, precisando que los reconocimientos médicos serán adecuados cuando se cumplan las siguientes condiciones: la exposición del trabajador al agente químico pueda causarle una enfermedad o efecto adverso para la salud; exista la probabilidad de que la enfermedad o efecto adverso se produzca debido a las condiciones concretas de trabajo en las que el trabajador desarrolla su actividad, y existan técnicas de investigación válidas para detectar síntomas de

⁴³⁰ FERNÁNDEZ-COSTALES (2009), pp. 76-77.

⁴³¹ FERNÁNDEZ-COSTALES (2009), pp. 77-78.

⁴³² FERNÁNDEZ-COSTALES (2009), pp. 78-79.

dicha enfermedad o efectos adversos para la salud, cuya utilización provoque escaso riesgo para el trabajador.⁴³³

El RD 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo, en su Anexo II establece los valores límite biológicos de aplicación obligatoria y las medidas de vigilancia respecto al plomo y sus derivados iónicos. El control biológico incluye la medición del nivel de plomo en la sangre utilizando la espectrometría de absorción o un método de resultados equivalentes; el valor límite biológico es 70 µg Pb/100 ml de sangre. La vigilancia médica tiene lugar cuando el trabajador está expuesto a una concentración de plomo en aire que rebase los 0,075 mg/m³ (calculados de forma ponderada con respecto al tiempo para un período de referencia de cuarenta horas semanales) o en el supuesto de que el control biológico detecte en determinados trabajadores un nivel de plomo en la sangre superior a 40 µg Pb/100 ml.

El RD 1311/2005, de 4 de noviembre, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores frente a los riesgos derivados o que puedan derivarse de la exposición a vibraciones mecánicas, en su artículo 8 establece las pautas básicas de la vigilancia de los trabajadores sometidos a este tipo de riesgos.

1.1.2.2. *Reconocimientos médicos reglamentarios en virtud de sectores de actividad*

La normativa reglamentaria, igualmente, establece reconocimientos médicos respecto de trabajadores que desempeñan labores en empresas que desarrollan actividades económicas altamente riesgosas para la seguridad y salud. El criterio relevante para consagrar dicha imperatividad no es el puesto de trabajo, sino la naturaleza de la actividad que explota el empresario, que es altamente riesgosa para la seguridad. A modo de ejemplo se analizan los reconocimientos médicos reglamentarios obligatorios en los sectores de la minería, marítimo y portuario.

En el sector de la minería existen diversas normas que consagran los reconocimientos médicos obligatorios. El RD 3255/1983, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto Minero, en

⁴³³ FERNÁNDEZ-COSTALES (2009), pp. 79-80.

su artículo 24 establece las medidas de prevención de riesgos profesionales en las explotaciones mineras, que comprenden las prácticas de medicina preventiva del trabajo dirigidas a la valoración del estado de salud y capacidad psicofísica de los trabajadores. De esta forma, los exámenes médicos constituyen una medida preventiva para vigilar la salud de los trabajadores afectados con riesgos en la minería.⁴³⁴ El artículo 28 del mismo reglamento precisa los supuestos de realización de los reconocimientos médicos de ingreso, periódicos y especiales para trabajadores expuestos a riesgos en la minería, dirigidos a la valoración de su estado de la salud y capacidad laboral y al diagnóstico de su estado psicofísico en cuanto pueda ser determinante de una especial predisposición o vulnerabilidad ante los riesgos de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales.⁴³⁵

Tradicionalmente, las condiciones laborales del sector marítimo y portuario se han considerado como factores adversos para la salud de los trabajadores, más aún cuando el acceso a centros médicos puede ser escaso y también puede tener lugar el aislamiento social y familiar, lo que incrementa los riesgos laborales que justifican los reconocimientos médicos obligatorios.⁴³⁶

El RD 1696/2007, de 14 de diciembre, por el que se reglamentan los reconocimientos médicos de embarque marítimo, tiene por objeto la regulación de tales exámenes de salud y aptitud preceptivos y previos al embarque. Su objetivo principal es garantizar que las condiciones psicofísicas del solicitante sean compatibles con las características del puesto de trabajo y no supongan peligro para la salud y seguridad del individuo, del resto de la tripulación, ni de la navegación marítima. El Anexo II del RD 1696/2007 establece un listado de procesos patológicos y limitaciones psicofísicas que deben ser considerados en la valoración de la aptitud a bordo, que persiguen establecer homogeneidad en los reconocimientos médicos y orientación en la evaluación de la salud.⁴³⁷

El resultado de los reconocimientos médicos puede ser apto, apto con restricciones o no apto. Será apto quien, a juicio clínico del médico encargado, reúne en el momento del examen médico las condiciones exigidas por el artículo 1 del RD 1696/2007, es decir, las condiciones psicofísicas

⁴³⁴ FERNÁNDEZ-COSTALES (2009), p. 88.

⁴³⁵ FERNÁNDEZ-COSTALES (2009), p. 89.

⁴³⁶ FERNÁNDEZ-COSTALES (2009), pp. 90-91.

⁴³⁷ FERNÁNDEZ-COSTALES (2009), pp. 92-93.

del solicitante son compatibles con las características del puesto de trabajo y no suponen un peligro para la salud y seguridad del individuo ni del resto de la tripulación, ni ponen en riesgo la navegación marítima. Resultará apto con restricciones el solicitante que al momento del reconocimiento médico presenta una limitación psicofísica que no lo incapacita por completo para el trabajo marítimo, pero restringe su ocupación a bordo. Lo mismo ocurre con el reconocimiento médico de los buzos profesionales, quienes pueden tener una aptitud limitada en cuanto a la profundidad máxima de trabajo.⁴³⁸ Recibirá la calificación de no apto el trabajador que al momento del reconocimiento médico presenta alguna limitación o proceso patológico incompatible con el ejercicio de su profesión a bordo.⁴³⁹

La mayoría de los reglamentos se remiten a los protocolos de vigilancia específicos para la exposición a ciertos riesgos o cuando exista peligro de sufrir enfermedades profesionales. Estos protocolos, junto con la evaluación del riesgo concreto y los valores de los límites a exposición de riesgos por el trabajador, establecen los reconocimientos médicos específicos y la oportunidad y periodicidad en que tienen lugar.⁴⁴⁰

1.1.2.3. *Reconocimientos médicos reglamentarios en virtud de las funciones del cargo*

Ciertos cargos involucran labores que son riesgosas para la propia seguridad del trabajador y la de compañeros de trabajo y/o terceros, por lo cual hay reglamentos que imponen condiciones de aptitud físicas y psíquicas a quienes deseen ocuparlos. Se analizan, a modo de ejemplo, ciertos supuestos legales.

Tratándose de servicios de seguridad privada, el artículo 27 de la Ley 5/2014, de 4 de abril, establece que el personal que ejecuta funciones de servicios de seguridad privada habrá de obtener previamente la correspondiente habilitación del Ministerio del Interior. Su artículo 21.1.c) indica como requisito para obtener dicha habilitación “poseer la capacidad física y la aptitud psicológica necesarias para el ejercicio de las funciones”, exigencia que debe verificarse y acreditarse por medio de reconocimientos médicos conforme a lo previsto en el RD 2487/1998, de 20 de noviembre, cuyo artículo 4 señala: “Necesitarán someterse a las pruebas de aptitud

⁴³⁸ FERNÁNDEZ-COSTALES (2009), p. 93.

⁴³⁹ FERNÁNDEZ-COSTALES (2009), p. 93.

⁴⁴⁰ TOSCANI (2011), p. 34.

psicofísica y a las exploraciones necesarias para determinar si reúnen las condiciones requeridas, todas las personas que pretendan obtener o renovar cualquier licencia o autorización de tenencia y uso de armas, y aquellas que deseen obtener la habilitación necesaria para prestar servicios de seguridad privada o para continuar su prestación, como vigilantes de seguridad o como guardas particulares del campo en sus distintas modalidades, transcurridos los plazos de cinco y, en su caso, de dos años, establecidos en el artículo 85 y concordantes del Reglamento de Seguridad Privada. De lo dispuesto en el párrafo anterior, se exceptúa al personal a que se refiere el artículo 98.4 del vigente Reglamento de Armas”.

Los deportistas profesionales deben someterse a reconocimientos médicos de aptitud, a fin de comprobar que tienen una salud compatible con el deporte que practiquen y descartar riesgos de sufrir lesiones o enfermedades producto de la actividad.⁴⁴¹ La normativa legal y reglamentaria regula los reconocimientos médicos. La Ley 39/2022, de 30 de diciembre, regula ciertos aspectos de los reconocimientos médicos de deportistas, que se complementa con lo dispuesto en el RD 641/2009. La ley 39/2022 dispone en su artículo 23.1.b) como deber de las personas deportistas “someterse a los reconocimientos médicos y los seguimientos de salud en los términos que se establezcan”, y agrega en el artículo 30: “1. El Consejo Superior de Deportes establecerá de forma progresiva la obligación de efectuar reconocimientos médicos con carácter previo a la expedición de la correspondiente licencia federativa o del instrumento que determine la participación en las competiciones y en la actividad deportiva no oficial, en aquellos deportes en que se considere necesario para una mejor prevención de los riesgos para la salud de sus practicantes. Se procurará que se realicen los reconocimientos médicos con carácter previo al inicio de temporada, debiendo tener en cuenta la especificidad de cada deporte. 2. La obligación prevista en este artículo y las modalidades y alcance de los reconocimientos se determinarán reglamentariamente”. El RD 641/2009 en sus artículos 6 y 7 regula el objeto, finalidad y criterios para desarrollar los sistemas los reconocimientos médicos.

El RD 818/2009, de 8 de mayo, regula en sus artículos 43 y 44 los reconocimientos médicos a que deben someterse quienes desean obtener un permiso para conducir automóviles, a fin de

⁴⁴¹ Sobre los distintos modelos de reconocimientos médicos en el deporte véase MANONELLES *et al.* (2017), pp. 11-12.

acreditar la aptitud psicofísica necesaria para ejecutar labores de conducción. El empleador controla de forma indirecta el cumplimiento de estas normas, pues solamente puede encomendar labores de conducción de vehículos a quienes tengan la licencia o permiso de conducción expedida por la Administración Pública, que acredita que el trabajador tiene aptitud psicofísica para desempeñar dichas labores.⁴⁴²

El Real Decreto 1238/2011, de 8 de septiembre, por el que se regula el servicio de dirección en la plataforma aeroportuaria, exige en su artículo 15.1 al personal que preste servicios de dirección en la plataforma ser titular de un “certificado de aptitud psicofísica en vigor que acredite, como mínimo, la capacidad psicofísica establecida en el Anexo II, expedido por un centro médico aeronáutico (AeMC) o un médico examinador (AME) autorizado por la Agencia Estatal de Seguridad Aérea conforme al Reglamento (UE) 2015/340 de la Comisión, de 20 de febrero de 2015, por el que se establecen requisitos técnicos y procedimientos administrativos relativos a las licencias y los certificados de los controladores de tránsito aéreo, en virtud del Reglamento (CE) N° 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo”.

Igualmente, existen otras normas estatales que exigen requisitos físicos y psicológicos para la obtención de permisos de piloto y para acceder a puestos específicos dentro del sector aeronáutico. La Orden de 21 de marzo de 2000 para la Aviación Civil establece los requisitos conjuntos de aviación para las licencias de la tripulación de vuelo (JAR-FCL) relativos a la organización médico-aeronáutica, los servicios médicos de clase 1 y de clase 2 y los requisitos médicos exigibles al personal de vuelo en aviones y helicópteros civiles. La Orden FOM/2418/2007, de 25 de julio, establece los requisitos médicos necesarios para la obtención del certificado médico aeronáutico de clase 3 referido a la licencia de controlador de tránsito aéreo.

Respecto al personal de las Fuerzas Armadas, se exigen, legal y reglamentariamente, reconocimientos médicos para acreditar la aptitud psicofísica requerida para los cargos que allí se desempeñan. La regulación básica de las condiciones sanitarias excluyentes para acceder a la actividad militar se establece en la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las

⁴⁴² RODRÍGUEZ (2011), p. 201.

Fuerzas Armadas (artículos 68.3 y 83.a, 101, 107 y 157), que se complementa con el RD 1735/2000, de 20 de octubre, Reglamento General de Ingreso y Promoción en las Fuerzas Armadas (artículo 5.6), y con la Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre, sobre cuadros médicos de exclusiones exigibles para ingresos en los centros docentes militares.

Tratándose del personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, existen reconocimientos médicos legal y reglamentariamente. La normativa básica está establecida en la Ley 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Con respecto a la Guardia Civil se contempla en la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil y en el RD 131/2018, de 16 de marzo (artículos 13.f, 44.1.a), mientras que para el Cuerpo Nacional de Policía se encuentra en el RD 853/2022, de 11 de octubre (artículos 9.2. y 30.1) y en el RD 326/2021, de 11 de marzo, por el que se aprueba el cuadro médico de exclusiones para el ingreso en la Policía Nacional.

Los reconocimientos médicos mandatados por la legislación para comprobar la aptitud psicofísica exigida para un determinado empleado en función de los riesgos específicos y actividades desarrolladas no ofrecen mayores problemas en el trabajo, puesto que las partes tienen el deber de cumplir los mandatos impuestos por la normativa estatal.

1.2. La normativa estatal como mandato imperativo de los reconocimientos médicos laborales en Estados Unidos

En Estados Unidos, en términos generales, no existe un deber legal para los empleadores de requerir a los trabajadores o a los candidatos a ofertas de trabajo que se sometan a exámenes médicos u otras evaluaciones médicas.⁴⁴³ En general los exámenes médicos que deben exigir los empleadores no son una materia regulada en detalle por la normativa estatal federal y estatal.⁴⁴⁴ Sin embargo, existen algunos exámenes médicos laborales ordenados por la normativa gubernamental que tienen dos propósitos principales: proteger la seguridad y la salud del trabajador, y proteger la seguridad y la salud del público.⁴⁴⁵

⁴⁴³ ROTHSTEIN (1989), p. 36.

⁴⁴⁴ ROTHSTEIN (1989), p. 36.

⁴⁴⁵ ROTHSTEIN (1989), p. 36.

Entre los exámenes obligatorios dirigidos a proteger la salud de los trabajadores, se encuentran los ordenados por los estándares de la OSHA, que se aplican a trabajadores expuestos a sustancias tóxicas específicas que se resumen a continuación:

Nº	29 C.F.R.	Sustancia tóxica de exposición	Riesgos principales para la salud	Procedimientos médicos requeridos
1	1910.1001	Asbestos	1. Asbestosis 2. Mesotelioma 3. Trastornos pulmonares	1. Test funciones pulmonares 2. Radiografía de tórax
2	1910.1003-1016	13 Carcinógenos ⁴⁴⁶	1. Cáncer a la vejiga 2. Cáncer broncogénico 3. Cáncer al pulmón 4. Cáncer al estómago 5. Cáncer a la piel 6. Cáncer al hígado 7. Cáncer al riñón 8. Edema pulmonar 9. Necrosis central	1. Historia médica completa, incluyendo factores genéticos y medioambientales 2. Consideración de competencia inmunológica reducida del trabajador, aquellos en tratamiento con esteroides, agentes citotóxicos, mujeres embarazadas y fumadores
3	1910.1017	Cloruro de vinilo	1. Angiosarcoma 2. Cáncer al pulmón	1. Examen físico completo 2. Estudios del hígado

⁴⁴⁶ 4-Nitrobifelino (§1910.1003); Alfa-naftilamina (§1910.1004); Éter metil clorometil (§1910.1006); 3,3'-Diclorobencidina y sus sales (§1910.1007); Éter bis-clorometílico (§1910.1008); Beta-naftilamina (§1910.1009); Bencidina (§1910.1010); 4-aminodifenilo (§1910.1011); Etilenceimina (§1910.1012); Beta-propiolactona (§1910.1013); 2-acetilaminofluoreno (§1910.1014); 4-dimetilaminoazobenceno (§1910.1015); N-nitrosodimetilamina (§1910.1016).

4	1910.1018	Arsénico inorgánico	1. Neuritis 2. Parálisis	1. Examen médico completo 2. Historia médica completa. 3. Radiografía de pecho 4. Citología de esputo
5	1910.1025	Plomo inorgánico	1. Desórdenes del sistema nervioso central 2. Daño al riñón	1. Examen médico completo 2. Historia médica completa 3. Estudios de sangre detallados
6	1910.1028	Benceno	1. Leucemia 2. Trastornos de la sangre	1. Examen médico completo 2. Historia médica completa 3. Hemograma completo
7	1910.1029	Emisiones de horno de coque	1. Cáncer de pulmón 2. Cáncer de riñón 3. Cáncer a la piel	1. Historia médica completa 2. Radiografía de pecho 3. Test de función pulmonar 4. Citología de esputo 5. Citología de orina
8	1910.1043	Polvo de algodón	1. Bisinosis	1. Historia médica completa 2. Cuestionario respiratorio estandarizado

				3. Exámenes de función pulmonar
9	1910-1044	DBCP ⁴⁴⁷	1. Esterilidad	1. Historia reproductiva y médica completa 2. Examen de aparato genitourinario 3. Muestra de suero para radioinmunoensayo
10	1910-1045	Acrilonitrilo	1. Asfixia 2. Debilidad	1. Examen médico e historia médica completos, con particular atención al sistema nervioso central y periférico, sistema gastrointestinal, piel y tiroides 2. Radiografía de pecho 3. Detección de sangre oculta en heces para todos los trabajadores de más de 40 años de edad
11	1910-1047	Óxido de etileno	1. Leucemia 2. Cáncer cerebral 3. Cáncer de estómago 4. Desórdenes del sistema nervioso central 5. Daños reproductivos	1. Examen médico e historia médica completos 2. Hemograma completo

⁴⁴⁷ 1,2-dibromo-3-cloropropano.

12	1910-1047	Formaldehído	1. Cáncer 2. Enfermedad respiratoria	1. Cuestionario de enfermedades médicas 2. Examen físico con énfasis en ojos, piel y sistema respiratorio 2. Exámenes de funciones pulmonar
13	1910.1050	Metilendianilina	1. Cáncer al hígado 2. Fiebre 3. Pérdida de apetito	1. Historia médica completa 2. Exámenes de función hepática 3. Análisis de orina
14	1910.95; 1926.52	Ruido	1. Pérdida auditiva permanente	1. Audiometría 2. Test de audiograma
	1910.120; 1926.65	Residuos peligrosos	1. Quemaduras químicas 2. Irritación 3. Muerte	1. Historia médica
15	1910.1052(j); 1926.1152	Cloruro de metileno	1. Dolores de cabeza 2. Náusea 3. Mareos 4. Somnolencia	1. Historia médica completa 2. Examen físico

La pregunta que surge es para quién son obligatorios los exámenes médicos que ordenan los estándares de la OSHA. En conformidad con la sección 6(b)(7) de la Occupational Safety and Health Act, las examinaciones médicas deberán “ser puestas a disposición” de los trabajadores expuestos, lo que la OSHA interpreta en el sentido de que el empleador debe ofrecer a los trabajadores los exámenes; sin embargo, el trabajador podría rechazar someterse a la examinación, en cuyo caso la Occupational Safety and Health Act no protege a quien rechaza

participar en la examinación médica ofrecida.⁴⁴⁸ De esta forma, es el empleador quien tiene el deber de ofrecer los exámenes médicos a los trabajadores expuestos a agentes riesgosos para la salud según los estándares de la OSHA, de lo contrario, se verá a expuesto a responsabilidades, incluyendo multas, por incumplimiento de la normativa sobre salud y seguridad ocupacionales.⁴⁴⁹

Los estándares de la OSHA sobre exámenes médicos han recibido diversas críticas, entre las que se destacan: (1) los estándares solo se aplican a exposiciones ocupacionales específicas, por tanto, tienen limitado alcance; (2) los estándares exigen procedimientos, pero frecuentemente otorgan escasa guía a los médicos para llevar a cabo las exámenes; (3) los estándares no indican qué procedimientos o exámenes no deberían ser aplicados, sino solamente cuáles deben ofrecerse; (4) salvo escasas excepciones, los estándares no señalan qué acciones personales son exigidas, permitidas o prohibidas con base en los resultados de las exámenes.⁴⁵⁰

También existen ciertos exámenes médicos obligatorios en relación con trabajadores que desempeñan labores en actividades económicas específicas, con el propósito de proteger su salud.⁴⁵¹ Un ejemplo lo otorga la regulación federal sobre específicas exámenes de los trabajadores del carbón que ordena que a todos los mineros que trabajan en una mina de carbón se los debe someter a una radiografía de pecho dentro de los seis meses a partir del comienzo del contrato de trabajo, una segunda radiografía de pecho tres años después, y una tercera radiografía de pecho a continuación, si la segunda radiografía muestra evidencia de neumoconiosis.⁴⁵² Otro ejemplo es la normativa de la Comisión de Regulación Nuclear del Departamento de Energía, que exige numerosas exámenes médicos a los trabajadores que ingresen o desempeñen labores en plantas nucleares, para lo cual ha confeccionado programas de aptitud psicofísicos para el trabajo donde se detallan los exámenes médicos exigidos.⁴⁵³

⁴⁴⁸ ROTHSTEIN (1989), p. 39.

⁴⁴⁹ ROTHSTEIN (1989), p. 36.

⁴⁵⁰ ROTHSTEIN (1989), p. 39.

⁴⁵¹ ROTHSTEIN (1989), p. 39.

⁴⁵² 42 C.F.R. § 37.3(b).

⁴⁵³ 10 C.F.R. § 26.

Del mismo modo, existe un conjunto de normas federales que ordenan la evaluación médica de los trabajadores para proteger la salud y seguridad del público.⁴⁵⁴ Dos de las más importantes normativas de esta naturaleza son las que prescriben las certificaciones médicas de los conductores de carretera y los pilotos aéreos. El Departamento de Transporte ha promulgado regulaciones detalladas sobre exámenes médicos para conductores que operan vehículos motorizados en el comercio interestatal. En conformidad con esta normativa, una persona no puede conducir un vehículo motorizado comercial a menos que esté certificada médicamente tanto en lo físico como en lo psíquico para hacerlo,⁴⁵⁵ esto es, que no tenga ninguna de las discapacidades y enfermedades establecidas por la normativa,⁴⁵⁶ lo que debe ser acreditado mediante exámenes médicos y certificado de examinación física.⁴⁵⁷ Similarmente, la Administración Federal de Aviación ha promulgado regulaciones que exigen numerosos exámenes médicos y certificaciones médicas, para determinar si los pilotos aéreos de primera, segunda y tercera clase tienen una salud compatible con las funciones del cargo, ya que solamente pueden pilotear aeronaves los que cuentan con certificación médica favorable.⁴⁵⁸

Los exámenes médicos exigidos por la normativa del Departamento de Transporte y de la Administración Federal de Aviación, a diferencia de los estándares de la OSHA, restringen la discrecionalidad del médico, para lo cual han promulgado detallados estándares y procedimientos a fin de garantizar la seguridad pública.⁴⁵⁹

También a nivel estatal y local existen reconocimientos médicos laborales exigidos por la normativa estatal para proteger la seguridad y salud pública. Entre las ocupaciones para las cuales un examen médico podría ser obligatorio se encuentran los profesores, conductores de buses escolares, policías, bomberos, trabajadores del transporte.⁴⁶⁰

A veces se ha cuestionado el adecuado balance entre la seguridad y la salud como fin de los reconocimientos médicos exigidos por la regulación estatal para demostrar la aptitud para el

⁴⁵⁴ ROTHSTEIN (1989), p. 39.

⁴⁵⁵ 49 C.F.R. § 391.41(a).

⁴⁵⁶ 49 C.F.R. § 391.41(b).

⁴⁵⁷ 49 C.F.R. § 391.43.

⁴⁵⁸ 14 C.F.R. § 67.

⁴⁵⁹ ROTHSTEIN (1989), p. 40.

⁴⁶⁰ ROTHSTEIN (1989), pp. 40, 43.

cargo y las oportunidades en el empleo para los trabajadores; este tipo de exámenes se acepta cuando se trata de labores altamente sensibles para la seguridad, esto es, cuando cualquier desviación podría ocasionar un riesgo para la vida y/o seguridad de las personas.⁴⁶¹ En *Davidson v. United States Department of Energy*, los inspectores de seguridad empleados en Oak Ridge, Tennessee, dependencias nucleares operadas por contratistas privados, impugnaron la regulación del Departamento de Energía que establece normas mínimas sobre exámenes médicos y físicos de aptitud para el personal de seguridad. La regulación promulgada en 1984 para hacer frente a la amenaza creciente de actividades terroristas exige a los inspectores de seguridad que sean capaces de correr ciertas distancias dentro de un tiempo preciso como un prerequisite para portar armas. La Corte de Apelaciones de Estados Unidos del Sexto Circuito sostuvo que los requerimientos de aptitud física estaban vinculados suficientemente con las habilidades esenciales de emergencia.⁴⁶²

1.3. La normativa estatal como mandato imperativo de los reconocimientos médicos laborales en Australia

La normativa estatal australiana, al igual que la regulación española y norteamericana, contempla reconocimientos médicos obligatorios para trabajadores expuestos a agentes riesgosos para su propia salud y para trabajadores que ocupan puestos sensibles ya que ejecutan labores riesgosas para la seguridad pública.⁴⁶³

Siguiendo la regulación modelo, las regulaciones sobre seguridad y salud ocupacional exigen evaluaciones médicas a trabajadores expuestos a sustancias peligrosas para su salud, las que deben ser proporcionados por la persona que conduce el negocio donde está la fuente de exposición ocupacional. Así, la persona que conduce el negocio debe proporcionar a los trabajadores expuestos al riesgo de perder la audición debido a la exposición al ruido ocupacional un examen periódico de audiometría;⁴⁶⁴ garantizar el monitoreo de la salud, que comprende diversos exámenes médicos, al trabajador que ejecuta labores para el negocio, que incluyen

⁴⁶¹ ROTHSTEIN (1989), p. 40.

⁴⁶² *Davidson v. United States Department of Energy*, 838 F.2d 850 (6th Cir. 1988).

⁴⁶³ JOHNSTONE (1988), pp. 115-116.

⁴⁶⁴ Model Work Health and Safety Regulations 2023 (Cth), s. 58; Work Health and Safety Regulations 2017 (NSW), s. 58.

utilizar, manipular, generar o almacenar sustancias químicas peligrosas, con riesgos significativos para su salud debido a la exposición a la sustancia química peligrosa;⁴⁶⁵ garantizar el monitoreo de la salud del trabajador que ejecuta labores expuesto al riesgo de plomo,⁴⁶⁶ lo que significa trabajar en un proceso que probablemente ocasione un nivel de plomo en la sangre del trabajador que excede los niveles fijados por la regulación;⁴⁶⁷ garantizar el monitoreo de la salud del trabajador que ejecuta labores de remoción del asbesto en el lugar de trabajo y, por lo tanto, está en riesgo de exposición al realizarlas, y al trabajador que lleva a cabo otras labores relacionadas con el asbesto y está en riesgo de exposición al efectuarlas,⁴⁶⁸ lo que incluye historia médica y examinación física.⁴⁶⁹

Las regulaciones estatales y territoriales, asimismo, establecen imperativamente exámenes médicos para determinar si el trabajador reúne las condiciones psicofísicas inherentes al cargo, con el propósito de proteger la seguridad y salud del trabajador. Pertenecen a esta categoría los reconocimientos médicos exigidos a los trabajadores que bucean, pues la persona que conduce un negocio no debe permitir ni ordenar a trabajadores que efectúen labores de buceo, ni que reciban capacitaciones para labores de buceo, a menos que tengan un certificado médico vigente que acredite que están médicamente aptos para realizarlas.⁴⁷⁰

Mediante los reconocimientos médicos, otras regulaciones persiguen proteger la seguridad del público, velando por que la salud del trabajador no constituya un riesgo para terceros. Pertenecen a esta categoría los requerimientos médicos exigidos a los conductores de vehículos motorizados y pilotos aéreos. La regulación aeronáutica exige certificados médicos que demuestren que se tiene la aptitud psicofísica que requieren las labores de estudiante de piloto;⁴⁷¹ controlador de

⁴⁶⁵ Model Work Health and Safety Regulations 2023 (Cth), ss. 368-373; Work Health and Safety Regulations 2017 (NSW), ss. 368-373.

⁴⁶⁶ Model Work Health and Safety Regulations 2023 (Cth), ss. 405-407; Work Health and Safety Regulations 2017 (NSW), ss. 405-407.

⁴⁶⁷ Model Work Health and Safety Regulations 2023 (Cth), ss. 394 y 407; Work Health and Safety Regulations 2017 (NSW), ss. 394 y 407.

⁴⁶⁸ Model Work Health and Safety Regulations 2023 (Cth), s. 435; Work Health and Safety Regulations 2017 (NSW), s. 435.

⁴⁶⁹ Model Work Health and Safety Regulations 2023 (Cth), s. 436; Work Health and Safety Regulations 2017 (NSW), s. 436.

⁴⁷⁰ Model Work Health and Safety Regulations 2023 (Cth), ss. 168-169; Work Health and Safety Regulations 2017 (NSW), ss. 168-169.

⁴⁷¹ Civil Aviation Safety Regulations 1998 (Cth), s. 61.114.

tráfico aéreo;⁴⁷² servicio aéreo;⁴⁷³ piloto comercial, piloto de transporte de carga aérea, quienes para obtener la licencia de piloto deben contar con un certificado médico.⁴⁷⁴

2. El deber de seguridad del empleador como fundamento de los reconocimientos médicos

El deber de seguridad del empleador podría considerarse como fundamento exclusivo o complementario de los reconocimientos médicos si se estima que son necesarios como herramientas que debe utilizar el empleador para proteger la seguridad y salud de los trabajadores en cumplimiento del deber de seguridad.

2.1. La obligación de seguridad del empleador como fundamento de los reconocimientos médicos en Australia

El empleador tiene hacia el trabajador un deber de seguridad que consiste en tomar el razonable cuidado para proteger su seguridad y salud, dentro del cual se encontrarían los reconocimientos médicos si son necesarios para proteger la seguridad del trabajador.⁴⁷⁵ Este deber se extiende a terceros, según la fuente del deber de seguridad que se invoque, la cual puede ser el ilícito por negligencia del *common law*, el contrato de trabajo y la legislación.

2.1.1. *El deber de seguridad del ilícito por negligencia y como deber implícito del contrato de trabajo*

El deber de cuidado impuesto a los empleadores surge tanto del contrato de trabajo como del ilícito por negligencia del derecho consuetudinario. Además de la obligación de seguridad debida en el *common law* bajo el ilícito por negligencia, el contrato de trabajo contiene una condición implícita en derecho que consiste en que el empleador debe tomar el cuidado razonable para garantizar la seguridad y salud del trabajador. Su contenido, en esencia, es el mismo, si bien

⁴⁷² Civil Aviation Safety Regulations 1998 (Cth), s. 65.070.

⁴⁷³ Civil Aviation Safety Regulations 1998 (Cth), s. 65.125.

⁴⁷⁴ Civil Aviation Safety Regulations 1998 (Cth), s. 61.415.

⁴⁷⁵ Model Work Health and Safety Act 2023 (Cth), s. 19(3); SAPPIDEEN *et al.* (2022), pp. 321-322.

existen diferencias en los remedios que se pueden obtener con base en el ilícito por negligencia y en conformidad con el contrato de trabajo.⁴⁷⁶

El contenido del deber de seguridad ha sido expresado en diversas formas, a saber: como un deber de garantizar que el cuidado razonable sea tomado para evitar exponer al trabajador a innecesarios riesgos de lesiones,⁴⁷⁷ y como “tomar el cuidado razonable para la seguridad del trabajador mediante la provisión de medios adecuados y apropiados para desempeñar su trabajo sin innecesario riesgo, por la advertencia al trabajador de riesgos inusuales o inesperados, por la capacitación del trabajador en el desempeño de su trabajo cuando la capacitación podría razonablemente ser considerada un requerimiento para la seguridad del trabajador ante el peligro de lesión”.⁴⁷⁸ Un empleador infringe su deber si no cumple con el estándar de cuidado requerido, esto es, si omite hacer algo que una persona razonable, guiada por las condiciones que ordinariamente regulan la conducta humana, habría hecho, o hace algo que una persona prudente y razonable no habría hecho.⁴⁷⁹

Forma parte del deber de seguridad seleccionar y mantener en el empleo a trabajadores competentes, que cumplen las condiciones psicofísicas exigidas como requisitos inherentes para ocupar el cargo.⁴⁸⁰ Para cumplir con este aspecto del deber de seguridad, los reconocimientos médicos constituyen un instrumento indispensable.⁴⁸¹ Por lo tanto, el empleador podría infringir su deber si falla en la selección del personal competente,⁴⁸² y así pone en riesgo la seguridad o salud del propio trabajador o de terceros, al no determinar mediante el debido reconocimiento médico la aptitud psicofísica del trabajador.⁴⁸³

⁴⁷⁶ JOHNSTONE (1988), p. 120; IRVING (2019), p. 671.

⁴⁷⁷ *Hamilton v. Nuroof (WA) Pty Ltd* (1956) 96 CLR 18, 25; *Czatyko v. Edith Cowan University* (2005) 214 ALR 349, [12]; *Turner v. State of South Australia* (1982) 42 ALR 669, 670, 674; *Bankstown Foundry Pty Ltd v. Braistina* (1986) 160 CLR 301, 307-8; *Kondis v. State Transport Authority* (1984) 154 CLR 672, 693; *McLean's Roylen Cruises Pty Ltd v. McEwan* (1984) 54 ALR 3, 6-7.

⁴⁷⁸ *O'Connor v. Commissioner for Government Transport* (1959) 100 CLR 225, 229; *Nicol v. Allyacht Spars Pty Ltd* (1987) 163 CLR 611, 617.

⁴⁷⁹ *Blyth v. Birmingham Waterworks Co* (1856) 11 Exch 781, 785; JOHNSTONE (1988), p. 122.

⁴⁸⁰ IRVING (2019), p. 689; SAPPIDEEN *et al.* (2022), pp. 282-283.

⁴⁸¹ JOHNSTONE (1988), pp. 121-122.

⁴⁸² *Wilsons & Clyde Coal Co Ltd v. English* [1938] AC 57, 78.

⁴⁸³ JOHNSTONE (1988), p. 120; IRVING (2019), pp. 689-690.

2.1.2. *La obligación de seguridad del empleador como deber estatutario*

En Australia el deber primario de seguridad establecido en las leyes de seguridad y salud en el trabajo de los distintos estados y territorios, a diferencia del deber de seguridad implícito del contrato de trabajo, no está limitado al trabajador dependiente, sino que se configura como un deber desde la persona que conduce un negocio o empresa hacia un trabajador, no necesariamente trabajador dependiente. Esto es, se extiende más allá de la relación tradicional empleador/trabajador, para incluir todas las categorías modernas de acuerdos de trabajo, y a otras personas que pueden verse afectadas por la actividad empresarial.⁴⁸⁴ Este es el modelo que siguen las leyes adoptadas por la Model Work Health and Safety Bill, es decir, las leyes de seguridad y salud en el trabajo de todos los estados y territorios australianos, con excepción del estado de Victoria, cuya ley tiene ciertas diferencias por no haber adoptado la ley modelo.⁴⁸⁵

Los deberes de seguridad hacia los “trabajadores” y “otros” en las leyes de seguridad y salud en el trabajo que siguen la Model Work Health and Safety Bill se encuentran en diferentes secciones y con diferentes estándares de cuidado. El deber hacia los trabajadores está establecido en la sección 19(1): “Una persona que dirige un negocio o empresa debe garantizar, en la medida que sea razonablemente practicable, la salud y seguridad de: (a) los trabajadores contratados o causados para ser contratados por la persona, y (b) los trabajadores cuyas actividades en el desempeño del trabajo son influenciadas o dirigidas por la persona, mientras los trabajadores están en el trabajo, en el negocio o empresa”.⁴⁸⁶ En cambio, el deber hacia otros se encuentra en la sección 19(2): “Una persona que dirige un negocio o empresa debe garantizar, en la medida que sea razonablemente practicable, que la salud y seguridad de otras personas no sea puesta en riesgo debido al trabajo desempeñado como parte de la actividad del negocio o empresa”.⁴⁸⁷

La primera duda que surge está relacionada con quién es la persona que conduce un negocio o empresa. Se trata de un concepto amplio. “Persona” no se define en las leyes de seguridad y salud en el trabajo, pero tiene el significado usual que se les otorga a las personas en las varias

⁴⁸⁴ JOHNSTONE Y TOOMA (2022), pp. 49-50.

⁴⁸⁵ JOHNSTONE Y TOOMA (2012), pp. 26-27; CREIGHTON Y ROZEN (2017), pp. 33-37; JOHNSTONE Y TOOMA (2022), pp. 17-19; SAPPIDEEN *et al.* (2022), pp. 303-304.

⁴⁸⁶ Model Work Health and Safety Act 2023 (Cth), s. 19(1).

⁴⁸⁷ Model Work Health and Safety Act 2023 (Cth), s. 19(2).

leyes de interpretación en cada una de las jurisdicciones australianas, comprendiendo tanto a las personas naturales como a las jurídicas.⁴⁸⁸ Si la persona dirige o no un negocio o empresa, es una cuestión de hecho que debe determinarse caso a caso, según las circunstancias particulares. Las definiciones de negocio incluyen como características: ejercicio de una ocupación, profesión y oficio; comercio empresarial; la relación del trabajo como parte integrante del negocio, antes que un elemento de trabajo diferente; tener un objetivo serio antes que un pasatiempo, un entretenimiento o una recreación.⁴⁸⁹ El significado de empresa, igualmente, se entiende en sentido amplio, comprendiendo proyectos, actividades empresariales.⁴⁹⁰

El segundo problema consiste en determinar quién es trabajador en conformidad con la sección 19(1), quién es el acreedor del deber estatutario primario de seguridad. “Trabajador” se define en términos amplios en la sección 7 de las leyes de seguridad y salud en el trabajo, comprende a toda persona que realiza trabajo en cualquier capacidad para la persona que dirige un negocio o empresa “incluyendo trabajo como: (a) un trabajador, o (b) un contratista o subcontratista, o (c) un trabajador de un contratista o subcontratista, o (d) un trabajador de una empresa de servicios transitorios a quien se le ha asignado trabajo en el negocio o empresa de la persona, o (e) un trabajador a domicilio, o (f) un aprendiz, o (g) un estudiante que está obteniendo experiencia, o (h) un voluntario”.⁴⁹¹ Estos son solamente ejemplos de personas comprendidas dentro de la definición de “trabajador”, no se trata de una enumeración taxativa.⁴⁹² Lo relevante para ser trabajador es que la persona debe realizar trabajo personal en beneficio de una persona que dirige un negocio o empresa.⁴⁹³ Por otra parte, en conformidad con la sección 19(1) resulta claro que la relación entre la persona que conduce el negocio o empresa y el trabajador no tiene por qué ser una relación contractual directa. El trabajador debe haber sido contratado o causado para ser

⁴⁸⁸ SAFE WORK AUSTRALIA (2 December 2010), [20]; JOHNSTONE Y TOOMA (2022), pp. 49-50.

⁴⁸⁹ JOHNSTONE Y TOOMA (2022), p. 50; SAPPIDEEN *et al.* (2022), p. 308.

⁴⁹⁰ JOHNSTONE Y TOOMA (2022), p. 50; SAPPIDEEN *et al.* (2022), p. 308.

⁴⁹¹ En la sección 4 de las leyes de seguridad y salud en el trabajo se define un voluntario como “una persona que actúa de forma voluntaria (sin considerar si la persona recibe financiamiento para gastos)”. *Bilbawi v. Stepping Stone Clubhouse Inc* [2019] FWCFB 1314 confirma que la definición de trabajador se extiende también a los trabajadores voluntarios no remunerados.

⁴⁹² SAFE WORK AUSTRALIA (2 December 2010), [99]; JOHNSTONE Y TOOMA (2022), p. 54; SAPPIDEEN *et al.* (2022), pp. 309-310.

⁴⁹³ JOHNSTONE Y TOOMA (2022), p. 54. En el mismo sentido la jurisprudencia: *Balthazaar v. McGuire; Department of Human Services (Commonwealth)* [2014] FWC 2076.

contratado (por ejemplo, trabajador de servicios transitorios) por la persona que conduce el negocio o empresa, o las actividades laborales del trabajador deben ser “influenciadas o dirigidas” por la persona que dirige el negocio o empresa.⁴⁹⁴

La ley de seguridad y salud en el trabajo del estado de Victoria, a diferencia de las leyes de las restantes jurisdicciones australianas, impone el deber de seguridad en el empleador respecto de sus trabajadores dependientes⁴⁹⁵ y respecto de otras personas que pueden verse afectadas por su actividad.⁴⁹⁶

En cuanto al contenido del deber de seguridad estatutario, queda claro que comprende los reconocimientos médicos si son razonablemente necesarios para proteger la seguridad y salud de los trabajadores y de terceras personas frente a riesgos derivados del trabajo, por lo que el empresario debe exigirlos en este supuesto.⁴⁹⁷ Inclusive, la sección 19(3)(g) de las leyes de seguridad y salud en el trabajo seguidas por la Model Work Health and Safety Bill indica expresamente que la vigilancia de la salud del trabajo forma parte del deber de seguridad estatutario: “Sin limitar las subsecciones (1) y (2), una persona que conduce un negocio o empresa debe garantizar, en la medida que sea razonablemente practicable: [...] (g) que la salud de los trabajadores y las condiciones de trabajo son monitoreadas con el propósito de prevenir enfermedad o lesiones de los trabajadores derivadas de la actividad del negocio o empresa”.⁴⁹⁸ De forma similar, la ley del estado de Victoria, en su sección 22(1)(a), incluye dentro del deber de seguridad del empleador, en la medida que sea razonablemente practicable, “monitorear la salud de los trabajadores dependientes del empleador”.⁴⁹⁹

A pesar de la similitud que existe entre el estándar del deber de seguridad del *common law* y el deber de seguridad estatutario del empleador, sería más alto el estándar de este último deber. La relación entre ambos deberes fue discutida por la Corte Suprema australiana en *Kirk*: “La obligación estatutaria del empleador es expresada en términos personales para el empleador. Es

⁴⁹⁴ SAFE WORK AUSTRALIA (2 December 2010), [40]; JOHNSTONE Y TOOMA (2022), p. 55.

⁴⁹⁵ Occupational Health and Safety Act 2004 (Vic), s. 21(1)(2).

⁴⁹⁶ Occupational Health and Safety Act 2004 (Vic), s. 23.

⁴⁹⁷ SAPPIDEEN *et al.* (2022), pp. 321-322.

⁴⁹⁸ Model Work Health and Safety Act 2022 (Cth), s. 19(3)(g).

⁴⁹⁹ Occupational Health and Safety Act 2004 (Vic), s. 22(1)(a).

el empleador quien debe asegurar la salud, seguridad y bienestar de los trabajadores en el trabajo. La obligación es del tipo de deber no delegable tratado en *Konadis v. State Transport Authority*.⁵⁰⁰ No se expresa en términos del estándar reconocido por el *common law* de adoptar el cuidado razonable: es más exigente. De esta forma, es demasiado evidente desde el punto de vista del requerimiento que debe “garantizarse” la salud, seguridad y bienestar de los trabajadores o que esas personas no estén expuestas a riesgos para su salud y seguridad en el lugar de trabajo”.⁵⁰¹

No obstante la diferencia que pueda existir en el estándar, lo cierto es que se acepta que los reconocimientos médicos son parte del contenido del deber de seguridad, cualquiera sea su fuente, cuando son necesarios para garantizar la salud, seguridad y bienestar de los trabajadores o la seguridad de terceras personas, en los términos exigidos por el deber de seguridad.⁵⁰² Por tanto, el empleador podría exigir reconocimientos médicos con base en la obligación de seguridad, cuando son necesarios para cumplir con los fines de esta. Los test de drogas constituyen un buen ejemplo. Se ha defendido su legalidad, con base en el deber de seguridad, cuando, para eliminar o disminuir los riesgos en el trabajo, se exigen a los trabajadores que constituyen un riesgo para la salud o seguridad propias y/o de terceros, si están bajo la influencia de las drogas o el alcohol mientras están en el centro de trabajo o ejecutando sus labores.⁵⁰³ Así, se consideran lícitos los test de drogas requeridos unilateralmente por el empleador a trabajadores que se desempeñan en industrias o actividades peligrosas para la seguridad o la salud, como los mineros⁵⁰⁴ y los policías,⁵⁰⁵ por ser los exámenes médicos herramientas para eliminar o disminuir riesgos para la seguridad o salud derivados del consumo de drogas.⁵⁰⁶ Otro ejemplo lo proporcionan los exámenes médicos exigidos para garantizar que un trabajador esté apto para retornar al trabajo después de un accidente o enfermedad, más aún cuando el empleador

⁵⁰⁰ *Kondis v. State Transport Authority* (1984) 154 CLR 672.

⁵⁰¹ *Kirk* (2010) 239 CLR 531, [10]. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Australia del Sur en *Slivak v. Lurgi (Australia) Pty Ltd* (2001) 205 CLR 304.

⁵⁰² ANDERSON *et al.* (2017), pp. 155-156.

⁵⁰³ ANDERSON *et al.* (2017), p. 155.

⁵⁰⁴ *Endeavour Energy v. Communications Union of Australia* [2012] FWA 1809.

⁵⁰⁵ *Anderson v. Sullivan* (1997) 78 FCR 380.

⁵⁰⁶ SAPPIDEEN *et al.* (2022), pp. 321-322.

tiene un deber estatutario de garantizar un retorno seguro al trabajo, ya que debe proteger la seguridad y salud del trabajador.⁵⁰⁷

2.2. El deber de seguridad del empleador como fundamento de los reconocimientos médicos en Estados Unidos

En Estados Unidos el empleador tiene un deber de seguridad en conformidad con el *common law* y la legislación estatutaria; ambos tienen un contenido diferente.

Bajo el *common law* la obligación de seguridad del empleador incluye el deber de: (1) proporcionar un lugar seguro para trabajar; (2) proporcionar accesorios, herramientas y equipamiento seguro para el trabajo; (3) otorgar advertencia de riesgos respecto de los cuales podría razonablemente esperarse que el trabajador los ignore; (4) proporcionar un número suficiente de compañeros de trabajo competentes; (5) promulgar y exigir reglas que rijan la conducta de los trabajadores que permitan garantizar el trabajo seguro.⁵⁰⁸ Estos deberes son reconocidos en todos los estados y en el Distrito de Columbia.⁵⁰⁹ En virtud de la obligación de seguridad del *common law*, el empleador no tiene el deber de exigir o solicitar a los postulantes o trabajadores exámenes médicos; por lo tanto, no puede ejercerse acción alguna con base en la normativa consuetudinaria en contra del empleador fundada en no exigir o proveer reconocimientos médicos en el trabajo.⁵¹⁰ Sin embargo, esta no es una opinión compartida por todos: se sostiene que los exámenes médicos forman parte del deber de seguridad cuando son razonablemente necesarios para eliminar un riesgo para la seguridad o salud, tal como ocurre, por ejemplo, con los test de drogas exigidos a trabajadores que desempeñan funciones sensibles para la seguridad.⁵¹¹

El deber de seguridad estatutario se encuentra en la Occupational Safety and Health Act de 1970 (OSHA), el cual implícitamente admite como parte de su contenido los reconocimientos médicos para eliminar o disminuir riesgos para y salud. La sección 20(a)(5) de la OSHA dispone que

⁵⁰⁷ *Blackadder v. Ramsey Butchering Pty Ltd* (2002) 113 IR 461.

⁵⁰⁸ ROTHSTEIN (1984), pp. 83-85.

⁵⁰⁹ ROTHSTEIN (1984), p. 84.

⁵¹⁰ ROTHSTEIN (1984), p. 85.

⁵¹¹ ROTHSTEIN (1984), p. 85.

“nada en esta o en otra disposición de esta ley se considerará que autoriza o exige examinación médica, inmunización, o tratamiento para quienes lo objetan por motivos religiosos, excepto cuando aquello es necesario para la protección de la salud o seguridad de otros”.⁵¹² En función de esta norma, el empleador no puede exigir exámenes médicos a trabajadores cuya religión les impide someterse a estos, salvo que sean objetivamente una medida de seguridad para proteger la vida y salud de terceros.⁵¹³

Por su parte, la sección 5(a)(1) de la OSHA, sobre el deber general de seguridad, dispone que el empleador “deberá proporcionar a cada uno de sus trabajadores un empleo y un lugar de trabajo que estén libres de peligros reconocidos que causen o que probablemente puedan causar la muerte o daños físicos severos a sus trabajadores”.⁵¹⁴ Para determinar si la sección 5(a)(1) podría ser utilizada como fundamento para que el empleador exija reconocimientos médicos, deben examinarse sus requisitos y propósito. El Congreso estadounidense comprendió que podría ser imposible e indeseable tener un estándar específico elaborado por la OSHA que cubra todo peligro del lugar de trabajo.⁵¹⁵ Por lo tanto, la sección 5(a)(1) fue incorporada a la ley para exigir a los empleadores que proporcionen lugares de trabajo libres de “peligros serios reconocidos”.⁵¹⁶ Un peligro es considerado reconocido si es conocido como un peligro por el empleador, o generalmente reconocido como tal por los empleadores de la industria en cuestión.⁵¹⁷

Se ha resuelto que para que la Inspección del Trabajo pueda dar por configurada la violación de la sección 5(a)(1) se debe probar: (1) que el empleador fracasó en mantener su lugar de trabajo libre de un peligro que fue (2) reconocido y (3) que causa o es posible que cause la muerte o daño físico serio, y (4) que la citación haya especificado las medidas particulares que el empleador debió haber tomado para evitarla, que esas medidas eran factibles de implementar y tienen una utilidad probable.⁵¹⁸ Además, debido a que la cláusula general de seguridad fue establecida para completar los estándares de la OSHA, la citación ante la agencia reguladora en

⁵¹² 29 U.S.C. § 669(a)(5).

⁵¹³ ROTHSTEIN (1984), p. 99.

⁵¹⁴ 29 U.S.C. § 654(a)(1).

⁵¹⁵ ROTHSTEIN (1984), p. 107.

⁵¹⁶ ROTHSTEIN (1984), p. 107.

⁵¹⁷ ROTHSTEIN (1984), p. 107.

⁵¹⁸ *National Realty & Construction Co. v. OSHRC* 489 F.2d 1257 (D.C. Cir. 1973).

conformidad con la sección 5(a)(1) solamente procede cuando no existe estándar aplicable; de lo contrario, debe efectuarse la citación en conformidad con el estándar que otorga mayor conocimiento al empleador de sus deberes.⁵¹⁹

Existen dos formas en las cuales la sección 5(a)(1) podría afectar los reconocimientos médicos empresariales. Primero, la cláusula del deber general de seguridad requiere al empleador los procedimientos y medidas necesarios para proteger a los trabajadores, dentro de los cuales se encuentran los reconocimientos médicos, que el empleador debe exigir si permiten eliminar o disminuir un peligro conocido para la seguridad o salud de los trabajadores.⁵²⁰ Ahora bien, esta opción interpretativa no es comúnmente sancionada por la autoridad, porque resulta difícil determinar cuándo un peligro es conocido por el empleador sin asistencia técnica,⁵²¹ como quedó demostrado a propósito del covid-19 con los test de antígeno y exámenes PCR.⁵²² El segundo posible uso de la sección 5(a)(1) es para prohibir ciertos exámenes médicos que constituyen un peligro para la salud del trabajador, esto es, que producen el efecto contrario a los fines con que se admiten.⁵²³

En conclusión, en Estados Unidos la obligación de seguridad estatutaria del empleador se acepta de forma limitada como fundamento de los reconocimientos médicos, cuando son necesarios para eliminar un peligro conocido en el lugar de trabajo que causa o pueda causar la muerte a algún trabajador. En cambio, se discute si la obligación de seguridad del *common law* puede constituir fundamento de los exámenes médicos que tienen como función eliminar o disminuir riesgos para la seguridad o salud.

2.3. El deber de seguridad del empleador como fundamento de los reconocimientos médicos en España

El empleador tiene una obligación de seguridad hacia el trabajador que forma parte del contenido mínimo obligatorio del contrato de trabajo; no obstante, la fuente principal que determina su

⁵¹⁹ ROTHSTEIN (1984), p. 107.

⁵²⁰ ROTHSTEIN (1984), p. 107.

⁵²¹ ROTHSTEIN (1984), p. 108.

⁵²² BODIE Y MCMAHON (2021), p. 55.

⁵²³ ROTHSTEIN (1984), p. 108.

contenido se encuentra en la legislación, lo que hace que se califique como obligación de naturaleza jurídica mixta.⁵²⁴ La obligación de seguridad es una sola, que es de la esencia del contrato de trabajo, por lo que no puede ser eliminada ni alterada en términos perjudiciales para el trabajador en virtud de la autonomía individual. Su finalidad es proteger eficazmente la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, tal como lo demuestra el artículo 14.2 de la LPRL: “En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo”.

Su estándar y contenido es complejo, no es posible precisarlo con total exactitud, ya que está subordinado a su finalidad. Impone al empresario el deber de adoptar todas las medidas necesarias que sean razonablemente posibles para proteger de manera eficaz la vida y salud de los trabajadores, “estén o no contempladas específicamente esas medidas en una norma concreta, sea la LPRL u otra cualquiera”.⁵²⁵ Como natural consecuencia del estándar y contenido del deber de seguridad, “el incumplimiento de las medidas normativamente previstas convierte *ipso facto* al empresario en infractor, pero el cumplimiento de todas ellas no lo inmuniza automáticamente de toda responsabilidad, si se demuestra que alguna medida era racionalmente necesaria –aunque no estuviera normativamente prevista– y, sin embargo, no fue adoptada”.⁵²⁶

La legislación se encarga de identificar y precisar diversas obligaciones y deberes que forman parte del contenido mínimo de la obligación de seguridad del empresario, que se encuentran regulados en diversas normas, no solamente ubicadas en la LPRL.⁵²⁷

La duda que surge es si la vigilancia de la salud forma parte de la obligación de seguridad del empleador y, en caso de ser así, si los reconocimientos médicos son uno de los instrumentos para llevar a cabo dicha vigilancia. Al examinar el contenido de la obligación de seguridad, se observa que forma parte de este contenido la vigilancia de la salud.⁵²⁸ El artículo 14.2. de la LPRL señala claramente que, para los fines de la actividad preventiva y protección de la seguridad y salud de

⁵²⁴ Para una discusión de la naturaleza jurídica de la obligación de seguridad del empleador, véanse GUTIÉRREZ-SOLAR (1999), pp. 77 y ss.; GONZÁLEZ (2002), pp. 98 y ss.

⁵²⁵ ALARCÓN (1996), pp. 107-108. En similares términos: MUÑOZ (2013), pp. 367 y ss.; LOUSADA Y RON (2012), pp. 699-723; LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), pp. 23-27.

⁵²⁶ ALARCÓN (1996), pp. 107-108.

⁵²⁷ GONZÁLEZ (2002), p. 27.

⁵²⁸ GONZÁLEZ (2002), pp. 244-245; LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), pp. 26-28; NÚÑEZ (2022), p. 123.

los trabajadores, el empresario adoptará entre otras medidas la “vigilancia de la salud”. Luego, el artículo 22 de la misma ley se encarga de precisar el contenido del deber de vigilancia de la salud que tiene el empresario, los fines que persigue y las condiciones de cumplimiento, a fin de hacerlo compatible con los derechos fundamentales de los trabajadores.⁵²⁹ Fines y condiciones de cumplimiento que son esenciales, puesto que determinan el campo de actuación del deber de vigilancia de la salud empresarial.

La vigilancia de la salud constituye una actividad esencial para conocer y controlar los factores de riesgo para la seguridad y salud inherentes al trabajo y a la persona del trabajador, ya que permite reducir los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.⁵³⁰ Los reconocimientos médicos constituyen, si no el principal, uno de los instrumentos más importantes y eficaces con que cuenta el empresario para realizar la vigilancia de la salud, tal como lo reconocen la doctrina⁵³¹ y la jurisprudencia españolas.⁵³² De esta forma, no es posible identificar, equiparar como sinónimos, la vigilancia de la salud con los reconocimientos médicos, sino que existe una relación de género a especie.⁵³³

El incumplimiento por parte del empleador de su deber de vigilancia de la salud, que incluye el incumplimiento de las normas que le exigen poner a disposición de los trabajadores reconocimientos médicos o requerirles que se sometan a ellos, tiene como consecuencia diversas responsabilidades para la empresa, calificadas como graves, según el artículo 12.2 de la LISOS.⁵³⁴

3. El deber de seguridad del trabajador

En las distintas legislaciones examinadas, el trabajador tiene un deber de seguridad, en virtud del cual es preciso analizar si debe someterse a los reconocimientos médicos que le exigen el empleador o la normativa estatal.

⁵²⁹ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 26.

⁵³⁰ GONZÁLEZ (2002), p. 240.

⁵³¹ RODRÍGUEZ (1997), p. 303; SAN MARTÍN (1999), p. 27; GONZÁLEZ (2002), p. 240; POQUET (2013), p. 99.

⁵³² STSJ de Andalucía, 17 de diciembre de 1996, Rec. N° 3609/1996.

⁵³³ JIMÉNEZ (2002), p. 1150; TOSCANI (2011), p. 11.

⁵³⁴ GONZÁLEZ (2002), p. 245.

3.1. El deber de seguridad del trabajador en Australia

El deber de seguridad del trabajador tiene dos fuentes en Australia: el contrato de trabajo y la legislación. El deber de seguridad se considera un deber implícito del contrato de trabajo, establecido por el *common law*.⁵³⁵ Esto significa que existe, que forma parte del contenido del contrato de trabajo y es exigible, aunque la legislación y los términos expresos del contrato de trabajo o el instrumento colectivo nada señalen sobre el deber de seguridad del dependiente.⁵³⁶ Todos los trabajadores, sean expertos o no, tienen el deber general implícito de ejercer el cuidado razonable para no lesionar o dañar a nadie en el desempeño de su trabajo.⁵³⁷ Si el trabajador incumple este deber causando en el desempeño de sus funciones perjuicios al empleador, puede ser demandado de indemnización de perjuicios, tal como lo reconoce la jurisprudencia⁵³⁸ y la doctrina.⁵³⁹ Constituye un deber que es aplicación del principio del buen vecino establecido en la sentencia inglesa *Donoghue v. Stevenson*.⁵⁴⁰

El deber de seguridad estatutario del trabajador tiene un contenido preciso, determinado por la legislación, que señala las conductas que debe observar. Las leyes de seguridad y salud en el trabajo que siguen la ley modelo australiana señalan al respecto: “Mientras está en el trabajo, un trabajador debe: (a) tomar cuidado razonable para su propia salud y seguridad; (b) tomar cuidado razonable para que sus actos u omisiones no afecten negativamente la salud y seguridad de otras personas; (c) cumplir, en la medida que el trabajador sea razonablemente capaz, con cualquier instrucción razonable dada por la persona que dirige el negocio o empresa que le permite cumplir con esta ley, y (d) cooperar con cualquier política o procedimiento razonable de la persona que conduce el negocio o empresa relacionado con la salud o seguridad en el lugar de trabajo que haya sido notificado a los trabajadores”.⁵⁴¹ En términos similares está establecido el deber de seguridad del trabajador dependiente en la legislación del estado de Victoria.⁵⁴²

⁵³⁵ STEWART *et al.* (2016), pp. 296-297.

⁵³⁶ STEWART *et al.* (2016), pp. 296-297, 496 ; SAPPIDEEN *et al.* (2022), pp. 215-216.

⁵³⁷ STEWART *et al.* (2016), p. 503.

⁵³⁸ *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co Ltd* [1957] AC 555; *Bolton Gems Pty Ltd v. Grigoire* (1995) 39 AILR 5-063; *Wylie v. ANI Corp Ltd* [2002] 1 Qd R 320.

⁵³⁹ SAPPIDEEN *et al.* (2022), pp. 215-216.

⁵⁴⁰ *Donoghue v. Stevenson* [1932] AC 562, 580.

⁵⁴¹ Model Work Health and Safety Act 2022 (Cth), s. 28.

⁵⁴² Occupational Health and Safety Act 2004 (Vic), s. 25.

En virtud del deber de seguridad, sea implícito en el contrato de trabajo o estatutario, el trabajador debe cumplir con los requerimientos del empleador que persiguen proteger la salud y seguridad del propio trabajador o de terceros, sean los establecidos en la ley o en un procedimiento de seguridad empresarial. Por lo tanto, si la legislación o los procedimientos de seguridad del empleador requieren que el trabajador se someta a reconocimientos médicos con el propósito de proteger la salud y/o seguridad, el trabajador debe cumplir tales exigencias como consecuencia del deber de seguridad.

3.2. El deber de seguridad del trabajador en Estados Unidos

En Estados Unidos el trabajador tiene un deber de seguridad, aunque bastante más limitado que en el derecho australiano, con fuente estatutaria y en el *common law*. De acuerdo con la sección 5(b) de la OSHA cada trabajador “debe cumplir con los estándares de salud y seguridad ocupacionales y todas las reglas, regulaciones y órdenes promulgadas en conformidad con esta ley que son aplicables a sus propias acciones y conducta”.⁵⁴³ De esta forma, la OSHA solamente reconoce como parte del deber de seguridad estatutario del trabajador la obligación de someterse a exámenes médicos cuando están regulados en las normas promulgadas en conformidad con la ley, entre las cuales se encuentran los reconocimientos establecidos en los estándares promulgados por la OSHA y requeridos por otras leyes. En cambio, la legislación, según se expuso, no exige expresamente al empleador imponer reconocimientos médicos, por lo que no son exigibles al trabajador en virtud de su deber de seguridad, sino por una estipulación contractual o el deber de obediencia de los mandatos legales y razonables impartidos por el empleador en virtud de su poder de dirección.

El deber de seguridad del *common law* exige al trabajador adoptar el razonable cuidado para no poner en riesgo la vida y salud del propio trabajador o de terceros. La negativa a someterse a reconocimientos médicos requeridos por el empleador no constituye incumplimiento al deber de seguridad del *common law*; sin embargo, podría ser despedido en virtud de la doctrina de la voluntad (*at-will*) que existe en Estados Unidos ante la negativa a requerimientos del empleador.

⁵⁴³ 29 U.S.C. § 654(a).

3.3. El deber de seguridad del trabajador en España

En España se discute si existe un deber de seguridad del trabajador de la forma en que se reconoce en las legislaciones de Australia y Estados Unidos, como un deber autónomo y diferente a otros deberes, como los de obediencia, colaboración, diligencia y buena fe, o si, por el contrario, forma parte de uno o más de estos deberes.⁵⁴⁴ Incertidumbre que existe a pesar de que el artículo 29 de la LPRL, donde se consagra principalmente el deber de seguridad del trabajador como un conjunto de obligaciones en materia de prevención de riesgos, es similar en su contenido esencial al consagrado en las normas estatutarias de la legislación australiana y norteamericana que reconocen el deber de seguridad del trabajador. Lo anterior lo confirma la Directiva 89/391/EEC, que consagra en su artículo 13 la obligación de seguridad del trabajador, estableciendo, primero, como principio general: “Competerá a cada trabajador velar, según sus posibilidades, por su seguridad y su salud, así como por las de las demás personas afectadas, a causa de sus actos u omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones de su empresario”, para luego, en su numeral 2, consagrar diversos deberes específicos del trabajador. Esta regulación es parte de la política preventiva en el trabajo de la Unión Europea, que impone deberes a todos los participantes, incluyendo a los trabajadores, con el propósito de desarrollar una cultura genuina de prevención de riesgos laborales.⁵⁴⁵

A pesar de la discusión dogmática sobre el fundamento del deber de seguridad del dependiente, lo cierto es que tiene un contenido propio reconocido por la legislación, que en parte puede ser similar al de otros deberes del trabajador. Su finalidad es proteger la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores y de personas que pueden verse afectadas por la conducta del trabajador, que es el propósito que persigue la legislación de prevención de riesgos laborales.⁵⁴⁶ Se trata de un deber accesorio, puesto que no le exige al trabajador alguna iniciativa especial en materia de seguridad y salud, a diferencia de la obligación de seguridad del empleador.⁵⁴⁷

⁵⁴⁴ Sobre el posible fundamento jurídico de la obligación del trabajador en materia de seguridad y salud véase GUTIÉRREZ-SOLAR (1999), pp. 256-261.

⁵⁴⁵ BARNARD (2012), pp. 521-522; RIESENHUBER (2021), p. 517.

⁵⁴⁶ GUTIERREZ-SOLAR (1999), pp. 182-183.

⁵⁴⁷ POQUET (2015), p. 53.

Se trata de una obligación jurídica cuyo incumplimiento puede tener consecuencias perjudiciales para el trabajador, como una sanción disciplinaria, incluyendo el despido disciplinario fundado en la causal del artículo 58.1 del ET (artículo 29.3 LPRL). Igualmente, su transgresión podría eximir al empleador de responsabilidad por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales cuando su causa exclusiva sea la conducta imprudente y/o temeraria del trabajador víctima.⁵⁴⁸

La regulación estatutaria del deber de seguridad del trabajador demuestra que ciertas obligaciones requieren al trabajador, implícita o expresamente, someterse a reconocimientos médicos que le son requeridos, o bien por la legislación, o por el empleador, para eliminar o disminuir riesgos para su seguridad o salud o para la seguridad de terceros, que cumplen las exigencias del artículo 22.1, inciso 2 de la LPRL. El artículo 29.1 de la LPRL consagra como obligación genérica del trabajador en seguridad y salud en el trabajo “velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario”. Constituye una manifestación del deber de obediencia, que ordena al trabajador cumplir las órdenes e instrucciones del empleador en materia de higiene y seguridad.⁵⁴⁹ Como consecuencia de esta obligación, el trabajador debe someterse a los reconocimientos médicos que el empresario le exige en virtud del poder de dirección, que cumplan las exigencias de los reconocimientos médicos obligatorios consagrados en el artículo 22.1 de la LPRL, que el empresario debe establecer para cumplir con su deber de vigilancia.

El artículo 29.2.5 de la LPRL impone al trabajador como obligación específica “contribuir al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la autoridad competente con el fin de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo”. Se trata de un deber de colaboración del trabajador con la autoridad competente, expresión que debe interpretarse en términos amplios para incluir todo tipo de autoridad, laboral, sanitaria, judicial o de otra naturaleza, que tenga

⁵⁴⁸ STSJ Cataluña, 6 de marzo de 2006, Rec. N° 683-/2004; STSJ Castilla-La Mancha, 15 de mayo de 2008, Rec. N° 847/2007.

⁵⁴⁹ STSJ Asturias, 19 de diciembre de 2003, Rec. N° 566/2002; POQUET (2015), p. 53.

competencia en materia de seguridad y salud en el trabajo.⁵⁵⁰ Bajo esta obligación se puede comprender, por ejemplo, el cumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones de los protocolos de la autoridad sanitaria que regulan reconocimientos médicos establecidos por la legislación.

También se considera parte del deber de seguridad del trabajador el someterse en tiempo y forma a los reconocimientos médicos obligatorios que cumplen los requisitos exigidos por el artículo 22.1 de la LPRL, los cuales, al ser excepción a la voluntariedad de los reconocimientos médicos, se erigen en verdaderas obligaciones legales para el trabajador cuyos intereses tutelados exceden el interés individual del dependiente.⁵⁵¹ La imperatividad de fuente legal, sin embargo, no libera al empleador de obligar al trabajador a someterse a los reconocimientos médicos obligatorios; no basta con su mero ofrecimiento ni la pasividad del empresario ante la negativa del trabajador a someterse al examen médico.⁵⁵²

El deber de seguridad del trabajador permite justificar su sometimiento a reconocimientos médicos exigidos por la legislación y, además, refuerza los deberes de obediencia y colaboración respecto de los reconocimientos médicos exigidos por el empleador en conformidad con el artículo 22.1, inciso 2 de la LPRL y la normativa estatal complementaria. Sin embargo, no constituye una fuente inmediata ni mediata de los reconocimientos médicos en España.

4. El poder de dirección del empleador

El poder de dirección del empleador se encuentra reconocido tanto en los países del *civil law* como en los del *common law*. Parte de su contenido esencial es la facultad de impartir órdenes e instrucciones a los trabajadores que sean legales y razonables, quienes deben cumplirlas en virtud del deber de obediencia.⁵⁵³ Se discute en la doctrina si el empleador, en virtud del poder de dirección, puede exigir al trabajador someterse a reconocimientos médicos que no están establecidos en la legislación ni en el contrato de trabajo ni en el instrumento colectivo. En

⁵⁵⁰ POQUET (2015), p. 53.

⁵⁵¹ POQUET (2015), pp. 89-94.

⁵⁵² STSJ Castilla y León, 14 de noviembre de 2005, Rec. N°1576/2005.

⁵⁵³ FERNANDEZ (2019), pp. 78-81.

Australia y Estados Unidos se reconoce que el empleador puede exigir exámenes de salud a sus trabajadores fundado en el poder de dirección; en cambio, en España esto se discute.

4.1. El poder de dirección del empleador como fundamento de los reconocimientos médicos en Australia

En Australia se considera que forman parte del contenido implícito del contrato de trabajo, sin necesidad de cláusula expresa, el poder de dirección del empleador y el deber de obediencia del trabajador.⁵⁵⁴ En virtud del poder de dirección, el empleador puede impartir órdenes e instrucciones legales y razonables al trabajador, quien está obligado a cumplirlas en virtud del deber de obediencia.⁵⁵⁵ En otras palabras, el trabajador tiene un deber de obediencia de los mandatos empresariales que cumplen dos requisitos copulativos: que sean legales y razonables.⁵⁵⁶ La exigencia de que la orden sea legal tiene dos aspectos. Primero, significa que el empleador no puede mandar una conducta que podría involucrar una conducta ilegal, esto es, contraria a las normas legales,⁵⁵⁷ o exponer al trabajador a un peligro personal injustificado.⁵⁵⁸ Segundo, para que la dirección sea legal debe estar dentro del ámbito del empleo, lo que involucra considerar el alcance del contrato de trabajo y su interpretación.⁵⁵⁹

El trabajador solamente puede ejecutar las tareas o cumplir con las instrucciones que pertenecen a la naturaleza del trabajo para el cual ha sido contratado.⁵⁶⁰ Para esto es necesario examinar las circunstancias que rodearon la celebración del contrato de trabajo, incluyendo los términos del anuncio de la oferta de trabajo, las afirmaciones efectuadas por las partes durante el proceso de contratación, los términos de cualquier contrato escrito o del instrumento colectivo o de la ley que es aplicable al trabajador, la costumbre o práctica, y cualquier regla laboral con efectos contractuales, en resumen, todas las fuentes que podrían suministrar condiciones

⁵⁵⁴ STEWART *et al.* (2016), p. 496; SAPPIDEEN *et al.* (2022), pp. 212-213.

⁵⁵⁵ STEWART *et al.* (2016), p. 496; SAPPIDEEN *et al.* (2022), pp. 212-213.

⁵⁵⁶ *R v. Darling Island Stevedore & Lighterage Co Ltd; Ex parte Halliday and Sullivan* (1938) 60 CLR, 621-622; *Bayley v. Osborne* (1984) 4 FCR 141, 145.

⁵⁵⁷ *Kelly v. Alford* [1988] 1 Qd R 404, 410-411; *Watson v. Swatch Group Aust Pty Ltd* [2010] VCC 1067. Esta última sentencia afirma que un empleador estaría en incumplimiento del contrato de trabajo si ordena al trabajador actuar ilegalmente.

⁵⁵⁸ *Bouzourou v. Ottoman Bank* [1930] AC 271; *Re Dismissal of Fitters by Broken Hill Pty Ltd* [1969] AR (NSW), 399, 403; *Walker v. Zurich Australia Insurance Ltd* (2000) 106 IR 23, [50].

⁵⁵⁹ STEWART *et al.* (2016), p. 496; SAPPIDEEN *et al.* (2022), pp. 212-213.

⁵⁶⁰ *Commissioner for Government Transport v. Royall* (1966) 116 CLR 314-322.

contractuales.⁵⁶¹ Por ejemplo, se ha resuelto que es legal y costumbre requerir a un futbolista profesional que juegue en un equipo de menor nivel para comprobar su aptitud física.⁵⁶²

Para determinar si las órdenes son razonables es necesario examinar no solo que caigan dentro del alcance del contrato del trabajo, sino también analizar si son razonables, considerando para ello todas las circunstancias que rodean al otorgamiento de la instrucción.⁵⁶³ Para ello, deben analizarse los límites del poder de dirección. En Australia se observa una extensión de las prerrogativas directivas empresariales, al validarse órdenes legales que son necesarias para el correcto desempeño del trabajo convenido, para el desarrollo de la actividad empresarial y para la protección de la imagen e interés de la empresa.⁵⁶⁴

La duda que surge es si el empleador puede requerir a los trabajadores exámenes médicos en virtud del poder de dirección, esto es, que no están estipulados en el contrato de trabajo, en el instrumento colectivo o en la legislación. Se ha estimado que son razonables y legales, debiendo el trabajador someterse a ellos, si son necesarios para facilitar el cumplimiento por las partes de sus deberes y obligaciones, como el deber de seguridad.⁵⁶⁵ En términos más precisos, se considera que es un mandato legal y razonable requerir al trabajador someterse a un examen médico necesario para determinar su aptitud física para el trabajo o para determinar o descartar que su salud no constituye un peligro para sí mismo o para terceros.⁵⁶⁶ De este modo, se ha resuelto que es ajustado a derecho que el empleador solicite a un piloto que goza de licencia médica presentar un certificado del médico tratante que señale el alcance de la enfermedad que padece, si tendrá la capacidad psicofísica previa al inicio del goce de la licencia médica para reincorporarse a sus labores, y el tiempo de duración de la licencia médica, al considerarse que persigue determinar si el trabajador estará apto para volver a desempeñar las labores de piloto y

⁵⁶¹ STEWART *et al.* (2016), pp. 497.

⁵⁶² *Scharmann v. APIA Club Ltd* (1983) 6 IR 157.

⁵⁶³ *Izdes v. LG Bennett & Co Pty Ltd* (1995) 61 IR 439-449; *Thompson v. IGT (Australia) Pty Ltd* (2008) 173 IR 395, [48]; *McManus v. Scott-Charlton* (1996) 70 FCR 16, 21; *Harrison v. P & T Tube Mills Pty Ltd* (2009) 181 IR 162, [279].

⁵⁶⁴ STEWART *et al.* (2016), pp. 497.

⁵⁶⁵ *Woolworths v. Brown* (2005) 145 IR 285; *Construction, Forestry, Mining and Energy Union v. HWE Mining Pty Limited* [2011] FWA 8288.

⁵⁶⁶ STEWART *et al.* (2016), p. 497; SAPPIDEEN *et al.* (2022), p. 213; *Peek v Chief Executive Officer, Australian Government Solicitor* [2005] FCA 870.

garantizar que no constituye un peligro para la salud de terceros.⁵⁶⁷ En el mismo sentido, la jurisprudencia ha concluido que es legal exigir al trabajador que goza de licencia médica que se someta a un examen médico que compruebe su aptitud física para continuar trabajando en un ambiente de trabajo peligroso previo a su reincorporación, a fin de evitar o disminuir riesgos de accidentes y enfermedades laborales.⁵⁶⁸

En conclusión, en Australia se admiten los reconocimientos médicos exigidos en virtud del poder de dirección, cuando constituyen un instrumento necesario para controlar el cumplimiento de las obligaciones de las partes del contrato de trabajo, cualquiera sea su fuente.

4.2. El poder de dirección del empleador como fundamento de los reconocimientos médicos en Estados Unidos

El empleador tiene la prerrogativa de administrar la empresa, de cuyo contenido forma parte el poder de dirección, calificado en ocasiones como “gobierno privado”,⁵⁶⁹ y que es ampliamente aceptado como consecuencia de la doctrina del *common law* del empleo libre (“*employment at will*”).⁵⁷⁰ En conformidad con esta doctrina, salvo las limitaciones estatutarias, las de naturaleza contractual y las propias del *common law*, el empleador tiene amplias libertades para seleccionar y despedir a los trabajadores, incluyendo el establecimiento unilateral de reconocimientos médicos para determinar la aptitud psicofísica de los postulantes y trabajadores, y contar, de ese modo, con la mejor planilla de trabajadores.⁵⁷¹ En virtud del poder de dirección, el empleador puede rechazar contratar a postulantes debido a la opinión empresarial de que el posible trabajador será incapaz física y/o psicológicamente de desempeñar el trabajo, o bien contratarlo porque es apto psicofísicamente para ejecutar el trabajo,⁵⁷² Una vez contratado, el trabajador podría ser despedido por la mera voluntad del empleador por cualquier razón o sin razón

⁵⁶⁷ *AIPA v. Qantas Airways Ltd* (2014) 240 IR 342.

⁵⁶⁸ *Blackadder v. Ramsey Butchering Services Pty Ltd* (2002) 113 IR 461.

⁵⁶⁹ ANDERSON *et al.* (2017), pp. 41 y ss.

⁵⁷⁰ ROTHSTEIN (1984), p. 81; BOSCH (2003), pp. 640-641; FINKIN (2006), pp. 945-946.

⁵⁷¹ ROTHSTEIN (1984), pp. 81-82; BOSCH (2003), pp. 640-641.

⁵⁷² ROTHSTEIN (1984), p. 81.

alguna,⁵⁷³ incluyendo la creencia empresarial de que el trabajador ya no podría desempeñar las labores convenidas debido a su condición física y/o psíquica.⁵⁷⁴

El empleador está facultado para establecer unilateralmente, de forma amplia, reconocimientos médicos en la etapa precontractual y durante la vigencia del contrato de trabajo, prerrogativa cuyos límites emanan del propio *common law* y otras fuentes.⁵⁷⁵ En conformidad con el *common law*, algunos tribunales sostienen que el contrato de trabajo tiene cláusulas implícitas sobre la buena fe que constituyen una política pública, erigiéndose como una excepción a la doctrina de la voluntad.⁵⁷⁶ Excepción que se ha aplicado a conductas de mala fe del empleador, comprendiendo situaciones que constituyen represalias en contra de los trabajadores.⁵⁷⁷ En relación con los exámenes médicos, la buena fe puede utilizarse en ausencia de acción estatutaria cuando el trabajador sufre un despido abusivo o sin fundamento a consecuencia de ser calificado como no apto producto de un examen médico requerido por el empleador, para lo cual el trabajador debe probar que la conducta empresarial violó la política pública.⁵⁷⁸ Otra protección basada en el *common law* es la invasión ilegal de la privacidad, que es reconocida a los trabajadores; esto es particularmente relevante respecto de los trabajadores del sector privado cuando para ellos se desconoce, como regla general, la expectativa de privacidad de la cuarta enmienda de la Constitución federal.⁵⁷⁹

La limitación o eliminación de la doctrina de la voluntad es particularmente importante respecto de trabajadores no sindicalizados, donde los límites al poder empresarial provienen escasamente del *common law* y de la legislación federal, estatal o local, destacando los límites que sancionan la discriminación y protegen la privacidad de los trabajadores.⁵⁸⁰ Los trabajadores sindicalizados, por el contrario, tienen una mayor protección ante la facultad empresarial de requerir reconocimientos médicos, puesto que tienen una protección adicional a las que tienen los trabajadores no sindicalizados. Esta consiste en que los reconocimientos médicos son materias

⁵⁷³ ROTHSTEIN (1984), pp. 81-84.

⁵⁷⁴ ROTHSTEIN (1984), p. 81.

⁵⁷⁵ ROTHSTEIN (1984), p. 81.

⁵⁷⁶ ROTHSTEIN (1984), p. 81.

⁵⁷⁷ ROTHSTEIN (1984), p. 81.

⁵⁷⁸ ROTHSTEIN (1984), p. 81.

⁵⁷⁹ ROTHSTEIN (1984), pp. 83-84.

⁵⁸⁰ ROTHSTEIN (1984), p. 81.

obligatorias de negociación colectiva, por lo que no les pueden ser exigidos unilateralmente por el empleador, salvo que en el instrumento colectivo exista una cláusula de derecho de gestión que faculte al empleador exigir unilateralmente exámenes médicos a los trabajadores sindicalizados.⁵⁸¹

Los exámenes médicos pueden ser establecidos por el empleador en virtud de sus facultades de empleador y titular de los medios de producción; sin embargo, deben respetar los límites de la normativa consuetudinaria, estatutaria y de la negociación colectiva, los que variarán si los trabajadores están sindicalizados o no, y si pertenecen al sector privado o público. Las políticas de test de alcohol y drogas establecidas de modo unilateral por la empresa constituyen un buen ejemplo de cómo han sido impugnadas por los trabajadores, especialmente por los sindicalizados, fundado en que no respetan los límites impuestos por el ordenamiento jurídico.⁵⁸²

4.3. El poder de dirección del empleador como fundamento de los reconocimientos médicos en España

El poder de dirección es uno de los derechos del empleador, que tiene su fundamento en la Constitución española, en la libertad de empresa, en el Estatuto de los Trabajadores (artículos 1 y 20) y en el propio contrato de trabajo.⁵⁸³ Sus límites están constituidos principalmente por las normas imperativas estatales, incluyendo los derechos fundamentales de los trabajadores, el contrato de trabajo y la negociación colectiva. El empresario no puede, fundado en el poder de dirección, alterar condiciones laborales y derechos de los trabajadores establecidos en normas estatales y convencionales, lo que sí puede hacerse en virtud del *ius variandi*.⁵⁸⁴

Si bien no existe acuerdo en la doctrina sobre el contenido del poder de dirección, existe coincidencia en que está constituido por un “conjunto de facultades”, lo que demuestra que dota al empresario de diversas prerrogativas.⁵⁸⁵ Hay dos facultades que están vinculadas con los reconocimientos médicos. Una de ellas es la facultad normativa del empresario, que consiste en

⁵⁸¹ PEDHIRNEY Y DEVLIN (2022), pp. 10-12, 17-20. Para un mayor detalle de los límites a las prerrogativas empresariales véase BOSCH (2003), pp. 639-662.

⁵⁸² Véase para un mayor análisis jurisprudencial sobre la materia ELKOURI Y ELKOURI (1993), pp. 99-111.

⁵⁸³ MONTOYA (2011), pp. 30-32; POQUET (2013), pp. 20-25.

⁵⁸⁴ Se discute si el *ius variandi* forma parte del poder de dirección o es un poder independiente del empleador. Véase al respecto POQUET (2013), pp. 28-31; FERNANDEZ (2019), pp. 75-77.

⁵⁸⁵ MONTOYA (2011), pp. 35-48; POQUET (2013), pp. 27 y ss. ; FERNANDEZ (2019), pp. 65-66.

impartir mandatos a los trabajadores que no alteran la legislación y normativa convencional, y que deben ser cumplidos por la parte trabajadora en virtud de su deber de obediencia.⁵⁸⁶ Dos son las normas principales que comprueban esta facultad del poder de dirección: el artículo 20 del ET, que dispone que “el trabajador está obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue”, y el artículo 5 c) del ET, cuando señala como uno de los deberes básicos del trabajador el de “cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas”.⁵⁸⁷

Otra de las facultades es el poder de control; la doctrina discute si forma parte del poder de dirección o no.⁵⁸⁸ Un sector de la doctrina sostiene que forma parte del poder de dirección la prerrogativa que persigue verificar, controlar, si efectivamente el trabajador ha cumplido las órdenes e instrucciones impartidas por el empleador en virtud del poder de mando.⁵⁸⁹ Constituye, para esta posición, la prerrogativa de control un poder que persigue garantizar el cumplimiento del deber de obediencia del trabajo.

Por el contrario, otro sector de la doctrina considera que el poder de control es diferente e independiente del poder de dirección, puesto que su objeto y ámbito de aplicación es diverso.⁵⁹⁰ En cuanto al objeto, el poder de control persigue controlar, supervisar, el cumplimiento de obligaciones y prohibiciones del trabajador; en cambio, el poder de dirección permite impartir órdenes e instrucciones a los trabajadores. Respecto al ámbito de aplicación, el poder de control no solamente busca vigilar que se cumplan debidamente las órdenes impartidas en virtud del poder de dirección, sino también obligaciones y prohibiciones de los trabajadores que tienen otra fuente, sea convencional o estatal. Así, el poder de control permitiría vigilar, supervisar, que se cumplan las obligaciones y prohibiciones del contrato de trabajo, del convenio colectivo y de la legislación.⁵⁹¹

⁵⁸⁶ MONTROYA (2011), pp. 37-38; POQUET (2013), pp. 35 y ss.

⁵⁸⁷ POQUET (2013), p. 17.

⁵⁸⁸ Para un resumen de la discusión véase FERNÁNDEZ (2019), pp. 72-75.

⁵⁸⁹ MONTROYA (1965), p. 141-143, 153; GOÑI (1988), p. 111; FERNÁNDEZ (1991), p. 329; VALDÉS (1992), pp. 31-32; MONTROYA (2004), p. 136; CRUZ (2005), p. 235; RODRÍGUEZ (2011), p. 190; MONTROYA (2011), pp. 39-44; POQUET (2013), pp. 34-35; FERNÁNDEZ Y RODRÍGUEZ (2016), p. 50; FABREGAT (2016), p. 17. Es la posición de la jurisprudencia también, citándose, a modo de ejemplo, STS, 7 de marzo de 2007, Rec. N° 966/2007.

⁵⁹⁰ ROMÁN (1992), pp. 118-119; MORATO (2011), pp. 48-50.

⁵⁹¹ ROMÁN (1992), pp. 118-119; MORATO (2011), pp. 48-50.

La duda que surge es si, en el ejercicio del poder de dirección, el empleador puede establecer reconocimientos médicos, sea de forma independiente a los consagrados por otras fuentes, o bien como instrumento indispensable para vigilar y controlar el cumplimiento de obligaciones y prohibiciones laborales que exigen determinada condición psicofísica del trabajador en la empresa, tanto para trabajar como para prevenir accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. La legislación no otorga una respuesta clara, por lo que existen diferentes posiciones ante estos problemas.

Se discute si, fundado en el poder de dirección, el empleador puede requerir a postulantes a empleos y a los trabajadores reconocimientos médicos distintos de los que establece la legislación, o bien con fines diversos a los que señala la legislación. La doctrina sostiene, mayoritariamente, que el empleador no puede exigir exámenes de salud distintos a los que permite la legislación, puesto que ello importaría aceptar que la legislación de prevención de riesgos laborales es disponible, cuando no lo es, y además podría afectar derechos fundamentales de los trabajadores, en especial la intimidad y la no discriminación, mediante reconocimientos médicos no permitidos por la legislación.⁵⁹² El artículo 2 de la LPRL expresamente señala: “Las disposiciones laborales contenidas en esta Ley y en sus normas reglamentarias tendrán en todo caso carácter de Derecho mínimo indisponible, pudiendo ser mejoradas [...]”. Esto demostraría que la vigilancia de la salud obligatoria, llevada a cabo principalmente a través de reconocimientos médicos, es solo la prevista en el artículo 22.1, inciso 2 de la LPRL y en otras normas legales y reglamentarias que están en conformidad con ese precepto. Por lo tanto, para esta posición no es admisible el establecimiento empresarial unilateral de reconocimientos médicos en la etapa precontractual con el propósito de seleccionar a los candidatos más idóneos, más productivos, que provoquen menos costos para la empresa, ya que este no es uno de los fines de la vigilancia de la salud.⁵⁹³ Tampoco, en su opinión, son lícitos los reconocimientos médicos unilaterales requeridos durante la vigencia de la relación laboral que no cumplen con las exigencias del artículo 22.1 de la LPRL, pues no reúnen los requisitos de la proporcionalidad,

⁵⁹² ALAMEDA (2013), pp. 292-293.

⁵⁹³ ALAMEDA (2013), pp. 290-298.

por lo que afectan la intimidad del trabajador.⁵⁹⁴ Posición que comparte un sector de la jurisprudencia.⁵⁹⁵

La negativa de atribuir legitimidad al poder de dirección como fuente autónoma para el establecimiento de reconocimientos médicos radica en que un sector de la doctrina solamente les reconoce la calidad de instrumento para cumplir las funciones propias de la vigilancia de la salud, que es parte del contenido de la obligación de seguridad del empleador, y niega que puedan utilizarse como herramienta de selección y mantención del personal más apto física y psicológicamente.⁵⁹⁶ Inclusive, otra doctrina estima que el poder de dirección no podría ser invocado como fundamento de medidas de seguridad; por el contrario, la obligación de seguridad constituye un límite externo del poder de dirección, que debe ser respetado.⁵⁹⁷ En otras palabras, se sostiene que las medidas dirigidas a la prevención de riesgos no forman parte del contenido del poder de dirección, sino que son parte de la obligación de seguridad del empleador.⁵⁹⁸

Por el contrario, otra posición, sostenida por un sector de la jurisprudencia, afirma que pueden exigirse exámenes de salud con propósitos distintos a los previstos en el artículo 22 de la LPRL y en otras normas legales, en la medida que se respeten los derechos de los trabajadores. De este modo, un sector de la jurisprudencia considera que son lícitos los reconocimientos médicos con el propósito de determinar si el trabajador tiene una salud apta para el trabajo, cuando es un requisito inherente para su ejecución tener cierta condición psicofísica.⁵⁹⁹ Tratándose de reconocimientos médicos preocupacionales se ha sostenido su licitud cuando persiguen “la constatación de que el aspirante reúne las condiciones psicofísicas que precisa el normal y pleno desarrollo del contenido funcional específico de cada puesto de trabajo [...]. El empresario ha de disponer del margen de discrecionalidad que le otorga o es inherente al ejercicio de sus funciones directivas y organizativas, debiendo aceptarse sus decisiones al respecto, siempre que

⁵⁹⁴ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), pp. 65-68.

⁵⁹⁵ Entre otras: STS 196/2004; STSJ del Principado de Asturias, 9 de noviembre de 2007, Rec. 2651/2007; STSJ de la Comunidad Valenciana, 24 de enero de 2013, Rec. 3092/2012.

⁵⁹⁶ ALAMEDA (2013), pp. 296-299.

⁵⁹⁷ GUTIÉRREZ-SOLAR (1999), pp. 141-142.

⁵⁹⁸ GUTIÉRREZ-SOLAR (1999), pp. 141-142.

⁵⁹⁹ STSJ de Madrid, 20 de septiembre de 2004, JUR 2004, 277909; STSJ de Castilla y León, 7 de enero de 1998 (AS 1998, 5074); STSJ de Andalucía, 1 de julio de 1998 (AS 1998, 3377).

resulten proporcionadas, por obedecer a criterios objetivos y razonables en función de la naturaleza del trabajo y de las circunstancias en que haya de prestarse”.⁶⁰⁰

El poder de dirección, en cambio, sí permite exigir a los trabajadores los reconocimientos médicos que son necesarios para cumplir con la vigilancia obligatoria para el empleador y el trabajador y que requieren una decisión empresarial.⁶⁰¹ El poder de dirección, en esta situación, constituye una herramienta que debe utilizar el empleador para cumplir con su deber de vigilancia. Los reconocimientos médicos obligatorios por decisión empresarial, además de ser imprescindibles, deben perseguir los siguientes fines, que son los que dan sustento a su legalidad: “Evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores” y “Verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa” (artículo 22.1 de la LPRL).⁶⁰² En esta situación, a diferencia de la anterior, el poder de dirección se utiliza para precisar los exámenes médicos que la legislación ordena al empleador. De ese modo se erige en una herramienta que, junto con la obligación de seguridad, permite al empleador cumplir con su deber de vigilancia y exigir a los trabajadores los reconocimientos médicos obligatorios que consagra la legislación.

Finalmente, la facultad de control, se considere parte del poder de dirección o no, permite “verificar, vigilar y controlar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales (art. 20.3 ET) comprendiendo, inclusive, la constatación de la salud de los trabajadores (art. 20.4 ET)”.⁶⁰³ En virtud de esta facultad, el empleador puede solicitar al trabajador que se someta a reconocimientos médicos cuyo propósito es fiscalizar el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones y prohibiciones, que le exigen cierta condición de salud.⁶⁰⁴ Esta facultad, sin embargo, pasa a ser de segundo plano cuando los reconocimientos médicos a los que debe someterse el trabajador forman parte de la obligación de seguridad del empleador, pues, en este caso, el principal fundamento del examen médico lo constituye la deuda de seguridad del

⁶⁰⁰ STSJ de Madrid, 20 de septiembre de 2004, JUR 2004, 277909.

⁶⁰¹ POQUET (2013), pp. 98-99.

⁶⁰² LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), pp. 66-68.

⁶⁰³ RODRÍGUEZ (2011), p. 190.

⁶⁰⁴ RODRÍGUEZ (2011), p. 190.

empleador, por lo cual no queda margen a su discrecionalidad.⁶⁰⁵ Se consideran como una facultad de control del empleador los reconocimientos médicos que puede exigir en conformidad con el artículo 20.4 del ET, que persiguen verificar el alcance del accidente o enfermedad del trabajador, invocando como fundamento su ausencia al trabajo. Esta norma es un fundamento del poder de control de la salud de los trabajadores con fines económicos y organizacionales de la empresa.⁶⁰⁶ Por el contrario, se califican como facultades-deberes los reconocimientos médicos que exige el empleador al trabajador para dar cumplimiento a las normas estatales que obligan al trabajador a someterse a reconocimientos médicos, o bien le requieren para trabajar tener una determinada condición psicofísica como medida para proteger la salud y seguridad y desempeñar adecuadamente la tarea.⁶⁰⁷

5. La función del contrato individual de trabajo

El contrato de trabajo es una fuente del derecho del trabajo, aunque debe determinarse si puede ser fuente inmediata de reconocimientos médicos o no. En España parece negarse legitimidad al contrato individual de trabajo para regular reconocimientos médicos obligatorios para los trabajadores; en cambio, en Australia y Estados Unidos se admite como fuente de regulación autónoma de reconocimientos médicos laborales.

5.1. La función del contrato individual de trabajo en Australia

El contrato de trabajo es consensual en Australia y puede estar integrado por condiciones expresas y condiciones implícitas por derecho. Estas últimas forman parte del contrato de trabajo por el solo hecho de su celebración, independientemente de la intención de los contratantes. “Un término es implícito por el derecho si el *common law* determina que debería ser incluido en un particular tipo de contrato, con tal que sea consistente con los términos acordados de otra forma por las partes y con cualquier estatuto o decisión aplicable. Es una regla por defecto desarrollada por la jurisprudencia para ciertas clases de contratos”.⁶⁰⁸ Dentro de los términos implícitos por derecho se encuentran derechos y deberes del empleador y del trabajador, como el deber de

⁶⁰⁵ RODRÍGUEZ (2011), p. 190.

⁶⁰⁶ MONTOYA (2011), p. 42; RODRÍGUEZ (2011), p. 191.

⁶⁰⁷ RODRÍGUEZ (2011), pp. 195-205.

⁶⁰⁸ STEWART *et al.* (2016), p. 280.

obediencia y el poder de dirección, los cuales no incluyen dentro de su contenido expreso los reconocimientos médicos como derecho o deber del trabajador, aunque pueden exigirse en virtud del poder de dirección en forma de mandato legal y razonable.⁶⁰⁹

Los términos expresos que involucran condiciones del trabajo convenido pueden ser escritos, orales o de ambos tipos.⁶¹⁰ Asimismo, el contrato de trabajo puede incluir cláusulas a través de las cuales el trabajador se obliga a cumplir políticas elaboradas unilateralmente por el empleador.⁶¹¹ De esta forma, los procedimientos empresariales pueden formar parte del contrato de trabajo y tener eficacia contractual cuando se hace referencia a ellos en un contrato de trabajo o en la oferta de trabajo, pues se establece claramente que ellos son parte del contrato de trabajo.⁶¹² A través de la firma del contrato de trabajo o aceptación del trabajo, a partir de la oferta de trabajo que contiene una estipulación en que el trabajador se obliga a cumplir ciertas políticas del empleador, el trabajador se compromete a cumplirlas.⁶¹³ Incluso en ausencia de oferta de trabajo o contrato escrito, podrían entregársele al trabajador políticas o manuales y solicitársele que firme una recepción que indica su aceptación de los términos de los documentos empresariales recibidos.⁶¹⁴

En virtud de los términos expresos del contrato de trabajo, en el mismo contrato de trabajo, en la oferta de trabajo o en las políticas que el trabajador se obliga por escrito a cumplir, podrían establecerse reconocimientos médicos en forma de obligación o derecho del trabajador. Solamente se prohíbe pactar condiciones contrarias al ordenamiento jurídico, por lo cual los reconocimientos médicos deben cumplir las normas estatales que limitan esencialmente sus fines.

⁶⁰⁹ *Blackadder v. Ramsey Butchering Services Pty Ltd* (2002) 113 IR 461; *AIPA v. Qantas Airways Ltd* (2014) 240 IR 342; STEWART *et al.* (2016), p. 497.

⁶¹⁰ STEWART *et al.* (2016), p. 277.

⁶¹¹ STEWART *et al.* (2016), p. 282; ANDERSON *et al.* (2017), pp. 80-81.

⁶¹² STEWART *et al.* (2016), p. 282.

⁶¹³ *Chittick v. Ackland* (1984) 53 ALR 143; *Cicciarelli v. Qantas Airways Ltd* [2012] FCA 56; *Romero v. Farstad Shipping (Indian Pacific) Pty Ltd* (2014) 231 FCR 403.

⁶¹⁴ *TWU v. K & S Freighters Pty Ltd* (2010) 205 IR 137.

5.2. La función del contrato individual de trabajo en Estados Unidos

En Estados Unidos rige la doctrina del empleo libre, que significa que tanto el empleador como el trabajador pueden terminar su relación en cualquier momento y por cualquier razón, salvo que exista alguna excepción.⁶¹⁵ El contrato de trabajo es consensual, y su contenido puede estar constituido por cláusulas implícitas o expresas.

Las cláusulas implícitas, al igual que en Australia y otros países de la tradición del *common law*, han sido establecidas por la jurisprudencia. Existen en ausencia de cláusula expresa por la sola celebración del contrato de trabajo. Declaran derechos y obligaciones tanto para el empleador como para el trabajador, incluyendo el poder de dirección y el deber de obediencia. Ninguna de las cláusulas implícitas reconoce expresamente como parte de su contenido los reconocimientos médicos.

En cuanto a las cláusulas expresas del contrato de trabajo, las pactan las partes oralmente o por escrito. Pueden encontrarse en diferentes documentos, entre ellos, la carta oferta, el contrato de trabajo, manuales, políticas o códigos que el trabajador se obliga a cumplir en virtud del propio contrato de trabajo o comprobantes de aceptación. La obligatoriedad contractual de los documentos elaborados unilateralmente por el empleador producto de su integración al contrato por aceptación expresa del trabajador ha sido confirmada por la jurisprudencia desde hace algunos años.⁶¹⁶

No existe impedimento para que en el contrato de trabajo o en los cuerpos normativos que lo integran se regulen exámenes médicos, a los que el trabajador se somete obligatoria o voluntariamente. Se trata de un contenido permitido del contrato de trabajo.

5.3. La función del contrato individual de trabajo en España

No existe en el ordenamiento jurídico español una norma que le atribuya al contrato individual de trabajo alguna función para regular los reconocimientos médicos en el trabajo, ni siquiera a alguno de los deberes y derechos que forman parte de su contenido esencial. Lo que sí puede

⁶¹⁵ GLYNN *et al.* (2019), p. 81.

⁶¹⁶ *Toussaint v. Blue Cross & Blue Shield*, 292 N.W.2d 880 (Mich. 1980); *Woolley v. Hoffmann-LaRoche, Inc.* 491 A.2d 1257 (N.J. 1985).

deducirse es que no pueden pactarse reconocimientos médicos obligatorios, pacto que adolecería de nulidad al infringir la norma mínima indisponible del artículo 2 de la LPRL que impide establecer condiciones laborales más perjudiciales para los trabajadores que las que les otorga la normativa mínima indisponible. Solo sería posible pactar mediante el contrato de trabajo reconocimientos médicos voluntarios para el trabajador, por ser un beneficio mejorado al reconocido por la legislación, en tanto se respeten los límites de las normas mínimas de derecho necesario. Igualmente, podrían acordarse reconocimientos médicos que tienen como fundamento el que atribuye la legislación a los reconocimientos médicos, lo cual permite a la estipulación contractual cumplir con la normativa imperativa, ya que es una norma de complemento, auxiliar a la normativa estatal imperativa.

No se encuentran en España trabajos de doctrina ni discusiones jurisprudenciales sobre si las partes pueden pactar o no reconocimientos médicos en el contrato individual de trabajo.

6. El papel de la negociación colectiva

La negociación colectiva es otra fuente del derecho del trabajo, aunque debe determinarse si puede ser fuente inmediata de los reconocimientos médicos o no.⁶¹⁷

6.1. La función de la negociación colectiva en relación con los reconocimientos médicos en Australia

En Australia la negociación colectiva es llevada a cabo por el sindicato y el empleador, y su resultado es un instrumento colectivo. El contenido del instrumento colectivo se clasifica en tres categorías: términos obligatorios, términos prohibidos y términos permitidos.

Los términos obligatorios, que deben ser incluidos por las partes en el instrumento colectivo, son los siguientes: (1) una cláusula de cobertura, que constituye la cláusula que identifica a los trabajadores, los empleadores y el trabajo cubierto por el instrumento colectivo;⁶¹⁸ (2) una cláusula de fecha de expiración nominal del instrumento colectivo,⁶¹⁹ y (3) una cláusula de flexibilidad que permite a un empleador y a un trabajador celebrar un acuerdo de flexibilidad

⁶¹⁷ Para un análisis de la normativa de la Organización Internacional del Trabajo sobre el papel de la negociación colectiva en la seguridad y salud en el trabajo véase CONTADOR Y PÉREZ (2014), pp. 50-85.

⁶¹⁸ Fair Work Act 2009 (Cth), ss. 53, 186(3)-(3A).

⁶¹⁹ Fair Work Act 2009 (Cth), s.186(5).

individual, que modifica los efectos de las condiciones del instrumento colectivo con el propósito de lograr satisfacer las necesidades genuinas del empleador y del trabajo.⁶²⁰ La cláusula de flexibilidad deber reunir los requisitos especificados en la Fair Work Act.⁶²¹ La Fair Work Regulations incluye un modelo de cláusula de flexibilidad que reúne los requisitos de la Fair Work Act y puede ser utilizada en un instrumento colectivo;⁶²² (4) una cláusula de consulta, que exige al empleador consultar a los trabajadores acerca de un cambio significativo en el lugar de trabajo, que probablemente tenga una consecuencia importante en los trabajadores, o un cambio en el turno regular u horas ordinarias de trabajo.⁶²³ La Fair Work Regulations tiene un modelo de cláusula de consulta que reúne los requisitos de la Fair Work Act y puede ser utilizada en el instrumento colectivo;⁶²⁴ (5) una cláusula de resolución de disputas, que proporciona un procedimiento para resolver disputas sobre asuntos que surjan en virtud del instrumento colectivo y en relación con los Estándares de Empleo Mínimos establecidos en la legislación.⁶²⁵ Esta cláusula debe requerir o permitir a la Fair Work Commission, o a otra persona que sea independiente de aquellos cubiertos por el instrumento, resolver una disputa sobre el instrumento colectivo. La estipulación, igualmente, debe permitir la representación de los trabajadores durante la disputa.⁶²⁶ La Fair Work Regulations incluye un modelo de cláusula sobre la solución de disputas que reúne los requisitos de la Fair Work Act, que puede ser utilizada en los instrumentos colectivos.⁶²⁷

El instrumento colectivo no puede incluir cláusulas de trabajador externo designado, cláusulas ilegales ni cláusulas que excluyen los derechos laborales mínimos establecidos en la legislación.⁶²⁸

Igualmente, el instrumento colectivo puede regular materias permitidas, y las partes pueden establecer estipulaciones a su respecto. Las materias permitidas son las siguientes: materias que

⁶²⁰ Fair Work Act 2009 (Cth), ss. 202-204.

⁶²¹ Fair Work Act 2009 (Cth), ss. 202-204.

⁶²² Fair Work Regulations 2009 (Cth), reg. 2.08.

⁶²³ Fair Work Act 2009 (Cth), s. 205.

⁶²⁴ Fair Work Regulations 2009 (Cth), reg. 2.09.

⁶²⁵ Fair Work Act 2009 (Cth), s. 186(6).

⁶²⁶ Fair Work Act 2009 (Cth), s. 186(6).

⁶²⁷ Fair Work Regulations 2009 (Cth), reg. 6.01.

⁶²⁸ Fair Work Act 2009 (Cth), s. 194.

pertenecen a la relación empleador-trabajador, materias que pertenecen a la relación empleador-sindicato, términos sobre deducciones desde las remuneraciones, términos sobre cómo el instrumento colectivo se aplicará.⁶²⁹

La discusión en doctrina y jurisprudencia sobre si los reconocimientos médicos pueden ser objeto de regulación en el instrumento colectivo o no es prácticamente inexistente. Sin embargo, en escasas oportunidades y a propósito de los test de drogas –que son una categoría de reconocimientos médicos–, la Fair Work Commission ha sostenido que los exámenes médicos forman parte de las cláusulas permitidas. Estas son válidas si no incluyen aspectos de cláusulas prohibidas ni infringen las exigencias de las cláusulas obligatorias,⁶³⁰ práctica que confirma la doctrina.⁶³¹

6.2. La función de la negociación colectiva en relación con los reconocimientos médicos en Estados Unidos

En Estados Unidos el fundamento legal de la negociación colectiva en el sector privado es la National Labor Relations Act (NLRA). Esta ley proporciona el marco normativo para la mayoría de las negociaciones colectivas que caen bajo la jurisdicción federal. La NLRA garantiza a los trabajadores el derecho a constituir sindicatos y negociar colectivamente. Igualmente, la NLRA empodera a la agencia federal National Labor Relations Board (NLRB) para dirigir la certificación de las elecciones sindicales, investigar y perseguir la violación de los derechos laborales de los trabajadores, incluyendo denuncias por negociaciones colectivas de mala fe.⁶³²

La NLRA reconoce tres tipos de materias de negociación colectiva: prohibidas, permitidas y obligatorias.⁶³³ Para determinar su categorización, en general, se revisa caso por caso, aunque algunos tópicos caen bajo alguna de las categorías repetidamente.⁶³⁴

Las materias de negociación colectiva prohibidas son aquellas que importan infracción a la legislación federal, estatal o local imperativa; por tanto, no pueden ser objeto de negociaciones

⁶²⁹ Fair Work Act 2009 (Cth), s.172(1).

⁶³⁰ *Rooty Hill RSL Club Limited* [2014] FWCA 2191.

⁶³¹ CASOLIN (2016), p. 479.

⁶³² PEDHIRNEY Y DEVLIN (2022), p. 1.

⁶³³ *NLRB v. Borg-Warner Corp., Wooster Div.*, 356 U.S. 342 (1958); FINKIN Y GLYNN (2021), pp. 445-449.

⁶³⁴ PEDHIRNEY Y DEVLIN (2022), p. 9.

ni ser incluidas en un acuerdo de negociación colectiva, ya que constituyen cláusulas ilegales.⁶³⁵ Las partes automáticamente cometen una práctica laboral desleal si negocian sobre una materia ilegal.⁶³⁶ Entre los tópicos ilegales se incluyen cláusulas sobre cierre de la empresa, disposiciones que dan preferencia a la contratación de trabajadores sindicalizados sobre no sindicalizados, disposiciones contractuales inconsistentes con el deber de representación justa de un sindicato, cláusulas que discriminan entre trabajadores en función de alguno de los criterios antidiscriminatorios enumerados por la legislación antidiscriminación.⁶³⁷

Las materias de negociación colectiva permitidas son cuestiones sobre las que las partes pueden acordar negociar, pero en las que no pueden insistir como condición para la celebración del acuerdo de negociación colectiva.⁶³⁸ Entre las materias de negociación permitidas se incluyen disposiciones relacionadas con supervisores o mano de obra agrícola, el derecho del empleador para negociar directamente con los trabajadores sindicalizados salarios superiores a los pactados en el acuerdo de negociación colectiva,⁶³⁹ bonos de desempeño, cláusulas de responsabilidad legal, el alcance del ámbito de negociación colectiva,⁶⁴⁰ contratos individuales de trabajo, asuntos sindicales internos.⁶⁴¹

Las materias de negociación colectivas obligatorias son las que deben ser tratadas por las partes durante las negociaciones.⁶⁴² Si las partes no negocian sobre las materias obligatorias, cometen una práctica laboral desleal.⁶⁴³ Las materias obligatorias son aquellas enumeradas en la sección 9(a) de la NLRA, como “porcentajes de pago, salarios, horas de trabajo u otras condiciones de trabajo”⁶⁴⁴ y en la sección 8(d), como “salarios, horas, y otros términos y condiciones de

⁶³⁵ PEDHIRNEY Y DEVLIN (2022), p. 9.

⁶³⁶ PEDHIRNEY Y DEVLIN (2022), p. 9.

⁶³⁷ PEDHIRNEY Y DEVLIN (2022), p. 9.

⁶³⁸ *NLRB v. Wooster Div. of Borg-Warner Corp.*, 356 U.S. 342 (1958).

⁶³⁹ *Midwest TV, Inc.*, 343 N.L.R.B. 748 (2004).

⁶⁴⁰ *Dixie Elec. Membership Corp. v. NLRB*, 2016 U.S. App. LEXIS 3406, at *6 (5th Cir. Feb. 25, 2016).

⁶⁴¹ PEDHIRNEY Y DEVLIN (2022), p. 10.

⁶⁴² PEDHIRNEY Y DEVLIN (2022), p. 10.

⁶⁴³ PEDHIRNEY Y DEVLIN (2022), p. 10.

⁶⁴⁴ 29 U.S.C. §§ 159(a).

trabajo”.⁶⁴⁵ Las condiciones de trabajo incluyen deberes laborales,⁶⁴⁶ horarios de trabajo,⁶⁴⁷ horarios de descanso,⁶⁴⁸ las normas sobre el lugar de trabajo, incluidos los códigos de vestimenta,⁶⁴⁹ las normas de estacionamiento, las pausas para el almuerzo, los ausentismos, las normas sobre seguridad en el trabajo, las disposiciones sobre jubilación y pensiones, los sistemas de antigüedad, los procedimientos de reclamo, las vacaciones y feriados, la evaluación del desempeño laboral de la unidad de negociación por personas que no son de la unidad⁶⁵⁰ y otros cambios en la operación del negocio que tengan algún impacto, cualquiera sea, en la unidad de los trabajadores representados por el sindicato.⁶⁵¹⁻⁶⁵² Los tribunales de justicia generalmente respetan las decisiones de la NLRB sobre la determinación acerca de si una materia es objeto de negociación colectiva obligatoria o no.⁶⁵³

Las decisiones empresariales fundamentales para la dirección básica de la empresa no están dentro de las materias obligatorias de la negociación colectiva.⁶⁵⁴

Tratándose de los trabajadores sindicalizados, se considera que los exámenes médicos no previstos en la legislación deben ser materia de negociación colectiva obligatoria en conformidad con las secciones 9(a) y 8(d) de la NLRA, por lo que el empleador no puede imponerlos unilateralmente a estos trabajadores. Se consideran condiciones de trabajo las que son materias obligatorias de negociación colectiva. Así, los test de alcohol y drogas exigidos a los actuales trabajadores, que son un tipo de exámenes médicos, son una materia de negociación colectiva obligatoria porque alteran sustancialmente sus términos y condiciones de trabajo al ser

⁶⁴⁵ 29 U.S.C. §§ 158(d).

⁶⁴⁶ *Bohemian Club*, 351 N.L.R.B. 1065 (2007) (el empleador infringió el deber de negociar al asignar unilateralmente a los cocineros tareas de limpieza que antes realizaban los mayordomos).

⁶⁴⁷ *Willamette Indus., Inc. & Weyerhaeuser Co.*, 341 N.L.R.B. 560 (2004).

⁶⁴⁸ *Ahearn v. Jackson Hosp. Corp.*, 351 F.3d 226 (6th Cir. 2003).

⁶⁴⁹ *Crittenton Hosp.*, 342 N.L.R.B. 686 (2004).

⁶⁵⁰ *NLRB v. Brede, Inc.*, 315 F.3d 906 (8th Cir. 2003).

⁶⁵¹ *Verizon N.Y. Inc.*, 339 N.L.R.B. 30 (2003), *aff'd*, 360 F.3d 206 (D.C. Cir. 2004) (el término unilateral por parte del empleador de su programa en el lugar de trabajo, que pagaba a los trabajadores por participar en campañas de donación de sangre, fue una práctica laboral desleal porque involucró un término y condición de trabajo); *Georgia Power Co.*, 342 N.L.R.B. 192 (2004) (el empleador no puede unilateralmente formar un comité ético de trabajadores); *Barnard College*, 340 N.L.R.B. 934 (2003) (el empleador no puede unilateralmente cambiar el procedimiento de reclamos acordado entre las partes).

⁶⁵² PEDHIRNEY Y DEVLIN (2022), p. 10.

⁶⁵³ *NLRB v. Beverly Enterprises-Massachusetts, Inc.*, 174 F.3d 13 (1st Cir. 1999).

⁶⁵⁴ *Local 777, Democratic Union Organizing Comm. v. NLRB*, 603 F.2d 862 (D.C. Cir. 1978).

“pertinentes al ambiente de trabajo” y “no ser de esas decisiones empresariales que forman parte del núcleo del control empresarial”.⁶⁵⁵ Por las mismas razones, los test y exámenes relacionados con el covid-19 deben ser materia de negociación colectiva respecto de trabajadores sindicalizados.⁶⁵⁶ Por el contrario, los reconocimientos médicos exigidos, mandatados por la legislación federal, estatal o local, que no dejan margen de discrecionalidad al empleador, no pueden ser objeto de negociación colectiva, por lo que son una materia de negociación prohibida, como son todas las materias reguladas imperativamente por la legislación que no dejan espacio a la actuación discrecional de las partes.⁶⁵⁷

El empleador podría unilateralmente establecer exámenes médicos respecto de trabajadores sindicalizados si en el acuerdo de negociación colectiva se pacta una cláusula de derecho de administración que lo permite. Una cláusula de derecho de administración cumple dos importantes funciones. Una es que el empleador podría actuar unilateralmente en relación con los términos y condiciones de trabajo que abarca la cláusula en cuestión sin cometer una práctica laboral desleal.⁶⁵⁸ La otra función es que se puede confiar en la cláusula al arbitraje para resolver una ambigüedad en el acuerdo de negociación colectiva o para alegar que, en ausencia de lenguaje para resolver en sentido contrario, la cláusula sobre derecho de gestión permite al empleador un pronunciamiento favorable en la conducta en disputa.⁶⁵⁹

En general, un empleador no puede unilateralmente modificar los términos y condiciones de empleo de los trabajadores durante la vigencia de un instrumento colectivo.⁶⁶⁰ Sin embargo, una cláusula de derechos de gestión autoriza expresamente al empleador a modificar los términos y condiciones de trabajo a que hace referencia.⁶⁶¹ El fundamento de esta cláusula reside en la teoría de que el sindicato puede renunciar lícitamente a su derecho a requerir al empleador que negocie

⁶⁵⁵ *Johnson-Bateman Co.*, 295 N.L.R.B. 180 (1989). En el mismo sentido: *Delta Tube & Fabricating Corp.*, 323 N.L.R.B. 856 (1997); *Crittenton Hosp.*, 342 N.L.R.B. 686 (2004).

⁶⁵⁶ PEDHIRNEY Y DEVLIN (2022), p. 11.

⁶⁵⁷ *Long Island Day Care Servs.*, 303 N.L.R.B. 112, 117 (1991); *Lifeway Foods, Inc.*, 364 N.L.R.B. No. 145 (Nov. 9, 2016).

⁶⁵⁸ PEDHIRNEY Y DEVLIN (2022), p. 11.

⁶⁵⁹ PEDHIRNEY Y DEVLIN (2022), p. 11.

⁶⁶⁰ PEDHIRNEY Y DEVLIN (2022), p. 11.

⁶⁶¹ *Smurfit-Stone Container Corp.*, 344 N.L.R.B. 658 (2005).

sobre ciertas materias al acordar la cláusula de derechos de gestión,⁶⁶² renuncia que debe ser clara y sin error.⁶⁶³

Bajo una cláusula de derecho de gestión pactada en el acuerdo de negociación colectiva que señala que el empleador “tiene el exclusivo derecho para establecer y exigir reglas relacionadas con la conducta del trabajador”, se ha resuelto que la empresa puede establecer unilateralmente una política de alcohol y drogas en virtud de la cual exige test de alcohol y drogas a los trabajadores, sin infringir el acuerdo de negociación colectiva ni la NLRA.⁶⁶⁴ Tampoco un empleador infringe la NLRA a través del establecimiento de exámenes médicos preocupacionales, como los test de alcohol y drogas, que son parte del proceso de evaluación de los postulantes a ofertas de trabajo, debido a que los test previos al empleo no son una materia de negociación colectiva obligatoria, ya que los postulantes a empleos no son trabajadores según la definición de la NLRA; por tanto, dichos test no afectan los términos y condiciones de empleo de los trabajadores.⁶⁶⁵

6.3. La función de la negociación colectiva en relación con los reconocimientos médicos en España

La negociación colectiva constituye una de las fuentes normativas sobre higiene y salud en el trabajo, tal como lo demuestran diversas normas de la LPRL. El artículo 1 indica: “La normativa sobre prevención de riesgos laborales está constituida por la presente Ley, sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas [...]”. Luego, el artículo 2 indica: “Las disposiciones laborales contenidas en esta Ley y en sus normas reglamentarias tendrán en todo caso carácter de Derecho necesario mínimo indisponible, pudiendo ser mejoradas y desarrolladas en los convenios colectivos”. Asimismo, la LPRL, en especial en el apartado sexto de su Exposición de Motivos y en los artículos 35 y 38, habilita expresamente a la negociación colectiva para que regule los derechos de información, consulta y participación en materia de

⁶⁶² PEDHIRNEY Y DEVLIN (2022), p. 11.

⁶⁶³ *Metropolitan Edison Co. v. NLRB*, 460 U.S. 693, 708 (1983); *Provena Hosps.*, 350 N.L.R.B. 808 (2007); *Local Joint Exec. Bd. of Las Vegas v. NLRB*, 515 F.3d 942 (9th Cir. 2008).

⁶⁶⁴ *Chicago Tribune Co. v. NLRB* 974 F.2d 933 (7th Cir. 1992).

⁶⁶⁵ *Star Tribune, Div. of Cowles Media Co.*, 295 N.L.R.B. 543 (1989).

higiene y seguridad, en particular los órganos a través de los que se ejercen esos derechos como son los delegados de prevención y el comité de seguridad y salud.⁶⁶⁶

En materia de reconocimientos médicos, el papel de la negociación colectiva está discutido. En primer lugar, se discute si la negociación colectiva puede regular aspectos de los reconocimientos médicos. En segundo lugar, y en la medida que la respuesta al primer problema sea afirmativa, cuál es el papel que tiene en relación con los reconocimientos médicos.

La primera discusión está relacionada con dos cuestiones. En primer lugar, tratándose de la vigilancia de la salud voluntaria, que se materializa a través de los reconocimientos médicos voluntarios, ¿la negociación colectiva puede regular las condiciones bajo las cuales el trabajador puede prestar su consentimiento? y ¿la organización sindical puede otorgar este consentimiento en reemplazo del trabajador, estableciendo como obligatorio un reconocimiento médico voluntario a través de la negociación colectiva? Se admite que la negociación colectiva pueda regular las condiciones bajo las cuales el trabajador puede prestar un consentimiento válido para someterse a un reconocimiento médico voluntario, lo que constituye una garantía para el trabajador, ya que impone al empresario ciertas condiciones al proporcionar la vigilancia de la salud voluntaria a los trabajadores.⁶⁶⁷ En cambio, se niega que la negociación colectiva pueda suplir el consentimiento del trabajador en la vigilancia voluntaria, haciendo obligatorios reconocimientos médicos que la legislación reconoce como voluntarios en beneficio del trabajador.⁶⁶⁸ Una cláusula contractual que haga obligatorios reconocimientos que legalmente son voluntarios sería ilegal.⁶⁶⁹ El artículo 22.1 de la LPRL dispone respecto de los reconocimientos médicos voluntarios que “esta vigilancia solo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento. De este carácter voluntario solo se exceptuarán [ciertos casos]”. Lo que demostraría que el legislador exige la voluntad personal del trabajador, quien puede rechazar someterse a reconocimientos médicos voluntarios establecidos de esta forma en la legislación, inclusive si se instauraran con carácter obligatorio en el convenio colectivo.⁶⁷⁰

⁶⁶⁶ MENDOZA (2013), pp. 1-3.

⁶⁶⁷ SAN MARTÍN (2004), p. 189.

⁶⁶⁸ SAN MARTÍN (2004), pp. 189-190.

⁶⁶⁹ SAN MARTÍN (2004), p. 190.

⁶⁷⁰ SAN MARTÍN (2004), pp. 189-190.

La segunda cuestión vinculada a la primera discusión se refiere a si la negociación colectiva puede establecer reconocimientos médicos obligatorios bajo el supuesto de excepción legal del artículo 22.1, inciso 2 de la LPRL “cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad”. En otras palabras, se discute si la negociación colectiva se encuadra o no dentro de la expresión “disposición legal” que emplea el artículo 22.1 de la LPRL, pues dependiendo de ello se podrá sostener si la negociación colectiva puede ser una fuente independiente de reconocimientos médicos obligatorios o no. Un sector de la doctrina sostiene que dentro de la expresión “disposición legal” cabe incluir también los convenios colectivos, lo que, por tanto, podrían establecer reconocimientos médicos obligatorios en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad de forma independiente a la normativa estatal.⁶⁷¹ Esta postura es compartida por un sector de la jurisprudencia judicial.⁶⁷²

Otro sector doctrinal niega que dentro de las disposiciones legales se incluyan los convenios colectivos, entendiendo que esta expresión comprende solo las disposiciones estatales, y de ningún modo puede abarcar los convenios colectivos; por tanto, estos no podrían consagrar reconocimientos médicos obligatorios totalmente independientes de los que establece la normativa estatal.⁶⁷³ Agrega esta doctrina que lo que la negociación colectiva puede efectuar es concretizar, materializar, los supuestos de reconocimientos médicos obligatorios legales que son excepción a la voluntariedad establecida legalmente, asumiendo una función de complementariedad.⁶⁷⁴ De esta forma, la negociación colectiva tiene como función complementar, desarrollar las situaciones en que las normas legales o reglamentarias contemplan reconocimientos médicos obligatorios, pero en ningún caso puede imponerlos al margen o contra

⁶⁷¹ SALA Y ARNAU (1996), p. 101; DE VICENTE (1998), p. 281; FERNÁNDEZ (1997), p. 235; GARCÍA Y VICENTE (2002), p. 183.

⁶⁷² STS, 28 de diciembre de 2006, RJ 2006, 1503; STSJ de Madrid, 20 de septiembre de 2004, JUR 2004, 277909; STSJ de Castilla y León, 7 de enero de 1998 (AS 1998, 5074); STSJ de Andalucía, 1 de julio de 1998 (AS 1998, 3377).

⁶⁷³ GARCÍA *et al.* (1996), pp. 208-2015; GORELLI (1996), p. 237; CABEZA Y LOUSADA (1998), p. 120; MARTÍNEZ (2002), p. 45; SAN MARTÍN (2004), pp. 193-194; FERNÁNDEZ (2021), pp. 63-64.

⁶⁷⁴ GARCÍA *et al.* (1996), p. 208; GARCÍA Y PEDROZA (1999), p. 48; MORENO (2002), p. 456; SAN MARTÍN (2004), pp. 189-190; ALAMEDA (2013), p. 296; GARCÍA (2023), pp. 165-166.

el tenor de la normativa estatal, pues devendría en ilegal esa cláusula.⁶⁷⁵ Siguiendo esta postura, es posible distinguir dos situaciones. Una de ilegalidad del convenio colectivo “cuando, en el ámbito de aplicación del convenio colectivo, no concurren los supuestos legalmente previstos para una vigilancia obligatoria de la salud de los trabajadores [...], el convenio deviene en ilegal, sin que la negativa del trabajador pueda causarle ningún perjuicio, precisamente por la indisponibilidad del artículo 22.1 de la LPRL y por el carácter voluntario que tienen los reconocimientos y pruebas médicos”,⁶⁷⁶ y otra de legalidad del convenio colectivo “cuando dicho instrumento asuma una función de complementariedad respecto de la Ley y demás normas reglamentarias de desarrollo, esto es, cuando el convenio regule los supuestos en los que la vigilancia asuma una función evaluadora de los efectos que provocan las condiciones de trabajo, así como las circunstancias para verificar la adecuación del trabajador a su puesto de trabajo o función, tanto en el momento del ingreso al trabajo, como con carácter periódico o cuando lo exijan las circunstancias personales del trabajador”.⁶⁷⁷ El principal fundamento de esta posición es la naturaleza jurídica de las reglas estatales sobre prevención de riesgos laborales que son normas de derecho mínimo necesario indisponible, tal como lo demuestra el artículo 2 de la LPRL, por lo que la negociación colectiva solamente puede desarrollarlas y mejorarlas, pero no alterar *in peius* lo dispuesto en las normas legales.⁶⁷⁸

Esta segunda posición de la doctrina, igualmente, es compartida por un sector de la jurisprudencia,⁶⁷⁹ que ha resuelto que “el convenio colectivo no puede en modo alguno prever otros supuestos de obligatoriedad distintos a los de la Ley, ni introducir en la disciplina de los reconocimientos médicos obligatorios aspectos que no encajen en el marco de las directrices en torno a las cuales debe ordenarse. Únicamente puede colaborar con la norma estatal en la

⁶⁷⁵ GONZÁLEZ (2002), pp. 252-253; SAN MARTÍN (2004), pp. 193-194; POQUET (2013), pp. 127-128; LOUSADA Y NÚÑEZ (2016), pp. 79-80.

⁶⁷⁶ GARCÍA *et al.* (1996), pp. 207-208. En el mismo sentido: GARCÍA Y PEDROZA (1999), p. 48; MORENO (2002), p. 456; ESCUDERO (2003), p. 35; MELÉNDEZ (2004), p. 85; SAN MARTÍN (2004), pp. 193-194; MORENO (2010), p. 67; TOSCANI (2011), p. 59; POQUET (2013), pp. 127-128; LOUSADA Y NÚÑEZ (2016), p. 80.

⁶⁷⁷ GARCÍA *et al.* (1996), pp. 207-208. En el mismo sentido: GARCÍA Y PEDROZA (1999), p. 48; MORENO (2002), p. 456; MELÉNDEZ (2004), p. 85; SAN MARTÍN (2004), pp. 193-194; MORENO (2010), p. 67; TOSCANI (2011), p. 59; POQUET (2013), pp. 127-128; LOUSADA Y NÚÑEZ (2016), p. 80.

⁶⁷⁸ GONZÁLEZ (2002), p. 252; SAN MARTÍN (2004), p. 193; POQUET (2013), p. 127; LOUSADA Y NÚÑEZ (2016), p. 80.

⁶⁷⁹ STS 3046/2015, 10 de junio, Rec. N° 178/2014; STSJ de Cataluña 1915/2016, 31 de marzo, Rec. N° 304/2016.

delimitación y precisión de las excepciones legalmente establecidas a la exigencia de consentimiento, asumiendo una función de complementariedad”.⁶⁸⁰

Los estudios que se han realizado sobre el contenido de los convenios colectivos demuestran que regulan diversos aspectos de los reconocimientos médicos,⁶⁸¹ entre los que se destacan: su periodicidad;⁶⁸² reconocimientos médicos obligatorios, incluyendo la etapa precontractual como parte de los procesos de selección, varios de forma independiente a los supuestos obligatorios establecidos en las normas estatales;⁶⁸³ reconocimientos médicos voluntarios;⁶⁸⁴ el contenido de los reconocimientos médicos, precisando los exámenes y test a que se someten los trabajadores;⁶⁸⁵ el tiempo y lugar de los reconocimientos médicos.⁶⁸⁶

⁶⁸⁰ STS 3046/2015, 10 de junio, Rec. N° 178/2014.

⁶⁸¹ Véanse, entre otros, para un mayor estudio: TUDELA Y VALDEOLIVAS (2009), pp. 282-325; MENDOZA (2013), pp. 27-41; GARCÍA (2023), pp. 95-101.

⁶⁸² TUDELA Y VALDEOLIVAS (2009), pp. 305-313; MENDOZA (2013), pp. 29-32.

⁶⁸³ TUDELA Y VALDEOLIVAS (2009), pp. 282-325; MENDOZA (2013), pp. 32-37; GARCÍA (2023), pp. 95-101.

⁶⁸⁴ TUDELA Y VALDEOLIVAS (2009), pp. 313-317.

⁶⁸⁵ TUDELA Y VALDEOLIVAS (2009), pp. 288-304; MENDOZA (2013), pp. 37-40.

⁶⁸⁶ MENDOZA (2013), p. 40.

CAPÍTULO II: FUNCIONES Y LÍMITES DE LOS EXÁMENES MÉDICOS EN EL TRABAJO

Los reconocimientos médicos pueden tener funciones lícitas restringidas como consecuencia de los derechos a la intimidad y no discriminación de los trabajadores, que imponen límites a las finalidades que el empresario puede o debe perseguir a través de los exámenes médicos laborales. De esta forma, serán legítimos los fines de los reconocimientos médicos que no constituyen un atentado contra los derechos de los trabajadores protegidos en el trabajo; en cambio, serán ilegítimos los que atentan contra tales derechos.

Asimismo, los derechos a la intimidad y a la no discriminación limitan las oportunidades en que pueden o deben tener lugar los reconocimientos médicos, los que no pueden requerirse a los candidatos a empleos y a los trabajadores en cualquier oportunidad o situación. Además, según la oportunidad en que pueden tener lugar, los reconocimientos médicos persiguen diferentes finalidades; todas o algunas pueden ser las funciones legítimas que el ordenamiento jurídico les reconoce.

I. Finalidades legítimas de los reconocimientos médicos en el empleo

Los ordenamientos jurídicos admiten los reconocimientos médicos con distintas finalidades o funciones. Los reconocimientos médicos podrían utilizarse para: (1) determinar si el postulante o trabajador cumple los requisitos físicos y/o psicológicos necesarios para ejecutar las labores inherentes al puesto de trabajo; (2) determinar o descartar que la salud del postulante o trabajador constituya un riesgo para la seguridad o salud del propio examinado o de terceras personas; (3) vigilar la salud del trabajador ante la exposición a sustancias peligrosas y condiciones de trabajo riesgosas para la salud; (4) determinar qué ajustes razonables requiere una persona con discapacidad o con otra condición de salud; (5) determinar si el trabajador ha sufrido un accidente del trabajo o enfermedad profesional; (6) contribuir a determinar al candidato o trabajador con el atributo de la acción positiva bajo la legislación antidiscriminación; (7) controlar el correcto uso de licencias médicas, y (8) como parte de los beneficios otorgados por la empresa a los trabajadores. Las finalidades primera y segunda persiguen determinar si el postulante o trabajador reúne las exigencias físicas y o psicológicas indispensables para realizar

el trabajo de forma segura y llevar a cabo los requerimientos inherentes al puesto de trabajo que se ocupa sin riesgo para la seguridad y salud, por lo que se examinarán de forma conjunta.

Las legislaciones domésticas examinadas regulan de forma diferente cada una de las funciones legítimas que pueden perseguirse mediante los reconocimientos médicos laborales; cada una de ellas tiene un alcance diverso, con mayor amplitud en las legislaciones australiana y norteamericana, y más restringido en la legislación española.

1. Determinación de los requerimientos psicofísicos inherentes al puesto de trabajo

Ciertos puestos de trabajo exigen una determinada aptitud física y/o psicológica en el trabajador para cumplir las funciones y los deberes que les son inherentes, de forma adecuada y sin riesgos para la vida o seguridad del propio trabajador, de compañeros de trabajo y/o del público en general. Cuando la aptitud psicofísica es indispensable para que el trabajador pueda desempeñar las funciones propias del trabajo sin riesgo para la vida o seguridad, constituye un requerimiento inherente al puesto de trabajo, llamado también en ciertos ordenamientos jurídicos “requerimiento o cualificación ocupacional de buena fe” (*bona fide occupational requirement*).⁶⁸⁷ Esto permite fundamentar decisiones laborales perjudiciales para el trabajador si no cumple con el requerimiento psicofísico inherente; de este modo no puede desempeñar las funciones esenciales del trabajo, inclusive con un ajuste razonable que no es carga injustificada para el empleador.

En las legislaciones examinadas existe un tratamiento diferente sobre los requerimientos psicofísicos inherentes al trabajo. Así, en España no se admite de forma unánime que los reconocimientos médicos puedan tener como finalidad determinar la aptitud psicofísica para el trabajo. En cambio, en Australia y Estados Unidos la legislación reconoce que los exámenes médicos puedan utilizarse para determinar si el trabajador tiene la aptitud psicofísica indispensable para el trabajo o no.

⁶⁸⁷ Siguiendo el modelo estadounidense, en el ordenamiento jurídico canadiense las exigencias indispensables para cumplir las funciones inherentes al trabajo se llaman *bona fide occupational requirements*, y no se califican discriminatorias al considerarse justificadas. Cfr.: ADAMS (2016), pp. 64-66. En la Civil Rights Act de 1964, de Estados Unidos, se llaman *bona fide occupational qualification* (42 U.S.C. § 2000e-2(e)(1)). Cfr.: ONTIVEROS *et al.* (2021), pp. 214-2023. En la Unión Europea, bajo el artículo 4 de la Directiva 2000/78, estas exigencias se llaman “requisitos ocupacionales genuinos”. Cfr.: PITT (2011), pp. 1-13.

1.1. Determinación de los requerimientos psicofísicos inherentes al puesto de trabajo en Australia

La legislación antidiscriminación federal⁶⁸⁸ y cierta legislación antidiscriminación estatal⁶⁸⁹ establecen algunas excepciones generales a la discriminación que hacen legítimos los reconocimientos médicos, debido a que persiguen hacer efectivas esas excepciones a la discriminación ilegal. En consecuencia, no se considera discriminación una decisión laboral fundada en que el trabajador no puede desempeñar las funciones inherentes al trabajo, inclusive con ajuste razonable.⁶⁹⁰ Por lo mismo, se admiten los reconocimientos médicos que buscan determinar la aptitud psicofísica necesaria para cumplir los requerimientos inherentes del trabajo.⁶⁹¹

La sección 21A(1) de la DDA dispone la incapacidad de cumplir los requisitos inherentes al trabajo como defensa a una demanda por discriminación ilegal por discapacidad en el trabajo, incluyendo la contratación, promoción, transferencia o despido, cuando la persona, a causa de su discapacidad, no es capaz de cumplir los requisitos inherentes al trabajo en particular, inclusive si el empleador, empresa principal o director hizo los ajustes razonables para la persona afectada. A nivel estatal, ciertos estados siguen similar modelo de regulación, tal como New South Wales⁶⁹² y Victoria.⁶⁹³

La legislación no define lo que constituye requerimientos inherentes del trabajo. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina lo han determinado. Se trata de las exigencias que permiten al trabajador cumplir su deber implícito del contrato de trabajo, consistente en ser capaz de ejecutar con cuidado razonable y habilidad los deberes esenciales del trabajo.⁶⁹⁴ Entre los requerimientos inherentes, no se incluyen solamente las exigencias físicas y psicológicas que permiten llevar a cabo las tareas esenciales del trabajo, sino también las condiciones psicofísicas indispensables

⁶⁸⁸ Disability Discrimination Act 1992 (Cth), s. 21A.

⁶⁸⁹ Anti-Discrimination Act 1977 (NSW), s. 49D(4); Equal Opportunity Act 2010 (Vic), ss. 20(2), 33(2) y 86.

⁶⁹⁰ Disability Discrimination Act 1992 (Cth), s. 21A; Anti-Discrimination Act 1977 (NSW), s. 49D(4); Equal Opportunity Act 2010 (Vic), s. 86.

⁶⁹¹ JOHNSTONE (1988), p. 117; GUTHRIE (2003), p. 102; FOSTER (2016), pp. 582-590.

⁶⁹² Anti-Discrimination Act 1977 (NSW), s. 49D(4).

⁶⁹³ Equal Opportunity Act 2010 (Vic), ss. 20(2), 33(2) y 86.

⁶⁹⁴ *X v. Commonwealth* (1999) 200 CLR 177; FOSTER (2016), pp. 582-590.

para que el trabajador y el empleador cumplan con su deber de seguridad, para evitar poner en riesgo la seguridad propia y de terceros.⁶⁹⁵

En *X v. Commonwealth*, la Corte Suprema de Australia determinó el alcance del requerimiento inherente del trabajo a propósito de los exámenes médicos al declarar ajustado a derecho el despido de un soldado que dio positivo de VIH en un reconocimiento médico, por considerar que el soldado constituía un riesgo para la seguridad de los compañeros, pues de herirse podía contagiar de VIH con su sangre a otros soldados.⁶⁹⁶ El ministro McHugh sostuvo: “Los requisitos inherentes de un particular empleo no se limitan a la capacidad o habilidad físicas del trabajador para realizar la tarea o actividad característica del empleo. En la mayoría de las situaciones laborales, los requisitos inherentes del empleo también requerirán que el trabajador sea capaz de trabajar de una forma que no represente un riesgo para la salud o seguridad de compañeros de trabajo”.⁶⁹⁷ De manera similar, los ministros Gummow y Hayne, con quienes los ministros Gleeson y Callinan estuvieron de acuerdo, sostuvieron: “Tanto de la referencia a los requisitos inherentes como de la referencia a un empleo particular se deduce que, al considerar la aplicación de la sección 15(4)(a), es necesario identificar no solamente los términos y condiciones que estipulan lo que el trabajador tiene que hacer o para lo que está capacitado, sino también esos términos y condiciones que identifican las circunstancias en las que se llevará a cabo el empleo particular. Esas circunstancias a menudo incluirán el lugar o lugares en los cuales el empleo se llevará a cabo y también pueden abarcar otras consideraciones. Por ejemplo, puede ser necesario considerar si el trabajador va a trabajar con otros de alguna forma particular. También puede ser necesario considerar los peligros a los cuales el trabajador podría estar expuesto y los peligros a los cuales el trabajador podría exponer a otros”.⁶⁹⁸

En *X v. Commonwealth*, la Corte Suprema australiana siguió su jurisprudencia precedente.⁶⁹⁹ También han seguido esta jurisprudencia otros tribunales inferiores.⁷⁰⁰

⁶⁹⁵ *X v. Commonwealth* (1999) 200 CLR 177; FOSTER (2016), pp. 582-590.

⁶⁹⁶ *X v. Commonwealth* (1999) 200 CLR 177.

⁶⁹⁷ *X v. Commonwealth* (1999) 200 CLR 177, 181-182 [11].

⁶⁹⁸ *X v. Commonwealth* (1999) 200 CLR 177, 208 [103].

⁶⁹⁹ *Qantas Airways Ltd v. Christie* (1998) 193 CLR 280.

⁷⁰⁰ *Power v. Aboriginal Hostels Ltd* [2004] FMCA 452; *Vickers* [2006] FMCA 1232; *Gordon v. Commonwealth* [2008] FCA 603.

Un método práctico para determinar si un requerimiento es un requisito inherente o no es el sentido ordinario de la expresión, es decir, preguntar si la posición podría ser esencialmente la misma si ese requisito fuera suprimido.⁷⁰¹

La capacidad o inhabilidad física o psicológica para desempeñar las labores esenciales del trabajo de forma segura deben determinarse sobre la base de evidencia médica que sea concluyente, no puede fundarse en meros estereotipos del empleador.⁷⁰² Por tanto, debe rechazarse la aplicación de la excepción de la DDA y de las leyes antidiscriminación estatales cuando la evidencia médica no demuestra que el postulante o trabajador sea incapaz de desempeñar las funciones esenciales del cargo.⁷⁰³

1.1.1. *Determinación de la aptitud física y/o psicológica para ejecutar las labores inherentes al cargo*

Por su naturaleza, ciertos empleos exigen una particular capacidad psicofísica, que constituye un requisito inherente al puesto de trabajo, sin el cual el trabajador no puede cumplir las funciones del trabajo. En *X v. Commonwealth*, los ministros Gummow y Hayne precisan el alcance de los requerimientos inherentes: “La referencia a los requisitos inherentes llama la atención sobre cuáles son las características o requisitos esenciales del empleo, en contraposición a aquellos requisitos que podrían ser descritos como periféricos. [...] Los requisitos que deben considerarse son los requisitos del empleo en particular, no los requisitos del empleador de algún tipo identificado o de algún empleo diferente modificado para satisfacer las necesidades de un trabajador discapacitado o postulante de trabajo”.⁷⁰⁴ Más precisamente, a propósito del no cumplimiento de los requisitos inherentes a una posición como razón válida de despido, la jurisprudencia laboral sostiene que: “Para determinar qué son requisitos inherentes a una posición particular, usualmente se requiere un examen de las tareas a desempeñar, porque es la

⁷⁰¹ *Qantas Airways Ltd v. Christie* (1998) 193 CLR 280, 295 [36].

⁷⁰² *Power v. Aboriginal Hostels Ltd* [2004] FMCA 452, [58], [68].

⁷⁰³ *Power v. Aboriginal Hostels Ltd* [2004] FMCA 452.

⁷⁰⁴ *X v. Commonwealth* (1999) 200 CLR 177, [209].

capacidad para desempeñar esas tareas lo que es un requisito inherente a la posición particular”.⁷⁰⁵

Si para su desempeño las tareas esenciales del puesto de trabajo exigen como requisito esencial cierta aptitud psicofísica, resultan procedente los exámenes médicos para determinar si el postulante o trabajador la tiene.⁷⁰⁶ Si el reconocimiento médico determina que el postulante o trabajador no tiene actualmente la aptitud psicofísica que exige el empleo para desempeñar los requisitos inherentes de la posición, el empleador podrá adoptar una decisión perjudicial para el trabajador.⁷⁰⁷ Por el contrario, si el reconocimiento médico arroja o no determina que el postulante o trabajador sea incapaz física o psicológicamente para desempeñar el trabajo, deberá concedérsele el trabajo o no despedirlo.⁷⁰⁸

Los reconocimientos médicos deben estar específicamente dirigidos a determinar si el candidato o trabajador reúne o no las condiciones psicofísicas indispensables para desempeñar actualmente las funciones inherentes al puesto de trabajo.⁷⁰⁹ Si no cumple la aptitud psicofísica para desempeñar las funciones inherentes al trabajo de forma segura, el empleador podrá no extender o revocar una oferta de trabajo al postulante⁷¹⁰ y terminar el contrato de trabajo del trabajador en cuestión.⁷¹¹

Por el contrario, el rechazo general de un postulante o el despido de un trabajador con base en el conocimiento de una particular condición médica, sin evidencia médica objetiva de que dicha condición produce una incapacidad actual para desempeñar las funciones inherentes de la posición, serán comúnmente ilegales y discriminatorios.⁷¹² Del mismo modo, si la condición de salud del postulante o trabajador es mal diagnosticada, y no le impide realmente desarrollar las funciones inherentes al puesto de trabajo, y el empleador actúa basándose en esa información, el

⁷⁰⁵ *Hail Creek Coal Pty Ltd v. CFMEU* (2004) 143 IR 354, [124].

⁷⁰⁶ FOSTER (2016), pp. 582-584.

⁷⁰⁷ FOSTER (2016), pp. 582-584.

⁷⁰⁸ FOSTER (2016), pp. 582-584.

⁷⁰⁹ FOSTER (2016), pp. 582-585.

⁷¹⁰ JOHNSTONE (1988), pp. 117-118.

⁷¹¹ STEWART *et al.* (2016), pp. 738-739; *Hail Creek Coal Pty Ltd v. CFMEU* (2004) 143 IR 354, [124]; *Simmons Ltd v. Hay* [1964-1965] NSW 416; *Giancaspro v. Eurest (Australia) Pty Ltd* [2004] SAIRC 63.

⁷¹² *Holdaway v. Qantas Airways Ltd* (1992) EOC 92-395; *Barry v. Victoria* (1994) EOC 92-598; *Zraika v. Commissioner of Police, NSW Police* [2004] NSWADT 67; *Dziurbas v. Mondelez Australia* [2015] VCAT 1432.

postulante o trabajador, por lo general, podrán accionar con éxito por discriminación por discapacidad.⁷¹³ Por ejemplo, en *Vickers v. Ambulance Service (NSW)* se resolvió que el rechazo de la postulación a conductor de ambulancia basado en un diagnóstico de diabetes tipo 1 insulino dependiente fue discriminatorio, porque no había antecedentes de dificultades en el manejo de tal condición; además, la evidencia médica reveló que el señor Vickers tuvo excelente gestión de su condición de salud, que pudo haber tomado precauciones contra los eventos hipoglucémicos que ocurrían para prevenir el riesgo contra sí mismo, sus compañeros de trabajo y pacientes mientras hubiera conducido.⁷¹⁴

Igualmente, deben descartarse como incumplimiento de los requisitos psicofísicos inherentes al trabajo las condiciones médicas que están asociadas a la propensión a tener mala salud y vulnerabilidad de los trabajadores a riesgos ocupacionales y ausencia en el trabajo. De esta forma, a menos que el trabajador tenga una particular y específica incapacidad psicofísica que le impida cumplir las funciones inherentes al trabajo, el empleador no puede excluir trabajadores basado en la opinión médica que puede predecir la ausencia al trabajo por enfermedad.⁷¹⁵

Resulta esencial distinguir entre predicción y pronóstico. “Pronóstico es una declaración sobre el curso futuro de una enfermedad o condición de salud presente o pasada”.⁷¹⁶ Es legítimo que un médico proporcione un pronóstico sobre una condición de salud que padece el postulante o trabajador, sobre las consecuencias que le producirá en el futuro producto del trabajo y las medidas de seguridad para disminuir o eliminar esas consecuencias degenerativas.⁷¹⁷ En cambio, “una predicción médica se refiere a los riesgos percibidos de que el trabajador contraiga una enfermedad o desarrolle síntomas que aún no se han manifestados, basada en datos estadísticos y otros test”.⁷¹⁸ Para la actual jurisprudencia australiana, la predicción médica no es admitida para determinar la capacidad psicofísica de la persona que es requisito inherente del trabajo.⁷¹⁹

⁷¹³ *Gordon v. Commonwealth* [2008] FCA 603.

⁷¹⁴ *Vickers v. Ambulance Service (NSW)* [2006] FMCA 1232.

⁷¹⁵ GUTHRIE Y WESTAWAY (2009), p. 813.

⁷¹⁶ GUTHRIE Y WESTAWAY (2009), p. 813.

⁷¹⁷ GUTHRIE Y WESTAWAY (2009), p. 813.

⁷¹⁸ GUTHRIE Y WESTAWAY (2009), p. 813.

⁷¹⁹ GUTHRIE Y WESTAWAY (2009), p. 813.

1.1.2. *Descartar o disminuir los riesgos para la vida y seguridad de terceras personas*

En la legislación australiana, el empleador tiene una obligación de seguridad bajo el *common law* y la legislación estatutaria, que le impone adoptar todas las medidas razonablemente practicables para eliminar o disminuir los riesgos para los trabajadores y el público en general.⁷²⁰ Si la salud del trabajador puede constituir un riesgo para la vida o seguridad de compañeros de trabajo o el público en general, se admite que los reconocimientos médicos pueden perseguir descartar o determinar que la salud del postulante o trabajador constituya un riesgo para la salud o seguridad de terceras personas.⁷²¹

El alcance de esta función de los reconocimientos médicos se ha discutido principalmente con ocasión de controversias sobre discriminación por discapacidad, cuando el empleador adopta una decisión perjudicial para el postulante o trabajador fundado en que su salud constituye un riesgo para la seguridad de terceras personas. Solamente se ha rechazado la acción por discriminación cuando el trabajador padece una enfermedad o condición de salud que realmente constituye un riesgo actual para la seguridad de terceras personas y existe evidencia médica objetiva que así lo demuestre; se considera, entonces, que el trabajador no reúne un requisito inherente para el puesto de trabajo, que consiste desempeñar sus funciones sin riesgo para la seguridad de terceras personas.⁷²²

La sección 22A(1) de la Disability Discrimination Act 1992 (Cth), a nivel federal, y la sección 49D(4) de la Anti-Discrimination Act 1977 (NSW), a nivel estatal, consideran lícito discriminar cuando el trabajador es incapaz de desempeñar los requerimientos inherentes al trabajo, excepción general dentro de la cual se incluye ejecutar labores con riesgo para la salud y/o seguridad de compañeros de trabajo y el público en general.⁷²³

⁷²⁰ JOHNSTONE (1988), pp. 119-126; GUTHRIE (2003), pp. 97-98; OWENS *et al.* (2011), pp. 294-296; STEWART *et al.* (2016), pp. 738-739; IRVING *et al.* (2019), pp. 670-673; JOHNSTONE Y TOOMA (2022), pp. 32-38; SAPPIDEEN *et al.* (2022), pp. 276-279, 306-309

⁷²¹ JOHNSTONE (1988), pp. 119-126.

⁷²² *X v. Commonwealth* (1999) 200 CLR 177; *Green v. Dept of Family and Community Services* [2013] NSWADT 193. En doctrina, véase OWENS *et al.* (2011), pp. 282.

⁷²³ FOSTER (2016), pp. 577, 589-590.

De forma más específica, otras leyes antidiscriminación estatales consideran lícita la discriminación efectuada para proteger la salud, seguridad y la propiedad.⁷²⁴ La sección 86(1) de la Equality Act 2010 del estado de Victoria sigue este criterio, al disponer que “una persona puede discriminar a otra persona sobre la base de discapacidad o características físicas si la discriminación es razonablemente necesaria (a) para proteger la salud o seguridad de cualquier persona (incluida la persona discriminada) o del público en general, o (b) para proteger la propiedad de cualquier persona (incluida la persona discriminada) o cualquier propiedad pública”.

Los resultados de los reconocimientos médicos que funden una decisión perjudicial para el candidato o trabajador deben determinar que realmente su condición psicofísica constituye un riesgo directo para la salud o seguridad de terceras personas, para lo cual resulta esencial determinar cuándo existe ese riesgo.⁷²⁵ Para establecer si el candidato o trabajador representa un riesgo para la salud o seguridad de otros trabajadores, otras personas o la propiedad, la jurisprudencia ha precisado que “será relevante tener en cuenta tanto el grado del riesgo (en el sentido de la posibilidad de que se produzca) como las consecuencias de haberse producido (en el sentido de la gravedad del daño que se produciría, si es que ocurre)”.⁷²⁶ La condición de salud del trabajador debe poseer riesgos para la salud o seguridad de las personas mientras desempeña el trabajo, riesgos que se incrementan a causa de la condición de salud o las consecuencias de los riesgos que se producirían serían más serias.⁷²⁷ Estos riesgos se producen si el trabajador tiene una interacción permanente con otras personas, por ejemplo, compañeros de trabajo o clientes; en cambio, si la interacción no existe o es ocasional, la condición de salud del trabajador no sería un riesgo para la seguridad o salud de terceros.⁷²⁸

Para determinar si la condición de salud del candidato o trabajador constituye un riesgo real y actual para la seguridad de terceros, deberán analizarse normalmente las siguientes cuestiones: (1) Debido a alguna característica o función esencial del empleo, ¿la discapacidad o condición

⁷²⁴ Equal Opportunity Act 1984 (SA), s. 71(2)(a); Anti-Discrimination Act 1991 (Qld), s. 108; Equal Opportunity Act 2010 (Vic), s. 86(1).

⁷²⁵ FOSTER (2016), pp. 592-601.

⁷²⁶ *Wyong Shire Council v. Shirt* (1980) 146 CLR 40 at 47-48; *X v. Commonwealth* (1999) 200 CLR 177, [209].

⁷²⁷ *X v. Commonwealth* (1999) 200 CLR 177, [209].

⁷²⁸ *X v. Commonwealth* (1999) 200 CLR 177, [209].

de salud representa un riesgo real para la seguridad o salud de otras personas o para la propiedad del empleador? Para determinar si existe un riesgo real relevante se debe considerar: (a) el grado del riesgo; (b) las consecuencias de la producción del riesgo; (c) las obligaciones legales del empleador hacia sus compañeros de trabajo y otras personas, ya sea que surjan del deber de seguridad del *common law*, de los estatutos de seguridad y salud ocupacionales o de otras regulaciones del contrato de trabajo; (d) la función que el trabajador desempeña como parte de la empresa del empleador; (e) la organización de la empresa del empleador. (2) Si la respuesta a la pregunta 1 es negativa, luego la condición de salud no impide al trabajador cumplir los requerimientos inherentes del empleo particular, ya que puede ejecutar de forma segura sus funciones.⁷²⁹ Si la respuesta a la pregunta 1 es afirmativa, no obstante, será necesario determinar si el trabajador puede ejecutar el trabajo de forma segura con la asistencia de “servicios o facilidades” que el empleador podría proporcionar sin cargas injustificadas, en virtud de la obligación de seguridad y el deber de ajuste razonable consagrado en la legislación antidiscriminación.⁷³⁰

Muchas veces es la legislación la que específicamente impone una condición de salud determinada para evitar riesgos para la seguridad o salud; de este modo, no existe discrecionalidad ni libertad para el empleador al momento de requerir reconocimientos médicos o sus resultados, ni puede adoptar una decisión sin los reconocimientos médicos ni sus resultados. En estas situaciones no habrá mayor controversia, ya que no se cuestiona la legalidad de la conducta observada en cumplimiento de la legislación imperativa.⁷³¹ Mayor controversia existirá cuando el empleador, fundado en la obligación de seguridad general, exige cierta condición de salud como requisito inherente para prevenir riesgos para la seguridad. El riesgo debe ser evaluado realísticamente, no sobre la base de la especulación, con remotas posibilidades de producirse. Por ello se ha sostenido que “en general, cualquier determinación sobre requerimientos de salud y seguridad en el lugar de trabajo debe basarse en una evaluación individualizada de evidencia específica y objetiva sobre la capacidad actual de un determinado individuo para desempeñar las funciones esenciales del trabajo, no basado en suposiciones o

⁷²⁹ *X v. Commonwealth* (1999) 200 CLR 177, [209].

⁷³⁰ *X v. Commonwealth* (1999) 200 CLR 177, [209].

⁷³¹ FOSTER (2016), p. 591.

especulaciones sobre la discapacidad. [...] Los riesgos de contratar a una persona con discapacidad deben ser específicos en vez de generales, significantes en vez de mínimos, actuales en vez de especulativos o remotos, antes que una persona con discapacidad pueda ser legalmente rechazada de un trabajo”.⁷³²

En diversas oportunidades, la jurisprudencia australiana ha determinado qué condición de salud exigida por el empleador fundado en la obligación de seguridad general constituye un requisito inherente al trabajo, sin perjuicio de que la legislación también lo puede determinar. La ausencia de riesgo de contagio con VIH se considera un requisito inherente cuando existe posibilidad real de que la sangre del trabajador tome contacto con compañeros de trabajo o terceros y haya riesgo de transmisión del VIH; en esas situaciones se admite la legalidad de los reconocimientos médicos. En *X v. Commonwealth*, el apelante, X, fue dado de baja del ejército al ser diagnosticado como VIH positivo (aunque aparentemente gozaba de buena salud y estaba “libre de síntomas”). El Commonwealth argumentó que era un requerimiento inherente al empleo del solicitante que fuera capaz de ser destinado según lo exigieran las Fuerzas Armadas, requerimiento que surgía de consideraciones de eficacia y eficiencia operativa necesaria para la defensa nacional. Se sostuvo que el apelante no podría ser destinado según lo necesitaran las Fuerzas Armadas porque, sea en entrenamiento o en combate, el soldado podría ser herido y derramar sangre, con el riesgo de transmisión de la infección por VIH a otro soldado.⁷³³ De manera similar, en *M v. Dental Board of Queensland*, fundado en el deber de seguridad, se resolvió que la aplicación de una política en virtud de la cual se excluye a una persona para ejercer como dentista por ser diagnosticado como VIH positivo es razonablemente necesaria para proteger la seguridad tanto de los pacientes como de los enfermeros dentales, quienes están expuestos a riesgos de contagio con VIH que padece el dentista.⁷³⁴

Por el contrario, si el riesgo de transmisión o contagio de un virus o enfermedad no existe, o es poco probable, y no representa un riesgo para el empleador, compañeros de trabajo o público en general, el empleador no debería examinar al trabajador, ni menos aún tomar decisiones

⁷³² CCH AUSTRALIA LIMITED (1984), p. 595. En el mismo sentido: FOSTER (2016), p. 591.

⁷³³ *X v. Commonwealth* (1999) 200 CLR 177.

⁷³⁴ *M v. Dental Board of Queensland* [2011] QCAT 373.

perjudiciales para este.⁷³⁵ En la mayoría de los casos, el VIH no presenta un riesgo real para la salud de terceros, por lo que si en esos casos se toma una decisión perjudicial para el trabajador que tiene VIH, podría considerarse discriminatoria, pues la ausencia de VIH no constituye un requisito inherente al trabajo en esas situaciones.⁷³⁶

Se ha considerado que la exigencia de cierta aptitud mental o psicológica que persigue no poner en riesgo a los compañeros de trabajo, clientes o público en general puede determinarse mediante reconocimientos médicos. Si el trabajador no reúne esa aptitud psicológica, incluso mediante un ajuste razonable, no reunirá los requisitos para ejecutar el trabajo.⁷³⁷ En *Green v. Dept of Family and Community Services*, una candidata se postuló a un trabajo de enfermera a tiempo parcial, pero fue rechazada para el puesto cuando un reporte médico reveló que tenía una condición psicológica preexistente que requería que fuera supervisada permanentemente por al menos seis meses desde que comenzara a trabajar, y el trabajo requería que la enfermera fuera capaz de trabajar de forma independiente, sin supervisión, por períodos de tiempo significativos; por lo tanto, no resultaba posible una supervisión permanente durante el período indicado por ser una carga injustificada para el empleador.⁷³⁸ La trabajadora no cumplía un requisito de salud inherente al trabajo, esto es, que su salud no pusiera en riesgo a los pacientes, por lo que la sentencia dispuso al respecto: “Ser capaz todo el tiempo de ejercer el cuidado y habilidad razonables en el cumplimiento de los deberes de la posición y, en particular, ser todo el tiempo capaz de cumplir esos deberes sin poner en peligro la seguridad de aquellos a su cuidado eran parte de los requerimientos inherentes de la posición que ella debía ser capaz de desempeñar sin supervisión en un número sustancial de turnos. Por las razones dadas anteriormente existió un riesgo de que doña Green no fuera capaz de hacer esto y el grado de riesgo se puede determinar por el hecho de que el doctor Field no recomendaría la contratación de doña Green, excepto en

⁷³⁵ GUTHRIE (2003), p. 101.

⁷³⁶ GUTHRIE (2003), p. 101. Por ejemplo, en *Schlipalius v. Petch* (1996) EOC 92-810, un aprendiz de chef con bajo desempeño fue despedido después de haber dado a conocer al empleador que era VIH positivo, lo que fue considerado discriminatorio porque el trabajador fue tratado menos favorablemente que un aprendiz con bajo desempeño sin una discapacidad.

⁷³⁷ FOSTER (2016), pp. 585-586.

⁷³⁸ FOSTER (2016), p. 585.

los turnos en que un supervisor estuviera presente ‘por los primeros seis de doce meses al menos, dependiendo de su desempeño’”.⁷³⁹

Existen otras sentencias en que se ha negado el empleo, o se ha despedido al trabajador, producto de conductas que derivan de enfermedades mentales, por considerarse incompatibles con los requerimientos inherentes al trabajo, ya que ponen en riesgo la seguridad de terceros.⁷⁴⁰ En *Y v. Human Rights & Equal Opportunity Commission* se denegó un trabajo debido a una serie de llamadas telefónicas amenazantes que el postulante hizo a trabajadores de la empresa, que se atribuyeron a una discapacidad mental; así, a causa de dicho comportamiento, no se consideró discriminatorio el rechazo del empleador al postulante.⁷⁴¹ En *Varas v. Fairfield City Council*, la señorita Varas fue despedida de su posición en la biblioteca Fairfield por conducta inapropiada, consistente en actos graves de descortesía, mala educación, comportamiento intimidante y provocativo hacia otros miembros de la biblioteca y al público, inclusive maldecir en áreas públicas de su lugar de trabajo. Durante la vigencia del contrato de trabajo, se presentó un reporte médico que diagnosticó que la trabajadora tenía desorden de personalidad histriónico. El Tribunal Federal sostuvo que el despido se fundó en la conducta indebida de la trabajadora, no en su enfermedad mental, y que otros trabajadores que hubieran actuado de la misma manera también habrían sido despedidos.⁷⁴²

1.1.3. *Descartar o disminuir los riesgos para la vida y/o seguridad del propio trabajador*

En virtud de la obligación de seguridad, el empleador debe efectuar las investigaciones adecuadas sobre los postulantes a empleos y trabajadores, a fin de determinar que el trabajo no empeore una condición de salud o discapacidad y adoptar las medidas necesarias para ello.⁷⁴³ Si el empleador incumple este deber, y la enfermedad o lesión que padece el trabajador empeora, puede surgir al menos responsabilidad civil por negligencia.⁷⁴⁴

⁷³⁹ *Green v. Dept of Family and Community Services* [2013] NSWADT 193, [137]-[138].

⁷⁴⁰ FOSTER (2016), pp. 597-598.

⁷⁴¹ *Y v. Human Rights & Equal Opportunity Commission* [2004] FCA 184.

⁷⁴² *Y v. Human Rights & Equal Opportunity Commission* [2004] FCA 184, [89].

⁷⁴³ GUTHRIE (2003), p. 98.

⁷⁴⁴ GUTHRIE (2003), p. 98.

Los exámenes médicos y preguntas sobre la salud deben estar relacionados con el trabajo, dirigidos a determinar si el trabajador es apto para trabajar sin riesgo para su propia salud y seguridad ni para terceros.⁷⁴⁵ No son admisibles los reconocimientos médicos genéricos, cuyos resultados no permiten determinar que el trabajador presente una condición de salud que pondrá en riesgo su seguridad en el trabajo, con posibilidades de que su información se utilice para fines discriminatorios.⁷⁴⁶ Por lo tanto, se consideran preguntas no vinculadas al trabajo en la etapa precontractual las siguientes: ¿Has reclamado una compensación por lesiones laborales?⁷⁴⁷ ¿Durante los últimos cinco años te has sometido a algún examen médico, análisis o tratamiento médico; has sido atendido o recibido en el hospital por tratamiento o has tenido un test, como rayos X o electrocardiograma?⁷⁴⁸ Del mismo modo, los resultados de los reconocimientos médicos que no determinan realmente que el trabajo o el ambiente de trabajo pondrá en riesgo la salud o seguridad del trabajador, o provocará un empeoramiento en una lesión o enfermedad, no pueden fundar una decisión empresarial perjudicial para el candidato o trabajador,⁷⁴⁹ ya que existe el riesgo de que dicha decisión perjudicial sea considerada contraria a la legislación antidiscriminación.⁷⁵⁰

Los reconocimientos médicos exigidos por el empleador deben determinar que el trabajador no estará expuesto a riesgos de sufrir lesiones o que no empeorará una condición de salud producto del trabajo o el lugar de trabajo; así, no incumple su deber de seguridad si admite en el trabajo a una persona cuyos riesgos de lesiones son especulativos o remotos.⁷⁵¹ Los reconocimientos médicos impuestos unilateralmente por el empleador deben efectuar una evaluación individualizada del trabajador y tomar en cuenta todas las circunstancias relevantes, incluyendo: (1) si la persona es capaz de realizar los requerimientos psicofísicos genuinos inherentes a una particular posición (este factor, en ocasiones, se expresa como estar actualmente apto para el trabajo); (2) si la persona está expuesta a algún riesgo mayor de lesión o deterioro que otros

⁷⁴⁵ GUTHRIE (2003), p. 98.

⁷⁴⁶ GUTHRIE (2003), p. 98.

⁷⁴⁷ *Berry v. Cotech Pty Ltd* (AIRC 1514/98 Print R0038, 21 December 1998).

⁷⁴⁸ *Abonyi v. Australian Postal Corp* [1997] 696 FCA.

⁷⁴⁹ GUTHRIE (2003), pp. 98-99.

⁷⁵⁰ *Cargill Australia Ltd v. Higginson* [2002] NSWADTAP 20; *Laycock v. Commissioner of Police, NSW Police* [2006] NSWADT 261; *Butcher v. Commissioner of Police, New South Wales* [2010] NSWADT 169.

⁷⁵¹ FOSTER (2016), p. 595.

trabajadores sin su misma o similar discapacidad (se debe considerar la historia laboral y médica de la persona, incluyendo si ha sufrido lesiones relacionadas con el trabajo en el pasado); (3) si el empleador tiene algunas opciones adicionales al rechazo en el empleo o despido que puedan disminuir o eliminar el riesgo de lesión o deterioro, sin carga injustificada para el empleador, y permitan trabajar al empleado; (4) las consecuencias para la empresa y/u otros trabajadores si la persona se lesiona o su salud se deteriora.⁷⁵²

Es ajustado a derecho negar un trabajo o condiciones laborales que realmente pongan en riesgo la salud del trabajador fundado en evidencia médica, por ser una decisión que impone al empleador la obligación de seguridad y la normativa que la regula.⁷⁵³ En *Osborne v. CSR Timber Products* se resolvió que fue ajustada a derecho la decisión del empleador de rechazar al postulante que tuvo lesiones permanentes de forma continua en el curso de su empleo anterior.⁷⁵⁴ El postulante tuvo lesiones continuas en sus muñecas y antebrazos, estuvo con licencia por dos años y fue incapaz de continuar su trabajo previo como fabricante de letreros. El empleador le requirió someterse a una evaluación de capacidad de funciones y a examinación médica. La evidencia médica mostró que el postulante estaba expuesto a mayores lesiones si desempeñaba la labor, fundamento que utilizó el empleador para denegarle el trabajo.

En *Duncan v. Kembla Watertech Pty Ltd*, una postulante a un trabajo de relaciones comunitarias fue rechazada después que inicialmente se le otorgó una oferta de trabajo condicional a tener salud compatible con el cargo, debido a que el examen médico relevó una lesión de rodilla previa y obesidad, que harían imposible a la postulante moverse libremente a través del terreno accidentado donde los clientes necesitaban ser visitados.⁷⁵⁵ Se estableció que caminar sobre superficies accidentadas, como pendientes, sitios de construcción, parques nacionales, matorrales, áreas no pavimentadas, era un requerimiento inherente del empleo que no podía cumplir la postulante, puesto que, según el resultado del reconocimiento médico, “existe un muy alto riesgo de lesión, incluyendo un agravamiento de sus condiciones existentes. Existe un riesgo

⁷⁵² *Cargill Australia Ltd v. Higginson* [2002] NSWADTAP 20.

⁷⁵³ FOSTER (2016), pp. 597-598.

⁷⁵⁴ *Osborne v. CSR Timber Products* (1999) EOC 92-977.

⁷⁵⁵ *Duncan v. Kembla Watertech Pty Ltd* [2011] NSWADT 176.

alto de una compensación laboral por lesiones en el trabajo. Existe un riesgo muy alto de que ella tendrá problemas para cumplir las demandas físicas del sitio de trabajo”.⁷⁵⁶

Del mismo modo, en *HJ Heinz Co Aust Ltd v. Turner*, el trabajador estuvo trabajando durante algún tiempo en deberes restringidos por lesiones laborales previas, sin poder trabajar sobretiempo a causa de una política del empleador que disponía que no podía ofrecer trabajar sobretiempo a cualquier trabajador con deberes restringidos, debido, en parte, a que dicho trabajo podría afectar el proceso de rehabilitación.⁷⁵⁷ El trabajador alegó discriminación, a lo cual la empresa respondió que la decisión de no ofrecerle trabajo en sobretiempo se basaba en medidas de seguridad. El tribunal consideró ajustada a derecho la medida, pues el sobretiempo podría afectar la rehabilitación del trabajador de lesiones previas, siendo fundada en la obligación de seguridad del *common law* y en la obligación de seguridad estatutaria que el empleador tiene hacia el trabajador.⁷⁵⁸

1.2. Determinación de los requerimientos psicofísicos inherentes al puesto de trabajo en Estados Unidos

En Estados Unidos el empleador tiene una amplia libertad para requerir al postulante o trabajador reconocimientos médicos adicionales a los que exige la legislación.⁷⁵⁹ Sin embargo, existen ciertas limitaciones impuestas por la legislación antidiscriminación que limitan los fines legítimos que pueden perseguirse con los reconocimientos médicos.⁷⁶⁰ A nivel federal, la legislación antidiscriminación por discapacidad exige que los reconocimientos médicos permitan determinar la aptitud psicofísica para el trabajo, a fin de comprobar que el trabajador pueda desempeñar las funciones inherentes a la posición, sin poner en riesgo su propia seguridad ni la de terceros.⁷⁶¹ La ADA es la legislación federal que impone estos límites al admitir que no es discriminación exigir requisitos vinculados al trabajo consistentes con la necesidad del negocio y que eviten poner en riesgo la seguridad.⁷⁶² Por lo tanto, si los reconocimientos médicos

⁷⁵⁶ *Duncan v. Kembla Watertech Pty Ltd* [2011] NSWADT 176, [102].

⁷⁵⁷ *HJ Heinz Co Aust Ltd v. Turner* (1998) 81 IR 421.

⁷⁵⁸ *HJ Heinz Co Aust Ltd v. Turner* (1998) 81 IR 421.

⁷⁵⁹ BROWN (2018), pp. 2-3.

⁷⁶⁰ BROWN (2018), p. 3.

⁷⁶¹ 42 U.S.C. § 12112(d).

⁷⁶² 42 U.S.C. § 12112(d).

determinan que la persona no puede cumplir los deberes inherentes al trabajo, o bien puede hacerlo con riesgo para su propia seguridad o la de terceros, sin ajuste razonable o con ajuste razonable que es una carga injustificada para el empleador, podrá adoptarse una decisión desfavorable para esa persona sin infringir la legislación antidiscriminación.⁷⁶³

La legislación regula de forma diferenciada las exigencias psicofísicas esenciales para cumplir los deberes inherentes al cargo de aquellas que persiguen evitar riesgos para la seguridad.

1.2.1. *Determinación de la aptitud física y/o psicológica para ejecutar las labores inherentes al cargo*

Una de las finalidades de los reconocimientos médicos es determinar si el postulante o trabajador tiene la aptitud física y/o psicológica necesaria para cumplir los deberes esenciales del cargo.⁷⁶⁴ Se trata de una finalidad que tiene aplicación cuando las funciones esenciales del cargo exigen ciertas condiciones psicofísicas del trabajador para poder desarrollarse.⁷⁶⁵ La legislación antidiscriminación considera legítima esta finalidad al ser relacionada con el trabajo y consistente con la necesidad del negocio.⁷⁶⁶

Sin perjuicio de poder establecerse por la legislación y la autonomía individual o colectiva, la aptitud psicofísica requerida para el cargo con el propósito indicado, puede, igualmente, ser exigida por el empleador a través de los llamados “estándares de calificación”, para luego aplicarse en la etapa precontractual y durante la vigencia del contrato de trabajo.⁷⁶⁷

La sección “Defensas” de la ADA dispone: “Puede ser una defensa contra un cargo de discriminación bajo este capítulo que se haya acreditado que una supuesta aplicación de estándares de calificación, test o criterios de selección que excluyen o tienden a excluir, o de otra forma niegan un trabajo o beneficio a un individuo con discapacidad, está relacionada con el trabajo y es consistente con la necesidad del negocio y que dicho desempeño no puede lograrse

⁷⁶³ 42 U.S.C. §§ 12112(a), 12111(8), 12112(b)(5)(A), 12112(d)(4)(A), 12113(a). Véase: BEFORT (2018), pp. 377-414.

⁷⁶⁴ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2000), 5.

⁷⁶⁵ BRITTON (1987), pp. 8-9.

⁷⁶⁶ 42 U.S.C. § 12112(d).

⁷⁶⁷ BRITTON (1987), p. 8; BEFORT (2018), p. 388.

mediante acomodación razonable”.⁷⁶⁸ La regulación federal describe los estándares de calificación como “los atributos personales y profesionales, incluyendo la habilidad, experiencia, educación, físicos, médicos, seguridad y otros requerimientos establecidos por la entidad cubierta, como exigencias que un individuo debe cumplir con el propósito de ser elegible para la posición que tiene o desea”.⁷⁶⁹

Los estándares de calificación son los requisitos personales y profesionales que debe cumplir el candidato o trabajador para ocupar exitosamente una posición, mientras las funciones esenciales de una posición son los deberes laborales fundamentales que se deben cumplir en un empleo.⁷⁷⁰ De esta forma, los requerimientos de salud exigidos para ocupar una posición deben ser los necesarios para cumplir los deberes esenciales de la posición de trabajo sin riesgo para la seguridad; se trata de requerimientos relacionados con el trabajo y consistentes con el negocio, otras exigencias de salud podrían originar una discriminación por discapacidad.⁷⁷¹

Resulta trascendental conocer las funciones esenciales de un trabajo para determinar si una aptitud psicofísica es necesaria para cumplir exitosamente esas funciones, aptitud que determinarán los reconocimientos médicos.⁷⁷² El Congreso estadounidense exigió específicamente que las funciones esenciales de un trabajo se definan primero examinando la definición efectuada por el empleador. Así, “si un empleador ha preparado una descripción escrita antes de divulgar o entrevistar a los postulantes para el trabajo, esta descripción debería ser considerada evidencia de las funciones esenciales del trabajo.”⁷⁷³ De manera adicional a la descripción escrita del trabajo efectuada por el empleador, los siguientes factores deberían ser considerados para determinar si la función es esencial o no: (1) si la posición existe para desempeñar la función; (2) el tiempo empleado en desempeñar la función; (3) si la naturaleza del trabajo podría ser cambiada si esa función fuera removida; (4) si otras personas están disponibles para desempeñar la función; (5) las consecuencias de no requerir a una persona en

⁷⁶⁸ 42 U.S.C. § 12113(a).

⁷⁶⁹ 29 C.F.R. § 1630.2(q).

⁷⁷⁰ BRITTON (1987), pp. 8-9; *Bates v. United Parcel Service*, 511 F.3d 974, 990 (9th Cir. 2007).

⁷⁷¹ BEFORT (2018), p. 388.

⁷⁷² BRITTON (1987), pp. 8-10.

⁷⁷³ 42 U.S.C. § 12111(8).

este trabajo desempeñar una función; (6) los términos de un acuerdo de negociación colectiva.⁷⁷⁴ La EEOC ilustra la aplicación de estos criterios, utilizando tres ejemplos: (1) un bombero que sea capaz de sacar a una persona pesada de un edificio en llamas; (2) un piloto de aerolínea que pueda aterrizar un avión; (3) un trabajador administrativo que contesta un teléfono cuando no haya nadie más disponible para hacerlo.⁷⁷⁵

La aptitud psicofísica que se requiere para desempeñar las funciones esenciales del trabajo es crucial para que un individuo sea considerado cualificado bajo la ADA, además de ser relacionada con el trabajo y consistente con la necesidad del negocio. Requerimientos psicofísicos del trabajo que, igualmente, constituyen cualificación ocupacional de buena fe dentro de la normativa del Título III de la Civil Rights Act de 1964 y de la Age Discrimination in Employment Act (ADEA) de 1967.⁷⁷⁶

Bajo la ADA se considera que una investigación o examen médico de un candidato o trabajador “puede estar relacionado con el trabajo y ser consistente con las necesidades del negocio cuando un empleador tiene una creencia razonable, basado en evidencia objetiva, acerca de que: (1) la capacidad de un trabajador para desempeñar las funciones esenciales del trabajo se verá impedida por una condición médica, o (2) un trabajador representará una directa amenaza debido a una condición médica”.⁷⁷⁷

Por lo tanto, no se considera discriminatoria una decisión perjudicial para la persona fundada en un reconocimiento médico que demuestra que no es apta para cumplir las funciones esenciales del trabajo.⁷⁷⁸ A diferencia de los estándares de calificación, los resultados de los reconocimientos médicos deben efectuar una evaluación individualizada de la salud del postulante o trabajador, ya que no puede retirarse una oferta de trabajo o materializar un despido sin dicha evaluación, lo que privaría al empleador de la defensa de que la decisión fue tomada

⁷⁷⁴ 29 C.F.R. § 1630(n)(3); EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1992), § 2.3(a), at II17. Véase SAIDEMAN (1993-94), p. 64; MARTIN (1998-1999), p. 78.

⁷⁷⁵ 29 C.F.R. § 1630.2(n); EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1992), § 2.3(a), II-17.

⁷⁷⁶ MARTIN (1998-1999), p. 78.

⁷⁷⁷ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1992), 5.

⁷⁷⁸ 42 U.S.C. §§ 12112(a), 12111(8), 12112(b)(5)(A), 12112(d)(4)(A), 12113(a). Véase: BEFORT (2018), pp. 377-414.

por necesidad del negocio.⁷⁷⁹ Por otra parte, el empleador no puede adoptar una decisión perjudicial para el trabajador basada en el miedo o la especulación sobre problemas futuros de desempeño o lesiones del trabajador.⁷⁸⁰

Los tribunales han resuelto que el empleador viola la ADA al retirar una oferta de trabajo fundado en un temor a que el postulante cualificado sufrirá lesiones futuras, lo que podría desencadenar responsabilidad de compensación en beneficio del trabajador.⁷⁸¹ En cambio, un empleador actúa en conformidad con la necesidad del negocio cuando revoca una oferta de trabajo condicional basado en una información razonablemente objetiva y que revela que la condición psicofísica del postulante impide un desempeño laboral exitoso.⁷⁸² La jurisprudencia ilustra la distinción entre una suposición especulativa del empleador –que un postulante lesionado previamente sufrirá una reiteración de la lesión durante el empleo–, que es insuficiente para justificar una decisión adversa para el postulante,⁷⁸³ y una evaluación médica objetivamente fundamentada –que determina que un postulante que previamente ha sufrido una lesión sigue siendo incapaz de realizar las funciones esenciales del trabajo–, decisión que se sustenta en la defensa de la ADA de la necesidad del negocio y no se considera discriminatoria.⁷⁸⁴

1.2.2. *La aptitud psicofísica para descartar y/o disminuir los riesgos para la vida y seguridad de terceras personas*

Existen ciertos trabajos riesgosos para la seguridad de terceros o para la seguridad pública que exigen una aptitud psicofísica en quien ocupa el trabajo que no represente una amenaza para la seguridad de terceros o la seguridad pública. En estos casos, los reconocimientos médicos determinarán que la salud del postulante o trabajador no representa una directa amenaza para terceros.⁷⁸⁵

⁷⁷⁹ BEFORT (2018), pp. 391, 392-394.

⁷⁸⁰ BEFORT (2018), p. 391.

⁷⁸¹ *Garrison v. Baker Hughes Oilfield Operations, Inc.*, 287 F.3d 955, 960 (10th Cir. 2002); *EEOC v. American Tool & Mold, Inc.*, 21 F. Supp. 3d 1268, 1283 (M.D. Fla. 2014).

⁷⁸² *Nevitt v. U.S. Steel Corp.*, 18 F. Supp. 3d 1322, 1335 (N.D. Ala. 2014).

⁷⁸³ *Garrison v. Baker Hughes Oilfield Operations, Inc.*, 287 F.3d 955, 960 (10th Cir. 2002).

⁷⁸⁴ *Nevitt v. U.S. Steel Corp.*, 18 F. Supp. 3d 1322, 1335 (N.D. Ala. 2014).

⁷⁸⁵ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2000), 9; Befort (2018), p. 382.

Bajo la ADA desempeñar las funciones esenciales del trabajo sin riesgo para la seguridad de terceros se considera un requerimiento para que un individuo sea cualificado.⁷⁸⁶ Si la persona representa una amenaza para terceros, no será cualificado para el cargo;⁷⁸⁷ además, la empresa puede fundar una acción adversa (revocación de la oferta trabajo o despido) en las defensas de necesidad del negocio⁷⁸⁸ o directa amenaza para la seguridad⁷⁸⁹ ante una denuncia de discriminación por discapacidad, rechazándose la acción de discriminación.

1.2.2.1. *La aptitud psicofísica para evitar o disminuir riesgos para la seguridad de terceros como cualificación del individuo y necesidad para el negocio*

Bajo toda la legislación promulgada previo a la ADA, el Congreso y los tribunales han reconocido que los empleadores que contratan para posiciones sensibles para la seguridad de terceros tienen un legítimo fundamento para exigir requerimientos físicos para esas posiciones, cuando esos requerimientos son razonablemente relacionados con preocupaciones de seguridad,⁷⁹⁰ criterio que se mantiene bajo la ADA. Un reporte del House Labor Committee de 1990 discutió las circunstancias bajo las cuales los requerimientos físicos podrían estar relacionados con el trabajo y ser consistentes con el trabajo, mencionando trabajos riesgosos para la seguridad de terceros, como oficiales de policía y trabajadores de la construcción.⁷⁹¹

El House Labor Committee de 1990 señala al respecto: “Ciertos trabajos requieren exámenes físicos periódicos con el propósito de determinar la aptitud para el deber. Por ejemplo, las normas federales de seguridad exigen que los conductores de autobuses y camiones se sometan a un examen médico al menos cada dos años. En ciertas industrias, como el transporte aéreo, las cualificaciones físicas de algunos trabajadores son críticas [...]. Debido a que una función laboral particular podrá tener un impacto significativo en la seguridad pública, por ejemplo, asistentes de vuelo, el estado de salud de un trabajador es importante para establecer sus cualificaciones laborales [...]. El Comité no tiene la intención de que esta ley anule ninguna norma o requisito

⁷⁸⁶ MARTIN (1998-1999), p. 79.

⁷⁸⁷ 42 U.S.C. §§ 12113(b).

⁷⁸⁸ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2000), 5.

⁷⁸⁹ 42 U.S.C. § 12113(b); 29 C.F.R. § 1630.2(r).

⁷⁹⁰ MARTIN (1998-1999), p. 79.

⁷⁹¹ MARTIN (1998-1999), p. 79.

médico establecido por la ley federal, estatal o local como requisito previo para realizar un trabajo particular, si las normas médicas son consistentes con esa ley (o, en el caso de las normas federales, si ellas son consistentes con la sección 504), es decir, si están relacionadas con el trabajo y son consistentes con las necesidades del negocio”.⁷⁹²

“En cuanto a las cualificaciones físicas de los conductores de ciertos tipos de vehículos motorizados, la intención del Comité es que una persona con discapacidad que solicite o tenga actualmente un trabajo sujeto a estos estándares pueda satisfacer cualquier estándar de cualificación física que esté relacionado con el trabajo y sea consistente con la necesidad del negocio, con el propósito de poder ser considerado un individuo cualificado con discapacidad según el Título I de esta legislación”.⁷⁹³

La historia legislativa de la ADA demuestra que la intención del Congreso estadounidense fue excluir de la definición de discriminación ilegal requerimientos psicofísicos vinculados a la seguridad que son relacionados con el trabajo y son consistentes con el negocio, inclusive cuando ellos excluyen a personas con discapacidad.⁷⁹⁴ Un ejemplo claro lo proporcionan los policías y bomberos, en que la mayoría de las funciones esenciales del trabajo son garantizar la seguridad pública. La EEOC señala al respecto: “Un empleador podría establecer cualificaciones psicológicas o físicas que son necesarias para realizar trabajos específicos (por ejemplo, trabajos en las industrias de la construcción y del transporte, trabajos de bomberos y policía, trabajos de guardias de seguridad) o para proteger la seguridad o la salud”.⁷⁹⁵ Luego, la EEOC utiliza como ejemplo el Departamento de Policía para justificar requerimientos físicos dirigidos a garantizar la seguridad pública, mediante la siguiente hipótesis: “Un Departamento de Policía que exige que todos sus oficiales puedan realizar arrestos forzosos y realizar todas las funciones laborales en el departamento podría justificar requisitos físicos estrictos a todos los oficiales, si de hecho se requiere que todos estén disponibles para cualquier tarea en una emergencia”.⁷⁹⁶

⁷⁹² HOUSE LABOR COMMITTEE (1990), p. 74.

⁷⁹³ HOUSE LABOR COMMITTEE (1990), p. 57.

⁷⁹⁴ HOUSE LABOR COMMITTEE (1990), p. 11; MARTIN (1998-1999), p. 80; BARBER (2002), pp. 175-176. A nivel de jurisprudencia, véase *Murphy v. United Parcel Service, Inc.*, 946 F. Supp. 872, 883-84 (D. Kan. 1996).

⁷⁹⁵ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1992), § 4.4, at IV-5.

⁷⁹⁶ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1992), § 4.4, at IV-8.

En trabajos riesgosos para la seguridad, la aptitud psicofísica para proteger la seguridad de terceros como cualificación sensible para la seguridad requiere una baja justificación,⁷⁹⁷ debiendo “tomarse en consideración la magnitud de un posible daño como también la probabilidad de ocurrencia”.⁷⁹⁸ Por lo mismo, los empleadores frecuentemente tienen éxito en defender requerimientos psicofísicos para posiciones con responsabilidades sensibles para la seguridad.⁷⁹⁹

De esta forma, la defensa de la necesidad del negocio permite requerir reconocimientos médicos para proteger la seguridad de terceros, cuando la aptitud psicofísica constituye una necesidad para proteger la seguridad y salud de terceros. *Owusu-Ansah v. Coca-Cola Co.* ilustra la invocación exitosa de la necesidad del negocio para exigir un test psicológico.⁸⁰⁰ En este caso, el señor Owusu-Ansah, un representante de servicio al consumidor, se puso agitado durante una reunión con su jefe y denunció discriminación por razón de origen, golpeando una mesa con su puño y afirmando que alguien iba a tener que pagar por ello.⁸⁰¹ El empleador reaccionó a esto otorgando al señor Owusu-Ansah una licencia y exigiéndole que se sometiera a una evaluación psiquiátrica antes de reincorporarse al trabajo.⁸⁰² El trabajador demandó, alegando que el empleador carecía de un fundamento adecuado para exigirle la examinación médica. El tribunal analizó en su decisión si el examen en cuestión era relacionado con el trabajo y consistente con la necesidad del negocio. Aplicando este estándar, el tribunal concluyó que la examinación fue relacionada con el trabajo y que el empleador “tuvo una preocupación razonable y objetiva sobre el estado mental del señor Owusu-Ansah, que afectó el desempeño laboral y potencialmente amenazó la seguridad de sus otros trabajadores”.⁸⁰³ El tribunal también concluyó que el examen médico fue consistente con la necesidad del negocio, puesto que el empleador tuvo un legítimo interés en mantener un ambiente de trabajo seguro.⁸⁰⁴ Finalmente, el tribunal rechazó el

⁷⁹⁷ *Allmond v. Akal Sec., Inc.*, 558 F.3d 1312, 1317 (11th Cir. 2009), citando *Hamer v. City of Atlanta*, 872 F.2d 1521, 1535 (11th Cir. 1989).

⁷⁹⁸ *EEOC v. Exxon Corp.*, 203 F.3d 871, 875 (5th Cir. 2000).

⁷⁹⁹ *Parker*, 839 F.3d at 723-24 (conductor de camiones); *Atkins v. Salazar*, 677 F.3d 667, 681 (5th Cir. 2011) (guardaparques); *Allmond v. Akal Sec., Inc.*, 558 F.3d 1312, 1317 (11th Cir. 2009) (oficial de seguridad).

⁸⁰⁰ *Owusu-Ansah v. Coca-Cola Co.* 715 F.3d 1306 (11th Cir. 2013).

⁸⁰¹ *Owusu-Ansah v. Coca-Cola Co.* 715 F.3d 1306, 1308-09 (11th Cir. 2013).

⁸⁰² *Owusu-Ansah v. Coca-Cola Co.* 715 F.3d 1306, 1309-10 (11th Cir. 2013).

⁸⁰³ *Owusu-Ansah v. Coca-Cola Co.* 715 F.3d 1306, 1312 (11th Cir. 2013).

⁸⁰⁴ *Owusu-Ansah v. Coca-Cola Co.* 715 F.3d 1306, 1312 (11th Cir. 2013).

argumento del trabajador respecto de que el empleador necesitaba probar la existencia de una amenaza directa para exigir el examen, estableciendo que dicha prueba no es requerida cuando un empleador tiene una evidencia objetiva de que una condición médica podría inhabilitar la capacidad de un trabajador para realizar las funciones esenciales del trabajo.⁸⁰⁵

De forma similar, los comportamientos erráticos repetidos justifican un examen psicológico exigido unilateralmente por el empleador,⁸⁰⁶ tipo de examen que los tribunales fundan en la necesidad del negocio respecto de trabajadores que realizan trabajos peligrosos o sensibles para la seguridad.⁸⁰⁷ En cambio, conductas que son simplemente molestas o ineficientes son insuficientes para exigir un examen psicológico fundado en la necesidad del negocio, al no poner en riesgo la seguridad de terceros.⁸⁰⁸

También son lícitos los test de drogas que se solicitan a postulantes o trabajadores de posiciones sensibles para la seguridad de terceros, como conductores de camiones y enfermeros, a fin de evitar poner en un inaceptable riesgo de seguridad a terceros por el consumo de drogas.⁸⁰⁹ Del mismo modo, se ha utilizado la necesidad del negocio para negar una oportunidad laboral en trabajos sensibles para la seguridad pública a personas con una historia de adicción actualmente rehabilitadas, a fin de evitar poner en un riesgo de seguridad inaceptable a terceros debido al peligro de reincidencia en el consumo de drogas.⁸¹⁰ Sin embargo, no está claro si basta con la existencia de una política que excluya a esos trabajadores, o bien es necesaria una evaluación individualizada de los postulantes al trabajo para determinar si realmente representan una directa amenaza para la seguridad o no.⁸¹¹ La EEOC parece pronunciarse por la última alternativa, al proporcionar el siguiente ejemplo: “Una agencia encargada de hacer cumplir la ley podría

⁸⁰⁵ *Owusu-Ansah v. Coca-Cola Co.* 715 F.3d 1306, 1313 (11th Cir. 2013).

⁸⁰⁶ *Mickens v. Polk Cty. Sch. Bd.*, 430 F. Supp 2d 1265, 1279 (M.D. Fla. 2006).

⁸⁰⁷ *Brownfield v. City of Yakima*, 612 F.3d 1140, 1146 (9th Cir. 2010) (oficial de policía que exhibió de manera repetida conductas altamente emocionales); *Thomas v. Corwin*, 483 F.3d 516, 527 (8th Cir. 2007) (oficial de policía que mostró ansiedad); *Watson v. City of Miami Beach*, 177 F.3d 932, 935 (11th Cir. 1999) (oficial de policía que mostró paranoia y hostilidad).

⁸⁰⁸ *Wright v. Ill. Dep't of Children and Family Servs.*, 798 F.3d 513, 524 (7th Cir. 2015); *Kroll v. White Lake Ambulance Auth.*, 763 F.3d 619, 625 (6th Cir. 2014).

⁸⁰⁹ BEFORT (2018), pp. 408-409.

⁸¹⁰ *EEOC v. Exxon Corp.*, 203 F.3d 871 (5th Cir. 2000); *Lopez v. Pac. Mar. Ass'n*, 657 F.3d 762 (9th Cir. 2011); *Lopreato v. Select Specialty Hosp. N. Kentucky, LLC*, No. 12-217-DLB-JGW, 2014 WL 6804221, at *8 (E.D. Ky. Dec. 3, 2014).

⁸¹¹ BEFORT (2018), pp. 408-409.

demostrar que la exclusión de un individuo con un historial de consumo de drogas ilegales de una posición de oficial de policía fue necesaria, porque dicha conducta ilegal socavaría la credibilidad del oficial como testigo de la acusación en un caso criminal. Sin embargo, incluso en este caso, la exclusión de una persona con un historial de consumo de drogas ilegales podría no ser justificada automáticamente como una necesidad del negocio, si un postulante con tal historia pudiera demostrar un período extenso de desempeño exitoso como oficial de policía desde el momento del último consumo de drogas”.⁸¹²

La jurisprudencia judicial mayoritaria parece pronunciarse en sentido contrario, al concluir que las políticas que excluyen permanentemente a postulantes con una historia de alcoholismo o drogadicción son legítimas con base en la necesidad del negocio.⁸¹³ Se ha concluido que, al menos tratándose de posiciones sensibles para la seguridad, como conductores de camiones, enfermeros, estibadores, una historia de alcoholismo o drogadicción podría dar lugar a la exclusión válida de un postulante de conformidad con una política de exclusión basada en la seguridad.⁸¹⁴ Esto reafirma la posición de que personas con una historia de adicción podrían representar un riesgo para la seguridad, inaceptable en ciertas posiciones sensibles para la seguridad, debido al potencial riesgo de recaída en la adicción.⁸¹⁵

1.2.2.2. *La aptitud psicofísica como requerimiento para evitar la directa amenaza para la salud y/o seguridad de terceros*

La directa amenaza para la seguridad es un fundamento que existe desde antiguo en la legislación estadounidense para requerir reconocimientos médicos y adoptar decisiones adversas para el postulante o trabajador, con base en la evidencia médica que demuestra que representa una

⁸¹² EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1992), § 8.7, VIII-5 to -6.

⁸¹³ *EEOC v. Exxon Corp.*, 203 F.3d 871 (5th Cir. 2000); *Lopez v. Pac. Mar. Ass’n*, 657 F.3d 762 (9th Cir. 2011); *Lopreato v. Select Specialty Hosp. N. Kentucky, LLC*, No. 12–217–DLB–JGW, 2014 WL 6804221, at *8 (E.D. Ky. Dec. 3, 2014).

⁸¹⁴ *EEOC v. Exxon Corp.*, 203 F.3d 871 (5th Cir. 2000); *Lopez v. Pac. Mar. Ass’n*, 657 F.3d 762 (9th Cir. 2011); *Lopreato v. Select Specialty Hosp. N. Kentucky, LLC*, No. 12–217–DLB–JGW, 2014 WL 6804221, at *8 (E.D. Ky. Dec. 3, 2014).

⁸¹⁵ BEFORT (2018), p. 409.

directa amenaza para la seguridad.⁸¹⁶ Se configura como una defensa que puede invocar el empleador ante acciones de discriminación por discapacidad en conformidad con la ADA.⁸¹⁷

La defensa de amenaza directa se originó en una modificación del año 1978 a la sección 504 de la Rehabilitation Act de 1973, aplicable solamente a las agencias federales y a los programas financiados con fondos federales.⁸¹⁸ Aunque la modificación legislativa codificó el concepto de amenaza directa solo con respecto a personas que representaban un riesgo para la seguridad debido al consumo de alcohol o drogas,⁸¹⁹ a comienzos de 1980 los tribunales comenzaron a extender dicha defensa a incapacidades que no involucraban el abuso de sustancias.⁸²⁰

La Corte Suprema estadounidense fijó los contornos modernos de la directa amenaza en *School Board of Nassau County v. Arline*,⁸²¹ que luego se incorporaron a la ADA y a la regulación federal, además de requerir una investigación individualizada de la directa amenaza fundada en un conocimiento médico objetivo y no en estereotipos.⁸²²

La ADA, promulgada en 1990, incorporó expresamente la directa amenaza para justificar una discriminación y requerir reconocimientos médicos.⁸²³ Esta ley federal define la “directa amenaza” como “un riesgo significativo para la salud o seguridad de otros que no puede ser eliminada mediante acomodación razonable”.⁸²⁴ La ADA, asimismo, dispone en su sección “Defensas” que “el término ‘estándares de cualificación’ podría incluir un requerimiento que un individuo no debería representar una directa amenaza para la salud o seguridad de otras personas en el lugar de trabajo”.⁸²⁵

La EEOC, agencia federal encargada de hacer cumplir el Título I de la ADA, ha desarrollado la ADA a través de su regulación, guías interpretativas y orientación de cumplimiento.⁸²⁶ La EEOC

⁸¹⁶ BEFORT (2018), pp. 379-380.

⁸¹⁷ BEFORT (2018), p. 379.

⁸¹⁸ 29 U.S.C. § 794

⁸¹⁹ HUBBARD (2001), pp. 1298-1299; BEFORT (2018), p. 379.

⁸²⁰ *Strathie v. Dep't of Transp.*, 716 F.2d 227, 232-34 (3rd Cir. 1983); *Doe v. N.Y.U.*, 666 F.2d 761, 775 (2nd Cir. 1981).

⁸²¹ *School Board of Nassau County v. Arline*, 480 U.S. 273 (1987).

⁸²² BEFORT (2018), p. 381.

⁸²³ 42 U.S.C. § 12111.

⁸²⁴ 42 U.S.C. § 12111(3).

⁸²⁵ 42 U.S.C. § 12113(b).

⁸²⁶ BEFORT (2018), p. 381.

adoptó y reformuló el test de cuatro condiciones enunciado por la Corte Suprema en *Airline*.⁸²⁷ “Directa amenaza significa un riesgo significativo de daño sustancial para la salud o seguridad de la persona u otros que no puede ser eliminado o reducido mediante acomodación razonable. La determinación de que un individuo representa una ‘directa amenaza’ debe ser fundada en una evaluación individualizada de la capacidad actual del individuo para realizar de forma segura las funciones esenciales del trabajo. Esta evaluación debe fundarse en un juicio médico razonable que se base en el conocimiento científico más actual y/o en la mejor evidencia objetiva disponible. Para determinar si un individuo podría representar una directa amenaza, entre los factores que deben considerarse se incluyen: (1) la duración del riesgo; (2) la naturaleza y gravedad del potencial daño; (3) la probabilidad de que el potencial daño ocurrirá; (4) la inminencia del potencial daño”.⁸²⁸

La EEOC en su Guía Interpretativa, y en conformidad con la ADA, indica que “un empleador podría denegar una oportunidad laboral a un individuo con una discapacidad si representa un riesgo significativo, por ejemplo, alta probabilidad de un daño sustancial; un riesgo especulativo o remoto es insuficiente”.⁸²⁹

Los exámenes médicos y las investigaciones relacionadas con la discapacidad tienen, entre sus funciones, determinar si el postulante o trabajador representa un riesgo para la seguridad. La EEOC sostiene al respecto: “La determinación de que un trabajador representa una directa amenaza debe basarse en una evaluación individualizada de la capacidad presente del individuo para realizar de forma segura las funciones esenciales del trabajo. La evaluación debe basarse en un juicio médico razonable que se funda en el conocimiento médico más actual y/o en la mejor evidencia objetiva. Para cumplir esta carga, un empleador podría querer que el trabajador sea examinado por un profesional de la salud de su elección, que tiene el conocimiento en la condición específica del trabajador y puede proporcionar información médica que permita al empleador determinar los efectos de la condición en la capacidad del trabajador para realizar su trabajo. Cualquier examinación médica, sin embargo, debe limitarse a determinar si el trabajador puede realizar su trabajo sin representar una directa amenaza, sin o con acomodación razonable.

⁸²⁷ BEFORT (2018), p. 381.

⁸²⁸ 29 C.F.R. § 1630.2(r).

⁸²⁹ 29 C.F.R. pt. 1630, App. § 1630.2(r).

Un empleador, asimismo, debe pagar todos los costos asociados con la visita del trabajador a su profesional de la salud”.⁸³⁰

En el contexto del trabajo, los tribunales de justicia han estimado configurada la defensa de la directa amenaza a la salud o seguridad de terceros en diversas situaciones, rechazando la denuncia de discriminación. Así, una vez que se ha establecido el comportamiento violento del postulante mediante reportes médicos, los empleadores están facultados para rechazar hacer una oferta de trabajo o rescindir la que se hizo.⁸³¹ En el mismo sentido se ha considerado configurada la defensa de la directa amenaza en circunstancias en que el trabajador ha incurrido en conductas violentas contra terceros u otros comportamientos dañinos, cuando existen razonables indicios de repetición de esos actos.⁸³² Igualmente, en ocasiones se ha estimado que el VIH y ciertas formas de enfermedades mentales configuran una directa amenaza. En una sentencia se decidió que un higienista dental, que dio positivo a VIH en un examen médico, tiene el riesgo de infectar a los pacientes, lo que es médicamente posible y podría ser devastador para los pacientes;⁸³³ igualmente, se ha considerado que un cirujano ortopédico con VIH posee un riesgo significativo de transmisión del VIH a sus pacientes.⁸³⁴ En otro caso, que involucró una enfermedad mental, se concluyó que el trastorno de estrés postraumático provocó en el trabajador, un conductor de reparto de gasolina, pérdida de concentración y de memoria, lo que podría provocar que cometiera errores durante las horas de trabajo, incluyendo riesgos para la seguridad de terceros en la conducción del vehículo con materiales peligrosos.⁸³⁵

Los tribunales federales han efectuado diversas precisiones sobre las condiciones de procedencia de la directa amenaza ante decisiones empresariales fundadas en el mandato de seguridad general, esto es, que no tienen fundamento en una norma estatal específica. Primero, se ha

⁸³⁰ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2000), 9.

⁸³¹ PARRY (2008), p. 152.

⁸³² *Jarvis v. Potter*, 500 F.3d 1113, 1124-25 (10th Cir. 2007); *EEOC v. Amego, Inc.*, 110 F.3d 135, 145-46 (1st Cir. 1997); *Adams v. Alderson*, 723 F. Supp. 1531, 1531-32 (D.D.C. 1989).

⁸³³ *Waddell v. Valley Forge Dental Assocs., Inc.*, 276 F.3d 1275 (11th Cir. 2001).

⁸³⁴ *Scoles v. Mercy Health Corp. of Southeastern Pennsylvania*, 887 F. Supp. 765, 7 A.D.D. 779, 3 A.D. Cas. (BNA) 1665 (E.D. Pa. 1994). En las mayoría de lugares de trabajo los tribunales estadounidenses han concluido que el VIH no es un riesgo para la salud, con excepción de lugares en que el VIH puede transmitirse a otras personas, como ocurre con los centros médicos en que profesionales de la salud con VIH representan un riesgo directo para los pacientes que atienden. Cfr.: HÉBERT (2023), pp. 11-94 y ss.

⁸³⁵ *Newman v. Chevron*, 970 F Supp 1085 (Tex, 1997).

resuelto que un incremento mínimo en el riesgo para la salud o seguridad es insuficiente para invocar la defensa de la directa amenaza; su configuración requiere evidencia que demuestre una alta probabilidad de un daño sustancial,⁸³⁶ Segundo, la defensa de la directa amenaza no resulta procedente cuando el empleador no conduce una evaluación médica individualizada sobre si la condición de salud del postulante o trabajador representa una amenaza significativa para la seguridad o salud.⁸³⁷ Tercero, no existe la directa amenaza cuando la amenaza de daño puede ser eliminada o reducida mediante una acomodación razonable.⁸³⁸ El requisito de la directa amenaza consistente en el análisis individualizado de la salud del trabajador, con base en conocimiento médico objetivo y no en suposiciones estereotípicas sobre la potencial amenaza que la discapacidad de una persona pueda poseer, contiene dos excepciones.⁸³⁹

La primera excepción tiene lugar cuando una norma de seguridad gubernamental impone una determinada condición de salud para el trabajo a fin de proteger la seguridad.⁸⁴⁰ En esta situación no es necesaria la evaluación individualizada: “Cuando una persona no puede satisfacer los estándares de calificación física o mental que los reguladores gubernamentales han prescrito para la posición”.⁸⁴¹ En estos casos “se exige al empleador no contratar a dicha persona para el trabajo o poner término al contrato de trabajo”.⁸⁴²

En el caso *Albertson's, Inc. v. Kirkingburg*,⁸⁴³ la Corte Suprema ilustra esta excepción. *Albertson's*, una compañía de camiones, terminó el contrato de trabajo de *Kirkingburg*, que ocupaba el cargo de conductor comercial de camiones, porque no pudo cumplir con el estándar de visión básico del Departamento de Transporte.⁸⁴⁴ Después de su despido, *Kirkingburg* obtuvo una exención del requisito de visión por parte del Departamento de Transporte, no obstante ello la empresa se negó a recontratarlo.⁸⁴⁵ La Corte Suprema resolvió que la incapacidad de *Kirkingburg* para cumplir el estándar del Departamento del Transporte justificó la terminación

⁸³⁶ *EEOC v. Hibbing Taconite Co.*, 720 F. Supp. 2d 1073, 1082 (D. Minn. 2010).

⁸³⁷ *Littlefield v. Nevada*, 195 F. Supp. 3d 1147, 1157-58 (D. Nev. 2016).

⁸³⁸ *EEOC v. Wal-Mart Stores*, 477 F.3d 561, 572 (8th Cir. 2007).

⁸³⁹ BEFORT (2018), pp. 385-386.

⁸⁴⁰ BEFORT (2018), p. 385.

⁸⁴¹ HUBBARD (2001), p. 1311. En el mismo sentido: BEFORT (2018), pp. 385-386.

⁸⁴² HUBBARD (2001), p. 1311. En el mismo sentido: BEFORT (2018), pp. 385-386.

⁸⁴³ *Albertson's, Inc. v. Kirkingburg* 527 U.S. 555 (1999).

⁸⁴⁴ *Albertson's, Inc. v. Kirkingburg* 527 U.S. 555, 560 (1999).

⁸⁴⁵ *Albertson's, Inc. v. Kirkingburg* 527 U.S. 555, 560 (1999).

del contrato, inclusive sin que fuera necesaria una evaluación individualizada de sus capacidades para conducir.⁸⁴⁶ La Corte enfatiza “Es crucial que la posición de *Albertson’s* aquí no fue insistir en una calificación laboral meramente ideada por la empresa sino que más bien cumplió con una regulación estatal obligatoria”.⁸⁴⁷ Agrega que la exención del estándar obtenida posteriormente por *Kirkingburg* no altera su decisión, porque el programa de exención era un mecanismo de recolección de datos experimental y no una modificación sustancial del estándar de agudeza visual del Departamento de Transporte.⁸⁴⁸

La primera excepción no se aplica cuando el empleador discrecionalmente decide aplicar una norma de seguridad estatal a situaciones no cubiertas por su regulación. En estos casos, el empleador debe probar que la aplicación de la norma de seguridad está justificada, o bien en la defensa de directa amenaza mediante una evaluación individualizada del trabajador basada en evidencia médica objetiva,⁸⁴⁹ o bien en que está relacionada con el trabajo y es consistente con la necesidad del negocio.⁸⁵⁰

La segunda excepción permitida por la ADA tiene lugar cuando el empleador excluye a personas con una discapacidad que inherentemente les impide realizar el trabajo sin un análisis individualizado.⁸⁵¹ Un reporte del Comité del Senado comentando la propuesta de la ADA afirma que “esta legislación prohíbe el uso de una regla general que excluya a personas con ciertas discapacidades, excepto en la situación muy limitada donde en todos los casos la condición física por su propia naturaleza impediría que la persona con una discapacidad realizara las funciones esenciales del trabajo, inclusive con acomodaciones razonables”.⁸⁵² Se han sugerido como ejemplos de esta excepción los siguientes: “Un salvavidas que es ciego y, por tanto, no puede ver a los nadadores en peligro, o un bombero de primera línea que no puede caminar y, por tanto, no puede rescatar a personas de los edificios en llamas”.⁸⁵³

⁸⁴⁶ *Albertson’s, Inc. v. Kirkingburg* 527 U.S. 555, 569-570 (1999).

⁸⁴⁷ *Albertson’s, Inc. v. Kirkingburg* 527 U.S. 555, 570 (1999).

⁸⁴⁸ *Albertson’s, Inc. v. Kirkingburg* 527 U.S. 555, 571-577 (1999).

⁸⁴⁹ HUBBARD (2001), p. 1313; BEFORT (2018), p. 386.

⁸⁵⁰ *Bates v. United Parcel Service*, 511 F.3d 974, 995 (9th Cir. 2007); BEFORT (2018), p. 386.

⁸⁵¹ HUBBARD (2001), pp. 1313-1314; BEFORT (2018), p. 386.

⁸⁵² SENATE COMMISSION ON LABOR AND HUMAN RESOURCES (1989-1990), pp. 28-29.

⁸⁵³ HUBBARD (2001), p. 1313.

1.2.3. *La aptitud psicofísica como requerimiento para evitar la directa amenaza para la salud y/o seguridad del propio trabajador*

La normativa no deja claro si la evidencia médica que revela que la salud del postulante o trabajador constituye una amenaza para su propia seguridad y/o salud puede justificar la defensa de la directa amenaza para excluir al individuo del empleo.⁸⁵⁴ La ADA define la directa amenaza solamente en relación con terceras personas;⁸⁵⁵ en cambio, la regulación de la EEOC amplía la definición de directa amenaza para incluir a los trabajadores que representan un riesgo significativo de daño sustancial para su propia salud y seguridad como también para la de otros.⁸⁵⁶

La Corte Suprema en *Chevron v. Echazabal* acogió la postura de la regulación de la EEOC.⁸⁵⁷ El señor Echazabal era un contratista independiente que trabajaba en la refinería de la empresa de petróleo Chevron que postuló a una posición de trabajo permanente en la compañía. La empresa estuvo de acuerdo en contratarlo en la medida que el postulante pudiera aprobar el examen médico de la compañía. El examen, sin embargo, reveló que el señor Echazabal tenía una anomalía hepática y daño por hepatitis C, y los médicos señalaron que podrían verse agravados si continuaba expuesto a toxinas en la refinería de petróleo. La empresa revocó la oferta de trabajo después de conocer el examen médico y no lo mantuvo como contratista independiente. El trabajador presentó una demanda en contra de la compañía, alegando que violaba la ADA. El empleador defendió su posición sosteniendo que contratar a un postulante con ese tipo de discapacidad podría ser una directa amenaza para la salud del propio postulante.⁸⁵⁸ Echazabal argumentó que el lenguaje expreso utilizado por la ADA para definir la defensa de directa amenaza solo protege a empleadores de responsabilidad si los trabajadores pueden potencialmente representar un daño para otros, pero no cuando representan un peligro para sí mismos.⁸⁵⁹

⁸⁵⁴ BEFORT (2018), pp. 384-385.

⁸⁵⁵ 42 U.S.C. § 12111(3).

⁸⁵⁶ 29 C.F.R. § 1630.2(r).

⁸⁵⁷ *Chevron U.S.A. Inc. v. Echazabal*, 536 U.S. 73 (2002).

⁸⁵⁸ *Chevron U.S.A. Inc. v. Echazabal*, 536 U.S. 73, 76 (2002).

⁸⁵⁹ *Chevron U.S.A. Inc. v. Echazabal*, 536 U.S. 73, 80-82 (2002).

La Corte Suprema sostuvo, sin embargo, que el Congreso dio amplia discreción y deferencia a la EEOC para establecer los límites sobre los cuales un requerimiento de cualificación permisible podría ser aceptado.⁸⁶⁰ La Corte concluyó que la EEOC “actuó dentro de la zona razonable cuando vio una diferencia entre rechazar un lugar de trabajo paternalista e ignorar un riesgo razonable y específico para el propio trabajador, inclusive si el trabajador pudiera arriesgarse con el fin de obtener un trabajo”.⁸⁶¹ Asimismo, hizo presente que el empleador podría ser potencialmente responsable bajo la Occupational Safety and Health Act de 1970 por permitir a una persona desempeñar tareas en un ambiente de trabajo, cuando el empleador conoce el riesgo que una persona específica enfrenta para sí misma.⁸⁶²

Otros tribunales se han pronunciado en el mismo sentido que la Corte Suprema. Un tribunal federal de Kansas, por ejemplo, decidió que un trabajador de mantenimiento con un trastorno compulsivo no estaba calificado para su puesto porque podría resultar gravemente herido o morir mientras trabajaba en o cerca de un compactador industrial, al no existir acomodaciones razonables que redujeran ese riesgo.⁸⁶³

1.2.4. *La superposición de fundamentos para requerir reconocimientos médicos con fines de seguridad en el empleo*

Los fundamentos jurídicos de los reconocimientos médicos con fines de seguridad podrían superponerse. La aptitud psicofísica para realizar las funciones esenciales para el trabajo constituye un requerimiento de seguridad inherente para ser un individuo cualificado protegido por la ADA, también es requerimiento relacionado con el trabajo y consistente con el negocio y fundamento de la defensa de la directa amenaza. En ciertas ocasiones se alega el fundamento de que el individuo incapaz de realizar las funciones esenciales del trabajo con seguridad no es un individuo cualificado con discapacidad en conformidad con la ADA, por lo tanto, no está protegido por su legislación.⁸⁶⁴ Se ha invocado, como ejemplo, el caso en que el ambiente de

⁸⁶⁰ *Chevron U.S.A. Inc. v. Echazabal*, 536 U.S. 73, 73-74 (2002).

⁸⁶¹ *Chevron U.S.A. Inc. v. Echazabal*, 536 U.S. 73, 86 (2002).

⁸⁶² *Chevron U.S.A. Inc. v. Echazabal*, 536 U.S. 73, 84-85 (2002).

⁸⁶³ *Spradley v. Custom Campers, Inc.*, 68 F Supp, 2d 1225 (Kan, 1999).

⁸⁶⁴ BARBER (2002), pp. 177-178.

trabajo pone en riesgo la salud o seguridad del propio trabajador,⁸⁶⁵ o bien cuando el trabajador tiene epilepsia y pone en riesgo su propia seguridad y salud y la de terceros.⁸⁶⁶

Las defensas de necesidad del negocio y directa amenaza se utilizan con mayor frecuencia, por lo que surge la duda de si pueden invocarse indistintamente o tienen un campo de aplicación diferente; al respecto no existe claridad entre la EEOC y los tribunales de justicia.⁸⁶⁷ El caso *EEOC v. Exxon Corp.*⁸⁶⁸ demuestra que ambas defensas tienen el potencial de superponerse en su aplicación.⁸⁶⁹ El 24 de marzo de 1989, el barco petrolero Exxon Valdez chocó contra el arrecife Bligh de Prince William Sound, derramando 10,8 millones de galones de petróleo crudo en el agua y produciendo uno de los mayores desastres ambientales provocados por el hombre en la historia de la humanidad. El capitán del buque había bebido mucho la noche del accidente y no se encontraba en los mandos del barco cuando se produjo el choque. Como resultado del incidente, la empresa pagó 125 millones de dólares en multas y 900 millones en penas civiles. A partir de entonces, Exxon adoptó como medida de seguridad una política que descalificaba a personas que habían recibido tratamiento por abuso de sustancias para ciertas posiciones sensibles para la seguridad y poco supervisadas. Esta política afectó a cerca del 10% de la fuerza de trabajo de Exxon. La EEOC demandó a la empresa, alegando que esta política violaba la ADA, y Exxon solamente podía defender su política con base en la defensa de directa amenaza.⁸⁷⁰ Esta posición se basó en una disposición de la Guía Interpretativa de la ADA de la propia EEOC que dispone: “Con respecto a los requisitos de seguridad que excluyen o tienden a excluir a una persona con discapacidad o a una clase de personas con discapacidad, un empleador debe demostrar que el requisito, como es aplicado a la persona, satisface el estándar de directa amenaza en § 1630.2(r) para demostrar que el requisito está relacionado con el trabajo y es consistente con la necesidad del negocio”.⁸⁷¹ Exxon defendió su política alegando que promovía

⁸⁶⁵ *Koshinski* 177 F.3d 599 (7th Cir. 1999).

⁸⁶⁶ *Moses v. Am. Nonwovens, Inc.*, 97 F.3d 446, 447 (11th Cir. 1996).

⁸⁶⁷ BEFORT (2018), pp. 409-411.

⁸⁶⁸ *EEOC v. Exxon Corp.*, 203 F.3d 871, 872 (5th Cir. 2000).

⁸⁶⁹ BEFORT (2018), pp. 409-410.

⁸⁷⁰ *EEOC v. Exxon Corp.*, 203 F.3d 871, 872, 875 (5th Cir. 2000).

⁸⁷¹ 29 C.F.R. pt. 1630 App. § 1630.15(b)-(c).

la seguridad, mayor protección ambiental y disminuía el riesgo potencial de futura responsabilidad.⁸⁷²

En apelación el Tribunal del Quinto Circuito discrepó de la posición de la EEOC respecto de que un estándar de seguridad es permisible solamente si cumple las exigencias de la defensa de directa amenaza. El tribunal hizo presente que la sección 12113(a) de la ADA permite al empleador establecer estándares de cualificación que “excluyen o tienden a excluir a una persona” si son consistentes con la necesidad del negocio,⁸⁷³ y que numerosos tribunales han aplicado la defensa de la necesidad del negocio a estándares de cualificación basados en la seguridad.⁸⁷⁴ El tribunal sostuvo que el lenguaje de la ADA sugiere que la necesidad del negocio se aplica a reglas generales, mientras la directa amenaza evalúa un estándar impuesto a una persona en particular.⁸⁷⁵

El tribunal, en consecuencia, resolvió la aparente superposición en la aplicación de las dos defensas de la siguiente forma: un empleador no necesita proceder bajo la defensa de la directa amenaza, sino bajo la necesidad del negocio cuando ha establecido un estándar que es aplicable a todos los trabajadores de una determinada posición; en cambio, la directa amenaza se aplica en casos en los cuales el empleador debe tratar con un supuesto riesgo de un trabajador en particular que no es cubierto por un estándar de cualificación existente.⁸⁷⁶

1.3. Determinación de la aptitud psicofísica inherente al puesto de trabajo en España

En España no se admiten los reconocimientos médicos con el mero propósito de seleccionar al mejor candidato ni solo para mejorar la producción o disminuir los casos laborales.⁸⁷⁷ Sin embargo, se admiten a fin de determinar si el trabajador tiene la aptitud psicofísica que es inherente al trabajo, de modo que, si el trabajador no reúne la condición requerida por el puesto

⁸⁷² *EEOC v. Exxon Corp.*, 203 F.3d 871, 872 (5th Cir. 2000).

⁸⁷³ *EEOC v. Exxon Corp.*, 203 F.3d 871, 872 (5th Cir. 2000).

⁸⁷⁴ *EEOC v. Exxon Corp.*, 203 F.3d 871, 874-875 (5th Cir. 2000).

⁸⁷⁵ *EEOC v. Exxon Corp.*, 203 F.3d 871, 875 (5th Cir. 2000).

⁸⁷⁶ *EEOC v. Exxon Corp.*, 203 F.3d 871, 875 (5th Cir. 2000).

⁸⁷⁷ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2013), p. 303.

de trabajo, no podrá cumplir sus funciones esenciales, o bien lo hará con riesgo para la seguridad o salud.⁸⁷⁸

Como indica la doctrina autorizada: “La comprobación de la aptitud para el puesto de trabajo es uno de los fines lícitos que pueden justificar la realización de reconocimientos médicos; el término ‘aptitud’ en este ámbito se utiliza con un doble significado: por un lado, se puede referir al conjunto de capacidades físicas y psicológicas indispensable para realizar adecuadamente la prestación laboral y, por otro, se puede utilizar para hacer referencia al estado de salud necesario para desempeñar las funciones del puesto de trabajo sin entrañar un riesgo para el trabajador o para terceros”.⁸⁷⁹

De esta forma, la determinación de la aptitud psicofísica inherente a ciertos trabajos mediante reconocimientos médicos puede cumplir tres objetivos: (1) establecer si el postulante o trabajador cumple las condiciones psicofísicas que son indispensables para desempeñar las labores básicas del trabajo, es decir, sin involucrar un propósito preventivo; (2) verificar que la condición de salud no sea un peligro para la seguridad de terceros, de modo que los reconocimientos médicos velan por que el trabajador pueda desempeñar su cargo sin riesgo para terceros; (3) velar por que la salud del trabajador no pueda constituir un riesgo para su propia seguridad o salud.⁸⁸⁰ Se trata de finalidades de los reconocimientos médicos asociadas a la aptitud psicofísica inherente al cargo que se examinarán por separado.

1.3.1. *Determinación de la aptitud física y/o psicológica para ejecutar las labores inherentes al cargo*

Las funciones y características de ciertos puestos de trabajo exigen determinadas condiciones físicas o de salud en el candidato o trabajador, de modo que, si no las cumple, no podrá realizar las funciones esenciales.⁸⁸¹ La vigilancia de la salud no está involucrada en esta materia o no es el propósito principal. Se admite que los reconocimientos médicos puedan determinar la aptitud psicofísica para realizar las funciones inherentes al trabajo, pero su fundamento no lo establece

⁸⁷⁸ MENÉNDEZ (2003), pp. 275-277; GOÑI Y RODRÍGUEZ (2013), pp. 301, 303-304; GARCÍA (2023), p. 88.

⁸⁷⁹ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2013), p. 305. En el mismo sentido MENÉNDEZ (2003), pp. 275-277; GARCÍA (2023), p. 88.

⁸⁸⁰ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2013), p. 304.

⁸⁸¹ MENÉNDEZ (2003), pp. 275-277; GOÑI Y RODRÍGUEZ (2013), pp. 305-306.

el artículo 22.1 de la LPRL, ni su función es la vigilancia de la salud.⁸⁸² En el artículo 9.1.h) del Reglamento (UE) 2016/679 se reconoce implícitamente esta finalidad al admitir la legitimidad del tratamiento de datos personales cuando es necesario para fines de “evaluación de la capacidad laboral del trabajador”.

El reconocimiento médico en este caso solamente persigue verificar la capacidad física y/o psicológica requerida para desarrollar un trabajo,⁸⁸³ no cumple las funciones de la vigilancia de la salud, pues “no tienen la misma finalidad las pruebas o exámenes físicos o psicotécnicos para la obtención o conservación de la habilitación para el ejercicio de la profesión que los reconocimientos médicos que puedan ser necesarios en función del artículo 22 LPRL. Aquellos se sitúan en un plano individual y tratan de garantizar la concurrencia de unas condiciones psicofísicas necesarias para el ejercicio de las actividades inherentes a las profesiones para cuya habilitación se requieren. En cambio, los reconocimientos médicos previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales están al servicio de la salud y seguridad en la empresa y constituyen un instrumento para que el empresario pueda cumplir con su deber de proporcionar una protección eficaz en materia de seguridad y salud, y del correlativo derecho de todos los trabajadores a obtener tal eficaz protección. Siendo sus finalidades radicalmente distintas, es absurdo pretender que aquellos exámenes puedan sustituir los reconocimientos médicos que analizamos que, reiteramos, están al servicio de la seguridad y salud de todos los trabajadores de la empresa y de una adecuada política de prevención de riesgos laborales”.⁸⁸⁴

Un ejemplo de esta finalidad de los reconocimientos médicos lo proporcionan los reconocimientos médicos previo al empleo y durante el empleo que se exigen a los deportistas profesionales, quienes deben reunir una determinada aptitud psicofísica para practicar adecuadamente el deporte en cuestión.⁸⁸⁵ Otro ejemplo lo otorgan los reconocimientos médicos practicados en conformidad con el párrafo segundo del artículo 25 de la LPRL, que prohíbe al empleador emplear a trabajadores “cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos

⁸⁸² GOÑI Y RODRÍGUEZ (2013), p. 306.

⁸⁸³ GOÑI (1999), p. 53; MENÉNDEZ (2003), pp. 275-277.

⁸⁸⁴ STS 259/2018, de 7 de marzo, Rec. N° 42/2017.

⁸⁸⁵ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2013), p. 306.

de trabajo”.⁸⁸⁶ Los reconocimientos médicos, en ocasiones, serán la forma en que el empleador pueda conocer que el trabajador no está apto para el trabajo de forma transitoria,⁸⁸⁷ por ejemplo, los test de alcohol o drogas.

Existen numerosos convenios colectivos que establecen reconocimientos médicos con el propósito de determinar la aptitud del candidato previo a su contratación y de los trabajadores.⁸⁸⁸ Asimismo, cierta jurisprudencia admite estos reconocimientos médicos, especialmente en el proceso de selección y reclutamiento, en la medida que se limiten “a la constatación de que el aspirante reúne las condiciones psicofísicas que precisa el normal y pleno desarrollo del contenido funcional específico de cada puesto de trabajo”.⁸⁸⁹

1.3.2. *La aptitud psicofísica necesaria para desempeñar las funciones del cargo sin riesgo para la salud o seguridad del propio trabajador y terceros*

La determinación de la aptitud psicofísica del postulante o trabajador mediante los reconocimientos médicos puede perseguir determinar que se tenga una condición de salud necesaria para el desempeño de ciertos cargos, que pueden poner en peligro la seguridad de compañeros de trabajo o del público en general. De esta forma, la función del reconocimiento médico es ser el instrumento necesario para descartar que una condición de salud del postulante o trabajador ponga en riesgo la seguridad de terceras personas.⁸⁹⁰

Generalmente en los trabajos riesgosos, en que un desvío en las normas de seguridad puede poner en riesgo la seguridad de terceros, se exige una determinada condición de salud en el trabajador o postulante, para evitar que esta pueda poner precisamente en riesgo la seguridad de terceros.⁸⁹¹ Inclusive si la inaptitud psicofísica inherente al trabajo es permanente, provocará la no contratación del postulante o el término del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida (artículo 52.a) del ET).

⁸⁸⁶ GOÑI (1999), p. 53.

⁸⁸⁷ GOÑI (1999), p. 53.

⁸⁸⁸ GARCÍA (2023), pp. 95-101.

⁸⁸⁹ STSJ de Madrid 766/2004, de 20 de septiembre, Rec. N° 3688/2004.

⁸⁹⁰ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2013), p. 306.

⁸⁹¹ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2013), p. 306.

Los reconocimientos médicos con esta finalidad tienen una doble naturaleza. Por una parte, determinar la aptitud para el trabajo, y por otra, verificar que el estado de salud del candidato o trabajador no pueda constituir un peligro para el propio postulante o trabajador y demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa, que es un fin propio de los reconocimientos médicos obligatorios establecidos en el artículo 22.1.II de la LPRL.⁸⁹² Esto lo refuerza el artículo 9.1.h) del Reglamento (UE) 2016/679, que reconoce la legitimidad del tratamiento de datos personales cuando es necesario para la “evaluación de la capacidad laboral del trabajador”.

La legislación exige comúnmente reconocimientos médicos con esta finalidad, que son los que menos cuestionamientos de vulneración de derechos fundamentales generan, no solo porque los exige el legislador, sino también porque se imponen a candidatos y trabajadores de puestos de trabajo altamente riesgosos para la seguridad.

Así, por ejemplo, el Real Decreto 2487/1998, de 20 de noviembre, regula los reconocimientos médicos que acreditan la aptitud psicofísica necesaria para tener y usar armas y para prestar servicios de seguridad privada, que resultan aplicables a todos quienes desean desempeñar o desempeñan funciones que exigen portar armas, como los vigilantes privados, los escoltas o encargados privados. De manera similar, el Real Decreto 270/2000, de 25 de febrero, regula los requisitos para el desempeño de las funciones del personal de vuelo de las aeronaves civiles. Su normativa exige, según las funciones que se ejerzan, un certificado médico clase 1, 2 o 3, lo que requiere someterse a una serie de exámenes médicos para comprobar la aptitud exigida a fin de obtener el certificado correspondiente.

Igualmente, los conductores de vehículos deben demostrar aptitud psicofísica para obtener licencia de conducir. El Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores, en su Anexo IV establece los requisitos de aptitud física y las condiciones de salud que deben verificar los reconocimientos médicos para determinar si se tiene la aptitud psicofísica necesaria para obtener licencia de conducir o no. En conformidad con la normativa reglamentaria, los requisitos de salud varían según el tipo de permiso de

⁸⁹² GOÑI (1999), p. 53; LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), pp. 67-68. A nivel jurisprudencial, véase: STSJ de Cataluña 1915/2016, de 31 de marzo, Rec. N° 304/2016.

conducción, los que son más exigentes para obtener permiso de conducción de vehículos de gran tamaño.

Otro ejemplo lo proporciona la aptitud para trabajar a bordo de buques, que exige determinadas condiciones de salud motivadas, fundamentalmente, por la necesidad de garantizar la seguridad de la tripulación en su conjunto y de la navegación marítima.⁸⁹³ El contenido de los reconocimientos médicos a los que debe someterse el personal marítimo está regulado en el Real Decreto 1696/2007, de 14 de diciembre, que establece, además, el listado de enfermedades que impide el embarque, incluyendo, entre otras, epilepsia, esquizofrenia, vértigos crónicos.

También la vigilancia de la salud prevista en el párrafo primero del artículo 25.1 de la LPRL persigue determinar la aptitud para el trabajo y descartar que la salud sea un riesgo para la seguridad, al prohibir al empleador utilizar trabajadores cuando por “sus características personales, estado biológico, o por su capacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro. Los reconocimientos médicos en este caso persiguen comprobar que efectivamente la condición de salud del trabajador presenta un riesgo para la seguridad, presentando más bien ‘una función inquisitiva’”.⁸⁹⁴

Por otra parte, la negociación colectiva o el empresario en virtud de la obligación de seguridad pueden requerir a los candidatos o trabajadores reconocimientos médicos para verificar que su salud no sea un riesgo para la seguridad o salud de terceros.⁸⁹⁵ Por lo tanto, la legislación no es la única fuente de los reconocimientos médicos con el propósito de determinar que el trabajador esté apto para el trabajo y no represente un riesgo para la seguridad o salud de terceros.

Asimismo, se admiten los reconocimientos médicos que persiguen descartar que el candidato o trabajador tenga una enfermedad que puede transmitirse en el trabajo a otros compañeros de trabajo o terceros. De este modo, el empresario puede requerir excepcionalmente test de VIH si el trabajo incluye contacto con fluidos corporales de terceras personas, por ejemplo, pacientes; por lo tanto, es imprescindible descartar que el candidato o trabajador no dé positivo para VIH,

⁸⁹³ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2013), p. 307; LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 93.

⁸⁹⁴ GOÑI (1999), p. 53.

⁸⁹⁵ GARCÍA (2023), pp. 95-101.

pues, de lo contrario, representará una directa amenaza para la salud de terceros por constituir un riesgo de contagio.⁸⁹⁶ Los test de VIH serían exigibles a personas que ocuparán u ocupan puestos de trabajo en centros hospitalarios, donde generalmente existe contacto con fluidos corporales. Por el contrario, el VIH no es un riesgo inherente al trabajo cuando el trabajador no tiene contacto con fluidos corporales, puesto que la transmisión solamente puede tener lugar por contacto sexual, sanguíneo o parental, pero no en virtud del ambiente de trabajo.⁸⁹⁷ Otro ejemplo lo proporcionan los test de antígeno y exámenes PCR para descartar el contagio con covid-19 de candidatos y trabajadores que en razón de su trabajo tienen contacto con terceras personas, por ejemplo, atienden público, particularmente si la salud de esas personas está en riesgo en caso de contagiarse, como ocurre con los pacientes de centros hospitalarios.⁸⁹⁸ Los reconocimientos médicos vinculados al covid-19 solamente proceden cuando el contagio con covid-19 del candidato o trabajador constituya un riesgo de contagio de compañeros de trabajo y de otras personas relacionadas con la empresa, como el público, que es, precisamente, uno de los supuestos de vigilancia de la salud obligatoria del artículo 22.1 de la LPRL; por tanto, se encuentra justificada la restricción de derechos de la parte trabajadora al someterse a reconocimientos médicos bajo este supuesto.⁸⁹⁹

También pueden resultar imprescindibles los test de alcohol y drogas, cuando el consumo de alcohol o drogas genera una situación de peligro para la seguridad, lo que ocurrirá respecto de trabajadores que ocupan posiciones riesgosas para la seguridad, tales como pilotos de avión y conductores de camiones.⁹⁰⁰

Otro ejemplo lo proporcionan los reconocimientos psicológicos que persiguen determinar que el trabajador tiene la aptitud psicológica requerida por el cargo y no representa un riesgo para la seguridad. En un caso se resolvió que es ajustado a derecho el requerimiento a un conserje de universidad de acogerse a un examen psicológico debido a su comportamiento extravagante, que hacía presumir razonablemente distorsiones psicológicas graves que no solo dificultaban en gran

⁸⁹⁶ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 70.

⁸⁹⁷ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 70. Para un estudio exhaustivo sobre la discriminación por razón del VIH véase RAMIRO (2023), pp. 45-97.

⁸⁹⁸ RODRÍGUEZ (2021), p. 47; GARCÍA (2023), pp. 186-197; AGUILERA (2023), pp. 121-124.

⁸⁹⁹ RODRÍGUEZ (2021), p. 47; GARCÍA (2023), pp. 186-197; AGUILERA (2023), pp. 121-124.

⁹⁰⁰ PEDROSA (2005), pp. 80 y 107; LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 70.

medida la relación con profesores y compañeros, sino que podía tener también serias repercusiones en la salud o integridad del propio actor, compañeros, profesores y en el mismo alumnado”.⁹⁰¹ En otro caso se consideró lícito requerir exámenes psicológicos para determinar la aptitud psicológica en un trabajo riesgoso, pues no se exigen “con fines de curiosidad morbosa o meramente estadística, sino como medio diagnóstico y preventivo, avalado por la ciencia psicológica y controlado en su realización y resultados por facultativo especialista, para descubrir anomalías de carácter o desviaciones de conducta con repercusión social en quienes han de manejar máquinas pesadas o artilugios creadores de riesgos importantes, tanto para la integridad física de los manipuladores como para la de los compañeros de trabajo, en un servicio público como el transporte por ferrocarril”.⁹⁰²

Se han considerado legales los reconocimientos médicos exigidos a los trabajadores de prevención y extinción de incendios, cuyas labores exigen una buena capacidad física y psicológica para ejecutarse de forma segura para el propio trabajador y terceros, ya que frecuentemente se desarrollan en terrenos accidentados, con muy altas temperaturas y grandes emisiones de humos, pues su trabajo involucra la prestación de auxilio a personas y cosas en catástrofes y emergencias, como nevadas e inundaciones.⁹⁰³ En términos similares, se ha admitido la licitud de los reconocimientos médicos para los escoltas y vigilantes, al tratarse de trabajadores que se dedican a actividades de riesgo no solo para ellos, sino también para terceras personas, al velar por su protección y seguridad.⁹⁰⁴

Bajo el supuesto examinado se considera obligatoria la vigilancia de la salud de conductores cuando resulte indispensable para realizar sus funciones, respecto a los “conductores que desempeñan un servicio público consistente en transportar pasajeros en los automóviles que conducen, cuya actividad no se limita por lo tanto a conducir vehículos de la empresa como únicos ocupantes de los mismos”.⁹⁰⁵ Inclusive para el personal de mantenimiento con trabajo en altura se aplica similar criterio, pues se pone de “manifiesto el riesgo de caída existente en este

⁹⁰¹ STSJ de Andalucía/Sevilla, 1 de junio de 1998 (AS 1998 3377).

⁹⁰² STSJ de Castilla y León, 3 de diciembre de 1996 (AS 1996 3998).

⁹⁰³ STSJ de Valencia, 24 de enero de 2013 (AS 2013 1296); STS de 10 de junio de 2015, Rec. N° 178/2014.

⁹⁰⁴ STS 259/2018, 7 de marzo de 2018, Rec. N° 42/2017.

⁹⁰⁵ STS 33/2019, de 21 de enero, Rec. N° 4009/2016.

tipo de actividades con el peligro específico que esto supone para el propio trabajador y para terceros, lo que encuentra adecuado y suficiente para justificar la necesidad de imponer los reconocimientos médicos con independencia del consentimiento del trabajador”.⁹⁰⁶

1.3.3. *La evaluación de la aptitud psicofísica del trabajador para prevenir riesgos solamente para la salud o seguridad del propio candidato o trabajador*

Bajo la legislación española se reconoce que la vigilancia de la salud persiga determinar que la salud del candidato o trabajador no sea un peligro para él mismo (artículo 22.1 de la LPRL). Sin embargo, una de las cuestiones más discutidas en la doctrina y jurisprudencia española con ocasión de los reconocimientos ocupacionales en el empleo es si estos pueden imponerse al candidato y/o trabajador cuando su salud únicamente “puede constituir un peligro para él mismo” (artículo 22.1.II de la LPRL) o, por el contrario, solo constituyen reconocimientos médicos voluntarios para el trabajador.

Un sector de la doctrina reconoce una autodeterminación absoluta del trabajador sobre su salud, ya que otorga prevalencia a la libertad individual sobre la vida y salud individual, descartando un criterio paternalista de la legislación.⁹⁰⁷ Por lo mismo, se sostiene que los reconocimientos médicos obligatorios respecto del trabajador no tienen lugar cuando su único propósito es verificar que la salud del trabajador no sea un peligro para él mismo, quien es libre de asumir los riesgos para sí a consecuencia de la negativa de someterse a reconocimientos médicos, no pudiendo sancionárselo por su negativa.⁹⁰⁸ En este sentido parece pronunciarse el Tribunal Constitucional, aunque con ciertos matices, al señalar que “la obligatoriedad no puede imponerse [...] si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable, pues aquel es libre para disponer de la vigilancia de su salud sometiéndose o no a los reconocimientos en atención a las circunstancias y valoraciones que estime pertinentes para la decisión”.⁹⁰⁹ Por lo tanto, para el Tribunal Constitucional los reconocimientos médicos solo serán voluntarios para el trabajador cuando la vigilancia de la

⁹⁰⁶ STSJ de Madrid 583/2016, de 12 de septiembre, Rec. N° 535/2016.

⁹⁰⁷ GONZÁLEZ Y APARICIO (1996), pp. 152-153; GOÑI (1999), pp. 70-71; PEDROSA (2005), pp. 108-111.

⁹⁰⁸ GONZÁLEZ Y APARICIO (1996), pp. 152-153; GOÑI (1999), pp. 70-71; PEDROSA (2005), pp. 108-111.

⁹⁰⁹ STC 196/2004, 15 de noviembre.

salud persiga verificar únicamente que no sea un peligro para el propio trabajador y no exista un riesgo o peligro cierto objetivable.⁹¹⁰ Por el contrario, si existe un riesgo o peligro objetivable, los reconocimientos médicos serán obligatorios, siguiendo esta jurisprudencia.⁹¹¹

Sin embargo, otro sector de la doctrina sostiene que el artículo 22 de la LPRL impone expresamente al trabajador reconocimientos médicos obligatorios para verificar la salud del trabajador cuando solamente “puede constituir un peligro para él mismo”, consagrándose una protección positiva imperativa que queda al margen de la voluntariedad del trabajador.⁹¹² Junto con el tenor literal de la norma, son diversos los argumentos que se han dado. En primer lugar, los derechos a la vida e integridad física justifican que pueda limitarse la autonomía individual e imponerse una vigilancia de la salud en beneficio exclusivo del propio trabajador.⁹¹³ En segundo lugar, el trabajador no solo tiene derechos, sino también obligaciones derivadas de la protección positiva que es asumida por la LPRL, entre las que se encuentran, precisamente, los reconocimientos médicos obligatorios en exclusivo beneficio.⁹¹⁴ En tercer lugar, la obligatoriedad de la vigilancia de la salud individual no solo se justifica en el peligro para el propio trabajador, sino también en el hecho de que ante un accidente del trabajo, riesgo o amenaza, se derivarían diversas responsabilidades para el empresario.⁹¹⁵ Se agrega como argumento que el artículo 25 de la LPRL prohíbe al empleador emplear a aquel trabajador cuyas condiciones psicofísicas no sean las adecuadas para el puesto de trabajo y determinen un peligro para el propio trabajador, confirmando lo que señala el artículo 22.1 de la LPRL.⁹¹⁶

Agregamos como argumento el tenor literal del artículo 243 de la LGSS, que exige reconocimientos médicos exclusivamente en función de riesgos ocupacionales causantes de

⁹¹⁰ TÁLENS (2013), p. 183; LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 69.

⁹¹¹ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 69.

⁹¹² GARCÍA *et al.* (1996), p. 204; FERNÁNDEZ (1997), p. 220; BLASCO (1999), p. 202; CAVAS (2004), pp. 289-305; GARCÍA (2023), pp. 145-146.

⁹¹³ GARCÍA *et al.* (1996), p. 204: “La jurisprudencia constitucional ha señalado, en relación con el derecho a la vida e integridad física, que la garantía del derecho fundamental no puede limitarse a la posibilidad de que los individuos ejerciten sus pretensiones libremente, de modo que la garantía de la protección del derecho puede ser asumida positivamente por el legislador (STC 53/1985, de 11 de abril), ya que el derecho a la vida tiene un contenido positivo que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte (STC 120/1990, de 27 de junio, y STC 137/1990, de 19 de julio)”.

⁹¹⁴ FERNÁNDEZ (1997), p. 220; BLASCO (1999), p. 202; CAVAS (2004), pp. 289-305.

⁹¹⁵ FERNÁNDEZ (1997), p. 220; BLASCO (1999), p. 202.

⁹¹⁶ BLASCO (1999), p. 202.

enfermedades profesionales para el trabajador: “Todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales estarán obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquellos [puestos]”. Esta norma ordena reconocimientos médicos para evitar que el trabajador, al tomar riesgos ocupacionales causantes de enfermedades profesionales pueda poner en riesgo su vida y salud, comenzar el monitoreo de la salud producto de exposición a riesgos laborales específicos, además de determinar si el trabajador tiene una condición de salud compatible con el cargo.⁹¹⁷

A pesar de la discusión doctrinaria, se sostiene que en la práctica es muy difícil distinguir entre aquellas situaciones en que solamente está en peligro la seguridad o salud del propio trabajador de supuestos en que también está en peligro la seguridad o salud de compañeros de trabajo y/o de otras personas relacionadas con la empresa, más aún cuando en la mayoría de las situaciones, además del peligro o riesgo para el trabajador, existiría un peligro o riesgo para terceras personas.⁹¹⁸

Los reconocimientos médicos, en este supuesto, solo serán obligatorios cuando sean absolutamente necesarios para garantizar la seguridad o salud del candidato o trabajador, se descarta su obligatoriedad cuando únicamente resulten aconsejables, convenientes, útiles.⁹¹⁹

2. Vigilancia de la salud del trabajador ante la exposición a riesgos ocupacionales en el lugar de trabajo

Entre los objetivos de la salud ocupacional es posible mencionar (1) promover y mantener el más alto nivel de bienestar físico, mental y social de los trabajadores en todas las ocupaciones; (2) prevenir el empeoramiento en la salud causado por las condiciones del trabajo; (3) proteger a los trabajadores en su empleo de riesgos que resultan de factores adversos para la salud, y (4) ubicar y mantener a los trabajadores en un ambiente de trabajo adaptado a sus capacidades fisiológicas y psicológicas.⁹²⁰

⁹¹⁷ STC 196/2004, 15 de noviembre; GOÑI Y RODRÍGUEZ (2013), pp. 309-310; GARCÍA (2023), p. 146.

⁹¹⁸ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 69.

⁹¹⁹ STS de Asturias 4452/2007, de 9 de noviembre, Rec. N° 2651/2007; STS 33/2019, de 21 de enero, Rec. N° 4009/2016.

⁹²⁰ SERRA *et al.* (2007), p. 304.

Cuando la salud del trabajador está en peligro debido a riesgos ocupacionales que no se han podido eliminar, surge la necesidad de la vigilancia a la salud, que puede ser médica y biológica, cuya procedencia se explica por dos razones principalmente. La primera, cuando la presencia del riesgo es esencial o inherente al proceso de trabajo y no se dispone de otras alternativas posibles para eliminar o disminuir el riesgo, tales como la exposición a sustancias químicas o biológicas.⁹²¹ La segunda, si la relación causal entre la exposición al riesgo ocupacional y su efecto en la salud no está bien definida, como en el caso de la exposición a sensibilizantes y carcinógenos.⁹²²

Aunque la vigilancia médica y biológica tienen propósitos similares, existen ciertas diferencias. La vigilancia médica no tiene un propósito uniforme y hay discrepancias sobre si comprende la detección de enfermedades vinculadas al trabajo o no. Para la Organización Mundial de la Salud, la vigilancia médica no comprende identificar enfermedades ocupacionales, ya que la define como “los exámenes médico-fisiológicos de los trabajadores expuestos con el objetivo de proteger la salud y prevenir enfermedades relacionadas con el trabajo. La detección de una enfermedad existente está fuera del alcance de esta definición”.⁹²³

En cambio, ciertos autores sostienen que la vigilancia médica por exposición a sustancias peligrosas persigue diversos objetivos, incluyendo detectar enfermedades ocupacionales. Con relación al trabajador, su objetivo es detectar o descartar efectos adversos para su salud debido a la exposición ocupacional a sustancias peligrosas en una etapa lo más temprana posible, de forma que puedan adoptarse medidas preventivas apropiadas para prevenir un empeoramiento en la salud,⁹²⁴ objetivo que comprende detectar síntomas clínicos de enfermedades ocupacionales ya existentes.⁹²⁵ Igualmente, los resultados de la vigilancia de la salud pueden ser utilizados para descartar un riesgo ocupacional significativo, para evaluar la idoneidad de las medidas de control de los riesgos, para identificar a los trabajadores con mayor riesgo de exposición y para ser

⁹²¹ KOH Y AW (2003), p. 706; QUINLAN *et al.* (2010), p. 526 ; KOH Y AW (2019), p. 123.

⁹²² KOH Y AW (2003), p. 706; QUINLAN *et al.* (2010), p. 526 ; KOH Y AW (2019), p. 123.

⁹²³ WORLD HEALTH ORGANIZATION (1996), p. 1.

⁹²⁴ KOH Y AW (2003), p. 706; KOH Y AW (2019), p. 123; KLOSS (2020), p. 112.

⁹²⁵ QUINLAN *et al.* (2010), p. 526.

puntos de referencia para acciones preventivas e impartir educacional sanitaria.⁹²⁶ Otra función es cuantificar la incidencia y prevalencia de enfermedades ocupacionales.⁹²⁷

La mayoría de la normativa doméstica parece inclinarse por que la vigilancia de la salud por exposición a riesgos ocupacionales tenga objetivos amplios, con el fin de proteger la salud de los trabajadores expuestos.⁹²⁸ Junto con preguntas sobre la salud, se pueden utilizar diversos reconocimientos médicos para vigilar la salud de trabajadores expuestos a sustancias y agentes ocupacionales peligrosos, incluyendo exámenes clínicos generales, pruebas de alergias, rayos X, test de función pulmonar, audiometrías, pruebas de visión.⁹²⁹ Por ejemplo, los rayos X pueden usarse para chequear los signos de cicatrización de los pulmones en trabajadores expuestos previamente a polvo o asbesto.⁹³⁰

La vigilancia biológica se diferencia de la vigilancia de los efectos biológicos. “La vigilancia biológica es la medición y evaluación de los agentes del lugar de trabajo o sus metabolitos ya sea en tejidos, secreciones, excrementos, aire espirado o cualquier combinación de estos, para evaluar la exposición y el riesgo para la salud en comparación con una referencia adecuada”.⁹³¹ El propósito del monitoreo biológico es detectar la presencia de una sustancia tóxica o metabolito en una muestra biológica del trabajador o postulante en lugar de detectar un efecto temprano en la salud, por lo que se encuadra mejor dentro de la vigilancia de riesgos antes que como vigilancia de la salud.⁹³²

La vigilancia de los efectos biológicos comprende la identificación de indicadores tempranos de sustancias tóxicas o metabolitos en el cuerpo humano y sus efectos sobre la salud. Su propósito es más bien detectar anomalías que preceden a una enfermedad ocupacional mientras exista la posibilidad de que sus efectos puedan ser revertidos, antes que identificar síntomas de enfermedades, que es el objetivo de la vigilancia médica.⁹³³ Comprende el análisis de muestras

⁹²⁶ KOH Y AW (2003), p. 706; KOH Y AW (2019), p. 123.

⁹²⁷ KOH Y AW (2003), p. 706; KOH Y AW (2019), p. 123.

⁹²⁸ KOH Y AW (2010), pp. 706-707; KOH Y AW (2019), pp. 123-124.

⁹²⁹ QUINLAN *et al* (2010), p. 526.

⁹³⁰ QUINLAN *et al.* (2010), pp. 526-527.

⁹³¹ WORLD HEALTH ORGANIZATION (1996), p. 1. En el mismo sentido: KOH Y AW (2003), p.707; KOH Y AW (2019), pP. 123-124.

⁹³² KOH Y AW (2003), p.707; KOH Y AW (2019), pp. 123-124.

⁹³³ KOH Y AW (2003), p. 707; QUINLAN *et al.* (2010), p. 527; KOH Y AW (2019), pp. 123-124.

de sangre, orina, cabello, aire espirado, que permite examinar los efectos de sustancias tóxicas o de sus metabolitos en la salud.⁹³⁴ Por ejemplo, el monitoreo regular de los niveles de plomo en la sangre podría detectar la exposición al plomo antes que aparezcan los síntomas de envenenamiento, facilitando una intervención temprana.⁹³⁵ Aunque algunos autores consideran la vigilancia de los efectos biológicos como parte de la vigilancia biológica,⁹³⁶ lo cierto es que son diferentes: mientras la vigilancia biológica mide el nivel de exposición, la vigilancia de efectos biológicos muestra un efecto temprano en la salud de la exposición y, por lo tanto, forma parte de la vigilancia de la salud.⁹³⁷

2.1. Vigilancia de la salud del trabajador ante la exposición a riesgos ocupacionales en el lugar de trabajo en Australia

En Australia el empleador está obligado a vigilar la salud de los trabajadores cuando están expuestos a agentes ocupacionales y sustancias químicas peligrosas en el lugar de trabajo, determinando cuándo tiene lugar la vigilancia obligatoria de la salud, de qué forma debe llevarse a cabo, quién debe realizarla y qué debe hacerse con sus resultados.

La regulación sobre seguridad y salud en el trabajo define la vigilancia biológica y la vigilancia de la salud. “La vigilancia biológica significa: (a) la medición y evaluación de una sustancia, o sus metabolitos, en el tejido corporal, fluidos o aire espirado de una persona expuesta a la sustancia, o (b) monitoreo del nivel de plomo en la sangre”.⁹³⁸ En cambio, “la vigilancia de la salud de un individuo significa la vigilancia de la persona para identificar cambios en el estatus de su salud debido a la exposición a ciertas sustancias”,⁹³⁹ es decir, que comprende tanto la vigilancia de los efectos biológicos como la vigilancia médica.⁹⁴⁰

La obligación de la vigilancia de la salud se impone a la empresa cuando el trabajador está expuesto a sustancias químicas y/o agentes físicos peligrosos y existen medios para evaluar sus

⁹³⁴ QUINLAN *et al.* (2010), pp. 526-527.

⁹³⁵ QUINLAN *et al.* (2010), p. 527.

⁹³⁶ QUINLAN *et al.* (2010), p. 527.

⁹³⁷ KOH Y AW *et al.* (2003), p.707; KOH Y AW (2019), pp. 123-124. En términos similares: WORLD HEALTH ORGANIZATION (1996), pp. 1-2.

⁹³⁸ Model Work Health and Safety Regulations 2016 (Cth), reg. 5.

⁹³⁹ Model Work Health and Safety Regulations 2016 (Cth), reg. 5.

⁹⁴⁰ SAFE WORK AUSTRALIA (2020), p. 5.

efectos sobre la salud. De esta forma, una empresa que dirige un negocio debe garantizar que la vigilancia de la salud sea proporcionada al trabajador que ejecuta labores para el negocio o empresa si el dependiente está realizando una tarea continua en el lugar de trabajo usando, manipulando, generando o almacenando químicos peligrosos y existe “un riesgo significativo” para su salud debido a la exposición a sustancias peligrosas, estén estas sustancias químicas peligrosas enumeradas en la regulación o no.⁹⁴¹ Tratándose de los químicos peligrosos no enumerados en la regulación, se exige una segunda y tercera condición para que sea procedente la vigilancia de la salud: que existan técnicas válidas para detectar sus efectos en la salud del trabajador o que una forma válida de determinar la exposición biológica a químicos peligrosos esté disponible, y que sea incierto, por motivos razonables, si la exposición al químico peligroso ha resultado en una exposición biológica que excede el estándar de seguridad o no.⁹⁴²

La empresa debe determinar si existe un riesgo significativo para la salud debido a la exposición a químicos o agentes físicos peligrosos.⁹⁴³ El nivel de riesgo depende del peligro derivado de los químicos o agentes físicos (qué tipo de daño podrían causar, por ejemplo, cáncer, mutaciones, efectos tóxicos, enfermedades respiratorias), de la frecuencia, duración y cantidad de exposición en el lugar de trabajo a causa del uso, manipulación, generación o almacenamiento de químicos peligrosos,⁹⁴⁴ y qué medidas de control no existen o no permiten eliminar la exposición humana a los químicos o agentes físicos peligrosos.⁹⁴⁵

Asimismo, se contempla la obligación de proporcionar monitoreo de la salud cuando el trabajador está expuesto al plomo⁹⁴⁶ y asbestos⁹⁴⁷ en el lugar de trabajo, más allá de que exista riesgo significativo para la salud o no.⁹⁴⁸ Del mismo modo, se contempla la obligación del empleador de monitorear la salud de trabajadores expuestos al ruido.⁹⁴⁹

⁹⁴¹ Model Work Health and Safety Regulations 2016 (Cth), reg. 368.

⁹⁴² Model Work Health and Safety Regulations 2016 (Cth), reg. 368.

⁹⁴³ SAFE WORK AUSTRALIA (2020), p. 7.

⁹⁴⁴ SAFE WORK AUSTRALIA (2020), p. 7.

⁹⁴⁵ SAFE WORK AUSTRALIA (2020), pp. 9-10.

⁹⁴⁶ Model Work Health and Safety Regulations 2016 (Cth), regs. 405-407.

⁹⁴⁷ Model Work Health and Safety Regulations 2016 (Cth), regs. 435-436.

⁹⁴⁸ SAFE WORK AUSTRALIA (2020), p. 7.

⁹⁴⁹ Model Work Health and Safety Regulations 2016 (Cth), reg. 58.

Con relación a ciertos químicos peligrosos, la regulación estatal sobre salud ocupacional determina el contenido mínimo de la vigilancia de la salud; entre otros, allí se encuentran los siguientes químicos: arsénico, asbestos, benceno, plomo, mercurio, sílice cristalina.⁹⁵⁰ Sin embargo, se trata de un estándar de mínimos, pues podrían ser recomendables otros reconocimientos médicos adicionales que permitan a la vigilancia de la salud cumplir su cometido.⁹⁵¹ Por otra parte, tratándose de los químicos peligrosos que la regulación no enumera, es el empleador quien debe determinar los reconocimientos médicos más adecuados para realizar la vigilancia de la salud.⁹⁵²

La vigilancia de la salud debe ser llevada a cabo por un profesional médico registrado con experiencia en vigilancia de salud,⁹⁵³ y la empresa debe asumir los costos de los reconocimientos médicos necesarios para cumplir con el deber de vigilancia de la salud de trabajadores expuestos a químicos peligrosos.⁹⁵⁴ El profesional médico debe elaborar un reporte con el resultado de la vigilancia de la salud, cuyo contenido está establecido por la regulación estatal, que debe incluir: los resultados de los exámenes que indican si el trabajador ha estado expuesto a químicos peligrosos o no, que constituye la vigilancia biológica propiamente tal; cualquier recomendación que los resultados de los exámenes indiquen que el trabajador puede haber contraído una enfermedad o lesión como resultado de realizar el trabajo que ha originado la exigencia de vigilar la salud, que constituye la vigilancia de la salud propiamente tal; cualquier recomendación que la persona que conduce el negocio o empresa tome medidas correctivas, incluyendo si el trabajador puede continuar realizando el tipo de trabajo que ha originado el requerimiento de vigilancia de la salud; si se requiere asesoramiento médico para el trabajador en relación con el trabajo que ha originado el requerimiento de vigilancia de la salud.⁹⁵⁵

En consecuencia, si el reporte de vigilancia de la salud indica que el trabajador debe ser removido del trabajo en que está expuesto a químicos o agentes físicos peligrosos, sea porque supera el nivel de exposición permitido o porque está experimentando efectos negativos en la salud o ha

⁹⁵⁰ Model Work Health and Safety Regulations 2016 (Cth), Anexo 14.

⁹⁵¹ SAFE WORK AUSTRALIA (2020), pp. 25-28.

⁹⁵² SAFE WORK AUSTRALIA (2020), pp. 25-28.

⁹⁵³ Model Work Health and Safety Regulations 2016 (Cth), regs. 371, 408, 437.

⁹⁵⁴ Model Work Health and Safety Regulations 2016 (Cth), regs. 372, 409, 438.

⁹⁵⁵ Model Work Health and Safety Regulations 2016 (Cth), regs. 374, 411, 440.

sufrido una enfermedad ocupacional, el empresario deberá cumplir con tal medida. Para ello deberá remover al trabajador de su trabajo mientras se disminuye el grado de exposición al químico o agente físico peligroso mediante la revisión de las medidas de control, si es posible.⁹⁵⁶ El trabajador puede reincorporarse al trabajo en que está expuesto solamente si vuelve a tener salud compatible.⁹⁵⁷ Por el contrario, si el trabajador padece una enfermedad profesional que le impide reincorporarse a su trabajo con acomodación razonable, el empleador, en conformidad con la sección 387 de la Fair Work Act 2009 (Cth), se verá en la necesidad de extinguir el contrato de trabajo debido a que el trabajador ha perdido la capacidad de realizar las funciones esenciales del trabajo sin riesgo para su salud. Dicho despido se ha considerado ajustado a derecho si se basa en la incapacidad del trabajador para realizar las funciones inherentes al trabajo a causa de una condición médica, enfermedad o lesión.⁹⁵⁸

El trabajador está obligado a someterse a la vigilancia de la salud requerida por el empleador en conformidad con la regulación sobre salud ocupacional, en cumplimiento de su deber de obediencia⁹⁵⁹ y de su deber de seguridad.⁹⁶⁰

2.2. Vigilancia de la salud del trabajador ante la exposición a riesgos ocupacionales en el lugar de trabajo en Estados Unidos

En Estados Unidos, a nivel federal, la vigilancia de la salud periódica constituye una evaluación médica que tiene lugar cada cierto intervalo de tiempo determinado por estándares promulgados por la Occupational Safety and Health Administration (OSHA), con el fin principal de determinar si la salud del trabajador ha sido afectada de forma adversa por un riesgo en el lugar de trabajo, usualmente exposición a sustancias peligrosas.⁹⁶¹

⁹⁵⁶ SAFE WORK AUSTRALIA (2020), p. 30.

⁹⁵⁷ Model Work Health and Safety Regulations 2016 (Cth), regs. 415, 417.

⁹⁵⁸ *Ermilov v. Qantas Flight Catering Pty Ltd* PR956925; *Boag; Ambulance Victoria v. Ms V* [2012] FWA FB 1616; *Birdi v. Rail Corporation New South Wales t/a RailCorp NSW* [2012] FWA FB 1404; *Jetstar Airways Pty Limited v. Neeteson-Lemkes* [2013] FWC FB 9075 ('Jetstar'); *Lion Dairy and Drinks Milk Limited v. Norman* [2016] FWC FB 4218; *TNT Australia Pty Ltd t/a TNT v. Martin* [2017] FWC FB 1510; *CSL Limited t/a CSL Behring v. Papaioannou* [2018] FWC FB 1005.

⁹⁵⁹ OWENS *et al.* (2011), pp. 262-263; STEWART *et al.* (2011), p. 497; IRVING (2019), pp. 504-505; SAPPIDEEN *et al.* (2022), pp. 212-213, 328-329.

⁹⁶⁰ SAFE WORK AUSTRALIA (2020), p. 30; IRVING (2019), p. 504.

⁹⁶¹ MINTZ (1986), p. 914.

La OSHA tiene la competencia para determinar la vigilancia de la salud periódica, lo que hace a través de la promulgación de estándares relacionados con las sustancias tóxicas y agentes físicos riesgosos para la salud.⁹⁶² La Occupational Safety and Health Act de 1970 especifica el procedimiento que la OSHA debe seguir para promulgar estándares de salud. El principal requisito que exige es que los estándares de salud deben garantizar que “ningún trabajador sufrirá un deterioro de su salud o de su capacidad funcional o una disminución de su esperanza de vida, inclusive si está expuesto al riesgo durante toda su vida laboral”.⁹⁶³ Asimismo, su sección 6(b)(7) dispone que los estándares de salud deben incluir una disposición por la cual el empleador asume los costos de los exámenes médicos requeridos a los trabajadores.⁹⁶⁴ Agrega la sección 6(b)(7) que el estándar de salud debe precisar el tipo y frecuencia de exámenes médicos u otros test que el empleador debe costear y poner a disposición de los trabajadores expuestos a riesgos ocupacionales, a fin de determinar con la mayor eficiencia posible si la salud de dichos trabajadores se ve afectada negativamente por la exposición.⁹⁶⁵

La sección 6(b)(7) de la Occupational Safety and Health Act de 1970 establece los propósitos de la vigilancia de la salud requerida por los estándares de la OSHA. Primero, la vigilancia médica permite determinar si la salud del trabajador ha sido afectada negativamente o no por las condiciones del lugar de trabajo o por otras razones, de forma que la atención médica podría dar lugar a identificar las medidas adecuadas para proteger la salud, como la eliminación de la exposición.⁹⁶⁶ Segundo, los resultados de los exámenes médicos proporcionan información para la investigación sobre la relación entre sustancias tóxicas y enfermedades ocupacionales, como también para promulgar nuevos estándares de salud.⁹⁶⁷ Tercero, los resultados de la vigilancia de la salud son útiles para garantizar la aplicación de la ley, por ejemplo, podrían proporcionar información para determinar si una infracción es grave o intencional y, en consecuencia, la sanción adecuada.⁹⁶⁸

⁹⁶² MINTZ (1986), p. 914.

⁹⁶³ 29 U.S.C. § 655(b)(5).

⁹⁶⁴ 29 U.S.C. § 655(b)(7).

⁹⁶⁵ 29 U.S.C. § 655(b)(7).

⁹⁶⁶ MINTZ (1986), p. 914.

⁹⁶⁷ MINTZ (1986), p. 914.

⁹⁶⁸ MINTZ (1986), p. 914.

La OSHA ha debido resolver las siguientes cuestiones con respecto a la vigilancia médica al establecer los estándares de salud ocupacional: (1) ¿Quién selecciona al médico y quién debería tener acceso a los registros médicos?; (2) ¿Debería exigirse a los trabajadores que se sometan a exámenes médicos; (3) ¿Puede la OSHA exigir más de una opinión médica?; (4) ¿Puede la OSHA exigir al empleador tomar una medida relacionada con el trabajo con base en el resultado de la vigilancia médica?; (6) ¿Puede la OSHA exigir al empleador protección salarial del trabajador además de la remoción del puesto de trabajo?⁹⁶⁹

La regla general es que el empleador es quien elige al médico,⁹⁷⁰ y también asume el costo de la vigilancia médica.⁹⁷¹

Bajo los estándares de la OSHA, la vigilancia de la salud es obligatoria para el empleador, quien debe ponerla a disposición del trabajador expuesto a los agentes riesgosos para la salud; en cambio, para los trabajadores es voluntaria.⁹⁷² La OSHA ha sostenido que a los trabajadores se les otorga “una oportunidad” de someterse a exámenes médicos, no se les exige someterse a exámenes médicos, y los empleadores no son sancionados por permitir que los trabajadores rechacen tomar la vigilancia médica.⁹⁷³

En relación con la recomendación médica que puede derivar de la vigilancia de la salud, la pregunta que surge es si la OSHA puede exigir al empleador tomar acciones protectoras a partir de la información médica resultante de la vigilancia de la salud. Los estándares de la OSHA abordan este problema de diferentes formas. El estándar de asbestos de 1972 prohíbe la asignación de un trabajador a una tarea que “requiere” el uso de respiradores si el médico “determina” basado en el examen médico más reciente que el trabajador no podrá “funcionar normalmente” con un respirador o que la seguridad y salud de otros trabajadores se verán “perjudicadas” por el uso de un respirador”.⁹⁷⁴ Esta norma, igualmente, dispone que el trabajador

⁹⁶⁹ Para un mayor análisis sobre estas cuestiones, véase: MINTZ (1986), pp. 914-918.

⁹⁷⁰ MINTZ (1986), p. 915.

⁹⁷¹ MINTZ (1986), p. 915.

⁹⁷² *Oil, Chemical and Atomic Workers Union v. American Cyanamid Co*, 741 F.2d 444 (D.C. Cir. 1984).

⁹⁷³ *Atlantic and Gulf Stevedores v. OSHRC*, 534 F.2d 541 (3d Cir. 1976); MINTZ (1986), p. 915.

⁹⁷⁴ 29 C.F.R. §1910.1001(g)(2)(iii).

“será rotado a otro trabajo” o se le dará la oportunidad de ser transferido a otra posición, si dicha posición está disponible con protección salarial y de seguridad.⁹⁷⁵

El estándar de la OSHA para catorce carcinógenos adopta un enfoque diferente. Ordena al médico que proporcione al empleador una declaración sobre la “idoneidad para el empleo” de los trabajadores, pero no contempla la remoción o reubicación de trabajadores con riesgo excesivo debido a la exposición a alguno de los carcinógenos.⁹⁷⁶ El estándar de cloruro de vinilo, por otra parte, emitido en 1974, dispone expresamente que el médico deberá proporcionar una declaración de “idoneidad” y si “la salud del trabajador se vería materialmente afectada por la continua exposición, dicho trabajador deberá ser retirado del posible contacto con cloruro de vinilo”.⁹⁷⁷

En cambio, la mayoría de los estándares de la OSHA no contemplan la remoción obligatoria del trabajador de la exposición a una sustancia peligrosa para su salud.⁹⁷⁸ Por ejemplo, el estándar de emisiones de horno de coque no contiene un requerimiento de remoción obligatoria de trabajadores con alto riesgo para el empleador.⁹⁷⁹ El estándar solamente dispone que la opinión médica debe incluir una declaración sobre si el trabajador tiene una condición médica que lo coloca en un riesgo incrementado por su exposición a las emisiones de horno de coque o necesita el uso de equipamiento o ropa protectora.⁹⁸⁰ Tampoco contemplan la remoción obligatoria del trabajador con alta exposición los estándares sobre arsénico,⁹⁸¹ benceno,⁹⁸² polvo de algodón.⁹⁸³

Si existe una disposición sobre remoción obligatoria que no contemple la protección del salario, se presenta un dilema para el trabajador con exposición a alto riesgo, quien tiene que elegir entre continuar trabajando, pero arriesgando su vida por seguir haciendo lo que actualmente hace, o bien proteger su salud, pero con riesgo de perder su empleo.⁹⁸⁴

⁹⁷⁵ 29 C.F.R. §1910.1001(g)(2)(iii).

⁹⁷⁶ 29 C.F.R. § 1910.1003 (g)(2)(iii).

⁹⁷⁷ 29 C.F.R. §1910.1017(k)(4).

⁹⁷⁸ MINTZ (1986), pp. 916-917.

⁹⁷⁹ MINTZ (1986), pp. 916-917.

⁹⁸⁰ 29 C.F.R. §1910.1029(j)(5)(b).

⁹⁸¹ 29 C.F.R. §1910.1018.

⁹⁸² 29 C.F.R. §1910.1028.

⁹⁸³ 29 C.F.R. §1910.1043.

⁹⁸⁴ MINTZ (1986), p. 917.

Pocos estándares contemplan la remoción del trabajador desde la exposición al riesgo sobre el nivel permitido con protección de sus remuneraciones. En el estándar del plomo de 1978, la OSHA adoptó este criterio, estableciendo la remoción obligatoria junto con retención de salarios,⁹⁸⁵ medidas adecuadas para garantizar la vigilancia de la salud pues incentivan la participación útil y voluntaria de los trabajadores.⁹⁸⁶ El estándar sobre polvo de algodón dispone que si el médico determina que un trabajador que se desempeña en un área en la cual el nivel de polvo excede el límite de exposición permisible no puede usar cualquier forma de respirador; el empleador debe otorgarle la oportunidad de transferirlo a otra posición que esté o que más adelante estará disponible, con un nivel de exposición al polvo bajo el límite de exposición permisible.⁹⁸⁷ En estas circunstancias, el estándar exige al empleador garantizar al trabajador transferido que no sufrirá reducción de su actual nivel de salario ni de otros beneficios como resultado de la transferencia.⁹⁸⁸ Similar regulación se encuentra en el estándar asbestos de la OSHA.⁹⁸⁹

Considerando que el principal propósito de los programas de vigilancia médica es proporcionar información para proteger la salud del trabajador, la posición de la OSHA es que normalmente debería permitírsele al empleador tomar acciones protectoras respecto de los trabajadores basadas en la información médica, en vez de imponérsele tomar dichas acciones, tales como remover a los trabajadores de la exposición cuando están expuestos a alto riesgo, aunque es una posibilidad que han adoptado solo ciertos estándares de salud.⁹⁹⁰

Fundado en la información médica, el empleador puede reubicar al trabajador en un puesto en que no esté expuesto al agente peligroso, inclusive puede extinguir el contrato de trabajo por razones médicas, cuando la reubicación no es posible o el trabajador no puede ejecutar labor alguna en la empresa sin riesgo para su propia salud.⁹⁹¹ Sin embargo, deben evitarse los abusos

⁹⁸⁵ 29 C.F.R. §1910.1025(k).

⁹⁸⁶ MINTZ (1986), p. 917.

⁹⁸⁷ 29 C.F.R. §1910.1043(f)(2)(ii).

⁹⁸⁸ 29 C.F.R. §1910.1043(f)(2)(ii).

⁹⁸⁹ 29 C.F.R. § 1910. 1001(g)(2) (iii).

⁹⁹⁰ MINTZ (1986), p. 918.

⁹⁹¹ MINTZ (1986), p. 918.

en el despido, que tendrán lugar, por ejemplo, cuando la evidencia médica no fundamenta al despido, ya que el trabajador puede ejecutar su trabajo con ajustes razonables.⁹⁹²

2.3. Vigilancia de la salud del trabajador ante la exposición a riesgos ocupacionales en el lugar de trabajo en España

En España la doctrina define la vigilancia de la salud como “la función de prevención de riesgos laborales consistente en analizar las condiciones de trabajo y del estado de salud de los trabajadores, con el objetivo de detectar los problemas de salud relacionados con el trabajo y controlar los riesgos derivados de su ejecución que pueden conllevar un daño para la salud del trabajador, con el fin de que, posteriormente, se planifique una adecuada intervención para hacer frente a esos problemas y riesgos”.⁹⁹³ Esta definición comprende dos tipos de vigilancia: la vigilancia de las condiciones de trabajo o evaluación de los riesgos laborales, que pertenece al ámbito de la vigilancia colectiva, y la vigilancia del estado de salud, que persigue evaluar los efectos de los riesgos laborales sobre la salud del trabajador, que tiene un ámbito de acción individual.⁹⁹⁴

La vigilancia del estado de salud de los trabajadores normalmente se lleva a cabo mediante los reconocimientos médicos, para determinar si los riesgos inherentes al trabajo causarán o están causando efectos negativos en su salud, además de detectar enfermedades en el trabajador como consecuencia de las condiciones laborales.⁹⁹⁵ Los resultados de estos reconocimientos médicos permiten adoptar medidas de adecuación del trabajo al estado de salud del trabajador, en caso de que esté siendo afectada negativamente por el trabajo, y eliminar o reducir riesgos laborales.⁹⁹⁶

El artículo 22.1 de la LPRL demuestra que estos son los fines principales de la vigilancia de la salud, al señalar que los reconocimientos médicos tienen como función principal realizar la vigilancia de la salud del trabajador “en función de los riesgos inherentes al trabajo”, los que serán obligatorios cuando sean imprescindibles para “para evaluar los efectos de las condiciones

⁹⁹² MINTZ (1986), p. 918.

⁹⁹³ GARCÍA Y PEDROSA (1999), pp. 3-4; GARCÍA Y PEDROSA (2000), p. 584.

⁹⁹⁴ GARCÍA Y PEDROSA (1999), p. 4; GARCÍA Y PEDROSA (2000), p. 584.

⁹⁹⁵ GARCÍA Y PEDROSA (1999), p. 4; GARCÍA Y PEDROSA (2000), p. 584; ARETA (2020), p. 7.

⁹⁹⁶ GARCÍA Y PEDROSA (1999), p. 4; GARCÍA Y PEDROSA (2000), p. 584.

de trabajo sobre la salud de los trabajadores”.⁹⁹⁷ El artículo 9.1.h) del Reglamento (UE) 2016/679 lo refuerza, al reconocer la legitimidad del tratamiento de datos personales cuando es necesario “para fines de medicina preventiva o laboral”.

Los reconocimientos médicos para fines de monitoreo de la salud son obligatorios para el empleador y, por regla general, voluntarios para el trabajador.⁹⁹⁸ Excepcionalmente, serán obligatorios para el empleado cuando sean “imprescindibles” para cumplir el cometido del monitoreo sobre la salud de los riesgos laborales, requisito que se ha interpretado en sentido restringido, entendiéndose que concurre solamente cuando no existe otro procedimiento alternativo menos invasivo que los reconocimientos médicos para “evaluar los riesgos que afecten a la salud del trabajador”.⁹⁹⁹

Sin perjuicio de que el empleador de forma unilateral y la negociación colectiva establezcan reconocimientos médicos con fines de evaluar los efectos de los riesgos ocupacionales sobre la salud del trabajador, mayoritariamente la normativa contempla los reconocimientos médicos con este propósito respecto de trabajadores que están expuestos a riesgos en el trabajo que pueden afectar su salud. La Directiva 89/391/CEE y la Directiva 93/88 por la que se modifica la Directiva 90/679 sobre la protección de los trabajadores contra riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos, establecen la vigilancia de la salud con este propósito.¹⁰⁰⁰ Igualmente, existe numerosa normativa estatal, la mayoría sobre reconocimientos médicos, que establece reconocimientos médicos con fines de monitoreo de la salud propiamente dicha, normativa que es anterior o posterior a la LPRL.

Entre la normativa anterior a la LPRL se encuentra, entre otros, el artículo 243 de la LGSS, que en su apartado 1 establece: “Todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquellos y a realizar los reconocimientos

⁹⁹⁷ BLASCO (1999), p. 261; GARCÍA Y PEDROSA (1999), pp. 40-45; SAN MARTÍN (2004), pp. 190-191.

⁹⁹⁸ ARETA (2020), p. 7.

⁹⁹⁹ GARCÍA *et al.* (1996), p. 205; FERNÁNDEZ (1997), p. 232; BLASCO (1999), p. 261; DE VICENTE PACHÉS (1998), p. 280; GARCÍA Y PEDROSA (1999), pp. 40-45; SAN MARTÍN (2004), pp. 190-191; FERNÁNDEZ-COSTALES (2009), pp. 51-52; TOSCANI (2011), p. 48; LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 66; FERNÁNDEZ-COSTALES (2021), pp. 58-59.

¹⁰⁰⁰ GARCÍA Y PEDROSA (1999), p. 9.

periódicos que para cada tipo de enfermedad se establezcan en las normas que, al efecto, dictará el Ministerio del Trabajo”. En su apartado 2 agrega: “Los reconocimientos serán a cargo de la empresa y tendrán el carácter de obligatorios para el trabajador”. Esta norma impone reconocimientos médicos cuando los trabajadores ocupen puestos de trabajo donde exista riesgo de contraer enfermedad profesional, por lo tanto, se deben tener en consideración el Real Decreto 1.299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de Seguridad Social;¹⁰⁰¹ la Orden de 9 de abril de 1986, por la que se aprueba el Reglamento para la Prevención de Riesgos y Protección de la Salud por la presencia de cloruro de vinilo monómero en el ambiente de trabajo; el Real Decreto 53/1992, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Protección Sanitaria contra Radiaciones Ionizantes;¹⁰⁰² el Real Decreto 1316/1989, de 27 de octubre, sobre protección de los trabajadores frente a los riesgos derivados de la exposición al ruido. Todas estas normas regulan reconocimientos médicos para detectar o descartar enfermedades profesionales y efectos de los riesgos ocupacionales específicos sobre la salud del trabajador.

Entre la normativa posterior a la LPRL que regula el monitoreo de la salud producto de la exposición a riesgos ocupacionales, se encuentra el Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y la seguridad contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo, que regula reconocimientos médicos obligatorios, con independencia de que se trate de un agente químico incluido en el listado de enfermedades profesionales o no. Por un lado, en los casos en los que no sea posible garantizar que la exposición del trabajador al agente químico está suficientemente controlada, teniendo en cuenta la eficacia de las medidas preventivas, o la exposición del trabajador de manera irregular al agente químico respectivo; por el otro, en los casos en que el trabajador es especialmente sensible a un agente químico, por lo que se lo somete a vigilancia de la salud con el fin de protegerlo expresamente por su particular situación, sin importar el nivel de exposición al agente químico.¹⁰⁰³

Existe normativa posterior a la LPRL que regula la vigilancia de la salud por exposición a riesgos ocupacionales remitiéndose al artículo 22 de la LPRL. El Real Decreto 1.389/1997, de 5 de

¹⁰⁰¹ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 74.

¹⁰⁰² GARCÍA Y PEDROSA (1999), p. 9.

¹⁰⁰³ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), pp. 78-79.

septiembre, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y salud de los trabajadores en actividades mineras, establece, en una norma de remisión que “el empresario garantizará la adecuada vigilancia de la salud de los trabajadores en función de los riesgos relativos a su seguridad y su salud en el trabajo, con la extensión y en las condiciones establecidas en el artículo 22 [de la LPRL]” (artículo 8). De manera similar, el artículo 6 del Real Decreto 487/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores; el artículo 4 del Real Decreto 488/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización; el artículo 8 del Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo.

Ahora bien, la mayoría de las disposiciones estatales se remiten directamente a protocolos de vigilancia específica para la exposición a ciertos riesgos o cuando exista el peligro de sufrir determinadas enfermedades profesionales, que complementan o cubren vacíos de las normas que regulan reconocimientos médicos.¹⁰⁰⁴ Estos pueden definirse como “la determinación de parámetros, pautas a seguir, en el control sanitario que se efectúe a los trabajadores. Vendrán determinados por los riesgos existentes en el trabajo y los factores individuales de cada trabajador”.¹⁰⁰⁵ Son el Ministerio de Sanidad y las comunidades autónomas los que determinan el contenido y periodicidad de los reconocimientos médicos de los protocolos de vigilancia.¹⁰⁰⁶

Entre los protocolos de vigilancia existentes, se destacan los que regulan los reconocimientos médicos respecto de trabajadores expuestos a agentes biológicos, agentes citostáticos, amianto, agentes anestésicos inhalatorios, dermatosis laborales, movimientos repetidos de miembro superior, óxido de etileno, plaguicidas, ruido, silicosis, cloruro de vinilo monómero, radiaciones ionizantes.¹⁰⁰⁷

¹⁰⁰⁴ GARCÍA Y PEDROSA (1999), p. 9; TOSCANI (2011), p. 34.

¹⁰⁰⁵ GARCÍA Y PEDROSA (1999), p. 10.

¹⁰⁰⁶ GARCÍA Y PEDROSA (1999), p. 10.

¹⁰⁰⁷ TOSCANI (2011), pp. 34-40.

3. Exigibilidad y cumplimiento del deber de ajuste razonable

La acomodación razonable ha estado limitada a la discapacidad en el contexto de la legislación antidiscriminación, como ocurre bajo la legislación federal antidiscriminación por discapacidad australiana, la Equality Act de 2010 del Reino Unido y la Directiva 2000/78/CE, que conforman el modelo tradicional.¹⁰⁰⁸ Sin embargo, existen otros modelos. Se destaca aquel en que la acomodación razonable constituye un derecho para personas con cualquier atributo protegido por la legislación antidiscriminación, que es el modelo adoptado por Canadá.¹⁰⁰⁹ De modo similar, en España, aunque no existe una opinión uniforme, un sector de la doctrina considera que el deber de acomodación razonable se aplica respecto de todos los candidatos y trabajadores con un atributo protegido por la legislación antidiscriminación, luego de la entrada en vigencia de la Ley 15/2022, incluyendo la enfermedad que no es discapacidad;¹⁰¹⁰ en cambio, otro sector estima que el deber de ajuste razonable continúa circunscrito solo a la discapacidad,¹⁰¹¹ posición que ha sostenido tradicionalmente la jurisprudencia.¹⁰¹² Otro modelo es aquel en que la acomodación razonable solo cubre a personas con algunos atributos mencionados específicamente por la legislación antidiscriminación. Este es el modelo adoptado por la legislación del estado de Victoria (Australia), que reconoce este derecho a las personas con discapacidad, a las que cuidan de otras personas y a quienes son padres, y por la legislación federal estadounidense, que extiende el derecho en cuestión a las necesidades religiosas y a la discapacidad que requieren acomodación.¹⁰¹³

No obstante los distintos modelos, se examinará el ajuste razonable sobre la base de la discapacidad, donde tuvo su origen, porque en ella los reconocimientos médicos cumplen una

¹⁰⁰⁸ GAZE Y SMITH (2017), p. 126; GUTIÉRREZ (2019), p. 216.

¹⁰⁰⁹ GAZE Y SMITH (2017), p. 129; REES *et al.* (2018), p. 358. Para un análisis de la obligación de acomodación razonable bajo la legislación antidiscriminación canadiense, véase: *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v BCGSEU* [1999] 3 SCR 3, [54].

¹⁰¹⁰ ALONSO *et al.* (2024), p. 81: “consideramos que los ajustes razonables deben implementarse tanto en los supuestos de personas discapacitadas como personas con enfermedad o estado de salud susceptible de protección”.

¹⁰¹¹ Para un resumen de esta discusión véase AGUILERA (2023), pp. 97-99. Sostiene la posición que el deber de ajuste razonable está circunscrito a la discapacidad GARCÍA (2023), pp. 213-214.

¹⁰¹² STC 51/2021, de 15 de marzo; AGUILERA (2023), p. 98.

¹⁰¹³ GAZE Y SMITH (2017), pp. 126 y 128; FREDMAN (2022), p. 360. Véase para el estado de Victoria, Australia, Equal Opportunity Act 2010 (Vic), ss. 17, 19, 22, 32, y para Estados Unidos, 42 U.S.C.A. § 12111(10)(A).

función relevante. Sin embargo, cuando se considere aplicable a otra condición de salud que no cumple las exigencias de la discapacidad, se hará presente.

Idéntico tratamiento entre personas con y sin discapacidad no siempre resulta adecuado para tratar la discapacidad por discriminación, inclusive podría ser discriminatorio en relación con la discapacidad y resultar un obstáculo para lograr la igualdad de oportunidades en ciertas situaciones.¹⁰¹⁴ Bajo la igualdad formal, todas las reglas se aplican por igual a todas las personas que están en igual o similar situación, como si todas ellas no tuvieran alguna discapacidad. Así, no toma en consideración que las personas podrían tener diferentes habilidades como consecuencia de una discapacidad.¹⁰¹⁵ Asimismo, la igualdad formal impide efectuar ajustes a la discapacidad física o mental, que son esenciales para eliminar la discriminación por discapacidad.¹⁰¹⁶ Por lo tanto, la paridad de trato podría causar algunas desventajas a las personas con discapacidad, pues, como la Corte Suprema del estado de Washington lo ha destacado, “el tratamiento idéntico podría ser una fuente de discriminación”.¹⁰¹⁷

Si las tareas y funciones de los empleos y los test que se exigen para acceder y mantenerse en los puestos de trabajo se diseñan en conformidad con la igualdad formal, tomando en consideración personas sin discapacidades mentales ni físicas, será difícil eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad.¹⁰¹⁸ Así, con el propósito de combatir la discriminación que se produce por la igualdad formal, diversas leyes antidiscriminación han establecido el deber de acomodación razonable.

La acomodación razonable permite un tratamiento diferente entre personas con discapacidad y personas sin discapacidad como consecuencia de la acomodación, con el propósito de garantizar la participación plena de personas con discapacidad en igualdad de condiciones con aquellas sin discapacidad.¹⁰¹⁹ Persigue la igualdad sustantiva.¹⁰²⁰ Asimismo, no puede alegarse que se

¹⁰¹⁴ BURGDORF JR (1997), p. 525.

¹⁰¹⁵ BURGDORF JR (1997), p. 525.

¹⁰¹⁶ BURGDORF JR (1997), p. 525.

¹⁰¹⁷ *Holland v. Boeing Co*, 583 P 2d 621, 623 (Wash., 1978).

¹⁰¹⁸ BURGDORF JR (1997), p. 529.

¹⁰¹⁹ LAWSON (2008), p. 155.

¹⁰²⁰ LAWSON (2008), p. 155; BRODERICK (2015), p. 153; FREDMAN (2016), p. 731.

infringe la prohibición de discriminación a causa de la acomodación razonable, ya que el tratamiento diferenciado producido por la acomodación está justificado por la legislación.¹⁰²¹

3.1. Concepto del deber de ajuste razonable en el empleo

En las legislaciones domésticas examinadas existe una definición o configuración del deber de ajuste razonable aplicable al trabajo, que se configura como una obligación para el empleador y como un derecho para candidatos y trabajadores con discapacidad.

3.1.1. *Concepto del deber de ajuste razonable en el empleo en Australia*

En Australia, tanto la legislación antidiscriminación federal como la legislación estatal de Victoria imponen al empleador la obligación de realizar los ajustes razonables que necesitan los futuros trabajadores y trabajadores con ciertos atributos, generalmente con discapacidad. Bajo ambas legislaciones la “discapacidad” se define ampliamente, de modo que incluye tanto lesiones físicas como psicológicas y enfermedades, sean actuales, futuras o pasadas, además de las condiciones y comportamientos imputados que son síntomas o manifestaciones de una discapacidad.¹⁰²²

Desde el año 2009 la DDA, que es la ley federal australiana de discriminación por discapacidad, contempla disposiciones respecto del incumplimiento por parte del empleador del deber de realizar ajustes razonables para trabajadores con discapacidad, cuando tal incumplimiento resulta en un tratamiento menos favorable o en una desventaja para una persona con discapacidad.¹⁰²³

La modificación de 2009 tuvo como objetivos lograr la igualdad sustantiva en la DDA, que Australia cumpliera las obligaciones que asumió al ratificar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas –que regula el deber de ajuste razonable en su artículo 2– e implementar las recomendaciones de la Comisión de Productividad que reconoció que la igualdad sustantiva requiere un tratamiento diferenciado para personas con

¹⁰²¹ BURGDORF JR (1997), pp. 529-530.

¹⁰²² Disability Discrimination Act 1992 (Cth), s. 4; Equal Opportunity Act 2010 (Vic), s.4.

¹⁰²³ JONES Y ELLETSON (2015), p. 19.

discapacidad cuando es necesario para lograr la igualdad de acceso a las oportunidades en el empleo.¹⁰²⁴

La DDA regula el deber de ajuste razonable dentro de la discriminación directa y la discriminación indirecta, incluyendo disposiciones relativas al incumplimiento de proporcionar ajustes razonables a la discapacidad, lo que puede dar lugar a discriminación directa o indirecta por discapacidad. En relación con la discriminación directa, la sección 5(2) de la DDA dispone que “una persona (el discriminador) igualmente discrimina contra otra persona (la persona agraviada) por motivo de una discapacidad de la persona agraviada si: (a) el discriminador no realiza o propone no realizar ajustes razonables para la persona, y (b) el fracaso en realizar los ajustes razonables tiene o tendría el efecto de que la persona agraviada sea, debido a la discapacidad, tratada menos favorablemente que como lo sería la persona sin discapacidad en circunstancias que no son materialmente diferentes”. Bajo esta norma, la no realización de ajustes razonables trae aparejado que el trabajador o postulante con discapacidad sea tratado menos favorablemente que el trabajador o candidato sin discapacidad en iguales o similares circunstancias.¹⁰²⁵

Similar obligación de ajustes razonables se encuentra inserta en la definición de discriminación indirecta (sección 6(2) de la DDA). Sin embargo, es menos importante que en la discriminación directa porque la prohibición de discriminación indirecta implícitamente impone una obligación de efectuar ajustes al ordenar al empleador que establezca requerimientos o condiciones de empleo razonables; se encuentran prohibidas las condiciones o exigencias laborales irrazonables que producen un efecto adverso en las personas con discapacidad.¹⁰²⁶

No se incumple el deber de ajuste razonable en dos situaciones, en las que el empleador no incurre en discriminación directa ni indirecta.¹⁰²⁷ La primera es que el empleador no está obligado a realizar ajustes razonables cuando el ajuste le impondría una carga injustificada.¹⁰²⁸ La solicitud de ajustes que son una carga injustificada para el empleador constituye una defensa

¹⁰²⁴ JONES Y ELLETSON (2015), p. 19.

¹⁰²⁵ JONES Y ELLETSON (2015), p. 19.

¹⁰²⁶ GAZE Y SMITH (2017), p. 126.

¹⁰²⁷ JONES Y ELLETSON (2015), pp. 19-20.

¹⁰²⁸ Disability Discrimination Act 1992 (Cth), ss. 11 y 21B.

para el empleador, que le permite justificar su negativa a acceder al ajuste solicitado.¹⁰²⁹ Para que la empresa demuestre la carga injustificada, deben tomarse en consideración todas las circunstancias relevantes de un caso particular, incluyendo la naturaleza del beneficio o detrimento para cualquier persona interesada, los efectos de la discapacidad de cualquier persona interesada, las circunstancias financieras del empleador y cualquier costo requerido, la disponibilidad de asistencia financiera u otro tipo de asistencia, cualquier plan de acción relevante efectuado bajo la DDA.¹⁰³⁰

La segunda situación se encuentra en la sección 21A de la DDA, que proporciona al empleador una defensa contra reclamos de discriminación cuando la persona con discapacidad sería incapaz de cumplir los requerimientos inherentes al trabajo particular, inclusive si se efectúan los ajustes razonables. La sección 21A(2) describe los factores para considerar si una persona puede cumplir los requerimientos inherentes al trabajo particular, que incluyen tomar en cuenta el entrenamiento de la persona, su experiencia, cualificaciones y desempeño.¹⁰³¹ Esta defensa, sin embargo, no tiene aplicación respecto de ciertos reclamos de discriminación, específicamente reclamos de negativa al trabajador de acceso a beneficios o de sometimiento al trabajo con detrimento en el empleo.¹⁰³²

Del mismo modo, a nivel estatal, en el estado de Victoria, la Equal Opportunity Act (EOA) 2010 dispone que un empleador debe realizar ajustes razonables para trabajadores con discapacidad a fin de cumplir “las exigencias genuinas y razonables del empleo”.¹⁰³³ Al igual que bajo la DDA,

¹⁰²⁹ JONES Y ELLETSON (2015), pp. 19-20.

¹⁰³⁰ Disability Discrimination Act 1992 (Cth), s. 11.

¹⁰³¹ Disability Discrimination Act 1992 (Cth), s. 21A(2).

¹⁰³² Disability Discrimination Act 1992 (Cth), s. 21A(4)(a).

¹⁰³³ Equal Opportunity Act 2010 (Vic), s. 20(1)(b). Para determinar los requerimientos genuinos y razonables de un empleador deben examinarse todas las circunstancias que rodean al empleo, incluyendo el contrato de trabajo, las funciones estatutarias, los requerimientos organizacionales u operacionales. El VCAT analizó la frase “requerimientos genuinos y razonables del empleo” en *Davies v. State of Victoria (Victoria Police)* [2000] VCAT 819, en el contexto de equivalente excepción bajo la sección de 22 de la Equal Opportunity Act 1995 (Vic), y sostuvo: “¿Qué son los requerimientos genuinos y razonables del empleo? En nuestra opinión, estos son más amplios que los requerimientos inherentes o esenciales del empleo. [...] Los requerimientos del empleador y los requerimientos del empleo no son necesariamente la misma cosa, aunque ellos frecuentemente serán lo mismo. Los requerimientos del empleador se refieren a qué es lo que el trabajo o posición exige que sea realizado, como también qué es necesario para cumplir esos deberes. El término cubre todo el rango de estos requerimientos, y no solamente los esenciales. Los requerimientos deben ser requerimientos del empleo. En otras palabras, ellos deben referirse y derivar del empleo. Ellos deben ser requerimientos genuinos. Un empleador no puede inventar requerimientos que no son verdaderamente exigencias del empleo. Ellos deben ser requerimientos razonables. Como se señaló en el

estas disposiciones protegen a personas a las que se les ofrece trabajo y a los trabajadores.¹⁰³⁴ Sin embargo, a diferencia de la DDA, la obligación de proporcionar ajustes razonables en la EOA se configura de forma independiente a la prohibición de discriminación directa e indirecta, de modo que una contravención de esta obligación es de por sí una discriminación ilegal bajo la EOA, sin necesidad de recurrir a los test de discriminación directa e indirecta.¹⁰³⁵

La EOA otorga como ejemplos de ajustes razonables del empleador: proporcionar una rampa de acceso al lugar de trabajo o un particular *software* para computadores; modificar las instrucciones de trabajo o manuales de referencia; permitir que el trabajador se ausente durante horas de trabajo para rehabilitación, evaluación o tratamiento de la discapacidad; permitir al trabajador tomar descansos más frecuentemente.¹⁰³⁶ Igualmente, la EOA indica los factores a considerar para determinar si un ajuste es razonable,¹⁰³⁷ y para determinar si una persona o trabajador puede cumplir los requerimientos genuinos y razonables del empleo o no.¹⁰³⁸

Las EOA contiene defensas similares a las de la DDA ante la no proporción de ajustes razonables a personas o trabajadores con discapacidad: (1) los ajustes no son razonables, habiendo considerado las materias que indica la sección 20(3), o (2) la persona no podría o no puede desempeñar adecuadamente los requerimientos genuinos y razonables del empleo, inclusive luego de que los ajustes se han realizado, habiendo considerado los factores de la sección 20(4).¹⁰³⁹

contexto de la discriminación indirecta, ‘razonable’ es un test más exigente que el de conveniencia, pero menos exigente que el test de necesidad (*Secretary, Department of Foreign Affairs and Trade v. Styles* [1989] FCA 342; [1989] 23 FCR 251, 263). De esta forma, un requerimiento de capacidades o cualificaciones que es manifiestamente desproporcionado con respecto al grado de dificultad de los deberes podría no constituir un requerimiento razonable del empleo”. Para VCAT los requerimientos genuinos y razonables podrían incluir ciertas habilidades y destrezas que son relevantes para el cumplimiento de los deberes del empleo, como cierto grado de aptitud física o mental, por ejemplo. Cfr.: VICTORIAN EQUAL OPPORTUNITY & HUMAN RIGHTS COMMISSION (2019), p. 75.

¹⁰³⁴ Equal Opportunity Act 2010 (Vic), s. 20(1)(a).

¹⁰³⁵ Equal Opportunity Act 2010 (Vic), s. 7(1)(b); JONES Y ELLETSON (2015), p. 20; VICTORIAN EQUAL OPPORTUNITY & HUMAN RIGHTS COMMISSION (2019), p. 73.

¹⁰³⁶ Equal Opportunity Act 2010 (Vic), s. 20(2).

¹⁰³⁷ Equal Opportunity Act 2010 (Vic), s. 20(3).

¹⁰³⁸ Equal Opportunity Act 2010 (Vic), s. 20(4).

¹⁰³⁹ Equal Opportunity Act 2010 (Vic), s. 23.

3.1.2. *Concepto del deber de ajuste razonable en el empleo en Estados Unidos*

Bajo la ADA el deber de acomodación razonable permite a las personas con discapacidad participar en el mercado laboral en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad.¹⁰⁴⁰ Además, la acomodación razonable ordena hacer ajustes o modificaciones que permiten a las personas con discapacidad participar plenamente en el campo del trabajo.¹⁰⁴¹

Cualquiera que sea un “individuo cualificado con una discapacidad” tiene derecho a una acomodación razonable bajo la ADA, siempre que el individuo “con o sin acomodación razonable, pueda desempeñar las funciones esenciales del puesto de trabajo que dicho individuo ocupa o desea ocupar”, y siempre que la acomodación no provoque una “carga injustificada” para el empleador.¹⁰⁴² De esta forma, la acomodación solamente será procedente respecto de un individuo cualificado con discapacidad y si no produce una carga injustificada en el empleador.¹⁰⁴³

La ADA no define la acomodación razonable, más bien proporciona ejemplos de posibles acomodaciones.¹⁰⁴⁴ Es así que dentro del término “acomodación razonable” incluye: “(A) hacer que las instalaciones existentes utilizadas por los trabajadores sean fácilmente accesibles y utilizables por las personas con discapacidad, y (B) reestructuración del trabajo, trabajo parcial o modificación del horario de trabajo, reasignación a una posición vacante, adquisición o modificación de equipamiento o dispositivos, ajustes apropiados o modificaciones de los exámenes, materiales o políticas de capacitación, provisión de lectores o intérpretes cualificados, y otras acomodaciones similares para personas con discapacidad”.¹⁰⁴⁵

La acomodación razonable es exigible al empleador si cumple tres requisitos copulativos: (1) la necesita un individuo cualificado con discapacidad, (2) debe cumplir alguno de los fines que establece la regulación, y (3) no debe imponer una carga injustificada al empleador.

¹⁰⁴⁰ SCHIFF Y MILLER (1992), p. 223.

¹⁰⁴¹ BURGDORF JR (1997), p. 529.

¹⁰⁴² 42 U.S.C. § 12111(10)(A).

¹⁰⁴³ LEE (1993), p. 203.

¹⁰⁴⁴ LEE (1993), p. 203.

¹⁰⁴⁵ 42 U.S.C. § 12111(9).

El empleador solamente debe la acomodación razonable a postulantes a empleos y a trabajadores cualificados con discapacidad,¹⁰⁴⁶ pero no a aquellos sin discapacidad que están asociados a individuos con discapacidad.¹⁰⁴⁷ De esta forma, por ejemplo, una profesora que se ha postulado a una posición en una escuela con horario matutino, le cuenta al empleador que tiene un hijo con parálisis cerebral, que está en fisioterapia intensiva y debe realizarse diversas cirugías.¹⁰⁴⁸ Para realizar el tratamiento, la postulante debe llevar a su hijo al hospital durante ciertas horas en la mañana, puesto que el establecimiento solamente proporciona terapia en esa franja horaria.¹⁰⁴⁹ Como consecuencia, la postulante le señala al empleador que ella podría ocupar el puesto si el horario se ajustara para permitirle acompañar a su hijo en la terapia.¹⁰⁵⁰ El empleador no está obligado a realizar una acomodación razonable a un postulante por su asociación con una persona con discapacidad,¹⁰⁵¹ ya que la ADA exige razonable acomodación únicamente si el postulante o trabajador es discapacitado.¹⁰⁵²

La regulación de la EEOC, al interpretar la ADA, precisa los fines de la acomodación e indica cuándo proceden: “(1) acomodaciones que son necesarias para garantizar la igualdad de oportunidades en el proceso de postulación; (2) acomodaciones que permiten a los trabajadores con discapacidad realizar las funciones esenciales de la posición que ocupan o desean ocupar; (3) acomodaciones que permiten a los trabajadores con discapacidad gozar de iguales beneficios y privilegios del trabajo que disfrutaban los trabajadores sin discapacidad”.¹⁰⁵³

El deber de acomodación razonable tiene lugar en el proceso de selección en dos oportunidades: antes y después de hacer una oferta de trabajo condicional. Este deber solo es exigible al empleador si conoce la discapacidad del postulante y la necesidad de acomodación razonable.¹⁰⁵⁴ Por lo tanto, los empleadores no pueden ser sancionados por infringir su deber de acomodación

¹⁰⁴⁶ 42 U.S.C. § 12112(b)(5)(A).

¹⁰⁴⁷ MURPHY (1995), pp. 25-26.

¹⁰⁴⁸ MURPHY (1995), p. 26.

¹⁰⁴⁹ MURPHY (1995), p. 26.

¹⁰⁵⁰ MURPHY (1995), p. 26.

¹⁰⁵¹ 42 U.S.C. § 12112(b)(5A).

¹⁰⁵² 42 U.S.C. § 12112(b)(5A).

¹⁰⁵³ 29 C.F.R. § 1630.2(o).

¹⁰⁵⁴ 42 U.S.C. (n 1) § 12112(b)(5)(A); *Bultemeyer v. Fort Wayne Cmty. Schs.*, 100 F 3d 1281 (7th Cir, 1996); *Downey v. Crowley Marine Servs. Inc.*, 236 F 3d 1019 (9th Cir, 2001). En doctrina SCHIFF (1992), p. 219; LEE (1993), pp. 210-211; PARRY (2008), p. 172.

razonable si desconocen la discapacidad del postulante y su necesidad de acomodación razonable.¹⁰⁵⁵

Previo a que una oferta de trabajo tenga lugar, los empleadores pueden obtener información sobre la discapacidad y la acomodación razonable de los postulantes solo de formas limitadas, puesto que las preguntas relacionadas con la discapacidad son permitidas excepcionalmente y los exámenes médicos están prohibidos en términos absolutos. De esta forma, los empleadores no pueden preguntar a los postulantes sobre la acomodación razonable a menos que sea evidente que el postulante tiene una discapacidad o si el postulante voluntariamente revela su discapacidad.¹⁰⁵⁶ Además, la guía de la EEOC permite al empleador confeccionar una descripción escrita del puesto de trabajo y de sus funciones esenciales, entregársela al postulante durante el proceso de postulación o entrevista y preguntarle si puede desempeñar el trabajo con o sin acomodación razonable.¹⁰⁵⁷

Si el empleador toma conocimiento de la discapacidad y necesidad de ajuste razonable, el cumplimiento del deber dependerá de la naturaleza del test de selección y discapacidad del postulante. Previo a la oferta de trabajo, el empleador podría requerir diferentes test a los postulantes con el propósito de determinar si cumplen con los requisitos de la posición vacante o no, como test de aptitud física, test de habilidades y exámenes de conocimiento. Los resultados de los test podrían ser tomados en consideración por el empleador al momento de hacer una oferta de trabajo, por lo cual es importante tener un buen desempeño en ellos.¹⁰⁵⁸ Como habitualmente son diseñados para personas sin discapacidad, los empleadores deberían efectuar algunos ajustes a los test según las necesidades de los postulantes con discapacidad,¹⁰⁵⁹ por ejemplo, podría ser necesario ajustar los test o los instrumentos utilizados para efectuarlos, como computadores, teclados, entre otras acomodaciones.¹⁰⁶⁰

¹⁰⁵⁵ MURPHY (1995), p. 30; *Conneen v. MBNA Am. Bank*, 334 F 3d 318 (3th Cir, 2003); PARRY (2008), p. 172.

¹⁰⁵⁶ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 405:7192.

¹⁰⁵⁷ 42 U.S.C. (n 1) § 12112(d)(4B); 29 C.F.R. (n 1) § 1630.14(a); EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 405:7192.

¹⁰⁵⁸ BURGDORF JR (1997), pp. 529-530.

¹⁰⁵⁹ 29 C.F.R. § 1630.2(0).

¹⁰⁶⁰ 29 C.F.R. § 1630.2(0).

Con el propósito de permitir a los postulantes con discapacidad realizar los test de trabajo adecuadamente, en igualdad de condiciones que los postulantes sin discapacidad, la ADA establece un concepto amplio de acomodación razonable.¹⁰⁶¹ Por lo tanto, la acomodación razonable permite a postulantes con discapacidad participar en igualdad de condiciones que los postulantes sin discapacidad en el proceso de selección y contratación.¹⁰⁶²

Igualmente, la necesidad de acomodación razonable tiene importancia al momento de hacer una oferta de trabajo. Si el postulante le comunica al empleador que puede cumplir las funciones esenciales del trabajo, pero solamente con acomodación, el empleador puede establecer cómo el postulante puede realizar el trabajo y el tipo de acomodación que se requeriría.¹⁰⁶³ Por lo tanto, el conocimiento sobre la necesidad de acomodación razonable permite al empleador determinar si el postulante puede hacer el trabajo con acomodación razonable o no. Si puede realizar el trabajo con acomodación razonable y cumplir con los requerimientos del trabajo al que se postula, el empleador debería hacerle una oferta de trabajo al postulante cualificado con discapacidad. En otras palabras, el empleador no debería negar una oferta de trabajo por el hecho de que el postulante cualificado con discapacidad necesita acomodación razonable para realizar el trabajo, porque esta decisión constituye una discriminación por discapacidad.¹⁰⁶⁴

Después que se efectúa una oferta de trabajo condicional, la acomodación razonable podría afectar la decisión de contratación. Así, si el resultado de los exámenes médicos concluye que el postulante puede desempeñar el trabajo ofrecido con razonable acomodación, el empleador debe contratar al postulante y, por tanto, no puede rescindir la oferta de trabajo.¹⁰⁶⁵ Por el contrario, si los resultados médicos muestran que el postulante no puede realizar las funciones esenciales del trabajo, inclusive con acomodación razonable, el empleador podría rescindir la oferta de trabajo, decisión que no es discriminatoria en conformidad con la ADA.¹⁰⁶⁶

¹⁰⁶¹ 42 U.S.C. § 12111(9)(A).

¹⁰⁶² 29 C.F.R. § 1630.2(0).

¹⁰⁶³ MURPHY (1995), p. 30.

¹⁰⁶⁴ 42 U.S.C. § 12111 (5)(B).

¹⁰⁶⁵ 42 U.S.C. § 12112(d)(3)(B)(i)-(ii); BROWN (2018), pp. 6-7.

¹⁰⁶⁶ 42 U.S.C. §§ 12112(d)(3); 29 C.F.R. § 1630.10 14(b)(1)-(2); pp. 6-7.

Respecto de la acomodación razonable para desempeñar las funciones esenciales del trabajo, se considera que la acomodación de la ADA debe estar “relacionada con el trabajo” y no como un “artículo personal”,¹⁰⁶⁷ lo que significa que a un empleador se le podría requerir que proporcione a una persona con discapacidad una acomodación que “asista específicamente al individuo para desempeñar los deberes de un trabajo en particular”.¹⁰⁶⁸ Por lo tanto, nunca se exigirá al empleador que proporcione “una ajuste o modificación que ayude al individuo en sus actividades diarias, dentro y fuera del trabajo”.¹⁰⁶⁹

Como tercer requisito, el deber solamente existe si la acomodación no impone una carga injustificada en el empleador.¹⁰⁷⁰ Como resultado, su procedencia se determina bajo el test de “razonabilidad”.¹⁰⁷¹ Recurriendo a este test, la carga excesiva se establece examinando varios factores, entre ellos, la naturaleza y el costo de la acomodación, los recursos financieros del empleador, el número de trabajadores, el administrador geográfico o la relación fiscal entre la instalación y el empleador.¹⁰⁷² Así, el primer factor involucra el costo de la acomodación para el empleador.¹⁰⁷³ El coste no es costo excesivo si el empleador ofrece pagar una parte del costo que no equivale a una carga excesiva y el resto es pagado por una agencia estatal o el postulante o trabajador.¹⁰⁷⁴ La segunda categoría son los recursos financieros generales del empleador y el último factor es el tamaño del empleador y el número de personas que emplea.¹⁰⁷⁵

En disputas donde se controvierte el incumplimiento del deber de acomodación razonable, si el demandante ha probado su necesidad, el empleador tiene la carga de presentar evidencia que demuestre que “el costo de la acomodación es excesivo”,¹⁰⁷⁶ lo cual requeriría que el “empleador tendría que probar que el costo es indebido en comparación con su presupuesto”.¹⁰⁷⁷ La EEOC

¹⁰⁶⁷ 29 C.F.R. § 1630.9.

¹⁰⁶⁸ 29 C.F.R. § 1630.9.

¹⁰⁶⁹ 29 C.F.R. § 1630.9.

¹⁰⁷⁰ 42 U.S.C. §§ 12111(10)(B) - 12112(b)(5)(A).

¹⁰⁷¹ MURPHY (1995), p. 27.

¹⁰⁷² MURPHY (1995), pp. 27-28.

¹⁰⁷³ MURPHY (1995), pp. 27-28.

¹⁰⁷⁴ 29 C.F.R. § 1630.2(p).

¹⁰⁷⁵ 29 C.F.R. § 1630.2(p).

¹⁰⁷⁶ 29 C.F.R. § 1630.9.

¹⁰⁷⁷ 29 C.F.R. § 1630.9.

precisa que no es suficiente simplemente comparar el “costo de la acomodación con el salario del individuo con una discapacidad”.¹⁰⁷⁸

La carga excesiva no puede establecerse previo a que la acomodación sea requerida y en abstracto, ya que el propósito del Congreso fue que cada determinación sea efectuada caso por caso.¹⁰⁷⁹ Sin embargo, el balance entre la acomodación que el postulante o trabajador necesita y los recursos de la compañía juega un rol crucial.¹⁰⁸⁰

La ADA establece las consecuencias del incumplimiento del deber de acomodación razonable; una de ellas es la discriminación por discapacidad contra personas con discapacidad. La ADA incluye en la definición de discapacidad por discriminación el fracaso en realizar la acomodación razonable de limitaciones físicas o mentales de un individuo cualificado con discapacidad, a menos que el empleador pueda demostrar que la acomodación podría causar una carga excesiva en la empresa.¹⁰⁸¹ Es también una violación de la ADA denegar oportunidades de empleo a un individuo cualificado con una discapacidad, que es postulante o trabajador, si la negativa se basa en la necesidad del empleador para realizar una acomodación razonable a la discapacidad del postulante o empleador.¹⁰⁸²

En consecuencia, antes de extender una oferta de trabajo, el empleador podría incurrir en discriminación si el postulante con discapacidad conocida necesita acomodación razonable para obtener las mismas oportunidades que aquellos sin discapacidad con el propósito de participar en test y exámenes, y el empleador no otorga la acomodación que necesita.¹⁰⁸³ Es también discriminatorio no hacer una oferta de trabajo a un individuo con discapacidad conocida, que podría cumplir las funciones esenciales del trabajo con acomodación razonable.¹⁰⁸⁴ Después que una oferta de trabajo condicional se extiende, el empleador podría incurrir en discriminación por discapacidad contra los postulantes con discapacidad si rescinde dicha oferta y contra los trabajadores con discapacidad, si extingue el contrato de trabajo a pesar de que existe evidencia

¹⁰⁷⁸ 29 C.F.R. § 1630.15(d).

¹⁰⁷⁹ MURPHY (1995), p. 28.

¹⁰⁸⁰ MURPHY (1995), 28. Véase igualmente: EPSTEIN (1995), pp. 392-478.

¹⁰⁸¹ 42 U.S.C. §§ 12112(b)(5)(A).

¹⁰⁸² 42 U.S.C. §§ 12112(b)(5)(A).

¹⁰⁸³ 42 U.S.C. §§ 12112(b)(5)(A).

¹⁰⁸⁴ 42 U.S.C. §§ 12112(b)(5)(A).

médica objetiva que demuestra que el postulante o trabajador, según corresponda, puede realizar las funciones esenciales del trabajo con acomodación razonable.¹⁰⁸⁵

3.1.3. *Concepto del deber de ajuste razonable en el empleo en España*

En España la obligación de la empresa de realizar ajustes razonables en el empleo se encuentra establecida en el artículo 40.2 de la LGDPCD, al disponer que el empleador está obligado a “adoptar las medidas adecuadas con el fin de permitir que las personas con discapacidad puedan acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”. La LGDPCD constituye una transposición de la Directiva 2000/78/CE, incluyendo su artículo 5, donde se consagra el deber de ajustes razonables en el empleo¹⁰⁸⁶.

En cuanto al contenido de la obligación, está integrado por la adopción de “medidas adecuadas” a la discapacidad particular del postulante o trabajador, con el propósito de lograr la igualdad de oportunidades en el empleo.¹⁰⁸⁷ Es decir, la acomodación debe considerar la discapacidad concreta de la parte trabajadora y es tributaria del objetivo que persigue.¹⁰⁸⁸ El legislador español no utilizó la expresión “ajustes razonables” del artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE en el artículo 40.2 de la LGDPCD, sino el término “medidas adecuadas”, aunque la doctrina autorizada los considera equivalentes.¹⁰⁸⁹

La normativa española y comunitaria no precisa qué medidas pueden encuadrarse dentro de la expresión de “medidas adecuadas”, aunque la doctrina determina que dichas medidas pueden ser de dos categorías: (a) las medidas estructurales, referidas a aspectos físicos o de accesibilidad en el lugar de trabajo; (b) las medidas organizativas, vinculadas con la gestión de las personas que requieren cambios en la forma de realizar la actividad laboral.¹⁰⁹⁰ No existe una enumeración taxativa de las medidas, las que dependen del tipo de discapacidad y la naturaleza del trabajo y/o

¹⁰⁸⁵ 42 U.S.C. §§ 12112(d)(3)(B)(i)-(ii).

¹⁰⁸⁶ Para un estudio del deber de ajuste razonable en la normativa comunitaria y de los países de la Unión Europea, véase: FERRI Y LAWSON (2016).

¹⁰⁸⁷ GUTIÉRREZ (2019), p. 209.

¹⁰⁸⁸ GUTIÉRREZ (2019), p. 209.

¹⁰⁸⁹ WADDINGTON Y LAWSON (2009), p. 6.

¹⁰⁹⁰ GUTIÉRREZ (2019), p. 224.

de las instalaciones del centro de trabajo. El considerando 20 de la Directiva 2000/78/CE proporciona algunos ejemplos de medidas adecuadas: “La adaptación de instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre”. Igualmente, la doctrina señala ejemplos tomados del derecho comparado, como la reubicación temporal o definitiva del trabajador en otro puesto de trabajo acorde con las competencias y capacidades de la persona discapacitada, el cambio de la modalidad de trabajo de presencial a teletrabajo, la modificación o reducción de la jornada laboral.¹⁰⁹¹

El objetivo de la obligación es múltiple, pues su cumplimiento puede permitir a la persona con discapacidad “acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación”. Por lo tanto, puede exigirse durante la etapa precontractual a fin de acceder al empleo y durante la vigencia del contrato de trabajo con el propósito de ejecutar las funciones del cargo, ascender y capacitarse.¹⁰⁹² Queda excluido del fin de la acomodación el goce de beneficios laborales que no están vinculados a ninguno de los propósitos que menciona la norma, por ejemplo, acceder a un gimnasio de la empresa para practicar deportes en el tiempo libre.

Se trata de una obligación de tracto sucesivo, exigible mientras la persona con discapacidad requiera la acomodación,¹⁰⁹³ como lo demostraría el considerando 16 de la Directiva 2000/78/CE y el artículo 40 de la LGDPCD.¹⁰⁹⁴

El sujeto obligado es el empleador, cualquiera sea el número de trabajadores que tenga. El titular del derecho es el postulante o trabajador con discapacidad. De esta forma, la obligación de realizar ajustes razonables solo beneficia a los postulantes a empleos y actuales trabajadores con discapacidad, en los términos del artículo 4.1 de la LGDPCD, y no alcanza a personas con otros atributos protegidos por la normativa antidiscriminación,¹⁰⁹⁵ opinión que no es uniforme actualmente en la doctrina, ya que existe una posición que, basada en la Ley 15/2022, sostiene

¹⁰⁹¹ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2015), pp. 166-167; GUTIÉRREZ (2019), pp. 225-226; CABEZA Y VIQUEIRA (2023), p. 122.

¹⁰⁹² GUTIÉRREZ (2019), p. 210.

¹⁰⁹³ GUTIÉRREZ (2019), p. 211

¹⁰⁹⁴ GUTIÉRREZ (2019), p. 211.

¹⁰⁹⁵ GUTIÉRREZ (2019), pp. 211, 216-217.

que el deber de ajuste razonable alcanza a todas las personas con atributos protegidos por la legislación antidiscriminación.¹⁰⁹⁶

La duda que surge es si la obligación es exigible al empleador cuando el postulante o trabajador no tiene discapacidad, pero sí tiene bajo su responsabilidad familiares con discapacidad, cuyo cuidado requiere una acomodación del empleo. La respuesta, en principio, parece ser negativa, ya que el sujeto obligado es el empresario, quien tiene una relación con el postulante o trabajador y no con miembros de su familia,¹⁰⁹⁷ que es la misma decisión adoptada por la ADA en Estados Unidos. Sin embargo, debe reconocerse que la respuesta no es clara, debido al tenor de la legislación europea y española, y, además, los tribunales no han clarificado la situación.¹⁰⁹⁸ Tanto el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE como el artículo 40.2 de la LGDPCD se refieren a los sujetos beneficiarios de acomodación, aludiendo a personas con discapacidad, sin señalar expresamente que deban ser candidatos a empleos o trabajadores, omisión que también existe en la jurisprudencia europea.¹⁰⁹⁹

La obligación de realizar acomodaciones razonables tiene dos límites: que las medidas sean razonables y que no impongan una carga excesiva al empleador.¹¹⁰⁰ Desde el punto de vista laboral, la razonabilidad no es definida en la LGDPCD; sin embargo, su artículo 66.2 define las circunstancias que legalmente permiten apreciar la razonabilidad, para lo cual se debe considerar “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”. Igualmente, al definir los ajustes razonables, el artículo 2 m) de la LGDPCD proporciona similares criterios para apreciar la racionalidad de la medida.¹¹⁰¹

En cuanto a la carga no excesiva para el empresario, el propio artículo 40.2 de la LGDPCD contempla expresamente este límite, pero no lo define ni otorga reglas para delimitarlo. La

¹⁰⁹⁶ Véase para un resumen de esta discusión AGUILERA (2023), pp. 97-99.

¹⁰⁹⁷ GUTIÉRREZ (2019), p. 217.

¹⁰⁹⁸ GUTIÉRREZ (2019), p. 217.

¹⁰⁹⁹ STJUE, 11 de abril de 2016, *HK Danmark*, C-335/11 y C-337/11, EU: C:2013:2222.

¹¹⁰⁰ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2015), pp. 166-167; GUTIÉRREZ (2019), pp. 228-229.

¹¹⁰¹ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2015), p. 169.

Directiva 2000/78/CE tampoco proporciona suficiente claridad al respecto. Su artículo 5 define la carga excesiva de forma negativa, al sostener que el ajuste no constituirá carga excesiva cuando existan medidas en la política del Estado miembro sobre discapacidad que palien en grado suficiente la ejecución del ajuste. Igualmente, el considerando 21 de la Directiva en cuestión complementa el artículo 5, ofreciendo diversos criterios a considerar: “Para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deberían tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda”.

Las circunstancias que se consideran para determinar cuándo la acomodación impone una carga excesiva son: (i) las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad; (ii) los costes financieros y de otro tipo; el tamaño y el volumen de negocios total de la empresa.¹¹⁰²

3.2. Función de los reconocimientos médicos en el deber de ajuste razonable en el empleo

Los reconocimientos médicos tienen un papel esencial para determinar cuándo un postulante o trabajador con discapacidad necesita un ajuste razonable y qué tipo de acomodación, y cuándo el deber de ajuste razonable no es exigible porque, inclusive con ajustes, el trabajador no puede cumplir los requisitos inherentes o genuinos y razonables del empleo, ya sea que los resultados de los reconocimientos médicos los proporcione el postulante o trabajador, o que el empleador le requiera someterse a reconocimientos médicos. Reconocimientos médicos que, igualmente, tienen importancia cuando el postulante o trabajador no tiene una discapacidad, sino otra condición de salud, y la legislación antidiscriminación le reconoce el derecho de acomodación razonable, o bien la legislación de prevención de riesgos laborales reconoce acomodaciones en virtud de los resultados de la vigilancia de la salud.

¹¹⁰² Para un análisis detallado véase GOÑI Y RODRÍGUEZ (2015), pp. 169-171; GUTIÉRREZ (2019), p. 237-252; CABEZA Y VIQUEIRA (2023), p. 123.

3.2.1. *Función de los reconocimientos médicos en el deber de ajuste razonable en el empleo en Australia*

Las legislaciones federal y estatal no determinan la forma de hacer exigible el deber de ajuste razonable al empleador, esto es, cómo se requiere un ajuste al empleador, quién lo requiere, quién identifica el ajuste requerido. La jurisprudencia ha ido resolviendo estas interrogantes, poniendo de manifiesto que los reconocimientos médicos juegan un papel relevante para determinar si la persona con discapacidad necesita un ajuste razonable y de qué tipo.

El candidato o trabajador tiene la carga inicial de informar al empleador la discapacidad que padece y el ajuste necesario para cumplir los requerimientos del trabajo, proporcionando la información médica que dé cuenta de la discapacidad, de la necesidad y el tipo de acomodación. Luego el empleador debe determinar si el ajuste no es una carga injustificada y permite al trabajador discapacitado cumplir los requerimientos del trabajo,¹¹⁰³ sin perjuicio de solicitar nuevos reconocimientos médicos de un profesional independiente una vez que el ajuste solicitado se ha implementado, a fin de determinar si continúa siendo idóneo.¹¹⁰⁴ Si el trabajador informa solamente la discapacidad y solicita ajustes, el empleador podrá requerirle que se someta a reconocimientos médicos para determinar si necesita ajustes razonables y de qué tipo¹¹⁰⁵, pero no puede denegar el ajuste razonable basado en meras suposiciones o estereotipos, ni en que el trabajador no proporcionó evidencia médica.¹¹⁰⁶ Por el contrario, si el trabajador no comunica al empleador la discapacidad ni el ajuste que requiere, no es exigible al empleador el deber de ajuste razonable, por lo que no incurre en infracción por no proporcionar ajuste alguno.¹¹⁰⁷

A nivel federal, en *Watts v. Australian Postal Corporation*, se discutió el incumplimiento del deber de ajuste razonable en conformidad con las secciones 5(2) y 15(2) de la DDA.¹¹⁰⁸ La

¹¹⁰³ JONES Y ELLETSON (2015), pp. 23-24.

¹¹⁰⁴ JONES Y ELLETSON (2015), pp. 23-24.

¹¹⁰⁵ *Butterworth v. Independence Australia Services* [2015] VCAT 2056.

¹¹⁰⁶ VICTORIAN EQUAL OPPORTUNITY & HUMAN RIGHTS COMMISSION (2019), pp. 74-75.

¹¹⁰⁷ *Muller v. Toll Transport Pty Ltd (2)* [2014] VCAT 472, [48]. En el mismo sentido: *Walker v. Heathcote Health* [2017] VCAT 171, [85]: “Un trabajador necesita comunicar lo que él o ella necesita y espera de un empleador como ajuste que le permita cumplir el requerimiento genuino y razonable de un particular trabajo. Como abogado del demandado lo diría así, que el empleador no lee la mente del trabajador”.

¹¹⁰⁸ *Watts v. Australian Postal Corporation* (2014) 222 FCR 220.

trabajadora Watts ocupaba el cargo de gerente de ofertas en Australian Post.¹¹⁰⁹ En 2008 sufrió una lesión psicológica relacionada con el trabajo que la hizo ausentarse por aproximadamente cinco meses. Ella retornó al trabajo en octubre de 2008 bajo un programa de retorno al trabajo hasta febrero de 2010, cuando Australian Post intentó modificar este acuerdo. Australian Post consideró que su retorno al trabajo debería ser gestionado lo más acorde a su política relevante sobre la materia, por estimar que la trabajadora no estaba apta para desempeñar su rol, inclusive con los deberes modificados del programa de retorno al trabajo, con lo que la trabajadora estuvo originalmente de acuerdo.¹¹¹⁰

Como resultado, Australian Post y la trabajadora Watts intercambiaron correspondencia sobre mayor información médica acerca de su condición de salud y los ajustes que ella requería. La trabajadora proporcionó un certificado de su médico tratante y los reportes de dos psiquiatras con esa información, pero ninguno de ellos fue considerado suficientemente detallado por Australian Post, por lo que requirió a la trabajadora mayor información médica.¹¹¹¹ Como se produjo un desacuerdo sobre esta última solicitud, en mayo de 2010 el empleador le solicitó a la trabajadora que no asistiera a trabajar hasta que su aptitud para el trabajo fuera resuelta.¹¹¹²

Finalmente, Australian Post requirió a la trabajadora concurrir a una cita con un psiquiatra independiente, cuya inasistencia podría originar una sanción disciplinaria. Luego de algunos días, la trabajadora asistió a la cita en abril de 2012; el profesional confirmó que la trabajadora estaba apta para retornar al rol de gerente de ofertas, que ocupaba antes del accidente, ya que podía cumplir los requerimientos inherentes del trabajo. El psiquiatra recomendó un plan de retorno al trabajo de cuatro meses.¹¹¹³ El reporte fue aceptado por Australian Post y la trabajadora Watts, quien se reincorporó exitosamente al trabajo en 2012.

La trabajadora interpuso una demanda ante el Tribunal Federal, alegando que, como consecuencia del fracaso por parte del empleador de proporcionar ajustes razonables entre mayo

¹¹⁰⁹ *Watts v. Australian Postal Corporation* (2014) 222 FCR 220, [2], [152].

¹¹¹⁰ *Watts v. Australian Postal Corporation* (2014) 222 FCR 220, [2]-[3], [158]-[160].

¹¹¹¹ *Watts v. Australian Postal Corporation* (2014) 222 FCR 220, [188]-[190].

¹¹¹² *Watts v. Australian Postal Corporation* (2014) 222 FCR 220, [166], [179]-[180].

¹¹¹³ *Watts v. Australian Postal Corporation* (2014) 222 FCR 220, [202]-[204].

de 2010 hasta su reincorporación en 2012, se le negaron los beneficios de su empleo y sufrió detrimento en su empleo, en incumplimiento de las secciones 5(2) y 15(2)(b) y (d) de la DDA.

El tribunal determinó que la orden dirigida por Australian Post a la trabajadora Watts de tomar licencia médica desde el 18 de mayo de 2010 hasta el 21 de abril de 2012, en vez de reincorporarla a su puesto de trabajo, constituye no otorgamiento de un ajuste razonable basado en la información médica proporcionada por la trabajadora, que no habría causado una carga injustificada en Australian Post; por lo tanto, incurrió en discriminación directa por incumplimiento del deber de ajuste razonable.¹¹¹⁴ El efecto de la falta de proporcionar ajuste razonable significó que la trabajadora estuviera fuera de su trabajo y que se le requiriera utilizar su derecho de licencia, y tomarla sin pago alguno, hasta que proporcionara “suficiente” evidencia médica que probara que podía retornar de forma segura al trabajo. Esto se consideró discriminación directa, porque la trabajadora sufrió un tratamiento menos favorable que alguien en su situación, pero sin su lesión psicológica, habría recibido.¹¹¹⁵

La evidencia médica proporcionada por la trabajadora a la empresa sugirió diversos ajustes, incluyendo reducción de horas de trabajo, reducción del volumen de trabajo, trabajo menos complejo, descansos y mayor apoyo.¹¹¹⁶ Estos reportes médicos identificaban claramente los ajustes que requería la trabajadora y permitían al empleador evaluar si constituían o no una carga injustificada. La evidencia proporcionada por la parte trabajadora debe identificar el ajuste necesario, no se requiere que sea específico, exigencia que frustraría el propósito del deber de ajuste razonable al demandar demasiada precisión para identificar los ajustes razonables.¹¹¹⁷

A nivel estatal, en el estado de Victoria, *Muller v. Toll Transport Pty Ltd (2)*¹¹¹⁸ se pronuncia en sentido similar, atribuyendo al trabajador la carga de informar al empleador la discapacidad y el ajuste que requiere, basado en evidencia médica.¹¹¹⁹ El señor Muller trabajó para Toll Transport Pty (Toll) como conductor de entrega con igual ruta y deberes desde al menos 2002 hasta el

¹¹¹⁴ *Watts v. Australian Postal Corporation* (2014) 222 FCR 220, [236]-[238], [255].

¹¹¹⁵ *Watts v. Australian Postal Corporation* (2014) 222 FCR 220, [248]-[250], [255].

¹¹¹⁶ *Watts v. Australian Postal Corporation* (2014) 222 FCR 220, [208], [229]-[230], [237].

¹¹¹⁷ *Watts v. Australian Postal Corporation* (2014) 222 FCR 220, [230].

¹¹¹⁸ *Muller v. Toll Transport Pty Ltd (2)* [2014] VCAT 472.

¹¹¹⁹ JONES Y ELLETSON (2015), p. 22.

2009. En 1997 el señor Muller fue diagnosticado con la enfermedad de Crohn, por lo que necesitaba, en palabras del trabajador, acceso consistente y fácil a servicios sanitarios.¹¹²⁰

En 2009, luego del reclamo de un cliente, el señor Muller fue removido de su regular ruta de entregas y fue ubicado en “entregas particulares, que involucraban distintas rutas y carreteras.”¹¹²¹ Recién en 2011 el señor Muller proporcionó a Toll un certificado médico que indicaba una “condición médica que requiere frecuente uso del baño”; esta fue la primera vez en que Toll tomó conocimiento de la enfermedad del trabajador.¹¹²² El trabajador solicitó retornar a la misma ruta de entrega diaria: la empresa respondió que no era posible porque esa posición estaba ocupada por otro trabajador, pero que podía utilizar frecuentemente servicios sanitarios mientras ejecutaba sus labores como ajuste razonable. El trabajador no estuvo de acuerdo e interpuso una demanda por discriminación directa e incumplimiento del deber de ajuste razonable.

El tribunal rechazó la demanda del señor Muller, pues Toll solamente debía cumplir con el deber de ajuste razonable desde noviembre de 2011, cuando tuvo conocimiento de la enfermedad del trabajador, y no se le podía exigir la obligación de hacer ajustes razonables antes de esa fecha.¹¹²³ Efectivamente, a partir de esa fecha la compañía accedió a la solicitud de ajuste razonable que recomendó el certificado médico presentado por el trabajador.¹¹²⁴ La sentencia hace presente que es carga de los trabajadores comunicar a sus empleadores las necesidades que surgen de su discapacidad y qué tipo de ajustes ellos esperan de su empleador, fundado en evidencia médica.¹¹²⁵ Textualmente indica: “Un solicitante con o sin problemas de bajo desempeño se hubiera sentado con su empleador, armado con adecuada evidencia médica sobre su discapacidad y sus efectos en él, habría explicado detalladamente los ajustes que él y su médico consideran deseables dentro de los límites de la recomendación médica y de su actual tratamiento médico, y se habría involucrado en negociaciones útiles”.¹¹²⁶

¹¹²⁰ *Muller v. Toll Transport Pty Ltd* (2) [2014] VCAT 472, [1].

¹¹²¹ *Muller v. Toll Transport Pty Ltd* (2) [2014] VCAT 472, [12], [19].

¹¹²² *Muller v. Toll Transport Pty Ltd* (2) [2014] VCAT 472, [29]-[31].

¹¹²³ *Muller v. Toll Transport Pty Ltd* (2) [2014] VCAT 472, [48].

¹¹²⁴ *Muller v. Toll Transport Pty Ltd* (2) [2014] VCAT 472, [73].

¹¹²⁵ *Muller v. Toll Transport Pty Ltd* (2) [2014] VCAT 472, [51].

¹¹²⁶ *Muller v. Toll Transport Pty Ltd* (2) [2014] VCAT 472, [69].

Sin embargo, si el trabajador solo comunica la discapacidad y el empleador tiene dudas sobre si este puede continuar desempeñando sus labores con o sin ajuste razonable, sin riesgo para la seguridad propia o de terceros, resulta ajustado a derecho que el empleador solicite al trabajador someterse a reconocimientos médicos que proporcionen información objetiva que permita fundar la decisión empresarial sobre el ajuste razonable de la discapacidad,¹¹²⁷ reconocimientos médicos que tienen su fundamento en los deberes estatutarios de ajuste razonable y de seguridad.¹¹²⁸ En *Butterworth v. Independence Australia Services*,¹¹²⁹ el empleador requirió a la trabajadora someterse a una evaluación médica para establecer si necesitaba realizar algún ajuste razonable después que ella le comunicó que tenía dos problemas de salud; ante esto la trabajadora alegó que este requerimiento era discriminatorio. El tribunal, sin embargo, concluyó que fue razonable el requerimiento de examinación médica, pues el empleador debía evaluar si las condiciones de salud comunicadas requerían ajustes razonables o no, además de disminuir los riesgos para la salud y seguridad de la propia trabajadora y descartar que las condiciones de salud fueran una directa amenaza para la seguridad de terceras personas.¹¹³⁰

La necesidad de un enfoque flexible y no adversarial, basado en evidencia médica, es relevante para resolver las diferencias entre empleador y trabajador con discapacidad sobre los ajustes en el lugar de trabajo.

3.2.2. *Función de los reconocimientos médicos en el deber de ajuste razonable en el empleo en Estados Unidos*

Los reconocimientos médicos tienen una función esencial para determinar si el postulante o trabajador con discapacidad necesita una acomodación o no, y en caso afirmativo, cuál es la acomodación más adecuada cuando la discapacidad no es manifiesta.¹¹³¹ La procedencia de los reconocimientos médicos, por tanto, será eventual, en caso de que sean necesarios, y dentro del proceso de interacción entre el empleador y el individuo con discapacidad, el cual comienza una

¹¹²⁷ VICTORIAN EQUAL OPPORTUNITY & HUMAN RIGHTS COMMISSION (2019), p. 78.

¹¹²⁸ VICTORIAN EQUAL OPPORTUNITY & HUMAN RIGHTS COMMISSION (2019), p. 78.

¹¹²⁹ *Butterworth v. Independence Australia Services* [2015] VCAT 2056.

¹¹³⁰ *Butterworth v. Independence Australia Services* [2015] VCAT 2056, [88], [93].

¹¹³¹ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2002), 915.002

vez que el empleador toma conocimiento de la discapacidad.¹¹³² El objetivo del proceso de interacción es identificar “las precisas limitaciones que resultan de la discapacidad y las acomodaciones razonables que podrían superar estas limitaciones”.¹¹³³ La EEOC precisa el objetivo del proceso interactivo, al indicar que “el empleador y el individuo con discapacidad deberían involucrarse en un proceso para clarificar qué necesita el individuo e identificar la acomodación razonable”.¹¹³⁴

En la jurisprudencia se discute si el empleador siempre está obligado a participar en el proceso de interacción para determinar las acomodaciones razonables o, por el contrario, únicamente en ciertas situaciones.¹¹³⁵ Una jurisprudencia sostiene que la participación del empleador de buena fe en el proceso de interacción tiene lugar siempre que se le solicite acomodación o la discapacidad manifiesta requiera acomodación.¹¹³⁶ Otros tribunales, en cambio, consideran que el empleador está obligado a participar en el proceso de interacción solo si el individuo con discapacidad produce evidencia de que una acomodación razonable está actualmente disponible.¹¹³⁷ Así, el empleador será responsable por no participar en el proceso interactivo únicamente cuando una acomodación razonable hubiera sido posible.¹¹³⁸

El proceso de interacción para analizar la procedencia de acomodación razonable, por regla general, requiere como condición para iniciarse que el postulante o trabajador o alguien en su nombre informe al empleador que tiene una discapacidad que necesita una acomodación.¹¹³⁹ No es necesario que la solicitud de acomodación razonable sea por escrito, puede también ser verbal, ni requiere emplear expresiones formales: puede deducirse de la comunicación al empleador de

¹¹³² 42 U.S.C. § 12116; 29 C.F.R. § 1630.2(o)(3); EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2002), 915.002.

¹¹³³ 42 U.S.C. § 12116.

¹¹³⁴ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2002), 915.002.

¹¹³⁵ Para un resumen de la discusión, véase: BEFORT Y BUONOCORE (2021), pp. 185-193.

¹¹³⁶ *Barnett v. U.S. Air, Inc.* 228 F.3d 1105 (9th Cir. 2000).

¹¹³⁷ *Willis v. Conopco*, 108 F.3d 282 (11th Cir. 1997).

¹¹³⁸ *Bultemeyer v. Fort Wayne Community Schools*, 100 F.3d 1281 (7th Cir. 1996); *Smith v. Midland Brake, Inc.*, 180 F.3d, 1154 (10th Cir. 1999).

¹¹³⁹ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2002), 915.002.

la discapacidad que padece el individuo.¹¹⁴⁰ Inclusive una solicitud podría ser implícita, si se deriva de las circunstancias en que el empleador conoce la discapacidad.¹¹⁴¹

Excepcionalmente, según la EEOC, el postulante o trabajador no necesita solicitar acomodación para que se inicie el proceso interactivo, cuando concurren las siguientes circunstancias: (1) el empleador conoce que el trabajador tiene una discapacidad; (2) el empleador conoce o tiene razón para conocer que el trabajador está experimentando problemas en el lugar de trabajo debido a la discapacidad; (3) el empleador conoce o tiene razón para conocer que la discapacidad impide al trabajador requerir una acomodación razonable.¹¹⁴²

Una vez que la solicitud de acomodación razonable ha sido solicitada o el empleador está en condiciones de saber que podría ser procedente, comienza el proceso interactivo, cuyas cuatro etapas críticas, según la EEOC, requieren del empleador: “(1) Analizar la posición particular involucrada y determinar su propósito y funciones esenciales; (2) consultar con el individuo con una discapacidad para cerciorarse de las precisas limitaciones relacionadas con el trabajo impuestas por su discapacidad y cómo estas limitaciones podrían superarse con una acomodación razonable; (3) en consulta con el individuo que será acomodado, identificar las acomodaciones potenciales y evaluar la efectividad que cada una podría tener para permitirle desempeñar las funciones esenciales de la posición; (4) considerar la preferencia del individuo que será acomodado y seleccionar e implementar la acomodación más apropiada para el trabajador y el empleador”.¹¹⁴³

El empleador puede requerir al postulante o trabajador documentación médica durante el proceso de interacción cuando la discapacidad y/o la necesidad por acomodación no es manifiesta.¹¹⁴⁴ De esta forma, la documentación médica que se puede solicitar solo debe estar relacionada con

¹¹⁴⁰ 29 C.F.R. Pt. 1630, App. §1630.9; EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2002), 915.002. La EEOC otorga como ejemplos de solicitud de acomodación razonable: “Un trabajador le cuenta a su supervisor: ‘Tengo problemas para llegar al trabajo a la hora programada debido a los tratamientos médicos a que me estoy sometiendo’; un trabajador le comenta a su supervisor: ‘Necesito seis semanas de permiso para recibir tratamiento por un problema de espalda’; un nuevo trabajador que utiliza silla de ruedas informa a su empleador que ‘su silla de ruedas no cabe bajo el escritorio de su oficina’”. Cfr.: EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2002), 915.002.

¹¹⁴¹ *Kowitz v. Trinity Health*, 839 F.3d 742 (8th Cir. 2016); BEFORT Y BUONOCORE (2021), pp. 192-193.

¹¹⁴² EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2002), 915.002.

¹¹⁴³ 29 C.F.R. Pt. 1630, App. §1630.9.

¹¹⁴⁴ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2002), 915.002.

la discapacidad y las limitaciones funcionales del individuo con discapacidad, a fin de que el empleador pueda conocer que el individuo tiene discapacidad y su necesidad razonable de acomodación.¹¹⁴⁵ En términos más precisos, el empleador podría preguntar al trabajador o postulante por documentación médica que describa la discapacidad; la naturaleza, severidad y duración de la discapacidad; la actividad o actividades que la discapacidad limita; el alcance de la incapacidad para realizar las funciones inherentes al trabajo debido a la discapacidad.¹¹⁴⁶ Por el contrario, el empleador no puede solicitar documentación médica que no esté vinculada con la existencia de una discapacidad y la necesidad de acomodación.¹¹⁴⁷

La información médica solicitada puede provenir de un profesional apropiado de la salud o de la rehabilitación, lo que dependerá del tipo de discapacidad y de las limitaciones que impone en el individuo.¹¹⁴⁸ Se comprenden entre los profesionales adecuados, pero el listado no es exhaustivo, médicos, incluyendo psiquiatras, psicólogos, enfermeros, terapistas físicos, terapistas ocupacionales, especialistas en rehabilitación vocacional, profesionales de salud mental registrados.¹¹⁴⁹

Si el individuo con discapacidad proporciona insuficiente información médica para determinar que tiene una discapacidad y necesita una acomodación razonable, el empleador podría solicitar al postulante o trabajador que se someta a reconocimientos médicos practicados por un profesional de elección y costo del empleador con esos fines, lo que la ADA no prohíbe, cuyo alcance dependerá de la oportunidad en que tenga lugar la acomodación razonable.¹¹⁵⁰

Antes de hacer una oferta de trabajo, el empleador puede solicitar información sobre la discapacidad y la necesidad de acomodación razonable de forma limitada, ya que las preguntas relacionadas con la discapacidad son permitidas excepcionalmente y los exámenes médicos están prohibidos en términos absolutos. Por lo tanto, el empleador no puede hacer preguntas al postulante sobre la necesidad de acomodación razonable a menos que sea obvio que tiene una

¹¹⁴⁵ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2002), 915.002.

¹¹⁴⁶ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2002), 915.002.

¹¹⁴⁷ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2002), 915.002.

¹¹⁴⁸ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2002), 915.002.

¹¹⁴⁹ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2002), 915.002.

¹¹⁵⁰ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2002), 915.002.

discapacidad o que el postulante voluntariamente revela una discapacidad.¹¹⁵¹ Después que una oferta de trabajo condicional se ha efectuado y antes del comienzo del contrato de trabajo, el empleador puede conocer si el postulante necesita acomodación razonable o no por medio de preguntas relacionadas con la discapacidad y exámenes médicos, cuyo uso es ampliamente admitido en esta etapa.¹¹⁵² En la etapa posterior a la oferta de trabajo, los reconocimientos médicos pueden ser un instrumento necesario para determinar si el postulante necesita acomodación razonable y, en caso afirmativo, qué tipo de acomodación requiere.¹¹⁵³ Igualmente, durante la relación laboral, los reconocimientos médicos serán necesarios cuando ni la discapacidad ni la acomodación razonable son obvias.¹¹⁵⁴

Si la discapacidad o la necesidad de acomodación razonable no es obvia y el trabajador o postulante se niega a proporcionar la información médica requerida por el empleador o rehúsa someterse a reconocimientos médicos, no tendrá derecho a la acomodación razonable.¹¹⁵⁵

En cambio, el empleador no puede requerir exámenes médicos cuando: (1) tanto la discapacidad como la necesidad de acomodación razonable son obvias; (2) el individuo ya le ha proporcionado al empleador suficiente información para justificar que tiene una discapacidad y necesita la acomodación razonable solicitada.¹¹⁵⁶

¹¹⁵¹ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 405:7192.

¹¹⁵² 42 U.S.C. (n 1) § 12112(d)(4B); 29 C.F.R. (n 1) § 1630.14(a); EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 405:7192.

¹¹⁵³ 42 U.S.C. §§ 12112(d)(3)(B)(i)-(ii); BROWN (2018), pp. 4-6.

¹¹⁵⁴ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2002), 915.002; BROWN (2018), p. 10.

¹¹⁵⁵ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2002), 915.002.

¹¹⁵⁶ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2002), 915.002. Uno de los ejemplos que la EEOC proporciona sobre situaciones en que el empleador no puede requerir reconocimientos médicos consiste en que un trabajador le entrega al empleador un certificado de su médico que explica que tiene diabetes y, en consecuencia, debe medir su nivel de azúcar en la sangre varias veces en el día para asegurarse de que su nivel de insulina sea seguro a fin de evitar una reacción hiperglucémica. El certificado médico explica que la reacción hiperglucémica puede incluir sed extrema, respiración agitada, somnolencia y piel enrojecida y, eventualmente, provocaría pérdida de conocimiento. Dependiendo de los resultados del test de sangre, es posible que el trabajador deba administrarse insulina. El certificado solicita que al trabajador se le permitan tres o cuatro descansos por día, si fuera necesario, para administrarse insulina. Esta documentación emanada del médico se considera suficiente para acreditar la discapacidad del trabajador y el tipo de acomodación razonable que necesita; el empleador no puede solicitar información médica adicional ni requerir que el trabajador se someta a exámenes médicos adicionales. Cfr.: EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2002), 915.002.

3.2.3. *Función de los reconocimientos médicos en el deber de ajuste razonable en el empleo en España*

En el ordenamiento jurídico español no existe claridad alguna sobre cuándo es exigible el deber de ajuste razonable, cómo el empleador toma conocimiento de la discapacidad, qué debe realizarse para determinar la medida de adecuación de la discapacidad ni quién debe realizar la actividad.¹¹⁵⁷ Por lo tanto, la doctrina es la que ha otorgado ciertas pautas al respecto.

Tratándose de la forma en que el empleador toma conocimiento de la discapacidad, se distingue entre discapacidad manifiesta y no manifiesta. Si la discapacidad es no manifiesta, el candidato o trabajador con discapacidad deberá acreditarla ante el empresario y solicitar las medidas adecuadas para su discapacidad, en conformidad con la LGDPCD.¹¹⁵⁸ Al respecto surge como duda si el empresario puede solicitar información al candidato o trabajador sobre la discapacidad, con el propósito de determinar si está obligado al cumplimiento del deber empresarial de realizar ajustes razonables, en caso afirmativo, qué ajuste debería realizarse, y así evitar las consecuencias perjudiciales de la infracción de tal deber.¹¹⁵⁹ Se sostiene que debe descartarse la solicitud de información médica o requerimiento de reconocimientos médicos por parte del empresario, ya que es el candidato o trabajador quien debe acreditar la procedencia de los ajustes razonables.¹¹⁶⁰ Esta respuesta no es clara, porque el empleador debe tener una conducta activa una vez que toma conocimiento de la discapacidad, pudiendo requerir información médica o que la persona con discapacidad se someta a reconocimientos médicos, a fin de contar con evidencia médica objetiva que determine si la persona con discapacidad necesita acomodación y, en caso afirmativo, qué tipo de acomodación. La normativa española al respecto es similar a la australiana y la estadounidense, en que el empleador debe asumir una conducta activa para dar cumplimiento a su deber y tomar las medidas necesarias para ello una vez que la discapacidad es acreditada.

¹¹⁵⁷ GUTIÉRREZ (2019), p. 213.

¹¹⁵⁸ CABEZA Y VIQUEIRA (2023), p. 123.

¹¹⁵⁹ GUTIÉRREZ (2019), p. 213.

¹¹⁶⁰ GUTIÉRREZ (2019), p. 214.

En cambio, si la discapacidad es evidente, manifiesta, el candidato o trabajador no necesitará acreditar su discapacidad, pues el empresario la conoce o debía haberse dado cuenta de que la persona en cuestión tenía discapacidad, ni tampoco requiere solicitar formalmente acomodaciones razonables, ni proporcionar información que acredite la procedencia de acomodaciones.¹¹⁶¹

La solicitud expresa y formal de ajuste razonable para una persona con discapacidad requiere una respuesta formal de la empresa, la que, si es negativa, debe ser debidamente motivada y fundarse en evidencia objetiva.¹¹⁶²

Si se estimara que el deber de ajuste razonable comprende también a candidatos y trabajadores con atributos distintos a la discapacidad, vinculados a la salud, lo expuesto sobre los reconocimientos médicos se aplicaría en términos similares a estos otros atributos, a fin de hacer exigible o no el deber de ajuste razonable y, en caso afirmativo, de qué forma.

4. Función de los reconocimientos médicos en la compensación y rehabilitación por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales

La evidencia médica es la principal prueba en que se basan las decisiones sobre cuestiones controvertidas relacionadas con la lesión o enfermedad, su origen y gravedad. Prueba que será decisiva para determinar si el trabajador tiene derecho a los beneficios consagrados en la legislación de compensación laboral por infortunios laborales o no, y, en caso afirmativo, cuáles beneficios y en qué cuantía. Asimismo, los reconocimientos médicos constituyen una de las principales herramientas para dar cumplimiento a la rehabilitación ocupacional y la reincorporación efectiva al trabajo del trabajador que ha sufrido una lesión ocupacional.¹¹⁶³

4.1. Función de los reconocimientos médicos en la compensación y rehabilitación por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales en Australia

En Australia, cuando un trabajador sufre un accidente del trabajo o enfermedad profesional, puede obtener reparación en conformidad con el *common law* y/o con la normativa estatutaria.

¹¹⁶¹ GUTIÉRREZ (2019), pp. 214-105; CABEZA Y VIQUEIRA (2023), p. 123.

¹¹⁶² CABEZA Y VIQUEIRA (2023), p. 123.

¹¹⁶³ WONG (2019), pp. 207-228.

Actualmente, la mayoría de las jurisdicciones reconoce la compatibilidad de la reparación bajo ambos sistemas, de forma que el trabajador puede ejercer acciones del *common law* y de la normativa estatutaria para obtener la reparación de lesiones ocupacionales,¹¹⁶⁴ aunque con ciertas restricciones.¹¹⁶⁵ Solamente la legislación de Northern Territory prohíbe ejercer acciones bajo el *common law* para reclamar daños causados por lesiones ocupacionales.¹¹⁶⁶

Las acciones posibles de ejercer bajo el *common law* son la acción por negligencia, la acción por incumplimiento del deber implícito de seguridad del contrato de trabajo y la acción por incumplimiento del deber estatutario de seguridad.¹¹⁶⁷ Actualmente estas acciones se ejercen apenas, entre otras razones porque, para que puedan ser acogidas, exigen al trabajador probar la negligencia del empleador en la transgresión del deber de seguridad, lo que no siempre es fácil de comprobar.¹¹⁶⁸ En cambio, el sistema estatutario de compensación es un sistema sin culpa, lo que significa que para que el trabajador o sus herederos accedan a los beneficios que otorga basta con acreditar que la lesión sufrida fue durante o con ocasión del trabajo.¹¹⁶⁹

El sistema estatutario es financiado mediante un seguro cuya prima debe pagar el empleador, seguro que puede estar determinado por la legislación, o bien el empleador puede elegirlo, según la legislación aplicable.¹¹⁷⁰ El seguro cubre los costos médicos y el tratamiento hospitalario, proporciona ingresos mientras el trabajador está en rehabilitación, reconoce derechos en caso de incapacidad permanente o muerte, además de otros beneficios conexos.¹¹⁷¹ La compensación de los trabajadores en Australia es predominantemente estatal; generalmente la cobertura de los

¹¹⁶⁴ Para un resumen del tratamiento normativo de la procedencia de acciones del *common law* por lesiones ocupacionales véase FOSTER (2016), p. 315; SAFE WORK AUSTRALIA (2021), pp. 245-257.

¹¹⁶⁵ SAFE WORK AUSTRALIA (2021), pp. 213: “Con la introducción de esquemas estatutarios de compensación laboral “sin culpa”, y con el beneficio de reducir los costos para todas las partes involucradas, el acceso al *common law* se ha restringido significativamente. Algunas legislaciones tienen abolido el derecho de acceso al *common law*, o bien han incorporado prueba de límites y/o establecido restricciones en los tipos de daños por los que un trabajador puede ser indemnizado, y/o establecido límites en el monto de las indemnizaciones que pueden ser otorgadas. A pesar de estas restricciones, algunos trabajadores lesionados todavía quieren utilizar el *common law*. Si un trabajador lesionado elige utilizar el *common law*, es posible que tenga que reembolsar a su empleador o a la autoridad compensadora por cualquier beneficio estatutario que se le haya pagado”.

¹¹⁶⁶ Return to Work Act 1986 (NT), s. 52; FOSTER (2016), pp. 314-315; SAFE WORK AUSTRALIA (2021), pp. 213, 245-257.

¹¹⁶⁷ STEWART *et al.* (2016), pp. 588-589.

¹¹⁶⁸ STEWART *et al.* (2016), p. 589.

¹¹⁶⁹ STEWART *et al.* (2016), p. 589.

¹¹⁷⁰ STEWART *et al.* (2016), p. 595.

¹¹⁷¹ Para un resumen de los beneficios por jurisdicción véase SAFE WORK AUSTRALIA (2021), pp. 212, 214-256.

trabajadores lesionados tiene lugar según la ubicación geográfica de ejecución del trabajo a propósito del cual se produjo el accidente del trabajo o enfermedad profesional.¹¹⁷² Existen once esquemas de compensación de los trabajadores, uno por cada estado y territorio, y tres esquemas federales.¹¹⁷³

El empleador podría tener interés en no contratar candidatos que sean susceptibles de contraer enfermedades o con riesgos de que empeore la que actualmente padecen, además, que los actuales trabajadores no sufran accidentes o enfermedades laborales para evitar ser responsable, o bien para eludir un incremento en la prima o tasa del seguro.¹¹⁷⁴ En Australia y South Australia, por ejemplo, un empleador con un récord de solicitudes de compensación por lesiones relacionadas con el trabajo peor que el promedio de la industria podría estar sujeto a un incremento en la prima del seguro a pagar.¹¹⁷⁵ Además, el empleador podría ser personalmente responsable de una parte de la compensación que debe pagarse al trabajador lesionado en el trabajo.¹¹⁷⁶ Asimismo, bajo ciertas jurisdicciones el empleador es obligado a pagar al trabajador lesionado una compensación por mantenimiento de los ingresos durante los primeros días de la incapacidad laboral causada por un incidente ocupacional.¹¹⁷⁷

El derecho del trabajador a los beneficios de la compensación laboral surge cuando sufre una lesión o enfermedad a causa o durante la ejecución del trabajo.¹¹⁷⁸ Una susceptibilidad preexistente a una lesión ocupacional podría ser irrelevante para los fines de compensación laboral, al determinar si el trabajador ha sufrido una lesión o enfermedad ocupacional o no.¹¹⁷⁹ Se considera que el trabajador ha sufrido la lesión completamente durante el actual trabajo; por

¹¹⁷² SAFE WORK AUSTRALIA (2022), p. 2; FOSTER (2016), pp. 314-315.

¹¹⁷³ STEWART *et al.* (2016), pp. 592-593; SAFE WORK AUSTRALIA (2022), p. 2.

¹¹⁷⁴ JOHNSTONE (1988), p. 126; GUTHRIE (2003), pp. 100-103.

¹¹⁷⁵ Workplace Injury Rehabilitation and Compensation Act 2013 (Vic), s. 451; Return to Work Act 2014 (SA), s. 145(5).

¹¹⁷⁶ JOHNSTONE (1988), p. 126.

¹¹⁷⁷ Por ejemplo, en South Australia el empleador debe pagar una compensación por mantenimiento de los ingresos durante las dos primeras semanas de incapacidad laboral [Return to Work Act 2014 (SA), s. 64(5)-(6)]; en Victoria el empleador es responsable de compensar el trabajo los primeros cinco días del período de incapacidad debido a la incapacidad laboral y pagar los primeros 642 dólares de los costos médicos y otros relacionados con la lesión ocupacional [Workplace Injury Rehabilitation and Compensation Act 2013 (Vic), s. 125(1)]; en New South Wales el empleador debe reembolsar al asegurador lo que este haya pagado en exceso respecto de cada reclamación de compensación semanal, en virtud de lo prescrito en la póliza [Workplace Compensation Act 1988 (NSW), s. 160(2)].

¹¹⁷⁸ JOHNSTONE (1988), p. 126.

¹¹⁷⁹ JOHNSTONE (1988), p. 126.

lo tanto, el actual empleador o asegurador es responsable de compensar al trabajador por la extensión total de la lesión ocupacional.¹¹⁸⁰

Asimismo, la legislación sobre compensación por lesiones laborales en el Commonwealth, estados y territorios, generalmente cubre a los trabajadores que sufren un agravamiento, aceleramiento o recurrencia en una lesión o enfermedad ocupacional durante el curso de su trabajo.¹¹⁸¹ Sin embargo, la mayoría de las jurisdicciones intentan evitar que todas las consecuencias de la aplicación de esta regla recaigan en el último empleador; así establecen que la responsabilidad por enfermedades que se produzcan durante un largo período de tiempo se distribuirá entre todos los empleadores que han empleado al trabajador durante el lapso en que se originó y agravó la enfermedad ocupacional, para lo cual fijan reglas de contribución a la compensación.¹¹⁸² Se considera que estas normas constituyen un incentivo significativo para que los empleadores usen los reconocimientos médicos preocupacionales, a fin de asegurarse de que no están contratando candidatos con enfermedades o con susceptibilidades a enfermedades ocupacionales, lo cual podría incrementar la responsabilidad empresarial en la compensación estatutaria por infortunios laborales.¹¹⁸³

Los beneficios a los cuales tiene derecho el trabajador lesionado comprenden la compensación por pérdida de ingresos durante el tiempo en que está en rehabilitación; pensión para los herederos de los trabajadores fallecidos; indemnización del perjuicio moral bajo ciertas jurisdicciones; atención médica y tratamiento hospitalario gratuito hasta que se logre la rehabilitación, de ser posible, y la rehabilitación, que incluye el retorno al trabajo.¹¹⁸⁴

¹¹⁸⁰ *Darling Island Stevedoring and Lighterage Co Ltd v. Hankinson* (1967) 117 CLR 19.

¹¹⁸¹ Workers Compensation Act 1951 (ACT), s. 4(1); Return to Work Act 1986 (NT), s. 3A(1); Workers' Compensation and Injury Management Act 1981 (WA), s.5(1); Workplace Compensation Act 1988 (NSW), s. 4; Safety, Rehabilitation and Compensation Act 1988 (Cth), s. 5A(1); Workers Rehabilitation and Compensation Act 1988 (Tas), s. 3(1); Workplace Injury Rehabilitation and Compensation Act 2013 (Vic), ss. 39 y 40; Workers' Compensation and Rehabilitation Act 2003 (Qld), s. 32(3); Return to Work Act 2014 (SA), ss. 4(1), 7(3).

¹¹⁸² Workers Compensation Act 1951 (ACT), s. 27; Workers' Compensation and Injury Management Act 1981 (WA), ss. 41, 73-74; Accident Compensation Act 1985 (Vic), ss. 129A-129D; Return to Work Act 1986 (NT), s. 55; Workplace Compensation Act 1988 (NSW), ss. 4, 16-18; Return to Work Act 2014 (SA), ss. 4(1), 7(3), 30(2).

¹¹⁸³ JOHNSTONE (1988), p. 126.

¹¹⁸⁴ Para un resumen de los beneficios por jurisdicción véase SAFE WORK AUSTRALIA (2021), pp. 212, 214-256.

Los reconocimientos médicos tienen una función esencial en diversas oportunidades bajo la legislación de compensación y rehabilitación de los trabajadores que sufren lesiones relacionadas con el trabajo.

En primer lugar, constituyen la evidencia principal para resolver los reclamos de compensación por lesiones ocupacionales cuando existe discusión entre el trabajador, el empleador y/o el asegurador sobre el origen común o laboral de la lesión y su entidad.¹¹⁸⁵ Ciertas jurisdicciones exigen expresamente la presentación de resultados de reconocimientos médicos en diversas oportunidades del procedimiento de reclamación por compensación laboral debido a lesiones ocupacionales por accidentes del trabajo o enfermedades profesionales. Al momento de presentar un reclamo de compensación por lesión relacionada con el trabajo, el trabajador debe acompañar un certificado médico con ciertas exigencias dirigido a acreditar la lesión, su origen y magnitud;¹¹⁸⁶ la autoridad administrativa, la compañía aseguradora y/o el empleador, por su parte, pueden exigir al trabajador que ha realizado el reclamo someterse a exámenes médicos practicados por un médico independiente para resolver la naturaleza de la lesión o enfermedad;¹¹⁸⁷ también las partes pueden presentar otra evidencia médica que sea relevante para resolver el reclamo.¹¹⁸⁸ Inclusive, en ciertas legislaciones se reconoce la posibilidad de que las partes acuerden que el trabajador se someta a exámenes médicos practicados por un médico cualificado independiente, cuyo resultado será la evidencia relevante para determinar el origen y/o la magnitud de la lesión o enfermedad.¹¹⁸⁹ También, durante el proceso jurisdiccional las

¹¹⁸⁵ Return to Work Act 2014 (SA), s. 9.

¹¹⁸⁶ Workers Compensation Act 1951 (ACT), s. 118; Return to Work Act 1986 (NT), s. 83; Workers' Compensation and Injury Management Act 1981 (WA), s. 72E; Safety, Rehabilitation and Compensation Act 1988 (Cth), s. 54; Workplace Compensation Act 1988 (NSW), s. 65; Workers Rehabilitation and Compensation Act 1988 (Tas), s. 34; Workers' Compensation and Rehabilitation Act 2003 (Qld), s. 132; Workplace Injury Rehabilitation and Compensation Act 2013 (Vic), ss. 20, 25.

¹¹⁸⁷ Return to Work Act 1986 (NT), ss. 90B-91A; Safety, Rehabilitation and Compensation Act 1988 (Cth), s. 57; Workers Rehabilitation and Compensation Act 1988 (Tas), ss. 90A-90D; Workplace Compensation Act 1988 (NSW), ss. 119-120; Workers' Compensation and Rehabilitation Act 2003 (Qld), ss. 135-135A, 282-283; Workplace Injury Rehabilitation and Compensation Act 2013 (Vic), s. 27; Return to Work Act 2014 (SA), ss. 31, 118-120.

¹¹⁸⁸ Workplace Compensation Act 1988 (NSW), ss. 127-128.

¹¹⁸⁹ Safety, Rehabilitation and Compensation Act 1988 (Cth), ss. 36, 57; Workplace Compensation Act 1988 (NSW), s. 121.

partes, sea en la etapa de conciliación,¹¹⁹⁰ o bien en la etapa de prueba propiamente tal,¹¹⁹¹ pueden presentar evidencia médica o se la puede requerir el tribunal; inclusive el tribunal puede solicitar asesoría médica independiente para resolver la disputa médica, con o sin acuerdo de las partes.¹¹⁹²

En segundo lugar, los reconocimientos médicos tienen una función esencial en la rehabilitación ocupacional,¹¹⁹³ que constituye actualmente una de las principales funciones del sistema estatutario de compensación y rehabilitación del trabajador lesionado a causa del trabajo. Para ello se debe proporcionar al trabajador la atención médica y laboral necesaria que le permita recuperarse de su enfermedad o accidente ocupacional, o que lo deje en las mejores condiciones de salud posibles, además de garantizarle la adecuada reincorporación al trabajo luego de un período de ausencia producto de una lesión o enfermedad ocupacional.¹¹⁹⁴ La rehabilitación laboral, de esta forma, tiene importancia ya que apoya el proceso terapéutico y de recuperación del trabajador, reduce los problemas mentales y psicosociales que pueden ocurrir debido a una ausencia prolongada del trabajo, y facilita la reincorporación del trabajador al trabajo según su aptitud laboral.¹¹⁹⁵

¹¹⁹⁰ Workers Rehabilitation and Compensation Act 1988 (Tas), s. 42G; Workplace Injury Rehabilitation and Compensation Act 2013 (Vic), ss. 290B-291.

¹¹⁹¹ Workers Rehabilitation and Compensation Act 1988 (Tas), s. 49; Workplace Injury Rehabilitation and Compensation Act 2013 (Vic), ss. 301H-301I; Return to Work Act 2014 (SA), s. 111.

¹¹⁹² Workplace Compensation Act 1988 (NSW), ss. 321-325; Workers Rehabilitation and Compensation Act 1988 (Tas), ss. 50-55; Return to Work Act 2014 (SA), ss. 118-120.

¹¹⁹³ JOHNSTONE *et al.* (2012), p. 906, cita las definiciones de rehabilitación del Reporte de Revisión de Seaman, que inspiró la actual legislación de compensación australiana: “La mayoría de las definiciones de rehabilitación incluye los elementos de rehabilitación médica, vocacional y social. Entre las definiciones más influyentes se encuentran las de la World Health Organization y de US National Council on Rehabilitation en términos de “uso combinado y coordinado de medidas médicas, sociales, educacionales y vocacionales para la capacitación y reentrenamiento del individuo al nivel más alto posible de capacidad funcional” y de “restauración de los discapacitados a la más completa utilidad física, mental, social, vocacional y económica de que ellos son capaces”. De modo similar, STEWART *et al.* (2016), p. 600: “La rehabilitación ocupacional –en el sentido de permitir a los trabajadores lesionados reanudar el funcionamiento económico y social normal lo más pronto después de la lesión que sea compatible con su bienestar físico y mental– es un fenómeno relativamente reciente en la compensación laboral australiana”.

¹¹⁹⁴ AUSTRALIAN GOVERNMENT COMCARE (2023), p. 2: “La rehabilitación en el lugar de trabajo es un proceso dirigido por el empleador para apoyar la recuperación y la participación laboral del trabajador a medida que avanza la recuperación de la salud. Ayuda al trabajador a recuperarse o regresar al trabajo”.

¹¹⁹⁵ Workers’ Compensation and Rehabilitation Act 2003 (Qld), s. 40; AUSTRALIAN GOVERNMENT COMCARE (2023), p. 2.

Para lograr los objetivos de la rehabilitación laboral, ciertas jurisdicciones obligan al empleador a conservar el empleo del trabajador por cierto período de tiempo mientras está ausente por incapacidad laboral, o bien a proporcionarle otro empleo según la aptitud psicofísica para el trabajo, en la medida que tenga capacidad para trabajar según certificación médica;¹¹⁹⁶ exigen elaborar un plan de retorno, que incluye realizar acomodaciones en el trabajo adecuadas a la capacidad del trabajador;¹¹⁹⁷ obligan al empleador a nombrar un coordinador de retorno al trabajo, que solo se exige en ciertas empresas, esencialmente de gran tamaño.¹¹⁹⁸ Con el propósito de cumplir la obligación de plan de retorno al trabajo y rehabilitación, se podrá obtener información médica sobre la capacidad del trabajador y exigirle que se someta a reconocimientos y tratamientos médicos en cumplimiento del programa de rehabilitación;¹¹⁹⁹ además, el coordinador de retorno al trabajo podrá exigirle al trabajador que se someta a reconocimientos médicos a fin de ir monitoreando su condición de salud y aptitud para el trabajo.¹²⁰⁰

4.2. Función de los reconocimientos médicos en la compensación y rehabilitación por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales en Estados Unidos

Los programas de compensación laboral por accidentes y enfermedades ocupacionales están regulados por leyes diferentes, algunas federales y la mayoría estatales; si bien tienen particularidades propias, estos programas comparten rasgos comunes.¹²⁰¹ Se trata de un sistema sin culpa, a diferencia del sistema de responsabilidad del *common law*; además, ambos sistemas

¹¹⁹⁶ Workers Compensation Act 1951 (ACT), ss. 105-106; Return to Work Act 1986 (NT), s. 75A; Workers' Compensation and Injury Management Act 1981 (WA), s. 5; Workplace Compensation Act 1988 (NSW), ss. 48, 49; Workplace Injury Rehabilitation and Compensation Act 2013 (Vic), s. 103.

¹¹⁹⁷ Workers Compensation Act 1951 (ACT), s. 109; Workers' Compensation and Injury Management Act 1981 (WA), s. 155C; Return to Work Act 1986 (NT), s. 75A; Safety, Rehabilitation and Compensation Act 1988 (Cth), s. 34A; Workplace Compensation Act 1988 (NSW), s. 52; Workers Rehabilitation and Compensation Act 1988 (Tas), s. 143E; Workplace Injury Rehabilitation and Compensation Act 2013 (Vic), s. 104; Return to Work Act 2014 (SA), s. 25.

¹¹⁹⁸ Workers Compensation Act 1951 (ACT), ss. 103C-103F; Workers Rehabilitation and Compensation Act 1988 (Tas), s. 143D; Workers' Compensation and Rehabilitation Act 2003 (Qld), s. 41; Workplace Injury Rehabilitation and Compensation Act 2013 (Vic), s. 104; Return to Work Act 2014 (SA), s. 26.

¹¹⁹⁹ Return to Work Act 1986 (NT), ss. 75B-76; Safety, Rehabilitation and Compensation Act 1988 (Cth), s. 36; Workers' Compensation and Rehabilitation Act 2003 (Qld), s. 42(b); Workplace Injury Rehabilitation and Compensation Act 2013 (Vic), s. 104(3).

¹²⁰⁰ Workers Rehabilitation and Compensation Act 1988 (Tas), s. 143F; Return to Work Act 2014 (SA), s. 26(4).

¹²⁰¹ CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2020), pp. 4-25.

son incompatibles, lo que significa que el trabajador lesionado debe optar por alguno de ellos al reclamar la compensación por lesiones laborales.¹²⁰²

Después de la promulgación de la primera ley de compensación laboral en los Estados Unidos, en 1882, el gobierno federal ha cedido en gran medida la jurisdicción sobre compensación laboral a los estados.¹²⁰³ Actualmente el gobierno federal regula dos programas integrales de compensación de los trabajadores y dos programas de compensación que proporcionan beneficios limitados a los trabajadores de industrias específicas ante lesiones y enfermedades ocupacionales.¹²⁰⁴

La Federal Employees' Compensation Act (FECA)¹²⁰⁵ constituye la principal ley federal que regula el sistema de compensación laboral que cubre a todos los trabajadores federales civiles en los poderes ejecutivo, legislativo y judicial del gobierno federal, y por extensión, a ciertos otros grupos, como los jurados federales, los oficiales del orden estatales y federales que operan bajo capacidad federal.¹²⁰⁶ La Longshore and Harbor Workers' Compensation Act (LHWCA)¹²⁰⁷ fue promulgada para proporcionar un sistema federal de compensación laboral a los trabajadores marítimos del sector privado dedicados a la carga, descarga, construcción, reparación o desagüe de embarcaciones que operan en las aguas navegables de Estados Unidos¹²⁰⁸. La LHWCA se ha extendido a contratistas de obras públicas y militares en el extranjero, a los trabajadores que se desempeñan en la plataforma continental exterior en la exploración y desarrollo de recursos naturales, como los que laboran en plataformas petrolíferas marinas.¹²⁰⁹

El Department of Labor administra un programa de compensación laboral limitado que proporciona beneficios médicos y en dinero a los trabajadores del carbón que son discapacitados por neumoconiosis, comúnmente conocida como enfermedad del pulmón negro, y a los

¹²⁰² CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2020), pp. 7-8.

¹²⁰³ CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2020), p. 6.

¹²⁰⁴ CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2020), p. 6.

¹²⁰⁵ Codificada en 5 U.S.C. §§ 8101 y siguientes.

¹²⁰⁶ CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2020), p. 6.

¹²⁰⁷ Codificada en 33 U.S.C. §§901 y siguientes. Para información adicional sobre la LHWCA, véase: CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2021), pp. 1-12.

¹²⁰⁸ CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2020), p. 6.

¹²⁰⁹ CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2020), p. 6.

herederos de los trabajadores mineros que mueren a causa de esa enfermedad.¹²¹⁰ La Energy Employees Occupational Illness Compensation Program Act (EEOICPA), promulgada en 2000, proporciona beneficios médicos y dinero a los trabajadores que participaron en el desarrollo, investigación y pruebas de armas atómicas.¹²¹¹

A nivel estatal, cada estado, con la excepción de Texas, ha promulgado un sistema de compensación laboral obligatorio para el empleador,¹²¹² normativa que fue confirmada por la Corte Suprema estadounidense en una serie de sentencias de 1917.¹²¹³ Oklahoma aprobó una legislación similar a la de Texas, pero la Corte Suprema anuló las normas de exclusión del empleador basado en disposiciones constitucionales.¹²¹⁴ Por otra parte, en ciertos sistemas de compensación obligatorios, pequeños empleadores están excluidos de afiliarse y muchos estados excluyen o limitan la cobertura para ciertos trabajadores agrícolas y domésticos.¹²¹⁵

La estructura básica de los sistemas de compensación estatutarios por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales comparte ciertos componentes esenciales. En primer lugar, el financiamiento del sistema a través de un seguro contratado por el empleador, en que los empleadores pagan las primas por la cobertura y las aseguradoras pagan los costos de los beneficios cubiertos.¹²¹⁶ El monto de las primas generalmente se ve afectado por el riesgo involucrado en los tipos específicos de trabajos asegurados y por la calificación de experiencia del empleador.¹²¹⁷ El *ranking* de experiencia del empleador se basa en el historial de reclamaciones por compensaciones y en el número de accidentes y enfermedades ocupacionales sufridos por sus trabajadores cubiertos por el seguro.¹²¹⁸ En segundo lugar, la cobertura por el sistema de compensación depende de si el accidente o enfermedad es a causa o con ocasión del trabajo; la culpabilidad es irrelevante, salvo en ciertas excepciones, cuando la causa principal de

¹²¹⁰ 30 U.S.C. §§ 901 y siguientes.

¹²¹¹ Codificada a 42 U.S.C. §§ 7348 y siguientes.

¹²¹² GLYNN *et al.* (2019), pp. 848-849; CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2020), pp. 5-6.

¹²¹³ *New York Central Railway Co. v. White*, 243 U.S. 188 (1917); *Hawkins v. Bleakly*, 243 U.S. 210 (1917); *Mountain Timber Co. v. Washington*, 243 U.S. 219 (1917).

¹²¹⁴ *Vasquez v. Dillard's, Inc.*, 381 P.3d 768 (Okla. 2016).

¹²¹⁵ SPIELER (2017), p. 991; GLYNN *et al.* (2019), p. 849. Para un mayor análisis de los estados que tienen normas que excluyen a ciertos empleadores y trabajadores del sistema de compensación obligatorio, véase: TANABE (2016), pp. 16-20.

¹²¹⁶ GLYNN *et al.* (2019), p. 846; CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2020), p. 9.

¹²¹⁷ CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2020), p. 9.

¹²¹⁸ CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2020), p. 9.

la lesión fue una conducta intencional del trabajador o la intoxicación con alcohol o drogas, que está excluida de la cobertura del sistema de compensación.¹²¹⁹ En tercer lugar, los beneficios esenciales del sistema comprenden el reembolso de los costos médicos en los que incurrió el trabajador víctima, y un porcentaje de los salarios netos no percibidos debido a la discapacidad temporal o permanente, rehabilitación vocacional y retorno al trabajo.¹²²⁰ En cuarto lugar, la administración principal del esquema de compensación laboral es conferida a un tribunal administrativo, que resuelve la naturaleza del accidente o enfermedad del trabajo y la magnitud de la lesión.¹²²¹ En quinto lugar, es el único sistema de compensación por lesiones laborales; así, la legislación garantiza al empleador una inmunidad legal ante el sistema de responsabilidad civil por negligencia, el cual no puede utilizarse.¹²²² La única excepción tiene lugar respecto de trabajadores no cubiertos por un sistema de compensación laboral estatutario, quienes pueden ejercer algunas de las acciones de indemnización que reconoce el *common law*.¹²²³

Los reconocimientos médicos tienen una función esencial como medio de prueba en el procedimiento de calificación del origen de un accidente o enfermedad, en la relación causal y en la entidad de la lesión. La activación del proceso de calificación de un accidente o enfermedad como ocupacional se coloca de cargo del trabajador lesionado, quien debe acreditar el accidente o enfermedad y su relación causal con el trabajo que desarrolla.¹²²⁴ La evaluación médica del trabajador reclamante y los resultados de los reconocimientos médicos con ese propósito son esenciales, más aún cuando existe una tendencia creciente a requerir evidencia médica objetiva.¹²²⁵

Por ejemplo, a nivel estatal, Florida exige que “la lesión, su causa ocupacional, y cualquier manifestación o discapacidad resultante deben establecerse con un grado razonable de certeza médica, sobre la base de hallazgos médicos objetivos relevantes”,¹²²⁶ y agrega que cuando existen varias causas que provocan la lesión, la principal debe ser ocupacional, la cual “debe ser

¹²¹⁹ CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2020), pp. 11-17; GLYNN *et al.* (2019), pp. 846-847.

¹²²⁰ CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2020), pp. 11-17; GLYNN *et al.* (2019), pp. 846-847.

¹²²¹ GLYNN *et al.* (2019), p. 846.

¹²²² CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2020), pp. 8-9; GLYNN *et al.* (2019), p. 847.

¹²²³ CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2020), pp. 8-9.

¹²²⁴ SPIELER (2017), p. 941.

¹²²⁵ SPIELER (2017), p. 941.

¹²²⁶ FLORIDA STATUTES § 440.09(1).

demostrada por evidencia médica solamente”.¹²²⁷ Del mismo modo, Montana requiere hallazgos médicos objetivos, los que define como “evidencia médica, incluyendo rango de movimiento, atrofia, fuerza muscular, espasmo muscular y otra evidencia de diagnósticos, respaldada por hallazgos clínicos”.¹²²⁸

A nivel federal, la regulación de la FECA también exige al trabajador reclamante en todos los reclamos presentar o coordinar la presentación de un reporte médico del médico tratante que debe cumplir ciertas exigencias para comprobar la lesión y su origen laboral; además, para beneficios por pérdida de salarios debe presentar evidencia médica que demuestre que la condición reclamada es incapacitante.¹²²⁹ A su vez, si está en desacuerdo con el reclamo de compensación laboral, el empleador podría presentar reportes médicos en apoyo de su defensa.¹²³⁰

La evidencia médica es relevante cuando durante el actual empleo se produce un agravamiento de lesiones preexistentes al inicio de la relación laboral; no existe una regla uniforme entre las distintas legislaciones. Algunos estados aplican la regla de la responsabilidad completa, que impone responsabilidad completa por la discapacidad en el actual empleador, de modo que su seguro deberá otorgar todos los beneficios del sistema de compensación.¹²³¹ Sin embargo, la mayoría de los estados ha abandonado esta regla porque impone una carga injusta en el último empleador, quien no ha sido el único causante de la lesión y, además, contribuye a incentivar la no contratación de candidatos discapacitados o con predisposición a contraer enfermedades por el temor del empresario a ser totalmente responsable de la lesión.¹²³² Así, la mayoría de los estados ha establecido la regla que exige al trabajador demostrar que el trabajo desarrollado para el empleador demandado fue “la principal causa contribuyente” o la “causa predominante” de la discapacidad.¹²³³ De esta forma, los trabajadores que no cumplen este estándar de prueba son

¹²²⁷ FLORIDA STATUTES § 440.09(1)(b).

¹²²⁸ MONTANA CODE ANNOTATED § 39-71-116(22).

¹²²⁹ 20 C.F.R. § 10.115(e)-(f).

¹²³⁰ 20 C.F.R. § 10.117(a).

¹²³¹ ROTHSTEIN (1983), pp. 1476-1477.

¹²³² ROTHSTEIN (1983), p. 1477; SPIELER (2017), pp. 938-939.

¹²³³ SPIELER (2017), pp. 937-938. Véase, por ejemplo, MISSOURI REVISED STATUTES § 287.020(3)(1): “En este capítulo el término ‘lesión’ se define como una lesión que ha surgido durante y en el curso del empleo. Una lesión por accidente es indemnizable solamente si el accidente fue el factor predominante que causó tanto la condición médica resultante como la discapacidad. El factor predominante se define como el factor principal, en relación con

excluidos de los beneficios del sistema de compensación laboral, inclusive si la lesión laboral precipitó la incapacidad para continuar trabajando o contribuyó a causar la lesión, pero no fue la causa principal o predominante.¹²³⁴

Otros estados han establecido la regla de repartir la compensación entre la compensación laboral y la no laboral.¹²³⁵ Por ejemplo, en California, un médico debe indicar qué porcentaje de la incapacidad es atribuible al evento laboral, y se excluye el resto de la incapacidad a efectos de determinar los beneficios del esquema de compensación laboral.¹²³⁶ De manera similar, en Kansas los beneficios se reducen en el porcentaje de incapacidad funcional que se determina es preexistente.¹²³⁷ La legislación de Wisconsin requiere que los médicos distribuyan la discapacidad permanente, determinando el porcentaje causado por un accidente o enfermedad ocupacional y el porcentaje atribuible a otros factores.¹²³⁸

Por otra parte, los reconocimientos médicos pueden tener importancia para establecer una falta laboral del trabajador lesionado que ha causado la lesión ocupacional, lo que provoca su exclusión de la cobertura del sistema de compensaciones. Esto ocurre cuando la causa principal o exclusiva de la lesión laboral ha sido la intoxicación del trabajador,¹²³⁹ que se demuestra fundamentalmente a través de test de alcohol y drogas.¹²⁴⁰

cualquier otro factor, que causa tanto la condición médica resultante como la discapacidad”; OREGON REVISED STATUTES § 656.005(7)(a)(A)-(B): “(A) Una lesión o enfermedad no es indemnizable como consecuencia de una lesión indemnizable a menos que la lesión indemnizable sea la principal causa que contribuya a la condición resultante; (B) Si la lesión que de otro modo sería indemnizable se combina en cualquier momento con una condición preexistente para causar o prolongar la discapacidad o una necesidad de tratamiento, la condición combinada solamente es indemnizable siempre que, y en la medida que la lesión de otro modo sería indemnizable, sea la principal causa que contribuya a la discapacidad de la condición combinada o sea la causa principal que contribuye a la necesidad de tratamiento de la condición combinada”; FLORIDA STATUTES § 440.09(1)(b): “La lesión accidental indemnizable debe ser la causa principal que contribuya a cualquier lesión resultante”; WYOMING STATUTES § 27-14-102(a)(xi)(G) excluye de la compensación: “Cualquier lesión que resulte principalmente del proceso natural de envejecimiento o de las actividades normales de la vida diaria, según lo establecido por evidencia médica respaldada por hallazgos objetivos”.

¹²³⁴ SPIELER (2017), p. 938.

¹²³⁵ SPIELER (2017), p. 939.

¹²³⁶ CALIFORNIA LABOR CODE § 4663(c). Para una aplicación de esta norma, véase: *City of Jackson v. Workers' Comp. Appeals Bd.*, 216 Cal. Rptr. 3d 911, 914 (Cal. Ct. App. 3., 3d Dist. 2017).

¹²³⁷ KANSAS STATUTES § 44-501(e).

¹²³⁸ WISCONSIN STATUTES & ANNOTATIONS § 102.175(1).

¹²³⁹ Para una revisión de las legislaciones estatales que excluyen de los beneficios del sistema de compensación las lesiones laborales causadas exclusiva o principalmente por la intoxicación del trabajador accidentado, véase: HICKOX (2012), pp. 336-341.

¹²⁴⁰ SPIELER (2017), p. 941.

Finalmente, los reconocimientos médicos tienen una función decisiva para determinar si el trabajador lesionado puede retornar al trabajo o no y cuándo. Uno de los objetivos del sistema de compensación laboral es lograr el retorno al trabajo del dependiente lesionado, para lo cual se otorga como beneficio económico durante la incapacidad laboral solo un porcentaje de los salarios netos, con el propósito de incentivar el retorno al trabajo.¹²⁴¹ Para facilitar el retorno al trabajo y el consiguiente abandono del sistema de compensación laboral, existe el servicio de rehabilitación vocacional, el cual, aunque muchas veces es voluntario, juega un papel esencial para facilitar la reincorporación al trabajo, al determinar por medio de reconocimientos médicos si la salud del trabajador permite su reincorporación al trabajo, al menos parcialmente.¹²⁴² Como el empleador generalmente no tiene la obligación de conservar el trabajo mientras el trabajador está ausente por accidente o enfermedad ocupacional, el retorno podría verse impedido si el empleador extingue el contrato de trabajo por desaparición del puesto de trabajo o porque actualmente lo ocupa otro trabajador.¹²⁴³ Ante esta situación, la principal defensa del trabajador será la legislación antidiscriminación, que prohíbe acciones adversas discriminatorias basadas en la discapacidad.¹²⁴⁴

4.3. Función de los reconocimientos médicos en la compensación y rehabilitación por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales en España

España ha adoptado, al igual que la mayoría de los países, un sistema de seguridad social contra accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. El empleador debe pagar una cotización por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales (artículo 146 del Real Decreto Legislativo 8/2015), que podría variar por diversos factores, incluyendo la actividad económica y el tipo de ocupación, entre otros (artículos 146 a 149 del Real Decreto Legislativo 8/2015).

Ante infortunios laborales, el trabajador tiene derecho a un sistema de compensación estatutario que cubre el tratamiento médico, subsidio por incapacidad temporal y pensión por incapacidad permanente. Además, los herederos del trabajador fallecido tienen derecho a una pensión de

¹²⁴¹ CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2020), p. 17.

¹²⁴² CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2020), p. 17.

¹²⁴³ CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2020), p. 17.

¹²⁴⁴ CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2020), p. 17.

sobrevivencia. Esto se regula principalmente en el Real Decreto Legislativo 8/2015. De forma adicional al sistema estatutario de compensación, el trabajador o sus herederos pueden demandar la indemnización por daño moral y lucro cesante por accidente del trabajo o enfermedad profesional, en lo que no está cubierto por las prestaciones de la seguridad social.¹²⁴⁵

Los reconocimientos médicos tienen una función relevante para establecer si el accidente o enfermedad que ha sufrido el trabajador es de origen laboral o común, además de contribuir a determinar la entidad de la lesión, particularmente si la incapacidad es temporal o permanente y, en este último caso, el grado de incapacidad, lo que tiene influencia en la compensación estatutaria y de responsabilidad civil. Asimismo, los reconocimientos médicos tienen un papel en la reincorporación del dependiente al trabajo.

La calificación del origen del accidente o enfermedad sufrido por el trabajador y su calidad temporal o permanente requieren un acto administrativo emitido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, según los artículos 172 y 200 del Real Decreto 8/2015, de 8 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social.

La declaración de incapacidad permanente tiene una regulación particular. Esta declaración y su grado de incapacidad será realizada por el director provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de la provincia en que tenga domicilio el interesado, según el procedimiento establecido en el Real Decreto 1300/1995, basado en el informe emitido por el Equipo de Valoración de Incapacidades. No habrá derecho a esta declaración si el trabajador o heredero no acredita reunir los requisitos exigidos para tener derecho a las prestaciones económicas por invalidez permanente debido a un accidente del trabajo o enfermedad profesional.¹²⁴⁶ Esta doctrina ha sido fijada por el Tribunal Supremo en 1999, y se mantiene inalterada hasta el día de hoy.¹²⁴⁷ De esta forma, cuando la propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades estime la existencia de un determinado grado de incapacidad y se compruebe que el trabajador no acredita los restantes requisitos para devengar derecho a prestación, la resolución no declarará

¹²⁴⁵ STS, 17 de febrero de 2015, Rec. N° 1219/2014; STS, 12 de septiembre de 2017, Rec. N° 1855/2015, entre otras.

¹²⁴⁶ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2015), p. 135.

¹²⁴⁷ STS 8779/1991, de 22 de octubre; STS 56/1992, de 21 de enero; STS 7616/1992, de 6 de octubre; STS 5211/1999, de 8 de junio, entre otras.

la existencia de incapacidad permanente en ninguno de sus grados, se limitará a señalar los requisitos que se consideran incumplidos y determinará la improcedencia de reconocer el derecho a la prestación, además de hacer constar todas las lesiones que, a juicio del Equipo de Valoración de Incapacidades, sean definitivas.¹²⁴⁸

La ausencia formal de declaración de incapacidad permanente priva a los trabajadores de la compensación contributiva de la seguridad social prevista para incapacidades permanentes por el artículo 196 del Real Decreto 8/2015. Los trabajadores con incapacidad permanente de origen común tienen derecho a las prestaciones no contributivas previstas por la seguridad social (artículo 197 del Real Decreto 8/2015).

Al momento de adoptar su decisión sobre el reconocimiento de la invalidez, el Instituto Nacional de la Seguridad Social debe atender el dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades que, en conformidad con el artículo 3 del Real Decreto 1300/1995, tiene entre sus funciones: “1. [...] a) Anulación o disminución de la capacidad para el trabajo por existencia de situaciones de invalidez permanente, calificación de estas situaciones en sus distintos grados, revisión de las mismas por agravación, mejoría o error de diagnóstico, y contingencia determinante. [...] d) Disminución o alteración de la integridad física del trabajador por existencia de lesiones permanentes no invalidantes, causadas por accidente del trabajo o enfermedad profesional. [...] f) Determinación del carácter común o profesional de la enfermedad que origine la situación de incapacidad temporal o muerte del trabajador cuando le sea solicitado tal dictamen. [...] 2. Efectuar el seguimiento de los programas de control de las prestaciones económicas de incapacidad temporal y proponer al director provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social la adopción de medidas adecuadas, en coordinación con los restantes órganos competentes en esta materia”.

La iniciación del procedimiento puede llevarse a cabo a instancia de diversos sujetos, según lo señalado en el artículo 4 del Real Decreto 1300/1995, quienes acompañarán los antecedentes médicos de que dispongan, sin perjuicio de que la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social le solicite nueva documentación cuando la acompañada sea insuficiente

¹²⁴⁸ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2015), p. 136.

(artículo 7.1 de la Orden de 18 de enero de 1996). Otros antecedentes que se consideran son el alta médica de asistencia sanitaria y el historial clínico del trabajador afectado (artículo 4 del Real Decreto 1300/1995). Asimismo, existe el trámite de audiencia al interesado, que tiene lugar antes de dictar la propuesta de resolución, a fin de que el interesado alegue y presente los documentos que estime necesarios (artículo 5 del Real Decreto 1300/1995). Este podrá formular alegaciones y presentar los documentos que considere convenientes, incluyendo resultados de reconocimientos médicos, en el plazo de diez días. Se puede prescindir del trámite de audiencia cuando no figure en el procedimiento ni hayan de ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos, alegaciones o pruebas que los aducidos por el trabajador (artículo 11 de la Orden de 18 de enero de 1996).

Los reconocimientos médicos, igualmente, tienen importancia en los planes de retorno al trabajo, a fin de evaluar la acomodación del trabajo a la capacidad del trabajador que estuvo ausente por incapacidad temporal común o profesional o por incapacidad permanente parcial, para lograr la más pronta reincorporación al trabajo, facilitar la transacción de ausencia laboral al trabajo, además de prevenir eventuales recaídas.¹²⁴⁹

Los planes de retorno al trabajo pueden definirse como “un conjunto de recomendaciones técnicas que permiten adaptar las condiciones de trabajo para ajustarlas a las posibilidades de un trabajador que tiene afectada su capacidad laboral, por padecer una enfermedad o haber sufrido un accidente”.¹²⁵⁰ Los planes de retorno se diferencian de las medidas de prevención de riesgos laborales y del deber de ajuste razonable para trabajadores con discapacidad, aunque tienen en común que persiguen la adaptación de los factores laborales que interfieren con la salud, a fin de que el trabajador pueda desempeñar sus labores.¹²⁵¹

La medida de prevención de riesgos laborales consiste en la adaptación del lugar de trabajo ante un trabajador con una condición de salud sensible a los riesgos laborales una vez que es dado de alta; tiene lugar en virtud del artículo 15.1.d de la LPRL, que consagra el deber general de adaptación del trabajo a la persona, y del artículo 25 de la LPRL, que regula el deber específico

¹²⁴⁹ CRESPI (2023), p. 243.

¹²⁵⁰ CRESPI (2023), p. 243.

¹²⁵¹ CRESPI (2023), p. 260.

de protección de los trabajadores especialmente sensibles. Si bien en cuanto a su contenido esta medida puede coincidir con el plan de retorno al trabajo, se diferencia en que la medida preventiva se aplica cuando el trabajador se reincorpora al trabajo “como consecuencia del alta médica que acredita la recuperación de su capacidad laboral, sin interferir, a diferencia de los planes de retorno al trabajo, en el proceso por incapacidad temporal”.¹²⁵² Por otra parte, las medidas preventivas de acomodación del lugar persiguen evitar que el trabajador sufra un daño de su salud debido al desarrollo de su trabajo, en cambio, los planes de retorno al trabajo persiguen esencialmente como objetivo reducir el período que el trabajador permanece inactivo producto de una incapacidad, además, de la pronta recuperación laboral del trabajador.¹²⁵³

Los planes de retorno se diferencian también del deber de ajuste razonable consagrado en el Real Decreto Legislativo 1/2013 y en la Ley 15/2022, en que el primero alcanza no solamente a los trabajadores con discapacidad, sino también a cualquier otro trabajador ausente del trabajo por enfermedad o accidente común o laboral; en cambio, el ajuste razonable favorece solo a los trabajadores con discapacidad, según la doctrina mayoritaria.¹²⁵⁴

Las medidas en virtud del plan de retorno son esencialmente temporales; en cambio, las adoptadas como medidas de prevención de riesgos y ajuste razonable pueden ser permanentes. Es por ello que medidas adoptadas inicialmente como medidas de retorno al trabajo pueden luego convertirse en medidas de prevención de riesgos o ajuste razonable, si el trabajador sufre afecciones de salud duraderas que requieren algunas de estas medidas de forma permanente.¹²⁵⁵ Este parece ser el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un caso en que la medida de trabajo a tiempo parcial otorgada a trabajadoras con dolencias musculoesqueléticas de duración incierta, dispuesta inicialmente bajo un plan de retorno, se consideró luego una medida de ajuste razonable.¹²⁵⁶

¹²⁵² CRESPI (2023), p. 260.

¹²⁵³ CRESPI (2023), p. 260.

¹²⁵⁴ CRESPI (2023), p. 261; AGUILERA (2023), pp. 97-98. En el mismo sentido la jurisprudencia: STC 51/2021, 15 de marzo.

¹²⁵⁵ CRESPI (2023), p. 261.

¹²⁵⁶ STJUE, 11 de abril de 2013, C-335/11 y C-337/11; CRESPI (2023), p. 262.

A nivel de normativa estatal, solamente se reconocen de forma implícita los planes de retorno al trabajo, a propósito de la competencia de las mutuas. En el artículo 82.3 de la LGSS se indica que las actividades preventivas de la acción protectora de las mutuas “comprenderán actividades de asesoramiento a las empresas asociadas, con el objeto de que adapten sus puestos de trabajo y estructuras para la recolocación de los trabajadores accidentados o con patologías de origen profesional”. Bajo esta norma, quedan comprendidas medidas de retorno al trabajo de trabajadores a los que se les haya reconocido una incapacidad permanente parcial derivada de contingencias profesionales o con una incapacidad temporal por causas laborales, por lo que el trabajo se adecua a su situación de salud.¹²⁵⁷

Tanto el artículo 82.3 de la LGSS como sus disposiciones de desarrollo se refieren única y exclusivamente a la adaptación del puesto de trabajo para trabajadores que han sufrido accidentes del trabajo o enfermedades profesionales, excluyendo de su regulación los accidentes y enfermedades de origen común.¹²⁵⁸ La negociación colectiva ha cubierto este vacío legislativo, regulando planes de retorno al trabajo de forma amplia.¹²⁵⁹

5. Función de los reconocimientos médicos en las acciones positivas bajo la legislación antidiscriminación por discapacidad en el empleo

Bajo el derecho antidiscriminación internacional y comparado se admiten acciones positivas en beneficio de trabajadores pertenecientes a grupos históricamente desaventajados con el principal propósito de lograr la igualdad sustantiva, que actualmente es uno de los fines principales de la normativa antidiscriminación, al detectarse la insuficiencia de la igualdad formal para lograr otorgar igualdad de oportunidades a quienes tienen un atributo protegido por la legislación antidiscriminación.¹²⁶⁰

¹²⁵⁷ CRESPI (2023), p. 264.

¹²⁵⁸ CRESPI (2023), p. 265.

¹²⁵⁹ CRESPI (2023), pp. 269-271.

¹²⁶⁰ MCHARG Y NICOLSON (2006), pp. 3-23; GAZE Y SMITH (2017), pp. 207-208; REES *et al.* (2019), pp. 167-169; BRODERICK Y FERRI (2019), pp. 114-115; FREDMAN (2022), pp. 372-373. Para un análisis detallado de los fines de las acciones positivas en conformidad con la jurisprudencia comparada véase FREDMAN (2022), pp. 372 y ss. Para un mayor estudio de las acciones positivas bajo la normativa comunitaria véase DE VOS (2007).

Las acciones positivas son medidas diseñadas para corregir desventajas atribuibles a las prácticas, políticas y derecho discriminatorios, pasados o actuales, que afectan a personas que detentan un atributo protegido por la legislación antidiscriminación.¹²⁶¹ Su propósito es lograr la igualdad de oportunidades y de beneficios en el empleo, y acelerar *de facto* la igualdad para personas desaventajadas, entre ellas quienes tienen una discapacidad.¹²⁶²

Las acciones positivas no son definitivas comúnmente por el derecho, aunque se pueden conceptualizar como “cualquier actividad diseñada para mejorar la posición, en términos de distribución de beneficios, [...] de un determinado grupo social [...] sobre la base de que sus miembros sufren una desventaja sistemática por esa situación”.¹²⁶³ De este modo, pueden adoptar distintas formas, si bien lo relevante es el propósito que persiguen, que les otorga fisonomía junto a sus beneficiarios.

En doctrina se han identificado cinco modelos de acciones positivas: (1) *Cuotas*. En virtud de este modelo un número preciso o un porcentaje de posiciones en el empleo, educación u otra área son reservadas a aquellos con un atributo particular, como ser mujer, tener una discapacidad;¹²⁶⁴ (2) *Preferencia*. En el segundo modelo una preferencia para ocupar una posición o lograr un beneficio se otorga a miembros de un grupo objetivo antes que posiciones reservadas inflexiblemente.¹²⁶⁵ No existe una cuota numérica absoluta que deba ser completada, pero atributos, como la discapacidad, pueden tomarse en cuenta como un factor de preferencia entre personas con y sin atributo que se encuentran en iguales o similares condiciones o situación;¹²⁶⁶ (3) *Autoexamen*. El tercer modelo involucra planes de autoexamen con el propósito y tiempos para la inclusión de grupos minoritarios poco representados.¹²⁶⁷ La primera medida de este modelo podría ser auditar para determinar si existen discrepancias entre los actuales ocupantes de posiciones dentro de una organización o área particular y la población o grupo más

¹²⁶¹ BRODERICK Y FERRI (2019), p. 114.

¹²⁶² GAZE Y SMITH (2017), pp. 209-210; BRODERICK Y FERRI (2019), pp. 114-115.

¹²⁶³ BARMES (2009), p. 623. En sentido similar GAZE Y SMITH (2017), pp. 209-210; BRODERICK Y FERRI (2019), pp. 114-115.

¹²⁶⁴ OPPENHEIMER (1988-1989), pp. 42-43; GAZE Y SMITH (2017), p. 204; ONTIVEROS *et al.* (2021), p. 824.

¹²⁶⁵ OPPENHEIMER (1988-1989), pp. 42 y 46; GAZE Y SMITH (2017), p. 204; ONTIVEROS *et al.* (2021), p. 824.

¹²⁶⁶ OPPENHEIMER (1988-1989), p.46; GAZE Y SMITH (2017), p. 204.

¹²⁶⁷ OPPENHEIMER (1988-1989), pp. 42, 46-47; GAZE Y SMITH (2017), p. 204; ONTIVEROS *et al.* (2021), p. 824.

amplio.¹²⁶⁸ Luego deberían fijarse objetivos y establecerse procesos para abordar cualquier disparidad significativa;¹²⁶⁹ (4) *Extensión*. La esencia del cuarto modelo es extender o ampliar el segmento de personas a reclutar, lo que debería implementarse como resultado de la autoexaminación llevada a cabo en conformidad con el tercer modelo, que muestra disparidad de representación en perjuicio de grupos con ciertos atributos.¹²⁷⁰ Las actuales formas de reclutamiento y selección de candidatos pueden intencional o accidentalmente evaluar minorías, por ejemplo, cambiando sus métodos, lo que podría resultar en una mayor diversidad del personal;¹²⁷¹ (5) *Apoyo*. Este modelo involucra programas de apoyo, como medidas promocionales especiales para minorías, con el propósito de incentivarlos a incorporarse a trabajos que tradicionalmente no han sido ocupados por miembros del grupo al que pertenecen sino por miembros de las mayorías.¹²⁷²

Las acciones positivas son generalmente temporales, en particular las que persiguen incrementar la incorporación de personas desaventajadas en cierta área, como el empleo; por lo tanto, una vez logrados sus fines, carece de justificación la continuidad de su vigencia.¹²⁷³ Sin embargo, excepcionalmente existen medidas especiales que son permanentes, ya que satisfacen una necesidad constante derivada del atributo protegido por la legislación antidiscriminación.¹²⁷⁴

Aunque ciertos autores consideran que las acciones positivas forman parte del deber de acomodación razonable que se consagra en ciertas legislaciones antidiscriminación,¹²⁷⁵ lo cierto es que se trata de figuras diferentes que tienen ciertas similitudes. Presentan igual objetivo general, esto es, incrementar la inclusión y participación en la sociedad de personas con un atributo protegido por la legislación antidiscriminación en igualdad de condiciones con aquellos que no detentan el atributo.¹²⁷⁶ En cuanto a las diferencias, son varias, aunque se destacarán solo algunas. En primer lugar, el deber de acomodación se enfoca en los obstáculos discriminatorios

¹²⁶⁸ OPPENHEIMER (1988-1989), p. 47; GAZE Y SMITH (2017), p. 204.

¹²⁶⁹ OPPENHEIMER (1988-1989), p. 47; GAZE Y SMITH (2017), p. 204.

¹²⁷⁰ OPPENHEIMER (1988-1989), pp. 42 y 48; GAZE Y SMITH (2017), pp. 204-205; ONTIVEROS *et al.* (2021), p. 824.

¹²⁷¹ OPPENHEIMER (1988-1989), p. 48; GAZE Y SMITH (2017), pp. 204-205.

¹²⁷² OPPENHEIMER (1988-1989), pp. 42, 48-49; GAZE Y SMITH (2017), pp. 204-205; ONTIVEROS *et al.* (2021), p. 824.

¹²⁷³ COOK (2003), p. 119; WADDINGTON Y BELL (2011), pp. 1523-1524; BRODERICK Y FERRI (2019), p. 118.

¹²⁷⁴ COOK (2003), p. 119; WADDINGTON Y BELL (2011), pp. 1523-1524; BRODERICK Y FERRI (2019), p. 118.

¹²⁷⁵ LEVITSKY (2000), pp. 85 y ss.

¹²⁷⁶ BRODERICK Y FERRI (2019), p. 116.

actuales para el goce de derechos por parte de quienes tienen un atributo, por ejemplo, las personas con discapacidad; por el contrario, la acción positiva busca mediante un tratamiento preferente combatir los efectos negativos presentes de la discriminación pasada.¹²⁷⁷ En segundo lugar, el deber de ajuste razonable se consagra como una obligación antidiscriminación para ciertos sujetos, entre ellos, el empleador; en cambio, la acción positiva puede constituir un deber o bien una facultad que legitima el tratamiento diferenciado.¹²⁷⁸ Otra diferencia está vinculada con la naturaleza individualizadora del deber de acomodación razonable, que exige una evaluación individual de la persona y, en consecuencia, una solución individual hecha a la medida de la persona; por el contrario, la acción positiva comprende medidas generales que cubren a los miembros de grupos socialmente desaventajados, sin considerar su situación particular sino la del grupo minoritario.¹²⁷⁹ Una cuarta diferencia se relaciona con su tiempo de vigencia. La acción positiva es generalmente temporal, aunque también puede ser permanente si se requiere la igualdad de oportunidades, ejemplo de ello es el artículo 5(4) de la CRPD, que permite la adopción de acciones positivas tanto temporales como permanentes;¹²⁸⁰ para el deber de acomodación razonable, en cambio, se asume que en general no tiene un límite de tiempo predeterminado de vigencia.¹²⁸¹

La acción positiva, llamada también acción afirmativa, se identifica en la legislación bajo distintas expresiones. A nivel de tratados internacionales sobre derechos humanos es posible encontrar disposiciones que la consagran. El artículo 1 de la CERD y el artículo 4 de la CEDAW utilizan la expresión “medidas especiales”, en cambio, el artículo 5(4) de la CRPD emplea el término “medidas específicas”, aunque ambas aluden a las acciones positivas.¹²⁸² En el contexto

¹²⁷⁷ BRODERICK (2015), p. 120; BRODERICK Y FERRI (2019), p. 116. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, al interpretar la CRPD, sostiene: “La ‘acomodación razonable’ no deber ser confundida con las medidas específicas, incluyendo las medidas de acción [positivas] afirmativas. Mientras ambos conceptos persiguen alcanzar *de facto* la igualdad, la acomodación razonable es un deber de no discriminación, mientras las medidas específicas implican un tratamiento preferente de personas con discapacidad sobre otras para abordar la exclusión sistémica/sistemática y/o histórica de los beneficios de ejercer derechos”. Cfr.: COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES (2018), p. 10.

¹²⁷⁸ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES (2018), p. 12; BRODERICK Y FERRI (2019), pp. 116-117.

¹²⁷⁹ BEFORT (2003), p. 968-969; WADDINGTON (2004), p. 8; BRODERICK Y FERRI (2019), p. 117.

¹²⁸⁰ BRODERICK Y FERRI (2019), p. 118.

¹²⁸¹ BRODERICK Y FERRI (2019), p. 118.

¹²⁸² BRODERICK Y FERRI (2019), pp. 114-115.

doméstico, igualmente, existe consagración de la acción positiva, aunque con diferente terminología, alcance y naturaleza jurídica. A propósito de la legislación antidiscriminación por discapacidad, las jurisdicciones domésticas examinadas la regulan de formas diferentes y, cuando se admite, se reconoce que los reconocimientos médicos tienen un papel relevante para establecer que la persona reúne la condición de salud que existe en la regulación de la acción positiva.

En las siguientes páginas se examinará brevemente la acción positiva en la legislación antidiscriminación por discapacidad en el empleo y la función que tienen los reconocimientos médicos.

5.1. Función de los reconocimientos médicos en las acciones positivas bajo la legislación antidiscriminación por discapacidad en el empleo en Australia

En la legislación australiana tanto la normativa federal como estatal regulan acciones positivas en el empleo, aunque con distinto alcance y nivel de exigibilidad.

A nivel federal, desde el año 1992 la DDA contiene disposiciones que permiten a las autoridades públicas, instituciones educativas y a los proveedores de bienes, servicios y facilidades desarrollar planes de acción sobre la forma en que pueden actuar para lograr los objetivos de la legislación.¹²⁸³ El propósito de las disposiciones sobre los planes de acción es incentivar a las organizaciones a fin de que otorguen facilidades a las personas con discapacidad para acceder a sus dependencias y gozar de los derechos que les corresponden en sus instalaciones.¹²⁸⁴ A pesar de que no existe sanción legal por no elaborar un plan o por confeccionar un plan inadecuado, los tribunales federales están obligados a considerar el contenido de un plan cuando aplican las disposiciones de la DDA sobre carga injustificada de la acomodación razonable en cualquier controversia sobre discriminación por discapacidad que involucra la provisión de servicios o la disponibilidad de instalaciones para individuos con discapacidad.¹²⁸⁵

¹²⁸³ Disability Discrimination Act 1992 (Cth), Parte 3.

¹²⁸⁴ REES *et al.* (2018), p. 181.

¹²⁸⁵ Disability Discrimination Act 1992 (Cth), s. 11(1)(d).

Asimismo, las legislaciones estatales regulan la acción positiva excepcionalmente como un deber y mayoritariamente como una medida especial voluntaria. Victoria es el único estado australiano que consagra la acción positiva como un deber del empleador con el propósito de eliminar la discriminación, para lo cual su legislación exige a los sujetos obligados, entre ellos, el empleador, a tomar las medidas más proporcionales y razonables posibles para eliminar la discriminación, precisando diversos factores que deben considerarse para calificar si una medida es razonable y proporcional.¹²⁸⁶ Actualmente este deber positivo tiene un limitado proceso de exigibilidad, puesto que los procedimientos y remedios disponibles en la ley del estado de Victoria no se aplican a las disputas sobre una posible contravención de la sección 15, donde se regula el deber de acción positiva.¹²⁸⁷

A nivel federal y estatal las leyes antidiscriminación permiten que se tomen medidas especiales en beneficio de personas con un atributo protegido, incluyendo la discapacidad, con el propósito de superar la desventaja que experimentan debido al atributo que poseen.¹²⁸⁸ Las conductas que toma el empleador dentro del alcance de las medidas especiales se consideran una excepción a la prohibición legislativa contra la discriminación, por lo tanto, son medidas lícitas, que también constituyen una medida positiva para lograr la igualdad de grupos de personas históricamente desaventajadas.¹²⁸⁹

La sección 45 de la DDA regula las medidas especiales para personas con discapacidad, como una excepción a las varias obligaciones que impone de no discriminar a las personas con base en su discapacidad.¹²⁹⁰ Igualmente, las legislaciones antidiscriminación de Australian Capital

¹²⁸⁶ Equal Opportunity Act 2010 (Vic), s. 15.

¹²⁸⁷ Equal Opportunity Act 2010 (Vic), s. 15 (3); REES *et al.* (2019), p. 185; VICTORIAN EQUAL OPPORTUNITY & HUMAN RIGHTS COMMISSION (2019), p. 9; BLACKHAM (2021), p. 108. La jurisprudencia se pronuncia en el mismo sentido, por ejemplo, *Collins v. Smith* [2015] VCAT 1029, donde el demandante alegó que el demandado estaba en infracción del deber de la sección 15(3); el tribunal concluyó que no tenía jurisdicción para resolver una demanda sobre contravención de este deber.

¹²⁸⁸ REES *et al.* (2018), p. 185.

¹²⁸⁹ REES *et al.* (2018), p. 185.

¹²⁹⁰ REES *et al.* (2018), p. 201.

Territory,¹²⁹¹ New South Wales,¹²⁹² Northern Territory,¹²⁹³ Queensland,¹²⁹⁴ South Australia,¹²⁹⁵ Victoria,¹²⁹⁶ y Western Australia¹²⁹⁷ consideran legales las medidas especiales que favorezcan a las personas con discapacidad, siempre que sean razonables para lograr la igualdad de oportunidades de ese grupo.

Las acciones positivas voluntarias encuentran menos resistencia tratándose de atributos protegidos asimétricos, esto es, que solamente poseen ciertas personas; así, son los únicos que protege la legislación antidiscriminación que regula las acciones positivas.¹²⁹⁸ La discapacidad es un atributo asimétrico, pues la legislación protege a quienes tienen o se les atribuye una discapacidad, o están asociados con una persona con discapacidad, pero no protege a quienes no tienen una discapacidad, no se les atribuye una discapacidad y no se los asocia con una persona con discapacidad.¹²⁹⁹ De esta forma, estas personas no podrían alegar vulneración de la prohibición de discriminación cuando el empleador adopta una acción positiva voluntaria, que persigue lograr la igualdad de oportunidades y goce de derechos en el empleo de personas con discapacidad.¹³⁰⁰

Cuando el empleador adopta acción positiva en beneficio de personas con discapacidad, por ejemplo, cuotas de puesto de trabajo, puede requerir reconocimientos médicos con el propósito de comprobar que efectivamente el candidato o trabajador tiene la discapacidad requerida para gozar del derecho establecido en el plan de acción positiva, si no existe certificación de una agencia competente.¹³⁰¹ Estos reconocimientos médicos son voluntarios para el trabajador, que puede someterse a ellos o no, pero si decide no hacerlo podría no ser beneficiario de la acción positiva, al no cumplir una condición de esta, que es tener una discapacidad comprobada.

¹²⁹¹ Discrimination Act 1991 (ACT), s. 27.

¹²⁹² Anti-Discrimination Act 1977 (NSW), s. 21.

¹²⁹³ Anti-Discrimination Act 1992 (NT), s. 57.

¹²⁹⁴ Anti-Discrimination Act 1991 (Qld), ss. 104-105.

¹²⁹⁵ Equal Opportunity Act 1984 (SA), ss. 47, 65, 82, 85P y 85ZK.

¹²⁹⁶ Equal Opportunity Act 2010 (Vic), s. 12.

¹²⁹⁷ Equal Opportunity Act 1984 (WA), ss. 31, 35K, 35 ZD, 51 y 66R.

¹²⁹⁸ GAZE Y SMITH (2017), pp. 207-208.

¹²⁹⁹ GAZE Y SMITH (2017), pp. 207-208.

¹³⁰⁰ GAZE Y SMITH (2017), pp. 207-208.

¹³⁰¹ JOHNSTONE (1988), p. 177.

5.2. Función de los reconocimientos médicos en las acciones positivas bajo la legislación antidiscriminación por discapacidad en el empleo en Estados Unidos

En Estados Unidos la expresión que se utiliza comúnmente es acción afirmativa para aludir a la acción positiva.¹³⁰² A nivel federal existen dos cuerpos normativos que la consagran, el Título VII y la Rehabilitation Act de 1973, solo se aplica esta última a personas con discapacidad en el empleo y únicamente en el sector público.

Bajo el Título VII se regula la acción afirmativa no solo como una política voluntaria del empleador, sino también como un remedio ordenado por el tribunal ante una conducta discriminatoria.¹³⁰³ La sección § 703(j), 42 U.S.C. § 2000e-2(j) regula la acción afirmativa voluntaria, pero solamente respecto de ciertos grupos minoritarios entre los que no se encuentran los individuos con discapacidad, al señalar que nada en el Título VII “deberá ser interpretado que exige a cualquier empleador, agencia de empleo, [u] organización laboral [...] garantizar tratamiento preferente a cualquier individuo o a cualquier grupo debido a la raza, color, religión, sexo u origen nacional de dicho individuo o grupo con el propósito de corregir cualquier desequilibrio entre la fuerza laboral del empleador y el mercado de trabajo relevante”. La sección § 706(g)(1), 42 U.S.C. § 2000e-5(g)(1) autoriza a los tribunales, al establecer remedios por violaciones ilegales del Título VII, “ordenar dicha acción afirmativa como podría ser apropiada”. De manera adicional a estas disposiciones específicas, la prohibición de políticas del empleador con un impacto dispar en mujeres y minorías del Título VII ha sido vista como un apoyo para la acción afirmativa, al reconocerse que el propósito legislativo del Título VII fue alcanzar la igualdad de oportunidades en el empleo y remover las barreras para dicha igualdad.¹³⁰⁴

Tratándose de las personas con discapacidad, la ADA, que cubre a empleadores del sector privado a nivel federal, nada señala sobre la acción afirmativa en beneficio de los individuos con discapacidad, pero tampoco la prohíbe ni la declara ilegal. En cambio, la Rehabilitation Act de 1973, que se aplica a las agencias estatales federales, contratistas y subcontratistas de agencias

¹³⁰² ONTIVEROS *et al.* (2021), pp. 828-829.

¹³⁰³ ONTIVEROS *et al.* (2021), p. 829.

¹³⁰⁴ *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424, 429-430, 91 S.Ct. 849, 852-853 (1971); *United Steelworkers of America v. Weber* 443 U.S. 193, 99, S.Ct. 2721; ONTIVEROS *et al.* (2021), p. 829.

estatales federales, expresamente requiere a las agencias y contratistas elaborar “un plan de programa de acción afirmativa para la contratación, colocación y avance de individuos con discapacidad en dicho departamento, agencia, instrumentalidad o institución. Dicho plan deberá incluir una descripción del alcance de la medida y los métodos mediante los cuales se satisfacen las necesidades especiales de los trabajadores que son individuos con discapacidad”.¹³⁰⁵

El contenido del plan de acción positiva que deben elaborar las agencias estatales federales está regulado;¹³⁰⁶ debe incluir normas sobre la forma de formular las preguntas sobre la discapacidad de quienes postulan a posiciones y beneficios reservados para individuos con discapacidad,¹³⁰⁷ y sus objetivos, entre los que se encuentran cuotas de puestos de trabajo en forma de porcentaje que deben ser ocupados por personas con discapacidad.¹³⁰⁸ De manera similar, los contratistas de agencias federales que tienen cincuenta trabajadores o más, o un contrato federal de 50.000 dólares o más, deben confeccionar un programa de acción afirmativa¹³⁰⁹ que tiene que incluir medidas para promover que los candidatos o trabajadores con una discapacidad se autoidentifiquen como tales, ya sea en la etapa previa a una oferta de trabajo,¹³¹⁰ posterior a una oferta de empleo¹³¹¹ y durante el empleo,¹³¹² a fin de que puedan acceder a un beneficio o puesto de trabajo reservado para ellos. A diferencia de las agencias federales, a los contratistas federales no se les exige tener dentro del programa de acción afirmativa una cuota mínima reservada para individuos con discapacidad.¹³¹³

Aunque la acción afirmativa para individuos con discapacidad constituye un deber bajo la Rehabilitation Act de 1973, que permite preguntas relacionadas con la salud y reconocimientos médicos a fin de dar cumplimiento al programa de acción afirmativa, y no en conformidad con la ADA, la EEOC, en la regulación que ha emitido bajo la ADA, permite en el empleo privado los reconocimientos médicos con el propósito de identificar a individuos con discapacidad que

¹³⁰⁵ 29 U.S.C. § 791 (b); 41 C.R.F. § 60-741.40(a).

¹³⁰⁶ 29 C.R.F. § 1614.203.

¹³⁰⁷ 29 C.R.F. § 1614.203(d)(1).

¹³⁰⁸ 29 C.R.F. § 1614.203(d)(7).

¹³⁰⁹ 41 C.R.F. § 60-741.40(b).

¹³¹⁰ 41 C.R.F. § 60-741.42(a).

¹³¹¹ 41 C.R.F. § 60-741.42(b).

¹³¹² 41 C.R.F. § 60-741.42(c).

¹³¹³ 41 C.R.F. § 60-741.44.

cumplen los requisitos para acogerse a una acción afirmativa requerida por otra legislación o por un programa de acción afirmativa voluntaria.¹³¹⁴

En el proceso de reclutamiento, previo a la oferta de trabajo, la EEOC sostiene que los empleadores pueden, bajo ciertas circunstancias, invitar a los postulantes a autoidentificarse voluntariamente como individuos con discapacidad con el propósito de acogerse al programa de acción afirmativa del empleador.¹³¹⁵ Estas preguntas vinculadas a la discapacidad tienen lugar en la etapa precontractual, cuando el empleador está tomando una acción afirmativa debido a que la ley local, estatal o federal le exige una acción afirmativa para individuos con discapacidad, y cuando está utilizando voluntariamente información para beneficiar a individuos con discapacidad.¹³¹⁶ Asimismo, la comunicación verbal o escrita sobre la autoidentificación de la discapacidad se usa únicamente en conexión con la acción afirmativa; además, la información debe solicitarse de forma voluntaria, es confidencial, y el postulante no puede sufrir un tratamiento adverso producto de la información proporcionada.¹³¹⁷

También durante el empleo, el empleador puede poner a disposición de los trabajadores reconocimientos médicos con el propósito de identificar y comprobar su discapacidad, si desean participar en un plan de acción afirmativa obligatorio o voluntario que existe en la empresa y su discapacidad no ha sido declarada por un organismo competente.¹³¹⁸ Estos reconocimientos médicos se sujetan a las mismas restricciones que las preguntas relacionadas con la discapacidad previo a una oferta de trabajo como parte de un programa de acción afirmativa.

En consecuencia, en la legislación federal de Estados Unidos los reconocimientos médicos bajo un programa de acción afirmativa son siempre voluntarios para el trabajador, quien libremente puede aceptar someterse a ellos o negarse, pero no puede sufrir una acción adversa en función de los resultados de los reconocimientos médicos ni por su negativa a someterse a ellos.¹³¹⁹ En cambio, los reconocimientos médicos serán obligatorios para el empleador, en el sentido de que

¹³¹⁴ BROWN (2018), pp. 4-5, 14.

¹³¹⁵ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), N° 915.002.

¹³¹⁶ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), N° 915.002.

¹³¹⁷ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), N° 915.002.

¹³¹⁸ BROWN (2018), p. 14.

¹³¹⁹ BROWN (2018), p. 5.

debe ofrecerlos a los candidatos y trabajadores cuando el programa de acción afirmativa es mandado por una ley federal, estatal o local y los reconocimientos médicos constituyen un instrumento necesario para determinar si los individuos son discapacitados en los términos en que lo exige el programa de acción afirmativa.

5.3. Función de los reconocimientos médicos en las acciones positivas bajo la legislación antidiscriminación por discapacidad y otras condiciones de salud en el empleo en España

En España existen diversas normas que definen la acción positiva, que se inspiran en el artículo 4 de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de las Naciones Unidas, en la normativa comunitaria (artículo 157.4 del TFUE, artículo 2.4 de la Directiva 76/207/CEE y artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión) y en lo dispuesto en la Constitución (artículo 9.3).¹³²⁰ El artículo 11.1 de la LOIEMH define la acción positiva como las medidas específicas que los poderes públicos han de adoptar para corregir situaciones de patente desigualdad de las mujeres respecto de los hombres. Definición que el artículo 6.7 de la Ley 15/2022 amplía al hacerla aplicable a todas las personas con atributo protegido por la legislación antidiscriminación: “Se consideran acciones positivas las diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social. Tales medidas serán aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican y habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan”.

La acción positiva debe ser temporal, razonable y proporcionada (artículo 6.3 de la Ley 15/2022), a fin de impedir que la diferencia de trato que involucra resulte discriminatoria.¹³²¹

Tratándose de personas con discapacidad, enfermedad o condición de salud, la acción positiva puede ser obligatoria o voluntaria para el empresario. La acción positiva obligatoria puede establecerse en la legislación. Así, el artículo 42.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013 regula la

¹³²⁰ CABEZA Y VIQUEIRA (2023), p. 177.

¹³²¹ CABEZA Y VIQUEIRA (2023), p. 177.

acción positiva obligatoria en forma de cuotas de empleo reservadas a personas con discapacidad, al señalar:

“Artículo 42. Cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad.

1. Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que, de entre ellos, al menos el 2% sean trabajadores con discapacidad. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores con discapacidad que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal.

De manera excepcional, las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83. 2 y 3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente”.

La acción positiva voluntaria, sea para personas con discapacidad, enfermedad u otra condición de salud, puede ser establecida por la empresa a través de la negociación colectiva (artículo 43 de la LOIEMH y artículo 10.2 de la Ley 15/2022), en el contexto de los planes de igualdad (artículos 45 a 47 de la LOIEMH), y a través de las acciones de responsabilidad social (artículos 73 a 75 de la LOIEMH y artículo 33.2 de la Ley 15/2022).¹³²²

El problema que se plantea es cómo acreditar que la persona tiene alguno de los atributos protegidos por la acción positiva relacionados con la discapacidad, enfermedad u otra condición

¹³²² CABEZA Y VIQUEIRA (2023), p. 178.

de salud. La legislación solamente regula la forma de establecer la discapacidad, en cambio, no señala la forma de comprobar los otros atributos relacionados con la salud.

La discapacidad puede establecerse de dos formas: reconocimiento de la discapacidad por concesión de grado de incapacidad permanente en la seguridad social y reconocimiento de discapacidad por el órgano competente de la comunidad autónoma.¹³²³ En cuanto a la primera forma, el Real Decreto Legislativo 1/2013 establece en su artículo 4.2 la equiparación del incapacitado permanente laboral a un discapacitado en un grado mínimo del 33%, haciendo abstracción del grado de discapacidad atribuible en virtud del sistema de valoración de la discapacidad establecido con carácter general. Esta equiparación es automática y no requiere ninguna otra exigencia, por lo que es de aplicación inmediata.¹³²⁴ En cuanto a la forma de acreditar la incapacidad laboral permanente, necesaria para la asimilación, el artículo 4 en su apartado 3 del Real Decreto Legislativo 1/2013 dispone que “se realizará por el órgano competente en los términos desarrollados reglamentariamente”. Esto se efectúa por el Real Decreto 1414/2006, que fija los criterios para la acreditación de la incapacidad, distinguiendo según el grado de incapacidad: (a) igual al 33% o (b) superior al 33%.

En la primera situación, esto es, cuando la incapacidad laboral permanente es igual al 33%, se acreditará por Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social, que reconoce la condición de pensionado por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez o, en su caso, por Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda o del Ministerio de Defensa que reconozca una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. En la segunda situación, cuando la incapacidad permanente es superior al 33%, el Real Decreto 1414/2006 no contempla la acreditación mediante resolución administrativa que declare la incapacidad permanente en alguno de los grados; solo permite acreditarla mediante resolución o certificado expedido por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) u órgano competente de la comunidad autónoma respectiva. Por lo tanto, los incapacitados del régimen de seguridad social superior al 33% deben solicitar al órgano competente de la

¹³²³ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2015), pp. 122 y ss.

¹³²⁴ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2015), p. 121.

comunidad autónoma o del IMSERSO el certificado que acredite el grado de incapacidad,¹³²⁵ lo que se regula en el Real Decreto 888/2022.

La segunda forma de reconocimiento de la discapacidad se regula en el Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, que establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. Su artículo 5 encomienda a los órganos competentes de las comunidades o, en el caso de las ciudades de Ceuta y Melilla, al IMSERSO, el reconocimiento y revisión del grado de discapacidad. Ahora bien, los equipos multiprofesionales realizan la calificación y reconocimiento del grado de discapacidad, lo que requiere el sometimiento de la persona con discapacidad a reconocimientos médicos (artículo 7). La autoridad competente emitirá la tarjeta acreditativa del grado de discapacidad que será válida en todo el territorio del Estado, cuyo formato será común y con un contenido mínimo determinado por el artículo 11 del Real Decreto 888/2022.

Tratándose de otros atributos que sustenten la acción positiva para los que no existe normativa que determine la forma de acreditarlos, los reconocimientos médicos pueden ser relevantes para comprobar atributos de condición de salud, enfermedad o embarazo, respecto de los cuales la acción positiva estuviera reconocida. Es así que, en la acción positiva voluntaria, el empleador, en virtud de su poder de dirección o a través de la negociación colectiva, podrá establecer los reconocimientos médicos como forma de acreditar atributos respecto de los que se establece la acción positiva, cuando constituya un medio idóneo, necesario y proporcional.

6. Función de los reconocimientos médicos en el control de la ausencia del trabajo por salud

Los reconocimientos médicos se consideran, igualmente, una herramienta del poder de control empresarial, que persiguen fiscalizar, controlar que la ausencia del trabajo por razones de salud sea realmente por la condición de salud que se invoca y que impide la asistencia al trabajo. En Estados Unidos y España existen normas expresas que permiten al empresario requerir a los trabajadores con ausencia temporal del trabajo por salud someterse a reconocimientos médicos, para verificar la condición de salud invocada como justificante de la ausencia del trabajo; en

¹³²⁵ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2015), p. 124.

cambio, en Australia no existe norma expresa, aunque se reconoce al empleador similar función de control sobre la salud del trabajador ante su ausencia del trabajo por problemas de salud.

6.1. Función de los reconocimientos médicos en el control de la ausencia del trabajo por salud en Australia

En Australia, los trabajadores, con excepción de los que tienen la categoría de casuales, tienen derecho a diez días de permiso por enfermedad pagados para ausentarse del trabajo, por cada año de servicio;¹³²⁶ esto ocurre en dos situaciones: “(a) porque el trabajador no está apto para el trabajo debido a una enfermedad o lesión personal del trabajador, o (b) para proporcionar apoyo a un miembro de la familia inmediata del trabajador, o a un miembro del hogar del trabajador, quien requiere cuidado o apoyo debido a: (i) una enfermedad o lesión personal que afecta al miembro familiar, o (ii) una emergencia inesperada que afecta a un miembro de la familia”.¹³²⁷ Se trata de un permiso por problemas de salud de origen común, que no comprende las enfermedades y lesiones ocupacionales, las cuales se rigen por la legislación de compensación laboral.¹³²⁸ No existe límite para permisos no pagados por enfermedad común; además, la autonomía de la voluntad podría otorgar permisos pagados por enfermedad común por un período mayor al que contempla la legislación laboral australiana, que es un derecho mínimo legal.¹³²⁹

El trabajador debe acreditar ante el empleador mediante evidencia que satisfaría a una persona razonable la condición de salud que justifica su ausencia por razones médicas, sin perjuicio de que el empleador pueda exigir una evidencia médica específica, generalmente certificación médica emitida por un facultativo médico.¹³³⁰

Por otra parte, no existe una regulación específica sobre la posibilidad de que el empleador pueda exigir reconocimientos médicos para controlar el permiso de ausencia del trabajo por razones de salud de origen común. Sin embargo, ante la amplia discrecionalidad que tiene el empleador de

¹³²⁶ Fair Work Act 2009 (Cth), s. 95.

¹³²⁷ Fair Work Act 2009 (Cth), s. 97.

¹³²⁸ STEWART *et al.* (2016), p. 490.

¹³²⁹ STEWART *et al.* (2016), p. 490.

¹³³⁰ Fair Work Act 2009 (Cth), s. 107(3).

requerir a los trabajadores reconocimientos médicos, se admiten para verificar que el trabajador efectivamente tiene problemas de salud que impiden su asistencia al trabajo, en particular cuando el trabajador no ha presentado un certificado médico con suficiente información sobre la condición médica que impide el trabajo y el período de ausencia.

6.2. Función de los reconocimientos médicos en el control de la ausencia del trabajo por salud en Estados Unidos

En Estados Unidos, la Family and Medical Leave Act (FMLA)¹³³¹ reconoce a los trabajadores una licencia o permiso no pagado en ciertas condiciones, incluyendo condiciones de salud, y permite al empleador requerir al trabajador que solicita un permiso FMLA presentar un certificado médico.¹³³² El Departamento del Trabajo modificó las reglas que gobiernan esta certificación médica, las que comenzaron a regir el 16 de enero de 2009.¹³³³ En conformidad con dichas reglas, un empleador puede requerir al trabajador una certificación médica completa y suficiente, emitida por un proveedor de atención médica, como condición para garantizar un permiso médico o familiar, ya que determinan cuándo la certificación es incompleta o insuficiente: “Una certificación es considerada incompleta si el empleador recibe una certificación, pero una o más casillas no ha sido completada. Una certificación es considerada insuficiente si el empleador recibe una certificación completa, pero la información proporcionada es vaga, ambigua o no suficiente”.¹³³⁴ Agrega el Departamento del Trabajo que “es responsabilidad del trabajador, o bien proporcionar una certificación completa y suficiente, o bien presentar al proveedor de atención médica la certificación con la autorización del trabajador o del miembro de la familia del trabajador, con el propósito de que el proveedor de atención médica envíe una certificación completa y suficiente al empleador para justificar la solicitud FMLA del trabajador. Esta disposición se aplicará en cualquier caso en que un empleador requiera una certificación permitida por estas regulaciones, sea la certificación inicial, una recertificación, segunda o tercera opinión, o un certificado de aptitud para el trabajo,

¹³³¹ 29 U.S.C. §§ 2601-2619.

¹³³² 29 U.S.C. § 2613.

¹³³³ 29 C.F.R. § pt. 825.

¹³³⁴ 29 C.F.R. § pt. 825.305(c).

incluyendo las clarificaciones necesarias para determinar si dichas certificaciones son auténticas y suficientes”.¹³³⁵

La regulación del Departamento del Trabajo estadounidense determina el contenido exacto del certificado médico completo y suficiente que debe presentar el trabajador al empleador para solicitar un permiso de salud FMLA, incluyendo “un relato o descripción adecuados de las circunstancias médicas sobre la condición de salud del paciente por la cual se requiere el permiso FMLA. Los hechos médicos deben ser suficientes para justificar la necesidad del permiso. Entre los hechos médicos podrían incluirse información sobre síntomas, diagnóstico, hospitalización, visitas del médico, medicación prescrita, si la hubiera, cualquier remisión para evaluación o tratamiento (terapia física, por ejemplo), o cualquier otro régimen de continuidad de tratamiento [...]”.¹³³⁶ Si el trabajador presenta un certificado completo y suficiente en los términos que exige la regulación del Departamento del Trabajo, el empleador no podría requerir información adicional de parte del proveedor de la atención médica,¹³³⁷ pero sí podría contactarlo con el propósito de “clarificación y autenticación” de la certificación médica; en otras palabras, para cerciorarse de que la información en la certificación fue completada o autorizada por el proveedor de la atención médica (autenticación), o para entender la escritura a mano en la certificación (clarificación), pero no puede requerir información adicional.¹³³⁸

Asimismo, se contempla la posibilidad de que el empleador requiera al trabajador que ha presentado un certificado médico por permiso de salud FMLA someterse a un segundo y tercer examen médico, bajo ciertas circunstancias.¹³³⁹ La segunda examinación médica, conocida como “segunda opinión”, sucede cuando el empleador “tiene razones para dudar de la validez de una certificación médica”, por lo que puede “requerir al trabajador que obtenga una segunda opinión a expensas del empleador”.¹³⁴⁰ Al empleador se le permite designar al proveedor de atención médica de la segunda opinión, pero quien es seleccionado no puede ser trabajador dependiente

¹³³⁵ 29 C.F.R. § pt. 825.305(d).

¹³³⁶ 29 C.F.R. § 825.306(a)(3).

¹³³⁷ FINKIN (2018), pp. 1-31.

¹³³⁸ 29 C.F.R. § 825.307(a).

¹³³⁹ FINKIN (2018), pp. 1-31.

¹³⁴⁰ 29 C.F.R. § 825.307(b).

del empleador.¹³⁴¹ Una tercera examinación médica tiene lugar si las opiniones de los proveedores de la atención médica elegidos por el trabajador (primera opinión) y por el empleador (segunda opinión) difieren. En ese caso, el empleador puede requerir al trabajador la obtención de una certificación de un tercer proveedor médico, a expensas del empleador, tercera opinión que será la final y vinculante; el tercer proveedor de atención médica será designado conjuntamente por el empleador y el trabajador.¹³⁴²

La regulación sobre la FMLA del Departamento del Trabajo también contempla la posibilidad de exigir recertificaciones médicas por permiso médico debido a una condición de salud seria del propio trabajador o de un miembro de su familia, y distingue recertificación cada 30 días, a más de 30 días o a menos de 30 días. La regla general es que el empleador puede solicitar la recertificación médica con una frecuencia no menor a 30 días y solo en relación con la condición de salud que justifica la ausencia del trabajo.¹³⁴³ Si la certificación médica indica que la duración mínima de la condición médica es mayor a 30 días, el empleador debe esperar hasta que la duración mínima expire para requerir una recertificación.¹³⁴⁴ Por ejemplo, si la certificación médica indica que un trabajador no podrá trabajar, de forma continua o intermitente, por 40 días, el empleador debe esperar los 40 días para solicitar una recertificación. En cualquier caso, el empleador podría requerir una recertificación de una condición médica cada seis meses en conexión con la condición médica que provoca la ausencia del trabajador.¹³⁴⁵ Finalmente, un empleador puede solicitar certificación en menos de 30 días en las siguientes situaciones: (1) El trabajador solicita una extensión del permiso médico; (2) Las circunstancias descritas en las certificaciones médicas previas han cambiado significativamente (por ejemplo, la duración o frecuencia de la ausencia, la naturaleza o severidad de la enfermedad, complicaciones médicas); (3) El empleador recibe información que genera dudas sobre las razones médicas informadas para la ausencia del trabajador o sobre la continuidad de la validez de la certificación médica.¹³⁴⁶

¹³⁴¹ 29 C.F.R. § 825.307(b).

¹³⁴² 29 C.F.R. § 825.307(c).

¹³⁴³ 29 C.F.R. § 825.308(a).

¹³⁴⁴ 29 C.F.R. § 825.308(b).

¹³⁴⁵ 29 C.F.R. § 825.308(b).

¹³⁴⁶ 29 C.F.R. § 825.308(c).

En conclusión, la regla general es que bajo la normativa de la FMLA el empleador no puede requerir al trabajador que solicita permiso por razones médicas para ausentarse del trabajo someterse a un reconocimiento médico, aunque sí exigirle un certificado médico completo y suficiente emitido por el facultativo médico que lo atendió. Sin embargo, existen diversas situaciones en que el empresario puede exigir al trabajador someterse a reconocimientos médicos cuando solicita un permiso por razones médicas para ausentarse del trabajo, bajo la forma de segunda o tercera opinión y bajo la forma de recertificación. Todos estos requerimientos persiguen garantizar que el permiso por razones médicas realmente guarde correspondencia con la condición de salud del trabajador y evitar así un uso indebido o fraudulento del permiso por problemas de salud.¹³⁴⁷

6.3. Función de los reconocimientos médicos en el control de la ausencia del trabajo por salud en España

El artículo 20.4 del ET establece el poder del empresario de “verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico”; la negativa del trabajador a someterse a dichos reconocimientos médicos puede comportar “la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones”. La finalidad del precepto en cuestión es proteger el interés empresarial, al permitir el control del absentismo laboral por razones médicas, ya sean ausencias por incapacidad temporal u otro tipo de absentismo médico, para evitar o detectar el fraude con ocasión de la suspensión del contrato de trabajo por razones médicas.¹³⁴⁸

El principal supuesto de hecho para la procedencia de los reconocimientos médicos de control se configura desde el momento en que el trabajador comunica al empleador que no asiste a trabajar invocando motivos de salud y durante todo el tiempo de ausencia por razones médicas.¹³⁴⁹ No basta con la mera ausencia del trabajo, pero tampoco se requiere que el

¹³⁴⁷ Para un análisis más profundo de estos reconocimientos médicos véase FINKIN (2018), pp. 1-30 a 1-38.

¹³⁴⁸ GALA (1999), pp. 603 y ss.; MARTÍNEZ (2002), p. 350; JOVER (2005), p. 50; RODRÍGUEZ (2006), p. 101; MONTOYA (2011), p. 175; RODRÍGUEZ (2013), p. 139; ARETA (2020), pp. 11-12; CRESPI (2023), p. 221.

¹³⁴⁹ CRESPI (2023), p. 221.

trabajador presente justificación fehaciente de los motivos de la ausencia.¹³⁵⁰ Asimismo, tiene lugar el reconocimiento médico en cuestión cuando el trabajador se niega a reincorporarse a su trabajo tras el alta médica por incapacidad, por considerar que su salud todavía no se lo permite, con el propósito de verificar su estado de salud.¹³⁵¹

Los reconocimientos médicos del artículo 20.4 del ET se configuran de esta forma como un mecanismo de control continuado de la salud del trabajador durante el tiempo de ausencia del trabajo por razones médicas, que puede activarse en cualquier momento durante ese período.¹³⁵² Durante la ausencia por salud puede exigirse al trabajador que se someta a varios reconocimientos médicos, como lo demuestra la expresión plural “reconocimientos”, en particular para evitar la indebida prolongación de una ausencia por salud que se hubiera considerado inicialmente lícita.¹³⁵³ La repetición de los reconocimientos médicos, en todo caso, debe realizarse con una periodicidad razonable para que no resulte abusiva con el trabajador.¹³⁵⁴

El objeto de los reconocimientos médicos del artículo 20.4 del ET es la verificación del estado de salud invocado por el trabajador para justificar su ausencia al trabajo.¹³⁵⁵ Igualmente, considerando la finalidad de la norma, se admite que el reconocimiento médico evalúe también la compatibilidad de la salud del trabajador con el trabajo que desarrolla habitualmente,¹³⁵⁶ y determine, de ser posible, si el trabajador cumple con su obligación de seguir el tratamiento médico prescrito a fin de procurar una pronta recuperación de su capacidad laboral.¹³⁵⁷ Reconocimientos médicos que proceden, inclusive, cuando el estado de salud que provoca la ausencia al trabajo ha sido verificado por otro médico, ya que la norma no distingue al respecto.¹³⁵⁸ Por el contrario, estos reconocimientos médicos no están destinados a cumplir una

¹³⁵⁰ STS, 25 de enero de 2018, Rec. N° 249/2016.

¹³⁵¹ CRESPI (2023), p. 221.

¹³⁵² CRESPI (2023), p. 221.

¹³⁵³ CRESPI (2023), p. 221.

¹³⁵⁴ STSJ País Vasco, 24 de enero de 1994, Rec. N° 2319/1993; CRESPI (2023), p. 222.

¹³⁵⁵ CRESPI (2023), p. 230.

¹³⁵⁶ TOROLLO (2005), p. 109; CRESPI (2023), p. 230.

¹³⁵⁷ CRESPI (2023), p. 230.

¹³⁵⁸ CRESPI (2023), p. 238. En cambio, otro sector de la doctrina sostiene que no proceden los reconocimientos médicos del artículo 20.4 del ET cuando el estado de salud ya ha sido verificado por un médico, por lo que la segunda verificación de la empresa no se justificaría. Los reconocimientos médicos del artículo 20.4 del ET solamente se aceptan cuando la salud del trabajador no hubiera sido verificada anteriormente. Cfr.: ROMERO (2000), p. 126; DEL VALLE (1992), p. 179.

función asistencial ni a realizar una revisión general de la actuación sanitaria del facultativo de la sanidad pública o de la mutua que ha prestado asistencia sanitaria al trabajador, detectando la condición de salud invocada para ausentarse del trabajo.¹³⁵⁹

El contenido de los reconocimientos médicos del artículo 20.4 del ET es determinado por el empleador en conformidad con su poder de dirección, aunque debe ser proporcional a los propósitos que persigue la norma. Esta discrecionalidad ha sido reconocida por el Tribunal Supremo, al disponer que, sin perjuicio de que estos reconocimientos médicos deben respetar los derechos fundamentales de los trabajadores, “corresponde al empresario establecer la metodología que considere más adecuada” en su realización.¹³⁶⁰

La negativa del trabajador ausente del trabajo por razones médicas a someterse a los reconocimientos médicos que el empleador le requiera tiene como consecuencia “la suspensión” de los derechos económicos de cargo del empresario durante el tiempo que dure la negativa.¹³⁶¹ Lo que se ha discutido en doctrina y jurisprudencia es qué prestaciones quedan comprendidas dentro de los “derechos económicos” a los que se está refiriendo el artículo 20.4 del ET. En primer lugar, están comprendidas las mejoras voluntarias del empresario a la prestación de incapacidad temporal. En segundo lugar, también se considera incluida la cuantía salarial correspondiente a un reposo retribuido, al tratarse de un derecho económico vinculado a las faltas de asistencia al trabajo por motivos de salud.¹³⁶²

Más discutible es si se comprende el pago por parte del empresario al trabajador del subsidio por incapacidad temporal por contingencias comunes desde el cuarto al decimoquinto día de baja, que se coloca expresamente “a cargo del empresario” en virtud del artículo 173.1, párrafo segundo, de la LGSS.¹³⁶³ Este punto se discute. Un sector de la doctrina considera que forma parte de los derechos económicos del artículo 20.4 del ET, al ser de cargo del empleador durante la ausencia por condición de salud común;¹³⁶⁴ en cambio, otro sector niega esta posibilidad por

¹³⁵⁹ MARTÍNEZ (2002), pp. 359-360; CRESPI (2023), p. 230.

¹³⁶⁰ STS, 25 de enero de 2018, Rec. N° 249/2016.

¹³⁶¹ ARETA (2020), p. 12; CRESPI (2023), p. 233.

¹³⁶² CRESPI (2023), p. 233.

¹³⁶³ ARETA (2020), p. 12.

¹³⁶⁴ JOVER (2005), p. 168; RODRÍGUEZ (2011), p. 193; CRESPI (2023), p. 234.

dos razones: (1) conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 1994, el pago de la prestación por incapacidad temporal a cargo del empresario privado no afecta su naturaleza de prestación pública de la seguridad social;¹³⁶⁵ (2) la negativa del trabajador a someterse a los reconocimientos médicos del artículo 20.4 del ET no se prevé como causa de suspensión de la prestación del artículo 175 de la LGSS.¹³⁶⁶ Al parecer la primera posición se impone en la jurisprudencia, al haber reconocido el Tribunal Supremo la posibilidad de que los empresarios suspendan la prestación económica por incapacidad temporal.¹³⁶⁷ Inclusive, la sentencia del Tribunal Constitucional citada por la posición doctrinaria contraria reconoce que el carácter público del sistema de seguridad social no queda afectado por incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad, admitiendo que la seguridad social no impide que pueda verse afectada por mecanismos de control privado del ausentismo, como los reconocimientos médicos del artículo 20.4 del ET y las consecuencias jurídicas de la negativa del trabajador de someterse a ellos.¹³⁶⁸

El artículo 20.4 del ET solo contempla como consecuencia jurídica la “suspensión de derechos económicos”, no admite otro tipo de consecuencia jurídica, como las sanciones disciplinarias, las cuales son improcedentes ante la negativa del trabajador a someterse a los reconocimientos médicos del artículo 20.4 del ET, según un sector de la jurisprudencia¹³⁶⁹ y de la doctrina española.¹³⁷⁰ Sin embargo, existe jurisprudencia¹³⁷¹ y doctrina contraria,¹³⁷² que admiten la procedencia de sanciones disciplinarias ante la negativa del trabajador de someterse a los reconocimientos médicos en cuestión.

¹³⁶⁵ STC, 20 de febrero de 1994, Rec. N° 342/1993.

¹³⁶⁶ GALA (1999), p. 36; SALA (2005), p. 95;

¹³⁶⁷ STS, 23 de diciembre de 1997, Rec. N° 949/1997; STS, 16 de mayo de 2000, Rec. N° 3517/1999; STC, 30 de abril de 2001, Rec. N° 4534/1999; STS, 11 de abril de 2001, Rec. N° 3143/2000; STS, 14 de junio de 2002, Rec. N° 654/2001.

¹³⁶⁸ CRESPI (2023), pp. 234-235.

¹³⁶⁹ STSJ Cataluña, 21 de marzo de 2000, Rec. N° 896/1998; STSJ Aragón, 15 de febrero de 2006, Rec. N° 6/2006; CRESPI (2023), p. 235.

¹³⁷⁰ SALA Y TARABINI-CASTELLANI (2018), p. 401; CRESPI (2023), p. 237.

¹³⁷¹ STS País Vasco, 24 de enero de 1994, Rec. N° 2319/1993; STJ Cataluña, 28 de junio de 2018, Rec. N° 1694/2018.

¹³⁷² JOVER (2005), p. 169; MARTÍNEZ (2002), p. 363.

7. Función de los reconocimientos médicos en los programas de bienestar para trabajadores

Numerosas empresas a través de programas o planes de bienestar ofrecen a sus trabajadores y, en ocasiones, también a sus familiares, diversos beneficios dirigidos a mejorar su salud, los cuales pueden comprender reconocimientos médicos. Así, el término “programa de bienestar” comprende un amplio conjunto de iniciativas del empleador, directamente o por medio de compañías de seguros, que persiguen mejorar la salud de los trabajadores y usuarios de pólizas de seguros.¹³⁷³ Los planes o programas de bienestar incluyen una variada gama de beneficios, desde descuentos o membresías gratuitas en gimnasios hasta reducciones en las primas de seguros por perder peso o por el logro de otros objetivos de salud.¹³⁷⁴ De esta forma, los reconocimientos médicos pueden constituir parte de los planes de bienestar, para conocer la condición de salud del trabajador con el propósito de lograr los fines del programa de bienestar.¹³⁷⁵

Los planes de bienestar en salud tienen mayor importancia en países donde la salud no es cubierta por el Estado o es parcialmente cubierta por el Estado, y su costo es asumido principalmente por los privados, como es el caso de Estados Unidos. En cambio, tienen menor importancia en países donde el Estado garantiza servicios de salud a todos los ciudadanos, en cuyo caso los planes de bienestar empresarial vienen a ofrecer mejores servicios en salud para los trabajadores.

¹³⁷³ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2013); ZABAWA Y EICKHOFF-SHEMEK (2021), p. xxxvi.

¹³⁷⁴ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2013); ZABAWA Y EICKHOFF-SHEMEK (2021), p. xxxvi.

¹³⁷⁵ Es el caso de Estados Unidos, véase BLUE (2014), p. 370: “No existe ningún estudio o informe que defina a qué se parece el plan de bienestar ‘promedio’. Sin embargo, el uso de encuestas exhaustivas de la salud de los trabajadores denominadas ‘Evaluaciones de Riesgos de la Salud’ (HRA) parece ser una característica común en muchos de ellos. El contenido de las HRA varía, pero tienden a incluir preguntas que cubren el estado médico del trabajador, como la presencia o ausencia de enfermedades cardíacas, antecedentes de tabaquismo, etc., y lecturas biométricas actuales, como presión arterial, colesterol, índice de masa corporal, etc. La información recopilada por la HRA es luego utilizada por los administradores del plan para alertar a los participantes sobre los riesgos para la salud y guiar a los usuarios en programas de bienestar específicos (que pueden tener incentivos adjuntos o no)”.

7.1. Función de los reconocimientos médicos en los programas de bienestar para trabajadores en Australia

En Australia los programas de salud y bienestar son intervenciones diseñadas y establecidas por los empleadores, esencialmente con el propósito de mejorar las opciones de estilo de vida y la salud de los trabajadores, como forma de prevenir enfermedades crónicas y promover el bienestar.¹³⁷⁶ Además, podrían evaluar y mejorar las prácticas organizacionales y ambientales en el lugar de trabajo para mejorar la seguridad y salud ocupacional.¹³⁷⁷

El contenido de los programas de salud y bienestar en el lugar de trabajo puede ser amplio y variado e incluir programas de estilo de vida, que pueden comprender, entre otros aspectos: perder peso y prevenir la obesidad; reducir el consumo de cigarrillos o dejar de fumar, de consumir alcohol y drogas; brindar asistencia para gestionar problemas de salud personales; proporcionar reconocimientos médicos y evaluaciones de riesgos, por ejemplo, peso, niveles de glucosa en la sangre, presión arterial y colesterol.¹³⁷⁸ Además, pueden abarcar programas de cultura organizacional, que se centran en cómo se organiza el trabajo y su relación con la salud psicológica de los trabajadores.¹³⁷⁹ También, pueden comprender programas de salud, seguridad y salud ocupacional, que apuntan a la seguridad en general en el lugar de trabajo, incluyendo el espacio físico en que se desarrolla el trabajo.¹³⁸⁰

Los programas de salud y bienestar son voluntarios para ambas partes de la relación laboral, lo que incluye los reconocimientos médicos establecidos en beneficio del trabajador. No existe una regulación que limite o establezca reglas básicas para el adecuado diseño de dichos programas, solamente hay guías para establecer e implementar programas de salud y bienestar, algunas de ellas de instituciones públicas, que no son de obligatoria observancia para el empleador.¹³⁸¹

¹³⁷⁶ AUSTRALIAN GOVERNMENT COMCARE (2010), p. 8; SPENCE (2015), pp. 110-111.

¹³⁷⁷ AUSTRALIAN GOVERNMENT COMCARE (2010), p. 8; SPENCE (2015), pp. 110-111.

¹³⁷⁸ AUSTRALIAN GOVERNMENT COMCARE (2010), p. 10; SPENCE (2015), p. 111.

¹³⁷⁹ AUSTRALIAN GOVERNMENT COMCARE (2010), p. 10.

¹³⁸⁰ AUSTRALIAN GOVERNMENT COMCARE (2010), p. 11.

¹³⁸¹ Para un resumen de guías para planificar, diseñar e implementar programas de salud y bienestar en el lugar de trabajo, véase: AUSTRALIAN GOVERNMENT COMCARE (2010), pp. 44 y ss.

7.2. Función de los reconocimientos médicos en los programas de bienestar para trabajadores en Estados Unidos

En Estados Unidos los reconocimientos médicos constituyen parte esencial de estos programas, cuyo propósito principal es promover el bienestar, mejorar la salud y prevenir problemas de salud en los trabajadores.¹³⁸² Esto, a su vez, incide en menores costos en los beneficios de salud que el empleador otorga a sus trabajadores, como seguros de salud, menores costos para el Estado, mayor productividad, menos absentismo, menos licencias médicas.¹³⁸³ Se estima que más de sesenta millones de trabajadores norteamericanos del sector público y privado están cubiertos por programas de bienestar.¹³⁸⁴

Gran parte de la arquitectura legal y la terminología que clasifica los programas de bienestar proviene de la Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA) modificada por la Affordable Care Act (ACA)¹³⁸⁵ y de la regulación que implementa esas leyes,¹³⁸⁶ sin perjuicio de que también la ADA¹³⁸⁷ y la Genetic Information Nondiscrimination Act (GINA)¹³⁸⁸ contienen disposiciones que regulan aspectos de los planes de bienestar en el lugar de trabajo.

Según la regulación de la HIPAA/ACA, los programas de bienestar en el lugar de trabajo se presentan en dos modalidades básicas: programas de bienestar participativos y programas de bienestar contingentes a la salud, la ley impone una regulación distinta a cada modalidad.¹³⁸⁹ Los programas de bienestar participativos proporcionan algunos incentivos u oportunidades para participar en una actividad que el empleador considera saludable.¹³⁹⁰ A modo de ejemplo, podrían mencionarse descuentos en la membresía en un gimnasio, participación gratuita en un programa para dejar de fumar, incentivos para someterse a exámenes de salud, educación en hábitos saludables.¹³⁹¹

¹³⁸² BAGENSTOS (2017), p. 81; STRASSLE Y BERKMAN (2019-2020), p.1666.

¹³⁸³ BAGENSTOS (2017), pp. 81-82; WOLFE (2018), p.1104; STRASSLE Y BERKMAN (2019-2020), p.1666.

¹³⁸⁴ STRASSLE Y BERKMAN (2019-2020), p.1666; ZABAWA Y EICKHOFF-SHEMEK (2021), pp. 56-57.

¹³⁸⁵ 42 U.S.C. § 300gg-4(j).

¹³⁸⁶ 26 C.F.R. § 54.9802-1.

¹³⁸⁷ 42 U.S.C. § 12112(d)(4)(B).

¹³⁸⁸ 42 U.S.C. § 2000ff-1(b)(2) (Supp. IV).

¹³⁸⁹ ZABAWA Y EICKHOFF-SHEMEK (2021), pp. 60-61.

¹³⁹⁰ 26 C.F.R. § 54.9802-1(f)(1)(ii).

¹³⁹¹ 26 C.F.R. § 54.9802-1(f)(1)(ii).

Los programas de bienestar contingentes a la salud condicionan los incentivos para el trabajador al logro de algún factor relacionado con la salud.¹³⁹² El factor puede ser la finalización de una actividad relacionada con la salud, como un programa de ejercicio físico o para dejar de fumar, que la legislación llama plan de bienestar “basado en actividades”, o bien el logro de un resultado de salud, como perder peso o dejar de fumar, que la legislación llama plan de bienestar “basado en resultados”.¹³⁹³

La legislación federal contiene diversas limitaciones a los programas de bienestar con el propósito de evitar la discriminación de los trabajadores y proteger su privacidad.

La HIPAA/ACA influye en los programas de bienestar a través de disposiciones que prohíben la discriminación.¹³⁹⁴ La HIPAA prohíbe discriminar en los planes grupales de salud y seguros grupales de salud sobre la base de factores de salud, tales como la discapacidad, condición de salud, información genética, historia médica, reclamos de experiencia en elegibilidad de inscripción y contribuciones a primas.¹³⁹⁵ En otros términos, una entidad cubierta por la HIPAA/ACA no puede exigir a una persona A pagar una prima más alta que una persona B en similar situación, simplemente porque la persona A tiene una discapacidad o condición médica.¹³⁹⁶

Sin embargo, la HIPAA igualmente establece que la prohibición de discriminación no debe ser entendida en términos de que “impide a un plan grupal de salud establecer descuentos en la prima, o reembolsos, o modificar los deducibles o copagos aplicables en retorno por la adherencia a los programas de promoción de la salud o de prevención de enfermedades”.¹³⁹⁷ El Departamento del Trabajo, que aplica las disposiciones de no discriminación de la HIPAA, ha interpretado esta excepción en el sentido de que permite la operación de programas que cambian los beneficios, primas o contribuciones en los planes de salud, basado en la participación en un

¹³⁹² 26 C.F.R. § 54.9802-1(f)(1)(iii).

¹³⁹³ 26 C.F.R. § 54.9802-1(f)(1)(iv)-(v).

¹³⁹⁴ 26 U.S.C. § 9802 (2006); 78 Fed. Reg. 33158, sobre Incentivos para Programas de Bienestar no discriminatorios en Planes Grupales de Salud.

¹³⁹⁵ 26 U.S.C. § 9802(a)-(b); 78 Fed. Reg. 33158, sobre Incentivos para Programas de Bienestar no discriminatorios en Planes Grupales de Salud.

¹³⁹⁶ BLUE (2014), p. 372.

¹³⁹⁷ 26 U.S.C. § 9802 (b)(2)(B).

programa de bienestar, en la medida que cumplan ciertos requisitos.¹³⁹⁸ Estos requerimientos varían en función de si la recompensa depende del logro de un resultado de salud o no.¹³⁹⁹

Los programas de bienestar de participación, que ofrecen recompensas simplemente por participar en el programa, son aceptados en la medida que se ofrezcan a todos los individuos en similar situación.¹⁴⁰⁰ Por ejemplo, se considera lícito un plan que otorga certificado de regalo a los trabajadores que participan en un programa de exámenes médicos de diagnóstico, pero no condiciona ninguna recompensa o beneficio adicional a los resultados del examen, siempre que se ofrezca a todos los trabajadores en similar situación.¹⁴⁰¹

Los programas de bienestar contingentes a la salud, que sujetan una recompensa al logro de un estándar relacionado con un dato de la salud, deben satisfacer cinco factores para cumplir las exigencias no discriminatorias de la HIPPA:¹⁴⁰² (1) el plan debe dar a “las personas elegibles para el programa [...] la oportunidad de calificar para la recompensa al menos una vez por año”;¹⁴⁰³ (2) el tamaño de la recompensa ofrecida no debe “exceder el porcentaje aplicable [...] del costo total de cobertura solamente para trabajadores bajo el plan”;¹⁴⁰⁴ (3) la recompensa debe estar disponible para todos los individuos en similar situación; (4) el programa debe ser “diseñado razonablemente para promover la salud o prevenir enfermedades”;¹⁴⁰⁵ (5) finalmente, los materiales del plan deben informar a los participantes qué medios alternativos para lograr la recompensa están disponibles.¹⁴⁰⁶

¹³⁹⁸ 78 Fed. Reg. 33159, sobre Incentivos para Programas de Bienestar no discriminatorios en Planes Grupales de Salud.

¹³⁹⁹ 78 Fed. Reg. 33159, sobre Incentivos para Programas de Bienestar no discriminatorios en Planes Grupales de Salud.

¹⁴⁰⁰ 78 Fed. Reg. 33161, sobre Incentivos para Programas de Bienestar no discriminatorios en Planes Grupales de Salud.

¹⁴⁰¹ 78 Fed. Reg. 33161, sobre Incentivos para Programas de Bienestar no discriminatorios en Planes Grupales de Salud.

¹⁴⁰² 78 Fed. Reg. 33162, sobre Incentivos para Programas de Bienestar no discriminatorios en Planes Grupales de Salud.

¹⁴⁰³ 78 Fed. Reg. 33162, sobre Incentivos para Programas de Bienestar no discriminatorios en Planes Grupales de Salud.

¹⁴⁰⁴ 78 Fed. Reg. 33163, sobre Incentivos para Programas de Bienestar no discriminatorios en Planes Grupales de Salud.

¹⁴⁰⁵ 78 Fed. Reg. 33162, sobre Incentivos para Programas de Bienestar no discriminatorios en Planes Grupales de Salud.

¹⁴⁰⁶ 78 Fed. Reg. 33163, sobre Incentivos para Programas de Bienestar no discriminatorios en Planes Grupales de Salud.

La ACA impacta directamente sobre uno de esos factores: el tope del tamaño de la recompensa permitida que el plan puede ofrecer. El tope es del 30% y otorga a las secretarías de Servicios Humanos y de la Salud, del Trabajo y del Tesoro la discreción de incrementarlo hasta el 50% del total del costo de la cobertura, si estiman que ese incremento es apropiado.¹⁴⁰⁷ En 2013 las secretarías utilizaron su facultad e incrementaron el máximo de la recompensa: 50% para programas para dejar de fumar y 30% para todos los otros programas de bienestar.¹⁴⁰⁸

La ADA también contiene una disposición que se refiere a los reconocimientos médicos, permitiéndolos cuando se ofrecen voluntariamente a los trabajadores como parte de un programa de bienestar.¹⁴⁰⁹ Textualmente, permite a las entidades cubiertas –entre ellas, los empleadores con quince o más trabajadores– “realizar exámenes médicos voluntarios, incluyendo historiales médicos voluntarios, que son parte de un programa de salud para los trabajadores disponible en el trabajo”.¹⁴¹⁰ Interpretando este precepto, la EEOC sostiene que un programa de bienestar es voluntario si el trabajador no es obligado a someterse a reconocimientos médicos que son parte del programa de salud o bienestar del empleador, ni recibe sanción alguna por negarse a someterse a un examen médico.¹⁴¹¹

La GINA permite acceder a información genética de trabajadores bajo un programa de bienestar en la medida que se cumplan los siguientes requisitos copulativos, de lo contrario, se incurre en discriminación genética: (1) “los servicios de salud o genéticos son ofrecidos por el empleador, incluyendo los servicios ofrecidos como parte de un programa de bienestar”; (2) “el trabajador proporciona autorización previa, consciente, voluntaria y por escrito”; (3) “solamente el trabajador [...] y un profesional de la salud autorizado o el asesor genético certificado involucrado en prestar dichos servicios reciben la información de identificación individual sobre los resultados de dichos servicios”, y (4) “la información genética individual identificable proporcionada [...] solo está disponible para los fines de dichos servicios y no deberá ser

¹⁴⁰⁷ 42 U.S.C.A. § 300gg-4(j)(3)(A).

¹⁴⁰⁸ 78 Fed. Reg. 33159, sobre Incentivos para Programas de Bienestar no discriminatorios en Planes Grupales de Salud.

¹⁴⁰⁹ BLUE (2014), p. 376.

¹⁴¹⁰ 42 U.S.C. § 12112(d)(4)(B).

¹⁴¹¹ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2000).

revelada al empleador, excepto en términos agregados que no revelan la identidad de trabajador específico”.¹⁴¹²

Junto con otros requisitos, la GINA establece claramente que una entidad cubierta no puede exigir a un trabajador proporcionar información genética o penalizarlo por negarse a brindarla.¹⁴¹³

El alcance de la voluntariedad de los programas de bienestar ha sido ampliamente discutido en la doctrina y en la jurisprudencia.¹⁴¹⁴ En 2016, la EEOC modificó su regulación sobre la ADA y la GINA con el propósito de revisar la definición de “voluntario” en los programas de bienestar.¹⁴¹⁵

Antes de esta modificación, los programas de bienestar con evaluaciones de la salud no podían penalizar financieramente al trabajador, ni ofrecer incentivos.¹⁴¹⁶ Sin embargo, la nueva regulación extendió el límite porcentual de 30% de incentivo de la ACA, considerándolo un criterio razonablemente diseñado para todos los programas con reconocimientos médicos.¹⁴¹⁷ De esta forma, el incentivo máximo empresarial permitido por participar en un programa de bienestar que comprende preguntas relacionadas con la salud o exámenes médicos, y para un programa contingente con la salud, que requiere a los participantes cumplir con un estándar relacionado con un factor de la salud, no puede exceder el 30% del costo total de la cobertura.¹⁴¹⁸ Como resultado, los trabajadores podrían asumir hasta el 30% del costo de la cobertura única de los seguros de salud por rechazar someterse a reconocimientos médicos ofrecidos a través de un programa de bienestar o, en otros términos, el empleador solamente podría cubrir el 70% de la prima de salud, mientras que el resto del porcentaje de la prima, hasta el 30%, al tener que ser asumida por el trabajador, podría ser descontada de las remuneraciones para ser enterada a la compañía de seguros a fin de cubrir el total de la prima de salud.¹⁴¹⁹ En cambio, quien participa

¹⁴¹² 42 U.S.C. § 2000ff-1(b)(2) (Supp. IV).

¹⁴¹³ 29 C.F.R. § 1635.8(b)(2)(ii); BLUE (2014), p. 377.

¹⁴¹⁴ Véanse en doctrina: BAGENSTOS (2017), pp. 86-99; WOLFE (2018), pp. 1105-1132; STRASSLE Y BERKMAN (2019-2020), pp. 1683-1717.

¹⁴¹⁵ 29 C.F.R. §§ 1635.9, 1630.14.

¹⁴¹⁶ Véanse las Regulaciones bajo la Americans with Disabilities Act, 81 Fed. Reg. at 31,130.

¹⁴¹⁷ 29 C.F.R. § 1630.14(d)(3).

¹⁴¹⁸ 29 C.F.R. § 1630.14(d)(3).

¹⁴¹⁹ WOLFE (2018), pp. 1106-1107; STRASSLE Y BERKMAN (2019-2020), p. 1685.

en el programa de bienestar podría obtener una cobertura del 30% de la prima del costo del seguro de salud por su participación en dicho programa y el resto, por un beneficio otorgado a todos los trabajadores o a un grupo de trabajadores, o pactado vía individual o colectiva, sin requerir actividad alguna del trabajador.¹⁴²⁰ Para defender su cambio de postura, la EEOC sostuvo que los incentivos o penalidades dentro del umbral del 30% no serían “tan sustanciales para ser coercitivos”.¹⁴²¹

En el año 2017, la Corte Distrital del Distrito de Columbia dejó sin efecto el tope del 30% del incentivo de la cobertura de salud, porque la EEOC no otorgó suficiente justificación de que dicho porcentaje garantiza la voluntariedad de los trabajadores para participar en programas de bienestar.¹⁴²² Por lo tanto, actualmente no existe regulación de la EEOC que precise cuándo un programa de bienestar es voluntario, y si puede establecer incentivos para trabajadores que participan en dicho programa o no.¹⁴²³ La incertidumbre se acrecienta si se considera que en la jurisprudencia no hay una opinión unánime sobre el alcance de la exigencia de la voluntariedad, sino dos posiciones contradictorias.¹⁴²⁴

Una jurisprudencia ha sostenido que un programa de bienestar es voluntario si otorga incentivos a los trabajadores que participan en él.¹⁴²⁵ En *EEOC v. Orion Energy Systems, Inc.*, los hechos que originaron el juicio fueron la evitación de unos recargos en dólares para los trabajadores que no fumaran y fueran al gimnasio, además de no pagar los trabajadores la prima del seguro si se sometían a reconocimientos médicos.¹⁴²⁶ Por el contrario, los trabajadores que no participaban en los reconocimientos médicos voluntarios debían pagar la prima mensual completa de su seguro de salud.¹⁴²⁷ La corte distrital sostuvo que la voluntariedad de los programas de bienestar no impedía incentivos considerables por participar, pues “inclusive un incentivo significativo no es más que un incentivo; no es una obligación. La iniciativa de bienestar de Orion es voluntaria,

¹⁴²⁰ WOLFE (2018), pp. 1106-1107; STRASSLE Y BERKMAN (2019-2020), p. 1685.

¹⁴²¹ Véanse las Regulaciones bajo la Americans with Disabilities Act, 81 Fed. Reg. at 31,130.

¹⁴²² *AARP v. EEOC*, 292 F. Supp. 3d 238, 244-45 (D.D.C. 2017).

¹⁴²³ STRASSLE Y BERKMAN (2019-2020), p. 1686.

¹⁴²⁴ Para un análisis de las posiciones en la jurisprudencia, véase: STRASSLE Y BERKMAN (2019-2020), pp. 1686-1689.

¹⁴²⁵ STRASSLE Y BERKMAN (2019-2020), pp. 1686-1687.

¹⁴²⁶ *EEOC v. Orion Energy Systems, Inc.* 208 F. Supp. 3d 989, 992, 1000-1001 (E.D. Wis. 2016).

¹⁴²⁷ *EEOC v. Orion Energy Systems, Inc.* 208 F. Supp. 3d 989, 992 (E.D. Wis. 2016).

en el sentido de que es opcional”.¹⁴²⁸ Según el tribunal, un trabajador bajo el programa de Orion podía tomar decisiones voluntarias, a pesar de tener que analizar otras consideraciones, como que “una elección podría ser difícil, pero es una elección de todas formas”.¹⁴²⁹ Cierta legislación estatal sigue este criterio, por ejemplo, la ley de seguros de Nueva York que, al definir el programa de bienestar, permite otorgar incentivos o premios a quienes participen en él.¹⁴³⁰

Por el contrario, otra jurisprudencia sostiene que un programa de bienestar para ser voluntario no debe penalizar a los trabajadores que no participan ni ofrecer incentivos a quienes participan.¹⁴³¹ En *AARP v. EEOC*, la AARP, que es una asociación que representa a los trabajadores, interpuso una demanda impugnando la regulación de la EEOC que admitía que era lícito establecer incentivos de hasta el 30% en el costo de primas de seguros de salud.¹⁴³² La corte sostuvo que la EEOC no proporcionó información, estudios o análisis concretos que demostraran que el 30% del costo como incentivo es un umbral para garantizar la voluntariedad en la participación en los programas de bienestar, además de considerar que su regulación no daba respuesta a preocupaciones legales y de otra naturaleza.¹⁴³³ Como resultado, la corte consideró que los trabajadores “podrían ser presionados por sus empleadores para que revelaran información médica privada mientras la regulación actual siga vigente”.¹⁴³⁴ De esta forma, la posición de la corte fue que un incentivo podría volver obligatorios los programas de bienestar y que la EEOC debe, por lo tanto, defender afirmativamente la voluntariedad de su tope de incentivo particular.¹⁴³⁵

La doctrina estadounidense, por su parte, parece inclinarse por la tesis de que el establecimiento de incentivos coacciona la voluntad de los trabajadores para participar en el programa pues les permitirá incrementar sus ingresos, beneficios que no obtendrán si no participan en el programa

¹⁴²⁸ *EEOC v. Orion Energy Systems, Inc.* 208 F. Supp. 3d 989, 992, 1000-1001 (E.D. Wis. 2016).

¹⁴²⁹ *EEOC v. Orion Energy Systems, Inc.* 208 F. Supp. 3d 989, 1000-1001 (E.D. Wis. 2016).

¹⁴³⁰ NEW YORK CONSOLIDATED LAWS, INSURANCE LAW - ISC § 3239(a): “[...] ‘Un programa de bienestar’ es un programa diseñado para promover la salud y prevenir enfermedades, que puede contener premios e incentivos por participación. La participación en el programa de bienestar deberá estar disponible para los integrantes del grupo que se encuentran en situación similar y deberá ser voluntaria por parte del miembro”.

¹⁴³¹ STRASSLE Y BERKMAN (2019-2020), pp. 1687-1689.

¹⁴³² *AARP v. EEOC* 292 F. Supp. 3d 238 (D.D.C. 2017).

¹⁴³³ *AARP v. EEOC* 292 F. Supp. 3d 238, 243 (D.D.C. 2017).

¹⁴³⁴ *AARP v. EEOC* 292 F. Supp. 3d 238, 244 (D.D.C. 2017).

¹⁴³⁵ STRASSLE Y BERKMAN (2019-2020), p. 1688.

de bienestar; esta coerción es mayor si el salario del trabajador es bajo, lo que provoca una mayor necesidad de participar en el programa para incrementar sus ingresos y satisfacer sus necesidades y las de su familia, muchas veces básicas.¹⁴³⁶ Por ello, la doctrina defiende la ausencia de incentivos empresariales por participar, y de sanciones por no participar, en los programas de bienestar, regla que, en su opinión, garantiza plenamente la participación voluntaria de los trabajadores.¹⁴³⁷

7.3. Función de los reconocimientos médicos en los programas de bienestar para trabajadores en España

En España no existe una regulación de los reconocimientos médicos voluntarios que formen parte de programas de bienestar empresarial, con el propósito de mejorar la salud común, aunque no existe norma que los prohíba. Ahora bien, estos reconocimientos deben ser voluntarios, esto es, el trabajador puede aceptarlos o no, sin sufrir consecuencias perjudiciales si los rechaza. No existe norma que permita su obligatoriedad, la que solo se contempla respecto de reconocimientos médicos específicos vinculados esencialmente con la vigilancia de la salud y la aptitud psicofísica inherente al trabajo. Ahora bien, los reconocimientos médicos como parte de programas de bienestar no tienen mayor relevancia en España, puesto que la atención médica por dolencias de origen común está garantizada por el sistema de seguridad social; no se requiere la intervención del empleador para contribuir a financiar la atención de salud, a diferencia de lo que ocurre en sistemas en que el Estado no garantiza la atención médica gratuita universal, como en Estados Unidos, donde el empleador sí tiene un papel relevante al otorgar beneficios médicos a los trabajadores.

Es posible que en la negociación colectiva se regulen reconocimientos médicos voluntarios de mejora de la salud general u ordinaria. Así, algunos convenios colectivos incluyen pruebas médicas voluntarias específicas para mujeres, tales como revisiones ginecológicas, mamografías, con cierta periodicidad.¹⁴³⁸ Igualmente, pero de forma más excepcional, se incluyen en ciertos convenios colectivos revisiones urológicas para los trabajadores y el

¹⁴³⁶ BAGENSTOS (2017), pp. 89-91; WOLFE (2018), pp. 1109-1118.

¹⁴³⁷ BAGENSTOS (2017), pp. 89-91; WOLFE (2018), pp. 1109-1118.

¹⁴³⁸ TUDELA Y VALDEOLIVAS (2009), p. 296.

diagnóstico precoz del tumor del colon para hombres y mujeres mayores de 40 años.¹⁴³⁹ No se trata de reconocimientos médicos expresión de la vigilancia de la salud, puesto que realmente no son respuestas a un riesgo laboral, sino más bien reconocimientos médicos generales y ordinarios, muchos de los cuales ya están cubiertos por el sistema de salud público, pero que la empresa facilita de forma mejorada.¹⁴⁴⁰ También pertenecen a esta categoría las compañías de medicina preventiva contra el tabaquismo, la gripe o similares.¹⁴⁴¹

Un requisito esencial para la legitimidad de los reconocimientos de programas de bienestar es que el trabajador preste su consentimiento informado, esto es, que se le informe debidamente acerca del examen médico que se le ofrece y la finalidad de sus resultados; de lo contrario, puede existir afectación de la intimidad.¹⁴⁴²

II. Finalidades ilegítimas de los reconocimientos médicos. Límites

No está permitida la utilización de los reconocimientos médicos y sus resultados para fines distintos a los autorizados por la legislación, ya que sus fines constituyen los límites para su aplicación. De esta forma, los reconocimientos médicos con fines no permitidos, además de ser ilegales, podrían conllevar la vulneración de derechos del candidato o trabajador, especialmente del derecho a la no discriminación y a la intimidad.

Es en la legislación española donde los trabajadores gozan de mayor protección en el empleo, pues los derechos de no discriminación e intimidad constituyen un límite a los fines de los reconocimientos médicos. En cambio, en Estados Unidos y Australia, el derecho a la no discriminación es el principal límite a los fines de los reconocimientos médicos y, en menor medida, la intimidad o privacidad.

1. Discriminación en el empleo. Generalidades

Ni los reconocimientos médicos ni sus resultados pueden emplearse con fines discriminatorios. Esto ocurrirá cuando se utilizan para propósitos distintos a los permitidos por la legislación, y

¹⁴³⁹ TUDELA Y VALDEOLIVAS (2009), p. 296.

¹⁴⁴⁰ TUDELA Y VALDEOLIVAS (2009), p. 297.

¹⁴⁴¹ TUDELA Y VALDEOLIVAS (2009), p. 297.

¹⁴⁴² STC 196/2004, de 15 de noviembre.

resulta afectado un candidato o trabajador que tiene o se le atribuye una discapacidad, enfermedad u otra condición de salud, debido a alguno de estos atributos, en la medida que estén reconocidos como tales por la legislación antidiscriminación. Excepcionalmente, la discriminación podría ser por sexo con ocasión de los fines con que se utilizan los reconocimientos médicos, por ejemplo, cuando se exigen reconocimientos físicos que cumplen las exigencias de los reconocimientos médicos que producen una discriminación indirecta en perjuicio de la mujer.

La discriminación que puede tener lugar producto de la utilización de los reconocimientos médicos con fines ilegítimos, esto es, contrarios a los permitidos por la legislación, es la discriminación directa, la discriminación indirecta y la discriminación por incumplimiento del deber de ajuste razonable, sea basada en la discapacidad, en enfermedad u otra condición de salud cuando es un atributo independiente de la discapacidad, y en menor medida por sexo. Por otra parte, la discriminación podrá ocurrir en los reconocimientos médicos previos al empleo, excluyendo ilegítimamente a un candidato con un atributo protegido del empleo, o bien durante la vigencia del contrato de trabajo, provocando la extinción del contrato de trabajo o la negativa a un beneficio o ascenso producto del atributo protegido.

2. Discriminación por discapacidad en el empleo

Las legislaciones domésticas examinadas prohíben la discriminación por discapacidad en el empleo, tanto la discriminación directa e indirecta como la discriminación por incumplimiento del deber de ajuste razonable, las que pueden tener lugar no solo por aplicación de los reconocimientos médicos sino también por su utilización para fines que no permite la legislación doméstica.

2.1. Discriminación por discapacidad en el empleo en Australia

La prohibición de discriminación por discapacidad en el empleo se encuentra tanto en la legislación federal como en la legislación antidiscriminación estatal, por lo que el empleador debe respetar tal prohibición al requerir reconocimientos médicos.

Se examinarán por separado la discriminación directa, la discriminación indirecta y la discriminación por incumplimiento del deber de ajuste razonable y la forma en que se configuran cuando se utilizan los reconocimientos médicos para fines no permitidos por la legislación.

2.1.1. *Discriminación directa por discapacidad en el empleo en Australia*

La discriminación directa por discapacidad se define de manera diferente según la legislación en que se regula y existen dos modelos de discriminación directa. Tradicionalmente la legislación australiana ha definido la discriminación directa como tratamiento menos desfavorable de la persona con atributo protegido que un comparador en igual o en similares circunstancias que no son materialmente diferentes debido al atributo protegido, en este caso, la discapacidad (modelo comparador).¹⁴⁴³

Sigue este modelo la DDA, que es la ley federal sobre antidiscriminación por discapacidad, al definir la discriminación directa: “Para los fines de esta ley, una persona (el discriminador) discrimina a otra persona (la persona agraviada) sobre la base de una discapacidad de la persona agraviada si, debido a la discapacidad, el discriminador trata, o se propone tratar, a la persona agraviada menos favorablemente de lo que el discriminador trataría a una persona sin discapacidad en circunstancias que no son materialmente diferentes”.¹⁴⁴⁴ Similares disposiciones se encuentran en la mayoría de las legislaciones antidiscriminación estatales; se destacan las secciones 7 de la Anti-Discrimination Act 1977 (NSW), 10 de la Anti-Discrimination Act 1991 (Qld), 6(3) de la Equal Opportunity Act 1984 (SA), 14(2) de la Anti-Discrimination Act 1998 (Tas) y 8 de la Equal Opportunity Act 1984 (WA), que se aplican a todos los atributos protegidos por la legislación antidiscriminación, incluyendo la discapacidad.¹⁴⁴⁵

Bajo la discriminación directa que adopta el modelo comparador, el demandante debe probar tres elementos: (a) que tiene una discapacidad o que se le atribuye una; (b) haber sido tratado menos favorablemente que un comparador, y (c) que este tratamiento se debe al atributo que posee, a la discapacidad.¹⁴⁴⁶

¹⁴⁴³ GAZE Y SMITH (2017), p. 108; REES *et al.* (2018), pp. 92-93.

¹⁴⁴⁴ Disability Discrimination Act 1992 (Cth), s. 5(1).

¹⁴⁴⁵ REES *et al.* (2018), pp. 92-93.

¹⁴⁴⁶ GAZE Y SMITH (2017), p. 108; REES *et al.* (2018), pp. 92-93.

La legislación antidiscriminación australiana ha adoptado el modelo social de discapacidad antes que el médico.¹⁴⁴⁷ Según el modelo social, la discapacidad es el resultado de la incapacidad de una persona que opera en un ambiente que fracasa para apoyar las capacidades de una persona con discapacidad, lo que permite adoptar una definición amplia de discapacidad.¹⁴⁴⁸ La definición de discapacidad de la DDA es bastante amplia, considerándose inclusiva antes que cerrada. Incluye la pérdida de funciones corporales o mentales, o de parte del cuerpo, de órganos que causan o podrían causar en el futuro una enfermedad, mal funcionamiento, malformaciones o desfiguraciones de partes del cuerpo, discapacidad de aprendizaje y enfermedades mentales o condiciones que resultan en un comportamiento perturbado.¹⁴⁴⁹ Una discapacidad incluye un comportamiento que es un síntoma o manifestación de la discapacidad.¹⁴⁵⁰ Inclusive la definición comprende no solo la actual discapacidad, sino también cualquier discapacidad que haya existido en el pasado o que podría existir en el futuro, incluyendo la predisposición genética o una discapacidad imputada que no tiene la persona.¹⁴⁵¹ La protección también se extiende a los sujetos asociados con una persona con discapacidad, entre los que se incluyen los cónyuges, compañeros genuinos de hogar, parientes, cuidadores o personas con una relación de negocio, deportiva o recreacional con la persona con discapacidad.¹⁴⁵² Del mismo modo, las legislaciones estatales siguen un concepto amplio de discapacidad similar al de la DDA, con diferencias menores.¹⁴⁵³

En cuanto al elemento del tratamiento menos favorable que el comparador, el demandante debe probar que el comparador no tiene el atributo protegido del demandante, esto es, que no es discapacitado, pero que está en la misma situación o en situaciones que no son materialmente diferentes.¹⁴⁵⁴ Este elemento requiere que el demandante haya experimentado una situación

¹⁴⁴⁷ GAZE Y SMITH (2017), p. 99.

¹⁴⁴⁸ GAZE Y SMITH (2017), p. 99.

¹⁴⁴⁹ Disability Discrimination Act 1992 (Cth), s. 4(1).

¹⁴⁵⁰ Disability Discrimination Act 1992 (Cth), s. 4(1); *Purvis v. New South Wales* (2003) 217 CLR 92.

¹⁴⁵¹ Disability Discrimination Act 1992 (Cth), s. 4(1).

¹⁴⁵² Disability Discrimination Act 1992 (Cth), ss. 4(1) y 7.

¹⁴⁵³ Discrimination Act 1991 (ACT), ss. 5AA, 7(2); Anti-Discrimination Act 1977 (NSW), ss. 4, 49A; Anti-Discrimination Act 1991 (Qld), s. 4; Equal Opportunity Act 1984 (SA), s. 5; Anti-Discrimination Act 1998 (Tas), s. 5; Equal Opportunity Act 1984 (WA), s. 4; Equal Opportunity Act 2010 (Vic), s. 4; Anti-Discrimination Act 1992 (NT), s. 4.

¹⁴⁵⁴ GAZE Y SMITH (2017), p. 109; REES *et al.* (2018), pp. 95-103.

adversa, un detrimento, no simplemente una diferencia, por ejemplo, haber sido rechazado de una postulación al trabajo o término del contrato de trabajo.¹⁴⁵⁵ La situación igual o similar puede ser actual o hipotética.¹⁴⁵⁶

El último elemento de la discriminación directa del modelo comparador consiste en que el demandante debe probar que el atributo fue, al menos, una de las razones para el tratamiento menos favorable.¹⁴⁵⁷ Constituye la razón de la conducta discriminatoria, para lo cual deben considerarse todas las circunstancias que la rodean.¹⁴⁵⁸ Este requisito no se debe confundir con la intención o el motivo de la conducta, el cual –se ha señalado– no debe ser probado,¹⁴⁵⁹ ya que no forma parte de la discriminación, lo que, inclusive, cierta legislación señala expresamente.¹⁴⁶⁰

Otro modelo de discriminación directa es el del tratamiento desfavorable, adoptado por la legislación en Victoria y Australian Capital Territory, que no requiere prueba de un tratamiento diferente en relación con una persona en igual o similar situación sin discapacidad, por lo tanto, no exige el uso del elemento comparador.¹⁴⁶¹ La discriminación directa se define en Australian Capital Territory del siguiente modo: “Una persona discrimina directamente a alguien más si la persona trata o persigue tratar a otra persona desfavorablemente porque la otra persona tiene uno o más atributos protegidos”.¹⁴⁶² De manera similar, en Victoria se conceptualiza de la siguiente manera: “La discriminación directa ocurre si una persona trata, o se propone tratar, desfavorablemente a otra persona con un atributo, debido a ese atributo”.¹⁴⁶³

2.1.1.1. *Discriminación directa por discapacidad en el empleo en los reconocimientos médicos previos al empleo*

Como los reconocimientos médicos previo al empleo se admiten ampliamente en Australia, sobre todo con el propósito de determinar si el candidato es apto para desempeñar las tareas que

¹⁴⁵⁵ GAZE Y SMITH (2017), p. 109.

¹⁴⁵⁶ GAZE Y SMITH (2017), p. 110; REES *et al.* (2018), p. 95.

¹⁴⁵⁷ GAZE Y SMITH (2017), p. 114.

¹⁴⁵⁸ GAZE Y SMITH (2017), p. 115.

¹⁴⁵⁹ *Purvis v. New South Wales* (2003) 217 CLR 92, [236]; GAZE Y SMITH (2017), p. 115; REES *et al.* (2018), pp. 93-94.

¹⁴⁶⁰ Por ejemplo, Equal Opportunity Act 2010 (Vic), s. 10.

¹⁴⁶¹ GAZE Y SMITH (2017), p. 108; REES *et al.* (2018), p. 129.

¹⁴⁶² Discrimination Act 1991 (ACT), s. 8(2).

¹⁴⁶³ Equal Opportunity Act 2010 (Vic), s. 8(1).

involucra el cargo al cual se postula sin riesgo para su propia seguridad y salud ni la de terceros,¹⁴⁶⁴ existen riesgos de discriminación directa por discapacidad. En la etapa precontractual, la discriminación directa se configura mayoritariamente, como lo demuestra la jurisprudencia, cuando el trabajador tiene una discapacidad o se le atribuye una discapacidad que no le impide cumplir las funciones inherentes al cargo sin riesgo para la seguridad y salud del postulante y de terceros, sin o con ajuste razonable que no es una carga injustificada para el empleador.¹⁴⁶⁵ En otros términos, la discriminación directa por discapacidad tendrá lugar cuando el postulante es médicamente apto para el trabajo, con o sin ajuste razonable, y es excluido del empleo. Esto ocurrirá si el postulante demandante acredita los elementos de la discriminación directa y el empleador no demuestra mediante evidencia médica que el postulante no cumple los requisitos psicofísicos inherentes al trabajo necesarios para desempeñar el trabajo sin riesgo para la seguridad y salud propia y de terceros.¹⁴⁶⁶

En *Zraika v. Commissioner of Police*, el tribunal antidiscriminación de New South Wales resolvió una demanda de discriminación basada en la negativa de contratar al señor Zraika como miembro de la fuerza de Policía por no pasar una prueba ocular estandarizada.¹⁴⁶⁷ El tribunal concluyó que la Policía incurrió en discriminación directa por discapacidad, puesto que no pudo demostrar en el juicio que el postulante realmente no cumplía con la condición de salud vinculada a la vista, que es un requisito inherente al cargo de policía –lo que, de haberse acreditado, permitía rechazar la discriminación–,¹⁴⁶⁸ por las siguientes razones: (1) la Policía no realizó una evaluación médica individualizada del señor Zraika, quien, en cambio, sí fue capaz de proporcionar evidencia médica respecto de que sus problemas de visión no afectaban el desempeño del trabajo como policía;¹⁴⁶⁹ (2) la Policía no pudo demostrar que el test ocular particular utilizado permitiera examinar las condiciones de salud que necesitaban ser

¹⁴⁶⁴ GUTHRIE Y WESTAWAY (2009), pp. 811-812.

¹⁴⁶⁵ Para un resumen de la jurisprudencia véanse: SHOLZ (1998), pp. 47-55; GUTHRIE Y WESTAWAY (2009), pp. 811-820; FOSTER (2016), pp. 581-601; AUSTRALIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION (2016), pp. 177-194; VICTORIAN EQUAL OPPORTUNITY & HUMAN RIGHTS COMMISSION (2019), pp. 41-43.

¹⁴⁶⁶ FOSTER (2016), pp. 584-585.

¹⁴⁶⁷ *Zraika v. Commissioner of Police, NSW Police* [2004] NSWADT 67.

¹⁴⁶⁸ *Zraika v. Commissioner of Police, NSW Police* [2004] NSWADT 67; FOSTER (2016), p. 585. En el mismo sentido: *Davies v. State of Victoria* [2000] VCAT 819.

¹⁴⁶⁹ *Zraika v. Commissioner of Police, NSW Police* [2004] NSWADT 67, [72]-[73].

consideradas para determinar si el señor Zraika podía ejecutar sus deberes en forma segura;¹⁴⁷⁰; (3) la Policía no tuvo en cuenta que, aun si el señor Zraika no podía trabajar en términos seguros, podría haberlo hecho mediante la provisión de facilidades o servicios que no le imponían a la Policía una carga injustificada.¹⁴⁷¹

Otro caso que comprueba que los resultados médicos no siempre demuestran que el postulante no puede desempeñar las funciones inherentes al trabajo debido a una discapacidad es *Tarr v. Torrens Transit Services (North) Pty Ltd*, en el cual el tribunal concluyó que reprobado un examen médico de aptitud de la espalda no debería haber descalificado a un postulante a conductor de autobús para conseguir el trabajo.¹⁴⁷² Al demandante le señalaron que no podía realizar el trabajo porque había reprobado un examen de aptitud de la espalda como parte de los exámenes médicos previo al empleo. El tribunal concluyó que los resultados médicos no demostraron que el trabajador no pudiera conducir el autobús, sino más bien la presencia de factores de riesgos que no impedían al candidato desempeñar el trabajo de conducción de forma segura.¹⁴⁷³

Existen diversos casos en que el empleador ha invocado que la condición psicofísica del postulante es un riesgo para su propia salud o seguridad o de terceros, y que por ello no se lo contrata, si bien los resultados de los exámenes médicos previos al empleo no permiten fundar objetivamente esta decisión, pues no acreditan la incapacidad del candidato para ejecutar las funciones esenciales del trabajo de forma segura. En *Willis v. State Rail Authority (NSW) (Nº 2)*, el postulante fue excluido del trabajo como mecánico automotriz debido a una regla inflexible de la empresa de desestimar a aquellos postulantes con una pérdida de la audición mayor al 75%; la State Rail Authority alegó que esto se justificaba en el cumplimiento de la obligación de seguridad establecida en la legislación.¹⁴⁷⁴ El tribunal dio por acreditada la discriminación directa por discapacidad, puesto que la empresa no probó que el postulante estuviera en mayor

¹⁴⁷⁰ *Zraika v. Commissioner of Police, NSW Police* [2004] NSWADT 67, [74]-[80].

¹⁴⁷¹ *Zraika v. Commissioner of Police, NSW Police* [2004] NSWADT 67, [81]-[86].

¹⁴⁷² *Tarr v. Torrens Transit Services (North) Pty Ltd* [2008] SAEOT 12.

¹⁴⁷³ *Tarr v. Torrens Transit Services (North) Pty Ltd* [2008] SAEOT 12. En el mismo sentido: *Gehrig v. McArthur River Mining Pty Ltd* (1997) EOC 92-872, donde se consideró que la negativa a contratar a un postulante por una enfermedad ocupacional, a partir de un examen médico que detectó una lesión en la espalda, fue discriminatoria, puesto que los resultados médicos no arrojaron que el postulante fuera incapaz de cumplir el trabajo, sino más bien una mayor propensión a sufrir mayores lesiones en la espalda.

¹⁴⁷⁴ *Willis v. State Rail Authority (NSW) (Nº 2)* (1992) EOC 92-455.

peligro que otros; además otros trabajadores tenían problemas de audición similares a los del postulante y habían desempeñado el trabajo de mecánico automotriz satisfactoriamente por muchos años; por otra parte, la evidencia técnica demostró que con cierto tipo de audífonos el problema de la exposición al ruido podía resolverse.¹⁴⁷⁵

Para fundar su decisión de excluir a un postulante del empleo por salud, fundado en razones de seguridad o incapacidad para realizar las funciones inherentes, el empleador debe establecer un estrecho vínculo entre la condición médica y la realización de manera segura de un requerimiento inherente, con base en evidencia médica objetiva que realmente demuestre la incapacidad para desempeñar el trabajo de forma segura.¹⁴⁷⁶ En *Gordon v. Commonwealth*, la evaluación médica de un empleador concluyó que un postulante al trabajo no era capaz de conducir de forma segura; como conducir era un requerimiento inherente del trabajo, el empleador revocó su oferta de empleo.¹⁴⁷⁷ El tribunal concluyó que la condición médica del postulante podría haberse remediado en el término de dos meses, y como conducir un vehículo dentro de las dos primeras semanas del empleo no era un requerimiento inherente del trabajo, el Commonwealth no podía fundarse en la defensa del requerimiento inherente para discriminar al postulante.¹⁴⁷⁸

De modo similar, en *Butcher v. Commissioner of Police, New South Wales*, los reconocimientos médicos demostraron que el señor Butcher sufría de diabetes, condición que en un momento no manejó adecuadamente. Así, uno de los médicos de la Policía determinó que una persona con diabetes no era apta para ocupar un cargo de policía, por el riesgo para su salud y la de terceros, ya que, en su concepto, no cumplía con un requisito inherente de la posición.¹⁴⁷⁹ Sin embargo, el tribunal consideró que la exclusión del empleo era discriminatoria por discapacidad, porque el señor Butcher demostró que reunía la condición de salud que era requisito inherente a la posición de policía si podía manejar adecuadamente la diabetes, algo que probó en el juicio.¹⁴⁸⁰

¹⁴⁷⁵ *Willis v. State Rail Authority (NSW) (Nº 2)* (1992) EOC 92-455; FOSTER (2016), pp. 590-591.

¹⁴⁷⁶ HARPUR (2020), p. 176.

¹⁴⁷⁷ *Gordon v. Commonwealth* [2008] FCA 603.

¹⁴⁷⁸ *Gordon v. Commonwealth* [2008] FCA 603.

¹⁴⁷⁹ *Butcher v. Commissioner of Police, New South Wales* [2010] NSWADT 169.

¹⁴⁸⁰ *Butcher v. Commissioner of Police, New South Wales* [2010] NSWADT 169.

En *Vickers v. The Ambulance Service of NSW*, el demandante postuló a un trabajo como oficial de ambulancia en práctica con el Servicio de Ambulancia de New South Wales, que le solicitó que se sometiera a una evaluación médica previa al empleo. El examen reveló que tenía diabetes tipo 1 insulino dependiente, por lo que el médico que realizó la evaluación indicó que el postulante no era apto para la posición debido a su diabetes. El Servicio de Ambulancia se basó en esta evidencia médica para rechazar al demandante para el puesto, decisión que se consideró constitutiva de discriminación directa por discapacidad, al rechazarse una postulación al empleo basado en la diabetes, condición que no impedía realmente desempeñar el trabajo en términos seguros.¹⁴⁸¹ El Servicio de Ambulancia descansó su defensa en que la discriminación contra una persona que no puede cumplir los requisitos inherentes del trabajo no es ilegal. Esto fue rechazado por el tribunal, ya que no se había examinado la situación particular del demandante, quien nunca había tenido un evento hipoglucémico. El demandante pudo demostrar mediante evidencia médica que antes había podido controlar su diabetes durante el trabajo por turnos en el hospital, y fácilmente podía tomar medidas correctivas adecuadas si sus niveles de glucosa en la sangre se alteraban.¹⁴⁸² El tribunal concluyó que la evaluación médica a la que se sometió el postulante no permitió identificar un factor de riesgo en la diabetes, y agregó que el test médico previo al empleo necesita ser relacionado con el trabajo, determinando objetiva y específicamente si el postulante puede hacer en el trabajo de forma segura o no.¹⁴⁸³

Resulta importante para el empleador evaluar la discapacidad o la salud del candidato de forma individual y objetiva, antes que confiar en información estadística sobre la propensión a sufrir lesiones o estereotipos relacionados con la capacidad de una persona para trabajar.¹⁴⁸⁴ El rechazo general de un postulante basado en la divulgación de una condición médica particular, sin evidencia médica objetiva que demuestre que esa condición representa una incapacidad actual para realizar los requerimientos inherentes de la posición, generalmente será discriminatorio e ilegal.¹⁴⁸⁵ De lo que se sigue que, si la condición del postulante es diagnosticada erróneamente

¹⁴⁸¹ *Vickers v. The Ambulance Service of NSW* [2006] FMCA 1232.

¹⁴⁸² *Vickers v. The Ambulance Service of NSW* [2006] FMCA 1232.

¹⁴⁸³ VICTORIAN EQUAL OPPORTUNITY & HUMAN RIGHTS COMMISSION (2019), p. 42.

¹⁴⁸⁴ GUTHRIE Y WESTAWAY (2009), pp. 811-812.

¹⁴⁸⁵ *Abonyi v. Australian Postal Corp* [1997] 696 FCA (información sobre historial médico no vinculado al puesto de trabajo); *Holdaway v. Qantas Airways Ltd* (1992) EOC 92-395 (diabetes); *Barry v. Victoria* (1994) EOC 92-598 (enfermedad de Hodgkin).

y el empleador actúa a partir de esa información, usualmente el postulante será capaz de obtener un pronunciamiento favorable de discriminación directa por discapacidad.¹⁴⁸⁶

En consecuencia, para evitar riesgos de discriminación es básico que los empleadores deban acreditar la condición médica alegada con evaluaciones médicas objetivas, individualizadas y precisas; de lo contrario, podría configurarse una discriminación directa.¹⁴⁸⁷ En *Carman v. Torrens Transit Services (North) Pty Ltd*, se realizó una evaluación funcional en el postulante para examinar su aptitud física como parte del proceso de reclutamiento.¹⁴⁸⁸ La evaluación médica del empleador concluyó que el postulante no reunía los requerimientos físicos del trabajo, por lo que rechazó la postulación al empleo del candidato. Luego de este rechazo, el postulante al trabajo tuvo una evaluación médica completa realizada por su médico general. El médico general señaló que el postulante no había aprobado la evaluación funcional, pero eso no significaba que no fuera apto para el trabajo. Concluyó también que la evaluación funcional debió haber sido solo una etapa en el proceso para determinar si el postulante era capaz de cumplir sus deberes. La evaluación médica completa consideró que el postulante era capaz de realizar los requerimientos inherentes del trabajo de forma segura. El tribunal concluyó que la evaluación médica del empleador fracasó en determinar correctamente la capacidad física del postulante para realizar el trabajo de forma segura, y que fue excluido del empleo con infracción de la prohibición de discriminación directa con base en la discapacidad.¹⁴⁸⁹

2.1.1.2. *Discriminación directa por discapacidad en el empleo en los reconocimientos médicos durante la vigencia de la relación laboral*

Existe el riesgo de que los resultados de los reconocimientos médicos no proporcionen información vinculada con ninguno de los fines legítimos admitidos por la legislación. Esto es así si ofrecen una información completa sobre la salud del trabajador, pero sin atender qué condición psicofísica está relacionada con el trabajo, o bien si la información médica no permite

¹⁴⁸⁶ *Gordon v. Commonwealth* [2008] FCA 603 (diagnóstico erróneo de hipertensión que conduce a denegar el puesto).

¹⁴⁸⁷ HARPUR (2020), p. 176.

¹⁴⁸⁸ *Carman v. Torrens Transit Services (North) Pty Ltd* [2009] SAEOT 6. En el mismo sentido: *Gordon v. Commonwealth* [2008] FCA 603

¹⁴⁸⁹ *Carman v. Torrens Transit Services (North) Pty Ltd* [2009] SAEOT 6.

determinar la inaptitud para el trabajo, ni que la salud presenta un riesgo directo actual para la seguridad o salud, sino más bien riesgos de posible empeoramiento de la salud o riesgos futuros para la salud.¹⁴⁹⁰

El empleador puede cometer un acto de discriminación ilegal sobre la base de la información médica que no está relacionada con los fines legítimos de los reconocimientos médicos. Es muy probable que esto ocurra si el trabajador tiene una discapacidad, enfermedad latente o condición médica crónica, que no afectan su aptitud para ejecutar el trabajo de forma segura, pero que podrían ser percibidas como estigmatizantes, con trabajadores que pertenecen a estos grupos tratados como inferiores en comparación con otros trabajadores.¹⁴⁹¹ Por ejemplo, las condiciones de VIH/sida, que rara vez representan un peligro para el empleador, compañeros de trabajo o el público, pero que el empleador puede percibir como un riesgo, podrían originar una discriminación.¹⁴⁹² En *Schlipalius v. Petch*, un aprendiz de chef con bajo desempeño fue despedido después que comunicó al empleador haber dado positivo al VIH; el despido se consideró discriminatorio porque el trabajador fue tratado menos favorablemente que una aprendiz con bajo desempeño sin una discapacidad.¹⁴⁹³

Asimismo, los reconocimientos médicos de retorno al trabajo luego de ausencia por enfermedad o lesión podrían dar lugar a discriminación directa si efectúan un pronóstico de la salud antes que evaluar la aptitud para el trabajo, fundando una decisión perjudicial para el trabajador.¹⁴⁹⁴ En *Cargill Australia Ltd v. Higgison*, el señor Higgison era discapacitado a causa de una debilidad en su rodilla que le impedía realizar el total conjunto de deberes de su trabajo, por lo que el empleador le había impedido retornar al trabajo entre septiembre de 1998 y mayo de 1999.¹⁴⁹⁵ Después que fue reincorporado, el trabajador demandó a su empleador por pérdida de salarios basado en discriminación por discapacidad durante el tiempo que no pudo retomar su trabajo; el empleador reconoció que la medida fue adoptada por la discapacidad, pero fundado en la obligación de seguridad, por estar en riesgo la salud del trabajador. La empresa agregó que,

¹⁴⁹⁰ GUTHRIE Y WESTAWAY (2009), pp. 811-812.

¹⁴⁹¹ GUTHRIE Y WESTAWAY (2009), pp. 811-812; HARPUR (2020), p. 176.

¹⁴⁹² GUTHRIE Y WESTAWAY (2009), pp. 811-812.

¹⁴⁹³ *Schlipalius v. Petch* (1996) EOC 92-810.

¹⁴⁹⁴ GUTHRIE Y WESTAWAY (2009), p. 813.

¹⁴⁹⁵ *Cargill Australia Ltd v. Higgison* [2002] NSWADTAP 20.

aunque hubiese existido una posibilidad remota de que el señor Higgison hubiera podido sufrir una lesión mayor en caso de reincorporarse, en su situación esto solamente habría ocurrido si él se hubiese resbalado, lo cual nunca ocurrió previamente. El tribunal declaró que la suspensión de funciones fue discriminatoria por discapacidad, porque claramente la obligación de seguridad no obliga al empleador a rechazar emplear a alguien que es más susceptible a lesiones que otros; los empleadores no serán responsables por lesiones que son especulativas o cuando las posibilidades de que ocurran son remotas, y agregó que la evaluación de riesgos debe efectuarse considerando las circunstancias particulares del trabajador y no siguiendo una política de cobertura general.¹⁴⁹⁶

Por otra parte, también el término del contrato de trabajo basado en la discapacidad, sin que la información médica demuestre que no puede desempeñar las funciones inherentes al cargo, inclusive con ajuste razonable que no sea una carga injustificada para el empleador, puede dar lugar a una discriminación directa por discapacidad.¹⁴⁹⁷ En esta situación, el despido podría ser considerado discriminatorio cuando su razón o motivo es una conducta “vinculada intrínsecamente” a la discapacidad. En *Lynch v. Grafton Sawmilling*, un trabajador fue despedido porque había sufrido una lesión en la rodilla con ocasión del trabajo y estuvo “amenazando” a su empleador con que iba a realizar un reclamo por compensación laboral, acción que el empleador quiso impedir, pues le habría causado un incremento en la prima del seguro contra accidentes y lesiones ocupacionales.¹⁴⁹⁸ El tribunal concluyó que el despido constituía una discriminación directa por discapacidad, pues sin la lesión de la rodilla no habría existido intento de reclamo de compensación, lo que es una manifestación de la discapacidad y fue el motivo del despido; por lo tanto, es un despido discriminatorio por discapacidad.¹⁴⁹⁹

Enfermedades manifiestas que no impiden cumplir las funciones inherentes al trabajo de forma segura, con o sin ajustes razonables, no pueden fundar el despido por no tener aptitud psicofísica.¹⁵⁰⁰ En *Melvin v. Northside Community Service Incorp*, la trabajadora fue despedida

¹⁴⁹⁶ *Cargill Australia Ltd v. Higgison* [2002] NSWADTAP 20, [44], [46], [59]-[62].

¹⁴⁹⁷ FOSTER (2016), p. 600.

¹⁴⁹⁸ *Lynch v. Grafton Sawmilling* [2009] NSWADT 102.

¹⁴⁹⁹ *Lynch v. Grafton Sawmilling* [2009] NSWADT 102, [58].

¹⁵⁰⁰ HARPUR (2020), p. 176.

de su empleo como trabajadora de cuidado infantil debido a que, en concepto del empleador, su visión deficiente presentaba un riesgo para la seguridad de los niños a su cuidado.¹⁵⁰¹ El tribunal concluyó que la trabajadora fue capaz de cumplir los requerimientos inherentes de su empleo, no existiendo una evaluación médica individualizada que demostrara que la enfermedad relacionada con la vista constituía un riesgo directo para la seguridad de los niños.¹⁵⁰² De modo similar, en *Tanevski v. Fluor Australia Pty Ltd* un trabajador que se había desempeñado como supervisor de mantención de trenes por treinta y un años no podía leer el nuevo manual de seguridad y salud en el trabajo por un problema en la vista, y por ello el empleador lo despidió.¹⁵⁰³ El tribunal concluyó que el empleador podría haber utilizado a otro trabajador para que le leyera el manual al trabajador despedido y que podría haber requerido a otro trabajador que escribiera los reportes de trabajo por el trabajador despedido, pues con esa acomodación razonable el trabajador podía continuar desempeñando sus funciones de forma segura; por lo tanto, determinó que el despido fue discriminatorio.¹⁵⁰⁴

En *Dziurbas v. Mondelez Australia*, el señor Dziurbas fue despedido de su empleo porque su empleador concluyó que no tenía la capacidad para cumplir los requisitos inherentes de su rol, sin que los reconocimientos médicos que tuvo a la vista examinaran la aptitud psicofísica en relación con el trabajo real que desarrollaba el trabajador, que era menos físico que el que el empleador pensó realizaba. Por lo tanto, se concluyó que el empleador discriminó directamente al trabajador en razón de su discapacidad, sin haber efectuado las averiguaciones apropiadas sobre si el cargo del trabajador podía razonablemente acomodarse a su discapacidad y, en caso afirmativo, si podía cumplir sus funciones esenciales de modo seguro.¹⁵⁰⁵

2.1.2. *Discriminación indirecta por discapacidad en el empleo en Australia*

La discriminación indirecta es una exigencia o condición que se aplica por igual a todos los que se encuentran en igual o similar situación, pero que produce efectos perjudiciales sin justificación

¹⁵⁰¹ *Melvin v. Northside Community Service Incorp* [1996] HREOCA 20.

¹⁵⁰² *Melvin v. Northside Community Service Incorp* [1996] HREOCA 20. En términos similares: *Crombie v. Commonwealth* [1998] HREOCA 37, al considerarse discriminatoria por discapacidad la negativa a un ascenso fundado en un problema de la vista que no impedía cumplir las funciones esenciales del trabajo de forma segura.

¹⁵⁰³ *Tanevski v. Fluor Australia Pty Ltd* [2008] NSWADT 2017.

¹⁵⁰⁴ *Tanevski v. Fluor Australia Pty Ltd* [2008] NSWADT 2017.

¹⁵⁰⁵ *Dziurbas v. Mondelez Australia* [2015] VCAT 1432.

o proporcionalidad en personas pertenecientes a un grupo protegido por la legislación antidiscriminación. La legislación federal antidiscriminación por discapacidad define la discriminación indirecta por discapacidad en este sentido: “Para los efectos de esta Ley, una persona (el discriminador) discrimina a otra persona (la persona agraviada) por motivo de una discapacidad de la persona agraviada si: (a) el discriminador exige, o se propone exigir, a la persona agraviada cumplir con un requerimiento o condición; (b) debido a la discapacidad, la persona agraviada no cumple o no podría cumplir, o no es capaz o no sería capaz de cumplir con el requisito o condición, y (c) el requisito o condición tiene o es probable que tenga el efecto de perjudicar a las personas con discapacidad”.¹⁵⁰⁶

La ley antidiscriminación de cada estado tiene una definición de discriminación indirecta que no es la misma, con excepción de la ley de Northern Territory, aunque se ha estimado que la sección 22 de la Anti-Discrimination Act 1991 (NT) es suficientemente amplia para comprender la discriminación indirecta.¹⁵⁰⁷

Los elementos de la discriminación indirecta son tres: (1) la imposición de un requisito o condición en personas con y sin el atributo protegido, que con diferente terminología exigen todas las leyes antidiscriminación;¹⁵⁰⁸ (2) la incapacidad de la persona protegida por el atributo para cumplir con el requisito o condición;¹⁵⁰⁹ (3) la condición o requisito produce un impacto dispar¹⁵¹⁰ o desventajoso¹⁵¹¹ en quienes tienen el atributo protegido por la legislación antidiscriminación, sin que exista una justificación o razonabilidad. De esta forma, bajo todas las leyes antidiscriminación en Australia, un requisito o condición hará surgir la discriminación

¹⁵⁰⁶ Disability Discrimination Act 1992 (Cth), s. 6(1).

¹⁵⁰⁷ REES *et al.* (2018), p. 143.

¹⁵⁰⁸ Discrimination Act 1991 (ACT), s. 8(3); Anti-Discrimination Act 1977 (NSW), s. 7(1)(c); Anti-Discrimination Act 1991 (Qld), s. 11(4); Equal Opportunity Act 1984 (SA), s. 29(2)(b); Anti-Discrimination Act 1998 (Tas), s. 15(1); Equal Opportunity Act 1984 (WA), s. 8(2)(b); Equal Opportunity Act 2010 (Vic), s. 9(1); Disability Discrimination Act 1992 (Cth), s. 6(1)(a).

¹⁵⁰⁹ Discrimination Act 1991 (ACT), s. 8(3); Anti-Discrimination Act 1977 (NSW), s. 7(1)(c); Anti-Discrimination Act 1991 (Qld), s. 11(4); Equal Opportunity Act 1984 (SA), s. 29(2)(b); Anti-Discrimination Act 1998 (Tas), s. 15(1); Equal Opportunity Act 1984 (WA), s. 8(2)(b); Equal Opportunity Act 2010 (Vic), s. 9(1); Disability Discrimination Act 1992 (Cth), s. 6(1)(a).

¹⁵¹⁰ Anti-Discrimination Act 1977 (NSW), s. 7(1)(c); Anti-Discrimination Act 1991 (Qld), s. 11; Equal Opportunity Act 1984 (SA), s. 29(2)(b); Equal Opportunity Act 1984 (WA), s. 8(2).

¹⁵¹¹ Anti-Discrimination Act 1998 (Tas), s. 15(1); Equal Opportunity Act 2010 (Vic), s. 9(1)(a); Disability Discrimination Act 1992 (Cth), s. 6(1).

indirecta si no es razonable, considerando las circunstancias del caso, y producirá efectos dispares o desventajosos en las personas con el atributo protegido por la legislación antidiscriminación, por ejemplo, en las personas con discapacidad.¹⁵¹²

Se estima que puede configurarse una discriminación indirecta por discapacidad cuando las condiciones de salud exigidas a todos los candidatos o trabajadores bajo la forma de requisito inherente del trabajo no son, en realidad, requisito inherente, lo que produce un efecto perjudicial, sin justificación razonable, en las personas con discapacidad, por ejemplo, la imposibilidad de acceso al empleo o el término del contrato de trabajo por no cumplir la condición o requerimiento de salud neutro que no persigue ninguno de los fines lícitos de los reconocimientos médicos.¹⁵¹³

La jurisprudencia australiana no se ha pronunciado directamente sobre las condiciones o los requisitos de salud que debe cumplir el postulante o trabajador que producen discriminación indirecta por discapacidad.

2.1.3. *Discriminación por incumplimiento del deber de ajuste razonable en el empleo en Australia*

En la legislación australiana existen dos modelos de discriminación como consecuencia del incumplimiento del deber de ajuste razonable: la discriminación directa o indirecta y la discriminación por incumplimiento del deber de ajuste razonable.¹⁵¹⁴

El primer modelo se encuentra en la DDA, la legislación antidiscriminación por discapacidad federal. La sección 5(2) de la DDA extiende el ámbito de la discriminación directa al caso en que: “(a) el discriminador no realiza o no propone realizar ajustes razonables para la persona, y (b) el incumplimiento de hacer ajustes razonables tiene o podría tener el efecto de que la persona agraviada, debido a su discapacidad, sea tratada menos favorablemente que una persona sin discapacidad en circunstancias que no son materialmente diferentes”.¹⁵¹⁵ Esta disposición no exige prueba de la causa o razón del incumplimiento del deber de ajuste razonable; el test es

¹⁵¹² REES *et al.* (2018), p. 155.

¹⁵¹³ FOSTER (2016), pp. 601-605.

¹⁵¹⁴ GAZE Y SMITH (2017), pp. 126-129.

¹⁵¹⁵ Disability Discrimination Act 1992 (Cth), s. 5(2).

solamente para verificar si el incumplimiento de proporcionar ajustes razonables tiene el efecto de tratar a una persona con discapacidad menos favorablemente que a una persona sin discapacidad en similar situación.¹⁵¹⁶

Una disposición similar a la contenida en la sección 5(2) de la DDA se encuentra en la sección 6(2) a propósito de la discriminación indirecta; sin embargo, es menos importante que en la discriminación directa, porque la prohibición de discriminación indirecta implícitamente impone una obligación de efectuar ajustes razonables al permitir solo requisitos o condiciones ‘razonables’.¹⁵¹⁷

En *Watts v. Australian Postal Corp (Watts)* se consideró que el empleador incurrió en discriminación directa por incumplimiento del deber de ajuste razonable de la DDA, al impedir que la trabajadora, luego del término de una licencia por enfermedad, se reincorporase a su cargo de gerenta de ventas con ciertas modificaciones recomendadas por los resultados de los reconocimientos médicos psiquiátricos proporcionados por la trabajadora; la empresa obligó a la trabajadora a tomarse una licencia médica entre el 18 de mayo de 2010 y abril de 2011 mientras un médico independiente examinaba su aptitud para el trabajo.¹⁵¹⁸ El tribunal resolvió que el empleador infringió el deber de ajuste razonable, porque existía evidencia médica suficiente para llevar a cabo el ajuste razonable de forma oportuna, lo que fue negado por el empleador durante casi un año.¹⁵¹⁹

El segundo modelo del ajuste razonable se encuentra en la Equal Opportunity Act 2010 de Victoria, la cual en su sección 7(1)(b) consagra como una discriminación ilegal independiente la infracción del deber de ajuste razonable, sin necesidad de probar discriminación directa ni discriminación indirecta.¹⁵²⁰ En otros términos, basta con la infracción del deber de ajuste razonable respecto de las personas a quienes se les reconoce el derecho de ajuste razonable, entre

¹⁵¹⁶ *Watts v. Australian Postal Corporation* [2014] FCA 370, [241], [257]; GAZE Y SMITH (2017), p. 126.

¹⁵¹⁷ GAZE Y SMITH (2017), p. 126.

¹⁵¹⁸ *Watts v. Australian Postal Corporation* [2014] FCA 370.

¹⁵¹⁹ *Watts v. Australian Postal Corporation* [2014] FCA 370, [230]-[231].

¹⁵²⁰ GAZE Y SMITH (2017), p. 128.

ellos, candidatos y trabajadores con discapacidad, para que se configure una discriminación ilegal.¹⁵²¹

En el estado de Victoria, la infracción del deber de ajuste razonable se ha considerado discriminación cuando la empresa no recurre a los reconocimientos médicos para determinar la acomodación que requiere un trabajador para su discapacidad, o bien no sigue la acomodación que recomiendan los resultados de evaluaciones médicas ya existentes, presentados por el trabajador o no. En *Dziurbas v. Mondelez Australia* una de las razones por las que el despido del trabajador se consideró discriminatorio, luego que se reincorporó al trabajo después de una ausencia por enfermedad, fue porque el empleador no realizó las averiguaciones necesarias, incluyendo evaluaciones médicas, para determinar si el cargo del trabajador podía razonablemente acomodarse a su enfermedad y de qué forma; en cambio, lo despidió tan pronto como se reincorporó al trabajo.¹⁵²²

En *Butterworth v. Independence Australia Services*, la trabajadora sufrió una lesión ocupacional en un *call center* por estar sentada durante extensos períodos de tiempo en su jornada laboral. Por esta causa estuvo fuera del trabajo y se reincorporó bajo un plan de retorno en que el médico tratante señalaba que debía reubicarse en otras posiciones; sin embargo, la empresa, pese a la información médica existente, de la cual tuvo conocimiento, y de que existían roles disponibles en otros equipos aptos para la salud de la trabajadora, la despidió debido a su lesión ocupacional, además de incumplir el deber de ajuste razonable.¹⁵²³ Si bien el deber de ajuste razonable no exige al empleador crear otro trabajo para los trabajadores con discapacidad ni mantenerlos en su puesto, podría requerirle que considere reubicar al trabajador en roles adecuados en otras partes de la organización, si estos roles están vacantes en el momento en que se requiere la acomodación y el trabajador cumple las exigencias para ocupar esos puestos.¹⁵²⁴

¹⁵²¹ GAZE Y SMITH (2017), p. 128.

¹⁵²² *Dziurbas v. Mondelez Australia* [2015] VCAT 1432.

¹⁵²³ *Butterworth v. Independence Australia Services* [2015] VCAT 2056.

¹⁵²⁴ *Butterworth v. Independence Australia Services* [2015] VCAT 2056, [208]-[209].

2.2. Discriminación por discapacidad en el empleo en Estados Unidos

La principal legislación federal que prohíbe la discriminación por discapacidad en el empleo es la ADA. En conformidad con esta normativa, el empleador no debe “discriminar a un individuo cualificado basado en la discapacidad con ocasión de procedimientos de postulación a trabajos, contratación, ascenso o despido de trabajadores, compensación de trabajadores, formación profesional, o con ocasión de otros términos, condiciones o privilegios del empleo”.¹⁵²⁵ La ADA agrega como forma de discriminación prohibida “no efectuar la acomodación razonable de limitaciones físicas o mentales conocidas de un individuo cualificado con una discapacidad que es un postulante o trabajador”, a menos que el empleador “pueda demostrar que la acomodación impondría una carga injustificada en la obligación del negocio”.¹⁵²⁶

Por consiguiente, el empleador podría incurrir en discriminación directa, discriminación indirecta o discriminación por incumplimiento del deber de ajuste razonable a causa de la discapacidad, como consecuencia de utilizar los reconocimientos médicos para fines diferentes a los que admite la legislación o en oportunidades no admitidas por la ADA. Estas discriminaciones pueden tener lugar tanto en la etapa precontractual, antes o después de una oferta de trabajo y durante el empleo.

2.2.1. *Discriminación directa por discapacidad en el empleo en Estados Unidos*

La prohibición de discriminación directa, que es conocida como “tratamiento desigual” en los Estados Unidos,¹⁵²⁷ persigue promover la paridad de tratamiento de todos los postulantes al trabajo y de los trabajadores, con o sin discapacidad,¹⁵²⁸ es decir, garantiza la igualdad formal. Esta prohibición exige que todos los postulantes y trabajadores en igual o similar situación reciban idéntico tratamiento del empleador, lo que se llama “neutralidad hacia las características de clase”.¹⁵²⁹

¹⁵²⁵ 42 U.S.C. § 12112.

¹⁵²⁶ 42 U.S.C. § 12112(b)(5).

¹⁵²⁷ GREEN (2011), pp. 398-399; SELMI (2011), pp. 481-482; GAZE Y SMITH (2017), p. 24.

¹⁵²⁸ BURGDORF JR. (1997), pp. 523-524.

¹⁵²⁹ BURGDORF JR. (1997), pp. 523-524.

La discriminación directa tiene lugar cuando los iguales son tratados desigualmente o los distintos son tratados igualmente,¹⁵³⁰ lo que, aplicado al empleador, podría ocurrir cuando trabajadores con discapacidad son tratados menos favorablemente que trabajadores sin discapacidad a causa de su discapacidad. Por lo tanto, en un caso de discriminación directa laboral, el trabajador necesita probar la conexión causal entre su atributo protegido y el tratamiento menos favorable.¹⁵³¹

Desde *McDonnell Douglas Corp. v. Green*¹⁵³² en adelante, que fue un caso de discriminación por raza tramitado en conformidad con el Título VII de la Civil Rights Act de 1964, y que se ha utilizado para analizar los casos de discriminación directa bajo la ADA,¹⁵³³ el demandante debe probar que: (1) es miembro de un grupo o clase protegidos por la legislación antidiscriminación, en este caso, que tiene o se le atribuye una discapacidad; (2) que es cualificado para el trabajo o para un beneficio laboral; (3) que sufrió una acción laboral adversa; (4) que fue reemplazado por alguien que no tiene discapacidad o que fue tratado menos favorablemente que alguien en similar situación pero que no tiene discapacidad; (5) que el empleador sabía o tenía razones para conocer la discapacidad del demandante o le atribuyó una discapacidad; (6) que el motivo o uno de los motivos para el tratamiento adverso menos favorable fue la discapacidad, evidencia que es difícil y una de las principales barreras para el éxito de los casos de discriminación directa.¹⁵³⁴ Luego la carga de la prueba pasa al empleador, quien puede demostrar que la razón de la acción adversa no fue la discapacidad ni otro atributo protegido.¹⁵³⁵ Finalmente, el demandante tiene la última carga de establecer que la justificación del empleador es pretextual, que simplemente persigue ocultar el motivo discriminatorio.¹⁵³⁶

¹⁵³⁰ GROSS Y ELLARD (1988), p. 383.

¹⁵³¹ JOLLY-RYAN. (2012), p. 200.

¹⁵³² *McDonnell Douglas Corp. v. Green*, 411 US 792, 802 (1973).

¹⁵³³ *Raytheon Co. v. Hernandez*, 540 US 44, 49 (2003); SPERINO (2013), p. 260; BEFORT Y BUONOCORE (2021), p. 90; ONTIVEROS *et al.* (2021), p. 769.

¹⁵³⁴ JOLLY-RYAN (2012), pp. 200-201; ONTIVEROS *et al.* (2021), p. 769.

¹⁵³⁵ BEFORT Y BUONOCORE (2021), p. 90; ONTIVEROS *et al.* (2021), p. 769.

¹⁵³⁶ BEFORT Y BUONOCORE (2021), p. 90; ONTIVEROS *et al.* (2021), p. 769.

2.2.1.1. *Discriminación directa por discapacidad previo al empleo en Estados Unidos*

La ADA prohíbe la discriminación basada en la discapacidad de postulantes a empleos durante la etapa precontractual,¹⁵³⁷ que incluye exigencias de postulación, exámenes, entrevistas, cuestionarios de preguntas y respuestas a dichos cuestionarios. Por lo tanto, los empleadores tienen como deber no incurrir en discriminación por discapacidad en los exámenes médicos y preguntas sobre la salud previo al empleo.¹⁵³⁸ Sin embargo, la ADA regula de forma diferente la prohibición de discriminación por discapacidad con ocasión de los reconocimientos médicos, según la etapa en la cual podrían tener lugar durante el proceso de contratación, esto es, antes de una oferta de trabajo y luego de realizar una oferta de trabajo.

2.2.1.1.1. *Discriminación directa por discapacidad en los exámenes médicos y preguntas relacionadas con la salud en la etapa previa a una oferta de trabajo*

Antes de realizar una oferta de trabajo condicional o definitiva a los postulantes a trabajos no está permitido que el empresario les requiera reconocimientos médicos.¹⁵³⁹ Como todos los tipos de discriminación basados en la discapacidad están absolutamente prohibidos antes que se efectúe una oferta de trabajo, la ADA busca evitar las situaciones en las cuales la salud de los postulantes a trabajos pudiera tener algún rol en la decisión empresarial. Por lo tanto, la ADA prohíbe a los empleadores obtener información sobre la discapacidad de postulantes en la etapa previa a la oferta de trabajo a través de exámenes médicos y preguntas relacionadas con la salud.¹⁵⁴⁰ Si los empleadores utilizan exámenes médicos en esta etapa, por esa sola circunstancia incurren en infracción a la normativa de la ADA, tomen en consideración la información médica para efectuar una oferta de trabajo o no, ya que es irrelevante el propósito o destino de la información médica obtenida.¹⁵⁴¹

¹⁵³⁷ 29 C.F.R. § 1630.4(a).

¹⁵³⁸ 29 C.F.R. § 1630.13.

¹⁵³⁹ 42 U.S.C. § 12112(d)(2)(A). Véanse: HOFFMAN (2001), p. 524; BEFORT (2018), p. 388.

¹⁵⁴⁰ 29 C.F.R. § 1630.13.

¹⁵⁴¹ *Leonel v. American Airlines*, 400 F 3d 702 (9th Cir, 2005); *EEOC v. Celadon Trucking Services, Inc.*, 2015 WL 3961180 (S.D. Ind., June 30, 2015); *Henderson v. Borough of Baldwin*, 2016 WL 5106945 (W.D. Pa. Sept. 20, 2016); BEFORT (1997), p. 386.

Con mayor razón el empleador incurre en discriminación por discapacidad si utiliza la información médica obtenida en la etapa previa a la oferta de trabajo para no efectuar una oferta de trabajo al postulante con discapacidad. En este sentido se resolvió, por ejemplo, el caso de un postulante a oficial de policía, a quien la ciudad de Chicago le requirió someterse a exámenes médicos físicos. Los resultados, que mostraron que era positivo para VIH, se utilizaron para no ofrecerle un trabajo como policía.¹⁵⁴²

Respecto de las preguntas relacionadas con la discapacidad, el empleador tampoco puede hacerlas en la etapa previa a una oferta de trabajo,¹⁵⁴³ porque la ADA prohíbe a los empleadores formular preguntas a todos los postulantes sobre la existencia, naturaleza o severidad de una condición de discapacidad previo a realizar una oferta de trabajo.¹⁵⁴⁴ Por lo tanto, está prohibido que los empleadores formulen a los postulantes preguntas sobre la existencia de una discapacidad actual o pasada y preguntas indirectas relacionadas con un estatus de discapacidad.¹⁵⁴⁵

La prohibición sobre las preguntas no es absoluta, pues tiene ciertas excepciones relacionadas con la acomodación razonable y el consumo actual de drogas ilícitas y alcohol. Con respecto a la acomodación razonable, los empleadores pueden preguntar a los postulantes si necesitan acomodación razonable o no, debido a una discapacidad revelada voluntariamente o que es manifiesta,¹⁵⁴⁶ y si pueden desempeñar el trabajo con o sin acomodación razonable.¹⁵⁴⁷ Tratándose del alcohol y las drogas, los empleadores pueden realizar a los postulantes preguntas sobre el uso actual de drogas ilegales,¹⁵⁴⁸ si han usado drogas ilegales en el pasado,¹⁵⁴⁹ cuándo usaron drogas ilegales la última vez,¹⁵⁵⁰ si consumen alcohol actualmente,¹⁵⁵¹ si han sido arrestados por conducir bajo la influencia del alcohol.¹⁵⁵²

¹⁵⁴² *Doe v. City of Chicago*, 883 F Supp 1126 (D NH, 1994).

¹⁵⁴³ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 405:7191.

¹⁵⁴⁴ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 405:7191.

¹⁵⁴⁵ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 405:7191.

¹⁵⁴⁶ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 405:7193-94.

¹⁵⁴⁷ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 405:7192.

¹⁵⁴⁸ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 405:7195.

¹⁵⁴⁹ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 405:7196.

¹⁵⁵⁰ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 405:7196.

¹⁵⁵¹ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 405:7196.

¹⁵⁵² EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 405:7195-96.

Como puede observarse, la ADA no permite que los empleadores soliciten evaluaciones médicas previo a una oferta de trabajo, ni que hagan preguntas sobre la salud a los postulantes; además, no pueden utilizar información relacionada con incapacidades físicas o mentales de los postulantes con el propósito de tomar una decisión de reclutamiento, salvo en las excepciones señaladas en el párrafo anterior. Todas estas restricciones persiguen garantizar la efectividad de la prohibición de discriminación por discapacidad contra los postulantes a trabajos con discapacidad.¹⁵⁵³

2.2.1.1.2. Discriminación directa por discapacidad con ocasión de los exámenes médicos y preguntas relacionadas con discapacidad en la etapa posterior a la oferta de trabajo

La oferta de trabajo puede efectuarse de forma definitiva o condicional. En la última situación, una oferta puede realizarse condicionada al resultado satisfactorio de un examen médico y/o según las respuestas a preguntas relacionadas con la discapacidad que podrían tener lugar después que se efectúa una oferta de trabajo condicional al postulante seleccionado y antes del comienzo del empleo.¹⁵⁵⁴ En esta etapa, la no discriminación por discapacidad está protegida de diferente forma en comparación con la etapa previa a la oferta de trabajo, ya que las limitaciones y requisitos de los exámenes y preguntas impuestos por la ADA al empleador después que se ha extendido una oferta de trabajo, pero antes que el empleo comience, son menos estrictos que los reconocimientos médicos previos a la oferta de trabajo.¹⁵⁵⁵

Para determinar cómo la prohibición de discriminación por discapacidad está protegida, es necesario distinguir entre las exigencias que el empleador tiene que observar en los exámenes médicos y preguntas sobre la salud en la etapa posterior a la oferta de trabajo y los propósitos con los que el empleador puede utilizar los resultados de los reconocimientos médicos en conformidad con la ADA.

¹⁵⁵³ BEFORT (1997), p. 417.

¹⁵⁵⁴ BROWN (2018), p. 6.

¹⁵⁵⁵ BROWN (2018), p. 6.

Se deben requerir los mismos reconocimientos médicos a todos los postulantes a quienes se les ha formulado una oferta de trabajo condicional en la misma categoría de trabajos, tengan o no discapacidad los postulantes seleccionados por el empresario.¹⁵⁵⁶

Aunque los exámenes médicos y las preguntas relacionadas con la discapacidad son admitidos ampliamente después que se ha realizado una oferta de trabajo condicional, en términos generales sus resultados no pueden usarse para revocar dichas ofertas con base en la discapacidad.¹⁵⁵⁷ Bajo la ADA, la regla general es que los empleadores no pueden cometer discriminación directa o indirecta contra los postulantes seleccionados fundada en la discapacidad a través del uso de los resultados de las preguntas y exámenes médicos. Estos resultados solo pueden ser utilizados dentro de los propósitos limitados, lo que incluye determinar si los postulantes necesitan acomodación razonable para cumplir con las funciones esenciales del trabajo ofrecido o no.¹⁵⁵⁸

En consecuencia, el retiro de una oferta de trabajo puede ser discriminatorio basado en la discapacidad si los resultados de los exámenes médicos y/o de las preguntas relacionadas con la salud muestran que el postulante al trabajo que ha sido rechazado tiene una discapacidad, y se ha probado que esta discapacidad es el motivo del empleador para el tratamiento desfavorable en la revocación de la oferta de trabajo, a menos que el empleador pruebe que el tratamiento menos favorable fue por “un motivo relacionado con el trabajo y consistente con la necesidad del negocio”.¹⁵⁵⁹ Esto significa que bajo la ADA la revocación de la oferta de trabajo no es discriminatoria si el empleador demuestra que los resultados de los exámenes y preguntas médicas posteriores a la oferta de trabajo evidencian que el postulante al trabajo es incapaz de realizar las funciones esenciales del trabajo, incluso con acomodación razonable,¹⁵⁶⁰ o que la salud es una directa amenaza para el propio trabajador o terceros,¹⁵⁶¹ Por el contrario, la revocación de la oferta de trabajo es discriminatoria basada en la discapacidad si el postulante

¹⁵⁵⁶ 29 C.F.R. § 1630.14(b).

¹⁵⁵⁷ 29 C.F.R. § 1630.14 (3).

¹⁵⁵⁸ 42 U.S.C. § 12112(d)(3)(B)(i)-(ii).

¹⁵⁵⁹ 42 U.S.C. § 12112(d)(3); 29 C.F.R. § 1630.10 14(b)(1)-(2).

¹⁵⁶⁰ 29 C.F.R. § 1630.14(b)(3).

¹⁵⁶¹ 42 U.S.C. § 12112(b); 29 C.F.R. § 1630.2(r); *Chevron U.S.A. Inc. v. Echazabal*, 536 US 73 (2002). Véase asimismo: BEFORT (2018), pp. 380-398.

demuestra los requisitos de la discriminación directa por discapacidad que son de su carga, los cuales incluyen que la razón del empleador para revocar la oferta de trabajo no es relacionada con el trabajo ni consistente con la necesidad del negocio.¹⁵⁶²

Los tribunales han resuelto que el empleador viola la ADA si revoca la oferta de trabajo basado en el miedo de que el postulante sufra futuras lesiones que desencadenarán responsabilidad por compensación laboral a causa de posibles lesiones ocupacionales,¹⁵⁶³ o fundado en una discapacidad que no impide desempeñar las funciones esenciales del trabajo de forma segura.¹⁵⁶⁴

2.2.1.2. *Discriminación directa por discapacidad durante el empleo en Estados Unidos*

A través de los reconocimientos médicos durante la vigencia del contrato de trabajo, el empleador puede perseguir los mismos fines que aquellos que tienen lugar luego de la oferta de trabajo condicional, ya que la ADA exige que debe acreditarse que “son relacionados con el trabajo y consistentes con la necesidad del negocio”.¹⁵⁶⁵ Por lo tanto, si el demandante demuestra los requisitos de la discriminación de su carga y el empleador no prueba alguno de los fines legítimos de los reconocimientos médicos fundantes de la conducta menos favorable, por ejemplo, el despido basado en que el trabajador no cumple los requisitos inherentes al trabajo, la conducta menos favorable será discriminación por discapacidad.¹⁵⁶⁶

El término del contrato de trabajo se considera discriminación directa por discapacidad, si el empleador fue incapaz de demostrar que el trastorno obsesivo compulsivo que fundó el despido no impedía desempeñar las funciones de profesor en términos seguros para el trabajador, sus compañeros de trabajo y alumnos.¹⁵⁶⁷ De manera similar, se considera que vulneran la ADA los reconocimientos médicos que no se fundan en la necesidad del negocio,¹⁵⁶⁸ como una conducta molesta o ineficiente.¹⁵⁶⁹ Asimismo, cuando una enfermedad del trabajador no le impide

¹⁵⁶² *Garrison v. Baker Hughes Oilfield Operations, Inc.*, 287 F.3d 955 (10th Cir. 2002).

¹⁵⁶³ *Garrison v. Baker Hughes Oilfield Operations, Inc.*, 287 F.3d 955, 960-961 (10th Cir. 2002); *EEOC v. American Tool & Mold, Inc.*, 21 F. Supp. 3d 1268, 1283, 1284-1285 (M.D. Fla. 2014).

¹⁵⁶⁴ *EEOC v. BNSF Railroad Co.*, 2016 WL 98510 (W.D. Wash. Jan. 8, 2016).

¹⁵⁶⁵ 42 U.S.C § 12112(d)(4)(A) (1994); 29 C.F.R. §1630.14(c).

¹⁵⁶⁶ BROWN (2018), pp. 7-16; BEFORT (2018), pp. 378-379.

¹⁵⁶⁷ *Doby v. Sisters of St. Mary of Oregon Ministries Corp.*, 2014 WL 3943713 (D. Or. 2014).

¹⁵⁶⁸ *Lewis v. Gov't of D.C.*, 282 F. Supp. 3d 169 (D.D.C. 2017).

¹⁵⁶⁹ *Wright v. Ill. Dep't of Children and Family Servs.*, 798 F.3d 513, 524 (7th Cir. 2015); *Kroll v. White Lake Ambulance Auth.*, 763 F.3d 619, 625 (6th Cir. 2014).

desempeñar las funciones en términos seguros, ya que no representa una directa amenaza para la seguridad del propio trabajador ni de terceros, la negativa del trabajo o el término de contrato de trabajo se consideran discriminatorios por discapacidad.¹⁵⁷⁰

2.2.2. Discriminación indirecta por discapacidad en el empleo en Estados Unidos

La discriminación indirecta, que se conoce también como impacto dispar o impacto adverso,¹⁵⁷¹ se encuentra en casos donde políticas o prácticas de empleo facialmente neutras impactan en individuos pertenecientes a grupos protegidos, como las personas con discapacidad, en términos más perjudiciales que en individuos sin un atributo protegido,¹⁵⁷² impacto negativo que “no puede ser justificado en una necesidad del negocio”.¹⁵⁷³ Asimismo, el motivo discriminatorio no es parte de su estructura.¹⁵⁷⁴

El caso histórico de discriminación indirecta¹⁵⁷⁵ es *Griggs v. Duke Power Co.*¹⁵⁷⁶ Este caso involucró una política del empleador que requería a los postulantes a trabajos que fueran graduados de la enseñanza media y tomaran un test de inteligencia, los cuales excluían a los postulantes a los trabajos de piel negra, un grupo minoritario, sin una justificación razonable. La Corte Suprema estadounidense resolvió que el Título VII prohíbe “prácticas que son justas en forma, pero discriminatorias en su aplicación”.¹⁵⁷⁷

La igualdad de tratamiento en la aplicación de los exámenes médicos y preguntas relacionadas con la discapacidad y sus resultados es la regla general. Sin embargo, esta regla no es absoluta debido al hecho de que diferentes disposiciones de la ADA prohíben reconocimientos médicos previos al empleo y durante el contrato de trabajo que producen efectos adversos de forma

¹⁵⁷⁰ *Menchaca v. Maricopa Comm. Coll. Dist.*, 595 F. Supp. 2d 1063, (D. Ariz. January 26, 2009); *Rodriguez v. ConAgra Grocery Product Co.*, 436 F.3d 468, 479 (5th Cir. 2006); *EEOC v. American Tool & Mold, Inc.*, 21 F. Supp. 3d 1268 (M.D. Fla. 2014); *EEOC v. Kyklos Bearings Int’l, LLC*, 2015 WL 1119949 (N.D. Ohio Mar. 11, 2015); *EEOC v. M.G.H. Family Health Ctr.*, 230 F. Supp. 3d 796 (W.D. Mich. 2017).

¹⁵⁷¹ HUNTER Y SHOBEN (1998), p. 109; GAZE Y SMITH (2017), p. 26.

¹⁵⁷² GROSS Y ELLARD (1988), p. 384; HUNTER Y SHOBEN (1998), p. 109; JOLLY-RYAN (2012), p. 202; BEFORT Y BUONOCORE (2021), p. 299.

¹⁵⁷³ *International Bhd. of Teamsters v. United States*, 431 US 324, 335-6 (1977).

¹⁵⁷⁴ GROSS Y ELLARD (1988), p. 384; HUNTER Y SHOBEN (1998), p. 109; JOLLY-RYAN (2012), p. 202.

¹⁵⁷⁵ GROSS Y ELLARD (1988), p. 384.

¹⁵⁷⁶ *Griggs v. Duke Power Co* 401 US 424 (1971).

¹⁵⁷⁷ *Griggs v. Duke Power Co* 401 US 424, 431 (1971).

injustificada en postulantes y trabajadores, inclusive si los empleadores cumplen con la igualdad formal.¹⁵⁷⁸

Así, la ADA prohíbe a las entidades cubiertas utilizar estándares, criterios o métodos que tienen un “efecto discriminatorio” basado en la discapacidad.¹⁵⁷⁹ También prohíbe el uso de exámenes laborales u otros criterios de selección que excluyen o tienden a excluir a un individuo con discapacidad o a una clase de individuos con discapacidad, a menos que se acredite que son relacionados con la posición de trabajo y consistentes con la necesidad del negocio, es decir, con los fines para los que pueden utilizarse los reconocimientos médicos en el empleo de forma lícita.¹⁵⁸⁰ Otra disposición de la ADA impone un deber de seleccionar y administrar los exámenes laborales, entre ellos, los reconocimientos médicos, de la forma más efectiva, de modo que cuando el examen se aplica al postulante o trabajador que tiene una discapacidad sus resultados reflejen de manera precisa las habilidades, aptitudes o cualquier otra condición vinculada al trabajo que se examina.¹⁵⁸¹

La doctrina ha afirmado que la ADA prohíbe la discriminación indirecta en el uso de exámenes médicos y preguntas relacionadas con la discapacidad,¹⁵⁸² incluyendo los reconocimientos médicos que tienen lugar en el proceso de contratación después que se realiza una oferta de trabajo condicional y durante el empleo. En conformidad con la ADA, los empleadores no deberían utilizar los reconocimientos médicos que respetan la igualdad formal, pero cuyos resultados se utilizan para excluir desproporcionadamente del empleo a postulantes y trabajadores sin justificación razonable.¹⁵⁸³ En esta situación, la igualdad de trato se transforma en ilegal si los reconocimientos médicos posteriores a la oferta de trabajo y durante del empleo operan para perjudicar desproporcionadamente a personas con discapacidad.¹⁵⁸⁴

La sola observancia de la igualdad formal no es suficiente, según la ADA, y está prohibida si produce un impacto desventajoso injustificado en personas con discapacidad, afectando la

¹⁵⁷⁸ WEBER (2011), pp. 58-59.

¹⁵⁷⁹ 42 U.S.C. § 12112(b)(3)(A).

¹⁵⁸⁰ 42 U.S.C. § 12112(b)(6).

¹⁵⁸¹ 42 U.S.C. § 12112(b)(7).

¹⁵⁸² WEBER (2011), pp. 58-59; HUNTER Y SHOBEN (1998), p. 126; STEPHANOPOULOS (2019), p. 1600.

¹⁵⁸³ HUNTER Y SHOBEN (1998), p. 126.

¹⁵⁸⁴ COLLINS (2003), p. 17; BURGDORF (1997), p. 525.

igualdad de oportunidades.¹⁵⁸⁵ Por lo tanto, la prohibición de discriminación indirecta persigue eliminar las barreras institucionales con el propósito de lograr mayor igualdad de resultados, una igualdad de oportunidades más justa.¹⁵⁸⁶

Recurriendo a la estructura general de la discriminación,¹⁵⁸⁷ los elementos de cualquier caso de discriminación indirecta con ocasión de reconocimientos médicos en el trabajo son: (1) que el empleador use un requerimiento aparentemente neutral de exámenes médicos y/o preguntas relacionadas con la salud; (2) que los resultados de los reconocimientos médicos provoquen un impacto dispar en personas con discapacidad, y (3) que este efecto no pueda justificarse en la necesidad del negocio, al no perseguir ninguno de los fines legítimos de los reconocimientos médicos. La intención del empleador detrás del requerimiento de reconocimientos médicos que causan el impacto dispar es irrelevante;¹⁵⁸⁸ lo importante es el efecto perjudicial injustificado en personas con discapacidad causado por los reconocimientos médicos neutrales en su aplicación.¹⁵⁸⁹

Los casos de discriminación por discapacidad relacionados con reconocimientos médicos basados en la discriminación indirecta son diferentes a aquellos basados en discriminación directa, puesto que en ambos tipos de casos se necesitan requisitos diversos. Es necesario tener en cuenta esta distinción al momento de interponer una acción por discriminación. En la discriminación directa, el demandante podría fundar su caso en evidencia directa o en una inferencia respecto de que el empleador incurrió en discriminación directa debido a su discapacidad, es decir, el motivo del empleador para el tratamiento menos favorable fue la discapacidad.¹⁵⁹⁰ Por el contrario, en un caso de discriminación indirecta, el demandante podría comprobar que reconocimientos médicos neutrales producen efectos adversos en personas con discapacidad puesto que sus resultados permiten al empleador excluir a postulantes o trabajadores cualificados con discapacidad, sin fundarse en la necesidad del negocio.¹⁵⁹¹

¹⁵⁸⁵ BURGDORF (1997), p. 525; HUNTER Y SHOBEN (1998), p. 114.

¹⁵⁸⁶ HUNTER Y SHOBEN (1998), p. 114.

¹⁵⁸⁷ PERRY (1991), p. 551.

¹⁵⁸⁸ HUNTER Y SHOBEN (1998), p. 114.

¹⁵⁸⁹ HUNTER Y SHOBEN (1998), p. 114.

¹⁵⁹⁰ WEBER (2011), p. 60; JOLLY-RYAN (2012), pp. 200-201.

¹⁵⁹¹ WEBER (2011), p. 60.

El caso *Raytheon Corp. v. Hernandez*¹⁵⁹² clarifica la distinción entre discriminación directa e indirecta con ocasión de reconocimientos médicos en el empleo. En este caso, un trabajador fue despedido después de dar positivo en un test de drogas mientras era adicto a las drogas. Dos años después, el trabajador logró rehabilitarse y postuló al mismo trabajo del que había sido despedido. La postulación al trabajo fue rechazada en conformidad con una política de la empresa que denegaba la reconstratación de trabajadores que habían sido despedidos por una falta laboral; la compañía alegó que el rechazo de la postulación se efectuó sin conocimiento de que el postulante había sido un adicto a las drogas. La Corte Suprema de Estados Unidos concluyó que la política neutral de no reconstratación, que se aplica a todos los postulantes en iguales condiciones, no produce discriminación directa, pero produce discriminación indirecta cuando se aplica a personas despedidas por consumo de drogas ilícitas, porque dicha política tiene un impacto adverso en drogadictos rehabilitados, esto es, exdrogadictos, quienes son considerados individuos con discapacidad.¹⁵⁹³

Una decisión más reciente adoptó el criterio de la Corte Suprema.¹⁵⁹⁴ En *EEOC v. Old Dominion Freight Line, Inc.*, un conductor de camiones reportó a su empleador que creía estar teniendo problemas con el alcohol y que quería seguir un tratamiento. El empleador le señaló al conductor que necesitaba participar en un programa de tratamiento del alcohol, pero que tenía una política que prohibía a cualquier trabajador con problemas de alcohol retornar a una posición de conductor, por lo que no podía volver a conducir mientras no se rehabilitara.¹⁵⁹⁵ El conductor de camión no fue capaz de financiar un programa de tratamiento y el empleador lo despidió.¹⁵⁹⁶ La corte resolvió en favor del trabajador, concluyendo que la política de no retorno es un estándar de cualificación prohibido por la discriminación indirecta que no se funda en una evaluación individualizada del conductor. La justificación de seguridad de esta política, que no considera la posibilidad de acomodación, no se puede fundar en la directa amenaza a la seguridad ni en consideraciones de necesidad del negocio, que son las dos justificaciones razonables del

¹⁵⁹² *Raytheon Corp. v. Hernandez*, 540 US 44 (2003).

¹⁵⁹³ *Raytheon Corp. v. Hernandez*, 540 US 44, 51 (2003); BEFORT (2018), p. 405.

¹⁵⁹⁴ BEFORT (2018), p. 406.

¹⁵⁹⁵ *EEOC v. Old Dominion Freight Line, Inc.*, Civil No. 11-2153, 2013 WL 3230670, at *2 (W.D. Ark. June 26, 2013).

¹⁵⁹⁶ *EEOC v. Old Dominion Freight Line, Inc.*, Civil No. 11-2153, 2013 WL 3230670, at *2 (W.D. Ark. June 26, 2013).

empleador ante un caso de discriminación.¹⁵⁹⁷ En términos similares se pronuncian otras cortes.¹⁵⁹⁸

Sin embargo, ante casos similares sobre políticas neutrales de alcohol y drogas, la mayoría de las cortes han resuelto en favor del empleador, fundando su decisión en que estas políticas no son discriminatorias, ni directa ni indirectamente, por justificarse en la necesidad del negocio, en particular cuando se trata de trabajadores que ocupan trabajos sensibles para la seguridad y existen problemas de alcohol o drogas en el lugar de trabajo, y cuando no se ha probado un impacto perjudicial en individuos con discapacidad por el demandante.¹⁵⁹⁹

En consecuencia, un demandante que bajo la ADA desea demandar a un empleador debido a una discriminación por discapacidad basada en una regla de contratación o de empleo neutral –como un requerimiento de reconocimiento médico neutral, que tiene efectos discriminatorios– debería invocar la teoría del impacto dispar en vez del tratamiento dispar, porque los requisitos de la última teoría podrían no cumplirse en este caso por el hecho de que la igualdad formal es respetada.¹⁶⁰⁰

2.2.3. *Discriminación por infracción del deber de ajuste razonable en el empleo en Estados Unidos*

La ADA establece las consecuencias del incumplimiento del deber de ajuste razonable; la discriminación por discapacidad contra individuos con discapacidad es una de ellas, discriminación que es independiente de la discriminación directa y de la discriminación indirecta, al configurarse por el incumplimiento del deber de ajuste razonable.¹⁶⁰¹

¹⁵⁹⁷ *EEOC v. Old Dominion Freight Line, Inc.*, Civil No. 11-2153, 2013 WL 3230670, at *6 (W.D. Ark. June 26, 2013).

¹⁵⁹⁸ *Corbin v. Town of Palm Beach*, 996 F. Supp. 2d 1275 (S.D. Fla 2014); *Kintz v. United Parcel Service, Inc.*, 766 F. Supp. 2d 1245 (M.D. Ala. 2011).

¹⁵⁹⁹ *EEOC v. Exxon Corp.*, 203 F.3d 871, 872 (5th Cir. 2000); *Lopez v. Pacific Maritime Association*, 657 F.3d 762 (9th Cir. 2011); *Lopreato v. Select Specialty Hospital-Northern Kentucky, LLC* No. 12-217-DLB-JGW, 2014 WL 6804221, at *8 (E.D. Ky. Dec. 3, 2014). Para un mayor análisis de la jurisprudencia sobre la materia, véase: BEFORT (2018), pp. 405-409.

¹⁶⁰⁰ WEBER (2011), p. 61.

¹⁶⁰¹ BEFORT Y BUONOCORE (2021), pp. 118 y ss.

La ADA incluye en la definición de discriminación por discapacidad la infracción al deber de realizar acomodación razonable a las limitaciones físicas o mentales conocidas de un individuo cualificado con discapacidad, salvo que el empleador pueda demostrar que la acomodación causaría una carga injustificada en la operación del negocio o de otra entidad, o que es irrazonable la acomodación.¹⁶⁰² De este modo, es infracción de la ADA negar oportunidades en el empleo, negar beneficios o poner término al contrato de trabajo de individuos cualificados con una discapacidad que son postulantes o trabajadores, si la negativa o despido se basa en la necesidad del empleador de realizar acomodación razonable de la incapacidad del postulante o trabajador que no es carga irrazonable.¹⁶⁰³

En un caso de infracción del deber de acomodación razonable, el demandante tiene la carga de probar que: (1) él o ella es discapacitado en conformidad con la definición de la ADA; (2) es una persona cualificada para la posición, con o sin acomodación razonable; (3) el empleador sabía o tenía razones para conocer su discapacidad; (4) él o ella requirió acomodación razonable; (5) el empleador no proporcionó la acomodación debidamente acreditada.¹⁶⁰⁴ El empleador, a su vez, puede desvirtuar estos requisitos, pero si no puede, la otra defensa que le queda es alegar y probar que la acomodación razonable impone una carga injustificada.¹⁶⁰⁵ Una acción adversa del empleador no es un requisito de la estructura de la discriminación por infracción del deber de ajuste razonable, puede estar o no.¹⁶⁰⁶ Si la infracción del deber de ajuste razonable impide gozar de beneficios y privilegios al trabajador discapacitado, se considera que no es una acción adversa del empleador, ya que simplemente priva del goce de sus derechos al trabajador; en cambio, si la acomodación razonable es necesaria para realizar las funciones esenciales del trabajo de forma segura y, al no proporcionarse, conlleva una revocación de la oferta de trabajo o el término del contrato de trabajo, existirá una acción adversa del empleador.¹⁶⁰⁷ En la jurisprudencia se discute si la acción adversa del empleador es un requisito de la discriminación por infracción del deber

¹⁶⁰² 42 U.S.C. § 12112(b)(5)(A)-(B).

¹⁶⁰³ 42 U.S.C. § 12112(b)(5)(A)-(B).

¹⁶⁰⁴ *Mosby-Meachem v. Memphis Light, Gas & Water División*, 883 F.3d 595 (6th Cir. 2018); *ONTIVEROS et al.* (2021), p. 781.

¹⁶⁰⁵ *Mosby-Meachem v. Memphis Light, Gas & Water División*, 883 F.3d 595 (6th Cir. 2018); *ONTIVEROS et al.* (2021), p. 781.

¹⁶⁰⁶ BRENNAN (2013), p. 509; BUONOCORE (2020), p. 26; *ONTIVEROS et al.* (2021), p. 781.

¹⁶⁰⁷ *ONTIVEROS et al.* (2021), p. 781.

de acomodación razonable o no: la mayoría de la jurisprudencia se pronuncia en sentido negativo,¹⁶⁰⁸ mientras que una jurisprudencia minoritaria exige este elemento.¹⁶⁰⁹

En consecuencia, previo a realizar una oferta de trabajo el empleador podría incurrir en discriminación si la discapacidad conocida del postulante necesita acomodación razonable para lograr las mismas oportunidades que aquellos sin discapacidad con el propósito de participar en test y exámenes, y el empleador no efectúa la acomodación requerida, la cual no es carga injustificada.¹⁶¹⁰ Asimismo, es discriminación no realizar una oferta de trabajo a un postulante cualificado con una discapacidad conocida, que podría cumplir las funciones del trabajo de forma segura con acomodación razonable.¹⁶¹¹

Después de realizarse una oferta condicional de empleo, el empleador podría incurrir en discriminación por discapacidad en contra de un postulante si revoca la oferta de trabajo a pesar de que los resultados de los exámenes médicos y/o preguntas sobre la salud muestran que es capaz de realizar las funciones esenciales del trabajo de forma segura con acomodación razonable.¹⁶¹²

Finalmente, durante la vigencia del contrato de trabajo el empleador puede incurrir en discriminación por infracción del deber de ajuste razonable de diversas formas. La primera es si los reconocimientos médicos demuestran que el trabajador necesita un ajuste razonable de la discapacidad para gozar de un beneficio o de una condición de trabajo, y el empleador se niega a realizar el ajuste que no es carga injustificada.¹⁶¹³ La segunda forma de infracción del ajuste

¹⁶⁰⁸ *Sepúlveda-Vargas v. Caribbean Rests., LLC*, 888 F.3d 549, 553 (1st Cir. 2018); *Lang v. Wal-Mart Stores E., L.P.*, 813 F.3d 447, 454 (1st Cir. 2016); *Ortiz-Martínez v. Fresenius Health Partners, PR, LLC*, 853 F.3d 599, 604 (1st Cir. 2017); *Sheng v. M&T Bank Corp.*, 848 F.3d 78, 86 (2nd Cir. 2017); *Noll v. IBM Corp.*, 787 F.3d 89, 94 (2nd Cir. 2015); *McMillan v. City of New York*, 711 F.3d 120, 125–26 (2nd Cir. 2013); *Colwell v. Rite Aid Corp.*, 602 F.3d 495, 504 (3rd Cir. 2010); *Turner v. Hershey Chocolate USA*, 440 F.3d 604, 611 n.4 (3rd Cir. 2006); *Jacobs v. N.C. Admin. Office of the Courts*, 780 F.3d 562, 579 (4th Cir. 2015); *EEOC v. LHC Grp., Inc.*, 773 F.3d 688, 703 (5th Cir. 2014); *Feist v. La., Dep't of Justice, Office of the Attorney Gen.*, 730 F.3d 450, 452 (5th Cir. 2013).

¹⁶⁰⁹ *EEOC v. AutoZone, Inc.*, 630 F.3d 635, 638–39, 638 n.1 (7th Cir. 2010); *EEOC v. LHC Group, Inc.*, 773 F.3d 688, 703–04, 703 n.6 (5th Cir. 2014); *Exby-Stolley v. Board of County Commissioners, Weld County, Colorado*, 906 F.3d 900 (10th Cir. 2018).

¹⁶¹⁰ 42 U.S.C. § 12112(b)(5)(A)-(B).

¹⁶¹¹ 42 U.S.C. § 12112(b)(5)(A)-(B).

¹⁶¹² 42 U.S.C. § 12112(d)(3)(B)(i)-(ii).

¹⁶¹³ 42 U.S.C. § 12112(b)(5)(A)-(B). Por ejemplo, negar el trabajo desde el hogar debido a la discapacidad, en ocupaciones que no requieren asistir a la empresa para que el trabajador realice sus principales funciones en una acomodación razonable; esta negativa da lugar a discriminación. En este sentido: *Langon v. Dep't of Health &*

razonable es poner término al contrato de trabajo, aunque exista evidencia médica que demuestra que el trabajador puede realizar las funciones inherentes al trabajo de forma segura mediante ajustes razonables, esto es, que no imponen una carga injustificada en el empleador.¹⁶¹⁴

2.3. Discriminación por discapacidad en el empleo en España

Con ocasión de los reconocimientos médicos, el empleador podría incurrir en discriminación contra los candidatos o trabajadores con discapacidad, ya sea discriminación directa, discriminación indirecta o discriminación por infracción del deber de ajuste razonable. La aplicación de los reconocimientos médicos y la utilización de sus resultados con fines no permitidos por el ordenamiento jurídico podrían originar una discriminación contra las personas con discapacidad. Por lo tanto, debe determinarse cómo podría ocurrir esa discriminación bajo la legislación española.

2.3.1. *Discriminación directa por discapacidad en el empleo en España*

Tanto la discriminación directa como la discriminación indirecta han sido incluidas en las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE y 2006/54/CE, además de ser objeto de análisis por la jurisprudencia del TJUE. A nivel de legislación doméstica y en relación con la discriminación directa, se encuentra definida en dos legislaciones aplicables a los candidatos y trabajadores con discapacidad. Además, la prohibición de discriminación está en la propia CE, en su artículo 14, aunque no se define, por lo que ha sido la jurisprudencia la que ha precisado la discriminación que prohíbe la CE.

Una definición aplicable exclusivamente a las personas con discapacidad se encuentra en el artículo 2.c) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprobó el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, que conceptualiza la discriminación directa de la siguiente forma: “c) Discriminación directa: es la situación en que se encuentra una persona con discapacidad cuando es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de o por razón de su

Human Servs., 959 F.2d 1053, 1060 (D.C. Cir. 1992); *Humphrey v. Memorial Hospitals Association*, 239 F.3d 1128 (9th Cir. 2001); *Mosby-Meachem v. Memphis Light, Gas & Water División*, 883 F.3d 595 (6th Cir. 2018).

¹⁶¹⁴ 42 U.S.C. § 12112(b)(5)(A)-(B).

discapacidad”. De manera similar, el artículo 6.1.a) de la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación, define la discriminación directa, que se aplica a todos quienes están protegidos por la prohibición de discriminación: “La discriminación directa es la situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2”.

Ambas definiciones adoptan el modelo comparador de la discriminación directa, aceptado también por la DDA australiana y la ADA estadounidense, que exigen que la persona discapacitada sea tratada menos favorablemente que una persona sin discapacidad en igual o similar situación debido a la discapacidad. Sin embargo, la norma constitucional no parece limitar la discriminación directa al modelo comparador, sino que comprende cualquier discriminación directa, incluyendo la propia del modelo de trato desfavorable. La jurisprudencia constitucional indica categóricamente que la prohibición de discriminación “no requiere necesariamente un término de comparación, por más que la discriminación pueda concretarse en desigualdades de trato que pueden ser objeto de contraste o necesitar de este para ser apreciadas (por todas, STC 171/2012, de 4 de octubre)”.¹⁶¹⁵ De modo similar, en doctrina se indica: “Conviene tener en cuenta que la prohibición de discriminación no exige un contraste con nadie, con un tercero, sino solo la verificación de la concurrencia del factor protegido y el perjuicio que a él haya quedado asociado. [...] Cualquier comparación que se realice, o pauta relacional que se incorpore, a un juicio de discriminación, no puede emplearse como sustento de negación de su concurrencia, sino, a lo más, como apoyo en la acreditación de su existencia. Y ello porque el juicio sobre la discriminación del segundo inciso del artículo 14 CE no requiere un término de comparación que lo desvele”.¹⁶¹⁶

La discriminación directa podría ocurrir previo al empleo y luego de la celebración del contrato de trabajo.

¹⁶¹⁵ STC 104/2014, de 23 de junio.

¹⁶¹⁶ AGUILERA (2023), p. 53.

2.3.1.1. *Discriminación directa por discapacidad previo al empleo en España*

Previo a la emisión de una oferta de trabajo o celebración del contrato de trabajo, la discriminación directa podría ocurrir cuando se requiere un reconocimiento médico admitido por la legislación o no, que determina que un candidato tiene discapacidad o se atribuye una discapacidad que no le impide realizar las funciones esenciales del trabajo de forma segura sin o con ajustes razonables, pero no se extiende una oferta de trabajo debido a esa discapacidad real o atribuida.¹⁶¹⁷ Igualmente podría tener lugar cuando el candidato se niega a someterse a un reconocimiento médico no admitido por la legislación en la etapa precontractual y a causa de esa negativa no se le comunica una oferta de trabajo ni se celebra el contrato de trabajo, no obstante ser una persona cualificada.¹⁶¹⁸

Ante los riesgos de discriminación por discapacidad, enfermedad u otra condición de salud, los reconocimientos médicos solo excepcionalmente proceden antes de la celebración de un contrato de trabajo; la regla general es que procedan una vez celebrado el contrato de trabajo (artículo 37.3 del RSP). Esto es así con el propósito de que la salud del candidato no influya en la decisión de contratación del empresario.¹⁶¹⁹

2.3.1.2. *Discriminación directa por discapacidad durante el empleo en España*

La discriminación directa puede tener lugar durante la vigencia de la relación laboral. Tiene lugar cuando se pone término al contrato de trabajo, generalmente, por la causal prevista en el artículo 49.1.e) del ET (incapacidad permanente en los grados de total, absoluta y gran invalidez) o por la causal prevista en el artículo 52.a) del ET (ineptitud conocida o sobrevenida como causa extintiva del contrato de trabajo), y realmente el trabajador no tiene una discapacidad que le impida desempeñar las funciones esenciales del trabajo de forma segura sin o con ajustes razonables.

Si no hay evidencia médica que demuestre que el trabajador tiene una discapacidad que le impide desempeñar su trabajo, o bien existen resultados de reconocimientos médicos que demuestran

¹⁶¹⁷ ALAMEDA (2013), p. 292.

¹⁶¹⁸ ALAMEDA (2013), p. 302.

¹⁶¹⁹ PEDROSA (2005), p. 91; ALAMEDA (2013), p. 302; GOÑI Y RODRÍGUEZ (2013), p. 309.

que el trabajador puede desempeñar sus labores, al despido será, al menos, improcedente y discriminatorio si la razón fue una discapacidad real o atribuida que no impide desempeñar el trabajo, sin o con ajuste razonable.

Los reconocimientos médicos son la prueba esencial para determinar si el trabajador tiene una discapacidad que le permite o le impide continuar ejecutando el trabajo. El empleador necesita contar con prueba médica que demuestre de forma objetiva e individualizada que la discapacidad del trabajador es permanente total, absoluta o gran invalidez y que le impide desempeñar sus labores con o sin ajustes o que le permite realizarlas con ajustes que son carga excesiva para el empresario, antes de poner término al contrato de trabajo por la causal del artículo 49.1.e) del ET. Del mismo modo, requiere evidencia científica que demuestre que el trabajador realmente tiene una discapacidad que es incompatible con la aptitud psicofísica para desarrollar las funciones esenciales del trabajo, inclusive con acomodaciones, para invocar la causal del artículo 52.a) del ET. Esto permitirá evitar los riesgos de discriminación directa por discapacidad.

Por el contrario, si el empleador no cuenta con la evidencia científica mencionada, o los resultados de los reconocimientos médicos muestran que el trabajador discapacitado puede trabajar de forma segura con o sin ajuste razonable, y de todos modos invoca alguna de las causales de término del contrato de trabajo respecto de un trabajador con discapacidad o a quien se le atribuye una discapacidad, constituirá una decisión discriminatoria. La jurisprudencia en reiteradas sentencias ha declarado discriminatorio el despido de un trabajador que tiene discapacidad cuando la causal de despido no se configura y el despido se funda más bien en la discapacidad misma o en una conducta que es manifestación de la discapacidad¹⁶²⁰.

2.3.2. *Discriminación indirecta por discapacidad en el empleo en España*

Al igual que ocurre con la discriminación directa, existen dos conceptos de discriminación indirecta que cubren a los candidatos y trabajadores con discapacidad, una específica y otra aplicable a toda persona cubierta por la normativa antidiscriminación, ambas coincidentes en su estructura.

¹⁶²⁰ Para un análisis de la jurisprudencia véase MONEREO (2019), pp. 712-717.

El artículo 2.d) del Real Decreto legislativo 1/2013 dispone: “Discriminación indirecta: existe cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios”. Por su parte, el artículo 6.1.b) de la Ley 15/2022 dispone: “La discriminación indirecta se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2”.

Se trata de definiciones que en sustancia son similares a las existentes en la legislación antidiscriminación australiana y norteamericana. La discriminación indirecta aplicada a los reconocimientos médicos exige su procedencia solo a todos quienes estén en igual o similar situación, para determinar requisitos de aptitud psicofísica que sean indispensables para desempeñar el puesto de trabajo de forma segura, de manera que si el postulante o trabajador no reúne tales exigencias no podría desempeñar las funciones inherentes al cargo, o bien con directa amenaza para su seguridad o salud o la de terceros.¹⁶²¹ Por el contrario, si la exigencia de requerimientos psicofísicos requeridos de forma neutral no se justifica, ya que no son necesarios para desempeñar las funciones del puesto de trabajo de forma segura, y esto produce una exclusión del empleo de personas con alguno de los atributos protegidos por la normativa antidiscriminación, entre ellos, quienes tienen discapacidad, los reconocimientos médicos y sus resultados serán utilizados con discriminación indirecta.

Las exigencias psicofísicas, neutralmente requeridas, determinadas por medio de reconocimientos médicos deben ser necesarias para cumplir las funciones del cargo de forma segura; si no tienen ese objetivo y excluyen del empleo a personas con discapacidad, existirá discriminación indirecta. Los reconocimientos médicos no pueden utilizarse para determinar

¹⁶²¹ CABEZA Y VIQUEIRA (2023), p. 13.

cualquier condición de salud, sino solamente las que son necesarias e indispensables para desempeñar el trabajo.

2.3.3. *Discriminación por infracción del ajuste razonable en el empleo en España*

Se discute a nivel de doctrina si la infracción del deber de ajuste razonable configura una discriminación directa, discriminación indirecta o una discriminación *sui generis*, que es una categoría independiente de la discriminación directa e indirecta, particularmente antes de la entrada en vigencia de la Ley 15/2022.¹⁶²² A este debate parece ponerle término la Ley 15/2022, pues el tenor literal de su artículo 2.1.a).II es claro en cuanto a que la infracción del deber de ajuste razonable configura una discriminación directa: “Se considerará discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad”. Lo que no significa que deban acreditarse los elementos propios de la discriminación directa, sino solamente los de exigibilidad del deber de ajuste razonable y su incumplimiento por parte del empresario.

Desde el punto de vista de los reconocimientos médicos, se configurará la infracción del deber de ajuste razonable cuando el empleador niegue la acomodación solicitada: (1) si existe evidencia médica que demuestra que el postulante o trabajador discapacitado necesita un ajuste razonable, el que, de concederse, le permite desempeñar el trabajo de forma segura, o (2) si ante la ausencia de evidencia médica, el empleador no solicita al trabajador o candidato discapacitado someterse a reconocimientos médicos para determinar qué ajuste requiere, y niega la acomodación requerida.

La infracción del deber de ajuste razonable puede configurarse en la etapa previa al empleo, esto es, en el proceso de reclutamiento y selección, o durante la vigencia del contrato de trabajo. La jurisprudencia ha tenido oportunidad de conocer controversias sobre el deber en cuestión con ocasión del término del contrato de trabajo, cuando se despide al trabajador por una discapacidad que le impediría desempeñar el puesto de trabajo que ocupa y el trabajador alega que podría desempeñar el trabajo si el empleador le hubiese otorgado la acomodación que requería su discapacidad, la que no constituía una carga injustificada para el empleador.

¹⁶²² Para un resumen de esta discusión véase GUTIÉRREZ (2019), pp. 254-258.

A nivel de directiva, el TJUE ha determinado que el despido por causas objetivas de un trabajador con discapacidad que cumple los criterios de selección establecidos por la empresa resultará discriminatorio si la empresa no ha realizado previamente, con respecto a este trabajador, los ajustes razonables.¹⁶²³ En el ámbito doméstico, la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente en conformidad con el artículo 49.1.e) del ET no ha planteado mayores problemas en la jurisprudencia judicial doméstica, admitiéndose sin más su procedencia cuando el trabajador presenta una incapacidad permanente total o absoluta o gran invalidez, declarada administrativamente, sin que el empresario deba rendir prueba adicional.¹⁶²⁴ Esto ha sido criticado por la doctrina, porque debería analizarse primero si el trabajador con ese nivel de incapacidad, que es una discapacidad, puede ser reubicado en otro puesto de trabajo acorde con su capacidad psicofísica, en conformidad con el deber de ajuste razonable, y solo en caso de no ser posible o si el ajuste razonable es carga excesiva para el empleador se podría extinguir el contrato de trabajo por la causal señalada.¹⁶²⁵ Similar es la posición del TJUE que, interpretando el artículo 5 de la Directiva 2000/78, los artículos 21 y 26 de la Carta y los artículos 2 y 27 de la CRPD, sostiene que la actual redacción del artículo 49.1 e) del ET –por el cual el empresario puede poner término al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente, sin necesidad de realizar ajustes razonables con el propósito de que dicho trabajador pueda conservar su empleo, ni demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva– es contraria a la normativa europea; así constituye una discriminación directa la extinción automática del contrato de trabajo por la causal del artículo 49.1 e) del ET, sin que el empresario cumpla previamente las exigencias del deber de ajuste razonable.¹⁶²⁶

Como consecuencia de la sentencia del TJUE se ha presentado un anteproyecto de ley que propone eliminar la referencia en el artículo 49.1.e) del ET a la extinción automática por “gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador” e incorporar una nueva letra n) al mencionado precepto “n) Por declaración de gran invalidez o incapacidad permanente absoluta o total, de la persona trabajadora, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2. La

¹⁶²³ STJUE, 11 de noviembre de 2019, C-397/18.

¹⁶²⁴ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2015), pp. 285-286.

¹⁶²⁵ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2015), p. 286.

¹⁶²⁶ STJUE, 18 de enero de 2024, C-631/2022.

empresa no podrá extinguir el contrato de trabajo por esta causa cuando la persona trabajadora solicite que se realicen los ajustes razonables en su puesto de trabajo que le permitan continuar desempeñándolo o, cuando esto no sea posible por constituir una carga excesiva, el cambio a otro puesto de trabajo vacante compatible con su nueva situación [...]”. Esta propuesta legislativa persigue consagrar expresamente la doctrina del TJUE y prohibir la extinción automática del contrato de trabajo por el solo hecho de gran invalidez o incapacidad permanente; de aprobarse, el empleador deberá demostrar que el trabajador con gran invalidez o incapacidad permanente no puede desempeñar sus labores con ajustes o las puede realizar con ajustes que son carga excesiva injustificada para el empresario.

Sin la aprobación del anteproyecto de ley mencionado, de todas formas, podría configurarse la discriminación directa por discapacidad con ocasión de la extinción del contrato de trabajo en virtud del artículo 49.1.e) del ET como consecuencia de la transgresión del deber de ajuste razonable.¹⁶²⁷

Más problemática es la extinción del contrato de trabajo de un trabajador con discapacidad por ineptitud sobrevenida en conformidad con el artículo 52.a) del ET¹⁶²⁸ o por causas objetivas, cuando el empleador puede adaptar el puesto de trabajo a la discapacidad del trabajador o reubicarlo en otro puesto de trabajo sin carga injustificada para la empresa. Se trata de un despido ilegal, cuya calificación dependerá de la acción de impugnación del trabajador. Una primera posibilidad es que el despido sea declarado improcedente, cuando el trabajador puede realizar las tareas de su cargo sin riesgo para su salud, o bien puede acomodarse el trabajo a la condición de salud del trabajador, y existe evidencia médica en ese sentido.¹⁶²⁹ Una segunda posibilidad es que el despido sea nulo por vulneración del derecho a la no discriminación, cuando el trabajador tiene una discapacidad o enfermedad que es discapacidad y concurren todos los requisitos del

¹⁶²⁷ RIVAS (2024), p. 9: “Entretanto se produzca tal reforma, el art. 49.1 e) ET debe necesariamente entenderse en el sentido compatible no solo con el art. 5 de la Directiva 2000/78, sino de la propia legislación interna (art. 40.2 LGDPDIS), que exige a las empresas adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo en función de las necesidades de cada situación concreta, antes de adoptar la decisión de extinguir el contrato de trabajo, sea por la vía del art. 49.1 e) ET o por la del 52 a) ET”.

¹⁶²⁸ Para un estudio en profundidad sobre el artículo 52.a) del ET véase FITA (1997); TOSCANI Y ALEGRE (2009); ARETA (2020 b), pp. 1-21; GARCÍA (2023), pp. 222-246.

¹⁶²⁹ GÓMEZ-MILLÁN (2011), pp. 205 y ss.; GOÑI Y RODRÍGUEZ (2015), p. 288.

deber de ajuste razonable, pero, en lugar de realizar la acomodación, el empleador procede a la extinción del contrato de trabajo.¹⁶³⁰

Ciertos pronunciamientos han declarado el despido nulo por no realizar la acomodación razonable. El TSJ de Cataluña resolvió un caso donde se califica el despido de una trabajadora por ineptitud sobreviniente.¹⁶³¹ La trabajadora había sido declarada apta con limitaciones en virtud de los reconocimientos médicos, ya que no podía levantar cargas superiores a 10 kilos; esto fue considerado una discapacidad pese a no existir una declaración formal de discapacidad, al encuadrarse la dolencia física en la definición de discapacidad de la normativa comunitaria. La empresa no realizó los ajustes razonables al puesto de trabajo, ni puso a disposición los equipos de elevación necesarios, lo que habría permitido a la trabajadora continuar desempeñando su trabajo; en cambio, procedió a la extinción del contrato de trabajo en virtud del artículo 52.a) del ET, lo que se consideró nulo por infracción de la prohibición de discriminación.¹⁶³² En otro caso, también resuelto por el TSJ de Cataluña, la trabajadora con una minusvalía de grado superior al 65% solicitó la reducción de su jornada como acomodación de su discapacidad con el fin de poder continuar trabajando, que era razonable; no obstante, la empresa no adoptó la medida solicitada y procedió al despido de la trabajadora por causas económicas, el que se consideró nulo.¹⁶³³

También constituye discriminación por infracción del deber de ajuste razonable el despido de un trabajador con discapacidad que no puede desempeñar su cargo actual por no reunir la aptitud psicofísica inherente, pero que puede ser reubicado en una vacante para la cual reúne todas las exigencias, incluyendo la aptitud psicofísica.¹⁶³⁴ En un caso resuelto por el TSJ de Valencia, el trabajador no tenía aptitud para el trabajo que ocupaba, al padecer una minusvalía del 33% por hipoacusia y una lumbalgia posterior que le impedía levantar pesos superiores 10 kilos, por lo que solicitó un cambio de puesto; el empresario denegó su solicitud y procedió a su despido disciplinario, lo que se consideró discriminatorio.¹⁶³⁵ En consecuencia, la jurisprudencia viene

¹⁶³⁰ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2015), p. 288.

¹⁶³¹ STSJ de Cataluña, 17 de febrero de 2015 (AS 2015, 1434).

¹⁶³² GOÑI Y RODRÍGUEZ (2015), p. 288.

¹⁶³³ STSJ de Cataluña, 9 de diciembre de 2014 (AS 2015, 892).

¹⁶³⁴ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2015), pp. 288-289.

¹⁶³⁵ STJS de Valencia, 8 de mayo de 2014 (AS 2014, 1728).

declarando nulo el despido de un trabajador con discapacidad por discriminación por infracción del deber de ajuste razonable, cuando concurren dos requisitos: (1) la situación de discapacidad del trabajador, sea una enfermedad u otra condición de salud que reúne las exigencias de la discapacidad; (2) la inexistencia o insuficiencia de ajustes razonables que, de haberse llevado a cabo, permitían mantener la vigencia del contrato de trabajo.¹⁶³⁶

El Tribunal Constitucional sostiene: “Actualmente puede llegar a concluirse que el derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad, que consagra el artículo 14 CE, comprende el derecho a los ajustes razonables que no impongan una carga desproporcionada o indebida, que son necesarios para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás. El incumplimiento de la obligación por parte del empleador de adoptar los ajustes razonables priva de legitimidad la adopción de medidas como el despido o la adopción de medidas disciplinarias motivadas en posibles insuficiencias en el desempeño de sus funciones, por incurrir en discriminación. Aunque tales medidas pueden estar fundadas, en principio, en razones objetivas y aparentemente neutras relacionadas con dicho desempeño, incurren en discriminación si no se ha garantizado la observancia del principio de igualdad de trato de las personas discapacitadas mediante los debidos ajustes”.¹⁶³⁷

La evidencia médica es esencial para determinar si procede una acomodación de la discapacidad o no, y qué tipo de acomodación; además, para establecer la infracción del deber de acomodación razonable que pesa sobre el empresario. Al acreditarse la procedencia del deber de ajuste razonable y la discapacidad del trabajador, el empleador solamente podrá defenderse alegando y probando que la acomodación es una carga injustificada.¹⁶³⁸

3. Discriminación por enfermedad o salud en el empleo con ocasión de los reconocimientos médicos

En Australia y Estados Unidos, a diferencia de lo que ocurre en España, la enfermedad y la salud no están reconocidas como atributos independientes de la discapacidad por la legislación

¹⁶³⁶ STS, 22 de febrero de 2018, Rec. N° 160/2016; STSJ de Cataluña, 7 de octubre de 2021, Rec. N° 2173/2020; STSJ de Galicia, 28 de marzo de 2018, Rec. N° 359/2018; STSJ de Galicia, 13 de mayo de 2020, Rec. N° 6272/2019.

¹⁶³⁷ STC 51/2021, de 15 de marzo.

¹⁶³⁸ STJS de Cataluña, 13 de marzo de 2014 (AS 2014, 946); GOÑI Y RODRÍGUEZ (2015), p. 289.

antidiscriminación. Esto trae como consecuencia que en las jurisdicciones del *common law* analizadas solamente habrá discriminación por enfermedad o salud cuando reúnen los requisitos de la discapacidad exigidos por la legislación antidiscriminación y, a causa de ella, existe una discriminación que no tiene justificación en ninguno de los fines legítimos de los reconocimientos médicos.

En efecto, en Australia y Estados Unidos no existe discriminación por enfermedad o salud de forma independiente a la discriminación por discapacidad. Por lo tanto, el análisis efectuado a propósito de la discriminación por discapacidad en el empleo en el número 2 de la sección II del presente capítulo se aplica plenamente a la enfermedad o problema de salud que cumple las exigencias de la discapacidad. El único análisis que corresponde realizar en este apartado es cuándo una enfermedad o problema de salud es discapacidad bajo la legislación australiana y norteamericana, además de examinar la discriminación por enfermedad o salud en el trabajo en España, especialmente luego de la entrada en vigencia de la Ley 15/2022.

3.1. La enfermedad y los problemas de salud como parte de la discapacidad en Australia

La influencia de la CRPD de las Naciones Unidas en la legislación antidiscriminación australiana ha provocado que se haya abandonado el modelo médico y adoptado el modelo social de discapacidad.¹⁶³⁹ Consecuencia inmediata de ello ha sido la adopción de un concepto amplio de discapacidad, que comprende enfermedades y problemas de salud, independientemente de su duración y de si producen incapacidad o no.¹⁶⁴⁰

La mayoría de las legislaciones antidiscriminación australianas utilizan el término “discapacidad” para describir el atributo protegido, mientras que ciertas legislaciones antidiscriminación estatales emplean la expresión “incapacidad”, aunque todas se refieren al mismo atributo protegido, la discapacidad.¹⁶⁴¹ El término “discapacidad” es empleado por la DDA, Australian Capital Territory, New South Wales, South Australia y Tasmania,¹⁶⁴² mientras

¹⁶³⁹ REES *et al.* (2018), pp. 333-343.

¹⁶⁴⁰ REES *et al.* (2018), pp. 347 y ss.

¹⁶⁴¹ REES *et al.* (2018), p. 347.

¹⁶⁴² Disability Discrimination Act 1992 (Cth), s. 4; Discrimination Act 1991 (ACT), s. 5AA; Anti-Discrimination Act 1977 (NSW), s. 4; Equal Opportunity Act 1984 (SA), s. 5; Anti-Discrimination Act 1998 (Tas), s. 3.

que el término “incapacidad” es utilizado por Queensland, Northern Territory, Victoria y Western Australia.¹⁶⁴³ Aunque el lenguaje y ámbito de la definición de discapacidad puede variar entre una y otra jurisdicción, el concepto fundamental es el mismo, al adoptar el modelo social de discapacidad.¹⁶⁴⁴ La definición de la DDA –ley federal antidiscriminación por discapacidad– proporciona un buen ejemplo de ello: “Discapacidad, en relación con una persona, significa:

- (a) pérdida total o parcial de las funciones corporales o mentales de la persona; o
- (b) pérdida total o parcial de una parte del cuerpo; o
- (c) la presencia en el cuerpo de organismos que causan enfermedad o dolencia; o
- (d) la presencia en el cuerpo de organismos capaces de causar enfermedad o dolencia; o
- (e) el funcionamiento defectuoso, malformación o desfiguración de una parte del cuerpo de la persona; o
- (f) un desorden o funcionamiento defectuoso que resulta en que la persona aprenda de forma diferente que una persona sin el desorden o funcionamiento defectuoso; o
- (g) un desorden, enfermedad o dolencia que afecta el proceso del pensamiento, percepción de la realidad, emociones o juicio o que resulta en un comportamiento perturbado de una persona; e incluye una discapacidad que:
- (h) actualmente existe; o
- (i) previamente existió, pero no existe actualmente; o
- (j) podría existir en el futuro (incluyendo la predisposición genética a la discapacidad); o
- (k) es atribuida a la persona”.¹⁶⁴⁵

La definición de discapacidad atribuye diversos aspectos relacionados con dolencia o enfermedad. En primer lugar, incluye la presencia en el cuerpo de organismos que causan o son

¹⁶⁴³ Anti-Discrimination Act 1991 (Qld), definiciones; Anti-Discrimination Act 1992 (NT), s. 4; Equal Opportunity Act 2010 (Vic), s. 4; Equal Opportunity Act 1984 (WA), s. 4.

¹⁶⁴⁴ REES *et al.* (2018), p. 347.

¹⁶⁴⁵ Disability Discrimination Act 1992 (Cth), s. 4.

capaces de causar una enfermedad.¹⁶⁴⁶ Con leves variaciones, cada jurisdicción estatal, con la excepción de Western Australia, incluye en la definición de la discapacidad este aspecto.¹⁶⁴⁷ Por ejemplo, Queensland se refiere solo a la presencia de “organismo capaz de causar enfermedad o dolencia”;¹⁶⁴⁸ Victoria se refiere únicamente a la presencia de organismos que “podrían causar dolencia”¹⁶⁴⁹ y Northern Territory, a la presencia de “un organismo que ha causado o es capaz de causar una dolencia”.¹⁶⁵⁰

En segundo lugar, el concepto de discapacidad incluye un desorden, enfermedad o dolencia que afecta el proceso del pensamiento, percepción de la realidad, emociones o juicio, o que resulta en un comportamiento perturbado de la persona.¹⁶⁵¹ Cada jurisdicción,¹⁶⁵² excepto Victoria y Northern Territory, incluye este aspecto en la discapacidad.¹⁶⁵³ Victoria adopta un enfoque diferente, al definir este aspecto de la discapacidad como “una enfermedad o desorden mental o psicológico”,¹⁶⁵⁴ al igual que Northern Territory que comprende en la definición “una enfermedad o desorden psiquiátrico o psicológico, sea permanente o temporal”.¹⁶⁵⁵

En tercer lugar, el concepto de discapacidad incluye las características, síntomas o manifestaciones de la discapacidad, incluyendo las enfermedades.¹⁶⁵⁶ Por lo tanto, no se puede discriminar a un postulante o trabajador a causa de una característica, síntoma o manifestación inherente a la enfermedad; discriminación que si reúne las exigencias legales es discriminación por discapacidad. Tratándose de enfermedades mentales, forma parte de la discapacidad el comportamiento que es un síntoma o manifestación de la enfermedad mental, lo que es más

¹⁶⁴⁶ Disability Discrimination Act 1992 (Cth), s. 4.

¹⁶⁴⁷ REES *et al.* (2018), p. 349.

¹⁶⁴⁸ Anti-Discrimination Act 1991 (Qld), definiciones.

¹⁶⁴⁹ Equal Opportunity Act 2010 (Vic), s. 4.

¹⁶⁵⁰ Anti-Discrimination Act 1992 (NT), s. 4.

¹⁶⁵¹ Disability Discrimination Act 1992 (Cth), s. 4.

¹⁶⁵² Disability Discrimination Act 1992 (Cth), s. 4; Discrimination Act 1991 (ACT), s. 5AA; Anti-Discrimination Act 1977 (NSW), s. 4; Equal Opportunity Act 1984 (SA), s. 5; Anti-Discrimination Act 1998 (Tas), s. 3; Anti-Discrimination Act 1991 (Qld), definiciones; Anti-Discrimination Act 1992 (NT), s. 4; Equal Opportunity Act 1984 (WA), s. 4.

¹⁶⁵³ REES *et al.* (2018), p. 349.

¹⁶⁵⁴ Equal Opportunity Act 2010 (Vic), s. 4.

¹⁶⁵⁵ Anti-Discrimination Act 1992 (NT), s. 4.

¹⁶⁵⁶ Disability Discrimination Act 1992 (Cth), s. 4; Discrimination Act 1991 (ACT), s. 5AA; Anti-Discrimination Act 1977 (NSW), s. 4; Equal Opportunity Act 1984 (SA), s. 5; Anti-Discrimination Act 1998 (Tas), s. 3; Anti-Discrimination Act 1991 (Qld), definiciones; Anti-Discrimination Act 1992 (NT), s. 4; Equal Opportunity Act 1984 (WA), s. 4; Anti-Discrimination Act 1992 (NT), s. 4; Equal Opportunity Act 2010 (Vic), s. 4.

manifiesto en la legislación federal¹⁶⁵⁷ y en la del estado de Victoria.¹⁶⁵⁸ Sin embargo, esto es algo que los tribunales no siempre consideran bajo legislaciones que definen la discriminación directa conforme al modelo comparador, pues estiman que no existe discriminación directa si el postulante o trabajador sufre una acción adversa del empleador debido a una conducta atribuida a una enfermedad mental, como una depresión, si una persona sin esa enfermedad incurre en la misma conducta y sufre la misma acción adversa de parte del empleador.¹⁶⁵⁹ Esto ha provocado que cierta jurisprudencia¹⁶⁶⁰ y doctrina¹⁶⁶¹ sostengan que no procede utilizar el comparador en esta situación, y es necesario examinar si el tratamiento adverso se debió a la conducta manifestación de la enfermedad o discapacidad.

Numerosas enfermedades o problemas de salud han sido considerados enfermedad. Por ejemplo, la adicción a la heroína ha sido considerada discapacidad bajo la DDA, aunque algunos estados, como New South Wales, específicamente excluyen de la definición de discapacidad la adicción a drogas ilegales.¹⁶⁶² De igual modo, la dependencia de la metadona es una discapacidad bajo la DDA.¹⁶⁶³ Las náuseas matutinas en el embarazo también han sido reconocidas como discapacidad,¹⁶⁶⁴ al igual que el daltonismo.¹⁶⁶⁵

Como consecuencia del amplio campo de aplicación de la discapacidad, las discusiones actuales en casos sobre discapacidad no se enfocan en si el demandante tiene discapacidad o no, sino en si la conducta cuestionada es discriminatoria o no lo es.¹⁶⁶⁶

¹⁶⁵⁷ Disability Discrimination Act 1992 (Cth), s. 4.

¹⁶⁵⁸ Equal Opportunity Act 2010 (Vic), s. 4.

¹⁶⁵⁹ *Y v. Human Rights & Equal Opportunity Commission* [2004] FCA 184; *Forbes v. Australian Federal Police (Commonwealth of Australia)* [2004] FCAFC 95; *Ware v. OAMPS Insurance Brokers Ltd* [2005] FMCA 664; *Varas v. Fairfield City Council* [2009] FCA 689.

¹⁶⁶⁰ *Lynch v. Grafton Sawmilling* [2009] NSWADT 102; *Woodforth v. Queensland* [2017] QLA 10, [53].

¹⁶⁶¹ FOSTER (2016), pp. 597-598; REES *et al.* (2018), pp. 353-355.

¹⁶⁶² *Marsden v. HREOC* [2000] FCA 1619, [54]-[56]; *Wood v. Calvary Hospital* [2005] FMCA 799, [20].

¹⁶⁶³ *Marsden v. HREOC & Coffs Harbour & District Ex-Servicemen & Women's Memorial Club Ltd* (2001) EOC 93-126; *Carr v. Botany Bay Council* [2003] NSWADT 209. De modo similar, *Hubbard v. Roads and Traffic Authority of NSW* [2010] NSWADT 99, en que la adicción al opio fue considerada una discapacidad.

¹⁶⁶⁴ *Bevilacqua v. Telco Business Solutions (Watergardens) Pty Ltd* [2015] VCAT 269.

¹⁶⁶⁵ *Davies v. Victoria* [2000] VCAT 819; *Loscialpo v. NSW Police Service* [2000] EOC 93-042.

¹⁶⁶⁶ REES *et al.* (2018), p. 348.

3.2. La enfermedad y los problemas de salud como parte de la discapacidad en Estados Unidos

Al igual que en Australia, en Estados Unidos la enfermedad y otros problemas de salud no son un atributo protegido independiente de la discapacidad, por lo que únicamente están protegidos por la legislación federal antidiscriminación si constituyen discapacidad.¹⁶⁶⁷ Por lo mismo, solo se incurre en discriminación ilegal con ocasión de problemas de salud si reúnen las exigencias de la discapacidad y de cualesquiera de las tres formas de discriminación por discapacidad ilegales ya analizadas: discriminación directa, discriminación indirecta y discriminación por infracción del deber de ajuste razonable. De ahí que corresponde examinar cuándo una enfermedad o problema de salud es discapacidad en conformidad con la ADA.

Bajo la ADA, la discapacidad se define como: “(A) Una incapacidad física o mental que limita sustancialmente una o más de las principales actividades de la vida de dicho individuo; (B) registro de dicha incapacidad; (C) ser tratado como si tuviera dicha incapacidad”.¹⁶⁶⁸ La Corte Suprema estadounidense interpretó esta norma considerando que el VIH asintomático es una discapacidad, para lo cual recurrió a un análisis que involucró tres etapas: (1) determinar si la condición, en este caso, el VIH asintomático, es una incapacidad; (2) identificar la principal actividad de la vida afectada; (3) vincular los dos elementos anteriores y preguntarse si la incapacidad limita sustancialmente una de las principales actividades de la vida.¹⁶⁶⁹

Posteriormente a *Bragdon*, la Corte Suprema decidió diversos casos entre 1999 y 2002 que interpretaron de manera restrictiva la definición de discapacidad, excluyendo de la protección de la ADA a diversas personas con enfermedades.¹⁶⁷⁰ Producto de esta posición jurisprudencial, las cortes consideraron que numerosas incapacidades no eran discapacidad en conformidad con la

¹⁶⁶⁷ ONTIVEROS *et al.* (2021), pp. 752 y ss.

¹⁶⁶⁸ 42 U.S.C. § 12112(2).

¹⁶⁶⁹ *Bragdon v. Abbot*, 524 U.S. 624, 118 S.Ct 2196 (1998); ONTIVEROS *et al.* (2021), p. 752.

¹⁶⁷⁰ Por ejemplo, *Sutton v. United Air Lines, Inc.*, 527 U.S. 471, 119 S.Ct 2139 (1999); *Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, Inc. v. Williams*, 534 U.S. 184, 122 S.Ct. 681 (2002).

ADA, tales como visión monocular, diabetes, esclerosis múltiple, hipertensión, discapacidad de aprendizaje, depresión, sida, epilepsia, parálisis cerebral, discapacidades intelectuales.¹⁶⁷¹

En 2008, el Congreso aprobó la ADAAA,¹⁶⁷² que persigue ampliar la cobertura de la ADA en respuesta a las interpretaciones restrictivas de la Corte Suprema sobre la definición de discapacidad en *Sutton y Williams*.¹⁶⁷³ La ADAAA estableció que la existencia de una discapacidad debe ser evaluada sin considerar los efectos de mejora de las medidas de mitigación de la discapacidad, expandió notablemente la definición de “principal actividad de la vida”, amplió el “tratamiento como” de la definición de discapacidad y, además, instruyó a la EEOC para que emitiera una nueva regulación a fin de precisar el término “limita sustancialmente” de la definición de discapacidad de la ADA.¹⁶⁷⁴

La ADAAA define principales actividades de la vida: “(A) En general, para los fines del párrafo 1, las principales actividades de la vida incluyen, aunque no están limitadas, cuidado de uno mismo, realización de tareas manuales, ver, oír, comer, dormir, caminar, estar parado, agacharse, hablar, respirar, aprender, leer, concentrarse, pensar, comunicarse y trabajar.

(B) Principales funciones corporales, para los fines del párrafo 1, una principal actividad de la vida también comprende la operación de una función corporal principal, que incluye, aunque no está limitada, a funciones del sistema inmune, desarrollo celular normal, funciones digestiva, intestinal, de la vejiga, neurológica, cerebral, respiratoria, circulatoria, endocrina y reproductiva”.¹⁶⁷⁵

Luego, la ADAAA excluye las incapacidades menores y temporales del concepto de discapacidad: “El párrafo (1)(C) no se aplicará a las incapacidades que son transitorias y menores. Una incapacidad transitoria es una incapacidad con una duración actual o esperada de seis meses o menos”.¹⁶⁷⁶ También la ADAAA establece diversas reglas para determinar si una enfermedad o incapacidad es una discapacidad y destaca: “(D) Una incapacidad que es episódica

¹⁶⁷¹ DILLER (2000), p. 29; AREHEART (2008), p. 181; BUONOCORE (2014), pp. 11 y ss.; ONTIVEROS *et al.* (2021), p. 755.

¹⁶⁷² 42 U.S.C. § 12102.

¹⁶⁷³ ONTIVEROS *et al.* (2021), p. 756.

¹⁶⁷⁴ ONTIVEROS *et al.* (2021), p. 756.

¹⁶⁷⁵ 42 U.S.C. § 12102(2).

¹⁶⁷⁶ 42 U.S.C. § 12102(3)(B).

o es en remisión de una discapacidad si sustancialmente limitara una principal actividad de la vida cuando está activa; (E)(i) La determinación de si una incapacidad limita sustancialmente una actividad principal de la vida se hará sin considerar los efectos de mejora de las medidas de mitigación [...]”.¹⁶⁷⁷

La regulación de la EEOC para implementar la ADAAA entró en vigencia el 25 de marzo de 2011, destacando el concepto de diversos impedimentos: “Diversos impedimentos formarán parte consistentemente de la definición de ‘discapacidad’, incluyendo sordera, ceguera, discapacidad intelectual, extremidades faltantes total o parcialmente, impedimentos de movilidad que requieren el uso de silla de ruedas, autismo, cáncer, parálisis cerebral, diabetes, epilepsia, sida/VIH, esclerosis múltiple, distrofia muscular, depresión mayor, trastorno bipolar, trastorno de estrés postraumático, trastorno obsesivo compulsivo, y esquizofrenia”.¹⁶⁷⁸ También la EEOC define “impedimento físico” como “cualquier condición o trastorno físico, pérdida cosmética, desfiguración anatómica, que afecta uno o más sistemas corporales, como neurológicos, musculoesqueléticos, sentido espacial, respiratorios (incluyendo órganos del habla), cardiovascular, reproductivo, digestivo, genitourinario, inmune, circulatorio, hemático, linfático, piel y endocrino”.¹⁶⁷⁹

Esta normativa deja en claro que las enfermedades que limitan sustancialmente una o más actividades principales de la vida de forma duradera, por más de seis meses, constituyen discapacidad. Si bien la doctrina que ha estudiado la jurisprudencia posterior a la ADAAA reconoce que, en la mayoría de casos, se ha aplicado la normativa de la ADAAA, también hay numerosos casos en que se sigue omitiendo su aplicación y se recurre a la antigua jurisprudencia restrictiva sobre la discapacidad.¹⁶⁸⁰

Existen diversos pronunciamientos que han reconocido enfermedades como discapacidad. En el caso de la obesidad, se han discutido los requisitos que debe reunir para ser discapacidad.¹⁶⁸¹

¹⁶⁷⁷ 42 U.S.C. § 12102(4)(D)(E).

¹⁶⁷⁸ 29 C.F.R. § 1630.2(j)(3).

¹⁶⁷⁹ 29 C.F.R. § 1630.2(h)(1).

¹⁶⁸⁰ Para un estudio en detalle sobre la materia véase BEFORT (2013), pp. 2029-2071; BUONOCORE (2014), pp. 19-47; BUONOCORE (2019), pp. 383-414.

¹⁶⁸¹ ONTIVEROS *et al.* (2021), pp. 767-768.

Cierta jurisprudencia considera que la obesidad extrema, sin evidencia de una condición fisiológica subyacente, es una incapacidad física que afecta actividades principales de la vida, por lo tanto, es una discapacidad, de modo que el empleador no puede adoptar una acción adversa fundada en esa discapacidad, a menos que el trabajador no pueda ejecutar las funciones del trabajo de forma segura, inclusive con acomodación que es carga injustificada;¹⁶⁸² en cambio, otra jurisprudencia considera que la obesidad es una incapacidad si es causada por una incapacidad o condición fisiológica.¹⁶⁸³

Del mismo modo, la infección con VIH se ha considerado discapacidad si afecta una actividad principal de la vida. En *Bragdon v. Abbott*, la Corte Suprema determinó que un individuo que dio positivo a VIH asintomático tenía una discapacidad, como define la ADA, porque su función limitaba sustancialmente la actividad principal de la vida de la reproducción.¹⁶⁸⁴ En tanto no resulta claro de la decisión de la Corte Suprema si todas las personas que dan positivo para VIH deberían ser automáticamente consideradas discapacitadas, sí es claro que quienes están en edad reproductiva, cuyas decisiones reproductivas son afectadas por esa enfermedad, están protegidos por la ADA.¹⁶⁸⁵ El despido por VIH positivo de un abogado se ha considerado discriminación directa, porque el VIH no impide ejercer la profesión de abogado de forma segura.¹⁶⁸⁶ Igualmente, en diversos casos, los tribunales han resuelto que no se les puede revocar la oferta de trabajo a los postulantes a quienes el empresario les exige exámenes previos al empleo y dan positivo de VIH cuando no constituye una directa amenaza para la seguridad y salud; si esto ocurre, constituye discriminación directa por discapacidad.¹⁶⁸⁷

Si bien las enfermedades mentales, como la depresión, que afectan una principal actividad de la vida, son discapacidad, los estudios sobre la jurisprudencia demuestran que los casos de

¹⁶⁸² *Richardson v. Chicago Transit Authority*, 926 F.3d 881, 889 (7th Cir. 2019), que cita diversos casos de tribunales de distrito en el mismo sentido.

¹⁶⁸³ *Francis v. City of Meriden*, 129 F.3d 281 (2nd Cir. 1997); *EEOC v. Watkins Motor Lines, Inc.*, 463 F.3d 436 (6th Cir. 2006); *Morriss v. BNSF Ry. Co.*, 817 F.3d 1104 (8th Cir. 2016).

¹⁶⁸⁴ *Bragdon v. Abbott*, 524 U.S. 624 (1998).

¹⁶⁸⁵ HOFFMAN (2001), pp. 548-549.

¹⁶⁸⁶ *Doe v. Kohn Nast & Graf, P.C.*, 866 F. Supp.190 (E.D. Pa., 1994).

¹⁶⁸⁷ *EEOC v. Dolphin Cruise Line, Inc.*, 945 F. Supp. 1550 (S.D. Fla. 1996); *Doe v. District of Columbia*, 796 F. Supp. 559 (D.D.C. 1992).

discriminación por incapacidad mental son menos acogidos que la discriminación por incapacidad física.¹⁶⁸⁸

3.3. La enfermedad y las condiciones de salud como causa de discriminación en el empleo en España

Ni los reconocimientos médicos ni sus resultados pueden utilizarse para discriminar a candidatos y trabajadores con enfermedad ni con otro problema de salud. El artículo 2.1 de la Ley 15/2022 contempla como prohibición que “nadie podrá ser discriminado por razón de [...] enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos”. De esta forma, estos atributos protegidos independientes se incorporan a la legislación antidiscriminación en el empleo, aunque no están consagrados expresamente en el artículo 14 de la CE ni en el artículo 17 del ET ni en el artículo 2.2 de la Directiva 2000/78.¹⁶⁸⁹

3.3.1. *La enfermedad como causa de discriminación en el empleo*

Antes de la Ley 15/2022, la enfermedad podía ser causa de discriminación cuando reunía las exigencias de la discapacidad, especialmente duradera o con efectos duraderos, posición que defiende un sector de la jurisprudencia doméstica¹⁶⁹⁰ y la jurisprudencia del TJUE.¹⁶⁹¹ No obstante descartar que la enfermedad pueda considerarse como una causa autónoma de discriminación, inclusive el Tribunal Constitucional sostenía que puede ser una causa de discriminación “cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación, basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece”.¹⁶⁹² El problema que plantea la enfermedad es cómo definirla; una posibilidad es recurrir al *Diccionario de la lengua* de la Real Academia Española, que define el término “enfermedad” como “Estado producido en un ser vivo por la alteración de la función de uno de sus órganos o de todo el organismo”, esto es, en términos

¹⁶⁸⁸ SWANSON *et al.* (2006), pp. 96-139; BEFORT Y BUONOCORE (2021), p. 257.

¹⁶⁸⁹ AGUILERA (2023), p. 44.

¹⁶⁹⁰ STS, 21 de septiembre de 2017, Rec. N° 782/2016; STS, 14 de marzo de 2018, Rec. N° 2766/2016.

¹⁶⁹¹ STJUE, 1 de diciembre de 2016, C-395/15; STJUE, 9 de marzo de 2017, C-406/2015; STJUE, 18 de enero de 2018, C-270/2016.

¹⁶⁹² STC 62/2008, de 26 de mayo de 2008.

amplios. Esto puede generar problemas de interpretación y aplicación de la Ley 15/2022, para determinar en un caso concreto cuándo un problema de salud es enfermedad.¹⁶⁹³

La discriminación por enfermedad se configurará cuando el candidato o trabajador padece o ha padecido una enfermedad que sea tomada por el empresario como un elemento de exclusión o segregación, lo que ocurrirá cuando se excluye del empleo a un candidato o se extingue su contrato de trabajo por el simple hecho de estar enfermo, aunque esta enfermedad no le impida desempeñar el trabajo de forma segura.¹⁶⁹⁴ De este modo, si los resultados de los reconocimientos médicos demuestran que el candidato o trabajador padece una enfermedad, pero que no le impide tener la aptitud para ejecutar las funciones esenciales del puesto de trabajo de forma segura, el empresario no puede negar el empleo ni extinguir el contrato de trabajo a causa de la enfermedad y si no hace, incurre en discriminación por razón de la enfermedad.¹⁶⁹⁵

Una cuestión que ha planteado problemas en la etapa precontractual es si el empleador puede requerir a los candidatos exámenes de diagnóstico de la enfermedad covid-19, como la PRC. La respuesta es sí cuando persigue preservar la salud de los trabajadores y/o el público y evitar el contagio, por tratarse de un supuesto de obligatoriedad de los reconocimientos médicos en conformidad con el artículo 22 de la LPRL.¹⁶⁹⁶ En caso de que el resultado del examen detecte que el candidato padece covid-19, el empleador no podrá denegar o revocar la oferta de trabajo por esa circunstancia, puesto que se trata de una enfermedad pasajera que no impide desempeñar el trabajo una vez superada; solamente puede retrasar la incorporación al empleo hasta que esté recuperado.¹⁶⁹⁷ Por el contrario, si el hecho de que el candidato ha padecido o padece la enfermedad covid-19 fuera la causa para no contratarlo, se está ante un supuesto de discriminación por razón de enfermedad, ya que se han utilizado los resultados de los reconocimientos médicos para fines ilegales.¹⁶⁹⁸

¹⁶⁹³ AGUILERA (2023), p. 47.

¹⁶⁹⁴ AGUILERA (2023), pp. 48-49.

¹⁶⁹⁵ AGUILERA (2023), pp. 48-49.

¹⁶⁹⁶ AGUILERA (2023), p. 114.

¹⁶⁹⁷ AGUILERA (2023), p. 116.

¹⁶⁹⁸ AGUILERA (2023), p. 116.

Asimismo, se ha considerado que la enfermedad es discriminatoria cuando es la causa de la extinción del contrato de trabajo, aunque no impida al trabajador desempeñar el trabajo de forma segura permanentemente.¹⁶⁹⁹ A propósito del covid-19, algunos pronunciamientos han considerado discriminatorio el despido por la enfermedad covid-19, calificada de “enfermedad estigmatizante”.¹⁷⁰⁰ La sentencia del Juzgado de lo Social N° 9 de Murcia, de 10 de diciembre de 2020, declaró nulo el despido de una trabajadora en situación de incapacidad temporal por covid-19, por el mero hecho de que la trabajadora que prestaba servicios de atención al público en una carnicería era sospechosa de portar una enfermedad infecciosa y altamente contagiosa: “Es indiferente que la enfermedad sea duradera o no, o que tenga cura o no. Lo relevante es el temor estigmatizante que genera en los demás, al menos durante el tiempo en que hay riesgo de contagio. Y en el presente caso hay prueba suficiente para estimar que la empresa acordó el despido de la trabajadora, no porque estuviera de baja, sino porque era sospechosa de haberse contagiado de coronavirus y podía ser percibida por terceras personas como un foco de riesgo de contagios. [...] Todo conduce a pensar que la empresa había decidido despedir a la trabajadora por temor a las consecuencias que podrían derivarse del hecho de que una de las empleadas de atención al público en la sección de carnicería estuviera infectada por una enfermedad altamente contagiosa y que estaba (y está) generando una gran alarma social”.¹⁷⁰¹

¹⁶⁹⁹ PÉREZ (2022), pp. 85-87; AGUILERA (2023), p. 49.

¹⁷⁰⁰ PÉREZ (2022), p. 86; AGUILERA (2023), p. 49.

¹⁷⁰¹ Procedimiento N° 275/2020, AS 2021/2. Frente a esta sentencia se interpuso recurso de suplicación que fue desestimado por STSJ de Murcia de 19 de octubre de 2021, Rec. N° 339/2021, que pone de relieve: “No se ha despedido a la trabajadora (como también acontece en el caso de litis) por el mero hecho de encontrarse en situación de IT, no por la mayor o menor duración del periodo de cuarentena o por la baja rentabilidad que pueda suponer para la empresa. El verdadero motivo del despido (se advierte) es el hecho de que la trabajadora, que prestaba servicios de atención al público, era sospechosa de portar una enfermedad infecciosa y altamente contagiosa. Y esta circunstancia se puede equiparar a la de enfermedad estigmatizante, es decir, enfermedad que produce en terceras personas actitudes de rechazo, reparo o miedo. Hay que tener en cuenta (avanza la Sala en su razonamiento) el momento en que se produce el despido (20 de abril de 2020). En dicha fecha solo había pasado un mes de la declaración del estado de alarma y había una situación sin precedentes de temor generalizado a contagios masivos (que al día de hoy todavía perdura). Es indiferente que la enfermedad sea duradera o no, o que tenga cura o no. Lo relevante es el temor estigmatizante que genera en los demás, al menos durante el tiempo en que hay riesgo de contagio. Y en el presente caso (se concluye) hay prueba suficiente para estimar que la empresa acordó el despido de la trabajadora, no porque estuviera de baja, sino porque era sospechosa de haberse contagiado de coronavirus y podía ser percibida por terceras personas como un foco de riesgo de contagios. Recordemos que ha decidido despedir a la trabajadora por temor a las consecuencias que podrían derivarse del hecho de que una de las empleadas de atención al público en la sección de carnicería estuviera infectada por una enfermedad altamente contagiosa y que estaba (y está) generando una gran alarma social”.

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Juzgado de lo Social N° 1 de Mataró, de 1 de febrero de 2021,¹⁷⁰² al entender que ha quedado probado que la empresa acordó el despido el 27 de marzo de 2020, no porque estuviera de baja médica, sino por sospecha de haberse contagiado de covid-19, lo que podía ser percibido por terceras personas como foco de riesgo de contagio tras dos semanas de la declaración del estado de alarma, cuando había una situación sin precedentes de temor generalizado y estigmatizante frente a contagios masivos, al menos durante el tiempo de riesgo de contagio. Esta posición ha sido reiterada por algunas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia.¹⁷⁰³

En materia de despido de un trabajador durante una incapacidad temporal, se discute si el mero hecho de despedir a un trabajador que tiene su contrato suspendido por incapacidad temporal constituye un indicio suficiente de discriminación por discapacidad o si, por el contrario, el trabajador debe acreditar que la enfermedad constituyó el elemento de exclusión o segregación. Antes de la Ley 15/2022, existían dos posiciones jurisprudenciales.

La primera postura, que mantienen el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, sostiene que el despido por enfermedad es discriminatorio cuando la enfermedad es el elemento de segregación, el motivo de la extinción del contrato de trabajo, sin relación con otras consideraciones vinculadas a la aptitud, la cualificación y las competencias del trabajador enfermo.¹⁷⁰⁴ De esta forma, para esta posición el mero despido de un trabajador que está en incapacidad temporal no es suficiente indicio de discriminación por enfermedad.¹⁷⁰⁵

La segunda postura doctrinal considera que el despido de un trabajador en situación de baja temporal, sin constar ningún otro motivo para el despido, constituye una causa de discriminación, pues entiende que el despido durante la suspensión por incapacidad temporal revela la estigmatización del trabajador enfermo.¹⁷⁰⁶

¹⁷⁰² AS 2021/46.

¹⁷⁰³ STSJ Islas Canarias, 23 de diciembre de 2021, Rec. N° 1315/2021; STSJ de Cataluña, de 27 de julio de 2022, Rec. N° 2726/2022.

¹⁷⁰⁴ AGUILERA (2023), p. 54. Un resumen de sentencias que sostienen esta posición véase en ARIAS (2024), pp. 6-7.

¹⁷⁰⁵ AGUILERA (2023), p. 54; GARCÍA (2023), p. 213.

¹⁷⁰⁶ STSJ de Galicia, 28 de marzo de 2019, Rec. N° 2467/2018; AGUILERA (2023), pp. 55-56.

La Ley 15/2022 parece no modificar la situación precedente; simplemente agrega la enfermedad como una causa de discriminación independiente de la discapacidad, para acabar con las dudas que existían antes en la jurisprudencia sobre si la enfermedad podía ser una causa de discriminación o no.¹⁷⁰⁷ Cierta jurisprudencia que ha aplicado dicha ley se inclina por la posición de la declaración de nulidad automática del despido fundado en la incapacidad temporal por enfermedad, el cual se considera discriminatorio;¹⁷⁰⁸ en cambio, otra jurisprudencia, que parece ser mayoritaria, postula que no es posible dar por configurada la discriminación por la mera situación de incapacidad temporal, por lo que el demandante debe acreditar la enfermedad y que fue la causa del despido, como un factor estigmatizante, esto es, que la enfermedad fue el móvil, el motivo del despido, para lo cual puede valerse de la prueba indiciaria.¹⁷⁰⁹

3.3.2. *La condición de salud, el estado serológico y la predisposición genética como causas de discriminación en el empleo*

El artículo 2 de la Ley 15/2022 no incluye solo la enfermedad como causa de discriminación, también la condición de salud, el estado serológico y la predisposición genética, lo que no se define por la ley.

La condición de salud “será un determinado estado o situación que afecta el organismo de una persona. Podemos decir, desde el punto de vista laboral, que es una determinada característica del estado fisiológico o morfológico de una persona que puede derivar en una enfermedad y, por tanto, en una incapacidad temporal o permanente para trabajar”.¹⁷¹⁰ Se trata de determinadas patologías, dolencias y lesiones que pueden originar la aparición de una enfermedad o no, pero que no tienen por qué comportar limitaciones en la vida profesional, aunque en determinados componentes pueden dar lugar a la incapacidad temporal.¹⁷¹¹ La condición de salud puede actuar

¹⁷⁰⁷ ÁLVAREZ (2022), p. 108; AGUILERA (2023), p. 57. En sentido contrario: GOÑI (2022), p. 20.

¹⁷⁰⁸ Sentencia del Juzgado de lo Social de Granada, 15 de febrero de 2023, Procedimiento N° 753/2022; STSJ de Islas Baleares, 24 de enero de 2023, Rec. N° 407/2022.

¹⁷⁰⁹ STSJ Cataluña, 3 de noviembre de 2022, Rec. N°5141/2022; sentencia del Juzgado de lo Social N° 1 de Mieres, 14 de febrero de 2023, Rec. N° 64/2023; sentencia del Juzgado de lo Social N° 1 de Mieres, 14 de febrero de 2023, Rec. N° 23/2023; STSJ Castilla-La Mancha, 05 de octubre de 2023, Rec. N°571/2023; STSJ Madrid, 7 de marzo de 2024, Rec. N° 817/2023. Un análisis de la jurisprudencia sobre los requisitos de la discriminación directa por enfermedad véase en ALONSO *et al.* (2024), pp. 74-79, 83-85.

¹⁷¹⁰ AGUILERA (2023), p. 67.

¹⁷¹¹ AGUILERA (2023), p. 67.

como factor de exclusión o marginación sin que realmente afecte la aptitud psicofísica inherente para realizar las funciones del cargo de forma segura, es decir, puede actuar como un factor estigmatizante.¹⁷¹²

De esta forma, pueden incluirse en la condición de salud situaciones que en la jurisprudencia se ha discutido si son discapacidad o no. En la jurisprudencia nacional no se había considerado la obesidad como discapacidad, habiéndose rechazado la discriminación;¹⁷¹³ en cambio, la jurisprudencia del TJUE ha considerado que la obesidad puede ser discapacidad cuando limita la participación efectiva y plena.¹⁷¹⁴ Bajo la Ley 15/2022 el sobrepeso o la obesidad son condiciones de salud que pueden dar origen a la discriminación,¹⁷¹⁵ lo que ya estaba consagrado en el artículo 37 de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad Alimentaria y Nutrición, que prohíbe la discriminación directa e indirecta por razón de sobrepeso u obesidad, siendo nulos los actos que vulneran esta prohibición.

Igualmente, otras condiciones de salud pueden tener un efecto discriminatorio, cuando son conocidas por el empleador. La sentencia del Juzgado de lo Social N° 26 de Barcelona, de 14 de diciembre de 2020, proporciona un ejemplo al respecto. Se trataba de una trabajadora que padecía diabetes, hipertensión y miocardiopatía, condiciones de salud que no comportaban ningún tipo de limitación funcional para el desarrollo de su profesión habitual de telefonista y no constaba que la empresa tuviera conocimiento de los diagnósticos concretos, únicamente de la consideración de la trabajadora como integrante del colectivo de riesgo frente al covid-19. La trabajadora comunicó a la empresa su condición de paciente de riesgo frente al covid-19 e insistió en que le certificaran los riesgos del puesto de trabajo para obtener la baja médica en atención a su condición. La empresa la despidió por inasistencias injustificadas a pesar de que la trabajadora había comunicado que no podía asistir al trabajo por ser paciente de riesgo frente al covid-19, despido que se consideró discriminatorio por la condición de salud comunicada.¹⁷¹⁶

¹⁷¹² AGUILERA (2023), p. 67.

¹⁷¹³ STSJ de Valencia, 9 de mayo de 2012, Rec. N°823/2012.

¹⁷¹⁴ SJUE, 18 de diciembre de 2014, C-354/2013.

¹⁷¹⁵ AGUILERA (2023), p. 70.

¹⁷¹⁶ Sentencia del Juzgado de lo Social N° 26 de Barcelona, 14 de diciembre de 2020, Procedimiento N° 494/2020.

El artículo 2 de la Ley 15/2022 prohíbe, asimismo, la discriminación por razón de estado serológico. “El estado serológico es la situación en la cual una persona tiene o no tiene anticuerpos detectables contra un antígeno específico, medidos con un análisis de sangre (una prueba serológica). Por ejemplo, el covid-19, el VIH seropositivo significa que una persona tiene anticuerpos detectables contra el VIH; seronegativo significa que una persona no tiene anticuerpos detectables contra el VIH”.¹⁷¹⁷ La nueva regulación de la Ley 15/2022 no supone mayor protección, pues la discriminación por estado serológico hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2022 era un supuesto incluido en la discriminación por enfermedad por el carácter estigmatizante, como el sida, por ejemplo.¹⁷¹⁸ El despido de un trabajador por ser portador del VIH ha sido considerado discriminatorio por razón de enfermedad, al tener un carácter estigmatizante.¹⁷¹⁹

El artículo 2.1 de la Ley 15/2022 también incluye como causa de discriminación la predisposición genética a sufrir patologías o trastornos. “La predisposición genética puede ser definida como una mayor probabilidad de desarrollar en un futuro una determinada enfermedad basada en las circunstancias genéticas de una persona”.¹⁷²⁰ Si se niega el empleo o se procede al despido por una situación de salud que no se manifiesta y que “se basa bien en la realización de pruebas genéticas a partir de las cuales se puede deducir que hay una mayor probabilidad de desarrollar una enfermedad en el futuro, o bien en la sospecha de que existe esa mayor probabilidad por diversos motivos como los antecedentes familiares, la razón o la edad”,¹⁷²¹ se está ante un caso de discriminación por predisposición genética. No existen pronunciamientos judiciales en los que la predisposición genética haya sido la causa de extinción del contrato de trabajo o condición para no otorgar un empleo.¹⁷²²

En consecuencia, si el empleador no otorga el empleo o despide al trabajador por razón de discapacidad, enfermedad, condición de salud, estado serológico o predisposición genética, que

¹⁷¹⁷ AGUILERA (2023), p. 72. En similares términos ALONSO *et al.* (2024), p. 54.

¹⁷¹⁸ AGUILERA (2023), p. 72.

¹⁷¹⁹ Sentencia del Juzgado de lo Social N° 3 de Castellón de La Plana, 7 de junio de 2005, Procedimiento N° 128/2004 (AS 2005/2559).

¹⁷²⁰ AGUILERA (2023), p. 76.

¹⁷²¹ AGUILERA (2023), p. 76.

¹⁷²² AGUILERA (2023), p. 76.

no obstan para desempeñar el trabajo de forma segura, incurrirá en discriminación. Por lo tanto, los reconocimientos médicos deben demostrar que la condición de salud impide desempeñar el trabajo de forma segura; por el contrario, si no acreditan la inhabilidad para el trabajo, existirán riesgos de discriminación.

4. Discriminación por sexo o embarazo en los reconocimientos médicos

Ni los reconocimientos médicos ni sus resultados pueden ser utilizados para discriminar a postulantes o trabajadores por sexo o embarazo, atributos protegidos por la legislación antidiscriminación en las legislaciones domésticas examinadas.

4.1. Discriminación por sexo o embarazo en los reconocimientos médicos en Australia

En Australia la discriminación directa e indirecta por sexo y/o embarazo se encuentra prohibida tanto en la legislación antidiscriminación federal¹⁷²³ como estatal.¹⁷²⁴ Se considera que los reconocimientos médicos que persiguen determinar el embarazo o capacidad reproductiva con fines diferentes a los que admite la legislación –por ejemplo, para excluir a mujeres por el posible riesgo de la capacidad reproductiva por exposición a sustancias peligrosas, cuando no existe evidencia de que el riesgo es actual y cierto– infringen la prohibición de discriminación directa por sexo.¹⁷²⁵

En *Human Rights and Equal Opportunity Commission v. Mount Isa Mines Ltd* (1993), la Corte Federal acogió una acción de discriminación directa en el empleo por sexo debido a la exclusión basada en un código de conducta de la autoridad de seguridad de Australia, WorkSafe, de mujeres embarazadas y en edad reproductiva en trabajos que involucraban alta exposición al plomo, pese a no existir suficiente evidencia médica que demostrara que la exposición constituía un riesgo actual y directo a la capacidad reproductiva de la mujer.¹⁷²⁶

¹⁷²³ Sex Discrimination Act 1984 (Cth), ss. 5 y 7.

¹⁷²⁴ Discrimination Act 1991 (ACT), ss. 7, 8 y 10; Anti-Discrimination Act 1977 (NSW), ss. 24 y 25; Equal Opportunity Act 1984 (SA), ss. 29 y 30; Anti-Discrimination Act 1998 (Tas), ss. 14, 15 y 16; Anti-Discrimination Act 1991 (Qld), ss. 7, 9, 10 y 11; Anti-Discrimination Act 1992 (NT), ss. 19 y 20; Equal Opportunity Act 2010 (Vic), ss. 6, 7, 8 y 9; Equal Opportunity Act 1984 (WA), ss. 8, 10 y 11.

¹⁷²⁵ FOSTER (2016), pp. 605-609.

¹⁷²⁶ *Human Rights and Equal Opportunity Commission v. Mount Isa Mines Ltd* (1993) 46 FCR 301.

Luego de este pronunciamiento, se modificó la regulación de seguridad y salud en el trabajo, y dejó de excluirse a mujeres en edad reproductiva de trabajos con exposición al plomo, aunque sí se considera esta circunstancia a propósito de la vigilancia de la salud de trabajadores expuestos al plomo. De este modo, se distingue entre la exposición de trabajadores hombres y mujeres y, además, se ordena la remoción del trabajo con exposición al plomo si la vigilancia de la salud revela exposición sobre ciertos niveles, para “mujeres sin capacidad reproductiva y hombres: 50 µg/dL (2.42 µmol/L); para mujeres en capacidad reproductiva: 20 µg/dL (0.97 µmol/L)”.¹⁷²⁷

En consecuencia, los resultados de reconocimientos médicos sobre embarazo o capacidad reproductiva no pueden ser utilizados como base de una acción de empleo adversa en perjuicio de las postulantes y trabajadoras mujeres si no existe un riesgo actual y efectivo contra la salud y seguridad, aunque pueden usarse para adoptar medidas en beneficio de la mujer o del feto, como lo es la vigilancia de la salud.

4.2. Discriminación por sexo o embarazo en los reconocimientos médicos en Estados Unidos

La ley federal prohíbe la discriminación en el empleo debido a características específicas, incluyendo el sexo y el embarazo,¹⁷²⁸ aunque, a diferencia de la ADA, no proporciona una definición legal de discriminación, si bien se acepta que sanciona la discriminación directa y la discriminación indirecta.¹⁷²⁹

En *Teamsters v. United States*,¹⁷³⁰ la Corte Suprema norteamericana resumió las dos teorías básicas de discriminación, en las cuales se basa la mayoría de la jurisprudencia sobre la discriminación en el trabajo, tratamiento desigual e impacto desigual:¹⁷³¹ “El tratamiento desigual es el tipo de discriminación más fácil de entender. El empleador simplemente trata a algunas personas menos favorablemente que a otras debido a su raza, color, sexo, religión o nacionalidad de origen. La prueba del motivo discriminatorio es crítica, aunque en algunas situaciones puede inferirse por el mero hecho de la diferencia en el tratamiento. [...] Demandas

¹⁷²⁷ Work Health and Safety Regulation 2011 (NSW), Regs. 394 y 417.

¹⁷²⁸ 42 U.S.C. § 2000e; 42 U.S.C. § 2000e-2.

¹⁷²⁹ ONTIVEROS *et al.* (2021), p. 87.

¹⁷³⁰ *Teamsters v. United States*, 431 U.S. 324 (1977).

¹⁷³¹ ONTIVEROS *et al.* (2021), p. 87.

de tratamiento desigual pueden distinguirse de demandas de impactos desiguales. Las últimas involucran prácticas de empleo que son facialmente neutrales en su aplicación a diferentes grupos, pero en los hechos afectan más duramente a un grupo que a otro y esto no puede justificarse en la necesidad del negocio. La prueba del motivo discriminatorio no es requerida bajo la teoría del impacto desigual”.¹⁷³²

La jurisprudencia ha considerado discriminatorios con base en el sexo o el embarazo diversos reconocimientos médicos que no persiguen fines legítimos. La discriminación directa por sexo ha tenido lugar cuando existen políticas laborales basadas en el sexo que excluyen a ciertas categorías de trabajadoras, políticas que no tienen fundamento en la cualificación ocupacional de buena fe (BFOQ) razonablemente necesaria para la operación normal de un negocio o empresa particular.¹⁷³³ En *Internacional Union, United Automobile Workers v. Johnson Controls* se declaró que la política de protección fetal basada en el género, que excluía a trabajadoras mujeres fértiles de ciertos trabajos debido a la preocupación del empleador por la salud del posible feto, constituye discriminación directa por sexo.¹⁷³⁴ La empresa solo puede excluir a trabajadoras mujeres cuando el sexo o embarazo interfiere actualmente con la habilidad de la trabajadora para realizar el trabajo de forma segura, lo que constituye una BFOQ.¹⁷³⁵ Sin embargo, si se acreditan los requisitos de la discriminación directa y la empresa no puede establecer una BFOQ, corresponderá acoger la demanda de discriminación laboral. En el caso en cuestión, Johnson Controls no pudo acreditar que la exclusión de mujeres fértiles de la manufactura de baterías constituía una BFOQ, puesto que las preocupaciones éticas y morales sobre el bienestar de la próxima generación no era suficiente para establecer como BFOQ la esterilidad femenina para poder trabajar en la fabricación de las baterías. La decisión sobre el bienestar de los futuros niños debe encomendarse a los padres, quienes los conciben, los tienen, los apoyan y los crían antes que los empleadores que contratan a los padres. De esta forma, la legislación antidiscriminación no permite el despido de mujeres trabajadoras debido a su fracaso

¹⁷³² *Teamsters v. United States*, 431 U.S. 324, 335 n. 15, 97 S.Ct. 1843, 1854 n.15 (1977).

¹⁷³³ 42 U.S.C. § 2000e-2(e)(1).

¹⁷³⁴ *Internacional Union, United Automobile Workers v. Johnson Controls*, 499 U.S. 187, 111 S.Ct. 1196 (1991).

¹⁷³⁵ *Dothard v Rawlinson*, 433 U.S. 321, 97 S.Ct. 2720 (1977); *Burwell v. Eastern Air Lines, Inc.*, 633 F.2d 361 (4th Cir. 1980).

de someterse a esterilización y no demostración de ello al empleador con resultados de reconocimientos médicos.¹⁷³⁶

La discriminación indirecta y su carga de la prueba actualmente se encuentran en la legislación.¹⁷³⁷ Los test de habilidad física, que en ocasiones pueden ser reconocimientos médicos,¹⁷³⁸ pueden constituir discriminación indirecta por sexo en perjuicio de postulantes y trabajadoras del sexo femenino, cuando se aplican por igual a todos los postulantes y trabajadores, pero excluyen del empleo a un grupo significativo de mujeres, sin que el empleador pueda justificar el test en cuestión en una necesidad de la empresa.¹⁷³⁹ Así, se ha resuelto que el examen de habilidades físicas para ingresar al Departamento de Bomberos de Chicago constituye una discriminación indirecta en perjuicio de las mujeres que postularon al cargo de paramédico. Cinco mujeres postulantes no aprobaron dicho examen; en cambio, los hombres postulantes en porcentaje significativamente mayor lo aprobaron. La ciudad de Chicago no justificó el examen en cuestión en la necesidad de la empresa, que era determinar la aptitud para realizar las funciones esenciales de modo seguro.¹⁷⁴⁰ En términos similares se han pronunciado los tribunales a propósito de exámenes de agilidad física previo al empleo o como condición para cambio de cargo, que no persiguen un fin que se justifique en la necesidad de la empresa.¹⁷⁴¹ En cambio, otros test de habilidad física, exigidos a candidatos a oficiales de policía o que están en ese cargo, se han considerado no discriminatorios, fundado en que persiguen determinar la aptitud para desempeñar funciones de policía inherentes al cargo y en que no impactan desproporcionadamente en perjuicio de las mujeres.¹⁷⁴²

En 1978 se aprobó la Ley de Discriminación por Embarazo, que proporcionó una definición de los términos “debido al sexo” y “en base al sexo”, y deja en claro que “ellos comprenden, pero no están limitados, debido a o en base al embarazo, parto o condiciones médicas relacionadas, y mujeres afectadas por el embarazo, parto o condiciones médicas relacionadas deberán ser

¹⁷³⁶ *Internacional Union, United Automobile Workers v. Johnson Controls*, 499 U.S. 187, 111 S.Ct. 1196 (1991).

¹⁷³⁷ 42 U.S.C. § 2000e-2(k).

¹⁷³⁸ Véase Capítulo I, pp. 70-75.

¹⁷³⁹ *ONTIVEROS et al.* (2021), pp. 259-261.

¹⁷⁴⁰ *Ernst v. City of Chicago*, 837 F.3d 788, (7th Cir., 2016).

¹⁷⁴¹ *Berkman v. City of New York*, 536 F. Supp. 177 (E.D.N.Y 1982).

¹⁷⁴² *Lanning v. SEPTA*, 181 F.3d 478, 481 (3rd Cir. 1999); *Lanning v. SEPTA*, 308 F.3d 296 (3rd Cir. 2002); *Lopez v. City Lawrence*, 823 F.3d 102 (1st Cir. 2016).

tratadas de igual forma para todos los propósitos relacionados con el empleador que otras personas que no están afectadas por esas condiciones, pero están en similar condición en su capacidad o incapacidad para trabajar”.¹⁷⁴³

La ley federal prohíbe la acción adversa del empleador contra trabajadoras o postulantes debido a su embarazo e impide los reconocimientos médicos con ese propósito, esto es, para incurrir en discriminación directa por embarazo.¹⁷⁴⁴ En estos casos la demandante debe probar: (1) que ella estaba embarazada; (2) que ella era calificada para el trabajo; (3) que ella sufrió una decisión de empleo adversa, y (4) que existe una conexión entre su embarazo y la decisión de empleo adversa.¹⁷⁴⁵ Los test de embarazo, por regla general, no revelan información que pueda ser utilizada legalmente por los empleadores, puesto que se prohíbe la discriminación contra la mujer debido a su embarazo.¹⁷⁴⁶ Por lo tanto, si el embarazo no impide desempeñar el trabajo de modo seguro, el empleador no puede establecer una política de protección final y rechazar contratar o despedir a una mujer embarazada cualificada debido al bienestar de su feto.¹⁷⁴⁷ Si el empleador no puede utilizar la información sobre el embarazo de la mujer en la contratación ni durante el empleo, puesto que no es un requisito inherente al trabajo ni está vinculado a la seguridad, está prohibido administrar test de embarazo y fundar decisiones perjudiciales para la mujer embarazada con base en los resultados de dichos test.¹⁷⁴⁸

Por el contrario, si el embarazo impide desempeñar el trabajo de forma segura, los test de embarazo serán procedentes, ya que persiguen fines propios de los reconocimientos médicos, inclusive para adoptar medidas de acomodación de la mujer embarazada, como reubicación en otro trabajo o acomodación de algunas condiciones laborales,¹⁷⁴⁹ como no levantar más de cierto peso,¹⁷⁵⁰ o bien excusarse de un examen de habilidad física mientras está embarazada.¹⁷⁵¹ Asimismo, cuando el embarazo tiene complicaciones para la mujer embarazada o el feto, los

¹⁷⁴³ 42 U.S.C. § 2000e(k).

¹⁷⁴⁴ ONTIVEROS *et al.* (2021), p. 408.

¹⁷⁴⁵ *Koch v. Lightning Transp., LLC*, 2015 WL 66971, *2 (M.D. Tenn. 2015); *Asmo v. Keane, Inc.*, 471 F.3d 588, 592 (6th Cir. 2006).

¹⁷⁴⁶ HOFFMAN (2001), p. 551.

¹⁷⁴⁷ *Internacional Union, United Automobile Workers v. Johnson Controls*, 499 U.S. (1991).

¹⁷⁴⁸ HOFFMAN (2001), p. 551.

¹⁷⁴⁹ *Legg v. Ulster County*, 820 F.3d 67, 75-78 (2nd Cir. 2016).

¹⁷⁵⁰ *Young v. United Parcel Service, Inc.*, 575 U.S. 206, 135 S.Ct 1338 (2015).

¹⁷⁵¹ *Thomas v. Florida Parishes Juvenile Justice Commission*, 2019 WL 118011 (E.D. La. 2019).

reconocimientos médicos pueden recomendar reubicaciones razonables, que se pueden sujetar a las reglas de la ADA y ADAAA, al considerarse ese tipo de embarazo una discapacidad,¹⁷⁵² por lo que si se infringe, en este caso, el deber de ajuste razonable, existirá discriminación por discapacidad por infracción del deber de ajuste razonable.¹⁷⁵³

4.3. Discriminación por sexo en los reconocimientos médicos en España

Se encuentra prohibida la discriminación en cualquiera de sus formas por razón del sexo, a nivel constitucional y legal, con ocasión de la aplicación de los reconocimientos médicos y de sus resultados.¹⁷⁵⁴ Asimismo, los reconocimientos médicos deben promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.¹⁷⁵⁵

Existen diversas normas sobre la igualdad de género que son aplicables a los reconocimientos médicos. El artículo 5.4 de la LPRL, a propósito de la prevención de riesgos laborales, dispone: “Las administraciones públicas promoverán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, considerando las variables relacionadas con el sexo tanto en los sistemas de recogida y tratamiento de datos como en el estudio e investigación generales en materia de prevención de riesgos laborales, con el objetivo de detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores”. El principio de la transversalidad de la dimensión de género está consagrado, en términos generales, en el artículo 15 de la LOIEMH: “El principio de transversalidad de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos”, y agrega: “Las Administraciones Públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades”.

¹⁷⁵² *Heatherly v. Portillo's Hot Dogs, Inc.*, 958 F. Supp.2d 913, 920-921 (N.D. Ill. 2013); *Oliver v. Scranton Materials, Inc.*, 2016 WL 3397679, at * 10-11 (M.D. Pa. 2016); *Mosby-Meachem v. Memphis Light, Gas & Water Division*, 883 F.3d 595 (6th Cir. 2018). Para un análisis sobre el embarazo como potencial discapacidad, véase: AREHEART (2016), pp. 1125 y ss.; WIDISS (2017), p. 1423 y ss.

¹⁷⁵³ *Mosby-Meachem v. Memphis Light, Gas & Water Division*, 883 F.3d 595 (6th Cir. 2018).

¹⁷⁵⁴ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), pp. 101-102.

¹⁷⁵⁵ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 102.

La prohibición de discriminación por razón de sexo en las pruebas médicas es especialmente relevante con respecto a los test de embarazo, los que no pueden ser obligatorios toda vez que serían discriminatorios en contra de las mujeres por causa del embarazo.¹⁷⁵⁶ Confirman la improcedencia de los test de embarazo dos argumentos. En primer lugar, la prohibición de trabajo durante el embarazo justificada en la salud no ampara la no contratación de una mujer en un contrato indefinido¹⁷⁵⁷ o temporal.¹⁷⁵⁸ En segundo lugar, la trabajadora no se encuentra obligada a comunicar al empresario su embarazo, ni aunque lo conociera cuando fue contratada¹⁷⁵⁹ o cuando accedió desde un permiso parental a una licencia de maternidad.¹⁷⁶⁰ Por ello se sostiene que los test de embarazo son discriminatorios en cualquier caso, al no poder fundar una negativa de acceso al empleo ni extinción del contrato de trabajo.¹⁷⁶¹

Del mismo modo, otros reconocimientos médicos que permiten detectar el embarazo no pueden fundamentar la no contratación ni la extinción del contrato de trabajo a causa del embarazo, sino medidas de acomodación del embarazo en conformidad con los artículos 8 de la LOIEMH y 26 de la LPRL.¹⁷⁶² El Real Decreto 1.696/2007, de 14 de diciembre, por el que se regulan los reconocimientos médicos de embarque marítimo, ofrece esta misma solución. En su artículo 6.6 dispone que ante la eventualidad de que “en el reconocimiento médico de embarque marítimo se detecte el estado de gestación de la solicitante, el médico reconocedor determinará la aptitud teniendo en consideración, por una parte, la condición biológica de esta y, por otra, las limitaciones impuestas por el puesto de trabajo a desempeñar a bordo”, y agrega: “Si la interesada recibe la calificación de no apta o apta con restricciones, y siempre que se trate de una tripulante en activo, el médico reconocedor lo pondrá en conocimiento del médico responsable de iniciar el trámite previsto en el artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”.

Igualmente, la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene importancia en la realización de pruebas sobre la capacidad reproductiva, las que deben llevarse a cabo sin

¹⁷⁵⁶ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 103.

¹⁷⁵⁷ STJUE, 3 de febrero de 2000, C-207/1998.

¹⁷⁵⁸ STJUE, 4 de octubre de 2001, C-109/2000.

¹⁷⁵⁹ STJUE, 4 de octubre de 2001, C-109/2000.

¹⁷⁶⁰ STJUE, 27 de febrero de 2003, C-302/014.

¹⁷⁶¹ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 104.

¹⁷⁶² LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 104; GARCÍA (2023), pp. 197-202.

distinción de sexos. Así lo pone de manifiesto el artículo 25.2 de la LPRL: “El empresario deberá tener en cuenta en las evaluaciones de los factores de riesgo que puedan incidir en la función de procreación de los trabajadores y trabajadoras, en particular por la exposición a agentes físicos, químicos y biológicos que puedan ejercer efectos mutagénicos o de toxicidad para la procreación, tanto en los aspectos de la fertilidad, como del desarrollo de la descendencia, con objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias”.

5. Infracción de la privacidad por reconocimientos médicos que persiguen fines distintos a los permitidos en la legislación

La privacidad ha sido objeto de diversos estudios y hay coincidencia en su contenido mínimo. Se puede considerar que este concepto comprende tres nociones de privacidad diferentes: la privacidad territorial (en un sentido espacial, relacionado con la propiedad), la privacidad personal (igualmente, en un sentido espacial que comprende libertades personales, como el movimiento y la expresión, pero también la privacidad corporal, y la libertad de ser registrado y examinado dentro de una determinada esfera personal), y la privacidad de la información (derivada de la dignidad inherente a cada individuo y a su relación con la información sobre sí mismo).¹⁷⁶³ Las dos últimas formas de privacidad se relacionan con los reconocimientos médicos.

La privacidad personal podría ser afectada cuando se obtiene una muestra corporal que requiere intervenir el cuerpo humano u observar una conducta privada, como orinar.¹⁷⁶⁴ La integridad o autonomía corporal se considera vulnerada cuando se realiza una intervención del cuerpo humano, por ejemplo, a través de un examen médico o vacuna, sin el consentimiento de la persona o contra la voluntad de la persona.¹⁷⁶⁵ También, cuando los reconocimientos médicos no persiguen un fin legítimo y atentan contra la privacidad en países donde esta se considera un derecho fundamental.¹⁷⁶⁶

¹⁷⁶³ GRANT *et al.* (2013), pp. 222.

¹⁷⁶⁴ NUÑEZ (2022), pp. 132-133.

¹⁷⁶⁵ NUÑEZ (2022), pp. 132-133.

¹⁷⁶⁶ NUÑEZ (2022), pp. 132-133.

Asimismo, la privacidad informacional se considera vulnerada cuando los reconocimientos médicos no persiguen un fin lícito permitido por el ordenamiento jurídico, inclusive si el trabajador aceptó someterse al reconocimiento médico.¹⁷⁶⁷ Esta infracción de la privacidad se reconoce en países en que la privacidad es un derecho fundamental.

A continuación, se analizará si en conformidad con la normativa doméstica de Australia, Estados Unidos y España la utilización de reconocimientos médicos con propósitos distintos a los reconocidos por el ordenamiento jurídico constituye una vulneración de la privacidad o no.

5.1. Infracción de la privacidad por reconocimientos médicos que persiguen fines distintos a los permitidos en la legislación de Australia

En Australia no se admite la vulneración de la privacidad del postulante o trabajador por el mero hecho de requerirle reconocimientos médicos con fines distintos a los admitidos por la legislación.¹⁷⁶⁸ Esto se debe a que no se reconoce el derecho a la privacidad en el contexto laboral, salvo la integridad y autonomía corporal por el *common law* y la privacidad informacional.¹⁷⁶⁹

No existe un derecho a la privacidad en la Constitución ni en otro cuerpo normativo. La protección de los derechos individuales bajo la Constitución australiana es muy limitada y no se extiende a los privados.¹⁷⁷⁰ Tampoco existe una carta de derechos fundamentales a nivel federal. Solamente dos jurisdicciones estatales australianas han promulgado cartas de derechos fundamentales, que incluyen el derecho a la privacidad: la Charter of Human Rights and Responsibilities Act 2006 (Victoria), sección 13, y la Human Rights Act 2004 (ACT), sección 12. Sin embargo, la protección de la privacidad ofrecida por estos dos instrumentos está restringida, puesto que no se reconoce una acción privada por vulneración de la privacidad.¹⁷⁷¹

¹⁷⁶⁷ NUÑEZ (2022), pp. 132-133.

¹⁷⁶⁸ FORSYTH (2014), pp. 194-198.

¹⁷⁶⁹ *Construction, Forestry, Maritime, Mining and Energy Union, Mr Matthew Howard v. Mt Arthur Coal Pty Ltd T/A Mt Arthur Coal* [2021] FWCFB 6059, [215]-[222]; *Construction, Forestry, Maritime, Mining and Energy Union & Ors v. BHP Coal Pty Ltd T/A BHP Billiton Mitsubishi Alliance / BMA & Ors* [2022] FWC 81, [146].

¹⁷⁷⁰ FORSYTH (2014), p. 194.

¹⁷⁷¹ FORSYTH (2014), p. 194.

A nivel del derecho consuetudinario (*common law*), la High Court de Australia ha sostenido que no existe un derecho general a la privacidad bajo el derecho australiano,¹⁷⁷² y solamente el derecho consuetudinario de daños y los principios de equidad sobre el uso de información confidencial proporcionan cierta protección a las personas contra la infracción del deber de confidencialidad de la información privada.¹⁷⁷³ Por tanto, no existe infracción al derecho consuetudinario cuando se utilizan los reconocimientos médicos para fines distintos a los permitidos por el ordenamiento jurídico, mediante los cuales el empleador obtiene información sobre la salud del trabajador no relacionada con el trabajo.

En conformidad con la Privacy Act de 1988 (Cth), que es una ley federal que se aplica a ciertos empleadores y a las agencias y departamentos del sector público, tampoco existe una protección de la privacidad ante reconocimientos médicos requeridos por el empleador.¹⁷⁷⁴

La Privacy Act impone diversos principios de privacidad que regulan la recolección y manejo de información privada sobre una persona: puede ser recolectada solo con un propósito legal; puede ser utilizada únicamente con ese propósito, con algunas limitadas excepciones; tiene que ser conservada en carpetas confidenciales, accesibles para la persona; debe ser almacenada de forma segura; no puede ser divulgada a un tercero sin el consentimiento de la persona titular de la información.¹⁷⁷⁵ Entre la información privada, se encuentra la información genética y sobre la salud.¹⁷⁷⁶

Cualquier acto o práctica relacionados directamente con la información de los trabajadores está excluida de la Privacy Act.¹⁷⁷⁷ Esto significa que los empleadores del sector privado no están sujetos a los límites sobre recolección, uso, almacenamiento y divulgación impuestos por los Principios sobre Privacidad de Australia respecto de cualquier archivo de información personal relacionada con el empleo del trabajador,¹⁷⁷⁸ que incluye la información sobre la salud e

¹⁷⁷² *Victoria Park Racing and Recreation Grounds Co Ltd v. Taylor* (1937) 58 CLR 479.

¹⁷⁷³ *Australian Broadcasting Corporation v. Lenah Game Meats Pty Ltd* (2001) 208 CLR 199.

¹⁷⁷⁴ FORSYTH (2014), pp. 195-196.

¹⁷⁷⁵ FORSYTH (2014), p. 195.

¹⁷⁷⁶ Privacy Act 1988 (Cth), s. 6(1).

¹⁷⁷⁷ Privacy Act 1988 (Cth), s. 7(B)(3).

¹⁷⁷⁸ Privacy Act 1988 (Cth), s. 6(1).

información personal del trabajador.¹⁷⁷⁹ La principal justificación para excluir la carpeta con información personal del trabajador de la cobertura de la Privacy Act es que la protección de la privacidad del dependiente es más una materia propia de la legislación sobre las relaciones laborales.¹⁷⁸⁰ Sin embargo, la legislación laboral no protege la privacidad en el empleo, por lo que la legislación australiana deja vulnerables a los trabajadores ante infracciones a su privacidad por parte de sus empleadores, pues no tendrían remedios bajo la legislación.¹⁷⁸¹

La Privacy Act es aplicable a los reconocimientos médicos que tienen lugar en el proceso de reclutamiento, pues el postulante no tiene la calidad de trabajador, y la exención únicamente se aplica a los actuales trabajadores.¹⁷⁸² Por lo tanto, el empleador solo puede recopilar a través de los reconocimientos médicos la información sobre la salud relacionada con el empleo al que se postula, la que, generalmente, persigue determinar la aptitud psicofísica del postulante para el trabajo, y para el postulante es voluntario someterse a los reconocimientos médicos.¹⁷⁸³

Respecto de los reconocimientos médicos durante el empleo, si bien no están protegidos directamente por la Privacy Act ni por otra normativa sobre la privacidad, se exige que los ordenados unilateralmente por el empleador sean razonables y necesarios a fines legítimos laborales, pues en virtud del poder de dirección solo son vinculantes para el trabajador los mandatos legales y razonables, de modo que el trabajador puede negarse a someterse a reconocimientos médicos que no cumplen esas exigencias.¹⁷⁸⁴ La jurisprudencia laboral sobre test de drogas confirma esto al sostener que dichos test son una “intrusión en la privacidad de la persona que solo puede justificarse por razones de salud y de seguridad. El empleador tiene un derecho legítimo (en realidad, una obligación) para eliminar o, de no ser posible esto, tratar de eliminar el riesgo de que los trabajadores puedan concurrir al trabajo bajo la influencia de las drogas o el alcohol, de tal manera que podrían representar un riesgo para la salud o seguridad. Más allá de eso, el empleador no tiene derecho a dictar qué drogas o alcohol sus trabajadores

¹⁷⁷⁹ Privacy Act 1988 (Cth), s. 6(1).

¹⁷⁸⁰ OTLOWSKI (2001), pp. 172 y 174; FORSYTH (2014), p. 196.

¹⁷⁸¹ OTLOWSKI (2001), p. 175; FORSYTH (2014), pp. 196.

¹⁷⁸² FORSYTH (2014), pp. 199-200.

¹⁷⁸³ FORSYTH (2014), pp. 199-202.

¹⁷⁸⁴ *Blackadder v. Ramsey Butchering Services Pty Ltd* (2002) 113 IR 461; véase también *Schoeman v. Director-General, Department of Attorney-General and Justice* [2013] NSWIR Comm 108.

consumen en su tiempo libre. Más bien, sería injusto e irrazonable hacerlo”.¹⁷⁸⁵ De esta forma, los reconocimientos médicos impuestos por el empleador en virtud del poder de dirección serían ilegítimos si no persiguen fines laborales, ya que proporcionan información que no es necesaria para el trabajo; así el trabajador puede negarse a someterse a esos reconocimientos médicos, aunque no podría alegar infracción de la privacidad si acepta someterse a ellos.¹⁷⁸⁶

En conclusión, en Australia no existe la posibilidad de considerar infringida la privacidad cuando los reconocimientos médicos persiguen fines distintos a los que les reconoce el ordenamiento jurídico. Únicamente tratándose de los reconocimientos médicos previo al empleo, se reconoce al candidato la privacidad en conformidad con la Privacy Act, que solo admite reconocimientos médicos para fines relacionados con el trabajo.¹⁷⁸⁷ La mayor protección viene de la legislación antidiscriminación, que impide utilizar los reconocimientos médicos para fines discriminatorios ilegales.¹⁷⁸⁸

5.2. Infracción de la privacidad por reconocimientos médicos que persiguen fines distintos a los permitidos en la legislación de Estados Unidos

En Estados Unidos la privacidad en el empleo es diferente, según se trate de trabajadores del sector público o del sector privado. Los primeros tienen reconocida la privacidad consagrada en la Constitución; en cambio, los empleados del sector privado solamente tienen garantizada la privacidad del *common law*, con excepción del estado de California, donde la privacidad está reconocida en la Constitución estatal a todas las personas, incluyendo a los trabajadores del sector privado.¹⁷⁸⁹ Estas formas de protección influyen directamente sobre la determinación de si la utilización de reconocimientos médicos con fines diferentes a los admitidos por el ordenamiento jurídico vulnera la expectativa de privacidad o no, inclusive si el candidato o trabajador presta su consentimiento para someterse al reconocimiento médico.

¹⁷⁸⁵ *Endeavour Energy v. Communications Union of Australia* [2012] FWA 1809.

¹⁷⁸⁶ FORSYTH (2014), pp. 201-202.

¹⁷⁸⁷ FORSYTH (2014), pp. 199-201.

¹⁷⁸⁸ FORSYTH (2014), pp. 200-201.

¹⁷⁸⁹ HOFFMAN (2001), pp. 559 y ss.

El derecho a la privacidad no está reconocido expresamente en la Constitución federal norteamericana; ha sido la Corte Suprema, en diversas decisiones, la que ha reconocido que la expectativa de privacidad está consagrada implícitamente en la Constitución.¹⁷⁹⁰ *Griswold v. Connecticut* es una de las primeras decisiones en que la Corte Suprema reconoce que “la primera enmienda tiene una penumbra donde la privacidad está protegida ante decisiones gubernamentales”.¹⁷⁹¹ Asimismo, la Corte Suprema sostuvo que el derecho de privacidad emana de la tercera, cuarta, quinta y novena enmiendas de la Constitución, todas las cuales crean zonas personales que no pueden ser invadidas o violadas por el gobierno.¹⁷⁹²

La mayoría de las impugnaciones constitucionales de reconocimientos médicos requeridos por empleadores se ha fundado en la cuarta enmienda.¹⁷⁹³ Dispone esta norma que “el derecho de las personas a estar seguras en su persona, hogares, documentos y efectos, contra registros e incautaciones irrazonables, no será violado”. Se sostiene que esta enmienda prohíbe violaciones injustificadas de la privacidad por parte de entidades gubernamentales y sus agentes,¹⁷⁹⁴ inclusive cuando el gobierno actúa como empleador.¹⁷⁹⁵ La cuarta enmienda, sin embargo, no protege a personas contra registro e incautaciones realizadas por personas privadas.¹⁷⁹⁶ Por lo tanto, solamente empleadores públicos pueden ser demandados por violaciones de la cuarta enmienda.¹⁷⁹⁷

La Corte Suprema ha resuelto que la recolección y análisis de muestras de orina y sangre constituyen registros bajo la cuarta enmienda.¹⁷⁹⁸ Igualmente, a nivel de cortes de circuito se ha

¹⁷⁹⁰ HOFFMAN (2001), p. 560.

¹⁷⁹¹ *Griswold v. Connecticut* 381 U.S., 483 (1965).

¹⁷⁹² *Griswold v. Connecticut* 381 U.S., 484 (1965).

¹⁷⁹³ Por ejemplo, *Skinner v. Ry. Labor Executives' Ass'n*, 489 U.S. 602, 618 (1989), que sostiene que la cuarta enmienda se aplica a los “test de alcohol y drogas prescritos por las regulaciones de la Federal Railroad Administration”; *National Treasury Employees Union v. Von Raab*, 489 U.S. 656, 665 (1989), que resolvió que el programa gubernamental de test de drogas debe cumplir con el requisito de razonabilidad de la cuarta enmienda; *Notman-Blcodsaw v. Lawrence Berkeley Lab.*, 135 F.3d 1260, 1269 (9th Cir. 1998), que concluye que los exámenes médicos solicitados por el gobierno son analizados usualmente bajo la cuarta enmienda; *Glover v. E. Neb. Cmty. Office of Retardation*, 867 F.2d 461, 463 (8th Cir. 1989), que sostiene que el test de sangre obligatorio por sida es un registro e incautación que debe cumplir con los estándares de razonabilidad impuestos por la cuarta enmienda.

¹⁷⁹⁴ *Skinner v. Ry. Labor Executives' Ass'n*, 489 U.S. 602, 613-614 (1989).

¹⁷⁹⁵ *Skinner v. Ry. Labor Executives' Ass'n*, 489 U.S. 602, 665 (1989).

¹⁷⁹⁶ *Skinner v. Ry. Labor Executives' Ass'n*, 489 U.S. 602, 614 (1989).

¹⁷⁹⁷ HOFFMAN (2001), p. 567.

¹⁷⁹⁸ *Skinner v. Ry. Labor Executives' Ass'n*, 489 U.S. 602, 616, 618 (1989); *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757, 767-68 (1966).

afirmado que cualquier examen médico requerido por un empleador gubernamental involucra la cuarta enmienda porque invade la expectativa razonable de privacidad.¹⁷⁹⁹ Cuando la invasión es razonable, esto es, fundada en necesidades especiales del gobierno, se considera que no se vulnera la privacidad.¹⁸⁰⁰ Garantizar la seguridad con ocasión de trabajos sensibles para la seguridad se considera una justificación de los reconocimientos médicos,¹⁸⁰¹ además de la aptitud inherente al trabajo.¹⁸⁰²

Por el contrario, si los reconocimientos médicos requeridos por el empleador público no persiguen fines legítimos, se vulnera la expectativa de privacidad. En *Glover v. Eastern Nebraska Community Office of Retardation*, los demandantes obtuvieron un pronunciamiento favorable al oponerse a una política de su empleador gubernamental que les exigía someterse a un test obligatorio por hepatitis B y sida.¹⁸⁰³ La Corte sostuvo que el programa de exámenes de la agencia estatal de servicios de salud violaba la cuarta enmienda, que prohíbe los registros e incautaciones irrazonables, porque no demostró una necesidad especial. Rechazó el argumento de que los exámenes eran necesarios por el riesgo de clientes violentos o agresivos que podrían lesionar a una trabajador infectado con sida o hepatitis B y así verse expuestos a contagiarse con sida o hepatitis B mediante el contacto con la sangre del trabajador infectado.¹⁸⁰⁴

De modo similar, en *Krocka v. Bransfield* el trabajador demandante alegó infracción de la cuarta enmienda basado en un test de sangre que su empleador le solicitó con el propósito de determinar su nivel de fluoxetina en la sangre, una droga legalmente prescrita para tratar la depresión.¹⁸⁰⁵ El tribunal acogió la demanda porque el resultado del examen no proporcionaría información alguna que sirviera a un fin legítimo del empleador.¹⁸⁰⁶

Igualmente, en *Norman-Bloodsaw v. Lawrence Berkeley Laboratory*, algunos trabajadores demandaron a su empleador porque los sometió a exámenes médicos a fin de detectar sífilis,

¹⁷⁹⁹ *Yin v. California*, 95 F.3d 864, 870 (9th Cir. 1996).

¹⁸⁰⁰ HOFFMAN (2001), p. 567.

¹⁸⁰¹ *Skinner v. Ry. Labor Executives' Ass'n*, 489 U.S. 602 (1989).

¹⁸⁰² *Yin v. California*, 95 F.3d 864, 870 (9th Cir. 1996).

¹⁸⁰³ *Glover v. Eastern Nebraska Community Office of Retardation*, 867 F.2d 461, (8th Cir. 1989).

¹⁸⁰⁴ *Glover v. Eastern Nebraska Community Office of Retardation*, 867 F.2d 461, 463-464 (8th Cir. 1989).

¹⁸⁰⁵ *Krocka v. Bransfield* 969 F. Supp. 1073, 1090 (N.D. III. 1997).

¹⁸⁰⁶ *Krocka v. Bransfield* 969 F. Supp. 1073, 1094 (N.D. III. 1997).

embarazo y rasgo de células falciformes, supuestamente sin su conocimiento.¹⁸⁰⁷ Se acogió la violación de la cuarta enmienda, al sostener, entre otras razones, que “la Constitución prohíbe investigaciones del empleador no reguladas, ilimitadas, sobre materias sexuales de la persona que no tienen relación con el desempeño laboral”.¹⁸⁰⁸

En consecuencia, producto de la jurisprudencia sobre la cuarta enmienda con ocasión de reconocimientos médicos “los empleadores públicos que buscan información que no está relacionada con el trabajo y que no está justificada por la necesidad de la empresa serán vulnerables a los desafíos de la cuarta enmienda y tendrán dificultades para probar que sus intereses superarán el derecho constitucional a la privacidad de las personas”,¹⁸⁰⁹ ya que se vulnera la expectativa de privacidad.

Para las personas que tienen garantizada la privacidad a nivel constitucional, las distinciones entre postulantes y trabajadores, entre reconocimientos médicos previos al empleo y durante el contrato de trabajo, son irrelevantes según la jurisprudencia mayoritaria, pues gozan del mismo nivel de protección constitucional.¹⁸¹⁰ Los programas de test de drogas proporcionan un buen ejemplo de esta posición, puesto que diversos pronunciamientos han invalidado políticas estatales que requieren a todos los postulantes a un empleo público someterse a test de drogas, sin justificarse en ninguno de sus fines legítimos, fundado en que estos test violan el derecho a la privacidad de los postulantes.¹⁸¹¹ Similar conclusión se alcanza bajo la Constitución de California, que reconoce la privacidad de postulantes y trabajadores del sector privado y del

¹⁸⁰⁷ *Norman-Bloodsaw v. Lawrence Berkeley Laboratory*, 135 F.3d 1260 (9th Cir. 1998).

¹⁸⁰⁸ *Norman-Bloodsaw v. Lawrence Berkeley Laboratory*, 135 F.3d 1260, 1269 (9th Cir. 1998). En el mismo sentido: *Schowengerdt v. Gen. Dynamics Corp.*, 823 F.2d 1328, 1336 (9th Cir. 1987).

¹⁸⁰⁹ HOFFMAN (2001), p. 569.

¹⁸¹⁰ HOFFMAN (2001), pp. 573-574.

¹⁸¹¹ Véase *Ga. Ass'n of Educators v. Harris*, 749 F. Supp. 1110, 1114 (N.D. Ga. 1990), que sostiene que los demandados han fracasado en identificar específicamente algún interés gubernamental que sea suficientemente convincente para justificar examinar a los postulantes a trabajos; *Am. Postal Workers Union v. Frank*, 725 F. Supp. 87, 90 (D. Mass. 1989), que afirma que una revisión del derecho, aunque escasa, sobre la distinción entre postulante a trabajador y actual trabajador no convence de que los postulantes a trabajos deban tener una menor protección bajo la cuarta enmienda; *Chandler v. Miller*, 520 U.S. 305, 323 (1997), que resolvió que el programa obligatorio de test de drogas del estado de Georgia para todos los candidatos a funcionarios estatales constituye un registro injustificado que viola la cuarta enmienda.

sector público, rechazando la afirmación de que los candidatos a trabajos gozan de menor expectativa de privacidad que los actuales trabajadores.¹⁸¹²

Sin embargo, la posición anterior no es uniforme, al menos respecto de los test de drogas, ya que algunas sentencias sostienen que los postulantes tienen una menor expectativa de privacidad; por lo tanto, no se viola su derecho constitucional a la expectativa de privacidad cuando se les requiere someterse a test de drogas durante el proceso de contratación.¹⁸¹³

A candidatos y trabajadores del sector privado el *common law* les reconoce el derecho a la privacidad a través de causa de acción extracontractual por invasión de la privacidad.¹⁸¹⁴ Bajo el *common law* el derecho a la privacidad puede ser invadido mediante cuatro tipos de acción diferentes: intrusión irrazonable sobre el ámbito privado de otra persona, apropiación del nombre o imagen de otra persona, publicidad irrazonable de la vida privada de otra persona y colocar irrazonablemente a otra persona en una situación falsa a la luz pública.¹⁸¹⁵

En relación con los fines de los reconocimientos médicos se encuentra la teoría de la intrusión sobre el ámbito privado de la persona como forma de investigación de la privacidad. Se considera configurada cuando alguien de manera intencional se entromete, físicamente o de otra forma, en la soledad o reclusión de otra persona o en sus asuntos o preocupaciones privados; por lo tanto, es responsable por invasión de la privacidad de la otra persona si la intrusión fuera altamente ofensiva para una persona razonable.¹⁸¹⁶ Esta acción requiere tres elementos: (1) intrusión intencional; (2) en asuntos que son privados y tienen derecho a ser privados; (3) que sería objetable u ofensiva para una persona razonable.¹⁸¹⁷

La impugnación de los reconocimientos médicos en el trabajo por sus fines a través de las acciones del *common law* ha tenido bajo éxito, particularmente tratándose de los reconocimientos médicos previo al empleo.¹⁸¹⁸ Dos argumentos explican por qué el derecho a la

¹⁸¹² *Soroka v. Dayton Hudson Corp.*, 1 Cal. Rptr. 2d 77, 82-85 (Cal. Ct. App. 1991).

¹⁸¹³ *Transp. Inst. v. United States Coast Guard*, 727 F. Supp. 648, 654-655 (D.D.C. 1989); *Wilkinson v. Times Mirror Corp.*, 264 Cal. Rptr. 194, 205-206 (Cal. Ct. App. 1989); *Loder v. City of Glendale*, 927 P.2d 1200, 1223 (Cal. 1997).

¹⁸¹⁴ HOFFMAN (2001), p. 562.

¹⁸¹⁵ HOFFMAN (2001), p. 563.

¹⁸¹⁶ HOFFMAN (2001), p. 563.

¹⁸¹⁷ *Leggett v. First Interstate Bank of Oregon N.A.*, 739 P.2d 1083, 1086 (Or. Ct. App. 1987).

¹⁸¹⁸ HOFFMAN (2001), pp. 570-571.

privacidad del *common law* de los postulantes a empleos no se considera vulnerado a través de la intrusión de ámbitos de la vida privada. Primero, un postulante que rechaza responder una pregunta sobre la salud o someterse a un examen médico no puede hacer valer una causa de acción por invasión de la privacidad, porque con su rechazo impidió a un empleador acceder a información privada.¹⁸¹⁹ Segundo, si el postulante presta consentimiento para someterse a reconocimientos médicos, no podrá alegarse intrusión irrazonable sobre su privacidad.¹⁸²⁰ Una de las pocas situaciones en que podría alegarse infracción del derecho a la privacidad del *common law* en la etapa precontractual tendrá lugar cuando el postulante se niega a someterse a un reconocimiento médico que no persigue ninguno de los fines legítimos y producto de esa negativa se le revoca la oferta de trabajo.¹⁸²¹

Tratándose del derecho a la privacidad del *common law* de los trabajadores, no podrá considerarse vulnerado si el trabajador presta su consentimiento para someterse a este.¹⁸²² Sin embargo, cierta jurisprudencia considera que podría vulnerarse este derecho cuando los reconocimientos médicos no persiguen ninguno de los intereses legítimos, constituyendo una intromisión ilegítima en la privacidad, inclusive si el trabajador presta su consentimiento.¹⁸²³

5.3. Infracción de la privacidad por reconocimientos médicos que persiguen fines distintos a los permitidos en la legislación de España

A nivel doméstico la privacidad o intimidad es un derecho fundamental, que está reconocido como tal en el artículo 18.1 de la CE y a nivel comunitario en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Los reconocimientos médicos pueden entrar en conflicto con dos aspectos de la privacidad: el derecho a la integridad corporal, cuando permiten acceder a una parte del cuerpo o invadirlo en alguna parte para obtener un muestra corporal, y el derecho a la

¹⁸¹⁹ *Luedtke v. Nabors Alaska Drilling, Inc.*, 768 P.2d 1123, 1138 (Alaska 1989); *Cort v. Bristol-Myers Co.*, 431 N.E.2d 908, 910 (Mass. 1982).

¹⁸²⁰ HOFFMAN (2001), pp. 570-571.

¹⁸²¹ *Cort v. Bristol-Myers Co.*, 431 N.E.2d 908, 910 (Mass. 1982); HOFFMAN (2001), p. 571.

¹⁸²² OTTO (2016), p. 49.

¹⁸²³ *Leggett v. First Interstate Bank of Oregon*, 739 P.2d 1083 (Or. Ct. App. 1987); *Luedtke v. Nabors Alaska Drilling, Inc.*, 768 P.2d 1123, 1138 (Alaska 1989); HOFFMAN (2001), p. 571.

autodeterminación de la información personal, porque los resultados médicos proporcionan información sobre la vida personal del trabajador, inclusive sobre su salud.¹⁸²⁴

El Tribunal Constitucional en su sentencia 196/2004, de 15 de noviembre, examina este posible conflicto entre reconocimientos médicos y la intimidad a propósito de un test de drogas en muestra de orina aplicado a una trabajadora con funciones administrativas en una aerolínea. Sostiene que no se afectó la integridad o intimidad corporal en el caso concreto al no “entenderse como intromisiones forzadas [...] aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo sobre las que operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona”. Por el contrario, si el reconocimiento médico involucra una intervención en el cuerpo mismo, por ejemplo, un test de sangre, podría existir una afectación de la integridad corporal si el propósito perseguido con el examen en cuestión no está amparado por el ordenamiento jurídico.

Luego el Tribunal Constitucional examina cómo se podría afectar la intimidad personal o información privada: “El derecho a la intimidad personal [...] tiene un contenido más amplio que el relativo a la intimidad corporal, [...] integra un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada y de lo íntimo. [...] Las intervenciones corporales puedan 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”. Por ello, la STC 196/2004, de 15 de noviembre, concluye: “Esto es lo que ocurre cuando, como en el presente caso, a consecuencia de un análisis de orina se llega a la conclusión de que el trabajador había consumido drogas”, porque, aunque el análisis de drogas no afecta la intimidad corporal, “una prueba médica realizada en términos objetivos semejantes supone una afectación en la esfera de la vida privada de la persona, a la que pertenece, sin duda, el hecho de haber consumido algún género de droga”.

¹⁸²⁴ TALÉNS (2013), pp. 179-180; LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), pp. 88-89; GONZÁLEZ (2021), pp. 52-58.

La integridad corporal puede resultada afectada, según el tipo de reconocimiento médico; en cambio, la intimidad personal siempre entrará en conflicto con los reconocimientos médicos.¹⁸²⁵ Esto, sin embargo, no significa que todos los reconocimientos médicos en el trabajo vulneran la privacidad, sino solamente los que no cumplen las exigencias del principio de proporcionalidad, esto es, “si tal medida es susceptible de conseguir el fin propuesto [juicio de idoneidad]; si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia [juicio de necesidad]; y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicio sobre otros bienes o valores en conflicto [juicio de proporcionalidad en sentido estricto]”.¹⁸²⁶

El artículo 22 de la LPRL comprende diversos límites a los reconocimientos médicos que guardan conformidad con los tres subjuicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto comprendidos en el sentido de proporcionalidad.¹⁸²⁷ En primer lugar, la vigilancia de la salud se realiza “en función de los riesgos inherentes al trabajo” (artículo 22.1.I), es decir, la vigilancia de la salud por medio de los reconocimientos médicos debe cumplir alguno de sus fines consagrados en el ordenamiento jurídico. Igualmente, otros reconocimientos médicos en el empleo que admite o exige el ordenamiento jurídico deben ser idóneos para cumplir el propósito que les asigna la legislación; no se admiten reconocimientos médicos que permitan conocer una condición de salud ajena al trabajo y que no es necesaria para fines propios de la ejecución del trabajo bajo adecuadas condiciones de salud y seguridad. En segundo lugar, se exige: “En todo caso, se deberá optar por la realización de aquellos reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador” (artículo 22.1.III de la LPRL), lo que se considera una aplicación del juicio de necesidad.¹⁸²⁸ En tercer lugar: “En todo caso, se deberá optar por la realización de aquellos reconocimientos o pruebas [...] que sean proporcionales al

¹⁸²⁵ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 89.

¹⁸²⁶ STC 98/2000, de 10 de abril; STC 186/2000, de 11 de agosto; STC 196/2004, de 15 de noviembre.

¹⁸²⁷ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 89.

¹⁸²⁸ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 90.

riesgo” (artículo 22.1.I de la LPRL), que se estima una referencia a la proporcionalidad en sentido estricto.¹⁸²⁹

Se trata de exigencias que son particularmente relevantes en los reconocimientos médicos obligatorios, si bien la intimidad debe respetarse en cualquier reconocimiento médico, tal como lo deja en claro el artículo 22.2 de la LPRL: “Las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad [...]”.

La jurisprudencia considera que vulneran la intimidad personal los reconocimientos médicos obligatorios que no persiguen ninguno de los fines admitidos por el ordenamiento jurídico, al no cumplir con el principio de proporcionalidad, inclusive, cuando el trabajador presta su consentimiento, ya que los derechos fundamentales son irrenunciables.¹⁸³⁰ La discusión se ha centrado especialmente a propósito del alcance de los supuestos de reconocimientos médicos obligatorios previstos en el artículo 22.1.II, cuando el tribunal considera que el reconocimiento médico exigido por el empleador no persigue los fines de la norma en cuestión. De esta forma, se ha resuelto que vulnera la intimidad personal el test de drogas exigido por el empleador a una trabajadora que realiza labores administrativas en una aerolínea, ya que no desempeña funciones peligrosas para la seguridad propia ni la de terceros, por lo que el test de droga no perseguía ninguna función preventiva para la seguridad.¹⁸³¹ De igual modo, se ha resuelto que vulneran la intimidad personal los test de drogas aleatorios requeridos indiscriminadamente a todos los oficiales de policía sin distinción alguna, inclusive a los que ejecutan labores administrativas, por considerarse que a estos últimos no procede exigirles test de drogas aleatorios, pues no persiguen ninguna de las finalidades de los reconocimientos médicos obligatorios para los trabajadores.¹⁸³²

Asimismo, se ha declarado que establecer unilateralmente por parte del empleador reconocimientos médicos obligatorios a los conductores de autobús a partir de los 45 años, fuera de los que exige la legislación, vulnera el derecho a la intimidad y dignidad de los trabajadores

¹⁸²⁹ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 90.

¹⁸³⁰ Un análisis sobre los fines legítimos e ilegítimos de los reconocimientos médicos y su relación con la intimidad en la jurisprudencia véase en GARCÍA-PERROTE Y MERCADER (2017), pp. 7-13.

¹⁸³¹ STC 196/2004, de 15 de noviembre.

¹⁸³² STSJ del País Vasco, 7 de abril de 2014, Rec. N° 1153/2011.

afectados, pues “si bien es cierto que los artículos 15 y 16 de la LPRL imponen al empleador un deber de prevención que exige una intervención activa frente a los riesgos detectados en su origen, y que en el caso concreto de los conductores de autobuses destinados al transporte público existe un riesgo de terceros afectados por dicha conducción que nos permite situar el supuesto en el marco jurídico del párrafo 2 del artículo 22.1 de la citada Ley, también lo es que en el presente caso no concurren los requisitos de proporcionalidad que determinan la legitimidad de la imposición obligatoria de los controles médicos y, por tanto, de la injerencia en el derecho fundamental afectado. En primer lugar y a pesar de lo alegado por la recurrente, nos encontramos ante un puesto de trabajo al que por ley se le exige unos controles de aptitud que incluyen la revisión médica cada cinco años para los menores de 65 años y de tres años a partir de esta edad, pudiendo establecerse controles en períodos intermedios de detectarse alguna patología que pudiera afectar la conducción. A diferencia de lo sostenido en el recurso, entendemos que tanto la formación preventiva como el deber de poner en conocimiento de la empresa cualquier dolencia que pudiera afectar la conducción son medidas positivas y complementarias a los controles legales que minimizan el riesgo de pérdida de conciencia al que expresamente hace referencia la demandada, en cualquier caso se trata de un riesgo que no queda totalmente excluido por la medida propuesta, que en ningún caso garantiza una posible contingencia sobrevenida. No concurre por lo tanto proporcionalidad entre la medida propuesta y el riesgo; al existir medidas menos invasivas que contribuyen al mismo fin y al no ser esta medida concluyente para la evitación del citado riesgo. No se aprecia por último un interés preponderante del grupo social o de la colectividad laboral o una situación de necesidad objetivable como lo es el riesgo de enfermedad profesional o el riesgo específico de terceros, puesto que la conducción de vehículos de transporte colectivo urbano no es una actividad de riesgos añadido sobre el riesgo ordinario de las personas implicadas en el tráfico y la conducción de vehículos, actividad debidamente reglamentada por el legislador”.¹⁸³³ La posición de la jurisprudencia no es uniforme y se ha resuelto, en sentido contrario, que los reconocimientos médicos periódicos exigidos por el empresario en función de la edad persiguen evitar que el estado de salud del conductor sea un peligro para el sí y para terceros, incluyendo a transeúntes de la vía pública, lo cual cumple con

¹⁸³³ STSJ de la Comunidad Valenciana, 24 de enero de 2013, Rec. N° 3092/2012.

uno de los fines que contempla el artículo 22.1 de la LPRL para la vigilancia de la salud y se justifica que la intimidad personal cese en beneficio de la seguridad.¹⁸³⁴

Igualmente, se ha resuelto que no puede ser obligatorio el reconocimiento médico impuesto por el empleador a un auxiliar de jardinero, por no haberse acreditado ninguno de los fines que justifican esa obligatoriedad. Indica la sentencia: “No se ha acreditado, en modo alguno, que el trabajador debiera someterse al reconocimiento médico, de manera obligatoria, por lo que sigue primando la regla general de voluntariedad en la práctica del reconocimiento médico”, y agrega: “Se desconoce el motivo por el que la empresa decidió la práctica de los reconocimientos y si pretendía garantizar la salud del demandante o evitar un riesgo o peligro cierto objetivable, si existían o no opciones alternativas al reconocimiento instaurado como obligatorio, más respetuosas con el derecho a la intimidad del actor y, sobre todo, el resultado de la evaluación de los riesgos a los que se estimó estaba sometido el trabajo del demandante, informándose previamente por la representación de los trabajadores, tal y como exige el art. 22 de la LPRL al que se remite el art. 42 del convenio colectivo, pues de todas esas circunstancias no existe ningún tipo de constancia en el relato fáctico, ni la empresa ha intentado ni una sola rectificación de hecho para tratar de dejar constancia de que el trabajador percibía un plus de penosidad, toxicidad y peligrosidad como alega en su escrito de impugnación del recurso”.¹⁸³⁵ En términos similares se ha estimado que no procede imponer reconocimientos médicos al personal de taller, cuando el empresario no acredita que concurre alguno de los supuestos de obligatoriedad de la vigilancia de la salud del artículo 22.1 de la LPRL, recordando la doctrina del Tribunal Constitucional que “la obligatoriedad no puede imponerse si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable, pues aquel es libre para disponer de la vigilancia de su salud sometiéndose o no a los reconocimientos médicos en atención a las circunstancias y valoraciones que estime pertinentes para la decisión”.¹⁸³⁶

Tampoco se ha considerado que cumplen el principio de proporcionalidad los reconocimientos médicos de retorno al trabajo por ausencia prolongada por razones médicas cuando existe un alta médica expedida por un facultativo especializado, que se considera suficiente para la aptitud

¹⁸³⁴ STSJ de Madrid, 12 de septiembre de 2016, Rec. N° 535/2016.

¹⁸³⁵ STSJ de Madrid, 18 de enero de 2016, Rec. N° 731/2015.

¹⁸³⁶ STSJ de Madrid, 12 de septiembre de 2016, Rec. N° 535/2016.

psicofísica necesaria para realizar el trabajo convenido. El Tribunal Superior del Principado de Asturias declaró nulo el despido de un trabajador que se negó a someterse a un reconocimiento médico de retorno al trabajo, después de haber sido dado de alta tras un largo período de incapacidad temporal, pues la empresa no acreditó que el reconocimiento médico fuera imprescindible para hacerlo obligatorio.¹⁸³⁷ El tribunal señala al respecto: “La disposición adoptada por la empresa de someter a todos los trabajadores tras una baja laboral prolongada a un reconocimiento médico puede o no ser considerada una medida conveniente, pero, en este caso, no hay razón para calificarla de imprescindible, ya que ha de presumirse que el alta médica recibida responde a una valoración especializada sobre la recuperación por el trabajador de su capacidad laboral en condiciones que le permitan afrontar con seguridad para sí, sus compañeros de trabajo y terceros los requerimientos físicos y psíquicos del puesto de trabajo”, y agrega: “La aplicación por la empresa de pautas generales de actuación de este tipo debe estar justificada, debiendo demostrarse su ajuste a los parámetros legales, caso por caso, sin apelaciones genéricas a la prevención de riesgos laborales, sino con prueba de los elementos que demuestren que la medida es imprescindible; en otro caso, la empresa tendría en su mano una capacidad prácticamente ilimitada para ejercer un control férreo sobre los trabajadores, lo cual no está permitido, salvo en supuestos singulares”.¹⁸³⁸

Como se puede observar, la jurisprudencia considera que un reconocimiento médico obligatorio exigido por el empresario que no cumple ninguna de las finalidades establecidas en la legislación, ni es imprescindible para ello, atenta contra la intimidad personal. En cambio, si el reconocimiento médico es exigido por la normativa estatal o impuesto por el empresario con alguna de las finalidades establecidas en la legislación, no podrá considerarse vulneratorio de la intimidad personal, al perseguir una finalidad permitida u ordenada por el ordenamiento jurídico; en estas situaciones el derecho a la intimidad cede ante razones justificadas que exceden el interés individual del trabajador, previstas en la legislación.¹⁸³⁹

¹⁸³⁷ STSJ del Principado de Asturias, 9 de noviembre de 2007, Rec. N° 2651/2007.

¹⁸³⁸ STSJ del Principado de Asturias, 9 de noviembre de 2007, Rec. N° 2651/2007.

¹⁸³⁹ GONZÁLEZ (2021), p. 66.

III. Oportunidades de los reconocimientos médicos en el empleo

Los reconocimientos médicos en el empleo pueden tener lugar en diversas oportunidades: (1) antes de la celebración de un contrato de trabajo, llamados comúnmente “reconocimientos médicos previo al empleo”, los que, a su vez, se subclasifican en reconocimientos médicos previos a una oferta de trabajo y reconocimientos médicos posteriores a la emisión de una oferta de trabajo; (2) una vez celebrado el contrato de trabajo y antes de comenzar a desempeñar un trabajo; (3) durante la ejecución del contrato de trabajo, llamados comúnmente “reconocimientos médicos ocupacionales”, los cuales también pueden subclasificarse en diversas categorías según la oportunidad o situación en que tienen lugar, entre ellos: reconocimientos médicos periódicos, reconocimientos médicos por sospecha razonable de falta de aptitud psicofísica para el trabajo, reconocimientos médicos durante la ausencia al trabajo por razones médicas, reconocimientos médicos previo a la reincorporación al trabajo luego de ausencia del trabajo, reconocimientos médicos aleatorios; (4) con posterioridad a la extinción del contrato de trabajo, llamados “reconocimientos médicos post-ocupacionales”.

En las jurisdicciones domésticas existen similitudes y diferencias respecto de las oportunidades en que pueden tener lugar los reconocimientos médicos en el empleo y los fines que pueden perseguirse con ellos. Esto se discutirá en detalle a continuación, con excepción de los reconocimientos médicos durante la ausencia al trabajo por razones médicas, que se han analizado a propósito de los fines de los reconocimientos médicos en el empleo, remitiéndose a dicho análisis.

1. Los reconocimientos médicos previo al empleo

Los reconocimientos médicos previo al empleo son los que tienen lugar antes de la celebración del contrato de trabajo, cuya finalidad principal, aunque no exclusiva, es determinar si el candidato tiene la aptitud psicofísica exigida como requisito inherente por el empleo al que está postulando.

Su regulación es diferente en Australia, Estados Unidos y España. Se admiten ampliamente en Australia y Estados Unidos; en cambio, en España su procedencia antes de la celebración del contrato de trabajo es restringida; proceden excepcionalmente en ciertas situaciones.

1.1. Los reconocimientos médicos previo al empleo en Australia

En Australia no existe una regulación orgánica de los reconocimientos médicos previos al empleo, aunque existe un número significativo de compañías que los utilizan y exigen a los candidatos a ofertas de trabajos que se sometan a ellos previo a celebrar un contrato de trabajo.¹⁸⁴⁰ Los reconocimientos médicos previos al empleo son de variado tipo: pueden ir desde cuestionarios con preguntas sobre la salud actual, historia médica y/o familiar, hasta exámenes médicos.¹⁸⁴¹

Algunos reconocimientos médicos previo al empleo están exigidos por la legislación sobre seguridad y salud ocupacional, como ocurre con los candidatos que trabajarían con asbestos,¹⁸⁴² con sustancias químicas,¹⁸⁴³ en ambientes laborales ruidosos,¹⁸⁴⁴ en la minería,¹⁸⁴⁵ en actividades riesgosas para el público, como el transporte,¹⁸⁴⁶ en seguridad pública.¹⁸⁴⁷ Sin embargo, la mayoría de los reconocimientos médicos previo al empleo tienen lugar como requerimiento del empleador en virtud de su poder de dirección y/u obligación de seguridad,¹⁸⁴⁸ aunque también es posible encontrar ciertos reconocimientos preocupacionales en instrumento colectivos por considerarse que es una materia objeto de la negociación colectiva¹⁸⁴⁹ que los sindicatos negocian, principalmente, con el propósito de buscar mayor salud y seguridad en el trabajo.¹⁸⁵⁰

Los reconocimientos médicos previo al empleo pueden perseguir diversos objetivos lícitos. Tratándose de ciertos trabajos, en particular los altamente sensibles para la seguridad, permiten determinar si el postulante a dichos trabajos es apto física y/o psicológicamente para desempeñarlo sin colocar en riesgo la salud ni la seguridad del propio candidato, de futuros

¹⁸⁴⁰ JOHNSTONE (1988), p. 115.

¹⁸⁴¹ JOHNSTONE (1988), p. 115.

¹⁸⁴² Model Work Health and Safety Regulations 2016 (Cth), regs. 435-436.

¹⁸⁴³ Model Work Health and Safety Regulations 2016 (Cth), reg. 368.

¹⁸⁴⁴ Model Work Health and Safety Regulations 2016 (Cth), reg. 58.

¹⁸⁴⁵ Mining and Quarrying Safety and Health Regulation 2017 (Qld), reg. 87(3).

¹⁸⁴⁶ JOHNSTONE (1988), pp. 115-116

¹⁸⁴⁷ JOHNSTONE (1988), pp. 115-116

¹⁸⁴⁸ JOHNSTONE (1988), p. 116; GUTHRIE (2003), p. 96.

¹⁸⁴⁹ *Metals and Engineering Workers Unions Western Australian Branch v. East Perth Electrical Services* (1995) WAIRC (16 February 1995); GUTHRIE (2003), p. 96.

¹⁸⁵⁰ JOHNSTONE (1988), p. 116.

compañeros de trabajo o de terceras personas,¹⁸⁵¹ que es uno de los objetivos de los reconocimientos exigidos por la regulación sobre salud y seguridad en el lugar de trabajo. Asimismo, los reconocimientos previos al empleo pueden ser utilizados para identificar candidatos con susceptibilidades especiales a ciertas sustancias, enfermedades o lesiones, a fin de determinar si necesitan protecciones especiales, ajustes de las condiciones de trabajo ante ciertos riesgos ocupacionales para prevenir lesiones y enfermedades profesionales.¹⁸⁵² En tercer lugar, pueden perseguir identificar si los candidatos padecen una enfermedad o lesión o no, y en caso afirmativo, si es ocupacional o no, a fin de delimitar la responsabilidad del futuro empleador ante compensaciones por lesiones y enfermedades ocupacionales que tengan lugar durante la vigencia del contrato de trabajo o con posterioridad a su extinción.¹⁸⁵³ En cuarto lugar, los reconocimientos preocupacionales pueden perseguir determinar si los candidatos tienen una discapacidad requerida por un programa de acción positiva para acceder a un cargo o beneficio que exige discapacidad. También, pueden perseguir determinar si el candidato con discapacidad requiere o no acomodación razonable en las pruebas y exámenes exigidos por el proceso de reclutamiento y selección y/o en el trabajo al que está postulando, en los términos establecidos en la legislación antidiscriminación.¹⁸⁵⁴

La legislación federal, estatal y territorial no regula la oportunidad en que pueden tener lugar los reconocimientos médicos previos al empleo, si antes o después de una oferta de trabajo definitiva o condicional a un resultado médico que demuestre que el candidato está apto para el trabajo ofrecido.¹⁸⁵⁵ Victoria es la única jurisdicción que tiene una norma que regula indirectamente un tipo de reconocimientos médicos previo al empleo, las preguntas sobre la salud, ya que prohíbe formularlas verbalmente o por escrito para discriminar.¹⁸⁵⁶ Las otras jurisdicciones y la legislación federal también limitan indirectamente los reconocimientos médicos previo al empleo, pero solamente a través de la prohibición de discriminación.¹⁸⁵⁷

¹⁸⁵¹ JOHNSTONE (1988), p. 116; SHOLZ (1998), pp. 49-51; GUTHRIE (2003), p. 96; SEE (2003), p. 4; GUTHRIE Y WESTAWAY (2009), p. 806; SCOTT (2016), p. 139.

¹⁸⁵² JOHNSTONE (1988), pp. 116-117.

¹⁸⁵³ JOHNSTONE (1988), p. 117; GUTHRIE (2003), pp. 94-96.

¹⁸⁵⁴ SHOLZ (1998), pp. 50-51; SCOTT (2016), p. 141.

¹⁸⁵⁵ SCOTT (2016), p. 141.

¹⁸⁵⁶ Equal Opportunity Act 2010 (Vic), s. 107; SCOTT (2016), p. 142.

¹⁸⁵⁷ SCOTT (2016), p. 142.

En consecuencia, los reconocimientos médicos previo al empleo pueden tener lugar antes de una oferta de trabajo y con posterioridad a ella.¹⁸⁵⁸ Si los reconocimientos médicos persiguen determinar que el candidato sea apto para el trabajo, de tener lugar antes de la oferta de trabajo, constituirán una condición suspensiva, en el sentido de que la oferta de trabajo se formulará si los resultados de los reconocimientos médicos arrojan que el candidato tiene la aptitud psicofísica inherente para realizar las funciones esenciales del cargo al que postula; en caso contrario, no se formulará la oferta de trabajo.¹⁸⁵⁹ De tener lugar luego que la oferta de trabajo es realizada, serán una condición suspensiva del contrato de trabajo, pues si sus resultados determinan que el candidato seleccionado tiene la aptitud psicofísica para realizar las funciones inherentes del cargo, el contrato de trabajo se perfeccionará, naciendo a la vida del derecho; en caso contrario, la condición suspensiva fallará, no teniéndose por celebrado el contrato de trabajo, al quedar sin efecto la oferta de trabajo producto del resultado médico que demuestra que el candidato no es apto.¹⁸⁶⁰

La doctrina considera que esta regla puede provocar riesgos de discriminación por discapacidad, particularmente mediante la información sobre salud obtenida en los reconocimientos médicos previo a la oferta de trabajo, que podría ser utilizada por el empresario para no realizar ofertas de trabajo a postulantes con discapacidad actual, pasada o futura.¹⁸⁶¹ Es por ello que se ha recomendado una reforma a la legislación australiana que incorpore una norma como la sección 60 de la Equality Act del Reino Unido del año 2010, que prohíbe someter a los postulantes a reconocimientos médicos, incluyendo preguntas sobre la salud, antes que se les extienda una oferta de trabajo, a fin de que la información sobre la salud no tenga influencia en la decisión empresarial respecto de a quién efectuar una oferta de trabajo, y de ese modo evitar riesgos de discriminación por discapacidad.¹⁸⁶²

A pesar de la ausencia de regulación sobre la oportunidad de los reconocimientos médicos previo al empleo, cierta doctrina sostiene, sin mayor justificación, que solamente pueden tener lugar

¹⁸⁵⁸ JOHNSTONE (1988), p. 118; SCOTT (2016), p. 142.

¹⁸⁵⁹ JOHNSTONE (1988), p. 118.

¹⁸⁶⁰ JOHNSTONE (1988), p. 118.

¹⁸⁶¹ SCOTT (2016), pp. 142.

¹⁸⁶² SCOTT (2016), pp. 142, 144-147.

luego que se realiza una oferta de trabajo en forma condicional a que el postulante seleccionado sea determinado apto psicofísicamente para el trabajo.¹⁸⁶³ Por lo tanto, la celebración del contrato de trabajo queda sujeta a los resultados de los reconocimientos médicos: se perfecciona si el postulante es apto para realizar las funciones inherentes al trabajo sin riesgo para la salud o seguridad; no nace a la vida del derecho y queda sin efecto la oferta de trabajo, si se determina que el candidato no tiene la salud exigida para desarrollar las funciones inherentes al trabajo.¹⁸⁶⁴

1.2. Los reconocimientos médicos previo al empleo en Estados Unidos

Históricamente, en Estados Unidos las personas con discapacidad han representado el “grupo minoritario más grande que busca empleo”,¹⁸⁶⁵ y que ha tenido un porcentaje de desempleo mucho más alto que los individuos sin discapacidad. Así, un estudio ha reportado que el porcentaje de desempleo de las personas con discapacidad en 2018 fue de 8%, cifra que duplica levemente el porcentaje de desocupación de personas sin discapacidad.¹⁸⁶⁶ Se han dado diversas razones para explicar la actual situación; una de ellas es la discriminación por discapacidad en el proceso de reclutamiento y selección, a pesar de que está prohibida por la ADA.¹⁸⁶⁷

En consecuencia, no obstante los esfuerzos que la legislación norteamericana ha efectuado para remover las barreras que impiden a las personas con discapacidad ingresar al mercado laboral, la discriminación por discapacidad se mantiene como uno de los principales obstáculos para su contratación, ya que los empleadores frecuentemente pasan por alto a postulantes con discapacidad debido a su estatus de discapacitados.¹⁸⁶⁸

Los reconocimientos médicos previos al empleo, se trate de preguntas sobre la salud o de exámenes médicos, siempre han presentado el riesgo de ser utilizados por los empleadores para descubrir postulantes con discapacidad y discriminarlos a causa de ella, a través de su no contratación ni ofrecimiento de oferta de trabajo. Este riesgo era mucho más alto previo a la promulgación de la ADA, porque los empleadores tenían una amplia libertad para exigir

¹⁸⁶³ SEE (2003), pp. 3-4.

¹⁸⁶⁴ SEE (2003), pp. 3-4.

¹⁸⁶⁵ Department of Education (2007), p. 1.

¹⁸⁶⁶ Department of Labor (2019), p. 1.

¹⁸⁶⁷ WHITE (2006), pp. 917-918.

¹⁸⁶⁸ WHITE (2006), pp. 917-918.

exámenes médicos y preguntas a todos los postulantes durante el proceso de contratación con el propósito de descartar discapacidades y enfermedades,¹⁸⁶⁹ inclusive si dichos reconocimientos médicos no tenían conexión con las cualificaciones psicofísicas del trabajo al que se estaba postulando.¹⁸⁷⁰ Actualmente, bajo la ADA las preguntas sobre la salud y los exámenes médicos previo al empleo están regulados por primera vez con el propósito de evitar la discriminación por discapacidad contra los postulantes y trabajadores.¹⁸⁷¹

El Título I de la ADA regula las preguntas sobre la salud y exámenes médicos tomando en consideración las diferentes etapas del empleo; de ese modo admite los reconocimientos médicos, en cualesquiera de estas formas, en el proceso de selección y contratación, distinguiendo, para estos efectos, entre etapa previa a la oferta de trabajo y etapa posterior a la oferta de trabajo, a fin de determinar la legalidad de los reconocimientos médicos en la fase precontractual.¹⁸⁷²

1.2.1. *Los reconocimientos médicos en la etapa previa a la oferta de trabajo*

La ADA trata de manera diferente los exámenes médicos y las preguntas sobre la salud en la etapa previa a la oferta de trabajo porque tienen un riesgo mayor de infringir la prohibición de discriminación por discapacidad de diversas formas.

Antes de efectuar una oferta de trabajo condicional o definitiva, los empleadores no tienen permitido llevar a cabo reconocimientos médicos a los postulantes.¹⁸⁷³ Como todos los tipos de discriminación basados en la discapacidad están absolutamente prohibidos previo a que una oferta de trabajo sea realizada, la ADA busca evitar las circunstancias en las cuales la salud de los postulantes pueda jugar algún rol en la decisión de selección y contratación laboral.

Por consiguiente, la ADA, como regla general, impide al empleador obtener información sobre la discapacidad de los postulantes en la etapa previa a la oferta de trabajo por medio de exámenes médicos y preguntas sobre la salud.¹⁸⁷⁴ Si los empleadores utilizan los reconocimientos médicos

¹⁸⁶⁹ QUINN (1993), p. 72.

¹⁸⁷⁰ QUINN (1993), p. 72.

¹⁸⁷¹ FELDBLUM (1991), pp. 534-545.

¹⁸⁷² 42 U.S.C. (n 1) § 12112(d)(2)-(4).

¹⁸⁷³ 42 U.S.C. (n 1) § 12112(d)(2)(A). Véanse asimismo HOFFMAN (2001), p. 524; BEFORT (2018), p. 388.

¹⁸⁷⁴ 29 C.F.R. (n 1) § 1630.13.

en esta etapa y, a consecuencia de sus resultados, no realizan una oferta de trabajo a un postulante debido a su discapacidad, podrían incurrir en una discriminación por discapacidad.¹⁸⁷⁵ En este sentido se resolvió, por ejemplo, una controversia sobre postulantes a oficiales de policía, a quienes la ciudad de Chicago les requirió someterse a un examen médico físico en la etapa previa a la oferta de trabajo. Los resultados revelaron que eran positivos para VIH y fueron utilizados para negarles el empleo, decisión que se consideró discriminatoria por discapacidad.¹⁸⁷⁶

Con respecto a las preguntas sobre la discapacidad, los empleadores no pueden efectuarlas en la etapa previa a la oferta de trabajo, porque la ADA prohíbe a los empleadores formular a todos los postulantes preguntas sobre la existencia, naturaleza o severidad de una condición de discapacidad antes de realizar una oferta de trabajo.¹⁸⁷⁷ Asimismo, está prohibido que los empleadores realicen preguntas a los postulantes sobre la existencia de una discapacidad actual o pasada y preguntas indirectas relacionadas de forma cercana con el estatus de discapacidad.¹⁸⁷⁸ Esta prohibición no es absoluta; existen tres excepciones relacionadas con la acomodación razonable, programas de acción afirmativa y consumo actual de drogas ilegales y alcohol. Tratándose de la acomodación razonable, los empleadores pueden preguntar a los postulantes si necesitan acomodación razonable o no debido a una discapacidad revelada voluntariamente por el postulante o que es manifiesta,¹⁸⁷⁹ y si ellos necesitan desempeñar el trabajo con o sin acomodación razonable.¹⁸⁸⁰ Por lo tanto, los empleadores pueden realizar preguntas relacionadas con la salud bajo las circunstancias expuestas, con el propósito de cumplir con el deber de acomodación razonable impuesto por la legislación antidiscriminación por discapacidad durante el proceso de contratación laboral.

Respecto de los programas de acción afirmativa, el empleador puede preguntar a los candidatos a ofertas de trabajo si tienen alguna discapacidad a fin de determinar si pueden acceder a un beneficio del programa de acción afirmativa ordenado por la legislación federal, estatal o local,

¹⁸⁷⁵ *Leonel v. American Airlines*, 400 F 3d 702 (9th Cir, 2005); BEFORT (1997), p. 386.

¹⁸⁷⁶ *Doe v. City of Chicago*, 883 F Supp 1126 (D NH, 1994).

¹⁸⁷⁷ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 405:7191.

¹⁸⁷⁸ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 405:7191.

¹⁸⁷⁹ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 405:7193-94.

¹⁸⁸⁰ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 405:7192.

o establecido voluntariamente por el empleador,¹⁸⁸¹ como podría ser, por ejemplo, acceder a un puesto de trabajo reservado a personas con discapacidad bajo el modelo de cuotas. Estas respuestas se otorgan voluntariamente, es decir, el postulante no está obligado a responder.¹⁸⁸²

En cuanto a las drogas ilegales o alcohol, en la etapa previa a la oferta de trabajo el empleador puede formular a los postulantes preguntas sobre el consumo actual de drogas ilegales,¹⁸⁸³ si han consumido drogas ilegales en el pasado,¹⁸⁸⁴ cuándo fue la última vez que consumieron drogas ilegales,¹⁸⁸⁵ si actualmente consumen alcohol,¹⁸⁸⁶ si han sido arrestados por conducir bajo la influencia del alcohol.¹⁸⁸⁷

Como se puede observar, la ADA no permite a los empleadores exigir reconocimientos médicos previo a la etapa de oferta de trabajo, ni menos utilizar la información relacionada con impedimentos físicos o mentales de los postulantes con el propósito de tomar una decisión de reclutamiento, prohibiciones que tienen como finalidad garantizar la efectividad de la prohibición de discriminación contra los postulantes a trabajos con discapacidad.¹⁸⁸⁸

Según la EEOC, si los empleadores obtienen información sobre la salud de postulantes a ofertas de trabajo la podrían utilizar para “excluir a personas con discapacidad del trabajo que ellos podrían ser capaces de desempeñar”.¹⁸⁸⁹ Una vez que los empleadores tienen acceso a información sobre la discapacidad, podría ser difícil ignorarla al momento de tomar una decisión de contratación. Como consecuencia de este riesgo, “la ADA toma un enfoque de ‘fuera de la vista, fuera de la mente’ en relación con las preguntas sobre la salud y los exámenes médicos previo a la oferta de trabajo, para centrarse en la decisión de contratación basada en la capacidad antes que en el estatus”.¹⁸⁹⁰ Se trata de una herramienta útil para garantizar la igualdad de oportunidades de los postulantes a ofertas de trabajo con discapacidad, porque la discapacidad

¹⁸⁸¹ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 905.002.

¹⁸⁸² EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 905.002.

¹⁸⁸³ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 405:7195.

¹⁸⁸⁴ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 405:7196.

¹⁸⁸⁵ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 405:7196.

¹⁸⁸⁶ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 405:7196.

¹⁸⁸⁷ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 405:7195-7196.

¹⁸⁸⁸ BEFORT (2018), p. 417.

¹⁸⁸⁹ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1992), VI.3.

¹⁸⁹⁰ BEFORT (1997), p. 417; SUSSER Y PETESCH (2011), pp. 968 y 976.

no puede ser tomada en consideración en el proceso de decisión de realizar una oferta de trabajo, salvo en el contexto de un programa de acción positiva. Por lo tanto, la prohibición de exámenes médicos y la restricción de las preguntas relacionadas con la salud en la etapa previa a la oferta de trabajo en conformidad con la ADA podrían contribuir a lograr dicho objetivo.

1.2.2. *Los reconocimientos médicos en la etapa posterior a la oferta de trabajo*

La oferta de trabajo puede efectuarse definitiva o condicionalmente. En la última situación, una oferta puede ser condicional al resultado satisfactorio de un examen médico y/o a respuestas a las preguntas relacionadas con la discapacidad que podrían tener lugar después que una oferta de trabajo se ha realizado y antes de la celebración de un contrato de trabajo.¹⁸⁹¹ En esta etapa, la no discriminación por discapacidad está protegida de manera diferente en comparación con la etapa previa a la oferta de trabajo, puesto que las limitaciones y exigencias relacionadas con las preguntas y los exámenes médicos impuestas al empleador por la ADA después que una oferta de trabajo ha sido extendida pero antes que el contrato de trabajo comience no son tan estrictas como las exigidas en la etapa previa a la oferta de trabajo.¹⁸⁹²

Con el propósito de determinar la forma en que los reconocimientos médicos tienen lugar en la etapa posterior a la oferta de trabajo, es necesario distinguir entre las exigencias que el empleador debe observar a propósito de los reconocimientos médicos y los fines con los cuales puede utilizar sus resultados.

Luego que una oferta de trabajo condicional es realizada, los empleadores pueden formular preguntas relacionadas con la salud a los postulantes a quienes se extendió la oferta y/o conducir exámenes médicos. Sin embargo, los empleadores necesitan cumplir con ciertas exigencias, que son las siguientes: (1) las mismas preguntas sobre la salud y/o exámenes médicos debe requerirse a todos los postulantes seleccionados condicionalmente en la misma categoría de oferta de trabajo (por ejemplo, deben exigirse a los seleccionados con discapacidad y sin discapacidad) y (2) la información obtenida sobre la salud debe ser guardada y mantenida en formularios y carpetas médicas separadas, y tratarse como registros médicos confidenciales.¹⁸⁹³ La ADA hace

¹⁸⁹¹ BROWN (2018), p. 6.

¹⁸⁹² BROWN (2018), p. 6.

¹⁸⁹³ 29 C.F.R. § 1630.14(b).

una excepción a esta regla de confidencialidad para los individuos que necesitan conocer información médica durante el empleo, como los supervisores y gerentes, si se requieren restricciones y acomodaciones; para el personal de primeros auxilios y de seguridad, si la información es necesaria para un tratamiento de emergencia, y para funcionarios gubernamentales que investigan el cumplimiento de la normativa de la ADA.¹⁸⁹⁴

La ADA permite preguntas relacionadas con la salud y exámenes médicos ampliamente una vez que la oferta de trabajo condicional ha sido realizada, porque los empleadores pueden preguntar a los postulantes seleccionados sobre discapacidad y/o requerirles exámenes médicos, inclusive si ellos no son relacionados con el trabajo ofrecido.¹⁸⁹⁵ Sin embargo, los empleadores deben respetar las exigencias señaladas en el párrafo anterior, particularmente cumplir la regla de paridad de tratamiento entre los postulantes seleccionados a propósito de las preguntas y exámenes, a fin de impedir la discriminación directa.

Aunque las preguntas relacionadas con la discapacidad y los exámenes médicos son ampliamente admitidas después de realizarse una oferta de trabajo condicional, en términos generales sus resultados no pueden usarse para rescindir una oferta de trabajo con base en la discapacidad.¹⁸⁹⁶

La regla general bajo la ADA es que los empleadores no pueden cometer discriminación directa ni indirecta contra los postulantes con discapacidad seleccionados fundado en su discapacidad, a través del uso de los resultados de las preguntas sobre la salud y exámenes médicos. Estos resultados solamente pueden utilizarse con limitados propósitos, a saber: (1) determinar si el postulante seleccionado cumple los requisitos psicofísicos inherentes al trabajo ofrecido, esto es, que tiene la aptitud psicofísica requerida por el trabajo y puede desempeñar las funciones esenciales del trabajo ofrecido sin riesgo para su propia salud y seguridad ni la de terceros;¹⁸⁹⁷ (2) determinar si el postulante discapacitado seleccionado necesita acomodación razonable para realizar las funciones esenciales del trabajo ofrecido o no;¹⁸⁹⁸ (3) determinar que el trabajo ofrecido no constituya un riesgo para la salud del trabajador, finalidad que tiene lugar tratándose

¹⁸⁹⁴ 29 C.F.R. § 1630.14(b)(1)(i)-(iii).

¹⁸⁹⁵ 42 U.S.C. § 12112(d)(3); EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), 405:7192; HOFFMAN (2001), pp. 525-526.

¹⁸⁹⁶ 29 C.F.R. § 1630.14 (3).

¹⁸⁹⁷ 42 U.S.C. § 12112(d)(3)(B)(i)-(ii).

¹⁸⁹⁸ 42 U.S.C. § 12112(d)(3)(B)(i)-(ii).

de trabajos en que el trabajador está expuesto de agentes químicos u otros agentes riesgosos para la salud, como el ruido.¹⁸⁹⁹ (4) determinar que el trabajador tiene una discapacidad requerida por una programa de acción afirmativa obligatorio o voluntario para acceder a los beneficios ofrecidos por este programa.¹⁹⁰⁰

Aunque la ADA permite a los empleadores utilizar los resultados de los reconocimientos médicos de forma restringida, los autoriza a recurrir de forma amplia a los reconocimientos médicos en la etapa precontractual luego que se ha realizado una oferta de trabajo condicional a los resultados de los reconocimientos médicos, lo que puede constituir un riesgo para incurrir en discriminación por discapacidad. En términos más precisos, la ADA no establece limitación alguna en el ámbito permisible de los exámenes médicos y preguntas relacionadas con la salud posteriores a la oferta de trabajo.¹⁹⁰¹ Así, un empleador podría requerir a los postulantes seleccionados que se sometan a cualquier examen médico o formularles cualquier tipo de preguntas relacionadas con la discapacidad, inclusive si sus resultados o respuestas no están relacionados con las funciones inherentes del puesto ofrecido.¹⁹⁰² Por lo tanto, los empleadores podrían tener acceso a información ilimitada sobre la salud de los postulantes seleccionados, incluso respecto de la salud de miembros de su familia, a través de preguntas relacionadas con la discapacidad.¹⁹⁰³ La única limitación es que el empleador no puede retirar o revocar una oferta de trabajo condicional fundado en cualquier razón médica, con la única excepción de la inhabilidad psicofísica para desempeñar las funciones esenciales del trabajo, incluso con acomodación razonable.¹⁹⁰⁴ Sin embargo, esta restricción podría no impedir por completo la discriminación.

El amplio alcance actual de las preguntas relacionadas con la discapacidad y exámenes médicos en la etapa precontractual podría permitir la ‘discriminación clandestina’¹⁹⁰⁵ si el empleador revoca la oferta de trabajo basado en la información médica recolectada que no está conectada

¹⁸⁹⁹ MINTZ (1986), pp. 915-916.

¹⁹⁰⁰ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1995), N° 915.002; Brown (2018), pp. 4-5.

¹⁹⁰¹ BEFORT (1997), p. 417; HOFFMAN (2001), pp. 552-553; WEBER (2011), p. 78.

¹⁹⁰² BEFORT (1997), p. 417; HOFFMAN (2001), pp. 552-553.

¹⁹⁰³ BEFORT (1997), p. 417.

¹⁹⁰⁴ 42 U.S.C. § 12112(d)(2) (B)-(d)(3)(C); 29 C.F.R. § 1630.14(b)(3).

¹⁹⁰⁵ BEFORT (1997), p. 417.

con los deberes futuros del trabajo, sin mostrar la real razón de esta decisión.¹⁹⁰⁶ Esto se debe al hecho de que, aunque la ADA permite a los empleadores utilizar la información de salud restringidamente, no les impone el deber de informar a los candidatos seleccionados el contenido y objetivo de las preguntas sobre la discapacidad y de los exámenes médicos, ni tampoco las razones de la rescisión de una oferta de trabajo.¹⁹⁰⁷

Una vez que el empleador tiene acceso a información relacionada con la discapacidad del candidato seleccionado o de miembros de su familia, existe el riesgo que efectúe suposiciones estereotipadas sobre las capacidades del candidato seleccionado o sobre los costos en que podría incurrir por tener trabajadores con discapacidades o discapacidades asociadas; lo que podría hacer que el empleador rescinda la oferta de trabajo.¹⁹⁰⁸

Con el propósito de evitar este riesgo, la ADA debería ser modificada con el objetivo de restringir los exámenes médicos y las preguntas relacionadas con la discapacidad en la etapa posterior a la oferta de trabajo.¹⁹⁰⁹ Así, los reconocimientos médicos solamente podrían admitirse para obtener información médica relacionada con el desempeño laboral, es decir, para determinar si el candidato seleccionado puede cumplir con las funciones esenciales del puesto de trabajo ofrecido o no.¹⁹¹⁰ Lo que significa que los reconocimientos médicos de la etapa previa al empleo deberían restringirse a aquellos que son relacionados con el contrato y justificados por la necesidad del negocio.¹⁹¹¹

La Human Right Act del estado de Minnesota sigue esta regla porque solamente permite reconocimientos médicos posteriores a la oferta de trabajo para testear las capacidades psicofísicas relacionadas con el trabajo.¹⁹¹² Esta legislación garantiza un balance apropiado entre los intereses del empleador, quien podría necesitar conocer información de salud relacionada con el desempeño en el trabajo, y los derechos del candidato seleccionado, al evitar la revocación de

¹⁹⁰⁶ BEFORT (1997), p. 417.

¹⁹⁰⁷ BEFORT (1997), p. 418.

¹⁹⁰⁸ BEFORT (1997), p. 418; HOFFMAN (2001), pp. 552 – 553.

¹⁹⁰⁹ BEFORT (1997), p. 418.

¹⁹¹⁰ BEFORT (1997), p. 418; HOFFMAN (2001), p. 582.

¹⁹¹¹ BEFORT (1997), p. 418.

¹⁹¹² Minnesota Statutes § 363A.8.

una oferta de trabajo condicional basada en información médica que no está asociada con las funciones esenciales del puesto de trabajo ofrecido.¹⁹¹³

1.3. Los reconocimientos médicos previo al empleo en España

Al contrario de lo que sucede en Australia y Estados Unidos, la regla general en España es que los reconocimientos médicos previo al empleo se encuentran prohibidos. En términos más concretos, esta prohibición alcanza a los reconocimientos médicos que cumplen las funciones de la vigilancia laboral.¹⁹¹⁴ El fundamento jurídico principal es el artículo 37.3.b) del Real Decreto 39/1997 (RSP), de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, que dispone: “b) En materia de vigilancia de la salud, la actividad sanitaria deberá abarcar, en las condiciones fijadas por el artículo 22 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales: 1.º 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”. En conformidad con esta norma, los reconocimientos médicos que tienen por objeto vigilar la salud con el propósito de prevenir riesgos laborales, conforme al artículo 22 de la LPRL y su normativa complementaria, solamente pueden tener lugar con posterioridad a la contratación del trabajador; esta es la posición de la doctrina.¹⁹¹⁵

La finalidad del artículo 37.3.b) del RSP al retrasar la realización de los reconocimientos médicos para el momento posterior a la contratación laboral es evitar el riesgo de utilización de sus resultados con fines de selección laboral, esto es, que el empresario opte por quienes tengan una mejor salud, con menos costos para el empleador, menores riesgos de enfermedades y ausentismo, y así evitar la discriminación por discapacidad u otra condición de salud.¹⁹¹⁶ Por lo tanto, el empleador no puede obligar a los candidatos a someterse a reconocimientos médicos previo a la formalización del contrato de trabajo, salvo las excepciones legales en que se permite ello.¹⁹¹⁷ El artículo 9.5 de la Ley 15/2022 lo refuerza a propósito de las preguntas sobre la salud,

¹⁹¹³ BEFORT (1997), p. 418; ROTHSTEIN (1998), p. 408.

¹⁹¹⁴ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2013), p. 308. Para un estudio más profundo sobre la oportunidad de los reconocimientos médicos previos a la contratación véase GARCÍA (2023), pp. 50-58.

¹⁹¹⁵ GARCÍA Y PEDROZA (1999), p. 38; JIMÉNEZ (2002), pp. 1149-1152; FERNÁNDEZ (2009), pp. 135-136; POQUET (2013), p. 108; GOÑI Y RODRÍGUEZ (2013), p. 308; ALAMEDA (2013), p. 292; IZQUIERDO (2023), p. 109.

¹⁹¹⁶ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2013), p. 309.

¹⁹¹⁷ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2013), p. 309; ALAMEDA (2013), p. 293.

al prohibir al empleador formularlas en la etapa precontractual: “El empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante del puesto”. Ello con el propósito de evitar que la salud del trabajador tenga influencia en la selección del candidato.¹⁹¹⁸ En el mismo sentido se ha pronunciado la STC 196/2004, de 15 de noviembre, al afirmar que “el reconocimiento médico en la relación laboral no es una facultad que se reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o familiar”.

Sin embargo, la regla general tiene diversas excepciones previstas en normas específicas de la propia legislación con distintas finalidades. En primer lugar, se admiten los reconocimientos médicos previo al empleo para la prevención de enfermedades profesionales y para evitar riesgos para la seguridad o salud del propio trabajador o terceros.¹⁹¹⁹ El artículo 22.1 de la LPRL permite la realización de reconocimientos obligatorios cuando lo establezca una disposición legal en relación con la protección de riesgos laborales específicos y actividades de especial peligrosidad. Con base en este precepto legal, diversas normas han regulado reconocimientos médicos previo a la contratación laboral.

El primer supuesto de reconocimiento médico previo al empleo tiene su sustento base en el artículo 243 de la LGSS, precepto que, además, da cobertura a normativa específica sobre protección frente a determinados agentes peligrosos en el lugar de trabajo que regula reconocimientos médicos específicos previo a la contratación.¹⁹²⁰ El artículo 243 de la LGSS señala que “todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquellos [...]”. Con base en esta disposición, los reconocimientos médicos permiten al empresario identificar qué trabajadores son especialmente sensibles a determinados riesgos, con el propósito de determinar si el postulante puede ejecutar el trabajo sin riesgo para su vida o salud, además de establecer si requiere alguna

¹⁹¹⁸ AGUILERA (2023), p. 125.

¹⁹¹⁹ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2013), p. 310; ALAMEDA (2013), p. 293, 296-297; AGUILERA (2023), p. 110; GARCÍA (2023), pp. 59-65.

¹⁹²⁰ FERNÁNDEZ-COSTALES (2009), pp. 61-62; FERNÁNDEZ-COSTALES (2021), pp. 65-66; GARCÍA (2023), pp. 59-60.

acomodación para prevenir o disminuir el riesgo de enfermedad profesional.¹⁹²¹ De esta norma se desprende que cuando exista riesgo de contraer alguna enfermedad profesional, debe someterse a los postulantes a un reconocimiento médico previo a su contratación para evitar o disminuir ese riesgo, lo que constituye una excepción a la regla del artículo 37 del RSP, que admite los reconocimientos médicos posteriores a la contratación del trabajador.¹⁹²² En contra de esta interpretación existe otra que sostiene que el artículo 243 de la LGSS es anterior a la LPRL, oportunidad en que se admitían ampliamente los reconocimientos médicos previo al empleo, pero con la entrada en vigor de la LPRL ya no, por lo cual el artículo 243 de la LGSS debe interpretarse en este sentido, esto es, que admite reconocimientos médicos posteriores a la contratación, opción interpretativa que sería coherente con la LPRL.¹⁹²³

La normativa de desarrollo posterior a la LPRL, que contempla medidas preventivas específicas frente a determinados agentes peligrosos en el lugar de trabajo, varios de los cuales pueden causar enfermedades profesionales, no tiene un tratamiento uniforme de los reconocimientos médicos previo al inicio de prestación de los servicios: se contemplan algunos casos de reconocimientos médicos previo a la contratación laboral, coincidiendo con el artículo 243 de la LGSS. Sin embargo, existe otra normativa, la mayoría, que admite reconocimientos médicos con posterioridad a la contratación y antes del inicio de ejecución del trabajo.¹⁹²⁴

En consecuencia, en conformidad con el artículo 243 de la LGSS y la normativa de desarrollo, la regla general es que cuando exista riesgo de contraer alguna de las enfermedades profesionales expresamente reguladas en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, es procedente la realización de reconocimientos médicos previo a la contratación laboral. Regla general que tiene excepciones cuando existe normativa específica sobre prevención de riesgos concretos que contempla la realización de reconocimientos médicos luego de la contratación y antes de comenzar el trabajo.¹⁹²⁵

¹⁹²¹ ALAMEDA (2013), pp. 296-297.

¹⁹²² GOÑI Y RODRÍGUEZ (2013), p. 311; ALAMEDA (2013), pp. 293, 296-297; IZQUIERDO (2023), p. 110.

¹⁹²³ FERNÁNDEZ (1997), pp. 228 y ss.; JIMÉNEZ (2002), pp. 1149-1152.

¹⁹²⁴ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2013), pp. 312-313.

¹⁹²⁵ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2013), pp. 311-312.

El segundo supuesto de reconocimientos médicos previo a la contratación laboral tiene lugar cuando el puesto de trabajo al que se postula o algunas de sus funciones inherentes exigen condiciones psicofísicas determinadas; en ese caso, el empresario está obligado a no contratar a los postulantes que no reúnan las condiciones psicofísicas adecuadas para los puestos de trabajo que las requieren (artículo 25.1, párrafo 2 de la LPRL) o cuando pueda verse afectada la seguridad y salud del propio candidato, los demás trabajadores o terceros.¹⁹²⁶ El Tribunal Constitucional lo confirma al reconocer que existen excepciones legales en las cuales el legislador faculta a las empresas para llevar a cabo exámenes médicos a candidatos todavía no contratados a fin de evitar posibles situaciones de riesgos, bien para su propia integridad física o salud, o bien para las de compañeros de trabajo y terceras personas.¹⁹²⁷ Se trata de reconocimientos obligatorios que el empleador puede establecer unilateralmente, o establecerse por la legislación estatal y/o en el convenio colectivo.

La posibilidad de que el empresario pueda exigir reconocimientos médicos previos al empleo para determinar las condiciones psicofísicas de aptitud inherentes al trabajo encuentra su fundamento en la obligación de seguridad y en las facultades directivas y organizativas; estos reconocimientos deben aceptarse siempre que sean proporcionados y necesarios para determinar la aptitud psicofísica que exige el desempeño del trabajo de forma segura.¹⁹²⁸ Es así, por ejemplo, que no se ha considerado discriminatoria la decisión de la empresa de no contratar, para trabajar en el interior de la mina, a un trabajador que padece asma bronquial con una obstrucción bronquial significativa: “Son varios los factores y razones que determinan la exclusión, relacionados directamente con la salud del trabajador afectado, pero que de forma indirecta pueden incidir en la actividad de otros trabajadores: la influencia negativa que en la enfermedad tiene el ambiente pulvígeno y enrarecido en el que se desarrolla el trabajo, las especiales características nocivas del polvo inhalado –polvo sílice, causante de silicosis y otras enfermedades– y las dificultades que la afección respiratoria puede originar para el uso eficaz de los equipos de protección respiratoria o autorrescatadores a disposición de los trabajadores para los casos de accidente en la mina. Los mayores riesgos que por causa de la enfermedad entraña

¹⁹²⁶ ALAMEDA (2013), p. 297; AGUILERA (2023), p. 112; GARCÍA (2023), pp. 85-88.

¹⁹²⁷ STC 196/2004, de 15 de noviembre.

¹⁹²⁸ STSJ Madrid, 20 de octubre de 2004, Rec. N° 3688/2004; AGUILERA (2023), pp. 112-113.

el empleo del demandante en la actividad de ayudante minero no se pueden reducir a niveles tolerables, ni cabe imponer a la empresa la carga de soportar sus consecuencias, pues sería una carga excesiva que nuestro ordenamiento jurídico no contempla”.¹⁹²⁹

Asimismo, existen numerosos convenios colectivos que regulan reconocimientos médicos en situaciones diferentes a las establecidas en la legislación, cuya función es determinar la aptitud psicofísica para el trabajo y cuya verificación condicionará su contratación.¹⁹³⁰ Esto ha sido legitimado por la jurisprudencia,¹⁹³¹ a pesar de que cierta doctrina solamente admite estos reconocimientos médicos cuando los consagra la normativa estatal, negando que la negociación colectiva pueda establecer reconocimientos médicos obligatorios en otras situaciones y menos para quienes todavía no son trabajadores y no están cubiertos por el convenio colectivo por no ser trabajadores todavía.¹⁹³²

Finalmente, la normativa estatal específica puede regular reconocimientos médicos previo a la contratación que son imprescindibles para verificar el estado de salud del postulante a puestos de trabajo cuyo desempeño puede poner en peligro la seguridad o salud del trabajador o de la comunidad.¹⁹³³ Solo a modo de ejemplo se pueden mencionar algunos casos, además de los señalados a propósito de las funciones de los reconocimientos médicos.

El Real Decreto 270/2000, de 25 de febrero, regula las condiciones para el ejercicio de las funciones de personal de vuelo de las aeronaves civiles. Según las funciones que ejerza el personal, este RD le exige disponer de un certificado médico clase 1, 2 o 3. Por ejemplo, un piloto comercial de avión ha de estar en posesión del certificado clase 1, mientras que un piloto privado de helicóptero ha de estar en posesión de un certificado clase 2. La obtención del certificado exige someterse a una serie de exámenes médicos para comprobar que el estado de salud sea compatible con el puesto de trabajo aéreo.

¹⁹²⁹ STSJ Asturias, 12 de diciembre de 2008, Rec. N° 1431-2008.

¹⁹³⁰ AGUILERA (2023), p. 113; GARCÍA (2023), pp. 95-101.

¹⁹³¹ STS, 28 de diciembre de 2006, Rec. N° 140/2005. En el mismo sentido: STSJ Madrid, 20 de septiembre de 2004, JUR 2004, 277909; STSJ Castilla y León, 7 de enero de 1998 (AS 1998, 5074); STSJ Andalucía, 1 de julio de 1998 (AS 1998, 3377).

¹⁹³² ALAMEDA (2013), pp. 293-294.

¹⁹³³ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2013), pp. 306-307.

El artículo 61.5 del RD Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, establece la posibilidad de exigir reconocimientos médicos en los procesos de selección destinados a comprobar el estado de salud de los candidatos a un empleo público, de modo que si determinan que el candidato no es apto, no será contratado.¹⁹³⁴ Los reconocimientos médicos en los procesos de selección de los candidatos a la Administración Pública han sido regulados a nivel legal y reglamentario, por ejemplo, para el acceso al Cuerpo Nacional de Policía y a la Guardia Civil. En el primer caso, para dar cumplimiento al artículo 26.1.d) de la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio (“no hallarse incluido en ninguna de las causas de exclusión física o psíquica que impidan o menoscaben la capacidad funcional u operativa necesaria para el desempeño de las tareas propias de la Policía Nacional”), el Real Decreto 326/2021, de 11 de mayo, por el cual se aprueba el cuadro médico de exclusiones para el ingreso en la Policía Nacional, regula la realización de reconocimientos médicos previos a la contratación.¹⁹³⁵ En cuanto al acceso a la Guardia Civil, los reconocimientos médicos en el proceso de selección se encuentran regulados en la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil, con la finalidad de evaluar la aptitud y condiciones psicofísicas de los postulantes (artículo 59).

El tercer supuesto de reconocimientos médicos previo a la contratación se encuentra a propósito de las empresas de trabajo temporal (ETT). El Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, contiene las disposiciones de seguridad y salud de los trabajadores en el ámbito de las empresas de trabajo temporal. En su artículo 3 se responsabiliza a las ETT de la vigilancia de la salud del trabajo. El apartado 5 del artículo 3 señala que la ETT debe acreditar documentalmente que el trabajador cuenta con un estado de salud compatible con el puesto de trabajo a desempeñar. La empresa usuaria, por su parte, de acuerdo con el artículo 4 del Real Decreto 216/1999 debe cerciorarse de que “el trabajador ha sido considerado apto a través de un adecuado reconocimiento de su estado de salud para la realización de los servicios que deba prestar”.

¹⁹³⁴ GARCÍA (2023), p. 110.

¹⁹³⁵ La exclusión del proceso de selección fundado en los resultados de los reconocimientos médicos por una declaración de no apto debe estar suficientemente justificada. En el caso de la STS de 17 de febrero de 2014, Rec. N° 4173/2012, por alteraciones funcionales de una mano, se estimó falta de justificación de la repercusión de la patología apreciada en la funcionalidad de la actividad policial, declarándose improcedente la exclusión.

La normativa en cuestión deja en claro que la aptitud del trabajador debe comprobarse antes de su incorporación al puesto de trabajo en la empresa usuaria, pero no establece claramente la oportunidad en que deben tener lugar los reconocimientos médicos. Sin embargo, se ha entendido que, debido a la particularidad del trabajo de servicios transitorios, el Real Decreto 216/1999 contempla una excepción al artículo 37.1 del RSP, permitiendo la realización de reconocimientos médicos antes de la celebración del contrato de trabajo.¹⁹³⁶ No resulta razonable requerir reconocimientos médicos para determinar la aptitud para el trabajo con posterioridad a la celebración del contrato de trabajo; este tipo de reconocimientos procede generalmente antes de la contratación.¹⁹³⁷

Los reconocimientos médicos previos a la contratación, cuando tienen lugar en conformidad con la legislación, constituyen un requisito necesario para la celebración del contrato de trabajo, sin cuyo cumplimiento este no podrá formalizarse; por tanto, si el trabajador se niega someterse a dichos exámenes, el empresario podrá legalmente no celebrar el vínculo laboral.¹⁹³⁸ Igualmente, el empresario no podrá celebrar contrato de trabajo con los candidatos que no hayan superado el reconocimiento médico, al ser calificados como no aptos para desempeñar el puesto de trabajo.¹⁹³⁹

Por el contrario, si los reconocimientos médicos previos a la celebración del contrato de trabajo no demuestran que el candidato esté imposibilitado para realizar el trabajo, y el contrato de trabajo no se celebra fundado solamente en una condición de salud que no impide realizarlo de forma segura, existirá discriminación en razón de alguno de los atributos vinculados a la salud.¹⁹⁴⁰ Discriminación que es más fácil de probar cuando existe precontrato celebrado y el empresario desiste de celebrar el contrato de trabajo solo por una condición de salud que no pone

¹⁹³⁶ LÓPEZ (2000), p. 36; RODRÍGUEZ Y BURRIEL (2010), p. 72; GOÑI Y RODRÍGUEZ (2013), p. 314; GARCÍA (2023), pp. 126-127.

¹⁹³⁷ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2013), p. 314.

¹⁹³⁸ FERNÁNDEZ-COSTALES (2009), p. 61; FERNÁNDEZ-COSTALES (2021), pp. 65-66.

¹⁹³⁹ FERNÁNDEZ-COSTALES (2009), p. 61; MORENO (2011), pp. 2-3; FERNÁNDEZ-COSTALES (2021), pp. 65-66.

¹⁹⁴⁰ AGUILERA (2023), p. 108.

en riesgo la seguridad o salud ni impide desempeñar el trabajo, sin justificar razonablemente su desistimiento.¹⁹⁴¹

2. Los reconocimientos médicos durante la vigencia del contrato de trabajo

Se trata de reconocimientos médicos a los que se somete el trabajador una vez celebrado el contrato de trabajo, para conocer aspectos específicos de su salud, sea para determinar su aptitud psicofísica para el trabajo a desarrollar o que actualmente desarrolla, sea con otra finalidad lícita, propia de la vigilancia de la salud o no.

Las oportunidades de los reconocimientos médicos durante el trabajo son varias, entre ellas: (1) reconocimientos médicos previo al inicio de la ejecución del trabajo; (2) reconocimientos médicos periódicos; (3) reconocimientos médicos por sospecha razonable sobre la aptitud psicofísica para el trabajo; (4) reconocimientos médicos durante la ausencia del trabajo por razones médicas; (5) reconocimientos médicos previo a la reincorporación al trabajo luego de un período de ausencia; (6) reconocimientos médicos aleatorios. Resulta necesario explicar las circunstancias en que tienen lugar estos reconocimientos médicos y sus finalidades.

2.1. Los reconocimientos médicos previo al inicio de la ejecución del trabajo convenido

Si los reconocimientos médicos no han tenido lugar en el proceso de reclutamiento y selección, sea por decisión empresarial o por limitación legal, pueden realizarse luego de celebrado el

¹⁹⁴¹ AGUILERA (2023), p. 108. En el mismo sentido STSJ Madrid, de 17 de mayo de 2016, Rec. N° 125/2016, que resuelve una controversia en la cual a pesar de que las partes firmaron un precontrato válido y eficaz, de una forma sorpresiva y con pocas horas de antelación al inicio de la prestación de servicios, el contrato no se llegó a formalizar por desistimiento de la empresa demandada. El único hecho relevante que tuvo lugar entre el precontrato y el desistimiento es que la empresa tuvo conocimiento de que la trabajadora padecía el trastorno del mecanismo inmunológico por inmunodeficiencia causada por VIH de etiología infecciosa, que no constituía una directa amenaza para otros trabajadores ni para el público, tomando en cuenta el trabajo que iba a ejecutar. La sentencia considera que “ese desistimiento empresarial de la formalización del contrato de trabajo decidido de forma sorpresiva pocas horas antes del inicio de la relación laboral, unido al previo e inmediato conocimiento de la indicada patología, constituye un indicio de que se ha producido la vulneración del derecho a la igualdad de la actora por razón de la enfermedad que padece, lo cual conduce a la estimación de la demanda conforme a lo dispuesto en los artículos 96.1 y 181.2 de la LRJS [Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social], al no haber acreditado la empresa demandada una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la no formalización del contrato de trabajo de la actora. Entender otra cosa supondría conceder una carta blanca a la empresa demandada para que de forma arbitraria y discrecional pueda discriminar a personas que padecen una inmunodeficiencia por VIH de etiología infecciosa mediante la no celebración del contrato de trabajo a que se había comprometido, perpetuándose así de forma indefinida en el tiempo el estigma social –en palabras del Ministerio Fiscal– que en un inicio pudo tener tal patología”.

contrato de trabajo y antes de que el trabajador comience a desarrollar la labor para la que ha sido contratado, tanto para determinar la aptitud psicofísica requerida para el trabajo como para establecer si se necesitan ciertos ajustes al trabajo por requerirlo la salud del trabajador, o para comenzar la vigilancia de la salud porque el trabajador estará expuesto a agentes peligrosos para la salud en el lugar de trabajo.

2.1.1. *Los reconocimientos médicos previo al inicio de la ejecución del trabajo convenido en Australia*

Como en Australia no existe restricción en la legislación sobre la oportunidad de los reconocimientos médicos –los que persiguen determinar la aptitud psicofísica para el trabajo, si la salud del trabajador requiere ciertos ajustes en el trabajo o lugar de trabajo o no, si el trabajador tiene una discapacidad que requiere una acomodación razonable, el estado de cierto aspecto de la salud para fines de vigilancia médica–, estos podrían tener lugar una vez celebrado el contrato de trabajo, aunque en la práctica, la regla general es que tienen lugar antes de la celebración del contrato de trabajo.¹⁹⁴²

Aunque la legislación australiana no prohíbe los reconocimientos médicos durante el proceso de contratación, sí exige respecto de trabajadores que ocupan cargos altamente riesgosos para la seguridad o salud del propio trabajador y/o terceros, o de trabajadores que están expuestos a sustancias peligrosas para la salud, que se sometan a ciertos reconocimientos médicos previo al comienzo del trabajo para el cual han sido contratados, tanto para determinar la aptitud psicofísica para el trabajo como para fines de vigilancia de la salud.

La legislación de diversos estados,¹⁹⁴³ siguiendo la regulación modelo sobre seguridad y salud en el lugar de trabajo,¹⁹⁴⁴ ordena a la persona que conduce una empresa o negocio en un lugar de trabajo que no deber imponer ni permitir que un trabajador realice trabajos generales de buceo o que reciba capacitación para trabajos generales de buceo a menos que tenga un certificado vigente de aptitud médica para el buceo y reúna las condiciones psicofísicas que requiere dicho

¹⁹⁴² JOHNSTONE (1988), pp. 115-118; GUTHRIE (2003), pp. 93-94; SEE (2003), pp. 3-4; SCOTT (2016), pp. 140-142.

¹⁹⁴³ Model Work Health and Safety Regulations 2017 (NSW), Regs. 168, 169 y 171; Work Health and Safety (General Regulations 2022 [WA]), Regs. 168, 169 y 171.

¹⁹⁴⁴ Model Work Health and Safety Regulations 2023 (Cth), Regs. 168, 169 y 171.

certificado. Del mismo modo, ciertas jurisdicciones exigen que los trabajadores de la minería sean evaluados médicamente para determinar su aptitud para trabajar en dicha actividad sin riesgo injustificado, antes que el trabajador comience a trabajar en la minería y cada vez que cambie las funciones a desarrollar en la faena minera.¹⁹⁴⁵

Tratándose de los reconocimientos médicos requeridos para llevar a cabo la vigilancia de la salud producto de la exposición del trabajador a sustancias peligrosas para la salud en el trabajo, la regulación estatal ordena a la persona que conduce un negocio o empresa en el lugar de trabajo que debe garantizar el otorgamiento de vigilancia de la salud del trabajador antes que comience su exposición ocupacional al plomo,¹⁹⁴⁶ y antes que comience a ejecutar el trabajo de remoción de asbestos con licencia.¹⁹⁴⁷

Si los resultados médicos previo al inicio del desarrollo del trabajo determinan que el trabajador no tiene la aptitud psicofísica para el trabajo, incluso con acomodación o si la acomodación es una carga injustificada para el empleador, este podrá terminar el contrato de trabajo en conformidad con lo dispuesto en la sección 387 de la Fair Work Act de 2009 (Cth).¹⁹⁴⁸

2.1.2. *Los reconocimientos médicos previo al inicio de la ejecución del trabajo convenido en Estados Unidos*

Los reconocimientos médicos previo al inicio de la ejecución del trabajo convenido no son frecuentes en Estados Unidos, porque se prefieren los reconocimientos posteriores a la oferta de trabajo y antes de la contratación. Sin embargo, no existe prohibición para que tengan lugar en la medida que persigan determinar la aptitud psicofísica que constituye un requisito inherente al

¹⁹⁴⁵ Mining and Quarrying Safety and Health Regulation 2017 (Qld), Reg. 87.

¹⁹⁴⁶ Model Work Health and Safety Regulations 2023 (Cth), Regs. 405-406; Model Work Health and Safety Regulations 2017 (NSW), Regs. 405-406; Work Health and Safety (General) Regulations 2022 (WA), Regs. 405-406.

¹⁹⁴⁷ Model Work Health and Safety Regulations 2023 (Cth), Reg. 435; Model Work Health and Safety Regulations 2023 (Cth), Reg. 435; Work Health and Safety (General) Regulations 2022 (WA), Reg. 435.

¹⁹⁴⁸ *Ermilov v. Qantas Flight Catering Pty Ltd* PR956925; *Boag; Ambulance Victoria v. Ms V* [2012] FWAFB 1616; *Birdi v. Rail Corporation New South Wales t/a RailCorp NSW* [2012] FWAFB 1404; *Jetstar Airways Pty Limited v. Neeteson-Lemkes* [2013] FWCFB 9075 ('Jetstar'); *Lion Dairy and Drinks Milk Limited v. Norman* [2016] FWCFB 4218; *TNT Australia Pty Ltd t/a TNT v. Martin* [2017] FWCFB 1510; *CSL Limited t/a CSL Behring v. Papaioannou* [2018] FWCFB 1005.

trabajo, la acomodación razonable que necesita un trabajador con discapacidad, o bien cumplir con la vigilancia de la salud que requiera algún estándar de la OSHA.¹⁹⁴⁹

2.1.3. *Los reconocimientos médicos previo al inicio de la ejecución del trabajo convenido en España*

Según se indicó, la regla general en España es que los reconocimientos médicos que tienen por objeto vigilar la salud con el propósito de prevenir riesgos laborales, en conformidad con el artículo 22 de la LPRL y su normativa complementaria, solamente pueden tener lugar con posterioridad a la contratación del trabajador, pero siempre antes de la incorporación al trabajo; esa es la posición de la doctrina, salvo que exista norma específica que los admita antes de la contratación.¹⁹⁵⁰ Esto se debe a lo señalado en el artículo 37.3 b) del RSP, que admite estos reconocimientos médicos después de la contratación o después de la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos para la salud.¹⁹⁵¹

Numerosa normativa sobre medidas de seguridad ante agentes riesgosos en el trabajo contempla los reconocimientos de inicio de ejecución del trabajo convenido; a continuación, se señalan algunos.

El Real Decreto 286/2006, de 10 de marzo, de protección frente a los riesgos derivados de la exposición al ruido, señala en su artículo 11 que los trabajadores tendrán derecho a la vigilancia de la salud cuando la evaluación de riesgos ponga de manifiesto la existencia de un riesgo, remitiéndose para su concreción a lo dispuesto en el RSP, que permite los reconocimientos médicos al momento de la incorporación del trabajo. Además, la guía técnica precisa que los reconocimientos médicos iniciales tendrán lugar “después de la incorporación al trabajo o de la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos para la salud”.¹⁹⁵² También, el Real Decreto 487/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la

¹⁹⁴⁹ MINTZ (1986), pp. 914-915.

¹⁹⁵⁰ GARCÍA Y PEDROZA (1999), p. 38; JIMÉNEZ (2002), pp. 1149-1152; FERNÁNDEZ (2009), pp. 135-136; POQUET (2013), p. 108; GOÑI Y RODRÍGUEZ (2013), p. 308; ALAMEDA (2013), p. 292; LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 39; AGUILERA (2023), p. 109.

¹⁹⁵¹ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 39, sobre la base del artículo 37.3.b) de la RSP: “Quede claro en todo caso que la evaluación de riesgos es fundamental para llevar a cabo la vigilancia de la salud, de ahí que no es posible realizar una vigilancia de la salud si antes no se han evaluado los riesgos inherentes al trabajo”.

¹⁹⁵² INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (2022), pp. 26-27.

manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, en su artículo 6 contempla el derecho a la vigilancia de la salud de los trabajadores expuestos al citado riesgo y se remite también al RSP. En cuanto al momento de realización de los reconocimientos médicos iniciales, la guía técnica precisa expresamente que la evaluación inicial de salud se realizará “después de la incorporación al trabajo o después de la asignación de tareas que comporten nuevos riesgos”.¹⁹⁵³ Idéntica regulación se encuentra en el Real Decreto 1311/2005, de 4 de noviembre, sobre protección de la salud y seguridad de los trabajadores frente a los riesgos derivados o que puedan derivarse de la exposición a vibraciones mecánicas y en su guía técnica respectiva.¹⁹⁵⁴

El Real Decreto 488/1997, de 14 de abril, en materia de pantallas de visualización de datos, señala en su artículo 4 que los reconocimientos médicos se harán antes de que el trabajador comience a trabajar con una pantalla de visualización, aunque no deja claro si tendrán lugar luego de la contratación. La guía técnica precisa la oportunidad de forma clara: “El primer examen de salud debe ser realizado antes de que el sujeto, previamente seleccionado, emprenda su actividad como “trabajador” usuario de pantallas de visualización”, y agrega para dilucidar cualquier duda: “Debe entenderse que este examen de la salud se refiere a trabajadores ya contratados, no a los que son objeto de un proceso de selección”.¹⁹⁵⁵

Tratándose de la exposición a agentes químicos, el Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, señala que la vigilancia de la salud será un requisito obligatorio para trabajar con un agente químico, pero no determina el momento de su realización; es la guía técnica la que determina su oportunidad al señalar que “el reconocimiento médico inicial tendrá lugar después de la incorporación al trabajo o después de la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos para la salud”.¹⁹⁵⁶

El Real Decreto 1311/2005, de 4 de noviembre, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores frente a los riesgos derivados o que puedan derivarse de la exposición a vibraciones mecánicas, modificado por el Real Decreto 330/2009, de 13 de marzo, se ocupa en

¹⁹⁵³ INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (2009), pp. 16-17.

¹⁹⁵⁴ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2013), p. 312.

¹⁹⁵⁵ INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (2021), pp. 14-15.

¹⁹⁵⁶ INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (2013), pp. 46-52.

su artículo 8 de establecer las pautas básicas de la vigilancia de los trabajadores sometidos a este tipo de riesgos. Además, precisa que los reconocimientos médicos se practicarán en conformidad con el artículo 37.3 del RSP, con lo que permite que tengan lugar después de la contratación.

El principal problema que plantean los reconocimientos médicos iniciales es que determinen que el trabajador no puede ejecutar las funciones convenidas por tener una enfermedad o condición salud que constituye un peligro para su propia salud o seguridad o la de terceros, y que no puede ejecutarlas ni siquiera con ajustes del trabajo o lugar de trabajo a la condición de salud del trabajador sensible (artículo 25 de la LPRL) ni con ajustes razonables respecto del trabajador con discapacidad.¹⁹⁵⁷ Esto provocará la extinción del contrato de trabajo por no tener la aptitud psicofísica para el trabajo,¹⁹⁵⁸ salvo que sea posible la movilidad a otro puesto de trabajo.¹⁹⁵⁹ Por esta razón se ha criticado esta opción legislativa y resulta recomendable recurrir a reconocimientos médicos antes de la contratación y solamente para fines legítimos,¹⁹⁶⁰ por ejemplo, luego de extendida una oferta de trabajo condicional a tener aptitud psicofísica para el trabajo, alternativa adoptada por la ADA norteamericana.

2.2. Los reconocimientos médicos periódicos

Los reconocimientos periódicos son los que tienen lugar con ciertos intervalos de tiempo durante la vigencia de la relación laboral, en fechas o períodos que el trabajador conoce con anticipación. Su finalidad es determinar si el trabajador mantiene la aptitud psicofísica que es inherente al trabajo, para cumplir sus funciones esenciales sin riesgos para la seguridad y salud, y para efectos de la vigilancia de la salud cuando el trabajador está expuesto a sustancias peligrosas en el lugar de trabajo.

2.2.1. *Los reconocimientos médicos periódicos en Australia*

En Australia se admiten los reconocimientos médicos periódicos fundados en la obligación de seguridad, con el propósito de conocer si el trabajador está apto para trabajar sin constituir un

¹⁹⁵⁷ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2013), p. 309.

¹⁹⁵⁸ ORTIZ (1985), p. 242; FERNÁNDEZ-COSTALES (2009), p. 62; FERNÁNDEZ-COSTALES (2021), p. 67.

¹⁹⁵⁹ ORTIZ (1985), p. 242; AGRA (2006), pp. 151 y ss.; FERNÁNDEZ-COSTALES (2007), pp. 227 y ss.

¹⁹⁶⁰ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2013), p. 309

riesgo para su seguridad y salud ni la de terceros.¹⁹⁶¹ En ciertas industrias existen trabajos riesgosos para la seguridad, que requieren una determinada aptitud psicofísica del trabajador de forma permanente mientras desempeña su trabajo, con el fin de no poner en riesgo la salud y seguridad. Por tanto, los reconocimientos médicos periódicos persiguen determinar esa aptitud psicofísica, que es un requisito inherente del trabajo en cuestión. Un ejemplo lo proporcionan las personas que deben tener una licencia para realizar un trabajo, por ejemplo, conductores de vehículos terrestres, buceadores, quienes cada cierto tiempo deben renovar la licencia, para lo cual se les exige como requisito tener una determinada aptitud psicofísica para el trabajo.¹⁹⁶² Igualmente, la legislación minera proporciona otro ejemplo al ordenar a la empresa minera requerir al trabajador minero una evaluación médica periódica para determinar si está en condición apta para cumplir sus deberes en la mina sin crear un nivel inaceptable de riesgo.¹⁹⁶³

Asimismo, los reconocimientos médicos periódicos tienen lugar con fines de vigilancia de la salud de trabajadores expuestos a sustancias y agentes peligrosos para la salud en el lugar de trabajo, esto es, para determinar si el trabajo está afectando la salud del trabajador y en qué forma. La vigilancia de la salud es establecida por la normativa estatal, que la impone al empleador respecto de ciertos trabajadores. Tratándose de trabajadores expuestos al ruido, la empresa que conduce el negocio o empresa debe proporcionarles un examen de audiometría dentro de los tres meses siguientes al comienzo del trabajo con exposición al ruido y, en cualquier caso, al menos cada dos años.¹⁹⁶⁴ Del mismo modo, el empleador debe asegurar la vigilancia de la salud periódica al trabajador que en su trabajo utiliza, manipula, genera o almacena productos peligrosos y existe un riesgo significativo para su salud debido a la exposición a sustancias químicas peligrosas, sean las enumeradas en la regulación u otras.¹⁹⁶⁵ De forma similar, sin precisar exactamente la periodicidad, se ordena a la empresa asegurar la vigilancia periódica de

¹⁹⁶¹ SEE (2003), pp. 4-5.

¹⁹⁶² Tratándose de los buceadores, por ejemplo, el certificado de aptitud médica tiene fecha de vencimiento y debe renovarse para poder bucear luego de la fecha de expiración. Véanse: Model Work Health and Safety Regulations 2023 (Cth), Reg. 169(b); Model Work Health and Safety Regulations 2017 (NSW), Reg. 169(b); Work Health and Safety (General) Regulations 2022 (WA), Reg. 169(b).

¹⁹⁶³ Mining and Quarrying Safety and Health Regulation (Qld) 2017, Regs. 86-87.

¹⁹⁶⁴ Model Work Health and Safety Regulations 2023 (Cth), Reg. 58(2); Model Work Health and Safety Regulations 2017 (NSW), Reg. 58(2); Work Health and Safety (General) Regulations 2022 (WA), Reg. 58(2).

¹⁹⁶⁵ Model Work Health and Safety Regulations 2023 (Cth), Reg. 368; Model Work Health and Safety Regulations 2017 (NSW), Reg. 368; Work Health and Safety (General) Regulations 2022 (WA), Reg. 368.

la salud del trabajador expuesto a asbestos en el lugar de trabajo,¹⁹⁶⁶ y a la empresa operadora de una mina asegurar la vigilancia de la salud del trabajador que trabaja en la mina si existe riesgo de efectos adversos para su salud debido a su exposición a riesgos asociados con la operación minera.¹⁹⁶⁷

Respecto de trabajadores expuestos al plomo en el lugar de trabajo, el monitoreo periódico de la salud está sujeto a distintas reglas. La persona que conduce el negocio o empresa debe garantizar al trabajador expuesto al riesgo de plomo la vigilancia de la salud un mes después de haber comenzado a trabajar con exposición al plomo y, luego, un mes después del primer monitoreo de la salud del trabajador cuando la exposición al plomo se identificó una vez que había comenzado a trabajar.¹⁹⁶⁸ Igualmente, la persona que conduce un negocio o empresa en un lugar de trabajo debe coordinar la vigilancia biológica de cada trabajador que realiza trabajo expuesto al riesgo de plomo con la siguiente frecuencia: (1) para mujeres sin capacidad reproductiva y hombres, si la última vigilancia muestra un nivel de plomo en la sangre menor que 10µg/dL (0.48µmol/L), seis meses después de la última vigilancia biológica del trabajador; en cambio, si la última vigilancia muestra un nivel de plomo en la sangre de 10µg/dL (0.48µmol/L) pero menos que 20µg/dL (0.97µmol/L), tres meses después de la última vigilancia biológica del trabajo; y si la última vigilancia muestra un nivel de plomo en la sangre de 20µg/dL (0.97µmol/L) o más, seis semanas después de la última vigilancia biológica del trabajador; (2) para trabajadoras en capacidad reproductiva, si la última vigilancia muestra un nivel de plomo en la sangre menor a 5µg/dL (0.24µmol/L), tres meses después de la última vigilancia biológica de la trabajadora; si la última vigilancia muestra un nivel de plomo en la sangre de 5µg/dL (0.24µmol/L) o más pero menos que 10µg/dL (0.48µmol/L), seis semanas después de la última vigilancia biológica de la trabajadora.¹⁹⁶⁹ La empresa debe incrementar la frecuencia de la vigilancia biológica de un trabajador que trabaja expuesto al plomo si este realiza una actividad que probablemente

¹⁹⁶⁶ Model Work Health and Safety Regulations 2023 (Cth), Reg. 435; Model Work Health and Safety Regulations 2017 (NSW), Reg. 435; Work Health and Safety (General) Regulations 2022 (WA), Reg. 435.

¹⁹⁶⁷ Occupational Health and Safety (Mines) Regulations 2002 (Vic), Reg. 308; Mining and Quarrying Safety and Health Regulation (Qld) 2017, Reg. 87; Work Health and Safety (Mines) Regulations 2022 (WA), Reg. 675F.

¹⁹⁶⁸ Model Work Health and Safety Regulations 2023 (Cth), Reg. 405; Model Work Health and Safety Regulations 2017 (NSW), Reg. 405; Work Health and Safety (General) Regulations 2022 (WA), Reg. 405.

¹⁹⁶⁹ Model Work Health and Safety Regulations 2023 (Cth), Reg. 407(1); Model Work Health and Safety Regulations 2017 (NSW), Reg. 407(1); Work Health and Safety (General) Regulations 2022 (WA), Reg. 407(1).

cambiará la naturaleza o incrementará la duración o frecuencia de la exposición al plomo.¹⁹⁷⁰ El regulador podría determinar una frecuencia diferente de la vigilancia biológica de ciertos trabajadores debido a la naturaleza del trabajo, la duración y frecuencia probable de exposición al plomo y la probabilidad de que el nivel de plomo en la sangre de los trabajadores se incrementará significativamente.¹⁹⁷¹

Finalmente, pueden existir reconocimientos médicos periódicos en conformidad con el programa de bienestar del trabajador, los que son voluntarios para los trabajadores.

2.2.2. *Los reconocimientos médicos periódicos en Estados Unidos*

En Estados Unidos existe legislación federal, estatal y local que exige ciertos reconocimientos médicos periódicos con el propósito de proteger la salud y seguridad del trabajador y del público mediante forma de vigilancia de la salud, o reconocimientos médicos dirigidos a determinar la aptitud psicofísica inherente al trabajo.¹⁹⁷²

La vigilancia de la salud constituye exámenes médicos periódicos exigidos por la legislación en beneficio de trabajadores expuestos a riesgos ocupacionales determinados, principalmente, por los estándares de la OSHA, cuya finalidad primordial es detectar los efectos adversos que resultan de la exposición al riesgo ocupacional en la etapa más temprana posible, de forma que las medidas preventivas apropiadas para impedir enfermedades profesionales o empeoramiento de la salud puedan adoptarse prontamente.¹⁹⁷³

Los estándares de la OSHA exigen distinta periodicidad en la vigilancia de la salud de trabajadores expuestos a sustancias peligrosas en el lugar de trabajo; la periodicidad de estos exámenes médicos es la siguiente: de un año para los trabajadores expuestos en el lugar de

¹⁹⁷⁰ Model Work Health and Safety Regulations 2023 (Cth), Reg. 407(2); Model Work Health and Safety Regulations 2017 (NSW), Reg. 407(2); Work Health and Safety (General) Regulations 2022 (WA), Reg. 407(2).

¹⁹⁷¹ Model Work Health and Safety Regulations 2023 (Cth), Reg. 407(3); Model Work Health and Safety Regulations 2017 (NSW), Reg. 407(3); Work Health and Safety (General) Regulations 2022 (WA), Reg. 407(3).

¹⁹⁷² ROTHSTEIN (1984), pp. 36-38.

¹⁹⁷³ ROTHSTEIN (1984), pp. 36-38; MINTZ (1986), p. 914; KOH Y AW (2003), p. 706.

trabajo a acrilonitrilo,¹⁹⁷⁴ arsénico (inorgánico),¹⁹⁷⁵ asbestos (industria general),¹⁹⁷⁶ benceno,¹⁹⁷⁷ carcinógenos,¹⁹⁷⁸ óxido de etileno,¹⁹⁷⁹ metilendianilina,¹⁹⁸⁰ ruido;¹⁹⁸¹ de un año o frecuencia mayor si lo determina el médico para trabajadores expuestos en el lugar de trabajo a asbestos (construcción y astilleros);¹⁹⁸² de un año o la frecuencia que determine el médico para trabajadores expuestos a residuos peligrosos.¹⁹⁸³ Finalmente, esta periodicidad puede variar por condiciones personales del trabajador y el nivel de exposición; además, existen exámenes periódicos que dependen de factores específicos precisados en el estándar respectivo de la OSHA, como concentraciones de la sustancia en el aire, años de exposición del trabajador al agente, índices biológicos, edad del trabajador, tiempo de exposición al año.¹⁹⁸⁴ Los estándares que subordinan la periodicidad de la vigilancia de la salud a los factores señalados son los que se relacionan con la exposición en el lugar de trabajo a los siguientes agentes: butadieno,¹⁹⁸⁵ cadmio,¹⁹⁸⁶ cromo (VI) o hexavalente,¹⁹⁸⁷ emisiones de horno de coque,¹⁹⁸⁸ ambientes de aire comprimido,¹⁹⁸⁹ polvo de algodón,¹⁹⁹⁰ 1,2-dibromo-3-cloropropano,¹⁹⁹¹ formaldehído,¹⁹⁹² plomo,¹⁹⁹³ cloruro de metileno,¹⁹⁹⁴ cloruro de vinilo.¹⁹⁹⁵

Otra legislación que exige exámenes médicos como vigilancia de la salud para proteger la salud del trabajador es la regulación sobre exámenes médicos de trabajadores del carbón. Es así que el

¹⁹⁷⁴ 29 C.F.R. §§ 1910.1045(n); 1926.1145; 1915.1045.

¹⁹⁷⁵ 29 C.F.R. §§ 1910.1018(n), 1926.1118, 1915.1018.

¹⁹⁷⁶ 29 C.F.R. §§ 1910.1001(l).

¹⁹⁷⁷ 29 C.F.R. §§ 1910.1028(i), 1926.1128, 1915.1028.

¹⁹⁷⁸ 29 C.F.R. §§ 1910.1003-1016(g), 1926.1103, 1915.1003-1016.

¹⁹⁷⁹ 29 C.F.R. §§ 1910.1047(i), 1926.1147.

¹⁹⁸⁰ 29 C.F.R. §§ 1910.1050(m).

¹⁹⁸¹ 29 C.F.R. §§ 1910.95(g), 1926.52.

¹⁹⁸² 29 C.F.R. §§ 1926.1101(m), 1915.1001.

¹⁹⁸³ 29 C.F.R. §§ 1910.120(f), 1926.65.

¹⁹⁸⁴ OCCUPATIONAL SAFETY & HEALTH ADMINISTRATION (2014), p. 30.

¹⁹⁸⁵ 29 C.F.R. §§ 1910.1051(k), 1926.1151.

¹⁹⁸⁶ 29 C.F.R. §§ 1910.1027(l), 1926.1127, 1915.1027, 1928.1027.

¹⁹⁸⁷ 29 C.F.R. §§ 1910.1026(k), 1926.1126(i), 1915.1026(i).

¹⁹⁸⁸ 29 C.F.R. §§ 1910.1029(j).

¹⁹⁸⁹ 29 C.F.R. §§ 1926.803(b).

¹⁹⁹⁰ 29 C.F.R. §§ 1910.1043(h).

¹⁹⁹¹ 29 C.F.R. §§ 1910.1044(m), 1926.1144, 1915.1044.

¹⁹⁹² 29 C.F.R. §§ 1910.1048(l), 1926.1148, 1915.1048.

¹⁹⁹³ 29 C.F.R. §§ 1910.1025(j); 1926.62.

¹⁹⁹⁴ 29 C.F.R. §§ 1910.1052(j), 1926.1152.

¹⁹⁹⁵ 29 C.F.R. §§ 1910.1017(k), 1926.1117.

operador de una mina de carbón debe proporcionar a los trabajadores de minas del carbón radiografía de tórax, exámenes de espirometría y evaluación respiratoria no más allá de tres años después de los exámenes iniciales si el trabajador todavía labora en una mina del carbón, y una tercera evaluación médica dos años después de la segunda evaluación si esta muestra empeoramiento de la salud del trabajador.¹⁹⁹⁶

Asimismo, existe un número de leyes federales que ordenan evaluaciones médicas periódicas del trabajador para proteger la salud y seguridad del público. Se trata de los reconocimientos médicos que determinan la aptitud psicofísica que es inherente al trabajo, para realizar sus funciones esenciales sin riesgo para la seguridad y salud.¹⁹⁹⁷ Dos de las legislaciones federales más importantes que prescriben evaluaciones médicas periódicas son las aplicables a los conductores de carreteras y personal aéreo. Las evaluaciones médicas de los conductores de vehículos terrestres tienen fecha de expiración, al término de la cual deben someterse nuevamente a exámenes médicos para obtener la licencia de conducir; además, si tienen problemas de salud, la legislación establece períodos menores para llevar a cabo la evaluación médica y determinar si la condición de salud del trabajador es apta para conducir.¹⁹⁹⁸ De manera similar, el personal de transporte aéreo, incluyendo a los pilotos, debe someterse a exámenes médicos periódicos, ya que pueden desempeñar sus funciones mientras el certificado médico determina aptitud para el trabajo y por el período de vigencia que indica; a su vencimiento o antes deben someterse a nuevos exámenes médicos para desempeñar labores aéreas.¹⁹⁹⁹

También se permiten los test de alcohol y drogas periódicos de trabajadores que desempeñan funciones sensibles para la seguridad, comúnmente como parte de un examen médico anual, cuando el administrador del transporte lo considere apropiado para la seguridad.²⁰⁰⁰ Asimismo, la legislación federal, estatal o local exige exámenes médicos periódicos para numerosos trabajos

¹⁹⁹⁶ 42 C.F.R. § 37.3(b), 37.92(b).

¹⁹⁹⁷ ROTHSTEIN (1984), pp. 39-40.

¹⁹⁹⁸ 49 C.F.R. § 391.41-391.49.

¹⁹⁹⁹ 14 C.F.R. § 67.

²⁰⁰⁰ 49 U.S.C. § 45102(b)(2) (aviación); 49 C.F.R. § 382.701(b) (conductores de vehículos comerciales terrestres).

riesgosos para la seguridad; se mencionan, a modo de ejemplo, conductores de autobuses de escuela, policías, bomberos, trabajadores de plantas nucleares.²⁰⁰¹

En Estados Unidos los reconocimientos médicos periódicos son admitidos tanto para la vigilancia de la salud como para determinar la aptitud psicofísica necesaria para desempeñar el trabajo sin riesgo para la seguridad y salud.²⁰⁰²

2.2.3. *Los reconocimientos médicos periódicos en España*

En España, al igual que en Australia y Estados Unidos, los reconocimientos médicos periódicos se admiten para dos fines: vigilancia o monitoreo de la salud de los trabajadores expuestos a riesgos laborales y para determinar la aptitud psicofísica inherente al trabajo, los cuales están íntimamente conectados.

La obligación de seguridad del empleador le impone el deber de vigilancia “periódica” del estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes al trabajo (artículo 22.1 de la LPRL), lo que se desarrolla reglamentariamente por protocolos de vigilancia específicos, por normativa especial de agencias estatales específicas y también por la negociación colectiva.²⁰⁰³

Los artículos 22 de la LPRL y 37.3.b) del RSP solamente exigen una “vigilancia de la salud a intervalos periódicos”, pero no determinan cuál es esa periodicidad. Las otras fuentes que determinan la periodicidad exacta consideran como factores para establecer el intervalo entre reconocimientos médicos el nivel de riesgo para la salud, las alteraciones detectadas en la salud, la edad del trabajador, el criterio del propio médico, las especiales sensibilidades.²⁰⁰⁴ El artículo 9.3 del RSP establece la anualidad como factor temporal básico de la actividad preventiva, regla que ha servido de guía para establecer numerosos reconocimientos médicos periódicos de forma anual, aunque existen periodicidades mayores o menores, según se requiera, para cumplir de

²⁰⁰¹ ROTHSTEIN (1984), p. 40.

²⁰⁰² ROTHSTEIN (1984), pp. 36-40.

²⁰⁰³ FERNÁNDEZ-COSTALES (2009), p. 63; LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), pp. 38-41; FERNÁNDEZ-COSTALES (2021), pp. 69-71.

²⁰⁰⁴ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 39.

manera adecuada con los fines de los reconocimientos médicos, lo que será determinado, finalmente, por la normativa respectiva.²⁰⁰⁵

De modo excepcional, la normativa reglamentaria sobre medidas de seguridad ante ciertos riesgos laborales establece expresamente la periodicidad de los reconocimientos médicos.²⁰⁰⁶ Un ejemplo lo proporciona el Real Decreto 286/2006, de 10 de marzo, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición del ruido, cuyo artículo 11.2, inciso 2 establece la periodicidad mínima de los controles audiométricos, al disponer: “Su periodicidad será, como mínimo, cada tres años en los puestos de trabajo en los que se sobrepasen los valores superiores de exposición que dan lugar a una acción, o cada cinco años cuando se sobrepasen los valores inferiores de exposición que dan lugar a una acción”.

Numerosos reconocimientos médicos periódicos están establecidos en los protocolos de vigilancia específicos a los que remiten diversos reglamentos; protocolos que deben ser tenidos en cuenta por los profesionales sanitarios de los Servicios de Prevención (artículo 37.3 del RSP).²⁰⁰⁷ Estos protocolos establecen los exámenes médicos periódicos, cuya periodicidad varía entre seis meses y tres años, como regla general, dependiendo de diversos factores.²⁰⁰⁸ A modo de ejemplo, se pueden mencionar algunos reconocimientos médicos periódicos que consagran los protocolos de vigilancia específicos. El Protocolo de Vigilancia Sanitaria Específica para los trabajadores expuestos a agentes biológicos contempla exámenes de salud cada tres años para trabajadores que no realizan procedimientos invasivos predisponentes a exposiciones (PIPES) y cada dos años para trabajadores que realizan PIPES.²⁰⁰⁹ El Protocolo de Vigilancia Sanitaria Específica para los trabajadores expuestos a agentes citostáticos contempla un reconocimiento médico con una periodicidad de tres años.²⁰¹⁰ El Protocolo de Vigilancia Sanitaria Específica ante el amianto recomienda exámenes radiográficos periódicos en función de la edad del trabajador y del período transcurrido desde el inicio de la exposición, periodicidad que puede ser

²⁰⁰⁵ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 40.

²⁰⁰⁶ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 42; FERNÁNDEZ-COSTALES (2021), pp. 70-71.

²⁰⁰⁷ TOSCANI (2011), p. 34.

²⁰⁰⁸ TOSCANI (2011), p. 34.

²⁰⁰⁹ MINISTERIO DE SANIDAD (2001), p. 129; TOSCANI (2011), p. 34.

²⁰¹⁰ MINISTERIO DE SANIDAD (2003), p. 26; TOSCANI (2011), p. 34.

de uno, dos o cinco años.²⁰¹¹ El Protocolo de Vigilancia Sanitaria Específica para los trabajadores expuestos a óxido de etileno señala que la periodicidad de los exámenes de salud a que deberán ser sometidos los colectivos profesionalmente expuestos estará en función del nivel de exposición y si bien podrá aumentarse a criterio del médico del trabajo, será como mínimo la siguiente: (a) anual para aquellos trabajadores que estén o puedan estar expuestos a óxido de etileno por encima del nivel de acción establecido, al menos 30 días/año; (b) cada dos años para el resto de trabajadores expuestos.²⁰¹²

El Protocolo de Vigilancia Sanitaria Específica para los trabajadores expuestos a plaguicidas contempla como regla general que el reconocimiento médico periódico se realice anualmente, aunque deberá ser semestral si el trabajador está habitualmente y/o intensamente expuesto, o si las alteraciones detectadas así lo aconsejaran.²⁰¹³ El Protocolo de Vigilancia Sanitaria Específica para los trabajadores expuestos a plomo contempla reconocimientos médicos periódicos que dependen del nivel de exposición del trabajador al plomo, periodicidad que puede ser anual, semestral, trimestral o mensual.²⁰¹⁴ El Protocolo de Vigilancia Sanitaria Específica para trabajadores expuestos a silicosis establece una periodicidad anual para los reconocimientos médicos, excepto en lo correspondiente a la exploración radiológica, ya que la periodicidad es diferente según los trabajadores sean de empresas sujetas al Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera o de empresas que no están sujetas a dicho reglamento. En el primer caso, la periodicidad está determinada por el contenido de sílice de la materia prima o si la minera interior es de carbón o no carbonífera; en el segundo caso, depende de la exposición actual, la exposición anterior y la duración de la exposición sufrida por el trabajador, y si los trabajadores están ante ciertas situaciones particulares.²⁰¹⁵ La negociación colectiva también establece reconocimientos médicos periódicos, cuando no lo hacen la reglamentación ni los protocolos de vigilancia sanitaria ni las guías técnicas.²⁰¹⁶ Algunos exámenes médicos son semestrales, con carácter general, para todos los trabajadores de la empresa; otros se estipulan con una

²⁰¹¹ MINISTERIO DE SANIDAD (2013), p. 35.

²⁰¹² MINISTERIO DE SANIDAD (2003), pp. 22-23; TOSCANI (2011), p. 36.

²⁰¹³ MINISTERIO DE SANIDAD (1999), p. 19; TOSCANI (2011), p. 36.

²⁰¹⁴ MINISTERIO DE SANIDAD (1999), pp. 34-36.

²⁰¹⁵ MINISTERIO DE SANIDAD (2020), pp. 27-30.

²⁰¹⁶ TOSCANI (2011), p. 33.

periodicidad bianual, aunque la gran mayoría es anual, y cuando se trata de trabajadores que ocupan puestos de trabajo de mayor peligrosidad, la periodicidad es menor, normalmente semestral o trimestral.²⁰¹⁷

En cuanto a los efectos de los reconocimientos médicos periódicos, pueden ordenar la acomodación del lugar de trabajo o funciones laborales a la condición de salud del trabajador, aunque también pueden determinar que el trabajador no es apto para continuar en su puesto de trabajo, lo que prohíbe al empleador mantenerlo en el puesto de trabajo en cuestión (artículo 243.3 de la LGSS). En otros términos, dependiendo de los resultados, los reconocimientos médicos periódicos podrían provocar la extinción del contrato de trabajo, si no es posible la suspensión del contrato de trabajo, o reubicación del trabajador o el ajuste del trabajo por alguna de las causales legales de terminación, como gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador (artículo 49.1.e) del ET) o por ineptitud del trabajador (artículo 52.a) del ET).²⁰¹⁸

2.3. Los reconocimientos médicos por sospecha razonable sobre la aptitud psicofísica necesaria para el trabajo

En las distintas jurisdicciones es posible encontrar algunos reconocimientos médicos que tienen lugar cuando el empleador tiene una sospecha razonable sobre la aptitud psicofísica del trabajador necesaria para el trabajo convenido. Posibilidad que tiene su fundamento principalmente en la obligación de seguridad del empleador, pero también en el poder de dirección empresarial.

2.3.1. *Los reconocimientos médicos por sospecha razonable sobre la aptitud psicofísica necesaria para el trabajo en Australia*

En Australia no existe una normativa que regule en términos expresos los reconocimientos médicos por sospecha razonable sobre la aptitud inherente para el trabajo. Y, por lo mismo, la jurisprudencia es escasa en esta materia. Ahora bien, con base en la obligación de seguridad se

²⁰¹⁷ TOSCANI (2011), p. 33; LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), pp. 40-41.

²⁰¹⁸ Para un estudio en detallado sobre cada una de estas opciones, véanse, entre otros, GOÑI Y RODRÍGUEZ (2015), pp. 235 y ss; FERNÁNDEZ-COSTALES (2021), pp. 72-73; GARCÍA (2023), pp. 227-248.

admite que el empleador pueda requerir al trabajador evaluaciones médicas cuando tiene una sospecha razonable, fundada en condiciones físicas o conductuales, de que no tiene la aptitud para el trabajo, por ejemplo, producto de un accidente o lesión.²⁰¹⁹ También se admiten los test de alcohol y drogas cuando existe sospecha fundada de que el trabajador está bajo la influencia del alcohol o drogas en el lugar de trabajo, con base, principalmente, en la obligación de seguridad.²⁰²⁰

2.3.2. *Los reconocimientos médicos por sospecha razonable sobre la aptitud psicofísica necesaria para el trabajo en Estados Unidos*

La ADA permite los reconocimientos médicos durante la vigencia del contrato de trabajo si se demuestra que “son relacionados con el trabajo y consistentes con la necesidad del negocio”.²⁰²¹ Este estándar se cumple cuando el empleador tiene una creencia razonable, basada en evidencia objetiva: (1) de que la capacidad de un trabajador para cumplir las funciones esenciales del trabajo se verá afectada por una condición médica, o (2) de que un trabajador poseerá una directa amenaza para la seguridad o salud propia o de terceros debido a una condición médica.²⁰²²

El requisito de que exista una “creencia razonable, basada en evidencia objetiva” puede cumplirse de diversas formas. El empleador podría conocer una condición médica específica del trabajador que podría afectar el desempeño laboral de forma segura, o podría observar un síntoma específico del trabajador indicativo de que podría existir una condición de salud que podría impedir su capacidad para desempeñar las funciones esenciales del trabajo, o del trabajador posea una directa amenaza debido a la condición médica.²⁰²³ En ciertos casos, un empleador podría confiar en la información de una tercera persona, si la información es confiable, está relacionada con la salud del trabajador y revela cierta gravedad de la condición de salud que podría afectar el correcto desempeño laboral.²⁰²⁴

²⁰¹⁹ SEE (2003), p. 5.

²⁰²⁰ DOUGLAS (2008), p. 49; GRANT *et al.* (2013), pp. 222-223.

²⁰²¹ 42 U.S.C. § 12112(d)(4)(A).

²⁰²² EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2000), 915.002; BROWN (2018), p. 10; BEFORT (2018), pp. 389-390.

²⁰²³ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2000), 915.002.

²⁰²⁴ BROWN (2018), p. 11.

La jurisprudencia ha admitido la legalidad de los reconocimientos médicos para determinar si el trabajador mantiene o no la aptitud psicofísica requerida para ejecutar el trabajo convenido sin riesgo para la seguridad o salud. Una situación de controversia han sido las conductas agresivas que podrían relevar que la aptitud psicológica del trabajador no sea la que se requiere para cumplir las funciones inherentes al trabajo, ya sea el cargo que ocupa altamente riesgoso para la seguridad o no. En *Watson v. City of Miami Beach* se sostuvo que “en cualquier caso en que un Departamento de Policía percibe razonablemente que un oficial está levemente paranoico, hostil o conflictivo, un examen de aptitud para el servicio es relacionado con el trabajo y consistente con la necesidad del negocio. [...] La ADA no puede exigir a un Departamento de Policía abstenerse de un examen de aptitud para el servicio hasta esperar que una amenaza percibida se convierta en realidad o que un comportamiento cuestionable resulte en lesiones”.²⁰²⁵

En *Owusu-Ansah v. Coca-Cola Co.*, el empleador requirió a uno de sus trabajadores, el señor Owusu-Ansah, representante del servicio al cliente, someterse a una evaluación psiquiátrica y psicológica de aptitud para el trabajo después que este trabajador, en el curso de una reunión con otro trabajador por un reclamo sobre discriminación y acoso, golpeó la mesa con su puño y señaló en voz alta que alguien “iba a tener que pagar por esto”. El psicólogo que lo atendió inmediatamente después de esa conducta informó a la empresa su preocupación por el nivel de estrés emocional del señor Owusu-Ansah y su capacidad para percibir los sucesos de modo preciso, y recomendó el examen médico en cuestión.²⁰²⁶ Lo anterior se consideró evidencia objetiva y razonable que justificó una preocupación del empleador sobre el estado mental del trabajador, que afectó el trabajo y potencialmente amenazó la seguridad de sus otros trabajadores.²⁰²⁷ Se sostuvo que el examen médico fue relacionado con el trabajo porque “la capacidad del trabajador para manejar el estrés razonablemente necesario y trabajar razonablemente bien con otros son funciones esenciales de cualquier posición”.²⁰²⁸ Asimismo, se concluyó que fue consistente con la necesidad del negocio, puesto que el empleador tuvo acceso a información que sugiere que el trabajador es inestable mentalmente y podría representar

²⁰²⁵ *Watson v. City of Miami Beach*, 177 F.3d 932, 935 (11th Cir. 1999).

²⁰²⁶ *Owusu-Ansah v Coca-Cola Co.*, 715 F.3d 1306 (11th Cir. 2013).

²⁰²⁷ *Owusu-Ansah v Coca-Cola Co.*, 715 F.3d 1306 (11th Cir. 2013).

²⁰²⁸ *Owusu-Ansah v Coca-Cola Co.*, 715 F.3d 1306 (11th Cir. 2013).

un peligro para otros, y forma parte de la necesidad del negocio garantizar que el lugar de trabajo esté protegido y sea seguro.²⁰²⁹

También las conductas repetidas que demuestren incoherencia en el actuar incompatible con el desempeño del trabajo pueden fundar una evaluación psiquiátrica, especialmente en trabajos sensibles para la seguridad o riesgosos.²⁰³⁰ Se ha resuelto que es ajustado a derecho un examen psiquiátrico requerido por el empleador a un oficial de policía con respuestas volátiles repetidas ante requerimientos laborales de ordinaria ocurrencia, para determinar su aptitud psicofísica para el trabajo.²⁰³¹ De manera similar, el comportamiento errático de una enfermera justifica el requerimiento de un reconocimiento médico de aptitud para el cargo.²⁰³²

Asimismo, se han fundado los reconocimientos psicológicos o psiquiátricos bajo la defensa de descartar que el trabajador no “posea una amenaza directa para la salud o seguridad de otros” en el lugar de trabajo.²⁰³³ Por ello se considera que “un examen médico para determinar si una amenaza de violencia se llevará a cabo generalmente es consistente con la necesidad del negocio”.²⁰³⁴

Se considera que el conocimiento por parte del empleador de una condición de salud del trabajador, que se estime podría poner en riesgo la salud o seguridad del propio trabajador o de terceros, puede justificar reconocimientos médicos de aptitud para el trabajo.²⁰³⁵ En este sentido se ha resuelto que es permisible bajo la ADA y conforme a la obligación de seguridad que el empleador, una tienda de alimentos, requiera un examen médico completo a un trabajador que le ha informado que dio positivo en un test para el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH).²⁰³⁶ El fundamento para estos reconocimientos médicos considera el ambiente y las

²⁰²⁹ *Owusu-Ansah v Coca-Cola Co.*, 715 F.3d 1306 (11th Cir. 2013).

²⁰³⁰ BEFORT (2018), p. 393.

²⁰³¹ *Brownfield v. City of Yakima*, 612 F.3d 1140 (9th Cir. 2010). De manera similar, *Mickens v. Polk Cty. Sch. Bd.*, 430 F. Supp 2d 1265, 1279 (M.D. Fla. 2006), que consideró que un comportamiento errático repetido justifica un examen psicológico obligatorio para el trabajador; *Thomas v. Corwin*, 483 F.3d 516, 527 (8th Cir. 2007), que estimó ajustada a derecho una evaluación psicológica exigida a un oficial de policía que exhibe ansiedad; *Watson v. City of Miami Beach*, 177 F.3d 932, 935 (11th Cir. 1999), que consideró ajustado a derecho un reconocimiento médico requerido a un oficial de policía que exhibe paranoia y un comportamiento hostil.

²⁰³² *Wells v. Cincinnati Children's Hosp. Med. Ctr.*, 860 F. Supp. 2d 469 (S.D. Ohio 2012).

²⁰³³ 42 U.S.C. § 12113(b).

²⁰³⁴ *Menchaca v. Maricopa Cmty. Coll. Dist.*, 595 F. Supp. 2d 1063, 1076 (D. Ariz. 2009).

²⁰³⁵ FINKIN (2018), pp. 1-22, 1-24, 1-25.

²⁰³⁶ *EEOC v. Prevo's Family Mkt.*, 135 F.3d 1089 (6th Cir. 1998).

condiciones de trabajo que exponen al riesgo de contagio con VIH, al sostener: “El propósito legítimo del negocio y la necesidad del negocio fueron proteger la salud del trabajador, de sus otros trabajadores y del público en general de la infección del VIH. Debido a la frecuencia de sangramiento en el área productiva, Prevo necesitó verificar la condición médica de Sharp para determinar si tenía otras condiciones asociadas al VIH, y determinar si él conocía y podía seguir los procedimientos de seguridad para reducir o eliminar cualquier riesgo de infección. El VIH es un patógeno llevado en la sangre y puede ser transmitido en un ambiente como el de un departamento de producción en una tienda de alimentos, donde los trabajadores son susceptibles de cortes y raspaduras regularmente. Sharp, asimismo, fue propenso a cortes y raspaduras por el uso de cuchillos para preparar los productos y raspaduras contra sí mismo por medio de cajas de frutas y hortalizas grapadas”.²⁰³⁷

Asimismo, se ha resuelto que exigir a los oficiales de policía que se sometan a exámenes de detección de tuberculosis, debido a su exposición por relacionarse con individuos con alto riesgo de tener la enfermedad, y requerir a los oficiales que revelen su estatus de VIH y sida para determinar si es un riesgo para la salud de terceros con quienes tienen contacto son relacionados y consistentes con el negocio.²⁰³⁸ Igualmente, se ha resuelto que es ajustado a derecho exigir a una profesora de escuela primaria someterse a un reconocimiento médico de aptitud para el trabajo luego que el empleador conociera que tenía insuficiencia renal, dificultad para respirar y caminar.²⁰³⁹

Siguiendo las recomendaciones de un comité federal, una empresa de transporte exigió a los conductores de camiones con un índice de masa corporal igual o superior a 35 que se sometan a un estudio del sueño en laboratorio para detectar apnea obstructiva del sueño, puesto que los conductores que sufren esta condición de salud tienen un mayor riesgo de somnolencia diurna y,

²⁰³⁷ *EEOC v. Prevo's Family Mkt.*, 135 F.3d 1089, 1094 (6th Cir. 1998).

²⁰³⁸ *Watson v. City of Miami Beach*, 177 F.3d 932, 935 (11th Cir. 1999). En similares términos, *Boyer v. KRS Comput. & Bus. Sch.*, 171 F. Supp. 2d 950 (D. Minn. 2001), donde se resolvió que un empleador podría requerir a un trabajador, que reveló que sufría de hepatitis, someterse a un examen de sangre para hepatitis y VIH después que un compañero de trabajo se expuso a su sangre; *Gajda v. Manhattan & Bronx Surface Transit Operating Auth.*, 396 F.3d 187 (2nd Cir. 2005), donde un conductor de autobús dio positivo en un test de VIH, y el requerimiento del empleador de que la información del laboratorio le fuera revelada se justificó en el objetivo de determinar si el conductor podía desempeñar sus labores de forma segura.

²⁰³⁹ *Belasco v. Warrensville Heights Sch. Dist.*, 86 F. Supp. 3d 748 (N.D. Ohio 2015).

en consecuencia, una mayor probabilidad de tener un accidente. Se consideró que dicho reconocimiento médico era relacionado con el trabajo y consistente con la necesidad del negocio, al fundarse en la obligación de seguridad del empleador.²⁰⁴⁰

Por otra parte, ante la sospecha razonable de que el trabajador está bajo la influencia del alcohol y/o las drogas, se consideran legítimos los test de alcohol y drogas para determinar si efectivamente está bajo la influencia de esas sustancias, o si tiene en el cuerpo drogas o metabolitos de drogas, para dilucidar si el trabajador está apto para el trabajo o no, o bien para descartar que constituya un riesgo para la seguridad, especialmente cuando el trabajador ocupa un puesto de trabajo altamente riesgoso para la seguridad.²⁰⁴¹ Inclusive existe normativa federal, por ejemplo, la aplicable a conductores de medios de transporte, que obliga al empleador a establecer políticas de alcohol y drogas que incluyan requerir a los conductores someterse a test de drogas y alcohol cuando hay una sospecha razonable de que están bajo la influencia de esas sustancias.²⁰⁴² Similar normativa federal se encuentra en otras industrias altamente riesgosas para la seguridad, como ocurre con la energía, donde se exige la aplicación de test de drogas por causa razonable.²⁰⁴³

2.3.3. Los reconocimientos médicos por sospecha razonable sobre la aptitud psicofísica necesaria para el trabajo en España

En España no existe una regulación expresa sobre reconocimientos médicos en el empleo ante sospecha razonable de que el trabajador no tenga la aptitud psicofísica para continuar ejecutando sus funciones sin riesgo para su propia seguridad o salud y/o la de terceros, o requiera acomodaciones por una condición de salud. Los artículos 37.3.b) del RSP y 243 de la LGSS no contemplan este supuesto para requerir al trabajador reconocimientos médicos. Sin embargo, fundado en el deber de vigilancia del empleador o en normativa específica, resultan procedentes los reconocimientos médicos ante sospecha razonable sobre la condición de salud del trabajador que podría interferir en la ejecución de sus funciones de forma segura.

²⁰⁴⁰ *Parker v. Crete Carrier Corp.* 839 F.3d 717 (8th Cir. 2016).

²⁰⁴¹ *Ramsey v. Commissioner of Labor*, 793 N.Y.S.2d 632, 633 (App. Div. 2005).

²⁰⁴² 49 U.S.C. § 1834 (App.) (aviación); 49 U.S.C. § 431 (App.) (ferrocarril); 49 U.S.C. § 277 (App.) (terrestre).

²⁰⁴³ 10 C.F.R. § 707.8.

Para llevar a cabo la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, el empresario podrá requerir reconocimientos médicos si no existe una resolución administrativa o certificado médico que acredite la calidad de trabajador especialmente sensible ni menos la protección en el empleo que el trabajador altamente sensible requiere. El artículo 25.1 de la LPRL define a los trabajadores especialmente sensibles y la obligación del empresario: “El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de estas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias”. Agrega la norma la prohibición de emplearlos en el trabajo si la condición de salud constituye una amenaza directa para la seguridad o salud: “Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo”. El artículo 26 de la LPRL regula las medidas de seguridad respecto de trabajadoras embarazadas y madres.

Cuando la condición de salud del trabajador no sea manifiesta ni exista resolución de discapacidad o certificado de embarazo, según corresponda, que revelen la especial sensibilidad del trabajador, pero haya sospecha sobre esta condición, el reconocimiento médico constituye un instrumento indispensable para detectar las condiciones subjetivas que puedan suponer una especial vulnerabilidad para la seguridad o salud ante factores de riesgo existentes en el trabajo.²⁰⁴⁴ En este caso, el reconocimiento médico permite identificar las condiciones subjetivas del trabajador, si es que realmente posee alguna relevante desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, que lo hacen merecedor de las medidas de seguridad especiales previstas

²⁰⁴⁴ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2015), p. 157.

en la legislación de prevención de riesgos laborales, lo cual requiere una evaluación objetiva e individualizada.²⁰⁴⁵

Para obligar al trabajador sobre el que existe sospecha razonable de que podría ser especialmente sensible a riesgos laborales a que se someta a reconocimientos médicos, es necesario que haya un riesgo o peligro cierto objetivable, como lo precisa la sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004. Por lo tanto, si existe una posibilidad de riesgo real para la seguridad o salud del propio trabajador y/o de terceros debido a una condición de salud del trabajador de la que se tiene sospecha de su existencia y alcance, resultan admisibles los reconocimientos médicos que persiguen identificar la condición de salud que hace especialmente sensible al trabajador, de detentar alguna, además de contribuir a adoptar las medidas de ajustes del trabajo o lugar de trabajo a la sensibilidad médica detectada.²⁰⁴⁶

Una segunda situación de reconocimientos médicos por sospecha razonable tiene lugar cuando existen indicios en el aspecto físico o en la conducta del trabajador en el lugar de trabajo propios de una persona que está bajo la influencia del alcohol o las drogas, lo que justifica requerirle que se someta a los test de alcohol y/o drogas por sospecha razonable. La obligación de seguridad del empresario y el deber de seguridad del trabajador justifican la procedencia de los test de alcohol y drogas por sospecha razonable.

Una tercera situación en que podrían tener lugar los reconocimientos médicos por sospecha sobre salud del trabajador, no contemplada expresamente en la normativa que determina las oportunidades temporales de los reconocimientos médicos, es aquella en que el propio trabajador solicita someterse a reconocimientos médicos por tener sospecha de que presenta una alteración en su salud que está relacionada con su trabajo.²⁰⁴⁷ Se considera un verdadero derecho del trabajador que tiene su fundamento último en normas constitucionales sobre derecho a la integridad (artículo 15 de la CE) y sobre medidas de seguridad e higiene en el trabajo (artículo 40.2 de la CE), y su fundamento más inmediato en la legislación sobre prevención de riesgos laborales, en especial el artículo 14 de la LPRL.²⁰⁴⁸ En esta situación, el médico responsable de

²⁰⁴⁵ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2015), p. 157.

²⁰⁴⁶ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2015), pp. 159-160.

²⁰⁴⁷ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 41.

²⁰⁴⁸ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 41.

la vigilancia de la salud tendrá que determinar médicamente si las alteraciones de la salud mencionadas por el trabajador están relacionadas con el trabajo, y procederá a realizar las evaluaciones correspondientes, determinando si padece una enfermedad profesional o no, si es apto para el trabajo o no, si requiere acomodación o reubicación.²⁰⁴⁹

2.4. Los reconocimientos médicos previo a la reincorporación del trabajador al empleo luego de un período de ausencia

En las jurisdicciones analizadas es posible encontrar reconocimientos médicos requeridos por el empleador a trabajadores que han estado ausentes del trabajo por cierto período de tiempo, sea por licencia médica, vacaciones u otra circunstancia justificada de suspensión de la prestación de los servicios por parte del dependiente. Las principales razones son determinar la aptitud para el trabajo, que exige como requisito inherente una condición psicofísica para realizar las funciones esenciales del trabajo, y el correcto uso de la licencia médica, conforme se examinará a continuación.

2.4.1. *Los reconocimientos médicos previo a la reincorporación al trabajo luego de un período de ausencia en Australia*

En Australia los reconocimientos médicos de retorno al trabajo luego de una ausencia, generalmente por enfermedad, se llaman Evaluaciones de Capacidad Funcional (Functional Capacity Evaluations –FCE–),²⁰⁵⁰ y mayoritariamente son evaluaciones médicas independientes. Sus finalidades son: evaluar la capacidad del trabajador para retornar a trabajar en términos apropiados para la seguridad en el lugar de trabajo, lo que comprende determinar la aptitud psicofísica inherente al trabajo y descartar que la salud sea un riesgo para la salud o seguridad del propio trabajador y de terceros,²⁰⁵¹ propósito que generalmente tiene lugar en trabajos riesgosos para la seguridad; determinar los ajustes razonables necesarios para una persona con

²⁰⁴⁹ TOSCANI (2011), pp. 17-61; LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 41.

²⁰⁵⁰ GUTHRIE Y WESTAWAY (2009), pp. 811-212.

²⁰⁵¹ QUINLAN *et al.* (2010), p. 526: “Los exámenes médicos de retorno al trabajo proporcionan un medio por el cual se evalúa si los trabajadores se han recuperado suficientemente de una enfermedad o de una lesión para reincorporarse a su trabajo sin riesgo para su propia salud y bienestar o los de otros trabajadores [...]. Por ejemplo, cuando los trabajadores han sufrido una enfermedad infecciosa, como la hepatitis, es claramente importante que ellos no se reincorpan al trabajo demasiado pronto y con riesgo para la salud de otros trabajadores”.

discapacidad o con otros problemas de salud, que se reincorpora al trabajo luego de una ausencia por enfermedad.²⁰⁵² Un conjunto de exámenes médicos puede tener lugar en una FCE, incluyendo entrevistas, cuestionarios de preguntas sobre la salud, exámenes físicos y psicológicos.²⁰⁵³

Las FCE pueden ser establecidas por la legislación, el contrato de trabajo, el instrumento colectivo y/o por una política elaborada por el empleador en virtud de su poder de dirección, la obligación de seguridad y su derecho implícito establecido en el contrato de trabajo de ordenar al trabajador que asista a una evaluación médica para determinar su aptitud para el trabajo.²⁰⁵⁴

Uno ejemplo de reconocimientos médicos de retorno al trabajo establecidos en la legislación son los contemplados en la legislación de compensación y rehabilitación por lesiones y enfermedades ocupacionales. De este modo, con el propósito de cumplir con la obligación de plan de retorno al trabajo y rehabilitación contemplada en la legislación, el empleador podrá obtener información médica sobre la capacidad del trabajador que estuvo ausente del trabajo por una lesión o enfermedad ocupacional y ha sido dado de alta, al exigirle que se someta a reconocimientos y tratamientos médicos en cumplimiento del programa de rehabilitación para determinar su aptitud para el trabajo al que se reincorpora,²⁰⁵⁵ además, el coordinador de retorno al trabajo podrá exigir al trabajador que se someta a reconocimientos médicos a fin de ir monitoreando su condición de salud y aptitud para el trabajo.²⁰⁵⁶

Lo que se discute en la jurisprudencia laboral australiana son los requisitos que deben cumplirse en los reconocimientos médicos de retorno exigidos unilateralmente por el empleador, para que puedan ser calificados de razonables y legales. Se ha considerado una cuestión de hecho que debe examinarse caso por caso, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: si existe una

²⁰⁵² GUTHRIE Y WESTAWAY (2009), pp. 811-212.

²⁰⁵³ GROSS Y BATTIÉ (2004), p. 920; GUTHRIE Y WESTAWAY (2009), pp. 811-212.

²⁰⁵⁴ *Blackadder v. Ramsay Butchering Services Pty Ltd* [2002] FCA 603, [67]-[69]. De manera similar, *Thompson v. IGT (Australia) Pty Ltd* [2008] FCA 994, [49]: “Es también un principio establecido que es razonable ordenar a un trabajador que asista a una examinación médica para determinar si está apto para cumplir sus deberes, y si puede hacerlo de forma segura”; *Daniel Cole v. PQ Australia Pty Ltd* [2016] FWC 1166; *Swanson v. Monash Health* [2018] FCCA 538, [50].

²⁰⁵⁵ Return to Work Act 1986 (NT), ss. 75B-76; Safety, Rehabilitation and Compensation Act 1988 (Cth), s. 36; Workers’ Compensation and Rehabilitation Act 2003 (Qld), s. 42(b); Workplace Injury Rehabilitation and Compensation Act 2013 (Vic), s. 104(3).

²⁰⁵⁶ Workers Rehabilitation and Compensation Act 1988 (Tas), s. 143F; Return to Work Act 2014 (SA), s. 26(4).

razón genuina que justifique la necesidad del examen médico, por ejemplo, la ausencia prolongada del trabajo, ausencias sin justificación o evidencia de una enfermedad relacionada con la capacidad psicofísica del trabajador necesaria para cumplir los requerimientos inherentes del trabajo; si el trabajador ha proporcionado o no al empleador información médica adecuada para justificar las ausencias y demostrar que está apto para cumplir con sus deberes; si la industria o lugar de trabajo en que trabaja el dependiente es particularmente peligroso o riesgoso; si el empleador tiene una legítima preocupación que una lesión o enfermedad del trabajador afectará a otros en el lugar de trabajo; si un trabajador fue informado de la conducta que permitió al empleador justificar su preocupación sobre la posibilidad de que no estuviera apto para trabajar; si el médico elegido por el empleador fue informado de los aspectos que preocupan al empleador y si esas materias se relacionan con los requerimientos inherentes del trabajador para realizar su trabajo; si la evaluación médica persigue verdaderamente determinar, de forma independiente, si el trabajador está apto para trabajar.²⁰⁵⁷

Las circunstancias anteriores han sido examinadas por los tribunales de justicia, que determinaron la legalidad o ilegalidad de los reconocimientos médicos de retorno al trabajo exigidos por el empleador, según sea el caso. En un juicio de despido injustificado por negativa a someterse a una evaluación médica independiente de retorno al trabajo impuesta unilateralmente por el empleador, el reconocimiento médico de retorno se consideró ilegal e irrazonable, por cuanto no existían ausencias frecuentes ni prolongadas al trabajo por razones de salud, la conducta del trabajador no reveló que tuviera una enfermedad que afectara su aptitud para el trabajo y la política del empleador no regulaba la evaluación médica independiente de retorno al trabajo, que había sido requerida verbalmente por el empleador. Por lo tanto, bajo esas circunstancias se consideró que si el trabajador, que ha estado ausente del trabajo por problemas de salud, proporciona un certificado médico por el período de ausencia, esto es suficiente para demostrar su aptitud para reasumir sus deberes al término del período cubierto por el certificado médico.²⁰⁵⁸

²⁰⁵⁷ *Daniel Cole v. PQ Australia Pty Ltd* [2016] FWC 1166; *Swanson v. Monash Health* [2018] FCCA 538, [24]; *Dr Amir Reza Zokaei Fard v. Royal Melbourne Institute of Technology* (RMIT University) [2022] FWC 1373, [68]-[71].

²⁰⁵⁸ *Daniel Cole v. PQ Australia Pty Ltd* [2016] FWC 1166, [59].

Por el contrario, en otras situaciones los reconocimientos médicos de retorno se han considerado ajustados a derecho. En un juicio por despido injustificado, las circunstancias relevantes para considerar legal y razonable el mandato empresarial de someterse a una evaluación médica independiente de retorno al trabajo fueron las siguientes. En una reunión de desempeño, el demandante, profesor universitario en calidad de médico, expresó: “Cuando voy a clases, voy a la guerra. Los alumnos están esperando para matarme. Tú márame y ellos obtendrán su aprobación gratis”. Esta conducta hizo dudar al empleador respecto de la aptitud psicológica del trabajador para enseñar de forma segura; el trabajador comunicó al empleador que tenía problemas de salud mental; el trabajador tuvo extensos períodos de ausencia por razones de salud; el trabajador fue informado debidamente sobre el tipo de evaluación médica a que debía someterse y sus fines.²⁰⁵⁹

En otra controversia, se requirió a un trabajador de una empresa minera someterse a una evaluación médica independiente, lo que se consideró legal fundado en la obligación de seguridad del empleador, en la naturaleza del trabajo en la industria minera y en las circunstancias, a saber: el trabajador había estado ausente del trabajo después de una intervención quirúrgica; el certificado del médico que lo operó era genérico, sin indicar la operación que tuvo lugar ni brindar información alguna sobre la rehabilitación; no existió evaluación médica de aptitud para el trabajo previa; la lesión del trabajador estaba expuesta a agravación.²⁰⁶⁰

2.4.2. *Los reconocimientos médicos previo al retorno al trabajo después de un período de ausencia en Estados Unidos*

Los reconocimientos médicos previo al retorno al trabajo después de un tiempo de ausencia se admiten en diversas situaciones, fundado en la obligación de seguridad del empleador con el propósito de garantizar que la salud y seguridad del trabajador no estén en riesgo ni la de terceros, o bien para evitar el uso indebido de licencias médicas, entre otros supuestos que hacen

²⁰⁵⁹ *Dr Amir Reza Zokaei Fard v. Royal Melbourne Institute of Technology (RMIT University)* [2022] FWC 1373, [70]-[76].

²⁰⁶⁰ *Mr Darrin Grant v. BHP Coal Pty Ltd* [2014] FWCFB 3027.

necesarios los reconocimientos médicos de retorno al trabajo.²⁰⁶¹ Adicionalmente, existe regulación de la ADA y FMLA, que justifican este tipo de reconocimientos médicos.

Se reconoce que el empleador tiene un interés empresarial válido para determinar si un trabajador que ha estado ausente del trabajo por razones médicas puede reincorporarse con la aptitud psicofísica necesaria para realizar las funciones esenciales del trabajo, sin riesgo para la seguridad.²⁰⁶² Sin embargo, los exámenes de retorno al trabajo no justifican investigaciones de amplio alcance relacionadas con la discapacidad y, en general, deben limitarse a evaluar la condición médica específica que justificó la licencia médica para determinar la aptitud psicofísica para el trabajo y el correcto uso de la licencia médica.²⁰⁶³

La regulación de la FMLA dispone la certificación médica de aptitud de retorno al trabajo “como una condición para reincorporar a un trabajador cuya ausencia FMLA fue ocasionada por una seria condición de salud propia del trabajador, que hizo que este estuviera incapacitado para realizar su trabajo. Un empleador puede tener una política o práctica aplicada de manera uniforme que requiera a todos los trabajadores situados de modo similar (por ejemplo, mismo trabajo, misma seria condición de salud) que toman permiso por dichas condiciones, que obtengan y presenten una certificación de aptitud otorgada por el proveedor de la atención médica al trabajador para reasumir el trabajo. El trabajador tiene la misma obligación de participar y cooperar (incluyendo aportar una certificación completa y suficiente o proporcionar una autorización suficiente para que el proveedor de la atención médica suministre la información directamente al empleador) en el proceso de certificación de aptitud para el trabajo como en el proceso de certificación original”.²⁰⁶⁴

Ante la ausencia de certificación de aptitud de retorno al trabajo, o que esta no sea suficiente o completa para determinar la aptitud del trabajador para reincorporarse a sus labores, la regulación de la FMLA, en concordancia con la ADA, permite que el empleador someta al trabajador que

²⁰⁶¹ FINKIN (2018), pp. 1-17, 1-18, 1-19; BEFORT (2018), pp. 394, 399-405.

²⁰⁶² EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (27 de julio de 2020), 10; *Riechmann v. Cutler-Hammer, Inc.*, 95 F. Supp. 2d 1171, 1185 (D. Kan. 2000); *Conroy v. New York Department of Correctional Services* 333 F.3d 88 (2nd Cir. 2003).

²⁰⁶³ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2020), 10.

²⁰⁶⁴ 29 C.F.R. § 825.312(a).

ha estado ausente del trabajo por razones médicas en conformidad con la FMLA a reconocimientos médicos de aptitud para el retorno a su trabajo: “Después que un trabajador retorna de una licencia FMLA, la ADA exige cualquier examinación médica a costa del empleador por un proveedor de atención médica del empleador, que sea relacionada con el trabajo y consistente con la necesidad del negocio. Por ejemplo, no podría requerirse a un abogado que se someta a un examen médico o evaluación solamente porque su pierna ha sido amputada. Las funciones esenciales de un abogado no demandan usar ambas piernas; por lo tanto, dicha evaluación no sería relacionada con el trabajo. Un empleador puede requerir a un trabajador de bodega, cuya incapacidad en su espalda afecta la capacidad de levantar, que sea examinado por un ortopedista, pero no podría exigir a este trabajador que se someta a un examen VIH, ya que este examen no es relacionado con las funciones esenciales de su trabajo ni con su incapacidad. Si una seria condición de salud de un trabajador puede ser igualmente una discapacidad según la definición de la ADA, la FMLA no impide al empleador seguir los procedimientos para requerir información médica en conformidad con la ADA”.²⁰⁶⁵

A su turno, la Guía de Cumplimiento de la EEOC sobre la ADA se ocupa específicamente de las preguntas sobre la salud y los exámenes médicos relacionados con la ausencia del trabajo, que influyen sobre el retorno al trabajo con la aptitud de salud requerida.²⁰⁶⁶ Esta guía señala que un empleador “tiene derecho a conocer por qué un trabajador está solicitando un permiso por enfermedad”.²⁰⁶⁷ Un empleador “podría pedir a un trabajador que justifique el uso de licencia por enfermedad a través de la entrega de una nota del médico, u otra explicación, en la medida que tenga una política o práctica que exige a todos los trabajadores, con o sin discapacidad, que lo hagan”.²⁰⁶⁸ La guía, sin embargo, no determina si el empleador puede exigir que la nota del médico incluya información sobre el diagnóstico.²⁰⁶⁹ Adicionalmente, la guía afirma que un empleador puede formular preguntas sobre la salud o requerir un examen médico cuando un trabajador que ha estado ausente por una condición médica quiere retornar al trabajo y el empleador tiene una “creencia razonable de que la capacidad actual del trabajador para cumplir

²⁰⁶⁵ 29 C.F.R. § 825.312(h).

²⁰⁶⁶ BEFORT (2018), p. 399.

²⁰⁶⁷ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2020), 10.

²⁰⁶⁸ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2020), 10.

²⁰⁶⁹ PETRAKIS (2013), p. 396; BEFORT (2018), p. 399:

las funciones esenciales del trabajo se verá afectada por una condición médica o que poseerá una directa amenaza debido a una condición médica”.²⁰⁷⁰ Sin embargo, cualquier investigación debe estar “limitada en alcance a qué es necesario para realizar una evaluación de la capacidad del trabajador para trabajar”.²⁰⁷¹

Los tribunales de justicia tienen distinto punto de vista sobre el contenido de la nota médica que puede exigir la política de control de la ausencia por enfermedad; además, han precisado en qué situaciones relacionadas con la ausencia por enfermedad puede el empleador exigir reconocimientos médicos adicionales a la nota médica que indica la fecha de término de la licencia por enfermedad, a fin de cumplir con la ADA.²⁰⁷²

En *Conroy v. New York Department of Correctional Services*,²⁰⁷³ el empleador tenía una política de ausencia por enfermedad que exigía a todos los trabajadores ausentes por enfermedad presentar un certificado médico de retorno al trabajo, incluyendo un diagnóstico general breve, a fin de permitir al Departamento determinar si el médico del estado tiene que examinar al trabajador antes de reincorporarse a sus labores.²⁰⁷⁴ El Segundo Circuito consideró el certificado de un reconocimiento médico relacionado con el trabajo y consistente con la necesidad del negocio, por lo que descartó que fuera discriminatorio por discapacidad, sentando la siguiente doctrina al respecto: “Un empleador no puede simplemente demostrar que una investigación es conveniente o beneficiosa para su negocio. Más bien, el empleador debe, primero, mostrar que la necesidad empresarial afirmada es vital para la empresa. Por ejemplo, las necesidades de la empresa podrían incluir garantizar que el lugar de trabajo sea seguro y esté protegido, o reducir el ausentismo escandaloso. El empleador debe probar también que el examen o investigación sirve genuinamente a la necesidad de la empresa afirmada y que el requerimiento no es más amplio o no es más intrusivo, sino que es necesario. El empleador no necesita acreditar que el examen o investigación es la única forma de satisfacer una necesidad de la empresa; sin embargo,

²⁰⁷⁰ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2020), 13.

²⁰⁷¹ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2020), 13.

²⁰⁷² BEFORT (2018), p. 399.

²⁰⁷³ *Conroy v. New York Department of Correctional Services* 333 F.3d 88 (2nd Cir. 2003).

²⁰⁷⁴ FINKIN (2018), p. 1-17.

el examen o investigación debe ser un método razonablemente efectivo para lograr el objetivo del empleador”.²⁰⁷⁵

La doctrina de Conroy ha sido analizada en un número de pronunciamientos. En *Lee v. City of Columbus*, el Sexto Circuito examinó la política del empleador que requería a los trabajadores que retornaban de ausencia por enfermedad presentar una nota del médico que los atendió que indicara la naturaleza de la enfermedad y si el trabajador tenía la capacidad para retornar a sus laborales regulares.²⁰⁷⁶ El tribunal concluyó que simplemente pedir a un trabajador que describa la “naturaleza de su enfermedad no es necesariamente una pregunta sobre si el trabajador es discapacitado”, disintiendo en este punto con Conroy.²⁰⁷⁷

En *Transport Workers Local 100 v. New York City Transit Authority*, se analizaron aspectos de la política de ausencia por enfermedad de la Autoridad que requería la presentación de un certificado otorgado por un médico que señalara su “diagnóstico/hallazgo objetivo” así como el “pronóstico del tratamiento”.²⁰⁷⁸ Este certificado se exigía a todos los trabajadores después de una ausencia de más de dos días y a los trabajadores que estuvieran en una “lista de control de ausencia por enfermedad” después de haber tomado una licencia médica de cualquier duración, con el fin de controlar el abuso en las ausencias por enfermedad. El tribunal consideró que el rango de trabajadores sujetos a la política era demasiado amplio, si bien el empleador había acreditado la existencia de un abuso significativo en el uso de licencias médicas. Sin embargo, estimó legal el certificado requerido a aquellos trabajadores incluidos en la lista de control de ausencia por enfermedad, aunque hubiera dudas respecto de que algunos estuvieran abusando de la licencia médica, y a trabajadores que ocupan posiciones sensibles para la seguridad, por ejemplo, conductores de autobuses.²⁰⁷⁹

Cualquiera sea el propósito del certificado médico regulado por la política empresarial, su contenido debe ser funcional a los objetivos perseguidos y no debe comprender información

²⁰⁷⁵ *Conroy v. New York Department of Correctional Services* 333 F.3d 88, 97-98 (2nd Cir. 2003).

²⁰⁷⁶ *Lee v. City of Columbus* 636 F.3d 245, 247 (6th Cir. 2011).

²⁰⁷⁷ *Lee v. City of Columbus* 636 F.3d 245, 254-255 (6th Cir. 2011).

²⁰⁷⁸ *Transport Workers Local 100 v. New York City Transit Authority* 341 F. Supp. 2d 432 (S.D.N.Y. 2004).

²⁰⁷⁹ *Transport Workers Local 100 v. New York City Transit Authority* 341 F. Supp. 2d 432, 449, 451-452 (S.D.N.Y. 2004).

sobre el diagnóstico. Textualmente se indica al respecto: “La Autoridad puede requerir a un trabajador que informe con anticipación su ausencia, pero no puede exigir que el trabajador describa la naturaleza de su enfermedad. La Autoridad podría requerir a un trabajador que presente un formulario de enfermedad a su regreso, en el cual el trabajador debe afirmar que estuvo no apto para el trabajo debido a una enfermedad durante el período de ausencia, pero no puede solicitar al trabajador que señale la naturaleza de su discapacidad. La Autoridad podría, asimismo, requerir a un trabajador que presente un certificado médico por ausencias que compruebe la duración. La Autoridad podría requerir que el médico certifique que el trabajador estuvo incapacitado, debido a una enfermedad, de cumplir sus funciones durante un período específico, y que el trabajador se encuentra ahora apto para reasumir sus funciones, pero no podría solicitar al profesional de la salud que describa la naturaleza de la enfermedad o el tratamiento”.²⁰⁸⁰

En términos similares al pronunciamiento anterior, en *EEOC v. Dillard's Inc* se concluyó que la política que exige al trabajador informar al empleador la condición médica que ha causado su ausencia es discriminatoria porque “invita a preguntas intrusivas sobre la condición médica del trabajador, y tiende a obtener información sobre una discapacidad actual o percibida”.²⁰⁸¹ La Corte sugiere un ejemplo de política que no violaría la ADA, cuando afirma que “Dillard’s podría haber exigido a sus trabajadores presentar una nota del médico que especifique la fecha en la cual el trabajador fue examinado, que afirme que la ausencia del trabajo fue médicamente necesaria, y la fecha en la cual el trabajador podría ser capaz de retornar al trabajo”.²⁰⁸² En el mismo sentido, se ha resuelto que un empleador no tiene una justificación de necesidad para la empresa, para requerir a un trabajador que ha estado ausente después de un ataque al corazón que le revele los medicamentos que consume con receta legal.²⁰⁸³

Finalmente, en *Pennsylvania State Troopers Association v. Miller*, se ha rechazado la legalidad de la política sobre reconocimientos médicos para controlar el uso de licencia médica y

²⁰⁸⁰ *Transport Workers Local 100 v. New York City Transit Authority* 341 F. Supp. 2d 432, 449, 451-452 (S.D.N.Y. 2004).

²⁰⁸¹ *EEOC v. Dillard's Inc No. 08cv1780-IEG(PCL)*, 2012 WL 440887, 1 (S.D. Cal. Feb. 9, 2012).

²⁰⁸² *EEOC v. Dillard's Inc No. 08cv1780-IEG(PCL)*, 2012 WL 440887, 4 (S.D. Cal. Feb. 9, 2012).

²⁰⁸³ *Riechmann v. Cutler-Hammer, Inc.*, 95 F. Supp. 2d 1171, 1185 (D. Kan. 2000).

determinar la aptitud para el trabajo de cualquier trabajador ausente por enfermedad, sosteniendo que los reconocimientos médicos solo serían procedentes respecto de trabajadores que realmente están expuestos al riesgo de tener un desempeño laboral deficiente.²⁰⁸⁴

Como se puede observar, la jurisprudencia admite mayoritariamente las notas médicas para justificar la ausencia por enfermedad, aunque existe discusión sobre el contenido del certificado médico.²⁰⁸⁵ Sin embargo, en lo que no parece existir controversia o, en todo caso, hay menos discusión, es en que los reconocimientos médicos de retorno al trabajo resultan procedentes tratándose de trabajadores que ocupan posiciones sensibles para la seguridad y/o cuando existe sospecha razonable sobre la aptitud psicofísica del trabajador que requiere su trabajo; en estos casos, no es suficiente la nota o certificado del médico que otorga al trabajador la licencia por enfermedad.

En *Thomas v. Corwin* el empleador requirió a un trabajador de una unidad de atención juvenil una evaluación psiquiátrica de aptitud para retornar sus labores, luego de una ausencia por enfermedad de tres semanas, trabajador que tenía como principales funciones interactuar con los padres o guardianes de niños problemáticos atendidos en las dependencias del empleador, asistir a los detectives de la unidad de atención juvenil y servir en labores de seguridad de respaldo.²⁰⁸⁶ La licencia médica se le otorgó luego que el trabajador visitara la sala de emergencia por ataques de ansiedad, y que el psiquiatra y el médico que lo atendieron atribuyeran el estrés y la ansiedad al trabajo.²⁰⁸⁷ Basado en estos hechos, el empleador “tenía razones legítimas: (1) para dudar de la capacidad de Thomas para llevar a cabo sus funciones sin verse superado por el estrés y la ansiedad, (2) para tomar medidas proactivas a fin de garantizar la seguridad del público, de Thomas y de otros trabajadores de la unidad juvenil, y (3) para buscar un servicio confiable de parte de Thomas, dentro de una división que requiere personal las veinticuatro horas del día. Por lo tanto, el requerimiento de KCPD de una evaluación de aptitud para el trabajo no fue más amplio ni intrusivo que necesario. Los empleadores tienen permitido utilizar medios razonables

²⁰⁸⁴ *Pennsylvania State Troopers Association v. Miller*, 621 F. Supp. 2d 246, 259-260 (M.D. Penn. 2008).

²⁰⁸⁵ Para un análisis sobre la jurisprudencia, véanse: BEFORT (2018), pp. 399-405; FINKIN (2018), pp. 1-17, 1-18, 1-19, 1-20, 1-21, 1-22, 1-23, 1-14.

²⁰⁸⁶ *Thomas v. Corwin* 483 F.3d 516, 527-528 (8th Cir. 2007).

²⁰⁸⁷ *Thomas v. Corwin* 483 F.3d 516, 527-528 (8th Cir. 2007).

para comprobar la causa de comportamientos problemáticos sin exponerse ellos mismos a reclamos bajo la ADA”.²⁰⁸⁸

De manera similar, tratándose de trabajadores que ocupan puestos sensibles para la seguridad, por ejemplo, despachador de emergencia, se admiten reconocimientos médicos de aptitud para el trabajo previo a la reincorporación luego de ausencia por enfermedad; no es suficiente el certificado médico otorgado en conformidad con la Family and Medical Leave Act.²⁰⁸⁹ En este supuesto, la evaluación médica exigida cumple con la ADA al fundarse en la seguridad del trabajador y/o terceros que pueden verse afectados por su conducta. En *Wisbey v. City of Lindon* se sostuvo al respecto: “La naturaleza del puesto del trabajador apoya el reclamo de la Ciudad de que el examen de aptitud para el trabajo fuese una necesidad para la empresa. Como despachador, Wisbey tenía un rol esencial en las funciones de emergencia y su puesto le requería estar presente para responder llamadas y estar alerta todo el tiempo. En esta posición, la vida de las personas está frecuentemente en riesgo y la capacidad de un despachador para enfocarse y concentrarse todo el tiempo es esencial para un desempeño laboral adecuado”.²⁰⁹⁰

Asimismo, son procedentes los test de alcohol y drogas de retorno al trabajo al trabajo, una vez que el trabajador ha dado positivo y no ha sido despedido, cuando debe reincorporarse a un trabajo sensible para la seguridad. Por ejemplo, tratándose del transporte comercial en carreteras públicas, si el empleador no pone término al contrato de trabajo del trabajador que ha dado positivo en un test de alcohol y/o drogas, y le ofrece al trabajador infractor, luego de la suspensión obligatoria de sus funciones de conductor, regresar a ocupar una posición sensible para la seguridad del transporte después de una infracción a la normativa sobre el alcohol y las drogas, debe, antes que el trabajador vuelva a ocupar dicha posición, asegurar que se someta al test de alcohol y/o drogas, según en cuál dio positivo, de regreso al trabajo.²⁰⁹¹ Este test no puede tener lugar hasta después que el profesional por abuso de sustancias haya determinado que el

²⁰⁸⁸ *Thomas v. Corwin* 483 F.3d 516, 527-528 (8th Cir. 2007). En el mismo sentido: *Cody v. CIGNA Healthcare of St. Louis, Inc.*, 139 F.3d 595, 599 (8th Cir. 1998).

²⁰⁸⁹ *Wisbey v. City of Lindon*, 612 F. 3d 667 (8th Cir. 2010).

²⁰⁹⁰ *Wisbey v. City of Lindon*, 612 F. 3d 667, 674 (8th Cir. 2010). En el mismo sentido: *Krocka v. City of Chicago*, 203 F.3d 507, 515 (7th Cir. 2000), que confirmó la legalidad de requerir exámenes de aptitud para el trabajo a un oficial de policía que estaba experimentando dificultades con su salud, a fin de garantizar la seguridad del propio trabajador y la comunidad, a cuya seguridad contribuye el oficial de policía en la ejecución de sus funciones.

²⁰⁹¹ 49 C.F.R. § 382.309.

trabajador que dio positivo en un test de alcohol y/o drogas ha completado exitosamente el tratamiento y/o la rehabilitación que le prescribió.²⁰⁹² El trabajador que estuvo suspendido de sus labores por infracción a las disposiciones sobre alcohol y drogas en el trabajo debe tener un resultado negativo en el test de alcohol y/o drogas antes de volver a desempeñar deberes sensibles para la seguridad;²⁰⁹³ de lo contrario no puede volver a ocupar un trabajo sensible para la seguridad.²⁰⁹⁴

En el transporte público terrestre, el empleador tampoco está obligado a mantener vigente el contrato de trabajo con el trabajador que se niega a someterse a un test de drogas o tiene un resultado positivo confirmado en el test de drogas; sin embargo, si no lo despide, deberá retirarse del trabajo para someterse a rehabilitación y, antes de regresar a labores sensibles para la seguridad, el trabajador deberá someterse a un test de drogas de regreso al trabajo en los mismos términos que el trabajador del transporte comercial por carreteras públicas.²⁰⁹⁵ Similar regulación existe en las regulaciones del transporte aéreo,²⁰⁹⁶ de la operación, mantención y respuestas de emergencia en las instalaciones de gas o tuberías.²⁰⁹⁷ Del mismo modo, los empleadores que desempeñan actividades en una planta de energía nuclear deben someter a los trabajadores que tienen resultado positivo confirmado en test de alcohol o drogas, cuando no se pone término a su contrato de trabajo, a un test de alcohol o drogas, según corresponda, con resultado negativo para acceder nuevamente a las dependencias de la planta de energía nuclear.²⁰⁹⁸

En los casos en que la legislación federal, estatal o local no impone reconocimientos médicos de retorno al trabajo, el empleador podrá imponerlos mediante políticas, conforme a los límites discutidos, o bien pactarse en el instrumento colectivo respecto de los trabajadores sindicalizados.

²⁰⁹² 49 C.F.R. § 40.305(a).

²⁰⁹³ 49 C.F.R. § 40.305(a).

²⁰⁹⁴ 49 C.F.R. § 40.305(b).

²⁰⁹⁵ 49 C.F.R. § 655.47.

²⁰⁹⁶ 14 C.F.R. § 120.109(f).

²⁰⁹⁷ 14 C.F.R. § 199.105(e).

²⁰⁹⁸ 10 C.F.R. § 26.31(c)(4).

El despido de un trabajo por negativa a someterse a un reconocimiento médico de retorno al trabajo que cumple las exigencias legales se ha considerado ajustado a derecho;²⁰⁹⁹ además, dicha falta laboral justifica el rechazo de beneficios de compensación por desempleo.²¹⁰⁰

2.4.3. *Los reconocimientos médicos previo al retorno al trabajo después de un período de ausencia en España*

En España los reconocimientos médicos previos a la incorporación efectiva al trabajo luego de un período de ausencia solamente se contemplan para determinar tanto el posible origen profesional de la enfermedad causante de la ausencia y sus medidas de seguridad necesarias, como los posibles efectos de los riesgos laborales en la salud del trabajador que ha estado ausente por una enfermedad profesional y sus medidas de seguridad.

El artículo 37.3.b) del RSP regula los reconocimientos médicos previo al retorno al trabajo, pero únicamente cuando la ausencia haya sido causada por motivo de salud y con la finalidad de descubrir el origen profesional del problema de salud y determinar las medidas adecuadas para proteger la salud de los trabajadores en el trabajo.²¹⁰¹ Textualmente el artículo en cuestión obliga a realizar “una evaluación de la salud de los trabajadores que reanuden el trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud, con la finalidad de descubrir sus eventuales orígenes profesionales y recomendar una acción apropiada para proteger a los trabajadores”. Agrega el artículo 37.3.d) del RSP: “El personal sanitario del servicio de prevención deberá conocer las enfermedades que se produzcan entre los trabajadores y las ausencias del trabajo por motivos de salud”.

El RSP no establece el tiempo de ausencia por razones médicas que debe transcurrir para calificarse de ausencia prolongada, ni proporciona criterios para determinar cuándo una ausencia es tal. Ante la ausencia de norma, la negociación colectiva parece ser la fuente más idónea para llenar el vacío normativo; existen convenios colectivos donde se regula la materia bajo la forma

²⁰⁹⁹ *Joyner v. Simkins Indus., Inc.*, 957 A.2d 882 (Conn. App. Ct. 2008); *Cantwell v. City of Boise*, 191 P.3d 2005 (Idaho 2008); *Bustillo-Formoso v. Million Air San Juan Corp.*, 261 F. Supp. 3d 201 (D.P.R. 2016).

²¹⁰⁰ *Palmisano*, 839 N.Y.S.2d 354 (App. Div. 2007).

²¹⁰¹ LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 39.

de reconocimientos médicos de retorno.²¹⁰² Asimismo, el propósito del reconocimiento médico a los trabajadores que se reincorporan al trabajo tiene la finalidad de descubrir el posible origen profesional de la enfermedad y, si ello es así, para adoptar las medidas oportunas para proteger la salud y seguridad en el trabajo del propio trabajador y de terceros, tal como lo demuestra el tenor literal del artículo 37.3.b) y d) del RSP.²¹⁰³ Si existen razones fundadas para estimar que la ausencia puede tener una causa en una condición profesional, inclusive si concurre con condiciones comunes de salud, parece admisible el reconocimiento de retorno, independientemente de que los exámenes médicos que justifican la ausencia fueron voluntarios.²¹⁰⁴ Por el contrario, si la enfermedad causante de la ausencia tiene un “claro origen común o no profesional conocido”, no deberán realizarse reconocimientos médicos de retorno, pues supondrían una molestia innecesaria para el trabajador toda vez que ya existe una evaluación médica previa que ha determinado el origen común de la enfermedad.²¹⁰⁵

Por otra parte, diversos protocolos de vigilancia específica contemplan reconocimientos médicos luego de una ausencia prolongada por enfermedad profesional, que cumplen los fines esenciales de la vigilancia de la salud, incluyendo si el trabajador expuesto a agentes riesgosos para la salud tiene aptitud para el trabajo o requiere medidas de readaptación.²¹⁰⁶ Así, por ejemplo, el Protocolo de Vigilancia Sanitaria Específica para los trabajadores expuestos a agentes citostáticos dispone que, tras una ausencia prolongada, mediante reconocimientos médicos se valorarán las posibles influencias del trabajo en la nueva situación de salud del trabajador o posibles secuelas que imposibiliten la realización de su trabajo habitual²¹⁰⁷. El Protocolo de Vigilancia Sanitaria Específica para los trabajadores expuestos al óxido de etileno exige reconocimientos médicos tras la ausencia prolongada por motivos de salud de trabajadores

²¹⁰² FERNÁNDEZ-COSTALES (2009), p. 138; FERNÁNDEZ-COSTALES (2021), pp. 75-76.

²¹⁰³ GÓMEZ (2003), p. 37; PEDROZA (2005), p. 95; LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 39. También existen protocolos de vigilancia de específica concordantes con el artículo 37.3.b) del RSP. El Protocolo para la Vigilancia Sanitaria Específica de las personas trabajadoras expuestas al ruido señala: “Examen de salud tras una ausencia prolongada por motivos de salud: • Audiometría periódica: Tiene la finalidad de descubrir los eventuales orígenes profesionales de la ausencia y recomendar una acción apropiada para proteger a las personas trabajadoras”. Cfr.: MINISTERIO DE SANIDAD (2022), p. 32.

²¹⁰⁴ PEDROZA (2005), p. 95.

²¹⁰⁵ GARCÍA *et al.* (1996), p. 218; BLASCO (1999), p. 271; GÓMEZ (2003), p. 37; PEDROZA (2005), p. 95; LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 39.

²¹⁰⁶ GÓMEZ (2003), pp. 38-39.

²¹⁰⁷ MINISTERIO DE SANIDAD (2003), p. 28.

expuestos al óxido de etileno.²¹⁰⁸ El Protocolo de Vigilancia Sanitaria Específica para los trabajadores expuestos a plaguicidas exige exámenes médicos previo a la incorporación al trabajo tras ausencia por enfermedad grave (neurológica, dérmica, renal o cardiorrespiratoria) o sugestiva de exposición a plaguicidas.²¹⁰⁹

En consecuencia, en España no se admiten los reconocimientos médicos de retorno al trabajo luego de una ausencia por razones médicas de origen común conocidas, pues se considera suficiente el certificado médico de alta del médico que atendió la dolencia común del trabajador. Inclusive, como se ha señalado anteriormente, este tipo de reconocimientos médicos requeridos por el empleador vulneran la intimidad personal, al no ser imprescindibles ni justificados en ninguna de las funciones de los reconocimientos médicos.²¹¹⁰

3. Los reconocimientos médicos con posterioridad al trabajo

Los reconocimientos médicos posteriores al término del contrato de trabajo son reconocidos por ciertas legislaciones a propósito de la vigilancia de la salud y, por tanto, con el objetivo de determinar si el extrabajador ha contraído una enfermedad profesional producto de su exposición a riesgos ocupacionales o no, y evaluar los efectos en la salud en el tiempo de esta exposición.²¹¹¹

En Australia, la legislación y regulación comúnmente no ordenan de manera expresa reconocimientos médicos posteriores a la extinción del contrato de trabajo de trabajadores expuestos a sustancias peligrosas y riesgos ocupacionales en el lugar de trabajo. Sin embargo, ordenan al empleador o a la autoridad determinar la frecuencia de la vigilancia de la salud, por lo que podrían requerir, en virtud de ese mandato, evaluaciones médicas post-ocupacionales, por tratarse de instrumentos idóneos para cumplir los fines de la vigilancia de la salud.²¹¹² Asimismo,

²¹⁰⁸ MINISTERIO DE SANIDAD (2003), p. 23.

²¹⁰⁹ MINISTERIO DE SANIDAD (1999), p. 19.

²¹¹⁰ STSJ del Principado de Asturias, 9 de noviembre de 2007, Rec. N° 2651/2007; GONZÁLEZ (2011), p. 167; MENDOZA (2013), pp. 36-37.

²¹¹¹ Para los fines de la vigilancia de la salud, véanse: KOH Y AW (2003), pp. 705-709; QUINLAN *et al.* (2010), pp. 526-528; KOH Y AW (2019), pp. 121-134.

²¹¹² A modo de ejemplo, véase la siguiente regulación que otorga al empleador la función de determinar la frecuencia de la vigilancia de la salud: Occupational Health and Safety (Mines) Regulations 2002 (Vic), Reg. 308, respecto de trabajadores mineros; Model Work Health and Safety Regulations 2023 (Cth), Reg. 368, tratándose de trabajadores expuestos a sustancias químicas peligrosas; Reg. 407, tratándose de trabajadores expuestos al plomo; Reg. 435, respecto de trabajadores expuestos a asbestos.

bajo los programas de bienestar del trabajador se admiten los reconocimientos médicos de jubilación, una vez que el trabajador se retira como forma de beneficio que le permite al trabajador jubilado estar en conocimiento de cualquier problema médico y de sus consecuencias en la calidad de la vida, o para discutir una vigilancia médica.²¹¹³ En este sentido, se sostiene que la jubilación debería ser considerada como una futura ocupación, la cual involucra exigencias físicas y mentales de la persona que justifican las evaluaciones médicas de jubilación.²¹¹⁴

En Estados Unidos, a diferencia de Australia, existen diversos estándares de la OSHA que ordenan expresamente al empleador ofrecer a los extrabajadores que estuvieron expuestos a ciertas sustancias y agentes peligrosos en el lugar de trabajo determinados reconocimientos médicos posteriores al término del contrato de trabajo como parte de la vigilancia de la salud estatutaria. Así, el empleador está obligado a ofrecer exámenes médicos de término a los extrabajadores que estuvieron expuestos en el lugar de trabajo a acrilonitrilo,²¹¹⁵ arsénico (inorgánico),²¹¹⁶ emisiones de horno de coque,²¹¹⁷ operaciones de desechos peligrosos y respuestas a emergencias,²¹¹⁸ o cloruro de metileno,²¹¹⁹ si dentro de los seis meses anteriores al término del contrato de trabajo no tuvo lugar la evaluación médica ocupacional periódica; a los extrabajadores que estuvieron expuestos a asbestos en el lugar de trabajo (industria general),²¹²⁰ cadmio,²¹²¹ óxido de etileno;²¹²² a los extrabajadores que estuvieron expuestos a butadieno en el lugar de trabajo si han transcurrido doce meses desde la última evaluación ocupacional,²¹²³ a los extrabajadores que estuvieron expuestos a cromo (VI) o hexavalente, a menos que la última evaluación médica ocupacional haya tenido lugar dentro de los seis meses previos a la terminación del contrato de trabajo.²¹²⁴

²¹¹³ AUSTRALASIAN FACULTY OF OCCUPATIONAL MEDICINE (1998), p. 9.

²¹¹⁴ AUSTRALASIAN FACULTY OF OCCUPATIONAL MEDICINE (1998), p. 9.

²¹¹⁵ 29 C.F.R. §§ 1910.1045(n); 1926.1145; 1915.1045.

²¹¹⁶ 29 C.F.R. §§ 1910.1018(n), 1926.1118, 1915.1018.

²¹¹⁷ 29 C.F.R. §§ 1910.1029(j).

²¹¹⁸ 29 C.F.R. §§ 1910.120(f), 1926.65.

²¹¹⁹ 29 C.F.R. §§ 1910.1052(j), 1926.1152.

²¹²⁰ 29 C.F.R. §§ 1910.1001(l).

²¹²¹ 29 C.F.R. §§ 1910.1027(l), 1926.1127, 1915.1027, 1928.1027.

²¹²² 29 C.F.R. §§ 1910.1047(i), 1926.1147.

²¹²³ 29 C.F.R. §§ 1910.1051(k), 1926.1151.

²¹²⁴ 29 C.F.R. §§ 1910.1026(k), 1926.1126(i), 1915.1026(i).

En España, de forma similar a Estados Unidos, se admiten los reconocimientos posteriores al término del contrato de trabajo respecto de extrabajadores expuestos a sustancias y agentes peligrosos en el lugar de trabajo, para fines de vigilancia de la salud post-ocupacional. El artículo 22.5 de la LPRL dispone al respecto: “En los supuestos en que la naturaleza de los riesgos inherentes al trabajo lo haga necesario, el derecho de los trabajadores a la vigilancia periódica de su estado de salud deberá ser prolongado más allá de la finalización de la relación laboral, en los términos que reglamentariamente se determinen”. Se trata de reconocimientos médicos que constituyen un derecho para los trabajadores una vez que la relación laboral ha terminado, con el propósito de evitar que la exposición a riesgos laborales durante el contrato de trabajo se convierta en enfermedad profesional con posterioridad a su extinción, o para controlar y disminuir de ser posible una enfermedad profesional, o para rehabilitar al trabajador que padece enfermedad profesional, correspondiendo a la normativa reglamentaria determinar los supuestos específicos en que tienen lugar.²¹²⁵

La exposición a ciertas sustancias o riesgos laborales puede manifestar sus efectos en la salud del trabajador mucho después de la extinción de la relación laboral, lo que de por sí justifica que la vigilancia de la salud no pueda quedar limitada al período de vigencia de la relación laboral.²¹²⁶

Otra norma que regula los reconocimientos médicos post-ocupacionales es el artículo 37.3.e) del RSP, cuando señala que en los supuestos en que la naturaleza de los riesgos inherentes al trabajo lo haga necesario, el derecho de los trabajadores a la vigilancia periódica de su estado de salud deberá prolongarse más allá de la finalización de la relación laboral a través del Sistema Nacional de Salud. Esto se debe a que el empresario solamente es garante de la vigilancia de la salud del personal a “su servicio”, en conformidad con el artículo 22.1.I de la LPRL.²¹²⁷ El artículo 37.3.e) realiza un desarrollo general, pero no inhibe la posibilidad de que la regulación reglamentaria de riesgos específicos determine que el empleador se haga cargo de los reconocimientos médicos

²¹²⁵ GÓMEZ (2003), p. 37; PEDROZA (2005), p. 35; FERNÁNDEZ-COSTALES (2009), p. 140; LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 39; FERNÁNDEZ-COSTALES (2021), p. 76.

²¹²⁶ FERNÁNDEZ-COSTALES (2009), p. 140; FERNÁNDEZ-COSTALES (2021), p. 76.

²¹²⁷ GÓMEZ (2003), p. 37; PEDROZA (2005), p. 93; LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), p. 42.

post-ocupacionales por riesgos a los que estuvieron expuestos los extrabajadores mientras fueron sus dependientes.²¹²⁸

Los reconocimientos médicos post-ocupacionales tendrán lugar cada vez que la exposición a agentes peligrosos o riesgos ocupacionales haga necesaria la vigilancia de la salud con posterioridad al término del contrato de trabajo; así es irrelevante si el trabajador no continúa trabajando posteriormente (jubilación, incapacidad total permanente) o celebra un nuevo contrato de trabajo con una empresa diferente.²¹²⁹

La normativa reglamentaria y los protocolos de vigilancia específica regulan diversos reconocimientos médicos post-ocupacionales; a continuación, se citan algunos ejemplos. El Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, en su artículo 8.6 reconoce los exámenes médicos luego de la extinción del contrato de trabajo de esos dependientes. De manera similar, el Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo, en su artículo 8.5 admite los reconocimientos médicos post-ocupacionales para dichos trabajadores. Más detalladamente, el artículo 16.3 del Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto, regula los reconocimientos médicos post-ocupacionales para los trabajadores expuestos a amianto de la siguiente forma: “Habida cuenta del largo período de latencia de las manifestaciones patológicas por amianto, todo trabajador con antecedentes de exposición al amianto que cese en la relación de trabajo en la empresa en que se produjo la situación de exposición, ya sea por jubilación, cambio de empresa o cualquier otra causa, seguirá sometido a control médico preventivo, mediante reconocimientos periódicos realizados, a través del Sistema Nacional de Salud, en servicios de neumología que dispongan de medios adecuados de exploración funcional respiratoria u otros Servicios relacionados con la patología por amianto”.

²¹²⁸ PEDROZA (2005), pp. 94-95.

²¹²⁹ PEDROZA (2005), pp. 93-94.

Entre los protocolos de vigilancia específica se encuentra el Protocolo de Vigilancia Sanitaria Específica para los trabajadores expuestos a agentes citostáticos que regula el “reconocimiento final”, que se debe realizar cuando finalice definitivamente la actividad laboral.²¹³⁰ El Protocolo de Vigilancia Sanitaria Específica del amianto, complementando el Real Decreto 396/2006, regula los exámenes de salud post-ocupacionales de todo trabajador con antecedentes de exposición al amianto, cuya periodicidad será determinada por el médico responsable de la evaluación de la salud.²¹³¹ El Protocolo de Vigilancia Sanitaria Específica por exposición a silicosis contempla exámenes médicos post-ocupacionales.²¹³²

La principal razón por la cual la normativa reglamentaria y los protocolos de vigilancia contemplan exámenes médicos post-ocupacionales se debe al hecho de que las enfermedades profesionales producto de la exposición a ciertos riesgos ocupacionales, como la asbestosis y la silicosis, demoran años en manifestarse, por lo que se hace necesaria la vigilancia de la salud post-ocupacional para verificar si la enfermedad profesional se manifestará o no, determinando los efectos en la salud debido a la exposición a riesgos laborales.²¹³³ No se establece con claridad si es obligatorio para los trabajadores someterse a los reconocimientos médicos post-ocupacionales o, por el contrario, estos tienen el carácter de voluntarios. La posición de cierta doctrina, sin mayor fundamento, es que son obligatorios para el trabajador, pero no se precisan las consecuencias del incumplimiento de esta supuesta obligación.²¹³⁴

²¹³⁰ MINISTERIO DE SANIDAD (2003), p. 29.

²¹³¹ MINISTERIO DE SANIDAD (2013), pp. 37-38.

²¹³² MINISTERIO DE SANIDAD (2020), pp. 30-31.

²¹³³ GÓMEZ (2003), p. 38; FERNÁNDEZ-COSTALES (2009), p. 140.

²¹³⁴ GÓMEZ (2003), p. 38.

CAPÍTULO III: LOS TEST DE DROGAS EN EL TRABAJO

I. Introducción

En los últimos años, el consumo de drogas es una realidad que ha ido en incremento en el mundo.²¹³⁵ Por regla general, en el mundo occidental esta conducta no es sancionada laboralmente cuando ocurre fuera del lugar de trabajo y sin repercusiones negativas para el empleador. Sin embargo, en el contexto laboral, existen diversas normas estatales, convencionales o unilaterales, que prohíben a los trabajadores el consumo de drogas en el lugar de trabajo, o bien trabajar bajo la influencia de las drogas, o tener presencia de ciertos niveles de drogas en el cuerpo mientras están ejecutando sus labores. Esencialmente se trata de prohibiciones que persiguen evitar poner en riesgo la vida y salud de los propios trabajadores, compañeros de trabajo o personas relacionadas con la empresa, como los clientes, y/o cumplir los requisitos que son inherentes al correcto desempeño del trabajo convenido.

Para verificar el cumplimiento de las prohibiciones vinculadas al consumo, influencia, intoxicación o presencia de drogas en el cuerpo del trabajador, el empleador dispone de los test de drogas, ya que puede exigir a ciertos trabajadores que se sometan a ellos. De esta forma, los test de drogas tienen la naturaleza de reconocimientos médicos atendido que persiguen conocer el estado de salud del trabajador como consecuencia de las drogas.

Como los test de drogas requieren analizar una muestra obtenida del cuerpo del trabajador, como orina, sangre, saliva, sudor, cabello o uñas, y proporcionan información del estado de salud y hábitos del trabajador, su aplicación puede entrar en conflicto con la privacidad y el derecho a la no discriminación, ambos reconocidos a los trabajadores en Australia, Estados Unidos y España. Tales derechos actúan como verdaderos límites a los test de drogas y contribuyen a determinar las finalidades lícitas que pueden perseguirse con ellos, las situaciones en que tienen lugar, los tipos de test de drogas que proceden y las consecuencias jurídicas que derivan de un resultado positivo del test de drogas.

²¹³⁵ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (2023), pp. 54, 108, 108-120.

En el presente capítulo se discuten desde una perspectiva comparada los siguientes aspectos vinculados a los test de drogas en el trabajo: (1) fundamento jurídico, esto es, normas que permiten justificar la aplicación de test de drogas en el trabajo; (2) finalidades que pueden perseguirse lícitamente mediante los test de drogas; (3) oportunidades o situaciones en que tienen lugar, lo que está en directa conexión con las finalidades de los test de drogas; (4) tipos de test de drogas admisibles, examinando los problemas tecnológicos que presenta la mayoría de ellos para determinar si un trabajador está bajo la “influencia” de las drogas o no; (5) límites de los test de drogas derivados de la privacidad o intimidad y el derecho a la no discriminación, que se irán haciendo presentes, principalmente, al analizar cada una de las otras materias señaladas, para luego analizarlos en detalle en la última sección.

II. Fundamento jurídico de los test de drogas en el trabajo

Los test de drogas pueden tener distinto fundamento jurídico que, en ciertas normativas domésticas, se manifiesta con mayor intensidad. En primer lugar, la normativa estatal puede exigir directamente al empleador o a una agencia estatal que requiera a los postulantes a un puesto de trabajo o a sus trabajadores que se sometan a test de drogas, o bien, de forma indirecta, cuando prohíbe el consumo de drogas en el lugar de trabajo y trabajar bajo la influencia de las drogas o con presencia de drogas en el cuerpo. En la prohibición sobre las drogas en el lugar de trabajo el empleador debe velar por garantizar la observancia efectiva del mandato del legislador, por lo que puede recurrir a los test de drogas. En segundo lugar, la autonomía individual y, sobre todo, la autonomía colectiva pueden complementar la legislación estatal, o bien, derechamente en ausencia de regulación estatal, exigir test de drogas, lo que dependerá de la legislación doméstica. En tercer lugar, en virtud de la obligación de seguridad y el poder de dirección, el empleador puede elaborar políticas de alcohol y drogas mediante las cuales establece mandatos sobre test de drogas que requiere a los trabajadores y a postulantes a trabajos.

1. La normativa estatal como fundamento jurídico de los test de drogas

Salvo en Estados Unidos, el resto de las legislaciones analizadas no contiene generalmente mandatos expresos de test de drogas en el trabajo; la tendencia más bien es su admisión indirecta al establecer prohibiciones relacionadas con el consumo de drogas en el lugar de trabajo o su repercusión en el tiempo de trabajo.

1.1. Situación en Australia

En Australia existen diversas normas federales, estatales o territoriales, que prohíben a ciertos trabajadores: (i) estar bajo la influencia de las drogas y/o consumir drogas en el lugar de trabajo, (ii) desempeñar el trabajo convenido bajo la influencia de las drogas, y/o (iii) desempeñar labores mientras tienen drogas en el cuerpo, sea a través de normas aplicables a todas las personas o mediante normas específicas sobre seguridad y salud en el trabajo que rigen en las actividades e industrias peligrosas, donde las drogas constituyen un riesgo laboral que pone en peligro la vida y/o salud de los trabajadores y demás personas que pueden estar en el lugar de trabajo.²¹³⁶ Excepcionalmente, en ciertos cuerpos normativos se regulan de manera expresa los test de drogas, incluyendo las situaciones en que tienen lugar, como ocurre, por ejemplo, en el caso de la Policía Federal Australiana.²¹³⁷

En el cuadro que sigue, se expone la principal normativa que regula la prohibición del uso de drogas en el lugar de trabajo y los test de drogas en Australia.²¹³⁸

Jurisdicción/Legislación	Contenido
Commonwealth	
Navigation Act 1912	Sección 186 F: Abuso de alcohol y otras drogas. Establece las sanciones para pilotos con licencia bajo la influencia de alcohol y drogas, mientras están a bordo de una embarcación, en la medida que su capacidad para cumplir sus deberes está impedida.
Explosives Areas Regulations 2003	Regulación 16: Personas bajo la influencia de alcohol y drogas. Establece que “una persona

²¹³⁶ JOHNSTONE Y TOOMA (2022), pp. 1-2: “Solo muy recientemente los autores de políticas sobre salud y seguridad en el trabajo comenzaron a tratar los riesgos sociales o conductuales. Entre estos se incluyen el *bullying*, el acoso (sexual y en general), la agresión y la violencia (incluyendo la violencia doméstica, familiar y de la pareja) y la conducta afectada por el alcohol o las drogas que puede resultar en lesiones físicas o psicológicas de otras personas”.

²¹³⁷ Australian Federal Police Act 1979 (Cth), s. 40M-40N.

²¹³⁸ Para un análisis de la legislación sobre alcohol y drogas en el trabajo en Australia, véase: AUSTRALIAN SAFETY AND COMPENSATION COUNCIL (2007), pp. 47-56.

	que está bajo la influencia del alcohol u otra droga no debe estar dentro o cerca de una parte de un área de explosivos del <i>Commonwealth</i> en la cual los explosivos están siendo manipulados”.
Australian Federal Police Act 1979	Test aplicados a la Policía Federal Australiana o miembros especiales por alcohol y drogas ilegales. Establece el procedimiento para la colección de muestras de aire espirado y muestras corporales. La sección 40 M regula los test generales y la sección 40 N, los test luego de ciertos incidentes.
Australian Federal Police (Discipline) Regulations 1979	Regulación 10. Establece que un miembro de la Policía Federal Australiana no debe beber alcohol o consumir drogas que lo incapaciten para cumplir sus deberes. Incluye la restricción para consumir alcohol y tomar drogas mientras está cumpliendo su deber y en establecimientos de entretenimiento vestido con el uniforme de policía.
Civil Aviation Act 1988	Parte IV: Planes y pruebas de control de drogas y alcohol. Detalla el contenido de los planes de administración de alcohol y drogas, y los test de alcohol y drogas en la aviación civil.
Civil Aviation Safety Regulations 1998	Subparte 99.C: Test de drogas y alcohol por la Civil Aviation Safety Authority. Detalla el procedimiento y oportunidades de los test de alcohol y drogas en la aviación civil.
Victoria	

Occupational Health and Safety (Mines) Regulations 2002	Regulación 306: Alcohol y drogas. Ordena al operador de minas la elaboración de un programa que debe incluir estrategias para introducir medidas de control de la presencia y consumo de alcohol y drogas por parte de los trabajadores en la mina durante las horas de trabajo y estrategias para incorporar medidas básicas de seguridad de las personas que están bajo la influencia de alcohol y/o drogas en la mina. Regulación 501: Deberes de los trabajadores en todas las minas. Establece la lista de deberes para trabajadores, incluyendo que no deben ingresar o permanecer en la mina si están perjudicialmente afectados por el alcohol y/o las drogas.
Rail Safety Act 2006	Parte 6: Test del alcohol y otras drogas en los controles de trabajadores de seguridad ferroviaria. Establece los requisitos para los test de alcohol y drogas y las sanciones por el consumo o por estar bajo la influencia de alcohol y/o drogas.
Road Safety Act 1986	Parte 5: Ofensas que involucran el alcohol u otras drogas. Establece los requisitos para los test de alcohol y drogas y las sanciones por el consumo o por estar bajo la influencia de alcohol y/o drogas.
Marine Act 1988	Sección 28: Ofensas que involucran el alcohol y otras drogas. Establece las condiciones por las cuales una persona podría ser culpable de una

	ofensa por la operación de un buque bajo la influencia del alcohol u otras drogas.
New South Wales	
Rail Safety Act 2002	Sección 42: Trabajadores ferroviarios - Alcohol u otras drogas. Establece la elaboración e implementación de un programa de alcohol y drogas para trabajadores de ferrocarriles.
Police Act 1990	Sección 211: Test de los oficiales de policía por alcohol y drogas prohibidas. Detalla los procedimientos para test de aliento y orina o cabello, en una modalidad dirigida o aleatoria.
Rail Safety (Drug and Alcohol Testing) Regulation 2003	Establece los procedimientos y programas de test de alcohol y drogas para trabajadores ferroviarios.
Passenger Transport (Drug and Alcohol Testing) Regulation 2004	Establece los procedimientos y programas de test de alcohol y drogas para trabajadores del transporte de pasajeros.
Road Transport (Safety and Traffic Management) Act 1999	Parte 2: Ofensas que involucran conducir bajo la influencia del alcohol u otras drogas. Establece los procedimientos y penalidades por conducir bajo la influencia del alcohol u otras drogas, incluyendo la aplicación de test de alcohol y drogas ilícitas.
Marine Safety Act 1998	Sección 23: Navegación bajo la influencia del alcohol u otras drogas. Detalla las penalidades para cualquier persona que opera un buque bajo la influencia del alcohol u otras drogas, incluyendo la transgresión de las obligaciones del capitán del buque sobre los miembros de su

	tripulación que opera el buque bajo la influencia de las drogas o alcohol.
Mine Inspection General Rule 2000	División 2 - Aptitud para el Trabajo Cláusula 31: Procedimiento de aptitud para el trabajo requerido. Detalla los requisitos de un procedimiento para determinar los deberes de aptitud física, incluyendo disposiciones para personas afectadas por el alcohol y las drogas. Cláusula 32: Alcohol y drogas. Establece la prohibición de consumir alcohol y drogas en las dependencias mineras, la prohibición de beber alcohol o tomar drogas antes de trabajar, y los procedimientos para retirar a una persona afectada por el alcohol y las drogas y test por alcohol y drogas.
Queensland	
Workplace Health and Safety Regulations 1997	Sección 160. El contratista principal debe preparar un plan de seguridad de la construcción. Establece la preparación de un plan de seguridad y su contenido, incluyendo que una persona no debe consumir alcohol en el sitio. No menciona otras drogas.
Mining and Quarrying Safety and Health Regulation 2001	Sección 84: Alcohol y Drogas. Establece que un trabajador no debe cumplir sus funciones bajo la influencia del alcohol u otras drogas, y que no debe consumir alcohol en la mina más allá del área establecida.
Transport Operations (Road Use Management) Act 1995	Sección 79: Conducción bajo la influencia del alcohol o drogas. Establece que cualquier persona que, mientras conduce un vehículo,

	tranvía, tren o buque, está bajo la influencia del alcohol u otras drogas es culpable de un delito y responsable de una pena.
Tasmania	
Dangerous Goods (General) Regulations 1998	Regulación 71: Restricciones a los explosivos. Establece que una persona no debe estar a cargo de un explosivo si está fumando o bajo la influencia del alcohol u otras drogas.
Police Services Act 2003	Sección 50: Test por alcohol y drogas. Describe el procedimiento para que un oficial de policía deba someterse a test de alcohol y drogas y en qué circunstancias está permitido. Sección 51: Direcciones. Establece que el comisario de policía puede establecer órdenes a los oficiales de policía en relación con la presencia en el cuerpo o consumo de alcohol y drogas mientras están cumpliendo su deber, y las consecuencias de dar positivo en test de alcohol y drogas.
Road Safety (Alcohol and Drugs) Act 1970	Detalla los procedimientos y las sanciones por conducir vehículos bajo la influencia del alcohol u otras drogas, incluyendo la aplicación de test de alcohol y drogas.
Road Safety (Alcohol and Drugs) Regulations 2018	Detalla los procedimientos y las sanciones por conducir vehículos bajo la influencia del alcohol y otras drogas, incluyendo la aplicación de test de alcohol y drogas.
Rail Safety Act 1997	Sección 29: Trabajadores de ferrocarriles. Establece que los trabajadores no deben desempeñar trabajo crítico de seguridad mientras

	tienen en su cuerpo concentración de alcohol sobre la permitida por la legislación o mientras están bajo la influencia de drogas.
Rail Safety Regulations 1999	Detalla el procedimiento de test de alcohol y drogas a los que deben someterse los trabajadores de ferrocarriles y las sanciones de estar bajo la influencia de alcohol y drogas.
South Australia	
Harbors and Navigation Act 1993	División 4: Alcohol y otras drogas. Detalla las prohibiciones de trabajar bajo la influencia de alcohol y drogas y los procedimientos para test de alcohol y drogas.
Australian Capital Territory	
Road Transport (Alcohol and Drugs) Act 1977	Detalla los programas y procedimientos de los test de alcohol y drogas de trabajadores transportistas por carretera.
Northern Territory	
Rail Safety (National Uniform Legislation) Regulations 2013	Detalla las circunstancias y procedimientos bajo los cuales se puede requerir a los trabajadores de ferrocarriles que se sometan a test de drogas.
Western Australia	
Fire Brigades Regulation 1943	Regulación 134. Prohíbe a los trabajadores de las brigadas de incendio estar bajo la influencia de alcohol o drogas, y poseer o consumir drogas mientras están desempeñando sus labores.
Work Health and Safety (Mines) Regulations 2022	Regulación 641: Alcohol y drogas. Ordena al operador de una mina administrar los riesgos para la salud y seguridad asociados al uso de drogas por parte de los trabajadores.

Rail Safety National Law (WA) 2015	Parte 3: Regulación de la seguridad ferroviaria. División 9: Test de drogas y alcohol por el regulador. Detalla las oportunidades y tipos de test de drogas a que deben someterse los trabajadores de ferrocarriles y las prohibiciones de desempeñar sus labores con presencia o bajo la influencia de drogas.
Rail Safety National Law (WA) Regulations 2015	Regulación 28: Programa de manejo de drogas y alcohol. Regula el contenido que debe incluir el programa de gestión de alcohol y drogas que debe elaborar el empleador de la industria de ferrocarriles.
Road Traffic Act 1974	División 2. Conducción de vehículos: delitos relacionados con el alcohol y las drogas. Detalla los distintos delitos y penalidades vinculados a conducir bajo la influencia o con la presencia en el cuerpo de alcohol o drogas.

1.2. Situación en España

La legislación española opta por un modelo en que, por una parte, consagra expresamente test de drogas en el trabajo en ciertas industrias donde se desarrollan actividades riesgosas para la seguridad, la vida o integridad física y psíquica de las personas y, por otra parte, prohíbe expresamente a ciertos trabajadores trabajar bajo la influencia de las drogas, fundamentando indirectamente en este último supuesto la procedencia de test de drogas como medio de control para garantizar el cumplimiento efectivo de la prohibición de la normativa estatal.

1.2.1. *Test de drogas establecidos expresamente en la ley*

Los supuestos normativos en los que se exige expresamente a ciertos trabajadores test de drogas son excepcionales y aparecen dispersos. Se expone brevemente la principal normativa nacional que demuestra esta opción legislativa.²¹³⁹

1.2.1.1. *Test de drogas en los servicios de seguridad privada*

El artículo 28.1 c) de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada dispone que quienes desempeñen su actividad profesional en el sector habrán de “poseer la capacidad física y la aptitud psicológica necesarias para el ejercicio de las funciones”. Con el propósito de comprobar tales requerimientos, el RD 2487/1998 exige pruebas de aptitud psicofísicas que demuestren la ausencia de enfermedad o discapacidad para tener o usar armas, asociadas, entre otras, a “trastornos mentales y de conducta” (artículo 3, m). En su Anexo, dispone que, tanto para la obtención como para la renovación, el reconocimiento médico habrá de verificar que no existen problemas de alcohol, drogas o medicamentos, pues dentro del apartado “Trastornos por sustancias” específicamente detalla los casos en que los resultados del test de drogas no admiten desempeñar funciones de seguridad privada: “Consumo habitual de drogas y medicamentos que comprometan la aptitud para el uso de armas. Dependencia de drogas y medicamentos: No se admite”; “Trastornos inducidos por drogas o medicamentos [como] delirium, demencia, alteraciones perceptivas, trastornos psicóticos u otros inducidos por drogas o medicamentos que supongan riesgos para la seguridad: No se admite”.

²¹³⁹ Se excluye del análisis la normativa autonómica sobre buceo profesional (Decreto 152/1998, de 15 de mayo, de Galicia; Orden de 21 de junio de 2000, de Baleares; Decreto 28/2002, de 29 de enero, de Andalucía; Decreto 194/2004, de 8 de junio, de Aragón; Decreto 201/2004, de 31 de octubre, del País Vasco; Decreto 54/2012, de 22 de mayo, de Cataluña; Orden de 10 de septiembre de 2012, de La Rioja). Por su carácter abiertamente desfasado, se descartan el estudio del RD 1609/1978, de Ingenieros Técnicos Forestales y el del RD 3255/1983, sobre Minería del Carbón.

1.2.1.2. *Normativa sobre test de drogas en el sector del transporte: embarque marítimo, personal en puestos de seguridad de ferrocarril, personal de aviación civil, personal de transporte terrestre*

1.2.1.2.1. *Test de drogas en el embarque marítimo*

El RD 1696/2007 regula los reconocimientos médicos en el embarque marítimo, los que tienen como objetivo “garantizar que las condiciones psicofísicas del solicitante sean compatibles con las características del puesto de trabajo y no supongan peligro para la salud y seguridad del individuo ni del resto de la tripulación” ni tampoco para la navegación marítima (artículo 1.1), y en “cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 22 de Ley LPRL y sus normas de desarrollo, sin perjuicio de cuantas otras obligaciones comprometan al empresario” (artículo 1.2).

Su Anexo I.1 incluye como una de las pruebas mínimas en el examen inicial que se le practique al personal de embarcación marítima por primera vez o cuando hayan transcurrido cinco años desde el último: “Analítica. Hemograma completo. Bioquímica sanguínea (glucosa basal, colesterol total, HDL-colesterol. Triglicéridos. Enzimas hepáticas GOT-GPT-GGT. Creatinina. Ácido úrico) y sistemático de orina”; en los reconocimientos periódicos del artículo 5.2 (Anexo I.2): “Analítica (hemograma completo, bioquímica sanguínea y sistemático de orina)” (artículo 5.1).

La referencia a las enzimas hepáticas o sistemático de orina es la base para lo que dispone el Anexo II.2, el cual incluye como uno de los procesos de especial consideración –pues lleva a la declaración de no apto– y dentro de los trastornos mentales y de comportamiento los “trastornos por consumo de sustancias psico-activas (abuso, dependencias y trastornos inducidos). Excepcionalmente podrán ser aptos con restricciones aquellos pacientes que aporten informe favorable del especialista tras un período demostrado de abstinencia y no presenten secuelas irreversibles que supongan un riesgo [...]. En el caso de dependencia a opiáceos podrán ser aptos con restricciones aquellos trabajadores con tratamientos sustitutivos siempre que se aporte informe en el que se especifique el cumplimiento de dicho tratamiento” (apartado 2.5.2.).

Los test de drogas constituyen uno de los reconocimientos médicos que permiten determinar si el personal de embarque marítimo es apto o no para desempeñar tales labores.

1.2.1.2.2. *Test de drogas del personal ferroviario*

Debido a la transposición de la Directiva 2007/59/CE, de 23 de octubre, sobre la certificación de los maquinistas de locomotoras y trenes en el sistema ferroviario de la Comunidad, la Orden N° FOM/2872/2010, de 5 de noviembre, modificada por la Orden N° FOM/679/2015, de 9 de abril, determina las condiciones para la obtención de los títulos habilitantes que permiten el ejercicio de las funciones del personal ferroviario relacionadas con la seguridad en la circulación, así como el régimen de certificados homologados de formación y de reconocimiento médico de dicho personal. En su extenso y variado articulado dirigido al personal que va a realizar funciones relacionadas con la seguridad (artículo 2), consagra expresamente la exigencia de un certificado de aptitud psicofísica inicial y periódico (arts. 10, 16, 22, 41.5 y 64), precisado en sus anexos que se exigen como parte de su contenido test de alcohol y drogas,²¹⁴⁰ no obstante contemplarse expresamente también en la disposición adicional sexta.²¹⁴¹

²¹⁴⁰ Los anexos exigen al personal ferroviario que “no deberán padecer enfermedad ni tomar medicación, drogas o sustancias que puedan provocar los siguientes efectos: pérdida repentina de la conciencia, disminución de la atención concentración, incapacidad repentina, limitación de la movilidad” (Anexo I, Anexo II, Anexo III y Anexo IV. 1.1).

El Anexo IV, para el personal de conducción, contempla en su apartado 1.9 letra b), y dentro de la evaluación psiquiátrica, “no padecer enfermedad alcohólica crónica”, y en el apartado 1.10, a propósito del consumo de drogas y medicamentos exige “no presentar indicios analíticos de consumo de drogas de abuso” y “no estar bajo tratamiento con sustancias psicoactivas capaces de alterar el nivel de conciencia, la capacidad de concentración, de vigilancia, el comportamiento, el equilibrio, la coordinación o la movilidad”. Como consecuencia de esta prohibición, dentro de los contenidos mínimos del reconocimiento inicial menciona la “detección de sustancias psicotrópicas como drogas ilícitas o tratamiento médico psicotrópico y el consumo de alcohol que cuestionen la aptitud para el trabajo” [Anexo IV. 2.2 e)], lo cual se repite literalmente en los reconocimientos periódicos [Anexo IV. 3.1 d)].

El Anexo VII proporciona el contenido mínimo de autodeclaración de salud previo al reconocimiento, entre cuyas preguntas, en referencia al aparato respiratorio, figura la relativa a si es fumador (bloque 5); en el apartado de psiquiatría, la atinente a si tiene antecedentes por consumo de alcohol o drogas (bloque 8); en el apartado de medicamentos, si tiene algún tratamiento con medicamentos de forma continuada o ha tomado algún medicamento de forma ocasional (bloque 10). De este modo, el Anexo VIII, relativo al contenido del consentimiento informado para la toma de muestras biológicas destinadas a la detección de consumo de alcohol, drogas de abuso y otras sustancias psicoactivas, proporciona un modelo para su otorgamiento en orden a realizar las siguientes pruebas analíticas: alcoholimetría (medición de alcohol en aire espirado), alcoholemia (medición de alcohol en sangre), análisis de orina para la detección de drogas de abuso y otras sustancias psicoactivas. También se otorga consentimiento con motivo de incidente o accidente para reconocimientos según OM FOM/2872/2010, de 5 de noviembre, y controles aleatorios para la detección de consumo de alcohol, drogas y sustancias psicoactivas.

²¹⁴¹ La disposición adicional sexta indica expresamente: “Controles para detección del consumo de alcohol y de indicios analíticos de consumo de drogas de abuso y sustancias psicoactivas. 1. En las pruebas iniciales o periódicas de los certificados de aptitud psicofísica, que se efectúen en los centros de reconocimiento médico homologados, para la obtención y conservación de la eficacia de los títulos habilitantes que lo requieran, tal y como se establece en esta orden, se realizarán, dentro de las mismas, pruebas específicas para detectar consumo de alcohol e indicios

En todas las categorías de puestos de trabajo que pueden conllevar un riesgo grave para la seguridad y salud tanto propias como de terceros, la posesión de ese certificado constituye una condición para obtener la habilitación.²¹⁴² Esta certificación puede ser suspendida cuando “se detecten en su titular niveles de alcohol superiores a los autorizados o indicios analíticos de consumo de estupefacientes, psicotrópicos o cualesquiera otras sustancias que producen efectos análogos”, y “su titular, en el ejercicio de su actividad profesional, se niegue a someterse a un control para la detección de consumo de alcohol o de indicios análogos, realizado por personal suficientemente cualificado y autorizado en la normativa vigente” (artículos 17.1 a) y e), 17.3),²¹⁴³ o también revocada por niveles de drogas superiores a los autorizados o su consumo (artículo 17.4).

Por otra parte, la normativa citada es complementada y reforzada por el Real Decreto 929/2020, de 27 de octubre, sobre seguridad operacional e interoperabilidad ferroviarias, que regula controles para la detección de indicios analíticos de consumo de drogas de abuso y sustancias psicoactivas en el personal ferroviario: “1. En las evaluaciones que se efectúen en los centros de reconocimiento médico homologados, para el otorgamiento, mantenimiento y renovación de certificados de aptitud psicofísica, se realizarán pruebas específicas para detectar consumo de alcohol e indicios analíticos de consumo de drogas de abuso y sustancias psicoactivas [...]. 2. La Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria, cuando así lo considere en el ejercicio de sus facultades de supervisión, ordenará la realización de controles aleatorios del personal ferroviario, pudiendo requerir la colaboración de los organismos cualificados que determine. Asimismo, la Comisión de Investigación de Accidentes Ferroviarios, en virtud de sus competencias en materia de investigación, podrá ordenar la realización de controles al personal implicado en sucesos sujetos a investigación. 3. Los administradores de infraestructuras y las empresas ferroviarias programarán y realizarán controles aleatorios para la detección de tasas de alcoholemia y drogas de abuso y sustancias psicoactivas entre todo el personal habilitado por ellos, en cumplimiento

analíticos de consumo de drogas de abuso y sustancias psicoactivas. Para ello, el personal suscribirá un consentimiento informado cuyo contenido mínimo será el del modelo del Anexo VIII”.

²¹⁴² Personal de circulación [artículos 8 d) y 9.4]; personal de infraestructura [artículos 14 d) y 15.4]; personal de operaciones del tren salvo responsable de operaciones de carga [artículos 20 d) y 21.4], y maquinistas [artículos 32 c) y 35.4].

²¹⁴³ Personal de circulación [artículo 11.1 a) y e)]; personal de infraestructura [artículo 17.1 a) y e)]; personal de operaciones de tren [artículo 23.1 a) y e)], y maquinistas [artículo 42.1 a) y e)].

de su programa de vigilancia interna. Asimismo, realizarán dichos controles en el caso de accidentes e incidentes en los que se vean involucrados [...]. 4. De igual modo a lo recogido en el apartado anterior, las entidades explotadoras de instalaciones de servicio conectadas con la Red Ferroviaria de Interés General podrán llevar a cabo controles para la detección de consumo de alcohol y drogas entre su personal que lleve a cabo funciones relacionadas con la seguridad ferroviaria” (artículo 40), la oportunidad y tipos de controles (artículo 44).

El Real Decreto 929/2020 es el resultado de la transposición a la normativa interna española de dos directivas. Por un lado, la Directiva (UE) 2016/798 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, sobre la seguridad ferroviaria, que refunde y deroga la fundamental Directiva 2004/49/CE, de 29 de abril de 2004, sobre la seguridad de los ferrocarriles de la Unión Europea y por la que se modifican la Directiva 95/18/CE del Consejo sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias y la Directiva 2001/14/CE relativa a la adjudicación de capacidad de la infraestructura ferroviaria, aplicación de cánones por su utilización y certificación de seguridad (directiva de seguridad ferroviaria). Por otro lado, la Directiva (UE) 2016/797 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, sobre la interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Unión Europea, que refunde y deroga la Directiva 2008/57/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Comunidad, modificada en varias ocasiones de forma sustancial.

1.2.1.2.3. *Test de drogas exigibles al personal de vuelo de aviones y helicópteros*

El RD 270/2000, de 25 de febrero, determina las condiciones para el desempeño de funciones del personal de vuelo en las aeronaves civiles y establece el régimen de títulos, licencias, habilitaciones, autorizaciones y certificados necesarios para que el personal de vuelo pueda ejercer sus labores en aeronaves con matrícula española (artículo 1), exigiendo como requisito inherente disponer de un certificado médico de aptitud psicofísica clase 1 o 2 (artículo 4). La regulación del contenido de este certificado se encuentra en la Orden de 21 de marzo de 2000, modificada por la Orden N° FOM/1267/2008, de 28 de abril, que contempla los distintos tipos de certificados (artículo 4) y requisitos médicos (artículo 5), desarrollados en anexos, que

demuestran que se exigen test de drogas para determinar la aptitud o no aptitud para ejecutar labores de piloto.

El Apéndice de la Subparte B de la Orden de 21 de marzo de 2000, dentro de los requisitos médicos clase 1, contempla que quienes “usen medicamentos de manera regular [(c) (3)]” sufrirán una disminución en la aptitud médica (JAR-FCL 3-040), estableciendo que “el titular de un certificado médico que esté tomando cualquier medicación, prescrita o no, o que esté recibiendo cualquier tratamiento, cumplirá la requisitos del JAR-FCL 3-040” [JAR-FCL 3.115 8ª)]; entre los requisitos psiquiátricos [JAR-FCL 3.205 (6) y (7)], figura la necesidad de prestar atención especial a los “trastornos mentales y del comportamiento debidos al alcohol” y “uso o abuso de sustancias psicotrópicas”. Asimismo, la Subparte C, sobre requisitos médicos clase 2, dentro de los psiquiátricos contempla idéntica necesidad de atender a “los trastornos mentales y del comportamiento del alcohol” [JAR-FCL 3.325 (b)]. Su concreción en el Apéndice 10 de las Subpartes B y C, punto 4, lleva a establecer específicamente que “los trastornos mentales del comportamiento debidos al alcohol o al uso de drogas, con o sin dependencia, son causas de descalificación”.

1.2.1.2.4. *Test de drogas exigibles a conductores de medios de transporte terrestre*

A diferencia de lo que ocurre con el transporte por aire y mar, la normativa española no contempla ningún reconocimiento médico obligatorio que pueda o deba requerir el empleador a postulantes a ofertas de trabajo ni a sus trabajadores como condición para desempeñar labores de conducción en carreteras, labor que el RD 1428/2003, de 21 de noviembre, que aprueba el Reglamento General de Circulación, reserva exclusivamente a los agentes de autoridad.²¹⁴⁴ Su artículo 27 contempla la prohibición para el conductor de incorporar al organismo y conducir

²¹⁴⁴ FERNÁNDEZ (2015), p. 289.

bajo sustancias psicotrópicas²¹⁴⁵ y el artículo 28 determina cuándo los agentes de autoridad pueden exigir test de drogas a los conductores de carretera.²¹⁴⁶

Por otra parte, el RD 1428/2003 no prohíbe que el empleador requiera test de drogas a sus trabajadores conductores de medios de transporte terrestre. Es por ello que, fundado en la autonomía individual o colectiva, o bien en la obligación de seguridad, el empleador puede exigir test de drogas a trabajadores conductores de vehículos motorizados u otros medios de transporte en carreteras.²¹⁴⁷

²¹⁴⁵ “Artículo 27. Estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas.

1. No podrán circular por las vías objeto de la legislación sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial los conductores de vehículos o bicicletas que hayan ingerido o incorporado a su organismo psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas, entre las que se incluirán, en cualquier caso, los medicamentos u otras sustancias bajo cuyo efecto se altere el estado físico o mental apropiado para circular sin peligro.

2. Las infracciones a las normas de este precepto tendrán la consideración de muy graves, conforme se prevé en el artículo 65.5.a) del texto articulado.”.

²¹⁴⁶ “Artículo 28. Pruebas para la detección de sustancias estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas.

1. Las pruebas para la detección de estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas, así como las personas obligadas a su realización, se ajustarán a lo dispuesto en los párrafos siguientes:

a) Las pruebas consistirán normalmente en el reconocimiento médico de la persona obligada y en los análisis clínicos que el médico forense u otro titular experimentado, o personal facultativo del centro sanitario o instituto médico al que sea trasladada aquella, estimen más adecuados.

A petición del interesado o por orden de la autoridad judicial, se podrán repetir las pruebas a efectos de contraste, que podrán consistir en análisis de sangre, orina u otros análogos (artículo 12.2, párrafo segundo, *in fine*, del texto articulado).

b) Toda persona que se encuentre en una situación análoga a cualquiera de las enumeradas en el artículo 21, respecto a la investigación de la alcoholemia, queda obligada a someterse a las pruebas señaladas en el párrafo anterior. En los casos de negativa a efectuar dichas pruebas, el agente podrá proceder a la inmediata inmovilización del vehículo en la forma prevista en el artículo 25.

c) El agente de la autoridad encargado de la vigilancia del tráfico que advierta síntomas evidentes o manifestaciones que razonablemente denoten la presencia de cualquiera de las sustancias aludidas en el organismo de las personas a que se refiere el artículo anterior se ajustará a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a cuanto ordene, en su caso, la autoridad judicial, y deberá ajustar su actuación, en cuanto sea posible, a lo dispuesto en este reglamento para las pruebas para la detección alcohólica.

d) La autoridad competente determinará los programas para llevar a efecto los controles preventivos para la comprobación de estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas en el organismo de cualquier conductor.

2. Las infracciones a este precepto relativas a la conducción bajo los efectos de estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas, así como la infracción de la obligación de someterse a las pruebas para su detección, tendrán la consideración de infracciones muy graves, conforme se prevé en el artículo 65.5.a) y b) del texto articulado”.

²¹⁴⁷ FERNÁNDEZ (2015), pp. 295-296.

1.2.1.3. *Test de drogas aplicables a trabajadores de instalaciones nucleares y radioactivas*

La regulación contenida en el RD 1308/2011, de 26 de septiembre, regula los test de drogas para trabajadores de instalaciones nucleares y radioactivas, que es una actividad sensiblemente peligrosa para la seguridad. Su disposición final segunda añade un apartado 4 al Reglamento sobre instalaciones nucleares y radiactivas, aprobado por el Real Decreto 1836/1999, de 3 de diciembre, que regula en términos amplios la posibilidad de test de drogas: “El titular de las instalaciones nucleares o radiactivas o de las actividades relacionadas con radiaciones ionizantes será responsable de su seguridad. Para ello, las organizaciones responsables de la gestión de las citadas instalaciones o actividades deberán disponer de los recursos humanos y/o materiales adecuados para mantener las condiciones de seguridad de las mismas y, en este sentido, exigirán que todo el personal que preste servicios en tales instalaciones nucleares y radiactivas, cuyas funciones estén relacionadas con la seguridad nuclear, la protección radiológica o la protección física, o cuya actividad pueda tener alguna interferencia en el funcionamiento de la instalación, reúna las condiciones de idoneidad física y psicológica preceptivas para salvaguardar la seguridad nuclear y radiológica.

A estos efectos, dicho personal, cualquiera que sea la vinculación jurídica que mantenga con la instalación, podrá ser sometido a controles y análisis preventivos para detectar el consumo de sustancias tóxicas o estupefacientes, mediante la realización de las pruebas determinadas bajo la dirección de personal profesionalmente acreditado. Las pruebas se realizarán siguiendo criterios de proporcionalidad en relación con el objeto de las mismas, con el mínimo riesgo y la máxima indemnidad posibles para la salud del afectado y derecho a la información previa sobre las pruebas a realizar y a conocer el resultado de las mismas y, en todo caso, con pleno respeto a su dignidad, intimidad e integridad.

De las medidas que se adopten, se dará oportuna comunicación, para su conocimiento, a los representantes de los trabajadores de la respectiva instalación, respetando la confidencialidad de los resultados obtenidos.

Lo previsto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de otras obligaciones empresariales derivadas de la normativa de seguridad y salud aplicables en el centro de trabajo”.

Los test de drogas quedan en una mera facultad y no en un deber del empleador, quien podrá establecerlos o no, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda soportar si no los implementa.²¹⁴⁸

1.2.1.4. *Test de drogas en el deporte profesional*

La Ley Orgánica 11/2021, de 28 de diciembre, de Lucha contra el Dopaje en el Deporte, regula detalladamente los test de drogas que pueden solicitarse al deportista profesional, la oportunidad y la agencia competente. No se permite el uso de sustancias y métodos prohibidos en los deportistas a que se refiere la Ley Orgánica 11/2021 (artículo 1).

Las actividades que comprenden los controles de dopaje están precisadas, y se señala que “a los efectos de esta ley, se consideran controles de dopaje todos los procesos y fases, desde la planificación de la distribución de los controles hasta la resolución definitiva de los recursos, si los hubiere, y la imposición de las sanciones, incluidos, a título meramente enunciativo, todos los procesos y fases intermedios, entre ellos, los controles, las investigaciones relativas a las localizaciones, las autorizaciones de uso terapéutico, la recogida y gestión de las muestras, los análisis de laboratorio, la sustanciación y resolución del eventual procedimiento sancionador, los recursos y su resolución y las investigaciones o procedimientos relativos a infracciones” (art. 9).

Se precisa que los controles de dopaje pueden tener lugar durante la celebración de una competición y fuera de ella (artículo 10.1). “Los controles fuera de competición pueden realizarse por sorpresa o previa citación. En el primer supuesto, los y las deportistas y demás personas sujetas a la presente ley quedan obligados a someterse al control y, en el segundo, quedan obligados a comparecer y someterse al mismo” (artículo 10.2).

La Agencia Estatal Comisión Española para la Lucha Antidopaje en el Deporte tiene la responsabilidad de planificar, determinar y llevar a cabo, con medios propios o ajenos, los controles de dopaje. También las federaciones deportivas y las ligas profesionales podrán acordar con la Agencia Estatal Comisión Española para la Lucha Antidopaje en el Deporte la realización

²¹⁴⁸ FERNÁNDEZ (2015), p. 296.

de controles de dopaje adicionales que se estimen convenientes, con cargo a sus propios presupuestos (artículo 13).

La Ley Orgánica 11/2021 regula en detalle el personal competente para llevar a cabo los controles de dopaje, el procedimiento y las garantías, y la gestión de la información resultante de los controles de dopaje.

1.2.2. *Test de drogas previstos indirectamente en la ley*

Existen diversas leyes que no regulan expresamente los test de drogas; sin embargo, contemplan prohibiciones vinculadas a sustancias ilícitas, por lo tanto, admiten de manera implícita los test de drogas, pues constituyen uno de los mecanismos de control para verificar el cumplimiento de dichas prohibiciones.

Estas prohibiciones existen en los trabajos que requieren alto nivel de concentración y estándares de seguridad, a fin de no poner en peligro la vida o salud del propio trabajador o de terceros. Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, califica como falta grave “la introducción y tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en instalaciones militares o campamentos, o durante ejercicios u operaciones” (artículo 7.19) y “consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en instalaciones militares, buques, aeronaves o campamentos, durante ejercicios u operaciones o, fuera de ellos, vistiendo uniforme o cuando afecte a la imagen de las Fuerzas Armadas (artículo 7.27); y como faltas muy graves “consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas durante el desempeño del servicio o de forma reiterada fuera de él” (artículo 8.8) y “la negativa injustificada a someterse a reconocimiento médico, prueba de detección del consumo de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o similares, legítimamente ordenada por la autoridad competente, y realizada por personal autorizado, a fin de constatar la capacidad psicofísica para prestar servicio” (artículo 8.9).

De forma similar, la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, tipifica como falta muy grave “la negativa injustificada a someterse a reconocimiento médico, [...] detección del consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias similares, legítimamente ordenada por la autoridad competente, a fin de constatar la capacidad psicofísica para prestar servicio” (artículo 7.24). En el mismo sentido la Ley Orgánica

4/2010, de 20 de mayo, del Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, tipifica como faltas muy graves “consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas durante el servicio o realizarlo en estado de embriaguez o bajo los efectos manifiestos de los productos citados” [artículo 7, l)] y “la negativa injustificada a someterse a reconocimiento médico, [...] detección de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, legítimamente ordenadas, a fin de constatar la capacidad psicofísica para prestar servicio” [art. 7, m)]. En términos similares, tipifica como faltas graves “consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas fuera del servicio, cuando tales circunstancias tengan carácter habitual o afecten a la imagen del Cuerpo Nacional de Policía. Se entenderá que existe habitualidad cuando estuvieren acreditados tres o más episodios de [...] consumo de las sustancias referidas en un período de un año” [artículo 8, p)], y “la tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, excepto que esa tenencia se derive de actuaciones propias del servicio” [artículo 8, q)].

1.3. Situación en Estados Unidos

El gobierno federal ha tomado importantes iniciativas en su lucha contra el uso y abuso de drogas en el lugar de trabajo a través de diversos esfuerzos legislativos y regulatorios. En relación con los test de drogas, el gobierno federal ha colocado el énfasis en puestos de trabajo sensibles para la seguridad, dentro de industrias que requieren altos niveles de seguridad (por ejemplo, transporte, defensa nacional y energía nuclear).²¹⁴⁹

A continuación, un resumen de las principales leyes y regulaciones que permiten o requieren test de drogas en el trabajo en Estados Unidos.

1.3.1. *La Drug-Free Workplace Act 1988*

Corresponde destacar los siguientes aspectos de esta ley.

²¹⁴⁹ Véase: 10 C.F.R. § 26.21-26.419 (2008); 48 C.F.R. § 252.223-7500 (1988); 49 C.F.R. § Part 40 (2000).

1.3.1.1. *Aplicación*

La Drug-Free Workplace Act (DFWA) entró en vigencia el 18 de marzo de 1989 y se aplica a las siguientes empresas: (a) contratistas federales con contratos de \$25.000 o más en ingresos de parte del gobierno federal, y (b) cualquier beneficiario de recursos federales, independientemente del monto de los beneficios federales recibidos.²¹⁵⁰ La Guía Interna de la Office of Management and Budget para la implementación de la DFWA confirma que los subcontratistas federales y beneficiarios indirectos de subsidios federales no están sujetos a la DFWA²¹⁵¹.

1.3.1.2. *Certificación de requisitos*

La DFWA exige a los empleadores a quienes se aplica que certifiquen ante la agencia federal contratante o que otorga subsidios que proporcionarán un lugar libre de drogas al:

“(A) Publicar una declaración que notifique a los trabajadores que está prohibida la fabricación, distribución, dispensación, posesión o uso de una sustancia controlada a las personas en el lugar de trabajo, especificando las acciones que se tomarán contra los trabajadores por la violación de dicha prohibición.

(B) Establecer un programa de concientización libre de drogas para informar a los trabajadores sobre: (i) los peligros del abuso de drogas en el lugar de trabajo; (ii) la política del empleador de mantener el lugar de trabajo libre de drogas; (iii) cualquier programa disponible de asesoramiento sobre drogas, rehabilitación y asistencia al trabajador; (iv) las sanciones que pueden imponerse a los trabajadores por la infracción del abuso de drogas.

(C) Exigir que cada trabajador que participe en la ejecución del contrato o subvención federal reciba una copia de la declaración.

(D) Notificar en la declaración [...] que como condición del empleo bajo dicho contrato o subvención el trabajador: (i) cumplirá con los términos de la declaración, y (ii) notificará al

²¹⁵⁰ 41 U.S.C. §§ 701-707.

²¹⁵¹ Governmental Implementation of the Drug-Free Workplace Act 1988, 54 Fed. Reg. 4946 (1989); 55 Fed. Reg. 21679 (1990).

empleador de cualquier condena penal por delito por drogas que ocurra en el lugar de trabajo, a más tardar cinco días después de dicha condena.

(E) Informar a la agencia contratante u otorgante dentro de los diez días después de recibida la notificación de una condena por drogas en el lugar de trabajo de parte de un trabajador u otra forma de comunicación real de dicha condena.

(F) Imponer una sanción o exigir la participación satisfactoria en un programa de asistencia o rehabilitación por abuso de drogas a cualquier trabajador que es condenado, dentro de los treinta días posteriores a la recepción por parte del empleador de la notificación de dicha condena, y

(G) Hacer un esfuerzo de buena fe para continuar manteniendo un lugar de trabajo libre de drogas a través del cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley”.²¹⁵²

Como se puede observar, la DFWA se aplica a los trabajadores de los empleadores cubiertos que ejecutan tanto labores sensibles como no sensibles para la seguridad. Si un empleador contratista no cumple las exigencias de la DFWA, el gobierno federal puede suspender el pago del contrato, terminar el contrato e, inclusive, excluir al contratista de trabajar para el gobierno federal por un período de hasta cinco años.²¹⁵³

La doctrina norteamericana ha criticado la DFWA por su limitado impacto para impedir o desalentar el abuso o el consumo de drogas en el lugar de trabajo,²¹⁵⁴ teniendo en cuenta que no exige a los empleadores a quienes se aplica que sometan a sus trabajadores a test de drogas, ni requiere el examen o revisión de trabajadores sobre los que se tiene sospecha de que abusan o están bajo la influencia de las drogas, ni prohíbe el alcohol en el lugar de trabajo, ni exige al empleador el establecimiento de un programa de rehabilitación para trabajadores drogodependientes.²¹⁵⁵ Inclusive, la DFWA no exige al empleador imponer una sanción a trabajadores que infringen la normativa sobre drogas, salvo a aquellos que han sido condenados

²¹⁵² Drug-Free Workplace Act 1988, 41 U.S.C. § 701(a)(1)(A)-(a)(1)(G).

²¹⁵³ 41 U.S.C. §§ 701(b) (1988); 41 U.S.C. § 702(b).

²¹⁵⁴ OLSEN (1991), p. 227.

²¹⁵⁵ U.S.C. §§ 701 *et seq.* En el mismo sentido la jurisprudencia: *Parker v. Atlanta Gas Light Co.*, 818 F. Supp. 345, 346-348, 8 I.E.R. Cas. (BNA) 721 (S.D. Ga. 1993); *Harris v. Aerospace Testing Alliance*, 2008 WL 111979, *4 (E.D. Tenn. 2008), y la doctrina: OLSEN (1991), p. 227; HEBERT (2023), p. 3-256.

por cometer delitos en el lugar de trabajo vinculados a las drogas.²¹⁵⁶ Probablemente, lo más cuestionable es que la DFWA no prohíbe de manera expresa concurrir al trabajo “bajo la influencia” de las drogas; de esta forma, un trabajador podría eludir su normativa consumiendo drogas previo al comienzo del trabajo o durante el horario de alimentación.²¹⁵⁷

1.3.2. *Interim Drug-Free Workforce Rule del Departamento de Defensa*

Corresponde destacar lo siguiente de la Interim Drug-Free Workplace Rule.

1.3.2.1. *Aplicación*

La Interim Drug-Free Workplace Rule del Departamento de Defensa (“Regla”) se aplica solamente a los contratistas del Departamento de Defensa. Existen dos categorías de contratos de defensa sujetos a los requisitos de la Regla: (a) todos los contratos que impliquen el acceso a información clasificada; (b) cualquier otro contrato en virtud del cual el funcionario público contratante determine que la inclusión de una cláusula de fuerza laboral libre de drogas es necesaria por razones de seguridad nacional, o de protección de la salud o seguridad de quienes usan o se ven afectados por el producto o la ejecución del contrato, excepto los productos comerciales o para fines comerciales.²¹⁵⁸

1.3.2.2. *Requisitos de la cláusula contractual*

Cada contrato con el Departamento de Defensa sujeto a los requisitos de la Regla debe contener una cláusula en virtud de la cual el contratista se obliga a establecer un programa de lugar de trabajo libre de drogas.²¹⁵⁹

Este programa debe prever: (1) programas de asistencia al empleado que promuevan un alto nivel de dirección, educación, asesoramiento, rehabilitación y coordinación con los recursos comunitarios disponibles; (2) capacitación de la supervisión para identificar y abordar el uso de drogas ilegales por parte de los trabajadores del contratista; (3) información a la supervisión para

²¹⁵⁶ 54 Fed. Reg. 4949.

²¹⁵⁷ OLSEN (1991), p. 227.

²¹⁵⁸ 48 C.F.R. § 223.7504(a)-(b).

²¹⁵⁹ 48 C.F.R. § 252.223-7500(e).

el tratamiento por abuso de sustancias de trabajadores a su cargo; (4) los medios para identificar a los consumidores de drogas ilegales, incluyendo los test de drogas.²¹⁶⁰

1.3.2.3. *Requisitos de los test de drogas*

Los programas de test de drogas bajo las regulaciones del Departamento de Defensa son obligatorios para los trabajadores que laboran en áreas sensibles para la seguridad. Aunque la Regla no establece específicamente qué test aleatorios se requieren, las “Preguntas y Respuestas” publicadas por el Departamento de Defensa indican que los trabajadores en áreas sensibles para la seguridad deben ser testeados al azar.²¹⁶¹ El alcance y los criterios de los test aleatorios son responsabilidad del contratista. La Regla también autoriza, pero no exige test de drogas cuando existe una sospecha razonable de que el trabajador ha consumido drogas, cuando el trabajador se ha visto involucrado en un accidente o en una práctica insegura, como parte del programa de asesoramiento y rehabilitación o de forma voluntaria.²¹⁶²

Los contratistas deben adoptar los procedimientos de personal adecuados para tratar con los trabajadores que dan positivo en los test de drogas.²¹⁶³ En general, cuando se descubre que ha consumido drogas ilegales en el trabajo, ningún trabajador puede permanecer en servicio o continuar realizando su labor hasta que el contratista determine que está apto para volver al trabajo.²¹⁶⁴

1.3.3. *Regulaciones de test de drogas del Departamento de Transporte*

1.3.3.1. *Generalidades*

El Departamento de Transporte emitió una regla a partir del 21 de diciembre de 1988, estableciendo que los empleadores lleven a cabo los programas antidrogas regulados por la Administración Federal de Aviación, la Administración Federal de Carreteras, la Administración Federal de Ferrocarriles, la Guardia Costera de los Estados Unidos, la Administración de

²¹⁶⁰ 48 C.F.R. § 252.223-7500(c)(1)-(c)(4).

²¹⁶¹ 48 C.F.R. § 252.223-7500 (c)(4)(i).

²¹⁶² 48 C.F.R. § 252.223-7500 (c)(4)(ii)(A)-(D).

²¹⁶³ 48 C.F.R. § 252.223-7500(d).

²¹⁶⁴ 48 C.F.R. § 252.223-7500(d).

Transporte Masivo Urbano y la Administración de Programas Especiales e Investigación. Bajo estas reglas, se requiere que los empleadores públicos y privados en la industria del transporte testeen a sus trabajadores que ocupan puestos de trabajo sensibles para la seguridad por ciertas sustancias controladas.²¹⁶⁵

1.3.3.2. *Requerimientos de test de drogas*

Los trabajadores a quienes se aplican estas regulaciones estarán sujetos a test de drogas aleatorios, así como a test en postulaciones de trabajo previo al empleo, con ocasión de exámenes físicos de rutina, por sospecha razonable de drogas y después de un accidente.²¹⁶⁶ Los test verificarán la presencia de sustancias controladas incluyendo marihuana, cocaína, opio, anfetaminas y PCP.²¹⁶⁷ Los trabajadores que dan positivo en los test de drogas deben ser separados de sus funciones y solamente pueden reincorporarse después de dar negativo en un test y con la autorización de un médico oficial.²¹⁶⁸ Antes de los test, los empleadores deben desarrollar, implementar y mantener procedimientos claros y bien documentados para la recolección, seguridad y análisis de laboratorio de muestras de orina o saliva.²¹⁶⁹

1.3.3.3. *Procedimientos para los test de drogas*

El Departamento de Transporte ha establecido procedimientos para los test de drogas que deben aplicar los empleadores de las industrias del transporte, los cuales están basados, pero con ciertas modificaciones, en los requisitos de la regulación del Department of Health & Human Services (DHHS) titulada *Mandatory Guidelines for Federal Workplace Drug Testing Programs*.²¹⁷⁰

Las guías de la DHHS incluyen procedimientos para la recolección de muestras de orina y de saliva para los test de drogas; para el envío de las muestras a los laboratorios; para analizar y evaluar los resultados de los test; para determinar las medidas de control de calidad aplicables a los laboratorios; para establecer el mantenimiento de registros y requisitos de informes, normas

²¹⁶⁵ 49 C.F.R. § 40.21(a).

²¹⁶⁶ 49 C.F.R. § 401 *et seq.*

²¹⁶⁷ 49 C.F.R. § 40, App. A Section 3.4.

²¹⁶⁸ 49 C.F.R. § 26.27(b).

²¹⁶⁹ 49 C.F.R. § 40.23.

²¹⁷⁰ 82 Fed. Reg. 7920-7970 (2017), contiene la guía para test de drogas a partir de muestra de orina; 84 Fed. Reg. 57554-57600 (2019), contiene la guía para test de drogas a partir de fluido oral.

y procedimientos para la certificación por el DHHS de los laboratorios de test de drogas. La intención de las guías es salvaguardar la precisión e integridad de los resultados de los test y asegurar la privacidad de las personas que se someten a ellos.²¹⁷¹

1.3.4. *Regla de aptitud del servicio de la Comisión Reguladora Nuclear*

1.3.4.1. *Aplicación*

La Comisión Reguladora Nuclear, agencia del Departamento de Energía, lanzó una regulación final el 7 de junio de 1989 que exige a todos los empleadores del sector privado que están certificados por la Comisión Reguladora Nuclear para construir u operar reactores de energía nuclear, implementar un programa de aptitud para el servicio que incluya test de alcohol y drogas para los trabajadores.²¹⁷² El programa se aplica a cualquier persona que está autorizada para acceder a “áreas protegidas” dentro de la planta de energía nuclear, incluyendo contratistas y proveedores que prestan servicios dentro de las áreas protegidas.²¹⁷³

1.3.4.2. *Test de drogas*

A diferencia de las regulaciones de defensa y de transporte, que exigen test solamente para ciertas drogas ilegales, la normativa de la Comisión Reguladora Nuclear requiere a los titulares de licencias realizar test por drogas y alcohol.²¹⁷⁴ Los titulares de licencias deben realizar test por marihuana, cocaína, opio, anfetaminas, PCP y alcohol, previo al empleo o acceso a “áreas protegidas”, por causa razonable, aleatoriamente y sin previo aviso como seguimiento a la reincorporación al trabajo.²¹⁷⁵ Los empleadores pueden realizar test por cualquier sustancia controlada durante un test por causa razonable.²¹⁷⁶ La exigencia de test aleatorio es por lejos la más completa de todas las regulaciones de la Comisión Reguladora Nuclear: los test aleatorios deben aplicarse a un porcentaje igual a por lo menos el 100% de la fuerza laboral y deben ser administrados en una frecuencia nominal semanal, en varios momentos del día, para mejorar el

²¹⁷¹ 82 Fed. Reg. 7920 (2017); 84 Fed. Reg. 57554 (2019).

²¹⁷² 10 C.F.R. § 26.2(a).

²¹⁷³ 10 C.F.R. § 26.2(a).

²¹⁷⁴ 10 C.F.R. § 26.20(a).

²¹⁷⁵ 10 C.F.R. § 26.24.

²¹⁷⁶ 10 C.F.R. § 26.24(a)(3).

descubrimiento del consumo de alcohol y drogas durante la hora de almuerzo.²¹⁷⁷ Los trabajadores que dan positivo en los test de drogas deben ser removidos del lugar de trabajo por al menos catorce días y enviados a un programa de asistencia del empleador.²¹⁷⁸ A los trabajadores a quienes se les niega el acceso por cualquier test confirmado positivo, se les debe negar el acceso a las instalaciones por un mínimo de tres años.²¹⁷⁹ Cualquier persona involucrada en la venta, uso o posesión de drogas ilícitas mientras se encuentra en un área protegida debe ser removida por un mínimo de cinco años.²¹⁸⁰

Los test deben ajustarse a las “Pautas para los Programas de Alcohol y Drogas en Plantas de Energía Nuclear” emitidas por la Comisión Reguladora Nuclear, que esencialmente siguen las pautas de la DHHS, con estándares menores en el control de calidad para garantizar aún más la integridad y precisión de los resultados de los test de drogas.²¹⁸¹

1.3.5. *Legislación estatal y local sobre test de drogas en empresas del sector privado*

La mayoría de los estados han promulgado leyes integrales que regulan los test de drogas en las empresas del sector privado. Entre ellos se encuentran, a modo de ejemplo, Connecticut, Florida, Iowa, Louisiana, Maine, Maryland, Minnesota, Montana, Nebraska, Oregon, Rhode Island, Utah y Vermont.²¹⁸²

Cada una de estas leyes restringe, en cierto grado, la forma en la cual los test de drogas pueden ser aplicados por los empleadores del sector privado.²¹⁸³ La mayoría de estas leyes exigen una causa razonable o sospecha de que un trabajador está consumiendo drogas antes de exigirle un test de drogas. Generalmente, los test previos al empleo o los test periódicos durante los exámenes físicos están permitidos; los test aleatorios generalmente están prohibidos a menos que el trabajador testeado ocupe un puesto de trabajo sensible para la seguridad o esté

²¹⁷⁷ 10 C.F.R. § 26.24(a)(2).

²¹⁷⁸ 10 C.F.R. § 26.27(b)(2).

²¹⁷⁹ 10 C.F.R. § 26.27(b)(2).

²¹⁸⁰ 10 C.F.R. § 26.27(b)(3).

²¹⁸¹ 54 Fed. Reg. 24484 (1989).

²¹⁸² OLSEN (1991), pp. 231-233.

²¹⁸³ OLSEN (1991), p. 232.

reincorporándose a sus labores en conformidad con un programa de rehabilitación o asistencia por drogas, o bien la legislación federal requiera test aleatorios.²¹⁸⁴

Además de imponer restricciones sobre los tipos de test de drogas que los empleadores pueden aplicar a los trabajadores, la mayoría de los estatutos estatales y locales requieren observar una serie de garantías procedimentales para proteger la integridad de la muestra de orina y la privacidad de la persona. Tales garantías incluyen el uso de laboratorios debidamente certificados, test de confirmación, procedimientos de cadena de custodia, estricta confidencialidad de los resultados de los test de drogas, notificación escrita a los postulantes a ofertas de trabajo y trabajadores, programas de asistencia al empleado y procedimientos para garantizar la privacidad en la recolección de las muestras.²¹⁸⁵

Sin embargo, aunque varios de los estatutos estatales y locales comparten muchas características comunes, sigue existiendo una gran disparidad de criterios con respecto a los requisitos específicos de cada ley.²¹⁸⁶ Por ejemplo, las leyes de Maryland y Oregon no establecen cuántos test confirmatorios se requieren después de un test positivo inicial;²¹⁸⁷ en cambio, Connecticut y Montana exigen dos test confirmatorios,²¹⁸⁸ y otros estados exigen solamente un test confirmatorio.²¹⁸⁹

Como consecuencia de la disparidad regulatoria, existe una incertidumbre considerable entre los empleadores en cuanto a los parámetros de un programa lícito de test de drogas. Mayor confusión resulta del hecho de que algunos estados todavía no tienen ninguna ley que regule específicamente los test de drogas en el sector privado. Muchos de estos estados tienen también leyes de empleo justo y otras leyes comunes con diferentes estándares que regulan el derecho del empleador de exigir test de drogas. En consecuencia, los empleadores multiestatales deben realizar una exhaustiva investigación estado por estado sobre los requisitos específicos que cada uno exige para los test de drogas antes de implementar un programa de abuso de drogas, y es

²¹⁸⁴ Por ejemplo, véase CONN. GEN. STAT. ANN. § 31-51x.

²¹⁸⁵ OLSEN (1991), pp. 272-274.

²¹⁸⁶ OLSEN (1991), pp. 272-274.

²¹⁸⁷ MD. HEALTH-GEN. CODE ANN. § HG17-214.1; OR. REV. STAT. § 659.225.

²¹⁸⁸ CONN. GEN. STAT. ANN. § 31-51x; MONT. CODE ANN. § 39-2-304.

²¹⁸⁹ OLSEN (1991), p. 233.

posible que deban adoptar diferentes políticas en cada estado en el cual están ubicadas sus instalaciones.²¹⁹⁰

Para brindar uniformidad en la regulación de test de sustancias ilegales en todo el país, algunos senadores han propuesto proyectos de ley en el Congreso con el propósito de establecer estándares federales mínimos para los test de drogas en el lugar de trabajo en el sector privado.²¹⁹¹ La propuesta normativa federal proporcionaría uniformidad y consistencia en los estándares de test de drogas y prevendría conflictos entre leyes federales, leyes estatales y locales.²¹⁹² La nueva normativa proveería un conjunto de protecciones procedimentales en los programas privados de test de drogas, tales como estándares en conformidad con los cuales los test pueden ser administrados, procedimientos para test, confidencialidad de los resultados de los test y una variedad de otras protecciones que se encuentran en muchos de los estatutos actualmente en vigencia.²¹⁹³

Una posible legislación federal para el sector privado podría lograr un equilibrio entre quienes abogan por los test de drogas como herramienta para ganar la guerra contra las drogas y aquellos que se oponen debido a su invasión de la privacidad personal.²¹⁹⁴ También los empleadores reacios a establecer un programa para el abuso de drogas debido a los riesgos legales e inconsistencias entre las leyes federales, estatales y locales podrían verse alentados a adoptar un programa una vez que se establezcan estándares federales uniformes.²¹⁹⁵

2. La negociación colectiva como fundamento y límite de los test de drogas en el empleo

La legislación doméstica de cada país otorga distintas funciones a la negociación colectiva en relación con los test de drogas en el trabajo y no hay uniformidad interpretativa de la normativa en la doctrina y jurisprudencia, especialmente en España, sobre el alcance de la función de la autonomía colectiva. Existe coincidencia en las distintas legislaciones respecto de que la negociación colectiva puede mejorar la normativa estatal sobre test de drogas en beneficio del

²¹⁹⁰ OLSEN (1991), p. 233.

²¹⁹¹ OLSEN (1991), p. 233.

²¹⁹² OLSEN (1991), p. 234.

²¹⁹³ OLSEN (1991), p. 234.

²¹⁹⁴ OLSEN (1991), p. 234.

²¹⁹⁵ OLSEN (1991), p. 234.

trabajador; en cambio, la opinión difiere sobre si puede establecer o no test de drogas para fines, oportunidades y respecto trabajadores que no contempla la legislación, esto es, en situaciones no reguladas por la normativa estatal. Las legislaciones del *common law* generalmente admiten que la negociación colectiva puede establecer test de drogas en supuestos distintos a los que contempla la legislación, algo que, por el contrario, la doctrina y jurisprudencia española discute.

2.1. La negociación colectiva como fundamento inmediato y límite de los test de drogas en Australia

En Australia el contenido del instrumento colectivo (Enterprise Agreement) está regulado en la Ley de Trabajo Justo (Fair Work Act),²¹⁹⁶ que distingue entre contenido permitido, contenido obligatorio y contenido prohibido del instrumento colectivo. Analizada esta regulación, es posible afirmar que los test de drogas no forman parte de las materias prohibidas ni obligatorias, pero sí se incluyen en las materias permitidas, ya que la sección 172(1)(a) de la Fair Work Act comprende dentro de estas “asuntos vinculados a la relación entre el empleador, que estará cubierto por el convenio, y los trabajadores de ese empleador, que estarán cubiertos por el convenio”. De esta forma, en el instrumento colectivo se pueden regular diversos aspectos de los test de drogas, como podría ser la oportunidad en que es obligatorio para los trabajadores someterse a test de drogas,²¹⁹⁷ el tipo de muestra a utilizar y la forma de elaborar el procedimiento de drogas.²¹⁹⁸

En consecuencia, en Australia el instrumento colectivo puede constituir el fundamento de un test de drogas, si se establece de forma obligatoria en supuestos distintos a los que la ley contempla; asimismo, podría detallar límites en su aplicación.

²¹⁹⁶ Fair Work Act 2009 (Cth), s. 172.

²¹⁹⁷ DOUGLAS (2008), p. 47.

²¹⁹⁸ CASOLIN (2016), p. 479: “Hasta la fecha, la orina ha sido usada como la única muestra para todos los test de drogas; sin embargo, a solicitud de los sindicatos durante las negociaciones del instrumento colectivo de 2014, se incorporó un requerimiento para utilizar el fluido oral en test en el acuerdo colectivo de trenes de Sydney de 2014 y en el acuerdo colectivo de trenes de New South Wales de 2014, ratificado por la Fair Work Commission. Las cláusulas disponen que ambas partes están de acuerdo en establecer y monitorear el uso de fluido oral en test como parte del régimen de testeo del empleador, y que este procedimiento debería ser desarrollado mediante un proceso consultivo que incluye la representación de los trabajadores, los sindicatos y el empleador”.

2.2. El papel de la negociación colectiva sobre los test de drogas en España

Se discute en la doctrina y en la jurisprudencia si la negociación colectiva puede hacer obligatorios los reconocimientos médicos, entre ellos, los test de drogas, en situaciones y con fines diferentes a los contemplados en la legislación. Al respecto hay dos posiciones.

Una posición afirma que, teniendo en cuenta que los derechos fundamentales del trabajador pueden ser afectados y que el artículo 22 de la LPRL contempla los supuestos en que los reconocimientos médicos son obligatorios, la negociación colectiva no puede establecer como obligatorios reconocimientos médicos que no lo son *ex lege*, debido a que la función de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales es mejorar y desarrollar la regulación estatal sobre esta materia.²¹⁹⁹ Por lo tanto, conforme a esta posición, el convenio colectivo no podría estipular reconocimientos médicos, tales como test de drogas obligatorios, en oportunidades, con fines y respecto de trabajadores no admitidos por la legislación, puesto que su función solamente es “determinar, concretar o precisar los reconocimientos médicos legales en sentido amplio (supuestos excepcionales del artículo 22 de la LPRL o los fijados en ley o reglamento)”.²²⁰⁰ La jurisprudencia del TC parece pronunciarse en ese mismo sentido.²²⁰¹

Por el contrario, otra posición admite que la negociación colectiva pueda regular reconocimientos médicos obligatorios en supuestos distintos a los establecidos en la ley, porque forma parte de su contenido permitido.²²⁰² Ciertamente el sector de la jurisprudencia lo confirma, entre la cual se destaca la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2006 que, apartándose de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, si bien reconoce que la regla general es la voluntariedad de los reconocimientos médicos, las reglas excepcionales de obligatoriedad del artículo 22 de la LPRL están redactadas de forma tan amplia que, en la práctica, “anulan el requisito legal de que el trabajador preste su consentimiento. La excepción se convierte en regla general, siempre que la medida no se acuerde de forma fraudulenta y se respete la dignidad y

²¹⁹⁹ MARTÍNEZ (2002), p. 45; MELÉNDEZ (2004), p. 85; PEDROSA (2005), p. 114; FERNÁNDEZ-COSTALES (2009), p. 57; MORENO (2010), p. 67; ALAMEDA (2013), p. 293; FERNÁNDEZ-COSTALES (2021), pp. 62-63.

²²⁰⁰ ALAMEDA (2013), p. 293. En el mismo sentido: MARTÍNEZ (2002), p. 45; PEDROSA (2005), p. 114; FERNÁNDEZ-COSTALES (2009), p. 57; MORENO (2010), p. 67; FERNÁNDEZ-COSTALES (2021), pp. 63-64.

²²⁰¹ STC 196/2004, 15 de noviembre.

²²⁰² SALA Y ARNAU (1996), p. 101; FERNÁNDEZ (1997), p. 235; LÓPEZ (2010), p. 120.

confidencialidad de la salud”, y ello es así cuando “la medida es asumida por los representantes de los trabajadores a nivel de convenio colectivo y cuando tenga por objeto vigilar el estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes al trabajo”.²²⁰³ El artículo 22 de la LPRL admite los reconocimientos médicos obligatorios cuando así se establezca en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad, reconociendo que el convenio colectivo es apto para imponer obligatoriamente la vigilancia a la salud “toda vez que la última excepción en su referencia a disposición legal debe incluir también las cláusulas convencionales”²²⁰⁴ que consagran reconocimientos médicos para los fines que admite la LPRL.

Diversos convenios colectivos contemplan test de drogas para detectar el consumo de drogas en trabajadores que ejecutan labores riesgosas para su propia vida y salud, para la seguridad de compañeros de trabajo y del público en general, tales como conductores, personal de seguridad privada, o bien como parte del programa de rehabilitación dispuesto por el empleador.²²⁰⁵

2.3. La negociación colectiva en Estados Unidos como fundamento y límite de los test de drogas respecto de trabajadores sindicalizados

Corresponde distinguir entre la regulación proporcionada por la National Labor Relations Act, que se aplica a todos los empleadores del sector privado, la Railway Labor Act, aplicable a los empleadores de la industrial del ferrocarril, y la jurisprudencia arbitral.

2.3.1. *La National Labor Relations Act*

La sección 8(d) de la National Labor Relations Act (NLRA)²²⁰⁶ exige a los sindicatos y empleadores negociar sobre “remuneraciones, horas de trabajo, y otros términos y condiciones del empleo [...]”.²²⁰⁷ El incumplimiento de negociar colectivamente sobre materias obligatorias constituye una violación de la sección 8(a)(5) de la NLRA.²²⁰⁸ La sección 8(a)(1) califica de

²²⁰³ STS, 28 de diciembre de 2006, RJ 2006, 1503.

²²⁰⁴ TUDELA Y VALDEOLIVAS (2009), p. 315.

²²⁰⁵ TUDELA Y VALDEOLIVAS (2009), pp. 297-298.

²²⁰⁶ 29 U.S.C. §§ 151-169.

²²⁰⁷ NLRA § 8(d), 29 U.S.C. § 158(d).

²²⁰⁸ 29 U.S.C. § 158(a)(5).

práctica laboral desleal “interferir, restringir o coaccionar trabajadores [...]”.²²⁰⁹ Consideradas conjuntamente ambas normas, un empleador viola las secciones 8(a)(5) y 8(a)(1) si se realiza un cambio material en las condiciones de empleo sin consultar con los representantes de negociación de los trabajadores y sin proporcionar una significativa oportunidad de negociar colectivamente.²²¹⁰ En consecuencia, un empleador del sector privado que unilateralmente implementa un programa de test de drogas o alcohol para trabajadores sindicalizados podría cometer una práctica laboral desleal que viole las secciones 8(a)(5) y (1) de la NLRA.²²¹¹

Ante la ausencia de regulación estatal, la negociación colectiva proporciona el foro adecuado para establecer políticas de test de drogas aplicables a trabajadores sindicalizados por dos razones. Primero, otorga a las partes negociar colectivamente sus propios derechos. Segundo, elimina ciertos problemas legales y constitucionales que podrían surgir si la política se implementa a través de la autonomía individual o el poder de dirección del empleador.²²¹²

2.3.1.1. *Los postulantes a ofertas de trabajo podrían no estar sujetos a las cláusulas del instrumento colectivo sobre test de drogas*

En el año 1989, la National Labor Relations Board (NLRB) resolvió que los empleadores deben negociar colectivamente previo al establecimiento de programas de test de alcohol y drogas para los trabajadores actualmente sindicalizados, pero que dicha negociación no se exige antes de aplicar test de drogas a los postulantes a posiciones de trabajo, porque no son trabajadores en ese momento.²²¹³ En *Minneapolis Star Tribune*, el empleador implementó un programa para testear sustancias ilegales sin negociar con el sindicato de los trabajadores.²²¹⁴ Luego que se desestimó una oferta de empleo a un postulante porque se negó a someterse al test de drogas, se presentó una demanda de práctica laboral desleal.²²¹⁵ La NLRB concluyó que los postulantes a empleos

²²⁰⁹ 29 U.S.C. § 158 (a)(1).

²²¹⁰ *NLRB v. Katz*, 369 U.S. 736, 742-47 (1962).

²²¹¹ OLSEN (1991), p. 262; HÉBERT (2023), p. 5-10.

²²¹² WASHUTKA (2007), p. 165.

²²¹³ *Johnson-Bateman*, 131, 295 NLRB N° 26, 1393 (1989). Para un análisis exhaustivo de la jurisprudencia estadounidense respecto de cuándo y qué sobre los test de drogas debe regularse a través del convenio colectivo, véase: ZEESE (2023), pp. 803-856.

²²¹⁴ *Star Tribune*, 295, NLRB N° 63,1570, (1989).

²²¹⁵ *Star Tribune*, 295, NLRB N° 63, 1570, (1989).

no son “trabajadores” representados por el sindicato,²²¹⁶ y que el uso de test por el empleador como parte del proceso de contratación no “afecta vitalmente” las condiciones de trabajo de los actuales trabajadores, como para ubicarlos dentro del alcance de la negociación colectiva en conformidad con la ley.²²¹⁷

2.3.1.2. *Actuales trabajadores: negociación colectiva sobre los test de drogas*

La jurisprudencia norteamericana, al interpretar la NLRA, ha establecido el deber de negociar colectivamente la implementación de test de drogas para trabajadores actuales sindicalizados en supuestos fuera de la legislación o materias no reguladas por la legislación.²²¹⁸ En *Johnson Bateman Company*,²²¹⁹ el empleador implementó un nuevo programa contra el abuso de sustancias ilegales sin consultar ni negociar con el sindicato; de este modo, cualquier trabajador que recibiera tratamiento por lesiones en el trabajo sería sometido a test de detección de sustancias ilegales.²²²⁰ En relación con los actuales trabajadores, la NLRB sostuvo que el test es una materia de negociación obligatoria porque afecta los “términos y condiciones” del empleo sujetos a negociación colectiva, en conformidad con la sección 8(d) de la NLRA.²²²¹ La NLRB también sostuvo que el sindicato no renunció a su derecho a negociar aceptando una amplia cláusula de derecho de administración empresarial o consintiendo en el test previo de los postulantes a ofertas de trabajo, sin mayor evidencia de que el sindicato pretendiera tal renuncia.²²²² La cláusula del instrumento colectivo no hacía ninguna específica referencia a “cualquier particular área temática, ni mucho menos una específica referencia a los test de alcohol y drogas”.²²²³ Por lo tanto, se determinó que la cláusula de derechos de administración no constituía “una expresa, clara, inequívoca, inconfundible renuncia por parte del sindicato a su derecho legal de negociar sobre la implementación de un requerimiento instantáneo de test de

²²¹⁶ *Star Tribune*, 295, NLRB N° 63, 1573 (1989).

²²¹⁷ *Star Tribune*, 295, NLRB N° 63, 1573 (1989).

²²¹⁸ *Johnson-Bateman*, 131, 295 NLRB N° 26 (1989); *Star Tribune*, 295, NLRB N° 63 (1989); *Federation of Oregon Parole and Probation Officers v. State Corrections Dept.*, 114 Or. App. 214, 834, P.2d 519 (1992).

²²¹⁹ 131, 295 NLRB N° 26, 1393 (1989).

²²²⁰ *Johnson-Bateman*, 131, 295 NLRB N° 26, 1395 (1989).

²²²¹ *Johnson-Bateman*, 131, 295 NLRB N° 26, 1396 (1989).

²²²² *Johnson-Bateman*, 131, 295 NLRB N° 26, 1398 (1989).

²²²³ *Johnson-Bateman*, 131, 295 NLRB N° 26, 1399 (1989).

alcohol y drogas en la compañía”.²²²⁴ Ante la ausencia de dicha renuncia, la implementación unilateral de un programa de test de alcohol y drogas constituye una práctica laboral desleal.²²²⁵

Fundado en la jurisprudencia, aparece que el empleador: (1) está obligado a negociar con el sindicato una política de test de drogas que afecta a actuales trabajadores sindicalizados previo a su implementación o modificación, a menos que exista evidencia de una clara e inequívoca renuncia del sindicato a dicha negociación; (2) no está obligado a negociar con el sindicato previo a la implementación de un programa de test de alcohol y drogas que afecta solamente a los postulantes a ofertas de trabajo, y (3) podría estar obligado en ciertas circunstancias a proporcionar al sindicato, bajo requerimiento, información relacionada con la política de drogas para postulantes, por ejemplo, información sobre los postulantes que se han sometido o han rechazado someterse a test de drogas para garantizar que los test son aplicados de una manera no discriminatoria.²²²⁶

Si bien, en ocasiones, las cláusulas del instrumento colectivo sobre test de drogas se detallan en su regulación, otras veces se ha considerado que se cumple con la legislación si la política de test de drogas se funda en la cláusula de derecho de administración, que permitiría al empleador imponer unilateralmente test de drogas, al constituir una regulación de la conducta laboral.²²²⁷

2.3.1.3. *Regulación federal versus deber de negociar colectivamente*

Otra cuestión que surge es qué impacto, si lo hay, tiene la obligación de negociar colectivamente sobre la capacidad del empleador para implementar de forma oportuna y completa programas de test de drogas exigidos por la normativa federal.²²²⁸ Por ejemplo, en qué medida los requerimientos de test de drogas impuestos por el Departamento de Transporte anulan o prevalecen sobre los acuerdos de negociación colectiva, en caso de contradicción entre ambas regulaciones.

²²²⁴ *Johnson-Bateman*, 131, 295 NLRB N° 26, 1399 (1989).

²²²⁵ OLSEN (1991), p. 262.

²²²⁶ OLSEN (1991), p. 262; FINKIN (2018), p. 2-78; ZEESE (2019), pp. 714-730; HÉBERT (2023), pp. 5-10, 5-11, 5-12.

²²²⁷ *Chicago Tribune Co. v. N.L.R.B.*, 974 F.2d 933, 141 L.R.R.M. (BNA) 2209 (7th Cir. 1992).

²²²⁸ OLSEN (1991), p. 262.

En general, aquellos aspectos del programa de test de drogas de una compañía que son requeridos de forma específica por las regulaciones federales y que no otorgan al empleador flexibilidad o libertad en la implementación del requerimiento estatal, probablemente no están sujetos a negociación. Sostener lo contrario implicaría requerir al empleador negociar sobre lo que le exige la ley, lo cual es inconsistente con el propósito de la Ley Nacional de Relaciones Laborales y los principios generales de interpretación de la ley.²²²⁹ En *Hanes Corporation*, ni el abogado general ni la parte denunciante plantearon la cuestión de si la empresa demandada estaba obligada a negociar sobre aquello que es ordenado por la regulación federal.²²³⁰ Presumiblemente las partes aceptaron como un hecho que el demandado no tenía tal obligación. En otra disputa, el tribunal concluyó que debido a que la Federal Drug Free Workplace Act es obligatoria para las compañías cubiertas por esta ley, no existe el deber de negociar sobre aspectos de la política de drogas regulada por la legislación federal, pero sí existe el deber de negociar sobre aspectos de los test de drogas no regulados imperativamente por la regulación federal.²²³¹

En consecuencia, bajo las regulaciones del Departamento de Transporte y otras regulaciones imperativas sobre test de drogas, decisiones tales como si implementar un programa de test de drogas, qué puestos estarán cubiertos, qué drogas serán testeadas y qué procedimientos serán observados son específicamente obligatorias y no están sujetas a negociación colectiva.²²³² No existe obligación de negociación sobre aspectos de las drogas regulados por la regulación federal, menos cuando se proponen cláusulas que son inconsistentes con la normativa imperativa; en cambio, sí pueden regularse materias que no están establecidas en la regulación federal y no son inconsistentes con esta.²²³³

Por otra parte, la empresa está obligada a negociar colectivamente con el sindicato hasta llegar a un punto muerto sobre los detalles de la implementación de la regulación federal y también sobre

²²²⁹ OLSEN (1991), p. 264.

²²³⁰ *Hanes Corp.*, 260 NLRB. 557, 562 (1982).

²²³¹ *University of Hawaii Professional Assembly v. Tomasu*, 79 Haw. 154, 900 P.2d 161, 102 Ed. Law Rep. 831, 150, L.R.R.M. (BNA) 2815 (1995).

²²³² OLSEN (1991), p. 264.

²²³³ *Department of Army, U.S. Army Aberdeen Proving Ground Installation Support Activity v. Federal Labor Relations Authority*, 890 F.2d 467, 132 L.R.R.M. (BNA) 3071 (D.C. Cir. 1989):

aquellos elementos del programa de test de drogas que se dejan a su discreción.²²³⁴ Algunos aspectos discrecionales del programa de test de drogas del transporte incluirían, por ejemplo, si se provee rehabilitación, si se incluye el alcohol en el programa de test y el alcance de la acción disciplinaria, si la hubiera, después de un resultado positivo del test confirmatorio.²²³⁵ Estas materias y otras son aspectos obligatorios de la negociación colectiva que deben ser tenidos en cuenta por el sindicato antes de la implementación del programa de test de drogas.²²³⁶

2.3.2. *Los test de drogas objeto de la negociación colectiva bajo la Railway Labor Act*

Al igual que la NLRA, la Railway Labor Act (RLA)²²³⁷ prohíbe a los empleadores instaurar unilateralmente modificaciones en los instrumentos colectivos que afecten “tasas de salarios, reglas o condiciones de trabajo [...]”.²²³⁸ Para determinar si un empleador cubierto por esta ley ha infringido sus disposiciones, la RLA distingue entre controversias “mayores” y “menores”.²²³⁹ En general, si una práctica propuesta por un transportista es una desviación clara del acuerdo de negociación colectiva, una disputa sobre esta práctica se trata como una “disputa mayor” y el transportista no puede proceder unilateralmente.²²⁴⁰ Sin embargo, si la práctica propuesta está probablemente justificada por el acuerdo de negociación colectiva, entonces la disputa es “menor”, y el transportista podría proceder unilateralmente.²²⁴¹

Varios tribunales han resuelto controversias relacionadas con la implementación de políticas de detección de alcohol y drogas en la industria ferroviaria, distinguiendo entre disputas mayores y menores. En *Consolidated Rail Corporation v. Railway Labor Executives' Association*,²²⁴² la Corte Suprema sostuvo que la decisión del empleador transportista de testear a trabajadores por drogas durante exámenes físicos periódicos y al regreso de una licencia médica es un “disputa menor” bajo la RLA, porque podría argumentarse que está justificada por el acuerdo de

²²³⁴ *EPI Corp.*, 279 NLRB 1170, 1172 (1986); *Lockheed Shipbuilding and Constr. Co.*, 273 N.L.R.B. 171, 177 (1984).

²²³⁵ Procedures for Transportation Workplace Drug Testing Programs; Interim Final Rule, 53 Fed. Reg. 47,002 (1988).

²²³⁶ OLSEN (1991), p. 264.

²²³⁷ 45 U.S.C. § 151-188 (regula las relaciones laborales en las industrias de ferrocarril y aéreas).

²²³⁸ RLA § 2, 45 U.S.C. § 152.

²²³⁹ RLA § 6, 45 U.S.C. § 156.

²²⁴⁰ *Consolidated Rail Corp. v. Railway Labor Executives' Ass'n*, 489 U.S. 109 S. Ct. 2477, 2480 (1989).

²²⁴¹ *Consolidated Rail Corp. v. Railway Labor Executives' Ass'n*, 489 U.S. 109 S. Ct. 2477, 2480-82 (1989).

²²⁴² *Consolidated Rail Corp. v. Railway Labor Executives' Ass'n*, 489 U.S. 109 S. Ct. 2477, 2477 (1989).

negociación colectiva.²²⁴³ En este caso, Conrail exigió a sus trabajadores someterse a exámenes periódicos, de reincorporación a sus labores y de seguimiento desde 1976.²²⁴⁴ En 1984 Conrail implementó una política que estableció la inclusión de un test de drogas en todos los exámenes físicos periódicos y de reincorporación al trabajo.²²⁴⁵ En 1987 Conrail incluyó también test de drogas durante los exámenes de seguimiento.²²⁴⁶

El tribunal concluyó que, aunque el alcance de los test de drogas dentro de los exámenes físicos ha cambiado con el tiempo, los test de drogas siempre han desempeñado un papel en los exámenes médicos de Conrail.²²⁴⁷ Según la Corte, el hecho de que el sindicato nunca antes intervino en los detalles procedimentales de los test de drogas de Conrail proporciona un fundamento contractual a Conrail para la modificación de sus exámenes médicos.²²⁴⁸ Por tanto, la promulgación unilateral por parte de Conrail de su política de control de drogas fue debidamente justificada bajo el instrumento colectivo.²²⁴⁹

2.3.3. *Los test de drogas en la negociación colectiva según la jurisprudencia arbitral*

En Estados Unidos las disputas sobre la interpretación y aplicación de las cláusulas del acuerdo de negociación colectiva es competencia de los árbitros.²²⁵⁰

A medida que más acuerdos de negociación colectiva contienen cláusulas sobre políticas y programas de drogas, incluyendo test de drogas, se recurre cada vez más a los árbitros para interpretar esas disposiciones contractuales y determinar si un empleador tiene la autoridad para implementar el programa de drogas o tomar una acción disciplinaria en contra de un trabajador en conformidad con el convenio colectivo.²²⁵¹ Si el convenio colectivo nada dice sobre los test de drogas, el árbitro frecuentemente debe decidir si la implementación unilateral de un test de drogas por parte del empleador está autorizada por otra disposición contractual, tal como una

²²⁴³ *Consolidated Rail Corp. v. Railway Labor Executives' Ass'n*, 489 U.S. 109 S. Ct. 2477, 2485 (1989).

²²⁴⁴ *Consolidated Rail Corp. v. Railway Labor Executives' Ass'n*, 489 U.S. 109 S. Ct. 2477, 2485 (1989).

²²⁴⁵ *Consolidated Rail Corp. v. Railway Labor Executives' Ass'n*, 489 U.S. 109 S. Ct. 2477, 2486 (1989).

²²⁴⁶ *Consolidated Rail Corp. v. Railway Labor Executives' Ass'n*, 489 U.S. 109 S. Ct. 2477, 2486 (1989).

²²⁴⁷ *Consolidated Rail Corp. v. Railway Labor Executives' Ass'n*, 489 U.S. 109 S. Ct. 2477, 2488 (1989).

²²⁴⁸ *Consolidated Rail Corp. v. Railway Labor Executives' Ass'n*, 489 U.S. 109 S. Ct. 2477, 2488 (1989).

²²⁴⁹ *Consolidated Rail Corp. v. Railway Labor Executives' Ass'n*, 489 U.S. 109 S. Ct. 2477, 2489 (1989).

²²⁵⁰ ZEESE (2019), pp. 737-738; ZEESE (2023), pp. 826-827.

²²⁵¹ ROTHSTEIN (1987), p. 725.

cláusula de “facultad de administración”, una cláusula de reconocimientos médicos para determinar la aptitud para el trabajo, o una cláusula sobre higiene y seguridad en el trabajo.²²⁵² Si el instrumento colectivo autoriza limitadamente el test de drogas, con frecuencia el árbitro debe determinar si el empleador ha cumplido los límites contractuales.²²⁵³

En general, los árbitros confirman la legalidad de la facultad de administración del empleador para establecer unilateralmente reglas en el lugar de trabajo, siempre que dichas reglas sean razonables y no sean contradictorias respecto del contrato de la negociación colectiva.²²⁵⁴ Sin embargo, si la justificación para la procedencia de los test de drogas ha sido objeto de las negociaciones del instrumento colectivo y el empleador unilateralmente implementa un programa de test, dicho programa no debería permitirse sin el consentimiento del sindicato.²²⁵⁵

Varios convenios colectivos permiten test de drogas si el empleador tiene una causa “probable” o “razonable” para exigirlos al trabajador.²²⁵⁶ Aunque ha habido ciertas variaciones en las decisiones, la mayoría de los árbitros y tribunales han alcanzado, al menos, un consenso parcial acerca de que la causa razonable para la procedencia de los test de drogas requiere alguna sospecha individualizada basada en la observación del trabajador por parte de la jefatura.²²⁵⁷ En otras palabras, debe existir “una conducta o comportamiento manifiesto del trabajador relativo a su trabajo que establezca causa probable respecto de que el trabajador está bajo la influencia del alcohol o las drogas”.²²⁵⁸ La sola evidencia estadística de un alto ausentismo o atrasos reiterados no podría constituir una causa razonable para requerir el test de drogas.²²⁵⁹ La jurisprudencia arbitral es abundante a propósito de los test de drogas aplicados a trabajadores sindicalizados, especialmente cuando el empleador funda una acción disciplinaria en el resultado positivo del test de drogas.²²⁶⁰

²²⁵² SCHNEIDER Y DENENBERG (1987), pp. 388-389; ROTHSTEIN (1987), p. 725.

²²⁵³ SCHNEIDER Y DENENBERG (1987), pp. 388-389; ROTHSTEIN (1987), p. 725.

²²⁵⁴ *Industrial Finishing Co.*, 40 Awards (CCH) 670 (1963); *Trojan Luggage Co.*, 81 Lab. Arb. Awards (CCH) 409 (1983).

²²⁵⁵ *Gem. City Chems., Inc.*, 86 Lab. Arb. Awards (CCH) 1023, 1025 (1986).

²²⁵⁶ SCHNEIDER Y DENENBERG (1987), pp. 397-398; ROTHSTEIN (1987), p. 725.

²²⁵⁷ SCHNEIDER Y DENENBERG (1987), pp. 390-391; ROTHSTEIN (1987), p. 725; OLSEN (1991), p. 267.

²²⁵⁸ *Association of Western Pulp & Paper Workers, Local 180* (1987) (Kagel Arb.) (no publicado), citado en SCHNEIDER Y DENENBERG (1987), p. 389.

²²⁵⁹ SCHNEIDER Y DENENBERG (1987), p. 391; ROTHSTEIN (1987), p. 725.

²²⁶⁰ Para un análisis actualizado de esta jurisprudencia arbitral véase HÉBERT (2023), pp. 5-45 a 5-22.

3. El contrato individual de trabajo como fundamento de los test de drogas

Existe una regulación diferente sobre si las partes, empleador y trabajador, pueden incorporar cláusulas al contrato de trabajo que establezcan la obligatoriedad de los test de drogas. En España, no se admite que la autonomía individual pueda establecer la obligatoriedad de reconocimientos médicos, entre ellos, los test de drogas, que persigan fines diferentes a los contemplados en el artículo 22 de la LPRL; por el contrario, juega un papel esencial en los reconocimientos médicos voluntarios, que requieren el consentimiento del trabajador para administrarse y no pueden ser objeto de una acción adversa por su negativa.²²⁶¹

En cambio, en los países del *common law*, el contrato de trabajo se utiliza frecuentemente como instrumento para que el trabajador se obligue a someterse a reconocimientos médicos, entre ellos, test de drogas, recurriendo a dos mecanismos. Una posibilidad es pactar expresamente en el contrato de trabajo el test de drogas, su finalidad, oportunidad y procedimiento de aplicación.²²⁶² Una segunda opción, que es la más utilizada, es que el trabajador, por medio del contrato de trabajo, se obliga a cumplir las políticas de test de drogas actuales y futuras que el empleador elabore; por tanto, si el trabajador infringe dicha política, incumple la cláusula contractual mediante la cual se obligó a someterse al test de drogas.²²⁶³

La incorporación de cláusulas contractuales resulta conveniente en países en que la legislación no contempla expresamente test de drogas obligatorios ni regula su procedimiento de implementación, como es el caso de Australia, donde en la normativa estatal se regula escasamente la procedencia de los test de drogas y se opta, más bien, por una normativa que

²²⁶¹ GOÑI (1999), p. 11; GONZÁLEZ (2011), p. 161: “Ciertamente del artículo 22 de la LPRL se desprende de forma clara el principio de voluntariedad por parte del trabajador en el sometimiento a los reconocimientos médicos. La justificación de esta voluntariedad se encuentra en que supone una garantía para el trabajador por la incidencia que la vigilancia de la salud puede tener en la erosión de otros derechos y libertades, encontrando su fundamento último en la ‘libre autodeterminación de la persona’”; POQUET (2013), pp. 114-115; LOUSADA Y NÚÑEZ-CORTÉS (2016), pp. 49-50.

²²⁶² Para Australia véase OWENS *et al.* (2011), p. 249; STEWART *et al.* (2016), pp. 277-278. Para Estados Unidos, véase FINKIN (2018), pp. 2-78, 2-79; GLYNN *et al.* (2019), pp. 143-144.

²²⁶³ Para Australia, véase OWENS *et al.* (2011), p. 251; STEWART *et al.* (2016), pp. 277, 282. En el mismo sentido, la jurisprudencia australiana: *Chittick v. Ackland* (1984) 53 ALR 143; *Riverwood International Australia Pty Ltd v. McCormick* (2000) 177 ALR 193; *Goldman Sachs JB Were Services Pty Limited y Nikolich* (2007) 163 FCR 62; *Cicciarelli v. Qantas Airways Ltd* (2012) FCA 56. Para Estados Unidos, véase FINKIN (2018), pp. 2-78, 2-79; GLYNN *et al.* (2019), pp. 126-127; *Benson v. AJR, Inc.*, 599 S.E.2d 505 (W. Va. 2004).

prohíbe y sanciona el consumo, la presencia en el cuerpo o estar bajo la influencia de las drogas. De esta forma, el trabajador presta su consentimiento para contraer una obligación no contemplada en otras normas que le son aplicables y tiene conocimiento directo de esta.²²⁶⁴

4. La obligación de seguridad como fundamento de los test de drogas

Fundado en la obligación de seguridad, el empleador puede exigir al trabajador someterse a test de drogas cuando no está contemplado en la legislación estatal, en el convenio colectivo ni en el contrato individual de trabajo, ya que constituye una medida de vigilancia para eliminar riesgos para la vida o salud.

En todos los ordenamientos jurídicos analizados, el empleador tiene una obligación de seguridad en virtud de la cual debe adoptar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores e, inclusive, de terceras personas.

4.1. Los test de drogas fundado en la obligación de seguridad en Australia

El empleador puede utilizar los test de drogas para cumplir con su deber de seguridad y así garantizar la salud y seguridad de sus trabajadores y de terceras personas que pueden verse afectadas por el consumo de drogas o intoxicación en el lugar de trabajo. Existen dos fuentes del deber general de seguridad del empleador: el deber de seguridad del *common law* y deberes estatutarios bajo la legislación que regula la salud y seguridad en el trabajo.²²⁶⁵

No hay duda alguna de que existe un deber de seguridad del empleador en el *common law*, que forma parte de la esencia del contrato de trabajo, de “adoptar el razonable cuidado para la seguridad de su trabajador”.²²⁶⁶ Este deber ha sido expresado como aquel de ser “un empleador razonablemente prudente, de tomar el cuidado adecuado para evitar exponer a los trabajadores a riesgos innecesarios de lesión”.²²⁶⁷ El contenido de este deber primordial comprende: (i) personal competente; (ii) materiales, plantas, instalaciones seguros; (iii) un sistema de trabajo seguro; (iv)

²²⁶⁴ DOUGLAS (2008), p. 47.

²²⁶⁵ JOHNSTONE (1988), p. 119.

²²⁶⁶ *Wilson and Clyde Coal Co Ltd v. English* [1938] AC 57.

²²⁶⁷ *Hamilton v. Nuroof (WA) Pty Ltd* (1956) 96 CLR 18 a 25.

una adecuada supervisión.²²⁶⁸ Un empleador infringe este deber si no cumple con el estándar de cuidado requerido, esto es, si omite hacer algo que una persona razonable, guiada por aquellas condiciones que regulan ordinariamente la conducta humana, haría, o hace algo que una persona prudente y razonable no haría.²²⁶⁹

Además del deber de cuidado de los trabajadores bajo el *common law*, el empleador también tiene que cumplir con los estándares establecidos en varios estatutos de salud y seguridad ocupacionales de los estados y territorios, que son comunes en todos ellos a excepción del estado de Victoria, como consecuencia de la adopción de la Ley Modelo de Salud y Seguridad Ocupacional.²²⁷⁰ La legislación de los distintos estados y territorios contiene una gran cantidad de disposiciones altamente detalladas que regulan el deber de seguridad. Dentro del contenido de la obligación de seguridad estatutaria de una persona que conduce un negocio o una empresa, se encuentra el “deber de garantizar, en la medida en que sea razonablemente practicable: (a) la provisión y el mantenimiento de un ambiente de trabajo sin riesgo para la salud y seguridad”.²²⁷¹ Con el mismo propósito, una persona que conduce un negocio o una empresa que involucra la administración o el control de lugares de trabajo “debe garantizar, en la medida en que sea razonablemente practicable, que el lugar de trabajo, los medios de entrada y salida del lugar de trabajo y cualquier cosa derivada del lugar de trabajo no presenten riesgos para la salud y seguridad de cualquier persona”.²²⁷² Esta disposición se encuentra en similares términos en la normativa de seguridad y salud en el trabajo del estado de Victoria.²²⁷³

Fundado en la obligación de seguridad, sea del *common law* o estatutaria, el empleador debe exigir que se sometan a test de drogas los trabajadores que desempeñan labores altamente riesgosas para la seguridad o que trabajan en áreas altamente riesgosas para la seguridad.²²⁷⁴ Del

²²⁶⁸ *Wilson and Clyde Coal Co Ltd v. English* [1938] AC 57, 78.

²²⁶⁹ *Blyth v. Birmingham Waterworks Co* (1856) 11 Exch 781, 785.

²²⁷⁰ Work Health and Safety Act 2011 (Cth).

²²⁷¹ Work Health and Safety Act 2011 (ACT), s. 19(3)(a); Work Health and Safety Act 2011 (NSW), s. 19(3)(a); Work Health and Safety (National Uniform Legislation) Act 2011 (NT), s. 19(3)(a); Work Health and Safety Act 2012 (TS), s. 19(3)(a); Work Health and Safety Act 2012 (SA), s. 19(3)(a); Work Health and Safety Act 2020 (WA), s. 19(3)(a).

²²⁷² Work Health and Safety Act 2011 (ACT), s. 20(2); Work Health and Safety Act 2011 (NSW), s. 20(2); Work Health and Safety (National Uniform Legislation) Act 2011 (NT), s. 20(2); Work Health and Safety Act 2012 (TS), s. 20(2); Work Health and Safety Act 2012 (SA), s. 20(2); Work Health and Safety Act 2020 (WA), s. 20(2).

²²⁷³ Occupational Health and Safety Act 2004 (Vic), ss. 21(2)(c) y 22(1)(a).

²²⁷⁴ GRANT *et al.* (2013), pp. 225.

mismo modo, respecto de trabajadores que poseen un riesgo real para su propia seguridad o salud, la de sus compañeros de trabajo o un miembro de la sociedad, el empleador puede requerirles unilateralmente test de drogas con base en la obligación de seguridad, para eliminar o controlar los riesgos en el lugar de trabajo derivados de las drogas.²²⁷⁵

En consecuencia, cada vez que el consumo de drogas o estar bajo la influencia de las drogas en el lugar de trabajo constituya un riesgo para la vida o salud del trabajador o de terceros, la obligación de seguridad exige al empleador adoptar medidas para eliminar o disminuir ese riesgo, y dentro de las herramientas para este objetivo se encuentran los test de drogas.²²⁷⁶ A su vez, el trabajador está obligado a someterse al test de drogas establecido por el empleador en cumplimiento de su deber de seguridad, considerando que tiene un deber estatutario de tomar el cuidado razonable de su propia salud y seguridad, obedecer cualquier instrucción razonable dada por el empleador para cumplir con la Ley de Seguridad y Salud Laboral y con cualquier política razonable sobre salud o seguridad en el lugar de trabajo.²²⁷⁷

4.2. Los test de drogas fundado en la obligación de seguridad en España

Además de regular la obligación de seguridad general del empleador, la LPRL establece diversas disposiciones que contemplan deberes de seguridad específicos que hacen necesario exigir test de drogas a los trabajadores para garantizar su cumplimiento.

El artículo 25.1 párrafo segundo de la LPRL dispone: “Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que [...] puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo”. En virtud de esta prohibición, “un empresario, sea cual sea la actividad a la que se dedique, no podrá permitir que un trabajador bajo los efectos del alcohol o las drogas lleve a cabo las tareas propias de un puesto de trabajo que, en ese estado,

²²⁷⁵ GRANT *et al.* (2013), pp. 225.

²²⁷⁶ GRANT *et al.* (2013), pp. 225.

²²⁷⁷ Work Health and Safety Act 2011 (ACT), s. 28; Work Health and Safety Act 2011 (NSW), s. 28; Work Health and Safety (National Uniform Legislation) Act 2011 (NT), s. 28; Work Health and Safety Act 2012 (TS), s. 28; Work Health and Safety Act 2012 (SA), s. 28; Work Health and Safety Act 2020 (WA), s. 28.

no está en condiciones de trabajar sin generar un riesgo grave, adicional al inherente a la actividad, para sí mismo, para los demás trabajadores o para otras personas, siempre que ese estado sea manifiesto, esto es, visible, ostensible o notorio”.²²⁷⁸

El artículo 22.1 de la LPRL contempla un supuesto específico de reconocimientos médicos obligatorios que permite fundamentar el establecimiento de test de drogas obligatorios para los trabajadores con el propósito de “verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa”.²²⁷⁹ Por lo tanto, respecto de trabajadores que sí están bajo la influencia de las drogas o las consumen en el lugar de trabajo, cuyas conductas constituyen o pueden constituir un riesgo para la seguridad o la salud, someterse a los test de drogas exigidos por el empresario se erige en un derecho-deber para esos trabajadores.²²⁸⁰

Los test de drogas que el empleador impone a sus trabajadores fundado en los artículos 25 y 22.1 de la LPRL son obligatorios para el trabajador, tal como lo demuestra expresamente el artículo 29 de la LPRL, que consagra como obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales: “1. Corresponde a cada trabajador velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario. 2. Los trabajadores, con arreglo a su formación y siguiendo las instrucciones del empresario, deberán en particular: [...] 6.º Cooperar con el empresario para que este pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores”. El artículo 29.3 de la LPRL establece: “El incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones en materia de prevención de riesgos a que se refieren los apartados anteriores tendrá la consideración de incumplimiento laboral a los efectos previstos en el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores”.

²²⁷⁸ FERNÁNDEZ (2015), p. 294.

²²⁷⁹ TALÉNS (2013), pp. 182-185; FERNÁNDEZ (2015), pp. 297-298.

²²⁸⁰ FERNÁNDEZ (2015), p. 298.

Los preceptos transcritos de la LPRL dejan en claro que, si las drogas son un riesgo para la vida o salud y existen prohibiciones de consumo, o estar bajo la influencia de las drogas durante el desempeño de las labores o en el lugar de trabajo, y el empresario exige test de drogas para eliminar o disminuir ese riesgo, el trabajador debe cumplir con dicha medida de seguridad.

4.3. Los test de drogas fundado en la obligación de seguridad en Estados Unidos

En Estados Unidos, al igual que en Australia, el empleador tiene un deber de seguridad hacia sus trabajadores bajo el *common law* y la legislación estatutaria.

Bajo el *common law*, la obligación de seguridad del empleador incluye los siguientes deberes: (1) proporcionar un ambiente de trabajo seguro; (2) proporcionar accesorios, herramientas y equipamiento seguros; (3) advertir a los trabajadores acerca de los riesgos que razonablemente podría esperarse que ignoraran; (4) proporcionar un adecuado número de compañeros de trabajo competentes; (5) promulgar y exigir a los trabajadores el cumplimiento de las reglas que persiguen garantizar un trabajo seguro.²²⁸¹ Con base en estos deberes, los empleadores tienen un fuerte fundamento para exigir test de drogas a los trabajadores que ocupan posiciones sensibles para la seguridad, ya que estos les permiten proteger la salud y seguridad de todos los trabajadores gracias a la temprana detección de los problemas de abuso de drogas y la prevención de accidentes relacionados con las drogas.²²⁸²

Los test de drogas constituyen una medida de vigilancia para eliminar o disminuir los riesgos para la vida y salud derivados de las drogas, que permiten al empleador cumplir su deber de seguridad en el *common law*. Su incumplimiento puede originar responsabilidad para el empleador en virtud de doctrinas como “la contratación negligente” y el “responsable superior”, utilizadas para fundamentar la responsabilidad del empleador en situaciones en las cuales sus trabajadores, a causa o con ocasión del trabajo y debido a intoxicaciones con drogas o uso de drogas, han lesionado o asaltado a otros.²²⁸³ Responsabilidad que solamente se puede evitar si el

²²⁸¹ KAPLAN *et al.* (1988), p. 369.

²²⁸² KAPLAN *et al.* (1988), p. 369.

²²⁸³ KAPLAN *et al.* (1988), pp. 374-375.

empleador, ejerciendo el razonable cuidado, pudo haber previsto el potencial problema, adoptó las medidas adecuadas y de todas formas se produjo la conducta indebida.²²⁸⁴

A nivel legal el deber de seguridad del empleador está en la sección 5(a)(1)-(2) de la Occupational Safety and Health Act de 1970, que prescribe: “Cada empleador: (1) proporcionará a cada uno de sus trabajadores un empleo y un lugar de trabajo libres de peligros reconocidos que causen o puedan causar la muerte o daños físicos graves a sus trabajadores; (2) deberá cumplir con las normas de seguridad y salud ocupacional promulgadas bajo esta ley”. Esta norma impone el deber de adoptar las medidas para prevenir que las drogas constituyan un riesgo que pueda afectar la seguridad y salud en el trabajo, e incluye los test de drogas. A su vez, el trabajador debe cumplir tales medidas de seguridad que exigen una conducta de su parte, en virtud de la sección 5(b) de la Occupational Safety and Health Act de 1970, que impone un deber de seguridad al trabajador: “Todo trabajador deberá cumplir con las normas de seguridad y salud ocupacionales y con todas las reglas, reglamentos y órdenes emitidos conforme a esta ley que sean aplicables a sus propias acciones y conducta”.

5. El poder de dirección del empleador como fundamento de los test de drogas

En España surge como gran duda si el empleador, en virtud del poder de dirección, puede hacer obligatorios test de drogas en supuestos distintos a los que establece la normativa estatal, el convenio colectivo, si se acepta que la negociación colectiva puede establecer también test de drogas, o los admite la obligación de seguridad. Sobre la base del artículo 22 de la LPRL, parece negarse esta posibilidad, por lo que el empleador solo puede proponer test de drogas a sus trabajadores de forma voluntaria en virtud del poder de dirección, de modo que su negativa no traería consecuencias para el trabajador. Excepcionalmente podría fundarse en el poder de dirección requerir los test de drogas si son estrictamente necesarios para verificar, vigilar y controlar el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones y deberes laborales (artículo 20.3 del ET), que comprende la salud de los trabajadores (artículo 20.4 del ET).²²⁸⁵ El

²²⁸⁴ *Stein v. Burns Int’l Sec. Serv., Inc.*, 102 Ill. App.3d 776, 779-80, 430 N.E.2d 334, 337 (1981); *Woodward v. Mettelle*, 81 Ill. App.3d 168, 183, 400 N.E.2d 934, 947 (1980); *Mays v. Pico Fin. Co., Inc.*, 339 So. 2d 382, 385 (La. Ct. App. 1976).

²²⁸⁵ RODRÍGUEZ (2011), p. 190.

poder de dirección en este supuesto pasa a desempeñar su labor de control, al determinar si el trabajador está impedido para el trabajo o no, y a auxiliar a la obligación de seguridad, permitiendo que el empleador cumpla las exigencias que le impone esta obligación.²²⁸⁶

Por otra parte, si se admiten los test de drogas en la etapa previa al empleo en supuestos distintos a los establecidos en la legislación, su fundamento, a nuestro entender, puede ser el poder de dirección, puesto que el empleador los establece unilateralmente como parte del procedimiento de selección y contratación de trabajadores. Test de drogas que deberán respetar los límites establecidos en la legislación, cuyo fundamento son los derechos de no discriminación e intimidad de los candidatos a empleos.

En Australia²²⁸⁷ y Estados Unidos,²²⁸⁸ el poder de dirección no solo cumple la función de verificar las obligaciones y prohibiciones del trabajador vinculadas al consumo de drogas, también se reconoce como fundamento para establecer de forma válida test de drogas previo al empleo y durante la vigencia del contrato de trabajo. Esto se debe a que en estos ordenamientos jurídicos los test de drogas no solo persiguen fines vinculados a la seguridad en el trabajo, sino también que el trabajador pueda desempeñar debida y eficientemente el trabajo para el cual será o ha sido contratado.

La jurisprudencia norteamericana en reiteradas ocasiones ha reconocido la exigibilidad contractual a trabajadores de políticas de test de drogas elaboradas por el empleador en virtud del poder de dirección.²²⁸⁹ Inclusive ha establecido que dichas políticas no constituyen un propio límite para el empleador, quien las puede cambiar, abandonar o efectuar excepciones, según lo estime de acuerdo con su libre decisión.²²⁹⁰

²²⁸⁶ RODRÍGUEZ (2011), p. 190.

²²⁸⁷ JOHNSTON (1988), p. 138; SAPPIDEEN *et al.* (2022), pp. 213-214.

²²⁸⁸ FINKIN (2018), pp. 2-78, 2-79.

²²⁸⁹ *Horne v. J.W. Gibson Well Serv. Co.*, 894 F.2d 1194 (10th Cir. 1990); *Qualls v. Hickory Springs Manufacturing Co.*, 994 F.2d 505 (8th Cir. 1993); *Rose v. Uniroyal Goodrich Tire Co.*, 219 F.3d 1216 (10th Cir. 2000).

²²⁹⁰ *Washington v. Naylor Industrial Services*, 893 S.W.2d 309 (Tex. App. 1995); *Barmettler v. Reno Air*, 956 P.2d 1382, 13 IER Cases 1639 (Nev. 1998).

III. Finalidades lícitas de los test de drogas en el trabajo

Para determinar la procedencia de los test de drogas en el trabajo corresponde establecer cuáles son los fines lícitos que pueden perseguirse a través de su establecimiento y aplicación. Desde un punto de vista doctrinario, los fines posibles de alcanzar a través de los test de drogas se han clasificado en las siguientes categorías: (1) mejorar las condiciones económicas en la empresa, tales como productividad y cumplimiento de las labores convenidas; (2) garantizar el cumplimiento de los requisitos inherentes al puesto de trabajo; (3) proteger la salud y seguridad de los trabajadores, consumidores y público en general; (4) cumplir con las exigencias regulatorias impuestas por el Estado; (5) cumplir con las condiciones para que el trabajador obtenga derechos y beneficios.²²⁹¹

En esta sección se demostrará que no todos los fines mencionados pueden perseguirse lícitamente en cada una de las legislaciones examinadas, ya que existen diferencias considerables entre los ordenamientos jurídicos de cada país. En España se admiten restrictivamente los test de drogas: están dirigidos, sobre todo, a garantizar la seguridad y salud en el trabajo y, en menor medida, persiguen velar por el cumplimiento de los requisitos inherentes al trabajo. En Australia los fines de los test de drogas son más amplios que en España. Finalmente, en Estados Unidos se admiten los test de drogas para diferentes propósitos; contribuye a esto el hecho de que no todos los trabajadores tengan garantizado un derecho a la privacidad en el empleo en virtud de la normativa estatutaria y constitucional.

1. Los test de drogas para mejorar las condiciones económicas en el trabajo

Los test de drogas permiten identificar a los trabajadores que han consumido drogas, están o han estado bajo la influencia de las drogas, lo que haría posible excluir del trabajo a esos dependientes, o bien someterlos a programas de rehabilitación por abuso de las drogas. Inclusive, la sola existencia de una política de test de drogas en el trabajo permitiría disminuir el consumo

²²⁹¹ ROTHSTEIN (1987), pp. 687-691; CRAIG (1999), p. 180; MOORE (2012), pp. 472-472; GRANT *et al.* (2013), p. 224; FINKIN (2018), p. 2-3.

de drogas en el trabajo. Todo esto, según ciertos autores, permitiría mejorar la productividad y disminuir los costos laborales del empleador,²²⁹² opinión que no es compartida por todos.²²⁹³

Frecuentemente se asume que el uso de drogas está vinculado con la reducción de productividad, basado en la teoría de que los consumidores de drogas son menos productivos durante las horas de trabajo, además de imponer costos al empleador como consecuencia de ausentismo y accidentes que tienen, entre sus causas, el consumo de drogas.²²⁹⁴ Diversos estudios han intentado medir si el uso de drogas por parte de los trabajadores afecta negativamente su rendimiento en el trabajo. Mediante test verbales, escritos, psicológicos y físicos, los estudios concluyen que los abusadores de drogas funcionaron solo entre el 50% y el 67% de su capacidad.²²⁹⁵ Específicamente, los trabajadores abusadores de drogas demostraron una calidad de trabajo deficiente, incumplimiento de las instrucciones empresariales o no cumplimiento de las tareas asignadas, preparación inadecuada, problemas de memoria, letargo, coordinación reducida, descuido, errores y retrasos.²²⁹⁶ Una segunda consecuencia de la pérdida de productividad atribuida a las drogas es el ausentismo. Los trabajadores que abusan de las drogas tienen una tasa más alta de ausentismo que los trabajadores que no usan drogas.²²⁹⁷ Por lo tanto, los empleadores se enfrentan a mayores costos por licencias médicas y seguros médicos si su personal abusa de las drogas, particularmente en países en que los empleadores otorgan esos beneficios a los trabajadores, directa o indirectamente.²²⁹⁸

Los estudios empíricos sobre la influencia de los test de drogas han tenido lugar con mayor profundidad en Estados Unidos, entre los que se destaca el Reporte realizado por el Comité sobre Uso de Drogas en el Lugar de Trabajo del Consejo Nacional de Investigación e Instituto de Medicina de 1994 (“Reporte NRC/IOM”), que ha concluido que los test de drogas en la etapa precontractual permitirían predecir la productividad en el trabajo de los futuros trabajadores: “Se han publicado numerosos estudios de programas de test de drogas previos al empleo con

²²⁹² ROTHSTEIN (1987), pp. 688-689; MARTIN *et al.* (1994), pp. 7-8.

²²⁹³ NORMAND *et al.* (1994), pp. 227-228; MOORE (2012), pp. 477-480.

²²⁹⁴ KAESTNER (1990), p. 6; ROTHSTEIN (1987), pp. 688-689; ROTHSTEIN (1989), pp. 97-98; MARTIN *et al.* (1994), pp. 4-6.

²²⁹⁵ ROTHSTEIN (1987), p. 688.

²²⁹⁶ ROTHSTEIN (1987), p. 688; ROTHSTEIN (1989), pp. 97-98; MARTIN *et al.* (1994), pp. 7-8.

²²⁹⁷ ROTHSTEIN (1987), p. 688; ROTHSTEIN (1989), pp. 97-98; MARTIN *et al.* (1994), pp. 4-5.

²²⁹⁸ ROTHSTEIN (1987), p. 690; ROTHSTEIN (1989), pp. 98-99.

resultados suficientemente consistentes, que nos permiten concluir que los resultados de los test de drogas precontractuales son, al menos en algunos tipos de trabajos, predictores válidos de algunos comportamientos relacionados con el trabajo. Aquellos que dan positivos por drogas antes del empleo, como grupo, probablemente tendrán mayor porcentaje de ausentismo, rotación y acciones disciplinarias que aquellos que testean negativo”.²²⁹⁹

El Reporte NRC/IOM también advierte: “Estas cifras no significan necesariamente, sin embargo, que los test de drogas previo al empleo son un programa de selección rentable. La investigación acerca de que los resultados de test de drogas de postulantes a trabajos son predictivos de comportamientos laborales críticos significa que los empleadores pueden seleccionar, en promedio, trabajadores más productivos si atienden a la información proporcionada por los test de drogas, antes que no usarla en las decisiones de contratación. Sin embargo, como con cualquier otro tipo de programa de selección, la eficacia predictiva de los resultados de los test de drogas depende de unos pocos parámetros de selección críticos. En particular, la prevalencia del uso de drogas entre potenciales postulantes a trabajos tiene que ser suficientemente considerable como para producir medidas útiles de asociación entre los resultados de los test y el resultado medido, para justificar el costo del testeo”,²³⁰⁰

Asimismo, el Reporte NRC/IOM señala: “También es posible que los empleadores sobredimensionen los resultados de los test de drogas en la etapa precontractual. En los mejores estudios llevados a cabo a la fecha, los empleadores eligen postulantes utilizando las señales que ellos ordinariamente aplican sin referencia a la evidencia sobre el uso de drogas. La investigación demuestra que, en este grupo, aquellos que testean positivo rinden peor bajo ciertos criterios de trabajo que quienes no muestran evidencia de uso reciente de drogas. Los estudios no indican que los testeados positivo rindan peor que quienes habrían ocupado su lugar si hubieran sido rechazados sobre la base de la información de los test de drogas. En particular, existe un peligro si los resultados de los test de drogas se imponen sobre otros signos que advierten dificultades laborales: los testeados negativo en drogas serán preferidos antes que los testeados positivo que los superan en criterios relacionados con el trabajo. Una diferencia mayor en la investigación

²²⁹⁹ NORMAND *et al.* (1994), p. 227.

²³⁰⁰ NORMAND *et al.* (1994), pp. 227-228.

existente es su fracaso en examinar la interacción entre el uso reciente de drogas y otras características relacionadas con el trabajo del postulante. Aunque los estudios muestran que los test de drogas en la etapa precontractual son predictivamente válidos, también indican que muchos postulantes que dan positivo en el test podrían ser contratados sin producir dificultad alguna en el trabajo”.²³⁰¹

En cuanto a los test de drogas por causa y aleatorios, el Reporte NRC/IOM no encontró evidencia empírica de una relación de los test con la productividad de la fuerza de trabajo.²³⁰² Inclusive, algunos estudios han encontrado resultados mixtos en la correlación entre uso de drogas y fuerza de trabajo, salarios y productividad. Tomando los salarios como una manifestación de la productividad, es posible que actualmente algunos trabajadores que consumen drogas, en especial las consideradas suaves, no vean afectados sus salarios; hasta es probable que tengan mayor productividad que aquellos que no consumen drogas.²³⁰³ Otros estudios han sido incapaces de encontrar alguna correlación entre el uso de sustancias ilícitas y la participación de la fuerza laboral²³⁰⁴ u horas de trabajo.²³⁰⁵

La validez de los estudios que analizan el impacto de las drogas en la productividad es limitada por varias razones. Primero, se fundan en autorreportes, no hay manera de garantizar que las personas sean honestas en sus respuestas a las preguntas sobre su consumo de drogas.²³⁰⁶ Segundo, los estudios intentan medir la productividad considerando la participación del mercado laboral, el total de horas trabajadas, los salarios, los costos para el empleador por el abuso de drogas, criterios que resultan imprecisos para medir un concepto tan complejo como la productividad.²³⁰⁷ Tercero, la productividad puede medirse en relación con la economía como un todo, sea de un país o una región, y en relación con una empresa en particular.²³⁰⁸ Las personas con los problemas más severos debido al consumo de drogas podrían impactar en la medición

²³⁰¹ NORMAND *et al.* (1994), p. 228.

²³⁰² NORMAND *et al.* (1994), pp. 226-227.

²³⁰³ Véase GILL Y MICHAELS (1992), pp. 419-434; REGISTER Y WILLIAMS (1992), pp. 435-448; KAESTNER (1994), pp. 450-470.

²³⁰⁴ WHITE *et al.* (1988), pp. 455 y ss.

²³⁰⁵ KAGEL *et al.* (1980), pp. 373 y ss.

²³⁰⁶ KAESTNER (1990), p. 22; CRAIG (1999), pp. 181-182.

²³⁰⁷ CRAIG (1999), p. 182.

²³⁰⁸ CRAIG (1999), p. 182.

de la productividad en general; sin embargo, como generalmente están fuera de la fuerza laboral a consecuencia de su dependencia o abuso de las drogas, esta circunstancia es irrelevante para la productividad de una empresa en particular.²³⁰⁹ Cuarto, la mayoría de los trabajadores que consumen drogas son usuarios casuales de drogas suaves, como la marihuana, por lo que podría esperarse que su productividad no sea vea afectada por el consumo de drogas.²³¹⁰ De esta forma, solo una minoría de trabajadores que consume drogas podría potencialmente contribuir a la disminución de la productividad dentro de la empresa: serán mayoritariamente aquellos trabajadores con serios problemas de drogas, que provocarán atrasos y ausencias, y aquellos cuyo consumo de drogas afecta su capacidad para desempeñar sus labores.²³¹¹

En consecuencia, se puede concluir razonablemente que los resultados positivos en los test de drogas proporcionan escasa información sobre si las personas sometidas al test que dan positivo serán más proclives a las ausencias y atrasos laborales o menos productivas que quienes arrojan negativo en los test²³¹², lo que es particularmente cierto respecto de los test de drogas que tienen lugar durante la vigencia de la relación laboral, por causa y aleatorios.²³¹³ En cambio, los test que tienen lugar en la etapa precontractual contribuyen a predecir la futura productividad de los candidatos a trabajadores, aunque no de forma concluyente e inequívoca.²³¹⁴ Por lo tanto, los resultados positivos de los test de drogas tienen escaso valor para mejorar la productividad, y los test de drogas de aplicación general podrían ser ineficientes para promoverla.²³¹⁵

Teniendo en cuenta que los trabajadores gozan del derecho a la privacidad en el contrato de trabajo, generalmente las legislaciones no admiten el establecimiento y la aplicación de los test de drogas como herramienta para mejorar las condiciones económicas en el trabajo, en especial la productividad y los costos de la mano de obra.

En la normativa española se observa que los test de drogas obligatorios no tienen como finalidad mejorar las condiciones económicas laborales, por tanto, no constituyen una herramienta para

²³⁰⁹ CRAIG (1999), p. 182.

²³¹⁰ NORMAND *et al.* (1994), pp. 82-83; CRAIG (1999), p. 182.

²³¹¹ KAESTNER (1990), p. 2; CRAIG (1999), p. 182.

²³¹² CRAIG (1999), pp. 182-183.

²³¹³ NORMAND *et al.* (1994), pp. 226-227; FINKIN (2018), p. 2-17.

²³¹⁴ NORMAND *et al.* (1994), pp. 227-228; FINKIN (2018), pp. 2-16, 2-17.

²³¹⁵ CRAIG (1999), pp. 182-183.

mejorar la productividad y otras condiciones económicas laborales. Si el fin de los test de drogas es mejorar las condiciones económica laborales,²³¹⁶ en el balance de intereses prevalecen los derechos del trabajador, particularmente la intimidad y la no discriminación. Comparte este criterio la sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004, de 15 de noviembre de 2004, al señalar que el interés de la empresa en conocer el estado psicofísico de sus trabajadores “no inspira la configuración legal de los reconocimientos médicos de vigilancia de la salud en el trabajo, ni desde luego puede conformar, de manera genérica o indiscriminada, una justificación suficiente para la penetración en ámbitos de la esfera íntima del trabajador”, y agrega: “El reconocimiento médico no es, en definitiva, un instrumento del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores, como tampoco una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal”.

En Australia, en cambio, se admiten los test de drogas con el propósito de mejorar la productividad.²³¹⁷ Sin embargo, se reconoce que los intereses puramente económicos que subyacen a las preocupaciones de productividad son menos relevantes que la preocupación de proteger la seguridad de los trabajadores y de terceras personas.²³¹⁸ Además, la posibilidad de que el empleador a través de test de drogas se entrometa en la privacidad de los trabajadores con el propósito de obtener ganancias en la productividad se ve limitada por alternativas de recursos humanos menos invasivas, como la observación de la conducta de trabajadores con problemas de drogas –que son quienes podrían afectar la productividad– por parte de empleadores con la debida capacitación.²³¹⁹

En Estados Unidos, los test de drogas podrían perseguir mejoras en las condiciones económicas laborales, en la productividad, respecto de postulantes a ofertas de trabajo y trabajadores que no tienen reconocido el derecho a la privacidad. Por el contrario, tratándose de postulantes y trabajadores que gozan del derecho a la privacidad, no se han admitido los test de drogas con

²³¹⁶ Al mencionar los fines de los test de drogas obligatorios la doctrina solamente admite los contemplados en el artículo 22.1 de la LPRL. En este sentido TALENS (2013), pp. 182-185; FERNÁNDEZ (2015), pp. 275 y ss.

²³¹⁷ GRANT *et al.* (2013), pp. 223, 225-226.

²³¹⁸ GRANT *et al.* (2013), pp. 225-226.

²³¹⁹ GRANT *et al.* (2013), pp. 225-226.

finés de productividad, pues este propósito está prohibido por tal derecho. Por lo tanto, resulta relevante determinar quiénes gozan del derecho a la privacidad. La privacidad se considera garantizada para los trabajadores del sector público en la cuarta enmienda de la Constitución de Estados Unidos, bajo la prohibición de búsqueda y captura irrazonable que debe ser observada por los empleadores del sector público, pero que, en términos generales, no debe ser cumplida por los empleadores del sector privado en relación con sus trabajadores.²³²⁰

Sin embargo, la cuarta enmienda ha sido aplicada a los sectores privados altamente regulados por el Estado.²³²¹ Por ejemplo, la Corte Suprema de Estados Unidos sostiene que la cuarta enmienda se aplica a los test de alcohol y drogas establecidos por compañías privadas de ferrocarriles porque esos test son ordenados o autorizados por la regulación federal, constituyen así una acción del Estado bajo la cuarta enmienda.²³²² Inclusive en casos en que la cuarta enmienda es claramente inaplicable, con frecuencia los tribunales se basan en la interpretación federal constitucional para determinar la razonabilidad de los programas de test de drogas en el sector privado.²³²³

A nivel federal, respecto de postulantes y trabajadores a quienes se aplica la cuarta enmienda, los test de drogas fundados en fines meramente económicos serán considerados irrazonable, no son lícitos con este propósito.

A nivel estatal existen también restricciones constitucionales y reconocimientos expresos a la posibilidad de establecer test de drogas para mantener la productividad. Al menos diez constituciones estatales consagran expresamente como garantía el derecho a la privacidad.²³²⁴ Sin embargo, respecto de los test de drogas, los tribunales de los siguientes estados han sostenido que el derecho a la privacidad constituye un límite solamente para los empleadores estatales y

²³²⁰ OLSEN (1991), p. 234; NORMAND *et al.* (1994), pp. 286-287; FINKIN (2018), p. 2-21.

²³²¹ OLSEN (1991), p. 234.

²³²² *Skinner v. Railway Labor Executive's Association*, 489 U.S. 602, 1422 (1989).

²³²³ *Wilkinson v. Times Mirror Corp.*, 215 Cal. App. 3d 1034, 264 Cal. Rptr. 194 (Cal. Ct. App. 1990); *Hennessey v. Coastal Eagle Point Oil Co.*, No. W-003611-86 (N.J. Super. Ct. Law Div. April 28, 1989) (LEXIS State file).

²³²⁴ Ellas son: Alaska, Arizona, California, Florida, Hawaii, Illinois, Louisiana, Montana, Carolina del Sur y Washington. Véase: ALASKA CONSTITUTION, art. I, § 22; ARIZONA CONSTITUTION, art. II, § 8; CALIFORNIA CONSTITUTION, art. I, § 1; FLORIDA CONSTITUTION, art. I, §§ 12, 23; HAWAII CONSTITUTION, art. I §§ 6, 7; ILLINOIS CONSTITUTION, art. I, §§ 6, 12; LOUISIANA CONSTITUTION, art. I, § 5; MONTANA CONSTITUTION, art. II § 10; SOUTH CAROLINA CONSTITUTION, art. I, § 10; WASHINGTON CONSTITUTION, art. I, § 7.

no para los empleadores del sector privado: Alaska, Illinois, Louisiana y Washington,²³²⁵ En estos estados las constituciones contienen la misma regulación de la Constitución federal, que niega el derecho a la privacidad a los trabajadores del sector privado, por regla general.²³²⁶ En cambio, se ha sostenido que la disposición sobre privacidad contenida en la Constitución de California es aplicable tanto a empresas privadas como a las instituciones públicas, por lo tanto debe observarse en los test de drogas: solo se admiten test de drogas razonables, que son los que no vulneran la expectativa razonable de privacidad.²³²⁷

Por el contrario, existe legislación de diversos estados que admiten expresamente la productividad como uno de los fines de los test de drogas; se encuentran entre ellos: Alaska,²³²⁸ Arizona,²³²⁹ Utah,²³³⁰ West Virginia;²³³¹ o bien los admiten de forma implícita con ese propósito, especialmente cuando tienen lugar en la etapa precontractual, los siguientes estados: Mississippi,²³³², Montana,²³³³, Oklahoma,²³³⁴, Rhode Island,²³³⁵, Tennessee,²³³⁶ Vermont.²³³⁷

En conclusión, en Estados Unidos, respecto de los trabajadores del sector privado a quienes, salvo excepciones, no se aplica la privacidad garantizada a nivel de la Constitución federal o estatal, resulta posible que el empleador establezca test de drogas con el propósito de mejorar las condiciones económicas laborales, estén expresa o implícitamente reconocidos a nivel legal, o bien no se señale nada al respecto. Tratándose de estos trabajadores, los test de drogas no se podrán implementar con fines económicos laborales solo si el convenio colectivo los impide

²³²⁵ FINKIN (2018), p. 2-53.

²³²⁶ FINKIN (2018), p. 2-53.

²³²⁷ *Hill v. National Collegiate Athletic Association*, 865 P.2d 633 (Cal. 1994); *Loder v. City of Glendale*, 927 P.2d 1200 (Cal. 1997); *Pilkington Barnes Hind v. Superior Court* 77 Cal. Rptr. 2d 596 (Ct. App. 1998).

²³²⁸ ALASKA STATE §§ 23.10.600 to 23.10.699. Véase: FINKIN (2018), p. II-65.

²³²⁹ ARIZONA REVISED STATUTES §§ 23-107; 23-493 to 23-493.11. Véase: FINKIN (2018), p. II-69.

²³³⁰ UTAH CODE ANNOTATED §§ 34-38-3 to 34-38-7. Véase: FINKIN (2018), p. II-128.

²³³¹ WEST VIRGINIA CODE §§ 21-1-1; 21-1-3; 21-3E-2 to 21-3E-16. Véase: FINKIN (2018), p. II-134.

²³³² MISSISSIPPI CODE ANNOTATED §§ 71-7-1 to 71-7-31; 15 MISSISSIPPI CODE R. §§ 53.1.1. to 53.9.1. Véase: FINKIN (2018), p. II-106.

²³³³ MONTANA CODE ANNOTATED §§ 39-1.102; 39-2-205 to 39-2-211. Véase FINKIN (2018), p. II-110.

²³³⁴ OKLAHOMA STATE TIT. 40 §§ 552, 554, 556, 557, 559; OKLAHOMA ADMINISTRATION CODE §§ 310:638-2, 310:638-1-4 to 310:638-1-8, 310:638-7-4. Véase FINKIN (2018), p. II-116.

²³³⁵ RHODE ISLAND GEN. LAWS §§ 28-6.5-1 to 28-6.5-3. Véase FINKIN (2018), p. II-121.

²³³⁶ TENNESSEE CODE ANNOTATED §§ 50-9-101 to 50-9-113. Véase FINKIN (2018), p. II-124.

²³³⁷ VERMONT CODE ANNOTATED TIT. 21 §§ 511-520. Véase FINKIN (2018), p. II-131.

expresamente con dicho fin.²³³⁸ Por el contrario, respecto de trabajadores que tienen garantizado el derecho a la privacidad, no se admiten los test de drogas con fines exclusivamente productivos.

2. Los test de drogas para proteger la seguridad y salud en el trabajo

Preocupaciones vinculadas a la seguridad y salud en el trabajo son las justificaciones más comunes para establecer test de drogas en el contexto laboral. Los empleadores tienen una obligación contractual y, sobre todo, legal de adoptar acciones positivas dirigidas a eliminar y, de no ser ello posible, reducir los riesgos para la vida y salud en el lugar de trabajo. Si bien este fin es común entre las legislaciones analizadas, se examinarán por separado.

2.1. La protección de la seguridad y salud en el trabajo como finalidad de los test de drogas en Australia

En Australia el contenido de los deberes de seguridad y salud en el trabajo constituye el principal fundamento en la justificación de los test de drogas. En empleos riesgosos para la seguridad son considerados necesarios para minimizar el riesgo de lesiones de los propios trabajadores, de sus compañeros de trabajo y del público, producto de accidentes del trabajo en que las drogas tengan alguna influencia como factor causante.²³³⁹

Estudios sobre la prevalencia del consumo de drogas en la fuerza de trabajo y el efecto de deterioro de las drogas en las condiciones físicas y psicológicas de los trabajadores sugieren que en Australia, al menos, algunos de los accidentes están relacionados con el deterioro en la aptitud psicofísica del trabajador que producen las drogas.²³⁴⁰ Las investigaciones también indican que aproximadamente la mitad de los trabajadores que fallecieron en accidentes del trabajo tenían drogas o alcohol en su cuerpo al tiempo de la muerte, aunque esto no necesariamente es indicativo de estar bajo la influencia de las drogas al momento del accidente.²³⁴¹

De esta forma, la implementación de programas de test de drogas es necesaria para proporcionar un lugar de trabajo seguro, puesto que –según se afirma– permiten reducir accidentes del trabajo

²³³⁸ NORMAND *et al.* (1994), pp. 294-295.

²³³⁹ GRANT *et al.* (2013), p. 225.

²³⁴⁰ HOLLAND *et al.* (2005), p. 327; GRANT *et al.* (2013), p. 225.

²³⁴¹ MCNEILLY (2010), p. 423.

y potencialmente constituyen un efectivo instrumento para remover el problema del abuso de drogas en el lugar de trabajo.²³⁴²

Los deberes empresariales de salud y seguridad ocupacionales proporcionan el fundamento más fuerte y convincente para testear por drogas a cualquier trabajador que represente un riesgo real para su propia salud y seguridad, la de un compañero de trabajo o un miembro del público.²³⁴³ La legislación de salud y seguridad ocupacionales en cada estado y territorio de Australia impone al empleador la obligación de proporcionar un lugar de trabajo seguro para todos los trabajadores y visitantes del lugar bajo su control; así los empleadores están sujetos a responsabilidad estricta, que se extiende a las acciones y omisiones de sus trabajadores, independientemente de las condiciones físicas y psicológicas de estos.²³⁴⁴ De este modo, los test de drogas constituyen un instrumento que le permite al empleador cumplir con su deber de seguridad en el trabajo.²³⁴⁵

La jurisprudencia laboral lo confirma, pues ha resuelto que, tratándose de trabajadores bajo la influencia de las drogas que ejecutan labores sensibles para la seguridad, resulta justificado requerirles que se sometan a test de drogas, debido a que “el empleador tiene un derecho legítimo (y de hecho una obligación) para tratar de eliminar el riesgo de que los trabajadores concurren a trabajar bajo la influencia de las drogas o el alcohol, de tal manera que pudieran representar un riesgo para la salud o la seguridad.”²³⁴⁶

Asimismo, la jurisprudencia laboral acepta que en industrias críticas para la seguridad, como la ferroviaria, donde los errores en el desempeño de las labores pueden causar lesiones personales significativas, incluso la muerte, y pérdidas económicas importantes, el empleador exija a sus trabajadores asistir al trabajo sin tener ninguna sustancia ilícita en su cuerpo; por lo tanto, es lícito el mandato empresarial de requerir test de drogas a trabajadores cuyas labores son

²³⁴² HOLLAND Y LENG (2019), p. 138.

²³⁴³ GRANT *et al.* (2013), p. 225.

²³⁴⁴ HOLLAND *et al.* (2005), p. 327; GRANT *et al.* (2013), p. 225; HOLLAND Y LENG (2019), p. 138.

²³⁴⁴ MCNEILLY (2010), p. 423.

²³⁴⁵ HOLLAND *et al.* (2005), p. 327; GRANT *et al.* (2013), p. 225; HOLLAND Y LENG (2019), p. 138.

²³⁴⁶ *Shell Refining (Australia) Pty Ltd, Clyde Refinery v. Construction, Forestry, Mining and Energy Union* (2008) AIRC 510; *Endeavour Energy v. Communications, Electrical, Electronic, Energy, Information, Postal, Plumbing and Allied Services Union of Australia*; *Australian Municipal, Administrative, Clerical and Services Union*; *Association of Professional Engineers, Scientists and Managers, Australia* (2012) FWAFB 4998.

altamente sensibles para la seguridad con el solo propósito de detectar la presencia de drogas en su cuerpo.²³⁴⁷

En cuanto a la oportunidad de los test de drogas con fines de seguridad en el trabajo, se sostiene que persiguen este fin tanto los test preocupacionales como los que tienen lugar durante la vigencia del contrato de trabajo.²³⁴⁸

Los test de drogas permiten disuadir a los trabajadores del consumo de drogas, disminuyendo los riesgos laborales. Esta es la principal función que se les ha reconocido a los test aleatorios, pues no permiten evitar totalmente que un trabajador ejecute labores habiendo consumido drogas o estando bajo su influencia.²³⁴⁹ La jurisprudencia laboral australiana reiteradamente ha atribuido esta función a los test de drogas aleatorios: “Se debe enfatizar que la política se refiere a un régimen de test aleatorios. Cualquiera sea el método de test de drogas que se adopte, los trabajadores que asisten al trabajo no serán testeados frecuentemente. Esto significa que algunos trabajadores podrían estar bajo la influencia de las drogas o el alcohol y no ser detectados a través de test. Por lo tanto, el propósito real de las pruebas aleatorias es disuadir a los trabajadores de asistir al trabajo en un estado deteriorado, debido al riesgo de que esa condición sea detectada.”²³⁵⁰

2.2. La protección de la seguridad y salud en el trabajo como finalidad de los test de drogas en Estados Unidos

Si la presencia en el cuerpo, el consumo, la influencia bajo las drogas y/o la intoxicación constituyen un riesgo para la vida, la salud, la integridad física o psíquica de una persona, los test de drogas son un mecanismo que permite eliminar o reducir ese riesgo, evitando accidentes en que las drogas hayan estado involucradas.²³⁵¹ Por lo tanto, en primer lugar, uno de los fines para los cuales los empleadores establecen los test de drogas es identificar a los consumidores que potencialmente podrían estar involucrados en un accidente causado en todo o parte por su

²³⁴⁷ *Sydney Trains v. Gay Hilder* (2020) FWCFB 1373; *Rodney Roach v. Pacific National Services Pty Ltd* (2022) FWC 103.

²³⁴⁸ HOLLAND Y LENG (2019), p. 138.

²³⁴⁹ CRAIG (1999), p. 185.

²³⁵⁰ *Construction, Forestry, Mining and Energy Union v. Port Kembla Coal Terminal Limited* [2015] FWCFB 4075, [66]. En el mismo sentido: *BHP Iron Ore Pty Ltd v. Construction, Mining, Energy, Timberyards, Sawmills and Woodworkers Union of Australia, Western Australian Branch* (1998) 82 IR 162.

²³⁵¹ CRAIG (1999), p. 183.

consumo de drogas o intoxicación antes que el accidente ocurra.²³⁵² Con este propósito se ha justificado el establecimiento de test de drogas aleatorios.

En segundo lugar, se ha sostenido que los test de drogas sirven para otro propósito relevante para la seguridad: su establecimiento y aplicación disuade a los trabajadores de consumir drogas y llegar a ser, por esa circunstancia, un riesgo para la seguridad.²³⁵³ Sin embargo, esta finalidad podría no lograrse respecto de trabajadores con problemas de adicción, puesto que, si el abuso de drogas tiene un componente de enfermedad sobre el cual el individuo no tiene control o se ve reducido, entonces el efecto disuasivo del test de drogas se verá disminuido respecto de esos trabajadores.²³⁵⁴ No existe todavía evidencia científica concluyente acerca de que los test de drogas en el trabajo desincentiven ampliamente el consumo futuro de drogas.²³⁵⁵

Adicionalmente, el factor disuasivo de los test de drogas dependerá de la forma de testeo adoptado por la empresa. Los test que tengan lugar solo en la etapa precontractual no tendrán efecto disuasivo en el largo tiempo en los trabajadores, ya que no serán sometidos a test durante la vigencia del contrato de trabajo. Por lo tanto, los empleadores que desean disuadir a los trabajadores del futuro consumo de drogas deben implementar programas que contemplen test aleatorios y/o universales periódicos.²³⁵⁶ Los test de drogas con fines preventivos de accidentes y disuasivos del consumo de drogas para prevenir, igualmente, accidentes, solo tienen justificación respecto de postulantes o trabajadores de empleos altamente riesgosos (*high-risk employment*), que son quienes poseen riesgo para la seguridad. Se defiende la racionalidad de los test de drogas aleatorios y/o universales respecto de estas categorías de trabajadores, con base en que “el principal beneficio de los test de orina, saliva o sangre es que ellos pueden detectar el uso de drogas antes que los síntomas visibles del abuso de drogas se manifiesten en el lugar de trabajo. Esta posibilidad es una ventaja que un supervisor entrenado no puede replicar. La

²³⁵² CRAIG (1999), p. 183.

²³⁵³ MCGOVERN (1987), p. 1453; HOBBS Y SCRIVNER (1988), p. 630.

²³⁵⁴ MCGUIRE Y RUHM (1991), p.10.

²³⁵⁵ NORMAND *et al.* (1994), p. 236.

²³⁵⁶ CRAIG (1999), p. 185.

premisa subyacente es que esta ventaja no debería ser sacrificada cuando la seguridad de los trabajadores, compañeros de trabajo o el público en general está en juego”.²³⁵⁷

Los trabajadores que ejecutan tareas que poseen un riesgo sustancial de lesiones corporales graves, tales como pilotos aéreos, trabajadores de plantas nucleares, médicos cirujanos, deberían estar sujetos a test de drogas aleatorios o universales debido al riesgo para otros trabajadores y para el público derivado de un accidente vinculado al consumo de drogas.²³⁵⁸ Por lo tanto, si producto de las labores el consumo de drogas de un trabajador constituye un riesgo que podría causar o contribuir a causar un accidente que produce un impacto en la seguridad y salud, se justificará el test de drogas respecto de esos trabajadores aun antes que el accidente ocurra.²³⁵⁹

La Corte Suprema de Oklahoma confirma la legalidad de una política de test de drogas aleatorios en una empresa con actividad altamente sensible para la seguridad, fundado en que “los empleadores tienen un interés legítimo en mantener una fuerza de trabajo libre de los efectos adversos del abuso del alcohol y drogas ilegales. Problemas de seguridad y otras preocupaciones de eficiencia motivaron a Enogex a adoptar medidas para que sus trabajadores no estén intoxicados en el trabajo ni ejecuten sus labores en tal estado debido al abuso del alcohol y las drogas durante el tiempo libre. Los medios empleados por la política de test de drogas de Enogex, aunque quizás intrusivos, aparecen implementados razonablemente para asegurar un fin legítimo”.²³⁶⁰

Igualmente, los tribunales en Ohio y Kansas han confirmado la legalidad de los test de drogas aleatorios, fundado en el propósito del empleador de mantener un ambiente de trabajo seguro, inclusive respecto de trabajadores que no ocupan posiciones sensibles para la seguridad.²³⁶¹ Extensión cuestionada por la doctrina, puesto que los trabajadores que no ejecutan labores altamente riesgosas para la seguridad, como un cajero de una tienda comercial, poseen bajo

²³⁵⁷ MCGOVERN (1987), pp. 1498-1499.

²³⁵⁸ MCGOVERN (1987), pp. 1498-1499; HÉBERT (2023), pp. 3-89 y ss.

²³⁵⁹ MCGOVERN (1987), pp. 1498-1499.

²³⁶⁰ *Gilmore v. Enogex, Inc.* 878 P.2d 360, 364 (Okla. 1994).

²³⁶¹ *Seta v. Reading Rock, Inc.*, 654 N.E.2d 1061, 1067 (Ohio Ct. App. 1995); *Bracken v. Dixon Indus., Inc.*, 38 P.3d 679 (Kan. 2002).

riesgo de causarse daño a sí mismos, de causar daño a compañeros de trabajo y al público si están bajo la influencia de las drogas.²³⁶²

Existen escasos estudios de campo sobre los efectos de los test de drogas en la prevención de accidentes. Uno de los pocos estudios académicamente rigurosos llevados a cabo se relaciona con los efectos de la regulación del Departamento de Transporte de Estados Unidos en la seguridad de las carreteras, que concluye que las políticas de test de drogas han reducido las fatalidades en las carreteras entre un 9 y un 10%, y que los beneficios exceden los costos entre dos y quizás diez veces respecto del costo de los programas de test de drogas.²³⁶³ Sin embargo, el estudio también advierte el riesgo de generalizar los resultados a cualquier trabajo, puesto que “en los trabajos típicos, donde el pobre desempeño de un trabajador tiene escasas externalidades negativas, si existe alguna, los beneficios de testear podrían ser pequeños en relación con sus costos”.²³⁶⁴ Otros estudios, en cambio, afirman que existe una ausencia de costo-beneficio en los test de drogas para prevenir accidentes.²³⁶⁵

En tercer lugar, los test posteriores a accidentes del trabajo también encuentran una justificación en la seguridad y salud en el trabajo, debido a que el empleador busca identificar las causas reales de los accidentes y prevenir su repetición.²³⁶⁶ Estos test no deben aplicarse a cualquier trabajador, sino solamente a aquellos que se hayan visto involucrados en un accidente y, dependiendo de la regulación, según se tenga sospecha o no de que las drogas hayan contribuido a causar el accidente. Estos test no deben ser utilizados por el empleador como un instrumento para tomar represalias contra los trabajadores que reportan accidentes y enfermedades ocupacionales, requiriéndoseles automáticamente test de drogas luego de comunicar un incidente. Esta política desincentiva denunciar incidentes laborales, según los comentaristas de la normativa,²³⁶⁷ y la Occupational Safety and Health Administration (OSHA) encuentra bien fundadas estas críticas.²³⁶⁸ Como consecuencia de ello, la OSHA modificó las reglas en esta materia y limitó

²³⁶² CRAIG (1999), p. 185. De forma indirecta MCGOVERN (1987), pp. 1498-1499, al no defender los test de drogas aleatorios y universales respecto de trabajadores que no ejecutan labores altamente riesgosas para la seguridad.

²³⁶³ JACOBSON (2003), p. 150; FINKIN (2018), p. 2-17.

²³⁶⁴ JACOBSON (2003), pp. 150-151.

²³⁶⁵ DRAPER (2003), pp. 137-155.

²³⁶⁶ CRAIG (1999), p. 183.

²³⁶⁷ FINKIN (2018), p. 2-52.

²³⁶⁸ Improve Tracking of Workplaces Injuries and Illnesses, 81 Fed. Reg. 29, pp. 672-673.

los test posteriores a la denuncia de un incidente laboral respecto del trabajador denunciante a situaciones en las cuales el uso de drogas por parte de dicho trabajador probablemente haya contribuido al incidente y, por tanto, el test de drogas puede precisamente identificar la discapacidad causada por el uso de drogas.²³⁶⁹ La OSHA precisa, eso sí, que “los empleadores no necesitan específicamente sospechar el consumo de drogas antes del testeo, pero debería existir una posibilidad razonable de que el uso de drogas por parte del trabajador informante fue un factor que contribuyó al accidente o enfermedad reportados, a fin de que el empleador requiera un test de drogas. Además, el test de drogas establecido de una manera en que podría ser percibido como punitivo o vergonzoso para el trabajador, probablemente impedirá reportar un incidente”.²³⁷⁰

Por otra parte, existe regulación federal específica que mandata la procedencia de los test de drogas posteriores a un accidente. Así, tratándose de trabajadores que operan cualquier vehículo del transporte público involucrado en accidentes de tránsito y cualquier otro trabajador que haya contribuido al accidente de tránsito que provoque la muerte o no, lesiones corporales o daño a la propiedad, deberán someterse a test de drogas luego del accidente tan pronto como sea posible.²³⁷¹ Igualmente, existe normativa estatal de ciertos estados que autoriza al empleador a establecer políticas de test de drogas posteriores a un accidente, como instrumento para investigar las causas del accidente; se mencionan, a modo de ejemplo, Alaska,²³⁷² Arizona,²³⁷³

²³⁶⁹ Improve Tracking of Workplaces Injuries and Illnesses, 81 Fed. Reg. 29, p. 673.

²³⁷⁰ Improve Tracking of Workplaces Injuries and Illnesses, 81 Fed. Reg. 29, p. 673.

²³⁷¹ 49 U.S.C. §§ 5331(2)(A)-(B); 49 C.F.R. Part 655 Subpart E § 655.44.

²³⁷² ALASKA STATE §§ 23.10.600 to 23.10.699. Véase: FINKIN (2018), p. II-65.

²³⁷³ ARIZONA REVISED STATUTES §§ 23-107; 23-493 to 23-493.11. Véase: FINKIN (2018), p. II-69.

Iowa,²³⁷⁴ Minnesota,²³⁷⁵ Montana,²³⁷⁶ Oklahoma,²³⁷⁷ Tennessee,²³⁷⁸ Utah,²³⁷⁹ West Virginia.²³⁸⁰

Otros estados guardan silencio respecto de los test de drogas posteriores a un accidente del trabajo, pero no los prohíben; tampoco la normativa federal los prohíbe expresamente. En esos casos, pueden contemplarse en el convenio colectivo, en el caso de trabajadores sindicalizados, o bien el empleador puede contemplarlos unilateralmente en políticas de alcohol y drogas, sin alterar el convenio colectivo ni el contrato de trabajo.

2.3. La protección de la seguridad y salud en el trabajo como finalidad de los test de drogas en España

Al regular los fines de los reconocimientos médicos, el artículo 22.1 de la LPRL demuestra que los test de drogas persiguen evitar peligros para la seguridad y salud en el trabajo.²³⁸¹ En primer lugar, los test de drogas establecidos por disposiciones legales en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad persiguen, principalmente, evitar que los trabajadores que desempeñan labores sensibles para la seguridad lo hagan bajo la influencia de las drogas o con un nivel de drogas en su sistema por sobre el permitido por la legislación. Es la situación de los trabajadores que conducen medios de transporte público o privado, trabajadores de plantas nucleares, donde existe normativa estatal que les exige someterse a test de drogas para prevenir riesgos para la seguridad y salud derivados del consumo o influencia de las drogas.²³⁸²

²³⁷⁴ IOWA CODE § 730.5 (2018 Iowa Acts 1046 (H.F. 2383); IOWA ADMINISTRATION CODE r. 641-12.1 (730) to 641-12-21 (730). Véase: FINKIN (2018), p. II-82. En conformidad con esta normativa, el empleador solo puede testear por drogas a trabajadores luego de ciertos accidentes: durante la investigación de un accidente de trabajo que lesionó a un trabajador si la lesión requiere un registro o reporte conforme a la ley de seguridad y salud ocupacional de Iowa; durante la investigación de un accidente del trabajo que causó más de \$1.000 en daños al equipamiento u otra propiedad.

²³⁷⁵ MINNESOTA STATE §§ 152.02, 152.32, 181.950 to 181.956. Véase: FINKIN (2018), p. II-102.

²³⁷⁶ MONTANA CODE ANNOTATED §§ 39-1-102, 39-2-205 al 39-2-211. Véase: FINKIN (2018), p. II-110. En conformidad con la normativa de Montana, el empleador puede conducir test de drogas posteriores a un accidente cuando existe razón para creer que el acto del trabajador o la omisión de actuar es una causa directa o próxima del accidente del trabajo que causó muerte, lesiones personales o daño a la propiedad de más de \$1.500.

²³⁷⁷ OKLAHOMA STATE TIT. 40 §§ 552, 554, 556, 557, 559; OKLAHOMA ADMINISTRATION CODE §§ 310:638-2, 310:638-1-4 to 310:638-1-8, 310:638-7-4. Véase: FINKIN (2018), p. II-116.

²³⁷⁸ TENNESSEE CODE ANNOTATED §§ 50-9-101 to 50-9-113. Véase: FINKIN (2018), p. II-125.

²³⁷⁹ UTAH CODE ANNOTATED §§ 34-38-3 to 34-38-7. Véase: FINKIN (2018), p. II-128.

²³⁸⁰ WEST VIRGINIA CODE §§ 21-1-1; 21-1-3; 21-3E-2 to 21-3E-16. Véase: FINKIN (2018), p. II-134.

²³⁸¹ TALÉNS (2013), pp. 182-185; FERNÁNDEZ (2015), p. 298.

²³⁸² Véase un resumen de esta legislación en FERNÁNDEZ (2015), pp. 281-297.

En segundo lugar, en conformidad con el artículo 22.1 de la LPRL, los test de drogas se admiten para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para sí mismo, para los demás trabajadores y para otras personas relacionadas con la empresa, norma que requiere determinar su alcance. Primero, debe determinarse la naturaleza de la actividad laboral desempeñada por el trabajador y las condiciones en que se ejecuta,²³⁸³ puesto que los test de drogas bajo este supuesto no son exigibles a todo tipo de trabajadores, sino únicamente a aquellos que, a causa del consumo de drogas o por estar bajo su influencia, representan un riesgo para la seguridad.²³⁸⁴ En otras palabras, el empleador solo les puede exigir someterse a test de drogas, bajo el artículo 22.1 de la LPRL, a los trabajadores que ejecutan labores altamente sensibles para la seguridad, que representan un riesgo para la seguridad.²³⁸⁵ Bajo el tercer supuesto de la norma citada, resultarán obligatorios los test de drogas para los “conductores de ambulancias, autobuses y demás medios de transporte terrestres, acuáticos o aéreos, o para los operarios de la construcción, así como para cualquier tipo de trabajos en los que su desempeño bajo los efectos del alcohol o las drogas implique un peligro o riesgo”²³⁸⁶ para la seguridad de quienes menciona la norma en cuestión, en supuestos distintos a los que establece la legislación que contempla test de drogas obligatorios. Por el contrario, fundado en la obligación de seguridad, el empleador no podría exigir test de drogas a trabajadores que no ejecutan labores altamente sensibles para la seguridad, tales como, por ejemplo, dependientes del comercio, puesto que en cargos de esta naturaleza el consumo de drogas o estar bajo su influencia “no lleva aparejado un incremento del riesgo o el peligro en la actividad (por lo que solamente serían posibles si el trabajador prestase su consentimiento).”²³⁸⁷

En segundo término, el artículo 22.1 de la LPRL requiere para la obligatoriedad de los test que el consumo de drogas constituya un peligro “para él mismo, para los demás trabajadores y para otras personas relacionadas con la empresa”. Esto ha planteado cierta discusión doctrinal sobre si es posible establecer como obligatorios los test drogas cuando estas constituyen un peligro solo para el propio trabajador y no para compañeros de trabajo ni terceros. Un sector de la

²³⁸³ TALÉNS (2013), p. 184.

²³⁸⁴ TALÉNS (2013), p. 184.

²³⁸⁵ FERNÁNDEZ (2015), p. 298.

²³⁸⁶ TALÉNS (2013), pp. 184-185.

²³⁸⁷ TALÉNS (2013), p. 185.

doctrina sostiene que los reconocimientos médicos no pueden exigirse cuando el peligro se presenta únicamente para el trabajador, quien es libre de asumir sus propios riesgos.²³⁸⁸ Por lo tanto, los test serían siempre voluntarios cuando el peligro sea únicamente para el trabajador consumidor de sustancias ilícitas. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sigue parcialmente esta posición, al establecer que la obligatoriedad de un reconocimiento médico, naturaleza que tienen los test de drogas, no puede imponerse si únicamente está en juego la salud del trabajador, sin que exista un riesgo cierto objetivable,²³⁸⁹ *a contrario sensu*, si existe un riesgo cierto objetivable para el trabajador derivado del consumo de drogas, los test de drogas podrían establecerse de forma obligatoria.

Otro sector de la doctrina sostiene que pueden exigirse reconocimientos médicos cuando solamente esté en peligro la salud del propio trabajador, para lo cual otorgan diversos fundamentos. El artículo 25 de la LPRL previene de manera expresa no emplear a aquel trabajador cuyas condiciones psicofísicas no sean las adecuadas para el puesto de trabajo y constituyan un peligro para el propio trabajador,²³⁹⁰ efecto que pueden provocar las drogas a trabajadores que ejecutan labores riesgosas para la seguridad del propio trabajador. Inclusive en la situación de riesgo exclusivo para el trabajador pueden derivar responsabilidades para el empleador ante un posible accidente del trabajo, riesgo o amenaza de accidente, como consecuencia del incumplimiento de la obligación de seguridad,²³⁹¹ lo que justifica la obligatoriedad de los test de drogas. Finalmente, el trabajador no solo tiene derechos, sino también deberes de seguridad, y debe contribuir a cumplir las obligaciones dirigidas a eliminar los riesgos laborales, inclusive los que solo pongan en peligro su propia vida o salud.²³⁹²

²³⁸⁸ GONZÁLEZ Y APARICIO (1996), p. 153.

²³⁸⁹ STC N° 196/2004, 15 de noviembre. En términos similares TALÉNS (2013), pp. 183-184: “En tanto en cuanto el empresario pueda quedar responsabilizado por un posible accidente laboral, y sobre la base de que no debe emplear a los trabajadores que no estén aptos para desempeñar su labor, en casos de riesgos graves o fundados, cabría el control obligatorio para vigilar la salud sobre aquella afectación individual que no trascienda hacia la colectividad. Esto supondría que sospechas de niveles elevados de alcohol o drogas deberían caer dentro de estas exigencias, así como aquellos supuestos más extremos en los que el trabajador entre en el denominado síndrome de abstinencia”.

²³⁹⁰ BLASCO (1999), p. 262.

²³⁹¹ FERNÁNDEZ (1997), p. 220.

²³⁹² CAVAS (2004), p. 291.

El supuesto en que no existen dudas acerca de la obligatoriedad de los test de drogas es aquel en que el trabajador, a consecuencia del consumo de drogas, supone un peligro para la seguridad de los compañeros de trabajo o de terceras personas, ya que pone en riesgo su vida o integridad física.²³⁹³ Si el consumo de drogas provoca que el trabajador represente un riesgo de causar una enfermedad en otra persona, o bien un riesgo de lesión o muerte de un tercero, se justifica la obligatoriedad de los test de drogas; en estos casos prevalece la salud de la colectividad antes que la autonomía individual e intimidad del trabajador.²³⁹⁴ El riesgo de contagio de enfermedad podría ocurrir cuando el trabajador consumidor de drogas tiene VIH/sida u otra enfermedad contagiosa y, a causa del trabajo que ejecuta, existe riesgo de transmisión a terceros producto del consumo de drogas.²³⁹⁵

Los trabajos riesgosos para la seguridad generalmente lo son para el propio trabajador y terceros (compañeros de trabajo y/o público). Un ejemplo de ello lo constituyen los conductores de medios de transportes. El Juzgado de lo Social de Santander invoca la multiplicidad de posibles afectados con los riesgos derivados de conducir una ambulancia para declarar la legalidad del test de drogas requerido por el empleador: “El demandante conduce una ambulancia. No es posible discutir, por tanto, que su profesión tiene evidentes riesgos por sí misma [...]. El demandante, no conviene olvidar, conduce una ambulancia que acude a los siniestros y transporta heridos. Esta conducción es especialmente peligrosa, no solo para el o los trabajadores que circulan en la ambulancia, sino para terceros, puesto que se desarrolla en condiciones de tensión, urgencia, inmediatez, riesgo [...]. La empresa, por tanto, estaba legitimada para solicitar al actor el sometimiento a las pruebas referidas”.²³⁹⁶

Otra jurisprudencia considera procedentes los test de drogas no solamente para prevenir riesgos para las personas, sino también para el medio ambiente y las instalaciones, fundado en la obligación de seguridad del empleador y en la normativa específica sobre prevención de riesgos laborales. El Tribunal Superior de Justicia de Valencia sostiene, para justificar un test de drogas respecto de trabajadores de una planta nuclear: “Debe tenerse en cuenta que no nos encontramos

²³⁹³ TALÉNS (2013), p. 184; FERNÁNDEZ (2015), p. 298.

²³⁹⁴ BLASCO (1999), p. 262; TALÉNS (2013), p. 184.

²³⁹⁵ TALÉNS (2013), p. 184.

²³⁹⁶ SJSO de Santander, 20 de abril de 2010, Nº 253/2010.

ante controles orientados a la salud médica del trabajador, sino para asegurar la salud de las personas, las instalaciones y el medio ambiente, como consecuencia de las precauciones y garantías que exige una central nuclear, y la medida se basa en una necesidad objetivable”.²³⁹⁷

3. Los test de drogas como instrumento para garantizar el cumplimiento de prohibiciones vinculadas al consumo de drogas que constituyen requisitos inherentes al puesto de trabajo

Ciertos cargos, por la naturaleza de las funciones que comprenden, imponen a quienes los desempeñan la prohibición de consumir y estar bajo la influencia de las drogas; por lo tanto, los test de drogas constituyen una de las herramientas necesarias para verificar el cumplimiento de ese requerimiento. Esta función, según se demostrará, es ampliamente aceptada en países del *common law*, pero no en España, donde se discute si los test de drogas pueden determinar el cumplimiento de los requisitos inherentes a una posición laboral.

3.1. Verificación del cumplimiento de prohibiciones vinculadas a drogas que constituyen requisitos inherentes al cargo en Australia

Por la naturaleza del trabajo que desempeñan, a ciertos trabajadores se les requiere una integridad personal superior a la de la comunidad en general. El cargo mismo o sus funciones esenciales son lo que hace incompatible ocupar tal posición y el consumo de drogas ilícitas o estar bajo su influencia. De ahí que a estos trabajadores no solo se les prohíbe el consumo de drogas en el lugar de trabajo y estar bajo la influencia de las drogas mientras están desempeñando sus funciones, sino también el consumo de drogas fuera del lugar de trabajo, en su tiempo libre.²³⁹⁸ Esta prohibición justifica políticas de test de drogas altamente intrusivas de la privacidad del trabajador, ya que persiguen detectar tanto la mera presencia de las drogas en el cuerpo como estar bajo su influencia.²³⁹⁹ Esto exige efectuar una interpretación restrictiva de esta función de los test de drogas, que atienda exclusivamente a la naturaleza del cargo, evitando criterios subjetivos del empleador.

²³⁹⁷ STSJ de la Comunidad Valenciana, 15 de junio de 2017, Nº 1609/2017.

²³⁹⁸ GRANT *et al.* (2013), p. 224.

²³⁹⁹ GRANT *et al.* (2013), p. 224.

No existe una enumeración taxativa de cargos que exigen la prohibición de consumir y estar bajo la influencia de las drogas en el trabajo y fuera de las dependencias del empleador. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia proporcionan algunos ejemplos. Los policías tienen como función velar por el cumplimiento de las leyes, de modo que es incompatible con esta posición el consumo de drogas dentro o fuera del lugar de trabajo, prohibición que persigue mantener la integridad y honestidad de los policías y garantizar el adecuado cumplimiento de sus deberes. Esto se funda en diversas consideraciones de interés público, tales como: (1) la seguridad pública, teniendo en cuenta que los policías hacen cumplir la ley y mantienen el orden público, para lo cual pueden utilizar armas de fuego; (2) evitar comprometer a los policías y las investigaciones como consecuencia del consumo de drogas, y (3) mantener la confianza pública y gubernamental en la aplicación de la ley.²⁴⁰⁰ Se considera que es poco probable que un policía que consume drogas ilícitas cumpla con su función de aplicar la legislación sobre drogas con convicción, y su participación en cualquier forma de una ofensa criminal constituye un conflicto fundamental con el deber juramentado del funcionario policial de hacer cumplir la ley.²⁴⁰¹

Asimismo, los oficiales penitenciarios desempeñan en las cárceles una posición sensible para las personas privadas de libertad. En el caso laboral *Gay v. Department of Corrective Services* se hizo presente la necesidad de “garantizar la seguridad de las cárceles y velar por que los funcionarios penitenciarios no estén comprometidos en su relación con los reclusos”.²⁴⁰² En la apelación, la Comisión de Relaciones Industriales confirmó la solidez de la política, ya que el Departamento de Policía es una “agencia encargada de hacer cumplir la ley, cuyos trabajadores deben ser vistos como defensores de la ley”.²⁴⁰³ Igualmente, los funcionarios penitenciarios que tienen problemas con las drogas constituyen un riesgo para la seguridad de los reclusos, por la que precisamente deben velar dichos funcionarios.²⁴⁰⁴

Las consideraciones expuestas aplican a otras ocupaciones con alto estándar de integridad. Los oficiales de aduanas también están en una posición única para hacer cumplir las leyes sobre

²⁴⁰⁰ *Anderson v. Sullivan* (1997) 78 FCR, 380 a 387.

²⁴⁰¹ PRIVACY COMMITTEE OF NEW SOUTH WALES (1992), p. 31; GRANT *et al.* (2013), p. 223.

²⁴⁰² *Gay v. Department of Corrective Services* [2005] NSWIR Comm 1212, [17].

²⁴⁰³ *Public Service Association and Professional Officers' Association Amalgamated Union of New South Wales (on behalf of Sandra Gay) v. Department of Corrective Services* [2006] 153 IR 125, [130].

²⁴⁰⁴ GRANT *et al.* (2013), p. 224.

prohibición de drogas, y el uso personal de drogas ciertamente afecta la aptitud para cumplir con ese deber.²⁴⁰⁵ Los trabajadores judiciales, incluso los propios jueces, están involucrados en la administración de justicia, lo que comprende sancionar a quienes infringen las leyes sobre drogas; su desprecio por hacer cumplir las normas sobre drogas como consecuencia de su consumo puede tener un impacto negativo en la confianza pública sobre la administración de justicia.²⁴⁰⁶

Actualmente a los trabajadores que son deportistas profesionales o atletas en deportes individuales se les prohíbe el consumo de cualquier sustancia que les permita mejorar su rendimiento en las competencias deportivas en que participan.²⁴⁰⁷ El principal propósito de esta restricción es asegurar la igualdad en las competencias deportivas de élite, lo cual se logra a través de prohibiciones, test de drogas y sancionando severamente a cualquier atleta que busque obtener ventaja mediante el uso de drogas y métodos que mejoran su rendimiento.²⁴⁰⁸ Además, esta prohibición tiene otro fundamento: los deportistas de élite son modelos a seguir dentro de la sociedad; ellos se benefician de su posición y relación con la comunidad, por lo que se debe garantizar esa confianza pública a través de la integridad como deportistas.²⁴⁰⁹

La situación de los jugadores del fútbol australiano constituye un buen ejemplo de los dos fundamentos de los test de drogas expuestos en el párrafo anterior, puesto que el acuerdo de negociación colectiva a que están sujetos autoriza a la Australian Football League (AFL) a testear a los jugadores tanto por sustancias que mejoran el rendimiento como por drogas ilícitas que no necesariamente mejoran su desempeño.²⁴¹⁰ Similar regulación existe respecto de los rugbistas de los equipos de la National Rugby League.²⁴¹¹

Por consiguiente, en los deportes de mayor popularidad en Australia, las prohibiciones vinculadas a las drogas se pueden dividir en cuatro categorías: (1) drogas que mejoran el rendimiento consumidas durante la temporada de competencia; (2) drogas que mejoran el

²⁴⁰⁵ GRANT *et al.* (2013), p. 224.

²⁴⁰⁶ GRANT *et al.* (2013), p. 224.

²⁴⁰⁷ GRANT *et al.* (2013), p. 225.

²⁴⁰⁸ HORVATH (2006), p. 359.

²⁴⁰⁹ GRANT *et al.* (2013), pp. 224-225.

²⁴¹⁰ HORVATH (2006), p. 373; FRIDMAN *et al.* (2007), pp. 66-67.

²⁴¹¹ FRIDMAN *et al.* (2007), p. 72.

rendimiento consumidas fuera de la temporada de competencia; (3) drogas recreacionales consumidas durante la competición que no mejoran el rendimiento; (4) drogas recreacionales consumidas fuera de la competición que no mejoran el rendimiento.²⁴¹² Existe amplia aceptación respecto de que los test para drogas que mejoran claramente el rendimiento, como los esteroides, deben realizarse tanto durante la competición como fuera de ella a fin de eliminar tales drogas del deporte.²⁴¹³ En relación con los test de drogas recreacionales durante la competencia, se justifican más bien por la confianza depositada por los aficionados del deporte para mantener el espíritu deportivo y garantizar la seguridad y salud de los deportistas, particularmente en los deportes que involucran contacto físico.²⁴¹⁴ Más dudosa es la licitud de los test de drogas recreacionales que tienen lugar fuera de la competencia, pues podrían calificarse de intromisiones injustificadas en la privacidad de los deportistas; sin embargo, se ha invocado como fundamento de su procedencia el deber de seguridad y salud que el empleador tiene con trabajadores que requieren estar en condiciones físicas y psicológicas adecuadas para competir.²⁴¹⁵

3.2. Verificación del cumplimiento de prohibiciones vinculadas a drogas que constituyen requisitos inherentes al cargo en Estados Unidos

En Estados Unidos se admiten los test de drogas para determinar su presencia y estar bajo su influencia, cuando las prohibiciones de consumo y de estar bajo la influencia de las drogas constituyen requisitos inherentes al cargo, esto es, un requisito ocupacional de buena fe. Las prohibiciones vinculadas a las drogas persiguen garantizar la integridad de la fuerza laboral, asegurar ante terceros que los trabajadores son respetuosos de la normativa sobre drogas.²⁴¹⁶ Sin embargo, tratándose de trabajadores a quienes se les reconoce el derecho a la privacidad, es necesario que la prohibición vinculada a las drogas persiga un interés de terceros y no el mero interés del empleador, que es lo que justifica la razonabilidad de los test de drogas.

²⁴¹² FRIDMAN *et al.* (2007), p. 74.

²⁴¹³ FRIDMAN *et al.* (2007), p. 74.

²⁴¹⁴ FRIDMAN *et al.* (2007), p. 74.

²⁴¹⁵ FRIDMAN *et al.* (2007), p. 75.

²⁴¹⁶ HEBERT (2023), p. 3-106.

La jurisprudencia ha ido fijando esta función de los test de drogas en diversas sentencias, particularmente vinculadas a trabajadores del Estado.²⁴¹⁷ La primera sentencia relevante en esta materia recayó en *National Treasury Employees Union v. Von Raab*.²⁴¹⁸ En este caso, dos sindicatos de trabajadores impugnaron el programa de test de drogas de la Agencia de Aduanas de Estados Unidos, que establecía el test de drogas como una condición de promoción o transferencia a puestos que exigían uno de los siguientes tres requisitos: (1) participación directa en la prohibición de drogas o aplicación de la ley relacionada con las drogas; (2) portación de armas de fuego; (3) manejo de información clasificada. Los trabajadores que dieran positivo por drogas y no ofrecieran una explicación satisfactoria estaban sujetos a despido. Sin embargo, los resultados de los test de drogas no pueden ser entregados a otras agencias, incluidos los fiscales penales, sin el consentimiento del trabajador. La Corte Suprema, en una votación de cinco a cuatro, sostuvo que ni causa probable ni sospecha razonable eran necesarias para testear a trabajadores del gobierno en posiciones “sensibles”. El juez Kennedy sostuvo: “Nuestros precedentes han establecido que, en ciertas limitadas circunstancias, las necesidades del gobierno de descubrir situaciones latentes u ocultas o impedir su desarrollo, son suficientemente convincentes como para justificar la intrusión en la privacidad involucrada, realizando dichas búsquedas sin algún grado de sospecha individualizada”.²⁴¹⁹

La posición de la Corte Suprema enfatiza que los requerimientos de los servicios prestados por la Agencia de Aduanas podrían estar amenazados por los trabajadores que consumen drogas y sostiene: “La seguridad física de estos trabajadores de la Agencia podría estar amenazada, y muchos podrían ser tentados no solamente con sobornos de parte de los traficantes con quienes ellos tratan, sino también debido a su propio acceso a vastas fuentes de bienes valiosos para el contrabando controlados por la Agencia”.²⁴²⁰

En este caso, el interés en la privacidad del trabajador disminuyó porque “a diferencia de la mayoría de los ciudadanos privados o trabajadores del gobierno en general, los trabajadores

²⁴¹⁷ Para un análisis de la jurisprudencia estadounidense sobre los trabajadores respecto de los cuales se admiten los test de drogas para determinar si cumplen los requisitos inherentes al puesto de trabajo véase ZEESE (2023), pp. 31-72; HEBERT (2023), pp. 3-106 a 3-119.

²⁴¹⁸ 489 U.S. 656, 1989.

²⁴¹⁹ *National Treasury Employees Union v. Von Raab*, 489 U.S. (1989) 656, 668.

²⁴²⁰ *National Treasury Employees Union v. Von Raab*, 489 U.S. (1989) 656, 669.

involucrados en la interdicción de las drogas razonablemente deben esperar una investigación efectiva sobre su idoneidad y probidad”.²⁴²¹ Además, los intereses gubernamentales en testear a estos trabajadores son relevantes debido a la “verdadera crisis nacional en la aplicación de la ley causada por el contrabando de narcóticos”.²⁴²² Por lo tanto, “el interés apremiante del gobierno en asegurar que los trabajadores de la Agencia de Aduanas estén en buena forma física y tengan una integridad impecable y buen juicio”, además del interés en la “seguridad e integridad de nuestras fronteras” pesa más que los derechos a la privacidad de los trabajadores.²⁴²³

Von Raab abrió la puerta para los test de drogas sin causa probable ni sospecha razonable respecto de trabajadores de agencias estatales que manejan armas; que tienen acceso a información sensible, incluyendo las agencias criminales;²⁴²⁴ que tienen contacto con prisioneros condenados por delitos; que trabajan con jóvenes que se están rehabilitando de la adicción a las drogas, con el fin de garantizar las prohibiciones de consumir drogas y trabajar intoxicados.²⁴²⁵

3.2.1. *Test de drogas de trabajadores que tienen acceso a información clasificada/sensible*

Muchas agencias estatales han intentado establecer programas de drogas para trabajadores que manejan información sensible o clasificada para la agencia o el Estado. Se acepta ampliamente la afirmación de que el uso de drogas crea un riesgo respecto de que la información sensible será mal manejada; así constituyen una justificación suficiente para los test de drogas ante la sospecha de consumo, inclusive si no existe una conexión entre el consumo de drogas y el deficiente desempeño laboral.

En *Harmon v. Thornburgh*²⁴²⁶ –un caso iniciado por los trabajadores del Departamento de Justicia de Estados Unidos– se impugnó el programa de test de drogas de la Agencia. La Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, aplicando el estándar de *Von Raab*, confirmó los test

²⁴²¹ *National Treasury Employees Union v. Von Raab*, 489 U.S. (1989) 656, 671.

²⁴²² *National Treasury Employees Union v. Von Raab*, 489 U.S. (1989) 656, 671.

²⁴²³ *National Treasury Employees Union v. Von Raab*, 489 U.S. (1989) 656, 671.

²⁴²⁴ HICKEY Y TITUS (1995), p. 30; NORMAND *et al.* (1994), pp. 290-291.

²⁴²⁵ HEBERT (2023), pp. 3-106 a 3-108.

²⁴²⁶ 878 F.2d 484, D.C. Cir. 1989.

aleatorios para trabajadores con acceso a información secreta altamente clasificada y sugirió que podrían permitirse los test de drogas para persecutores de drogas. Sin embargo, la Corte precisó que los intereses del gobierno en la integridad de la fuerza laboral, en la salud pública y en la protección de información sensible no hacen admisibles los test de drogas aleatorios para posiciones menos sensibles, incluyendo a los abogados de la División Antimonopolios.²⁴²⁷ En un caso posterior, un panel diferente de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, al evaluar el programa de test de drogas del Departamento de Defensa de Estados Unidos, confirmó los test de drogas aleatorios para guardias de seguridad y consejeros de drogas.²⁴²⁸

De manera similar, la Corte Distrital del Distrito de Columbia confirmó el programa de test aleatorios de drogas para trabajadores del Departamento Ejecutivo que tienen claves de seguridad con acceso a información clasificada, pero denegó esos test para trabajadores sin claves de seguridad a pesar de la alegación del gobierno de que esos trabajadores tenían acceso a información sensible.²⁴²⁹ En el mismo sentido se había pronunciado anteriormente esta Corte, confirmando test aleatorios para trabajadores que manejan claves de seguridad que dan acceso a información altamente sensible y secreta.²⁴³⁰

Del mismo modo, la Corte Federal del Noveno Circuito resolvió que los trabajadores civiles del Departamento Naval con claves de seguridad altamente secretas que dan acceso a información cuya divulgación podría causar un daño excepcionalmente grave para la seguridad nacional podrán ser testeados de forma aleatoria.²⁴³¹ También se han admitido test de drogas aleatorios de economistas que trabajan para la Oficina de Administración y Presupuestos, inclusive cuando ellos no tienen claves de seguridad. Estos trabajadores, sin embargo, tienen acceso a áreas en el edificio de la Oficina Ejecutiva frecuentada por el presidente y vicepresidente de Estados Unidos, cuya necesidad de seguridad justifica los test de drogas.²⁴³²

²⁴²⁷ NORMAND *et al.* (1994), p. 291.

²⁴²⁸ *National Federation of Federal Employees v. Cheney*, 884 F.2d 603 (D.C. Cir. 1989).

²⁴²⁹ *AFGE v. Sullivan*, 744 F. Supp. 294 (D.D.C. 1990); *Hartness v. Bush*, 794 F. Supp. 15 (D.C.C. 1992).

²⁴³⁰ *Hartness v. Bush*, 919 F.2d 170 (D.C. Cir. 1990).

²⁴³¹ *AFGE, Local 1533 v. Cheney*, 944.2d 503 (9th Cir. 1991).

²⁴³² *Stigile v. Clinton* 110 F. 3d 801 (D.C. Cir. 1997).

Las cortes federales han rechazado test aleatorios de drogas para todos los trabajadores públicos, sin discriminación, desestimando el argumento de que permiten mantener la integridad de los trabajadores de gobierno,²⁴³³ lo que confirma la Corte Suprema de Estados Unidos en *Chandler v. Miller* en 1997.²⁴³⁴

3.2.2. *Test de drogas de agentes de policía*

En cuanto a los policías, se les prohíbe consumir y estar bajo la influencia de las drogas considerando la integridad que se requiere para desempeñar ese cargo; por tanto, los test de drogas se justifican no solamente en la seguridad pública, sino también para garantizar la aplicación efectiva de la ley y la confianza pública depositada en ellos. Así, la mayoría de las cortes federales y estatales han confirmado la legalidad de los programas de test de drogas cuando existe sospecha razonable para creer que policías identificados están usando drogas ilícitas.²⁴³⁵ En *Rawlings v. Police Department of Jersey City* se sostiene que “cuando una búsqueda responde a necesidades gubernamentales especiales, más allá de la necesidad normal de aplicación de la ley, un tribunal debe equilibrar las expectativas de privacidad del individuo frente a los intereses del gobierno. La orden impugnada, que fue establecida para disuadir a los agentes de policía del uso de drogas e identificar a los que están consumiendo drogas, sirve a las necesidades especiales del gobierno. De ello se deduce que el Departamento tenía un interés apremiante en testear [a Rawlings] después de su arresto. La amenaza a la seguridad pública de un agente de policía que está consumiendo drogas es manifiesta; [...] como un agente de policía, [Rawlings] tenía una expectativa de privacidad disminuida” porque “el Departamento confió en él para portar armas de fuego, conducir vehículos de emergencia y ejercer el poder más temible y poderoso que un Estado democrático posee con respecto a sus residentes, el poder de usar legalmente la fuerza para arrestarlos y detenerlos”.²⁴³⁶ En similares términos se han pronunciado otras cortes.²⁴³⁷

²⁴³³ *Georgia Ass'n of Educators v. Harris* 749 F. Supp. 1110 (N.D. Ga. 1990); *Romaguera v. Gegenheimer*, 1996 U.S. Dist. LEXIS 6272 (E.D. La. 1996).

²⁴³⁴ *Chandler v. Miller* 520 U.S. 305 (1997).

²⁴³⁵ HICKEY Y TITUS (1995), p. 30.

²⁴³⁶ *Rawlings v. Police Department of New Jersey*, 627 A.2d 602 (1993), 605.

²⁴³⁷ *Fraternal Order of Police v. City of Miami*, 609 S.2d 31 (1992); *City and County of Denver v. Casados*, 862 F.2d 908 (1993); *Grow v. City of Milwaukee*, 84 F. Supp.2d 990 (E.D. Wis. 2000).

Asimismo, la jurisprudencia admite la legalidad de los test de drogas sin sospecha, por la naturaleza del cargo que ocupan, cuando se trata de agentes de policía,²⁴³⁸ de otros funcionarios que se encargan de aplicar la ley en funciones sensibles para la seguridad pública,²⁴³⁹ policías de tránsito que llevan armas de fuego y deben actuar inmediatamente en situaciones de emergencia.²⁴⁴⁰ Otras cortes, observando que no todos los policías llevan armas, han justificado los test aleatorios de drogas respecto de policías que investigan delitos por drogas,²⁴⁴¹ o que usan la fuerza y hacen arrestos.²⁴⁴²

3.2.3. *Test de drogas de trabajadores de establecimientos penitenciarios*

En el mismo sentido, con el propósito de garantizar el cumplimiento de la ley, particularmente la vinculada a las drogas, se justifican los test de drogas del personal de centros penitenciarios. La Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito requirió al Departamento Correccional del Condado de Cook que limite el programa de test de drogas sin anuncio a los trabajadores con contacto regular con los reclusos y con posibilidad de traficar drogas o con acceso a armas de fuego,²⁴⁴³ como los guardias de la prisión.²⁴⁴⁴ Inclusive, trabajadores que no son guardias podrían ser testeados aleatoriamente, en la medida que lleguen a tener contacto con los prisioneros, como son el personal de aseo, operadores de teléfono, dietistas, personal médico.²⁴⁴⁵

²⁴³⁸ *Penny v. Kennedy*, 915 F.2d 1065 (6th Cir. 1990); *O'Connor v. Police Comm'r of Boston*, 408, Mass. 324, 557 N.E.2d 1146 (Mass. 1990); *Byrne v. Massachusetts Bay Transit Auth.*, 196 F. Supp.2d 77 (D. Mass. 2002). Inclusive cuando los test aleatorios son constitucionalmente admisibles (por ejemplo, investigadores criminales que deben llevar armas de fuego), la cuarta enmienda prohíbe el ejercicio de este derecho para someter a los trabajadores a test cuando su propósito es reunir prueba para un proceso criminal. En este sentido, *Freeman v. Fallin*, 422 F. Supp. 2d 53 (D.D.C. 2006).

²⁴³⁹ *Law Enf't Labor Servs., Inc. Local 158 v. Sherburne Cty.*, 695 N. W.2d 630 (Minn. Ct. App. 2005); *Jennings v. Leon*, 830 N.Y.S.2d 83 (App. Div. 2006).

²⁴⁴⁰ *New Jersey Transit PBA Local 304 v. New Jersey Transit Corp.*, 701 A.2d 1243, 13 IER Cases 449 (N.J. 1997).

²⁴⁴¹ *Guiney v. Roache*, 873 F. 2d 1557 (1st Cir. 1989).

²⁴⁴² *Brown v. City of Detroit*, 715 F. Supp. 832 (E.D. Mich. 1989).

²⁴⁴³ *Taylor v. O'Grady*, 888 F.2d 1189 (7th Cir. 1989).

²⁴⁴⁴ *Taylor v. O'Grady*, 888 F.2d 1189, (7th Cir. 1989); *AFGE v. Roberts*, 9 F.3d 1464 (9th Cir. 1993); *International Union v. Winters*, 385 F.3d 1003, 175 L.R.R.M. (BNA) 2961, 150 Lab. Cas. (CCH) P 59904 FED App. 0337P (6th Cir. 2004).

²⁴⁴⁵ *AFGE v. Roberts*, 9 F.3d 1464 (9th Cir. 1993); *Georgia Department of Corrections v. Colbert*, 260 Ga. 225, 391 S.E.2d 759 (1990); *International Union v. Winters*, 385 F.3d 1003, 175 L.R.R.M. (BNA) 2961, 150 Lab. Cas. (CCH) P 59904 FED App. 0337P (6th Cir. 2004).

3.2.4. *Test de drogas de trabajadores que deben impedir el ingreso de drogas al país o su tráfico*

No solamente los agentes de policía y persecutores criminales pueden impedir el ingreso o tráfico de drogas, también los agentes de aduanas.

En *Von Raab*, la Corte Suprema concluyó que los agentes de aduanas que tienen como función impedir el tráfico de drogas a través de sus labores en la Agencia de Aduanas pueden ser sometidos a test aleatorios de drogas. La Corte encontró que, aunque no existía abuso de drogas entre los agentes de aduanas, habían existido intentos de sobornarlos. La justificación oficial es que los agentes que consumen drogas son más susceptibles a sobornos, presumiblemente porque necesitan más dinero para comprar drogas, lo que les impediría cumplir sus funciones de forma debida.

En los casos posteriores a *Von Raab*, los tribunales han confirmado los test de drogas respecto de trabajadores de la Agencia de Aduanas que deben impedir el ingreso de drogas al país, sea que tengan claves de seguridad que dan acceso a información clasificada y sensible,²⁴⁴⁶ sea que tengan acceso a información sensible pero no clasificada.²⁴⁴⁷

3.2.5. *Test de drogas de profesionales de la educación*

Se discute en la jurisprudencia norteamericana si los profesores y otros profesionales de la educación ocupan posiciones “sensibles para la seguridad” de los alumnos y, por tanto, tienen prohibición de consumir drogas o no, y si se admiten los test de drogas sin justificación o no.

La Corte de Apelaciones del Sexto Circuito ha calificado los cargos de los profesores de escuelas y otros trabajadores profesionales de escuelas como “sensibles para la seguridad” ya que están a cargo de la educación de los niños,²⁴⁴⁸ sosteniendo para ello que “concomitante con este interés gubernamental es el interés de la comunidad que se asegure razonablemente que aquellos a

²⁴⁴⁶ *National Treasury Employees Union v. Hallett*, 756 F. Supp. 947 (E.D. La. 1991).

²⁴⁴⁷ *National Treasury Employees Union v. Hallett*, 776 F. Supp. 680 (E.D.N.Y. 1991); *National Treasury Employees Union v. United States Customs Serv.*, 27 F.3d 623 (D.C. Cir. 1994).

²⁴⁴⁸ Las sentencias en que se sostiene esta doctrina están mencionadas en *Knox Cty. Educ. Ass'n v. Knox Cty. Bd. Of Educ.*, 158 F.3d 361, 377-378 n.21 (6th Cir. 1998).

quienes se les ha confiado el cuidado de nuestros niños no se inclinarán a influenciarlos –ya sea directamente o con el ejemplo– en la dirección de actividades ilegales y peligrosas que socaven los valores que los padres intentan inculcarles en el hogar. En efecto, los profesores ocupan un rol singularmente crítico y único en nuestra sociedad; en una gran porción de la vida de los niños, su posición ejerce sobre ellos una influencia directa inmensa, con potencial tanto para lo bueno como para lo malo. Profesores y autoridades educativas no son simplemente roles modelos para los niños (aunque nosotros ciertamente esperaríamos que lo fueran). A través de su propia conducta y su interacción directa diaria con los niños, ellos influyen y moldean sus percepciones, pensamientos y valores. Profesores y autoridades educativas no son roles modelos socialmente distantes, como en el caso de los candidatos políticos de Georgia en Chandler; más bien, existe diariamente una relación directa entre el trabajo de los profesores y autoridades educativas y la influencia que ejercen sobre los niños a su cargo. En efecto, influir directamente en los niños es su trabajo.

Mientras están sirviendo en su capacidad *in loco parentis*, los profesores están en la ‘primera línea’ de la seguridad de la escuela, incluyendo la prohibición del consumo y tráfico de drogas. [...] Si bien los profesores podrían no estar expuestos a una vasta red de crimen organizado, se enfrentan con el penetrante uso de drogas en nuestras escuelas, y quizás están en la mejor posición para determinar si un niño está en peligro o involucrado en las drogas. [...] Así, a diferencia de los candidatos a cargos públicos, que podrían afectar indirectamente las vidas de los niños como roles modelos y responsables políticos, los profesores influyen directamente y supervisan a los niños diariamente”.²⁴⁴⁹

La Corte concluye que “aunque la posición de un profesor de escuela podría no ajustarse correctamente dentro de la posición prototípica ‘sensible para la seguridad’, nosotros no leemos la definición ‘sensible para la seguridad’ de una forma demasiado restrictiva que impida su aplicación a un grupo de profesionales a quienes diariamente confiamos los niños pequeños por

²⁴⁴⁹ *Knox Cty. Educ. Ass’n v. Knox Cty. Bd. Of Educ.*, 158 F.3d 361, 375 (6th Cir. 1998).

un tiempo prolongado. El sentido común básico y la experiencia de vida nos cuentan que incluso un lapso breve de atención puede tener consecuencias desastrosas”.²⁴⁵⁰

Otros tribunales rechazan los test aleatorios de drogas respecto de profesores de escuelas públicas, porque no consideran que ocupen cargos sensibles para la seguridad de los niños: “Un tren, un reactor nuclear o un arma de fuego en las manos de alguien drogado representa un riesgo concreto actual para numerosa gente; no puede afirmarse lo mismo respecto de un profesor empuñando un libro de Historia. El estado actual de la evidencia es que los intereses de seguridad en juego son hipotéticos y no pueden ser extrapolados para que tengan mayor peso que los intereses privados de los trabajadores, los que no pueden ser disminuidos en cualquier forma en virtud de su empleo en una escuela pública [...]. La administración de la escuela debe demostrar que la amenaza para la seguridad de los estudiantes es concreta, un peligro actual que impregna el desempeño laboral ordinario de cada una de las posiciones relevantes. Los demandados no podrían afectar la cuarta enmienda por riesgos nebulosos.

Creo que el caso Knox es incorrecto cuando concluyó que los intereses de seguridad mínimos que discutió calificaran como necesidades especiales. El caso Knox encontró que los profesores ocupan posiciones sensibles para la seguridad simplemente porque a ellos se les confió el cuidado de niños pequeños, quienes se podrían causar daño a sí mismos o a otros mientras están jugando en el recreo o comiendo el almuerzo en el comedor. Golpes y moretones de alumnos que pelean en los pasillos y en los patios de juego no son necesidades especiales”.²⁴⁵¹

3.2.6. *Test de drogas de atletas y deportistas profesionales*

La prohibición de consumo de drogas a deportistas y atletas y los test antidopaje tienen diversas finalidades que van más allá de la protección de la seguridad y salud de los deportistas ya que persiguen también garantizar la integridad del deporte y mantener a los deportistas como roles modelos en la sociedad.

²⁴⁵⁰ *Knox Cty. Educ. Ass’n v. Knox Cty. Bd. Of Educ.*, 158 F.3d 361, 375 (6th Cir. 1998). Esta sentencia ha sido seguida en: *Crager v. Board of Educ. of Knott Cty.*, 313 F. Supp. 2d 690 (E.D. Ky. 2004). En el mismo sentido se ha pronunciado *National Federation of Federal Employees – IAM v. Vilsack*, 775 F. Supp. 2d 91 (D.D.C. 2011), rev’d, 681 F.3d 483, 33 I.E.R. Cas. (BNA) 1702 (D.C. Cir. 2012).

²⁴⁵¹ *American Fed’n of Teachers v. Kanawha Bd. of Educ.*, 592 F. Supp. 2d 883, 903 (S.D. W. Va. 2009). En el mismo sentido *Friedenberg v. School Bd. of Palm Beach Cty.*, 257 F. Supp. 3d 1295 (S.D. Fla. 2017).

Los atletas que participan en competencias bajo el control del Comité Olímpico Internacional están sujetos al Código Antidopaje Mundial, promulgado y administrado por la Agencia Antidopaje Mundial, que persigue “proteger el derecho fundamental de los atletas a participar en un deporte libre de dopaje y así promover la salud, la justicia y la igualdad para los atletas de todo el mundo, y [...] garantizar programas antidopaje armonizados, coordinados y efectivos a niveles internacional y nacional con respecto a la detección, disuasión y prevención del dopaje”.²⁴⁵²

Respecto de los deportistas que compiten a nivel nacional, incluyendo a los que participan en la Major League Baseball (MLB), la National Basketball Association (NBA), la National Football League (NFL) y la National Hockey League ((NHL), que por acuerdo de negociación colectiva se deben someter a test de drogas, también se invocan las “preocupaciones de seguridad y salud” de los atletas, la “importancia de los atletas profesionales como modelos a seguir” por la sociedad y la “protección de la integridad del deporte en sí”, como justificaciones relevantes de los test de drogas de los deportistas.²⁴⁵³

Asimismo, existen deportes, como las carreras de caballos, regulados por el Estado, que ha establecido políticas de test de drogas obligatorias. En este caso, los tribunales han determinado que existe un interés estatal suficiente y apremiante en los test de drogas de deportistas profesionales que prevalecen sobre la privacidad.²⁴⁵⁴ En *Shoemaker v. Handel*,²⁴⁵⁵ la Corte del Tercer Circuito confirmó los test de alcohol y drogas exigidos por el Estado administrados a los jinetes de carreras de caballos pura sangre como constitucionales, concluyendo que la integridad del deporte debe prevalecer sobre la privacidad de los jinetes.²⁴⁵⁶ El estado de Nueva Jersey tenía un gran interés con respecto a la percepción pública de la industria de las carreras de caballo, porque “la confianza pública firma la base para el éxito de una industria fundada en las apuestas”.²⁴⁵⁷ La política de test de drogas proporcionó un “medio eficaz” para defender la

²⁴⁵² WORLD ANTI-DOPING AGENCY (2021), p. 9.

²⁴⁵³ DALE (2005), CRS-6; WACHUTKA (2007), p. 157; WESTON (2009), p. 6.

²⁴⁵⁴ WACHUTKA (2007), p. 156.

²⁴⁵⁵ *Shoemaker v. Handel*, 795 F.2d 1136 (3rd Cir. 1986).

²⁴⁵⁶ DALE (2005), CRS-4; WACHUTKA (2007), p. 156.

²⁴⁵⁷ *Shoemaker v. Handel*, 795 F.2d 1136, 1142 (3rd Cir. 1986).

confianza pública en que las carreras de caballos están libres de “influencias externas”.²⁴⁵⁸ El tribunal reconoce que las carreras de caballo son una industria estrictamente regulada por el Estado.²⁴⁵⁹

3.3. Verificación del cumplimiento de prohibiciones vinculadas a las drogas que constituyen requisitos inherentes al cargo en España. Discusión

En el ordenamiento jurídico español existe una discusión doctrinaria y jurisprudencial sobre si los reconocimientos médicos, entre ellos, los test de drogas, persiguen determinar la capacidad profesional y psíquica del trabajador para desempeñar sus labores, finalidad no incluida entre los fines de los reconocimientos médicos obligatorios contemplados en el artículo 22.1 de la LPRL.

Un sector de la doctrina sostiene que los reconocimientos médicos obligatorios solamente tienen lugar cuando son necesarios para determinar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores; para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para sí 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 (artículo 22.1 de la LPRL).²⁴⁶⁰ Para esta posición, en virtud de su poder de dirección y mediante la negociación colectiva, el empleador no puede establecer como obligatorios reconocimientos médicos con fines diferentes a los que establece la legislación, puesto que la regulación de la LPRL es absolutamente indisponible; el poder de dirección y la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales solamente pueden mejorar y desarrollar la regulación estatal sobre esta materia.²⁴⁶¹

El Tribunal Constitucional en la sentencia 196/2004 se pronuncia en este sentido al sostener, a propósito de una controversia sobre test de drogas, que “el reconocimiento médico no es, en

²⁴⁵⁸ *Shoemaker v. Handel*, 795 F.2d 1136, 1142-1143 (3rd Cir. 1986).

²⁴⁵⁹ *Shoemaker v. Handel*, 795 F.2d 1136, 1141-1142 (3rd Cir. 1986).

²⁴⁶⁰ MARTÍNEZ (2002), p. 45; RIVERO Y DE VAL TENA (2004), pp. 207-208; MELÉNDEZ (2004), p. 85; PEDROSA (2005), p. 114; FERNÁNDEZ-COSTALES (2009), p. 57; MORENO (2010), p. 67; NAVARRO (2012), p. 5; ALAMEDA (2013), p. 293.

²⁴⁶¹ MARTÍNEZ (2002), p. 45; MELÉNDEZ (2004), p. 85; SAN MARTÍN (2004), p. 193; PEDROSA (2005), p. 114; FERNÁNDEZ-COSTALES (2009), p. 57; MORENO (2010), p. 67; ALAMEDA (2013), p. 293.

definitiva, un instrumento del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores, como tampoco una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal”.

Por lo tanto, conforme a esta primera posición, no se podrían establecer unilateralmente ni estipular reconocimientos médicos, tales como test de drogas obligatorios, para verificar la prohibición de consumo de drogas y/o estar bajo la influencia de las drogas que constituyan un requisito inherente para el adecuado desempeño de las funciones del cargo, ya que esta no es una de las funciones de los test de drogas.²⁴⁶² Los test de drogas para este fin serán siempre voluntarios.²⁴⁶³

Por el contrario, otra posición admite que el empleador unilateralmente y la negociación colectiva pueden regular reconocimientos médicos obligatorios con fines distintos a los establecidos en la LPRL, porque forman parte del contenido permitido en esta regulación.²⁴⁶⁴ Cierta sector de la jurisprudencia lo confirma, en particular la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2006, a propósito de la función de la negociación colectiva en materia de reconocimientos médicos,²⁴⁶⁵ y algunas sentencias de suplicación, puntualmente respecto de reconocimientos médicos que tienen lugar en la etapa precontractual establecidos en virtud del poder de dirección, como la sentencia del TSJ de Madrid de 20 de septiembre de 2004, que entiende justificados los reconocimientos médicos que persiguen “la constatación de que el aspirante reúne las condiciones psicofísicas que precisa el normal y pleno desarrollo del contenido funcional específico de cada puesto de trabajo. [...] El empresario ha de disponer del margen de discrecionalidad que le otorga o es inherente al ejercicio de sus funciones directivas y organizativas, debiendo aceptarse sus decisiones al respecto siempre que resulten proporcionadas por obedecer a criterios objetivos y razonables en función de la naturaleza del trabajo y de las circunstancias en que haya de prestarse”.²⁴⁶⁶

²⁴⁶² TALÉNS (2013), p. 185.

²⁴⁶³ TALÉNS (2013), p. 185.

²⁴⁶⁴ SALA Y ARNAU (1996), p. 101; FERNÁNDEZ (1997), p. 235; LÓPEZ (2010), p. 120.

²⁴⁶⁵ STS, 28 de diciembre de 2006, RJ 2006, 1503.

²⁴⁶⁶ STSJ Madrid, 20 de mayo de 2004, JUR 2004, 277909. En el mismo sentido, previamente: STSJ Castilla y León, 7 de enero de 1998 (AS 1998, 5074); STSJ Andalucía, 1 de julio de 1998 (AS 1998, 3377).

Para esta segunda posición es lícito que el empleador pacte o establezca unilateralmente test de drogas con el propósito de detectar la incapacidad causada por las drogas o su presencia, cuando el consumo de drogas y estar bajo su influencia son incompatibles con la naturaleza del cargo que se desempeña, que exige un alto estándar de integridad que resulta vulnerada por el consumo de drogas. Se trata de cargos en que, por razones distintas o adicionales a la higiene y seguridad en el trabajo, la prohibición de consumo de drogas constituye un requisito ocupacional inherente a ellos.

Esto ocurrirá, por ejemplo, respecto de deportistas profesionales, guardias de seguridad privados, trabajadores que desempeñan labores en centros de rehabilitación, policías, personal de centros penitenciarios que tienen contacto con los reclusos, casos en que el consumo de drogas pone en riesgo el correcto desempeño de las funciones, la confianza pública, o bien la integridad exigida para desarrollar la labor.

Un ejemplo de lo mencionado se encuentra expresamente en el Preámbulo de la Ley Orgánica 11/2021 de 28 de diciembre, de Lucha contra el Dopaje en el Deporte: “Aunque la prevención y persecución del dopaje en el deporte persigue y coadyuva decisivamente a la protección de la salud, justamente esa otra finalidad de garantizar el desarrollo de las competiciones deportivas en términos de igualdad y de acuerdo con las capacidades naturales y preparación de los y las deportistas reclama la adopción y puesta en práctica de específicas y singulares medidas dirigidas directamente a atajar y eliminar el uso de sustancias y la utilización de métodos que alteran fraudulentamente esas capacidades naturales”. La normativa contra el dopaje en el deporte es un buen ejemplo de que los test de drogas no constituyen solamente un instrumento de vigilancia de la salud del trabajador deportista y de prevención de riesgos laborales, sino también persiguen garantizar la integridad en el deporte y la competencia justa, evitando que sustancias ilícitas proporcionen ventajas competitivas sobre otros deportistas.

4. Los test de drogas como instrumento de cumplimiento de la normativa estatal

Los programas de test de drogas, en ocasiones, son establecidos en cumplimiento de obligaciones impuestas por el Estado.²⁴⁶⁷ La normativa estatal puede ordenar al empleador establecer test de

²⁴⁶⁷ CRAIG (1999), p. 186.

drogas expresa y directamente, o bien de forma implícita e indirecta. Ambas opciones de política legislativa se encuentran en Estados Unidos; en cambio, en las restantes legislaciones analizadas se encuentra mayoritariamente la segunda opción normativa y en forma excepcional la primera.

El gobierno norteamericano ha impuesto políticas de test de drogas que se aplican a sus propios trabajadores.²⁴⁶⁸ Por ejemplo, las políticas federales de test de drogas que gobiernan a ciertos trabajadores de aduanas (actualmente Aduanas y Protección de Fronteras de Estados Unidos) resistieron la impugnación constitucional fundada en la cuarta enmienda de la Constitución.²⁴⁶⁹ Pero el gobierno federal, asimismo, ha impuesto requerimientos de testeo en el sector privado para ciertas posiciones sensibles para la seguridad. Por ejemplo, el Departamento de Transporte emitió regulaciones requiriendo el testeo por drogas a los trabajadores de ferrocarriles involucrados en ciertos accidentes, regulaciones que también han resistido la impugnación constitucional fundada en la cuarta enmienda.²⁴⁷⁰

Del mismo modo, el Congreso estadounidense promulgó la Omnibus Transportation Employee Testing Act de 1991²⁴⁷¹ que ordena a los empleadores del transporte testear a sus trabajadores para eliminar el abuso del alcohol y el uso de drogas ilegales en la aviación, el ferrocarril y el transporte terrestre. En paralelo, las agencias reguladoras emitieron disposiciones para cada una de estas industrias reguladas, requiriendo a los empleadores regulados conducir testeos en cuatro categorías: (1) previo al empleo; (2) sospecha razonable; (3) aleatorio, y (4) posterior a accidentes.²⁴⁷² Se han emitido extensas regulaciones que gobiernan los test de drogas para cubrir a los trabajadores de ferrocarriles²⁴⁷³ y otros trabajadores del transporte.²⁴⁷⁴

También existen normas federales que expresamente permiten los test de drogas. La Drug Free Workplace Act de 1998²⁴⁷⁵ gobierna a los contratistas federales y a los beneficiarios de recursos federales. Esta ley no requiere que los empleadores a quienes regula establezcan un programa de

²⁴⁶⁸ FINKIN (2018), p. 2-3.

²⁴⁶⁹ *National Treasury Emps. Union v. Von Raab*, 489 U.S. 656 (1989).

²⁴⁷⁰ *Skinner v. Railway Labor Execs' Ass'n*, 489 U.S. 602 (1989).

²⁴⁷¹ 105 Stat. 952, codificada en 49 U.S.C. § 1834 (App.) (aviación), 45 U.S.C. § 431 (App.) (ferrocarril), y 49 U.S.C. § 277 (App.) (camiones).

²⁴⁷² FINKIN (2018), p. 2-4.

²⁴⁷³ 49 C.F.R. pt. 219.

²⁴⁷⁴ 49 C.F.R. pt. 655.

²⁴⁷⁵ 41 U.S.C. §§ 5151-5160.

test de drogas para sus trabajadores, pero en la sección de preguntas y respuestas no obligatorias que persiguen asistir el cumplimiento de la ley, la Oficina de Administración y Presupuestos enumera los test de drogas como un posible componente de un programa de cumplimiento.²⁴⁷⁶ Igualmente, algunos estados han promulgado similares disposiciones a las federales para contratistas estatales y beneficiarios de recursos estatales, tales como California,²⁴⁷⁷ Illinois²⁴⁷⁸ y Carolina del Sur.²⁴⁷⁹

En España, la normativa estatal de forma excepcional mandata directamente al empleador aplicar test de drogas a sus trabajadores. En general, cuando regula los test de drogas a propósito del transporte de ferrocarriles y aéreo, y el dopaje deportivo, ordena a agencias estatales realizar esa labor. Una excepción se encuentra en la regulación contenida en el RD 1308/2011, de 26 de septiembre, que regula los test de drogas para trabajadores de instalaciones nucleares y radioactivas. Su disposición final segunda añade un apartado 4 al Reglamento sobre instalaciones nucleares y radiactivas, aprobado por Real Decreto 1836/1999, de 3 de diciembre, que ordena al empleador administrar test de drogas a sus trabajadores. Por otra parte, de forma indirecta, la legislación española impone al empleador aplicar test de drogas cuando prohíbe a ciertos trabajadores consumir drogas y/o estar bajo su influencia, mandato legal cuyo cumplimiento debería ser verificado no solo por el Estado, sino también por el empleador, teniendo en cuenta que puede incurrir en responsabilidades producto de la contravención estatal cometida por el trabajador con ocasión del desempeño de sus funciones.

En Australia, se sigue un modelo normativo similar al norteamericano, toda vez que el ordenamiento jurídico estatal impone expresamente a ciertos empleadores someter a sus trabajadores que ocupan cargos sensibles para la seguridad a test de drogas.²⁴⁸⁰ Igualmente, impone a los trabajadores de actividades peligrosas la prohibición de consumir drogas y/o estar bajo su influencia mientras ejecutan sus labores; mandatos estatales que imponen indirectamente

²⁴⁷⁶ F.R. Doc. 90-12186 (20 de mayo de 1990); FINKIN (2018), pp. 2-5, 2-6.

²⁴⁷⁷ CALIFORNIA GOVERNMENT CODE § 8350-8357(2021).

²⁴⁷⁸ ILLINOIS COMPILED STATUTES, 580/1-580/11.

²⁴⁷⁹ SOUTH CAROLINA CODE ANNOTATED §§ 44-107-20 hasta 44-107-90 (1993 Supp.).

²⁴⁸⁰ Véase la sección I de este capítulo para un análisis más exhaustivo.

una obligación de testear a sus trabajadores a fin de evitar que infrinjan dichos mandatos y hagan incurrir en responsabilidad al empleador.

5. Los test de drogas como condición para la obtención de derechos y beneficios por el trabajador

Los test de drogas también pueden proceder como condición de beneficios y derechos reconocidos en favor de los trabajadores y extrabajadores.

5.1. Test de drogas como parte de programas de rehabilitación de las drogas en el trabajo

Se sostiene que la rehabilitación de los trabajadores con problemas de abuso de sustancias es uno de los fines más eficaces de las políticas de test de drogas, más que la cero tolerancia.²⁴⁸¹

En las legislaciones analizadas se admiten los test de drogas como parte de los programas de rehabilitación que los empleadores pueden establecer en beneficio de trabajadores que tienen problemas de adicción; se consideran una medida idónea para el seguimiento de la rehabilitación y el alta del programa.²⁴⁸²

En Estados Unidos, la normativa de diversos estados contiene disposiciones sobre el establecimiento de programas de rehabilitación por parte del empleador, de forma facultativa o imperativa. La normativa de los estados de Arizona,²⁴⁸³ Idaho,²⁴⁸⁴ Iowa,²⁴⁸⁵ Louisiana,²⁴⁸⁶ Minnesota,²⁴⁸⁷ Mississippi,²⁴⁸⁸ Montana,²⁴⁸⁹ Oklahoma,²⁴⁹⁰ Tennessee,²⁴⁹¹ Utah,²⁴⁹² Vermont²⁴⁹³ y West Virginia²⁴⁹⁴ dispone que el empleador puede requerir a los trabajadores que participen en

²⁴⁸¹ SHAIN (1994), pp. 260-261; PIDD Y ROCHE (2011), pp. 37, 39-40.

²⁴⁸² JOHNSTON (1988), pp. 127-129; GRANT *et al.* (2013), pp. 233-234; FERNÁNDEZ (2015), pp. 300-302

²⁴⁸³ ARIZONA REVISED STATUTES §§ 23-493.5.

²⁴⁸⁴ IDAHO CODE ANNOTATED §§ 72-1708.

²⁴⁸⁵ IOWA CODE § 730.5 (2018 Iowa Acts 1046 (H.F. 2383)).

²⁴⁸⁶ LOUISIANA LAWS REVISED STATUTES §§ 23:897, 49:1001, 49:1002, 49:1005, 49:1011 a 49:1012.

²⁴⁸⁷ MINNESOTA STATUTES §§ 181.953.

²⁴⁸⁸ MISSISSIPPI CODE ANNOTATED §§ 71-7-7 (2020).

²⁴⁸⁹ MONTANA CODE ANNOTATED §§ 39-2-207 (2022).

²⁴⁹⁰ OKLAHOMA STATUTES §§ 40-554.

²⁴⁹¹ TENNESSEE CODE ANNOTATED §§ 50-9-106.

²⁴⁹² UTAH CODE ANNOTATED §§ 34-38-8.

²⁴⁹³ VERMONT STATUTES ANNOTATED, TITLE 21 §§ 513.

²⁴⁹⁴ WEST VIRGINIA CODE §§ 21-3E-9.

un programa de rehabilitación de las drogas como condición para continuar trabajando luego de un resultado positivo en el test de drogas confirmado o después de la negativa del trabajador a proporcionar una muestra para el test de drogas. Inclusive, ciertos estados admiten que el empleador establezca test de drogas como parte del programa de rehabilitación de drogas respecto de trabajadores que se encuentran participando en él.²⁴⁹⁵

Otros estados norteamericanos, bajo ciertas circunstancias, establecen como obligación estatutaria del empleador establecer un programa de rehabilitación para trabajadores que dan positivo en test de drogas. En el estado de Maine, el empleador con más de veinte trabajadores a tiempo completo debe tener un programa de asistencia al empleado; inclusive, cualquiera sea el número de trabajadores, antes de sancionar a un trabajador que arrojó positivo en un test de drogas debe proporcionarle la oportunidad de participar hasta por seis meses en un programa de rehabilitación diseñado para evitar el futuro uso de sustancias.²⁴⁹⁶ De manera similar, la normativa de Rhode Island mandata al empleador no terminar el contrato de trabajo y enviar al trabajador que arroja positivo en un test de drogas a un profesional experto en tratamiento de drogas autorizado por el estado.²⁴⁹⁷

También en España tienen lugar los programas de rehabilitación por problemas de drogas.²⁴⁹⁸ Los trabajadores con problemas de drogas forman parte de los trabajadores “especialmente sensibles” a que se refiere el artículo 25.1 de la LPRL, que exigen una especial protección de parte del empleador.²⁴⁹⁹ El empleador, de ser necesario, requerirá al trabajador con abuso o adicción transitoria o cronificada someterse a un plan de rehabilitación, que puede incluir test de drogas periódicos a fin de conocer el avance de la rehabilitación y el cumplimiento de las medidas de rehabilitación por parte del trabajador y, de ser procedente, la adopción de otra medida, como la extinción del contrato de trabajo producto de la adicción.²⁵⁰⁰

²⁴⁹⁵ CONNECTICUT GENERAL STATUTES §§ 31-51x; IDAHO CODE ANNOTATED §§ 72-1708; IOWA CODE § 730.5 (2018 Iowa Acts 1046 (H.F. 2383)); MISSISSIPPI CODE ANNOTATED §§ 71-7-7 (2020); TENNESSEE CODE ANNOTATED §§ 50-9-106.

²⁴⁹⁶ MAINE REVISED STATUTES, TITLE 26 §§ 683, 685.

²⁴⁹⁷ RHODE ISLAND GENERAL LAWS §§ 28-6.5-1.

²⁴⁹⁸ Para un estudio más profundo véase FERNÁNDEZ (2013), pp. 215-270; FERNÁNDEZ (2015), pp. 300-304.

²⁴⁹⁹ FERNÁNDEZ (2015), p. 300.

²⁵⁰⁰ FERNÁNDEZ (2015), pp. 302-303.

5.2. Función de los test de drogas en los beneficios por desempleo

También es posible que el Estado imponga expresa o implícitamente resultados negativos de test de drogas como requisito para otorgar derechos a trabajadores y extrabajadores. Este es el modelo que adopta Estados Unidos tanto para otorgar beneficios sociales a extrabajadores como para compensar a los trabajadores que sufren accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

La normativa federal sobre seguridad social autoriza a los estados a requerir a los solicitantes de beneficios de compensación por desempleo que se sometan a test de drogas ilícitas como una condición para recibir beneficios en dos situaciones, esto es, cuando el extrabajador solicitante: “(i) fue despedido del empleo por el empleador más reciente (como se define en la ley estatal) debido al uso ilegal de drogas; (ii) es una persona para quien el trabajo adecuado (como se define en la ley estatal) solo está disponible en una ocupación que requiere regularmente test de drogas (según las regulaciones emitidas por la Secretaría de Trabajo)”.²⁵⁰¹ De esta forma, los estados están debidamente autorizados para negar beneficios de desempleo fundado en los resultados de los test de drogas en las situaciones indicadas. Sin embargo, el Congreso de Estados Unidos por Resolución Conjunta de 31 de marzo de 2021, ejerciendo una facultad en conformidad con la Congressional Review Act de 1996, desaprobó las reglas que implementaban esa disposición, dejándolas sin efecto.²⁵⁰² Esto podría tener un efecto no intencional de dejar excluidos de la cobertura legislativa a extrabajadores a quienes los estados no puedan testear por drogas como condición para recibir beneficios de compensación por desempleo.²⁵⁰³

Bajo diversas normas estatales, la compensación por desempleo es habitualmente denegada a trabajadores despedidos por “mala conducta” o “mala conducta intencional” o por otras conductas indebidas similares.²⁵⁰⁴ Esto se debe a que el principal propósito de las leyes de seguros de desempleo es aligerar la carga de quienes están desempleados sin su propia culpa y garantizar cierto grado de estabilidad financiera a personas desempleadas.²⁵⁰⁵ Como un tribunal

²⁵⁰¹ Pub. L. N° 112-96 § 2015 (22 de febrero de 2012).

²⁵⁰² Pub. L. N° 115-17, 131 Stat. 81 (31 de marzo de 2017).

²⁵⁰³ FINKIN (2018), p. 2-93.

²⁵⁰⁴ FINKIN (2018), p. 2-93.

²⁵⁰⁵ GOLDSTEIN (1988), p. 317.

ha señalado: “El desempleo involuntario y su resultante carga de indigencia recaen con fuerza aplastante sobre el trabajador desempleado [...]. Seguridad contra el desempleo y la propagación de la indigencia se puede proporcionar mejor mediante la constitución sistemática de reservas financieras que se utilicen como compensación por pérdida de salarios”.²⁵⁰⁶

De esta forma, la relación entre el derecho del trabajador a una compensación por desempleo y los test de drogas surge en dos situaciones de despido por mala conducta: (1) cuando el despido es por la negativa a someterse a un test de drogas; (2) cuando el despido es la consecuencia de un resultado positivo en el test de drogas.²⁵⁰⁷ Numerosos estados regulan estas situaciones estatutariamente y niegan los beneficios por desempleo, entre otras conductas indebidas, cuando el despido se fundó en alguna de las conductas indicadas vinculadas a los test de drogas.²⁵⁰⁸

En las legislaciones de desempleo de Australia²⁵⁰⁹ y España²⁵¹⁰ no existe normativa similar a la de Estados Unidos en relación con negar los beneficios del desempleo debido al despido por conductas vinculadas a las drogas, tales como dar positivo en un test de drogas. Excepcionalmente en España el consumo de sustancias estupefacientes puede tener efectos en la prestación por desempleo: cuando configura un delito y la persona debe cumplir la pena en prisión se le niega la prestación durante el cumplimiento de la pena.²⁵¹¹ Sin embargo, el artículo 274 de la LGSS reconoce el derecho al subsidio de desempleo a favor de las personas que hubieran concluido un tratamiento de rehabilitación de su drogodependencia, siempre que haya durado un período superior a seis meses y se haya remitido su pena privativa de libertad por aplicación de lo previsto en el artículo 87 del Código Penal.

²⁵⁰⁶ *Barclay White Co. v. Unempl. Comp. Bd. of Rev.*, 356 Pa. 43, 50 A.2d 336, 340 (1947).

²⁵⁰⁷ FINKIN (2018), p. 2-93.

²⁵⁰⁸ Para mayor detalle sobre esta normativa véase U.S. DEPARTMENT OF LABOR (2019), pp. 5-15 a 5-17; ISAACS *et al.* (2019), pp. 3-5; ZEESE (2023), pp. 927-942 y 971-991.

²⁵⁰⁹ Social Security Act 1991 (Cth), ss. 595-596A.

²⁵¹⁰ CARDENAL Y HIERRO (2019), p. 196.

²⁵¹¹ CARDENAL Y HIERRO (2019), pp. 195-196.

5.3. Función de los test de drogas en la compensación de trabajadores por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales

Los test de drogas, aisladamente o en conjunto con otra prueba, podrían comprobar que un accidente del trabajo o una enfermedad profesional se debieron a que el trabajador estaba bajo la influencia de las drogas, lo que, si cumple los requisitos de la legislación doméstica, permitiría denegar los beneficios y compensación para el trabajador por incidentes laborales.

En Estados Unidos la normativa de numerosos estados regula indirectamente políticas de test de drogas del empleador a través de la legislación sobre compensación de los trabajadores por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.²⁵¹² Algunos estados, como Alabama y Florida otorgan descuento en la prima para la compensación de trabajadores a los empleadores que cumplan con las reglas del lugar de trabajo libre de drogas.²⁵¹³

Los sistemas estatales de compensación de trabajadores otorgan dinero y beneficios médicos a los trabajadores que sufren accidentes o se enferman en relación con su trabajo.²⁵¹⁴ Más específicamente, en general un accidente o una enfermedad es compensable si se ocasiona por y en el curso del trabajo.²⁵¹⁵ Sin embargo, la mayoría de los sistemas estatales de compensación de trabajadores no otorgan compensación a trabajadores si la intoxicación o incapacidad por las drogas jugó un rol en el accidente o en la enfermedad.²⁵¹⁶ Para determinar esta situación, los test de drogas juegan un papel fundamental, pues si permiten probar que el trabajador estaba bajo la influencia de las drogas al ocurrir el accidente o enfermedad profesional y se determina que fue una de las causas del incidente laboral, se denegará la compensación si la legislación estatal así lo dispone.

Actualmente los resultados positivos de los test de drogas no permiten comprobar por sí solos si el trabajador estaba intoxicado al momento de la toma de la muestra.²⁵¹⁷ De ahí que los tribunales

²⁵¹² FINKIN (2018), p. 2-102; ZEESE (2019), p. 895-933.

²⁵¹³ FINKIN (2018), p. 2-102.

²⁵¹⁴ HICKOX (2012), p. 314.

²⁵¹⁵ HICKOX (2012), p. 314.

²⁵¹⁶ Para una revisión exhaustiva de la normativa por estado véase HICKOX (2012), pp. 336-341; ZEESE (2023), pp. 992-1010.

²⁵¹⁷ ZEESE (2023), pp. 992-993.

que revisan demandas de compensación de los trabajadores comúnmente se basen en una combinación de estándares de responsabilidad penal y resultados positivos de test de drogas para determinar si un empleador ha establecido una presunción de intoxicación que podría anular el reclamo.²⁵¹⁸ Sin embargo, muchos estados requieren el cumplimiento de ciertas garantías procesales antes que el empleador pueda confiar en los resultados de los test de drogas.²⁵¹⁹ Además, esta presunción puede ser destruida si otras circunstancias circundantes sugieren que el trabajador no estaba intoxicado cuando sufrió la lesión.²⁵²⁰

En esta materia, en las otras legislaciones analizadas no existe normativa similar a la de Estados Unidos, que excluya expresamente de la compensación por accidentes del trabajo el causado debido a la intoxicación o influencia de las drogas. Sin embargo, existe normativa que incluye esta conducta para denegar la calificación de accidente del trabajo, y con ello la compensación y beneficios de la legislación sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. En España se rechaza que sean accidentes del trabajo “los que sean debidos a dolo o imprudencia temeraria del trabajador accidentado” (apartados 3 y 4 b) del artículo 115 de la LGSS), teniendo el empleador la carga de acreditar esta circunstancia.²⁵²¹ La jurisprudencia española generalmente rechaza la ausencia de laboralidad en el accidente cuando el trabajador da positivo en el test de drogas. La situación es distinta cuando esa conducta es, a la vez, un delito, como ocurre con la conducción de medios de transporte bajo la influencia de las drogas. En este caso, si se acredita, hay más posibilidades de que se califique como accidente común, más aún cuando se infringen otras normas de tránsito, como el límite de velocidad máximo, y de ese modo se nieguen los beneficios de la legislación sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.²⁵²² Existen diversos pronunciamientos en que la causa del accidente han sido las drogas o el alcohol, y se ha rechazado que sea laboral.²⁵²³

En Australia, en términos similares a España, la legislación de compensación de accidentes del trabajo niega la calificación de accidente del trabajo “si se prueba que la lesión de un trabajador

²⁵¹⁸ HICKOX (2012), p. 315.

²⁵¹⁹ HICKOX (2012), p. 315.

²⁵²⁰ HICKOX (2012), p. 315.

²⁵²¹ FERNÁNDEZ (2015), p. 350.

²⁵²² FERNÁNDEZ (2015), pp. 355-357; CARDENAL Y HIERRO (2019), pp. 106-119.

²⁵²³ Véase un resumen de estas sentencias en CARDENAL Y HIERRO (2019), pp. 113-119.

es solamente atribuible a una conducta indebida grave e intencional del trabajador, salvo que la lesión resulte en muerte o discapacidad seria y permanente.²⁵²⁴ La jurisprudencia ha negado la compensación por accidente del trabajo cuando el accidente vehicular fue causado únicamente porque el trabajador conducía bajo la influencia de las drogas;²⁵²⁵ en cambio, ha aceptado dicha compensación cuando no se ha probado que la intoxicación por drogas haya sido la única causa del accidente.²⁵²⁶ Los test de drogas tienen un papel relevante junto con otra prueba para acreditar si la influencia de las drogas fue la única causa del accidente del trabajo.

IV. La oportunidad de los test de drogas

Otra cuestión de gran relevancia es cuándo pueden tener lugar los test de drogas. A partir de la oportunidad en que pueden tener lugar, se clasifican en: (1) test de drogas previo al inicio del contrato de trabajo o al cambio de empleo; (2) test de drogas aleatorios; (3) test de drogas por causa razonable; (4) test de drogas posteriores a un accidente; (5) test de drogas como parte del programa de rehabilitación; (6) test de drogas previo a la reincorporación al trabajo luego de un período de ausencia; (7) test de drogas periódicos. Estos tipos de test tienen finalidades distintas o, al menos, las principales pueden ser diferentes.

1. Test de drogas previo al inicio del empleo

Se trata de test de drogas que se exigen a postulantes previo a la contratación como trabajador, o bien como condición para cambiar de la posición que actualmente ocupa a otra diferente, en general debido a un ascenso.

Las legislaciones analizadas regulan de forma diferente los test de drogas previo al empleo o al nuevo empleo: se admiten más ampliamente en la normativa de los países del *common law* y de manera más restringida en España.

²⁵²⁴ Workers Compensation Act (NSW) 1987, s. 14(2). En términos similares, la legislación de los otros estados y territorios: Workers Compensation Act 1951 (ACT), ss. 82-83; Return to Work Act (NT) 2015, s. 57; Workers' Compensation and Rehabilitation Act (Qld) 2003, s. 130; Return to Work Act (SA) 2014, s. 8(2); Workers Rehabilitation and Compensation Act (Tas) 1988, s. 25(2); Workplace Injury Rehabilitation and Compensation Act (Vic) 2013, s. 40(5)-(6); Workers' Compensation and Injury Management Act (WA) 1981, s. 22.

²⁵²⁵ *Hill v. Brambles Holdings Ltd* (1987) AWCCD, 73-833.

²⁵²⁶ *Smiggins (Kosciusko) Ltd v. Hume (SC NSW) CA*, 1983; *Coles Myer Logistics Pty Ltd v. Lee* (2007) NSWCCPD 141.

1.1. Test de drogas previo al inicio del empleo en Estados Unidos

En Estados Unidos los test de drogas se admiten ampliamente, ya sea previo a una oferta de trabajo, o bien luego de una oferta de trabajo sujeta a la condición de que el resultado del test de drogas sea negativo. Su regulación, particularmente en cuanto a los fines, varía considerablemente a nivel federal y estatal. A nivel estatal, existe un tratamiento diferenciado entre las personas que gozan y las que no gozan de la garantía de la cuarta enmienda de la Constitución federal: por un lado, postulantes a empleos públicos y a empleos privados cuya regulación es mandatada por la legislación federal (conductores de medios de transporte, por ejemplo) y, por el otro, postulantes a cargos en empresas privadas no cubiertos por la cuarta enmienda.

En caso de inconsistencias o contradicciones entre las normativas federal y estatal que regulan aspectos de los test de drogas en el trabajo, prevalece la primera. La normativa federal sobre test de drogas a postulantes y trabajadores del transporte, contenida en la Federal Omnibus Transportation Employee Testing Act (FOTETA),²⁵²⁷ y su regulación prescriben que el gobierno estatal o local no debe promulgar ley, regulación, estándar u orden que sea inconsistente con la regulación federal, la que predomina sobre la normativa estatal y local en caso de contradicción, prevalencia que no se extiende a la legislación criminal estatal que penaliza delitos cometidos en el transporte.²⁵²⁸ Refuerza esta preeminencia la regulación de la Federal Aviation Administration (FAA), que contempla una regla de prevalencia de la regulación de la FAA sobre la regulación estatal o local, que incluye, pero no se limita a los test de drogas del personal de la aviación que cumple funciones relacionada con la seguridad o sensibles para la seguridad.²⁵²⁹ Igualmente, la Federal Railroad Safety Act (FRSA)²⁵³⁰ y su regulación²⁵³¹ contienen reglas de prevalencia de la normativa federal sobre la estatal en los mismos términos que la FOTETA y su regulación.²⁵³²

²⁵²⁷ 49 U.S.C. §§ 20106 & 31306.

²⁵²⁸ 49 U.S.C. §§ 31306(g); 49 C.F.R. § 382.109.

²⁵²⁹ 14 C.F.R. pt. 121, app. I, § XI.A & B.

²⁵³⁰ 49 U.S.C. §§ 20106.

²⁵³¹ 49 C.F.R. § 219.13.

²⁵³² FINKIN (2018), p. 2-51.

En consecuencia, cuando la regulación federal se aplica, como ocurre, por ejemplo, porque se acepta financiamiento federal, la ley federal sobre test de drogas aplicables a trabajadores dependientes de empresas concesionarias y contratistas prevalece sobre cualquier ley estatal en contrario.²⁵³³

1.1.1. *Regulación federal*

Tratándose de personas cubiertas por la cuarta enmienda, se admiten los test de drogas previo al inicio del empleo solo si el puesto de trabajo es altamente riesgoso para la seguridad o la salud del propio trabajador, de otros trabajadores o del público en general, o bien si el consumo de drogas es incompatible con las labores a desempeñar producto de la confianza o interés públicos, tal como la seguridad pública.²⁵³⁴ Únicamente estos fines se consideran razonables para que los test de drogas puedan prevalecer sobre el interés privado del postulante.

En puestos de trabajo en el transporte aéreo, ferroviario y terrestre, que son altamente sensibles para la seguridad, puesto que un accidente en el transporte debido a una desviación en la ejecución del trabajo puede causar la muerte o lesiones corporales al trabajador y/o terceros o daño a la propiedad, la normativa federal ordena expresamente a los empleadores del transporte testear por drogas a los postulantes a puestos de trabajo en esas industrias previo a una oferta de trabajo, o bien luego que se ha efectuado la oferta laboral condicional a que el resultado del test de drogas sea negativo; así el test de drogas forma parte del procedimiento de selección del personal del transporte.²⁵³⁵ Similar normativa federal se encuentra en otras industrias altamente riesgosas para la seguridad, como ocurre con puestos sensibles para la seguridad en la industria de la energía, en la que se exige test de drogas previo al inicio del empleo.²⁵³⁶

Ante la ausencia de normativa federal imperativa y de acuerdo con la negociación colectiva, el empleador solo puede exigir test de drogas fundado en razones de seguridad u otro interés público protegido a quienes están cubiertos por la cuarta enmienda; no resulta suficiente una

²⁵³³ *Savage v. Maine Pretrial Servs., Inc.*, 58 A.3d 1138 (Me. 2013); FINKIN (2018), p. 2-47.

²⁵³⁴ *O'Neill v. Louisiana*, 61 F. Supp. 2d 485 (E.D. La. 1998), *aff'd*, 197 F.3d 1169 (5th Cir. 1999); *Baron v. City of Hollywood*, 93 F. Supp. 2d 1337 (S.D. Fla. 2000).

²⁵³⁵ 49 U.S.C. § 1834 (App.) (aviación); 49 U.S.C. § 431 (App.) (ferrocarril); 49 U.S.C. § 277 (App.) (terrestre).

²⁵³⁶ 10 C.F.R. § 707.8.

mera integridad moral del candidato, algo que confirma la jurisprudencia judicial.²⁵³⁷ En *Chandler v. Miller*, la Corte Suprema declaró contraria a la cuarta enmienda una política del estado de Georgia que exigía test de drogas a todos los candidatos a empleos públicos, fundado en que esto era necesario para garantizar el juicio e integridad de los funcionarios públicos, atributos necesarios para asegurar la confianza pública en concepto del estado de Georgia. Para ello, sostuvo que “Georgia no proporciona evidencia de un problema de drogas entre los funcionarios públicos del estado, esos funcionarios comúnmente no desarrollan tareas altamente riesgosas, sensibles para la seguridad, y la certificación requerida no ayuda a los esfuerzos de interdicción. La necesidad revelada, en breve, es simbólica y no ‘especial’, en los términos que es definida por nuestra jurisprudencia”.²⁵³⁸

En términos similares se ha declarado que son inconstitucionales los test de drogas requeridos a postulantes a la posición de auxiliar de biblioteca, cuyas funciones son recuperar libros, reubicarlos en los estantes de la biblioteca y ayudar al público, incluyendo las áreas de servicio infantil y juvenil, fundado en que no es un puesto riesgoso para la seguridad y salud de los niños, ni se encomienda la función de ejercer influencia ni supervisión sobre los niños.²⁵³⁹ Igualmente, se dejó sin efecto una política municipal que requería a todos los postulantes a cargos de la ciudad, incluyendo posiciones de contabilidad, someterse a un test de drogas como condición de contratación, al no acreditarse una especial necesidad; no resulta suficiente como justificación asegurar la integridad de la fuerza laboral que ejecuta funciones públicas.²⁵⁴⁰

En cambio, para los trabajadores no cubiertos por la cuarta enmienda, la normativa federal no limita los test de drogas previo al empleo, en la medida que se respete la normativa interna, convencional y no sea incompatible con la normativa estatal.

En cuanto a la oportunidad en que pueden tener lugar los test de drogas previo al empleo, la American with Disabilities Act (ADA) admite que puedan tener lugar antes de la emisión de una oferta de trabajo condicional, puesto que quienes están “actualmente involucrados en el uso

²⁵³⁷ ABRAHAMSON (2021), pp.160-166; ZEESE (2023), pp.160-166; HÉBERT (2023), pp.3-53 a 3-75.

²⁵³⁸ *Chandler v. Miller* 520 U.S. 305 (1997).

²⁵³⁹ *Lanier v. City of Woodburn*, 518 F.3d 1147 (9th Cir. 2008); ABRAHAMSON (2021), p.166.

²⁵⁴⁰ *Barron v. City of Hollywood*, 93 F. Supp. 2d 1337 (S.D. Fla. 2000).

ilegal de drogas” están excluidos de la definición de “individuo cualificado con discapacidad”²⁵⁴¹ y los test para detectar el uso de drogas ilegales no son un reconocimiento médico bajo la ADA.²⁵⁴² La Guía emitida por la Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) precisa cuándo pueden requerirse los test de drogas en la etapa precontractual bajo la ADA: “Test de drogas: exámenes establecidos para determinar el uso ilegal actual de drogas no son considerados reconocimientos médicos y, por tanto, pueden ser administrados en la etapa previa a la oferta de trabajo. Sin embargo, un empleador no podría buscar información en la etapa previa a la oferta de trabajo acerca del uso legal de drogas actual o pasado, si esa información pudiere revelar la existencia, naturaleza o severidad de un impedimento o discapacidad”.²⁵⁴³

1.1.2. Regulación estatal

A nivel estatal, la limitación de los test de drogas previo al empleo puede provenir de: (1) la privacidad reconocida por ciertos estados en sus constituciones; (2) normas del *common law* que limitan la intromisión ilegítima en la privacidad del candidato al empleo, y (3) normas estatales.

Según se expuso anteriormente, al menos diez estados reconocen en sus constituciones el derecho a la privacidad, que limita solamente al gobierno estatal y no a las empresas del sector privado, con excepción de la disposición sobre privacidad de la Constitución de California que se aplica tanto a entidades privadas como públicas.²⁵⁴⁴ Por lo tanto, a los postulantes a cargos públicos estatales y locales en los estados que garantizan la privacidad en sus constituciones y a cargos en el sector privado en el estado de California se los puede someter a test de drogas previo al empleo como parte de la política de contratación si el cargo es sensible para la seguridad y/o salud del trabajador o de terceros, para la seguridad pública, o bien el no consumo de drogas es crucial para la confianza pública.²⁵⁴⁵

Salvo California, las constituciones estatales limitan solamente al gobierno estatal; no está regulada la prerrogativa del empleador del sector privado de requerir test de drogas a candidatos

²⁵⁴¹ 42 U.S.C. § 12114(a).

²⁵⁴² 42 U.S.C. § 12114(d); *Meyer v. Qualex Inc.*, 388 F. Supp. 2d 630 (E.D.N.C. 2005).

²⁵⁴³ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2000), p. 70:1117.

²⁵⁴⁴ FINKIN (2018), pp. 2-53, 2-54.

²⁵⁴⁵ FINKIN (2018), pp. 2-53, 2-54.

a empleos y trabajadores por una política pública del estado. Si bien ello es cierto, se reconoce que la expectativa de privacidad constituye una política pública que forma parte del *common law*,²⁵⁴⁶ que sí limita los test de drogas en el sector privado en la mayoría de los estados.²⁵⁴⁷ Ahora bien, este derecho a la privacidad en el sector privado, salvo norma estatutaria en contrario, no es vulnerado cuando se requiere a los postulantes a un empleo, cualquiera sea su naturaleza, someterse a un test de drogas. En este sentido se pronuncia la Corte Suprema de West Virginia al sostener la legalidad de los test de drogas previo al empleo requeridos por la empresa Walmart: “En el contexto previo al empleo, es manifiesto, aunque no necesariamente dispositivo en todos los casos que una persona claramente tiene menor expectativa de privacidad. Los empleadores regularmente realizan revisión de antecedentes previos, buscan referencias, requieren exámenes médicos previos al empleo, etc., que son por lejos más intrusivos que lo que podría considerarse tolerable para trabajadores actuales sin circunstancias especiales. Proporcionar una muestra de orina es un componente estándar de la exanimación médica”.²⁵⁴⁸

Ciertos estados contienen leyes que regulan los test de drogas en el trabajo en el sector privado. Los estados de Alaska,²⁵⁴⁹ Arizona,²⁵⁵⁰ Arkansas,²⁵⁵¹ Connecticut,²⁵⁵² Florida,²⁵⁵³ Hawaii,²⁵⁵⁴ Idaho,²⁵⁵⁵ Iowa,²⁵⁵⁶ Maine,²⁵⁵⁷ Minnesota,²⁵⁵⁸ Mississippi,²⁵⁵⁹ Montana,²⁵⁶⁰ Oklahoma,²⁵⁶¹

²⁵⁴⁶ *Luedtke v. Nabors Alaska Drilling, Inc.*, 768 P.2d 1123 n.2, 4 IER Cases 129 (Alaska 1989); *Hennessey v. Coastal Eagle Point Oil Co.*, 609 A.2d 11, 7 IER Cases 1057 (N.J. 1992).

²⁵⁴⁷ FINKIN (2018), pp. 2-57, 2-58.

²⁵⁴⁸ *Baughman v. Walmart Stores* 592 S.E.2d 824 (W. Va. 2003).

²⁵⁴⁹ ALASKA STATUTES §§ 23.10.620.

²⁵⁵⁰ ARIZONA REVISED STATUTES §§ 23-493.04.

²⁵⁵¹ ARKANSAS CODE §§ 11-14-104, 11-14-106.

²⁵⁵² CONNECTICUT GENERAL STATUTES §§ 31-51v. El resultado positivo de THC no puede ser el único fundamento para no contratar al postulante a menos que: (i) contratar a ese postulante podría poner al empleador en riesgo de violar la ley federal o poner en riesgo beneficios federales, o (ii) el empleador efectúe una oferta laboral condicional a dar negativo en el test de drogas, incluido THC. Cfr.: CONNECTICUT GENERAL STATUTES §§ 21a-44q.

²⁵⁵³ FLORIDA STATUTES § 440.102.

²⁵⁵⁴ HAWAII REVISED STATUTES §§ 329B-5.5.

²⁵⁵⁵ IDAHO CODE ANNOTATED §§ 72-1702.

²⁵⁵⁶ IOWA CODE § 730.5 (2018 Iowa Acts 1046 (H.F. 2383)).

²⁵⁵⁷ MAINE REVISED STATUTES, TITLE 26 § 684.

²⁵⁵⁸ MINNESOTA STATUTES §§ 181.951, 181.953.

²⁵⁵⁹ MISSISSIPPI CODE ANNOTATED §§ 71-7-5.

²⁵⁶⁰ MONTANA CODE ANNOTATED §§ 39-2-208.

²⁵⁶¹ OKLAHOMA STATUTES §§ 40-554.

Rhode Island,²⁵⁶² Tennessee,²⁵⁶³ Utah,²⁵⁶⁴ Vermont,²⁵⁶⁵ y West Virginia²⁵⁶⁶ admiten ampliamente los test de drogas previo al empleo para cualquier propósito vinculado al trabajo, según la necesidad de la empresa, incluyendo el mantenimiento de la seguridad en el lugar de trabajo y la productividad. Otros estados restringen los test de drogas previo al empleo. En Maryland, el empleador puede conducir test de drogas previo al empleo, salvo que ello esté prohibido en el acuerdo de negociación colectiva aplicable al empleador.²⁵⁶⁷ Otros estados no prohíben ni promueven los test de drogas previo al empleo.²⁵⁶⁸ En los estados que no prohíben ni permiten estatutariamente los test de drogas en la etapa previa a la contratación, resultan lícitos estos test en el sector privado.

En cuanto a la oportunidad en que tienen lugar los test de drogas previo al empleo, la mayoría de los estados no contiene norma alguna al respecto, de modo que el empleador puede exigirlos antes o luego de una oferta de trabajo condicional. Sin embargo, algunos estados, como Arkansas,²⁵⁶⁹ Maine,²⁵⁷⁰ Minnesota,²⁵⁷¹ Rhode Island,²⁵⁷² Tennessee²⁵⁷³ y Vermont²⁵⁷⁴ han determinado que el test de drogas debe requerirse a postulantes al trabajo una vez que la oferta de empleo se ha efectuado; en esos estados, la negativa a someterse al test o su resultado positivo confirmado pueden utilizarse como fundamento para rechazar la contratación del postulante.

La legalización de la marihuana para fines medicinales y recreacionales en algunos estados y ciudades ha provocado que cierta normativa estatal, como la del estado de Nevada, y territorial, como la de la ciudad de Nueva York, prohíba requerir test de drogas para marihuana a los postulantes a trabajos.²⁵⁷⁵ Asimismo, numerosos estados prohíben denegar el empleo a un

²⁵⁶² RHODE ISLAND GENERAL LAWS §§ 28-6.5-2.

²⁵⁶³ TENNESSEE CODE ANNOTATED §§ 50-9-106.

²⁵⁶⁴ UTAH CODE ANNOTATED §§ 34-38-3.

²⁵⁶⁵ VERMONT STATUTES ANNOTATED, TITLE 21 §§ 512.

²⁵⁶⁶ WEST VIRGINIA CODE §§ 21-3E-4.

²⁵⁶⁷ MARYLAND CODE ANNOTATED §§ 17-214.

²⁵⁶⁸ INDIANA CODE § 22-9-2-24.

²⁵⁶⁹ ARKANSAS CODE §§ 11-14-16.

²⁵⁷⁰ MAINE REVISED STATUTES, TITLE 26 § 684.

²⁵⁷¹ MINNESOTA STATUTES §§ 181.951.

²⁵⁷² RHODE ISLAND GENERAL LAWS §§ 28-6.5-2.

²⁵⁷³ TENNESSEE CODE ANNOTATED §§ 50-9-106.

²⁵⁷⁴ VERMONT STATUTES ANNOTATED, TITLE 21 §§ 512.

²⁵⁷⁵ SEEZE (2019), pp. 139-140; ABRAHAMSON (2021), pp. 186-187; SEEZE (2023), pp. 190-192.

postulante fundado en un resultado positivo de marihuana en un test de drogas previo al empleo, tanto si el consumo de marihuana fue medicinal como recreacional.²⁵⁷⁶ No obstante esta regulación, lo cierto es que en la mayoría de los estados los postulantes a trabajos tienen escasa protección legal, que mayoritariamente se les niega ante la infracción empresarial.²⁵⁷⁷ Por ejemplo, la Corte de Apelaciones en Michigan concluyó que la Ley de Marihuana Medicinal estatal no creó un derecho de acción por discriminación o represalia, en un caso en que el empleador rescindió una oferta de trabajo condicional basado en que el postulante dio positivo de marihuana en un test de droga previo al empleo, y rechazó la demanda.²⁵⁷⁸

1.2. Test de drogas previo al inicio del empleo en Australia

A diferencia de Estados Unidos, en Australia no existe normativa federal ni estatal expresa que requiera o permita al empleador someter a los postulantes a ofertas de trabajo a test de drogas previo a su contratación o a su cambio de cargo. Sin embargo, se admiten los test previos al empleo cuando por razones de integridad, seguridad en el trabajo o productividad se prohíbe el consumo de drogas en el lugar de trabajo o estar bajo la influencia de las drogas en el desempeño del cargo a que se postula. Los test en cuestión no solamente persiguen seleccionar al mejor postulante para el cargo, sino también permiten garantizar la seguridad en el lugar de trabajo, asegurando que el postulante seleccionado no va a poner en peligro su propia seguridad o la de otros.²⁵⁷⁹ Existe una percepción general acerca de que los test de drogas en la etapa precontractual podrían asistir en reducir las lesiones, el ausentismo y las licencias médicas.²⁵⁸⁰

Comúnmente, cuando tienen lugar, los test de drogas constituyen una precondition para la celebración del contrato de trabajo. Es decir, al postulante se le ofrece un empleo sujeto a la condición de que se someta a un test de drogas y su resultado sea negativo. Por el contrario, si el postulante seleccionado se niega a someterse al test de drogas o su resultado es positivo confirmado, falla la condición y queda sin efecto la oferta de trabajo.²⁵⁸¹

²⁵⁷⁶ SEEZE (2019), pp. 141-142; ABRAHAMSON (2021), p. 187; SEEZE (2023), pp. 191.

²⁵⁷⁷ SEEZE (2019), pp. 141-142.

²⁵⁷⁸ *Eplee v. City of Lansing*, 327 Mich. App. 635, 935 N.W.2d 104 (2019).

²⁵⁷⁹ BUNN Y GUTHRIE (2010), p. 30.

²⁵⁸⁰ BUNN Y GUTHRIE (2010), p. 30.

²⁵⁸¹ BUNN Y GUTHRIE (2010), p. 30.

Se discute si los test de drogas en la etapa precontractual solamente son manifestación del poder de dirección del empleador o, por al contrario, un asunto industrial y, por tanto, constituyen una materia de negociación colectiva entre el empleador y el sindicato que puede estar regulada en el acuerdo industrial;²⁵⁸² se ha aceptado esta última posición.²⁵⁸³ Cualquiera sea su fuente de regulación, se postula que debe existir un balance entre la privacidad del postulante y la seguridad o salud en el trabajo u otro interés legítimo que se persiga con los test de drogas precontractuales.²⁵⁸⁴

1.3. Test de drogas previo al inicio del empleo en España

En la normativa española no existen normas estatales expresas de alcance general que admitan los test de drogas dentro de los reconocimientos médicos preocupacionales, lo que genera duda sobre su procedencia y en qué situaciones proceden cuando no existe regulación estatal específica.

Un sector de la doctrina postula que los test de drogas solo podrían tener lugar en las situaciones previstas en el artículo 37.3 b) del RSP, esto es, luego de celebrado el contrato de trabajo, una vez incorporado el trabajador en el puesto de trabajo, o tras la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos para la salud y, por tanto, no como parte del proceso de selección sino para determinar si el consumo o intoxicación con drogas constituye un riesgo para la salud en el cargo que se ocupará.²⁵⁸⁵

Otro sector de la doctrina admite que los test de drogas pueden tener lugar, además de en las situaciones del artículo 37.3 b) del RSP, previo a la contratación cuando la normativa estatal expresamente contempla los test de drogas previo a la contratación de postulantes para ciertos cargos, cuando persiguen evitar posibles situaciones de riesgo, bien para su propia integridad física o salud o para la de los compañeros de trabajo o de terceras personas (artículo 22.1 de la LPRL), y cuando el puesto de trabajo o la actividad a desarrollar precisan de condiciones

²⁵⁸² BUNN Y GUTHRIE (2010), p. 30.

²⁵⁸³ *Metals and Engineering Workers Unions Western Australian Branch v. East Perth Electrical Services and Others* [1995] WAIRComm 8.

²⁵⁸⁴ BUNN Y GUTHRIE (2010), p. 30.

²⁵⁸⁵ GÓMEZ (2005), p. 706.

psicofísicas determinadas, pues el empresario está obligado a no emplear a los trabajadores en aquellos puestos de trabajo para los que no reúnan las condiciones psicofísicas adecuadas (artículo 25.1 párrafo 2 de la LPRL).²⁵⁸⁶ Para esta posición, si el consumo de drogas o la intoxicación por drogas constituyen un riesgo para la seguridad o impiden al postulante cumplir las condiciones psicofísicas que exige el cargo, entonces los test de drogas previo a la contratación son lícitos y no pueden considerarse discriminatorios, al ser proporcionales al fin. Los convenios colectivos²⁵⁸⁷ siguen esta posición al igual que un sector de la jurisprudencia.²⁵⁸⁸ Inclusive, la sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004 parece compartir esta posición, amparada en los fines de salud y seguridad de los test de drogas.

Una tercera posición, sostenida por un sector de la jurisprudencia, podría defender los test de drogas no solo por las razones de salud y seguridad ocupacionales, sino también para garantizar la integridad del postulante al trabajo, si el consumo de drogas o la intoxicación es incompatible con las funciones del cargo a desempeñar, y por razones de productividad.²⁵⁸⁹ Esta ampliación de los test de drogas preocupacionales a objetivos de productividad podría entrar en conflicto con la privacidad y el derecho a la no discriminación, que podrían prevalecer sobre razones estrictamente productivas (evitar la ausencia en el trabajo, disminuir costos de salud). Si los test de drogas tienen únicamente como propósito la mejora de la productividad, no cumplen el estándar de razonabilidad que justifique la intromisión en la privacidad o intimidad del trabajador o postulante.²⁵⁹⁰

Por otra parte, los test de drogas que se admitan antes de la contratación deberían ser requeridos una vez extendida una oferta de trabajo condicional a un resultado negativo confirmado de un test de drogas, y no antes del otorgamiento de una oferta de trabajo, a fin de evitar riesgos de discriminación por razones de salud, enfermedad o discapacidad.

²⁵⁸⁶ ALAMEDA (2013), p. 297; FERNÁNDEZ (2015), pp. 299-300.

²⁵⁸⁷ MENDOZA (2008), pp. 17-20; FERNÁNDEZ (2015), p. 300.

²⁵⁸⁸ STS, 28 diciembre 2006 (RJ 1503/2007).

²⁵⁸⁹ STSJ Madrid, 20 septiembre 2004, JUR 2004, 277909; STSJ Castilla y León, 7 enero 1998 (AS 1998, 5074); STSJ Andalucía, 1 julio 1998 (AS 1998, 3377).

²⁵⁹⁰ TALÉNS (2013), p. 185.

2. Test de drogas aleatorios

Los test de drogas pueden ser considerados aleatorios al menos en dos importantes sentidos: (1) el test podría ser aleatorio teniendo en cuenta la forma en que las personas son seleccionadas para someterse al test de drogas y (2) el test podría ser aleatorio considerando que no se conoce de antemano el tiempo en que tendrá lugar.²⁵⁹¹ Inclusive, en otras ocasiones se considera aleatorio el test cuando no existe razón alguna para requerir el test de drogas, es decir, no existe sospecha alguna de consumo de drogas o intoxicación por los trabajadores, ni incidente laboral previo, lo que generalmente se considera inherente a ambos sentidos de los test aleatorios.²⁵⁹²

En ocasiones los test aleatorios, particularmente para posiciones de trabajo sensibles para la seguridad, involucran los dos elementos o sentidos de la aleatoriedad: selección aleatoria y tiempo aleatorio.²⁵⁹³ Es posible encontrar definiciones en esta línea en cierta regulación norteamericana. Por ejemplo, la definición del Departamento de Energía es: “Test aleatorio significa el test de drogas en orina no programado, no informado previamente a individuos seleccionados aleatoriamente, en posiciones designadas para test por medio de un proceso diseñado para garantizar que las selecciones se realicen de una forma que no sea discriminatoria”.²⁵⁹⁴ Similar es la definición de la Comisión de Regulación Nuclear: “Test aleatorio significa un sistema de test de drogas no informado previamente, administrado de una manera aleatoria estadísticamente a un grupo, de forma que todas las personas dentro de ese grupo tengan una igual probabilidad de selección”.²⁵⁹⁵

Sin embargo, en otras ocasiones, el término “test aleatorio” se ha usado también para referirse a test que involucran solamente un elemento aleatorio. Por ejemplo, tratándose de trabajadores que han dado positivo en test de drogas y que ingresan a programas de rehabilitación, se someten a test aleatorios que son parte de dicho programa, situación en que el elemento aleatorio solo es el

²⁵⁹¹ ELKOURI Y ELKOURI (1993), p. 302; HÉBERT (2023), p. 3-82.

²⁵⁹² ELKOURI Y ELKOURI (1993), pp. 302-303; HÉBERT (2023), p. 3-82.

²⁵⁹³ ELKOURI Y ELKOURI (1993), p. 303.

²⁵⁹⁴ IERM 595:651, 653.

²⁵⁹⁵ 10 C.F.R. § 26.3.

tiempo, que se selecciona aleatoriamente: el trabajador no sabe cuándo se someterá a un test de drogas durante el programa de rehabilitación.²⁵⁹⁶

Asimismo, la aleatoriedad podría ser solamente de la selección de los trabajadores, cuando estos conocen el tiempo en que tendrá lugar el test de drogas, pero es aleatoria la selección de quienes se someterán al test.²⁵⁹⁷ El grupo de trabajadores a considerar para llevar a cabo la selección pueden ser los dependientes de toda la empresa o los que pertenecen a un área determinada. Para garantizar la aleatoriedad, se recurre al número del *payroll* u otro número de identificación de los trabajadores.

La regulación de los test aleatorios es diferente en las distintas legislaciones analizadas, aunque se admiten en todos sus ordenamientos jurídicos.

2.1. Los test de drogas aleatorios en el empleo en Estados Unidos

En Estados Unidos los test aleatorios tienen una regulación diferenciada a nivel federal y estatal, y las empresas deben cumplir ambas normativas.

2.1.1. *Test de drogas aleatorios en la normativa federal*

La regulación de los test aleatorios es diferente según los trabajadores estén protegidos o no por la cuarta enmienda de la Constitución y se admiten con mayor amplitud en relación con trabajadores del sector privado para los cuales los test aleatorios no están regulados por la normativa federal.

En cuanto a los trabajadores públicos federales y los trabajadores del sector privado a quienes se les garantiza la privacidad establecida en la cuarta enmienda constitucional, se reconoce la constitucionalidad de los test aleatorios solamente respecto de aquellos que desempeñan labores sensibles para la seguridad (*safety-sensitive positions*), porque la seguridad se considera una justificación que prevalece sobre la expectativa de privacidad, o que ocupan cargos en que es requisito inherente la prohibición del consumo de drogas y trabajar bajo su influencia.²⁵⁹⁸ Por el

²⁵⁹⁶ ELKOURI Y ELKOURI (1993), p. 304.

²⁵⁹⁷ ELKOURI Y ELKOURI (1993), pp. 306-308.

²⁵⁹⁸ HÉBERT (2023), pp. 3-87 y ss.

contrario, si los trabajadores no ocupan posiciones sensibles para la seguridad, la expectativa de privacidad prevalece y los test aleatorios de drogas se consideran inconstitucionales.²⁵⁹⁹

En puestos de trabajo en el transporte aéreo, en ferrocarriles y en transporte terrestre, que son altamente sensibles para la seguridad, ya que un accidente en el transporte puede causar la muerte o lesiones corporales al trabajador y/o a terceros o daño a la propiedad, la normativa federal ordena expresamente a los empleadores aplicar test aleatorios de drogas a los trabajadores que desempeñan labores en la industria del transporte sensibles para la seguridad.²⁶⁰⁰ Similar normativa federal se encuentra en otras industrias altamente riesgosas para la seguridad, como ocurre con puestos sensibles para la seguridad en la industria de la energía, donde se exige la aplicación de test aleatorios de drogas.²⁶⁰¹

Ante la ausencia de normativa federal imperativa y de acuerdo con la negociación colectiva, el empleador solo puede exigir test aleatorios a los trabajadores cubiertos por la cuarta enmienda que ocupan cargos sensibles para la seguridad, algo que confirma la jurisprudencia judicial.

Parece haber escasas dudas respecto de que los agentes de policía²⁶⁰² y otros funcionarios que velan por la observancia de la ley ocupan posiciones “sensibles para la seguridad,”²⁶⁰³ por lo que pueden ser testeados aleatoriamente. Se incluyen en la misma categoría de cargos los policías de tránsito que llevan armas de fuego y podrían ser llamados a actuar inmediatamente en situaciones de emergencia,²⁶⁰⁴ y los bomberos.²⁶⁰⁵ Igualmente, se ha resuelto que un conserje de escuela primaria que maneja sustancias peligrosas y equipos potencialmente peligrosos puede ser seleccionado de manera aleatoria para someterse a un test de drogas, por tratarse de un cargo sensible para la seguridad.²⁶⁰⁶ Pueden serlo también los trabajadores de mantenimiento y

²⁵⁹⁹ HÉBERT (2023), pp. 3-87 y ss.

²⁶⁰⁰ 49 U.S.C. § 1834 (App.) (aviación); 49 U.S.C. § 431 (App.) (ferrocarril); 49 U.S.C. § 277 (App.) (terrestre).

²⁶⁰¹ 10 C.F.R. § 707.8. La jurisprudencia confirma la legalidad de esta normativa: *Bluestein v. Skinner*, 908 F.2d 451, 5 I.E.R. Cas. (BNA) 887, 119 Lab. Cas. (CCH) P 10781 (9th Cir. 1990); *American Federation of Government Employees, AFL-CIO v. Sullivan*, 744 F. Supp. 294, 300, 5 I.E.R. Cas. (BNA) 1121 (D.D.C. 1990).

²⁶⁰² *Guiney v. Roache*, 873 F.2d 1557, 1558, 4 I.E.R. Cas. (BNA) 637 (1st Cir. 1989); *Byrne v. Massachusetts Bay Transit Auth.*, 196 F. Supp. 2d 77 (D. Mass. 2002).

²⁶⁰³ *National Federation of Federal Employees v. Cheney* 884, F.2d 603, 612, 4 I.E.R. Cas. (BNA) 1164, 1989 O.S.H. Dec. (CCH) P 28657 (D.C. Cir. 1989); *Law Enft Labor Servs., Inc. Local 158 v. Sherburne Cty.*, 695 N.W.2d 630 (Minn. Ct. App. 2005); *Jennings v. Leon*, 830 N.Y.S.2d 83 (App. Div. 2006).

²⁶⁰⁴ *New Jersey Transit PBA Local 304 v. New Jersey Transit Corp.*, 701 A.2d 1243, 13 IER Cases 449 (N.J. 1997).

²⁶⁰⁵ *Hatley v. Department of the Navy*, 164, F. 3d 602 (Fed. Cir. 1998).

²⁶⁰⁶ *Aubrey v. School Bd. of Lafayette Par.*, 148 F.3d 559 (5th Cir. 1998).

construcción, especialmente cuando el trabajo en trincheras con equipamiento pesado podría ser peligroso para la vida o para una parte del cuerpo, y trabajadores de tratamiento de aguas residuales.²⁶⁰⁷

Los test de drogas aleatorios también se admiten respecto de personal médico, incluyendo médicos, dentistas enfermeros, farmacistas, tecnólogos médicos, paramédicos, al ocupar cargos sensibles para la seguridad y salud de los pacientes, puesto que los trabajadores que ocupan esas posiciones desempeñan funciones que podrían resultar en consecuencias perjudiciales serias para la salud de los pacientes y en innecesarios procedimientos si están bajo la influencia de las drogas mientras trabajan.²⁶⁰⁸

Por el contrario, se ha considerado que ni los trabajadores públicos, en general,²⁶⁰⁹ ni los profesores de escuelas públicas²⁶¹⁰ ocupan cargos sensibles para la seguridad, por lo que no son lícitos los test aleatorios a su respecto ya que vulneran la garantía de expectativa de privacidad constitucional.²⁶¹¹ No es unánime la opinión que los profesores no ocupan cargos sensibles para la seguridad de los estudiantes, existiendo otra jurisprudencia que sostiene que sí desempeñan cargos de esa naturaleza y, por tanto, proceden a su respecto los test de drogas aleatorios.²⁶¹²

Se puede requerir test aleatorios de drogas a los trabajadores sindicalizados del sector privado a quienes no se aplica la cuarta enmienda, en la medida que lo permita el acuerdo de negociación colectiva; como se trata de trabajadores sindicalizados, es una materia de negociación

²⁶⁰⁷ *Geffre v. Metropolitan Council*, 174 F. Supp. 2d. 962 (D. Minn. 2001); *Scott v. Cleveland Civil Serv. Comm'n*, 890 N.E.2d 365 (Ohio Ct. App. 2008).

²⁶⁰⁸ *American Federation of Government Employees v. Cheney*, 7 I.E.R. Cas. (BNA) 1581, 1992 WL 403388 (N.D. Cal. 1992); *American Federation of Government Employess, L-2110 v. Derwinski*, 777 F. Supp. 1493, 1498-1499, 6 I.E.R. Cas. (BNA) 1301 (N.D. Cal. 1991); *American Federation of Government Employess, Council 33 v. Barr*, 794 F. Supp. 146, 1472-1473. 7 I.E.R. Cas. (BNA) 823 (N.D. Cal. 1992); *Straub v. County of Greenville, South Carolina*, 2006 WL 1073883, *3-5 (D.S.C. 2006).

²⁶⁰⁹ *Georgia Ass'n of Educators v. Harris*, 749 F. Supp. 1110, 5 IER Cases 1377 (N.D. Ga. 1990).

²⁶¹⁰ *Bangert v. Hodel*, 705 F. Supp. 643, 4 IER Cases 12 (D.D.C. 1989); *Patchogue-Medford Cong. of Teachers v. Board of Educ.*, 505 N.Y.S.2d 888, 1 IER Cases 1315 (App. Div. 1986); *American Fed'n of Teachers v. Kanawha Bd. of Educ.*, 592 F. Supp. 2d 883 (S.D.W. Va. 2009).

²⁶¹¹ La jurisprudencia está citada en *Knox Cty. Educ. Ass'n v. Knox Cty. Bd. of Educ.*, 158 F.3d 361, 377-378 n.21 (6th Cir. 1998).

²⁶¹² *Knox Cty. Educ. Ass'n v. Knox Cty. Bd. Of Educ.*, 158 F.3d 361, 375 (6th Cir. 1998). Esta sentencia ha sido seguida en: *Crager v. Board of Educ. of Knott Cty.*, 313 F. Supp. 2d 690 (E.D. Ky. 2004). En el mismo sentido se ha pronunciado *National Federation of Federal Employees – IAM v. Vilsack*, 775 F. Supp. 2d 91 (D.D.C. 2011), rev'd, 681 F.3d 483, 33 I.E.R. Cas. (BNA) 1702 (D.C. Cir. 2012).

colectiva.²⁶¹³ En cambio, a los trabajadores privados no sindicalizados y no cubiertos por la cuarta enmienda, el empleador les puede requerir test aleatorios de drogas en virtud de su poder de dirección, cualquiera sea el cargo que desempeñen; no existe limitación al respecto en la normativa federal.

2.1.2. *Test de drogas aleatorios en la normativa estatal*

En el ámbito estatal, la limitación de los test aleatorios de drogas puede provenir de: (1) la privacidad reconocida por ciertos estados en su constitución; (2) normas del *common law* que limitan la intromisión ilegítima en la privacidad del trabajador, y (3) normas estatales.

Los estados que reconocen en sus constituciones el derecho a la privacidad limitan únicamente al gobierno estatal y no a las empresas del sector privado, con excepción de la disposición sobre privacidad de la Constitución de California que se aplica tanto a entidades privadas como públicas.²⁶¹⁴ A los trabajadores cubiertos por la normativa constitucional estatal solo se los puede someter a test aleatorios de drogas si ocupan cargos sensibles para la seguridad y/o salud del trabajador o de terceros, o bien para la seguridad pública.²⁶¹⁵

Por el contrario, a los trabajadores que no desempeñan trabajos sensibles para la seguridad, no se les puede mandar que se sometan a test aleatorios por impedirlo la expectativa de privacidad, ya que constituye una intromisión ilícita. La Corte de Apelaciones de North Carolina se pronunció sobre la constitucionalidad de la política de una escuela pública que requería test de drogas aleatorios virtualmente a todos los trabajadores de la escuela, impugnada bajo la cláusula constitucional que regula la privacidad.²⁶¹⁶ La Corte de Apelaciones rechaza el test aleatorio respecto de miembros del consejo de la escuela porque, a diferencia del test aleatorio permitido respecto de un trabajador que conduce vehículos en la pista del aeropuerto, no encuentra ninguna preocupación sensible para la seguridad en las posiciones de los trabajadores que ocupan cargos

²⁶¹³ Para un resumen de la jurisprudencia arbitral véase DAVIDOFF Y MARTIN (1989), pp. 6 y ss.; HÉBERT (2023), pp. 5-57 a 5-61.

²⁶¹⁴ FINKIN (2018), pp. 2-53, 2-54.

²⁶¹⁵ FINKIN (2018), pp. 2-53, 2-54.

²⁶¹⁶ *Jones v. Graham Cty. Bd. of Educ.*, 677 S.E.2d 171 (N.C. Ct. App. 2009).

en el consejo de la escuela, ni se probó el uso de drogas o problemas relacionados con la droga entre esos trabajadores.²⁶¹⁷

En relación con los límites derivados del *common law*, tienen aplicación respecto de los trabajadores del sector privado, a quienes las constituciones estatales, con excepción de California, no les reconocen la garantía de privacidad. La prohibición de intromisión irrazonable sobre la privacidad forma parte del *common law* en la mayoría de los estados,²⁶¹⁸ que limita los test de drogas en el sector privado.²⁶¹⁹ En *Hennessey v. Coastal Eagle Point Oil Co.*, la Corte Suprema de New Jersey reconoce que la privacidad requiere balancear el interés individual con los intereses del empleador y de la sociedad, defendiendo la legalidad de los test aleatorios de drogas cuando los deberes de los trabajadores están “tan llenos de peligro que sus intentos de cumplir con ellos mientras están en un estado de deterioro por las drogas poseerían una amenaza para los compañeros de trabajo, para el lugar de trabajo, o para el público en general”.²⁶²⁰ Aunque el demandante alegó que el test de orina no detecta actual incapacidad por drogas, la Corte invocó como argumentos adicionales que existió evidencia del uso de marihuana en el lugar de trabajo, que el trabajo es sensible a la seguridad, que hubo ausencia de supervisión en el proceso de trabajo en la refinería y que la detección por observación de estar bajo la influencia de las drogas es difícil, por lo que el test aleatorio constituye un método positivo para prevenir el uso de drogas entre trabajadores en posiciones sensibles para la seguridad.²⁶²¹

En los estados en que se han promulgado leyes sobre los test de drogas en el trabajo, las normas del *common law* son confirmadas, al permitir los test aleatorios solamente respecto de trabajadores del sector privado que ocupan cargos sensibles para la seguridad, o son alteradas, al permitirlos ampliamente cualquiera sea la naturaleza del trabajo desempeñado. Los estados de

²⁶¹⁷ *Jones v. Graham Cty. Bd. of Educ.*, 677 S.E.2d 171 (N.C. Ct. App. 2009).

²⁶¹⁸ *Luedtke v. Nabors Alaska Drilling, Inc.*, 768 P.2d 1123 n.2, 4 IER Cases 129 (Alaska 1989); *Hennessey v. Coastal Eagle Point Oil Co.*, 609 A.2d 11, 7 IER Cases 1057 (N.J. 1992).

²⁶¹⁹ FINKIN (2018), pp. 2-57, 2-58.

²⁶²⁰ *Hennessey v. Coastal Eagle Point Oil Co.*, 609 A.2d 11 (N.J. 1992).

²⁶²¹ FINKIN (2018), p. 2-60.

Alaska,²⁶²² Alabama,²⁶²³ Arizona,²⁶²⁴ Florida,²⁶²⁵ Idaho,²⁶²⁶ Iowa,²⁶²⁷ Maryland,²⁶²⁸ Montana,²⁶²⁹ Oklahoma²⁶³⁰ y South Carolina²⁶³¹ permiten que el empleador confeccione políticas de test de drogas y establezca test aleatorios para sus trabajadores, cualquiera sea la naturaleza del cargo que desempeñen.

Por el contrario, algunos estados restringen los test aleatorios solo a trabajadores que ocupan ciertos cargos o se encuentran en una determinada situación precisada por la legislación estatal. Connecticut²⁶³² faculta al empleador para requerir a un trabajador que se someta a un test de drogas de análisis de orina al azar en las siguientes situaciones: (a) si dicho test está autorizado por la ley federal; (b) si el trabajador sirve en una posición que ha sido calificada como una ocupación altamente riesgosa o sensible para la seguridad según la regulación adoptada por el Comisionado Laboral; (c) si el trabajador opera un autobús de escuela o un vehículo de transporte de estudiantes; (d) si el análisis de orina se realiza como parte del programa de asistencia al empleado patrocinado o autorizado por el empleador en el cual el trabajador participa voluntariamente. Maine²⁶³³ permite al empleador conducir test aleatorios de drogas solamente respecto de trabajadores que se encuentran en alguna de estas situaciones: (a) trabajadores que se desempeñan en posiciones que, por su naturaleza, podrían crear una amenaza irrazonable para la salud o seguridad del público o compañeros de trabajo, si estuvieran bajo la influencia de las drogas; (b) el acuerdo colectivo aplicable permite test aleatorios; (c) el empleador, que tiene al menos cincuenta empleados, aplica test aleatorios a todos los trabajadores cualquiera sea su cargo, si la política es aprobada por el Departamento Laboral del estado. En Minnesota,²⁶³⁴ la

²⁶²² ALASKA STATUTES §§ 23.10.620.

²⁶²³ ALABAMA CODE § 25-5-335.

²⁶²⁴ ARIZONA REVISED STATUTES §§ 23-493.04.

²⁶²⁵ FLORIDA STATUTES § 440.102.

²⁶²⁶ IDAHO CODE ANNOTATED §§ 72-1705.

²⁶²⁷ IOWA CODE § 730.5 (2018 Iowa Acts 1046 (H.F. 2383)).

²⁶²⁸ MARYLAND CODE, HEALTH-GENERAL § 17-214.

²⁶²⁹ MONTANA CODE ANNOTATED §§ 39-2-208.

²⁶³⁰ OKLAHOMA STATUTES §§ 40-554. La normativa de Oklahoma limita los test aleatorios solamente respecto de empleadores del sector público y enumera las categorías de trabajadores que pueden someterse a esos test, que son posiciones sensibles para la seguridad.

²⁶³¹ SOUTH CAROLINA CODE OF LAWS UNANNOTATED § 38-73-500.

²⁶³² CONNECTICUT GENERAL STATUTES §§ 31-51v.

²⁶³³ MAINE REVISED STATUTES, TITLE 26 § 684.

²⁶³⁴ MINNESOTA STATUTES §§ 181.951.

legislación dispone que un empleador puede requerir a los trabajadores que se sometan a un test de drogas basado en una selección aleatoria solo si los trabajadores están empleados en posiciones sensibles para la seguridad, o bien son atletas profesionales sujetos a un acuerdo de negociación colectiva que permite test aleatorios. Su legislación define que “base de selección aleatoria significa un mecanismo de selección de trabajadores que (1) resulta en una igual probabilidad de que cualquier trabajador del grupo de trabajadores sujetos al mecanismo de selección resultará seleccionado, y (2) no otorga al empleador discreción de renuncia a la selección de cualquier trabajador seleccionado bajo el mecanismo”,²⁶³⁵ y que “posición sensible a la seguridad significa un trabajo, incluida cualquier posición de supervisión o de gerencia, en el cual un impedimento causado por el uso de alcohol o drogas amenazaría la salud o seguridad de cualquier persona.”²⁶³⁶ En Mississippi,²⁶³⁷ el empleador puede requerir test aleatorios respecto de tres categorías de trabajadores: (1) trabajadores que ingresan a un programa de rehabilitación por abuso de sustancias ilícitas, en que el test aleatorio es parte del programa; (2) trabajadores que han dado positivo dentro de los doce meses previos por alcohol o drogas; (3) trabajadores sindicalizados, si los test aleatorios son conducidos en conformidad con el acuerdo de negociación colectiva o permitidos por él.

En Vermont se prohíbe al empleador requerir test aleatorios de drogas excepto cuando tales test son exigidos por la ley o regulación federal.²⁶³⁸

2.2. Test de drogas aleatorios en Australia

En Australia no existe norma con alcance general que prohíba o permita expresamente los test aleatorios de drogas en el trabajo; por el contrario, existen normas específicas que mandatan test aleatorios de drogas en actividades altamente riesgosas para la seguridad, tales como la aviación,²⁶³⁹ el transporte de ferrocarriles²⁶⁴⁰ y la minería.²⁶⁴¹ Sin embargo, existe un acuerdo general entre sindicatos, trabajadores y empleadores acerca de que en industrias donde se utiliza

²⁶³⁵ MINNESOTA STATUTES §§ 181.951.

²⁶³⁶ MINNESOTA STATUTES §§ 181.951.

²⁶³⁷ MISSISSIPPI CODE ANNOTATED §§ 71-7-5.

²⁶³⁸ VERMONT STATUTES ANNOTATED, TITLE 21 §§ 513(b).

²⁶³⁹ Civil Aviation Safety Regulation 1998 (Cth), Part 99.

²⁶⁴⁰ Passenger Transport (Drug and Alcohol Testing) Regulation 2010 (NSW).

²⁶⁴¹ Coal Mining Safety and Health Regulations 2001 (Qld).

maquinaria pesada es apropiado implementar test de drogas basados en la selección aleatoria a fin de identificar a trabajadores que podrían crear riesgo para la salud y seguridad debido al uso de drogas, y disuadirlos de su consumo con el objeto de disminuir o eliminar el riesgo en el lugar de trabajo por el consumo de drogas.²⁶⁴² Con el mismo propósito, en otras industrias es procedente someter a test aleatorios a trabajadores que ocupan posiciones sensibles para la seguridad. Por el contrario, parecen no admitirse los test aleatorios respecto de trabajadores que no ocupan posiciones sensibles para la seguridad; en este caso prevalece la privacidad sobre el interés empresarial y la intrusión en la privacidad se considera ilícita.

De esta forma, cuando en cumplimiento de la obligación de seguridad del empleador los test aleatorios son un instrumento necesario para eliminar o disminuir los riesgos para la seguridad o salud derivados del consumo de drogas, se acepta su legitimidad y se considera razonable la intromisión en la libertad personal y privacidad del trabajador. Los tribunales laborales australianos han aceptado, al menos desde la decisión de 1998 de la Comisión de Relaciones Industriales de Western Australia en *BHP Iron Ore Pty Ltd v. Construction, Mining, Energy, Timberyards Sawmills and Woodworkers Union of Australia, Western Australian Branch*,²⁶⁴³ que la implementación de un programa de drogas basado en la selección aleatoria es una respuesta razonable y legítima del empleador ante los riesgos para la seguridad que ocasiona el uso de drogas por parte de los trabajadores en actividades riesgosas para la seguridad, inclusive si involucra alguna interferencia con la privacidad del trabajador. Dispone en lo pertinente el Tribunal Laboral de Western Australia: “Estándares actuales y expectativas de la comunidad con respecto a la salud y seguridad en el lugar de trabajo, como lo demuestran los mandatos legislativos y las sentencias de tribunales industriales y cortes, son tales que por necesidad habrá

²⁶⁴² WITZLEB (2014), p. 137.

²⁶⁴³ (1998) 82 IR 162; *Caltex Australia Limited v. Australian Institute of Marine and Power Engineers, The Sydney Branch; The Australian Workers' Union* [2009] FWA 424; *Holcim (Australia) Pty Limited v. Transport Workers' Union of New South Wales* [2010] NSWIRComm 1068; *Endeavour Energy v. Communications, Electrical, Electronic, Energy, Information, Postal, Plumbing and Allied Services Union of Australia and others* [2012] FWA 4998; *Construction, Forestry, Mining and Energy Union v. Port Kembla Coal Terminal Limited* [2015] FWC 4075.

de existir alguna restricción en las libertades civiles a veces y, en particular, una intrusión en la privacidad de los trabajadores”.²⁶⁴⁴

2.3. Test de drogas aleatorios en España

En la normativa estatal los test de drogas aleatorios están reconocidos expresamente, y en forma de mandato, en cierta normativa estatal respecto de algunos trabajadores. Por ejemplo, en la Disposición adicional sexta, numeral 3 de Orden N° FOM/679/2015, de 9 de abril, a propósito de la industria ferroviaria y con el único objetivo de eliminar los riesgos para la seguridad derivados del uso de drogas y determinar las causas de accidentes del trabajo: “Los administradores de infraestructuras ferroviarias y las empresas ferroviarias, dentro de los procedimientos de sus sistemas de gestión de seguridad para dar cumplimiento a la normativa reglamentaria sobre seguridad en la circulación ferroviaria y en materia de inspección e investigación de los accidentes e incidentes en los que se vean involucrados, programarán y realizarán controles aleatorios para la detección de tasas de alcoholemia y drogas de abuso y sustancias psicoactivas entre todo el personal habilitado por ellos.

Estos controles deberán realizarse al personal de circulación, de infraestructura, de conducción y de operaciones del tren que se regula en esta Orden, en el ejercicio de su actividad profesional”.

Por otra parte, la normativa citada es complementada y reforzada por el Real Decreto 929/2020, de 27 de octubre, sobre seguridad operacional e interoperabilidad ferroviarias, que regula controles para la detección de indicios analíticos de consumo de drogas de abuso y sustancias psicoactivas en el personal ferroviario: “[...] 2. La Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria, cuando así lo considere en el ejercicio de sus facultades de supervisión, ordenará la realización de controles aleatorios del personal ferroviario, pudiendo requerir la colaboración de los organismos cualificados que determine [...]. 3. Los administradores de infraestructuras y las empresas ferroviarias programarán y realizarán controles aleatorios para la detección de tasas de alcoholemia y drogas de abuso y sustancias psicoactivas entre todo el personal habilitado por ellos, en cumplimiento de su programa de vigilancia interna [...]” (artículo 40).

²⁶⁴⁴ *BHP Iron Ore Pty Ltd v. Construction, Mining, Energy, Timberyards Sawmills and Wood workers Union of Australia, Western Australian Branch* (1998) 82 IR 162, 168.

Fuera de normas específicas, los test aleatorios de drogas no están regulados en la legislación española con alcance general, ni análisis doctrinarios sobre su procedencia. Sin embargo, su legitimidad parece admitirse respecto de trabajadores que ocupan labores riesgosas para la seguridad del propio trabajador, compañeros de trabajo y/o el público en general, y no cuando las labores no son sensibles para la seguridad.²⁶⁴⁵ La garantía de la intimidad parece circunscribir los test aleatorios a trabajadores que desempeñan labores riesgosas para la seguridad.²⁶⁴⁶

3. Test de drogas por sospecha razonable

En general se utilizan de manera indistinta y como sinónimas las expresiones test de drogas por “sospecha razonable”, por “causa razonable” y por “causa probable”, para referirse a los test requeridos a personas que tal vez han consumido drogas recientemente.²⁶⁴⁷ Se trata del test que el empleador requiere al trabajador por existir sospecha fundada de que tiene drogas en su sistema, o ha consumido drogas recientemente, o está bajo su influencia, infringiendo así normas que prohíben esas conductas y le son aplicables al empleado en cuestión.²⁶⁴⁸ De esta forma, el test de drogas por sospecha razonable constituye una herramienta de control empresarial que persigue verificar si el trabajador de quien se tiene sospecha de abuso de drogas ha cumplido o infringido la normativa que debía observar.

Aunque se admiten en todas las legislaciones analizadas, los test de drogas por sospecha razonable tienen una mayor regulación y desarrollo jurisprudencial en Estados Unidos.

3.1. Los test de drogas por sospecha razonable en el empleo en Estados Unidos

En Estados Unidos los test por sospecha razonable tienen una regulación diferenciada a nivel federal y estatal: los empleadores que funcionan en el estado respectivo deben cumplir ambas normativas.

²⁶⁴⁵ STSJ País Vasco, 7 abril 2014, N° 252/2014.

²⁶⁴⁶ STSJ País Vasco, 7 abril 2014, N° 252/2014.

²⁶⁴⁷ ELKOURI Y ELKOURI (1993), p. 296.

²⁶⁴⁸ ELKOURI Y ELKOURI (1993), p. 298; HÉBERT (2023), p. 3-129.

3.1.1. *Test de drogas por sospecha razonable en la normativa federal*

Los test de drogas por sospecha razonable se admiten ampliamente cuando el trabajador que será testeado por sospecha tiene la obligación de no consumir drogas en el lugar de trabajo y/o no trabajar bajo la influencia de las drogas.²⁶⁴⁹ Por tanto, los test por sospecha fundada no se limitan únicamente a trabajadores que ocupan posiciones sensibles para la seguridad. Se pueden establecer en la legislación, en un acuerdo de negociación colectiva, en el contrato de trabajo, o bien en una política de test de drogas.

La legislación federal ordena a los empleadores de ciertas industrias altamente riesgosas para la seguridad que elaboren políticas de test de drogas o celebren acuerdos de negociación colectiva que regulen las oportunidades en que los test de drogas deben tener lugar; una de ellas es el test por causa probable. Tratándose de empleadores del transporte aéreo, de ferrocarriles y terrestre, se les requiere testear por probable causa a trabajadores respecto de los cuales existe una sospecha probable o razonable para creer que están bajo la influencia de las drogas.²⁶⁵⁰ Similar normativa federal se encuentra en otras industrias altamente riesgosas para la seguridad, como ocurre con la energía, en las que se exige a los empleadores la aplicación a sus trabajadores de test de drogas por causa razonable.²⁶⁵¹

Ahora bien, exista mandato legislativo o regulatorio federal o no, los test de drogas por causa razonable se regulan en políticas de test de drogas y en acuerdos de negociación colectiva.²⁶⁵² Lo que la jurisprudencia sí ha debido determinar es qué constituye causa razonable para testear a un trabajador por drogas; debe analizarse individualmente la situación del trabajador sobre la base de hechos y no de meras opiniones, por lo que conforma una oportunidad bastante casuística.

La Corte Suprema de Nueva York²⁶⁵³ proporciona un análisis útil sobre qué fundamentos son razonables para sospechar el abuso de drogas a fin de que el empleador requiera al trabajador

²⁶⁴⁹ HÉBERT (2023), pp. 3-129.

²⁶⁵⁰ 49 U.S.C. § 1834 (App.) (aviación); 49 U.S.C. § 431 (App.) (ferrocarril); 49 U.S.C. § 277 (App.) (terrestre).

²⁶⁵¹ 10 C.F.R. § 707.8.

²⁶⁵² Un análisis de la jurisprudencia arbitral sobre los test de drogas por causa razonable respecto de trabajadores sindicalizados véase HÉBERT (2023), pp. 5-83 a 5-99.

²⁶⁵³ *Ramsey v. Commissioner of Labor*, 793 N.Y.S.2d 632 (App. Div. 2005).

someterse a un test de drogas por causa razonable. El trabajador, un consultor de extensión de un centro de rehabilitación por abuso de alcohol y drogas, fue observado en su comportamiento y apariencia física por otros trabajadores capacitados y experimentados en el tratamiento del abuso de drogas, lo que motivó al empleador a requerirle que se sometiera a un test de drogas. La Corte concluyó: “El requerimiento del empleador consistente en que el demandante se sometiera a un test de drogas fue razonable si el empleador tuvo una razonable creencia acerca de que el demandante estaba bajo la influencia de las drogas durante su turno. El testimonio de compañeros de trabajo y supervisores del demandante, consejeros certificados en el abuso de sustancias y alcohol, sobre los cambios dramáticos e inusuales en la apariencia física y el comportamiento del demandante en el día de su despido demostró que el empleador tuvo debida razón para sospechar que el demandante estaba bajo la influencia de las drogas en el momento que le requirió la toma de la muestra”.²⁶⁵⁴

Del mismo modo, otros pronunciamientos jurisprudenciales han determinado cuándo existe sospecha razonable. Así, cuando el trabajador, tras haber sido arrestado por posesión de drogas, llama al empleador simulando estar enfermo y luego intenta encubrir este hecho falsificando un reporte, se estima suficiente fundamento para condicionar el empleo a completar exitosamente un programa de asistencia al empleado, que incluye someterse a un test de drogas.²⁶⁵⁵ También que un jefe de policía descubra, previo al arresto, que un policía obtenía ilegalmente medicamentos recetados, debido a la escucha de grabaciones telefónicas del policía sospechoso, proporciona justificación suficiente para requerirle que se someta a un test de drogas;²⁶⁵⁶ el descubrimiento de residuos de cocaína en el auto de un oficial de policía junto con la alegación de que él no había proporcionado pruebas de drogas otorgan una sospecha razonable de su consumo, que justifica requerir al oficial que se someta a un test de drogas;²⁶⁵⁷ cuando un perro detector de drogas indicó que el auto de un profesor contenía drogas, lo cual era efectivo, esto también justifica requerirle un test de drogas.²⁶⁵⁸

²⁶⁵⁴ *Ramsey v. Commissioner of Labor*, 793 N.Y.S.2d 632, 633 (App. Div. 2005).

²⁶⁵⁵ *Realford v. Lexington-Fayette Urban Cty. Gov't*, 390 F.3d 452 (6th Cir. 2004).

²⁶⁵⁶ *Russo v. City of Hartford*, 341 F. Supp. 2d 85 (D. Conn. 2004).

²⁶⁵⁷ *Razor v. New Orleans Police Dep't*, 926 So. 2d 1 (La. Ct. App. 2006).

²⁶⁵⁸ *Hearn v. Board of Pub. Educ.*, 191 F.3d 1329 (11th Cir. 1999).

Se consideró que el reporte de un compañero de trabajo denunciando que un consejero juvenil olía a marihuana proporciona sospecha razonable para testear de drogas, aunque finalmente su resultado haya sido negativo y sus supervisores no observaron un comportamiento errático ni detectaron olor a marihuana en el trabajador testado.²⁶⁵⁹ Asimismo, se consideró razonable exigir un test de drogas a un enfermero bajo las siguientes circunstancias: había tenido acceso reciente a un frasco de morfina, su empleador sospechó que el enfermero había manipulado ese frasco, el enfermero había administrado morfina inmediatamente antes que la manipulación sospechosa hubiera ocurrido, él había llevado a cabo el conteo de narcóticos la tarde anterior, se le informaron al enfermero las razones del test.²⁶⁶⁰

Indicios puramente estadísticos, tales como ausentismo excesivo y atrasos reiterados del trabajador, no podrían constituir sospecha razonable.²⁶⁶¹ La exigencia de la sospecha razonable no puede ser sin estándar, sino que debe basarse en hechos específicos articulables que reúnan un requerimiento objetivo de causa razonable.²⁶⁶²

3.1.2. *Test de drogas por sospecha razonable en la normativa estatal*

En el ámbito estatal se admiten los test de drogas por sospecha razonable, cualquiera sea el tipo de trabajador y cargo que ocupa, y no se consideran incompatibles con la expectativa de privacidad del trabajador. Se ha resuelto que el interés del trabajador en su privacidad es compatible con la prerrogativa del empleador de requerir test de drogas fundando en la sospecha objetiva razonable y de buena fe de consumo reciente de drogas, al considerarse una intrusión justificada en la privacidad.²⁶⁶³

Si bien el *common law* permite los test de drogas por causa razonable en el trabajo, y la negociación colectiva puede facultarlos respecto de trabajadores sindicalizados por ser una

²⁶⁵⁹ *Hassell v. City of Chesapeake*, 64 F. Supp. 2d 573, 15 IER Cases 1220 (E.D. Va. 1999). En el mismo sentido: *Everett v. Napper*, 833 F.2d 1507 (11th Cir. 1987), que consideró que existió sospecha razonable cuando la información sobre el uso de drogas por parte de un trabajador fue proporcionada por un compañero de trabajo conocido por ser un distribuidor de drogas; *Bailey v. City of Baytown*, 781 F. Supp. 1210, 1215 (S.D. Tex. 1991) concluyó que existe sospecha razonable para fundar el test de drogas si el supervisor del trabajador demandante informó a sus superiores que olía a marihuana dentro del camión que el demandante recientemente había conducido.

²⁶⁶⁰ *King v. Garfield Cty. Pub. Hosp. Dist. N° 1*, 17 F. Supp. 3d 1060 (E.D. Wash. 2014).

²⁶⁶¹ SCHNEIDER Y DENENBERG (1987), p. 391.

²⁶⁶² HÉBERT (2023), pp. 3-130.

²⁶⁶³ *Twigg v. Hercules Corp.*, 406 S.E.2d 52 (W. Va. 1990); *Ritchie v. Walker Mfg. Co.*, 963 F.2d 1119 (8th Cir. 1992).

materia de negociación colectiva, ciertos estados refuerzan esa posibilidad a través de la legislación, facultando los test de drogas por causa razonable.

Alaska, Arizona, Montana facultan al empleador para requerir test de drogas cuando existe sospecha razonable de que un trabajador podría estar afectado por el consumo de drogas y que ese uso podría perjudicar el desempeño laboral o el empleo.²⁶⁶⁴ Igualmente, Alabama,²⁶⁶⁵ Connecticut,²⁶⁶⁶ Idaho,²⁶⁶⁷ Maine,²⁶⁶⁸, Mississippi,²⁶⁶⁹ Tennessee²⁶⁷⁰ y Vermont²⁶⁷¹ reconocen la legitimidad de estos test de drogas, facultando al empleador para que los requiera a sus trabajadores.

Interpretando la normativa del estado de Connecticut, que permite al empleador “requerir” a un empleado someterse a un test de drogas si existe “sospecha razonable de que está bajo la influencia de las drogas”,²⁶⁷² una corte de distrito federal sostuvo que el estatuto requiere demostrar una sospecha individualizada del uso de drogas.²⁶⁷³ Igualmente, se ha explicado qué constituye “sospecha razonable” bajo la normativa estatutaria de este estado: se sostiene que debe analizarse la totalidad de las circunstancias y no solamente las razones del observador para sospechar el uso de drogas, resaltando que el foco del test debe estar en qué se observó y no en el razonamiento ni pensamiento.²⁶⁷⁴

También el estado de Florida admite los test de drogas por sospecha razonable; sostiene que se trata de test de drogas con base en la creencia de que un trabajador está usando o ha usado drogas, violando la política del empleador, creencia extraída de hechos objetivos y articulables específicos e inferencias obtenidas de esos hechos a la luz de la experiencia. Entre otras circunstancias, tales hechos e inferencias pueden fundarse en: “1. Fenómenos perceptibles en el

²⁶⁶⁴ ALASKA STATUTES §§ 23.10.620(c)(5); ARIZONA REVISED STATUTES §§ 23-493.04(B)(5); MONTANA CODE ANNOTATED §§ 39-2-208(4);

²⁶⁶⁵ ALABAMA CODE § 25-5-335(a)(2).

²⁶⁶⁶ CONNECTICUT GENERAL STATUTES §§ 31-51x(a).

²⁶⁶⁷ IDAHO CODE ANNOTATED §§ 72-1705(4)(d).

²⁶⁶⁸ MAINE REVISED STATUTES, TITLE 26 § 684(2)(A)-(B).

²⁶⁶⁹ MISSISSIPPI CODE ANNOTATED §§ 71-7-5(2)(b).

²⁶⁷⁰ TENNESSEE CODE ANNOTATED §§ 50-9-106(a)(2).

²⁶⁷¹ VERMONT STATUTES ANNOTATED, TITLE 21 §§ 513(c)(1).

²⁶⁷² CONNECTICUT GENERAL STATUTES §§ 31-51x(a).

²⁶⁷³ *Doyon v. Home Depot*, 850 F. Supp. 125 (D. Conn. 1994).

²⁶⁷⁴ *Imme v. Federal Express Corp.*, 193 F. Supp. 2d 519 (D. Conn. 2002).

trabajo, como la observación directa del consumo de drogas o de los síntomas físicos o manifestaciones de estar bajo la influencia de las drogas. 2. Conducta anormal o comportamiento errático en el trabajo o un deterioro significativo en el desempeño laboral. 3. Un reporte sobre el consumo de drogas proporcionado por una fuente confiable y creíble. 4. Evidencia de que un individuo ha manipulado un test de drogas durante su empleo con el empleador actual. 5. Información de que un trabajador ha causado o contribuido o ha estado involucrado en un accidente en el trabajo. 6. Evidencia de que un trabajador ha usado, poseído, vendido, solicitado o transferido drogas mientras trabajaba o estaba en las dependencias del empleador, o mientras operaba un vehículo, máquina o equipo del empleador.²⁶⁷⁵ En términos similares a Florida, los estados de Iowa,²⁶⁷⁶ Minnesota²⁶⁷⁷ y Oklahoma²⁶⁷⁸ admiten que el empleador pueda requerir a sus trabajadores test de drogas fundado en sospecha razonable, otorgando algunos indicios que permiten fundar esa sospecha al igual que lo hace la ley de Florida.

Bajo el estatuto del estado de Minnesota se resolvió que la detección de que la ropa del trabajador olía a marihuana otorga razonable sospecha para testear de drogas a ese trabajador.²⁶⁷⁹

El estándar de sospecha razonable es el más aceptado a nivel federal y estatal porque impide a los empleadores testear arbitrariamente a cualquier trabajador sin fundamento y permite a los trabajadores refutar falsas imputaciones de uso de drogas aunque basadas en sospechas razonables.²⁶⁸⁰ Sin embargo, impide aplicar uniformemente el mismo estándar en todas las situaciones, generando incertidumbre y desigualdad en su aplicación y, por consiguiente, a menudo sobreprotege o subprotege la privacidad del trabajador.²⁶⁸¹

²⁶⁷⁵ FLORIDA STATUTES § 440.102(1)(n).

²⁶⁷⁶ IOWA CODE § 730.5 (2018 Iowa Acts 1046 (H.F. 2383)).

²⁶⁷⁷ MINNESOTA STATUTES §§ 181.951.

²⁶⁷⁸ OKLAHOMA STATUTES §§ 40-554(2).

²⁶⁷⁹ *Lewis v. Ashland, Inc.*, 813 F. Supp. 2d 1113 (D. Minn. 2011).

²⁶⁸⁰ MCGOVERN (1987), pp. 1495-1496.

²⁶⁸¹ MCGOVERN (1987), pp. 1495-1496.

3.2. Los test de drogas por sospecha razonable en Australia y España

En Australia no existe norma alguna con alcance gener que prohíba o permita expresamente los test de drogas por causa razonable en el empleo. Sin embargo, se acepta su procedencia,²⁶⁸² considerándose una intrusión razonable en la privacidad del trabajador.²⁶⁸³

Igualmente, en España no existen normas que autoricen expresamente al empleador a requerir al trabajador del que se sospecha que ha consumido drogas o está bajo su influencia que se someta a un test de drogas; sin embargo, se admiten si, en virtud de su trabajo, el trabajador debe cumplir la prohibición de consumir drogas en el trabajo, de desempeñar labores bajo su influencia y/o de tener cierta concentración de drogas en su sistema mientras cumple sus funciones. Lo relevante en España son los fines lícitos de los test de drogas.

4. Test de drogas posteriores a un accidente en el trabajo

Se trata del test de drogas que tiene lugar una vez que ha ocurrido un accidente o incidente en el trabajo y que se requieren, generalmente, a trabajadores involucrados en dicho accidente, o que lo han causado o contribuido a causar y, excepcionalmente, a otros trabajadores de la misma área, según la regulación que exista. Sus objetivos pueden ser variados, entre los que se destacan: determinar las causas del accidente, si existieron o no infracciones de las normas de seguridad en el trabajo vinculadas a las drogas, si el trabajador accidentado tiene derecho o no a compensación por accidente del trabajo en conformidad con la legislación, impedir futuros accidentes laborales.²⁶⁸⁴

Los test de drogas posteriores a un accidente se diferencian de los test de drogas por sospecha razonable en que su procedencia, por regla general, no exige una sospecha fundada en que el trabajador que estuvo involucrado en el accidente haya estado bajo la influencia de las drogas en ese momento.²⁶⁸⁵

²⁶⁸² DOUGLAS (2008), p. 49.

²⁶⁸³ GRANT *et al.* (2013), pp. 222-223.

²⁶⁸⁴ HÉBERT (2023), pp. 3-125 a 3-126.

²⁶⁸⁵ HÉBERT (2023), p. 3-119.

Los test de drogas posteriores al accidente en el trabajo se admiten en todas las legislaciones analizadas, aunque tienen una mayor regulación y desarrollo jurisprudencial en Estados Unidos.

4.1. Los test de drogas luego de un accidente en Estados Unidos

En Estados Unidos, los test de drogas posteriores a un accidente tienen una regulación diferenciada a nivel federal y estatal; los empleadores que funcionan en el estado respectivo deben cumplir ambas normativas.

4.1.1. *Test de drogas posteriores a un accidente en la normativa federal*

Los test de drogas posteriores a un accidente se admiten ampliamente bajo la normativa federal; su procedencia no se limita solo a trabajadores que ocupan posiciones sensibles para la seguridad, aunque es allí donde tienen mayor lugar porque es en actividades sensibles para la seguridad donde generalmente ocurren los accidentes del trabajo. Se pueden establecer en la legislación o regulación federal, en un acuerdo de negociación colectiva, en el contrato de trabajo, o bien en una política de test de drogas sea en cumplimiento de un mandato o facultad de la normativa federal o colectiva o no.

La regulación federal ordena a los empleadores de ciertas industrias altamente riesgosas para la seguridad, tales como el transporte, conducir test de drogas posteriores a ciertos accidentes.

Tratándose del transporte comercial en carreteras públicas, se ordena al empleador, tan pronto como sea posible después de la ocurrencia de un accidente que involucra un vehículo motorizado comercial, testear por sustancias ilícitas a cada uno de sus trabajadores sobrevivientes en las siguientes circunstancias: (1) quien estaba desempeñando funciones sensibles para la seguridad con respecto al vehículo, si el accidente involucró la pérdida de vidas humanas; (2) quien recibió citación dentro de treinta y dos horas posteriores a la ocurrencia del accidente en conformidad con la ley estatal o federal por infracción a causa de tráfico en movimiento que surge del accidente, si el accidente involucró: (i) lesión corporal de cualquier persona que, como resultado de la lesión, recibe inmediatamente tratamiento médico fuera del lugar del accidente; (ii) uno o más vehículos motorizados incurren en daños incapacitantes como resultado del accidente, y el

vehículo debe ser transportado fuera de la escena del accidente por una grúa u otro vehículo motorizado.²⁶⁸⁶

En el transporte público, la regulación federal ordena al empleador conducir test de drogas posteriores a accidentes fatales y no fatales, pero establece una regulación diferenciada. En caso de accidentes fatales, tan pronto como sea posible después de un accidente que involucra la pérdida de vidas humanas, el empleador deberá conducir: (1) test de drogas sobre cada trabajador sobreviviente que operaba el vehículo de transporte público al momento del accidente. No se exige al empleador test de drogas posterior al accidente si el trabajador es testado bajo los requerimientos de test por accidente fatal de la regulación de la Administración Federal de Seguridad de Transporte Terrestre; (2) test de drogas sobre cualquier otro trabajador cuyo desempeño pudo haber contribuido a causar el accidente, según lo determine el empleador utilizando la mejor información disponible al momento de adoptar la decisión.²⁶⁸⁷ En accidentes no fatales, tan pronto como sea posible después del accidente que no involucra la pérdida de vidas humanas en el cual un vehículo de transporte público estuvo involucrado, el empleador deberá testear por drogas: (1) al trabajador que operaba el vehículo de transporte público al momento del accidente, a menos que el empleador determine, utilizando la mejor información disponible al tomar la decisión, que el desempeño del trabajador puede ser totalmente descartado como factor que contribuyó al accidente; (2) a cualquier otro trabajador cuyo desempeño pudo haber contribuido a causar el accidente.²⁶⁸⁸

La regulación sobre el transporte ferroviario ordena, igualmente, al empleador conducir test de drogas a trabajadores involucrados en ciertos tipos de accidentes o de quienes se sospecha que hayan contribuido a causar el accidente, incluyendo, entre otros accidentes, aquellos que provocan la liberación de carga de materiales peligrosos desde los equipos ferroviarios acompañados de una evacuación o daño a la propiedad de la compañía de trenes por 150.000 dólares estadounidenses o más.²⁶⁸⁹

²⁶⁸⁶ 49 C.F.R. § 382.303; 49 U.S.C. § 31306(b)(2).

²⁶⁸⁷ 49 C.F.R. § 655.44(a)(1); 49 U.S.C. § 5331(b)(2).

²⁶⁸⁸ 49 C.F.R. § 655.44(a)(2); 49 U.S.C. § 5331(b)(2).

²⁶⁸⁹ 49 C.F.R. § 219.201-219.205; 49 U.S.C. § 20140(b)(1).

En el transporte aéreo, la normativa es un poco diferente: no exige al empleador testear por drogas a los trabajadores involucrados en el accidente, sino que mandata al empleador, tan pronto como sea posible luego del accidente y no más allá de treinta y dos horas después de su ocurrencia, testear a cada trabajador que desempeña una función sensible para la seguridad, a fin de detectar la presencia de una droga prohibida en el sistema del trabajador y determinar si el desempeño del trabajador ha contribuido a un accidente o no puede ser completamente descartado como un factor que contribuyó al accidente.²⁶⁹⁰

También los empleadores que realizan labores de operación, mantención o respuestas de emergencia en las instalaciones de gaseoductos deben conducir test de drogas posteriores a accidentes bajo condiciones similares a los empleadores del transporte aéreo.²⁶⁹¹ Los empleadores del transporte marítimo deben adoptar todas las medidas necesarias para testear a todos los trabajadores involucrados en un incidente marítimo grave para detectar la presencia de drogas.²⁶⁹² Los empleadores que desempeñan actividades en una planta de energía nuclear deben someter a test de drogas tan pronto como sea posible luego de un incidente causado por un error humano a los trabajadores cuya conducta puede haber causado o contribuido al evento que provocó alguno de los siguientes efectos: una enfermedad importante, lesión personal, exposición a radiación, radiactividad sobre los límites permitidos, afectación actual o potencial de la seguridad en la planta nuclear.²⁶⁹³

La constitucionalidad de la regulación federal de los test de drogas en el trabajo posteriores a accidentes ha sido confirmada en numerosos casos, luego del pronunciamiento de la Corte Suprema de Estados Unidos en *Skinner v. Railway Labor Executives' Association*.²⁶⁹⁴ La Railway Labor Executives' Association (RLEA) demandó para prohibir la regulación de la Federal Railroad Administration (FRA) que mandata al empleador testear a algunos trabajadores de ferrocarriles por drogas con posterioridad a ciertos accidentes utilizando muestras de sangre y orina. La Corte Suprema considera razonables los fines de los test de drogas posteriores a

²⁶⁹⁰ 49 C.F.R. § 120.109(c); 49 U.S.C. § 45102.

²⁶⁹¹ 49 C.F.R. § 199.105(b).

²⁶⁹² 46 C.F.R. § 16.240

²⁶⁹³ 10 C.F.R. § 26.31(c)(3).

²⁶⁹⁴ 489 U.S. 602 (1989).

accidentes, pues sostiene que los procedimientos de test de drogas de la FRA pueden impedir peligros continuos derivados de las drogas y así prevenir su reiteración,²⁶⁹⁵ proporcionan un mecanismo de investigación de las causas reales de accidentes mayores de ferrocarriles y posibilitan descubrir continuos peligros para la seguridad derivados de trabajadores bajo la influencia de las drogas, previniendo de ese modo accidentes ferroviarios futuros.²⁶⁹⁶ Asimismo, la Corte Suprema razonó por extrapolación que los resultados de los test que arrojan ausencia de drogas o alcohol en los trabajadores podrían ayudar a la industria a establecer la probabilidad de falla de equipos u otras causas de los accidentes.²⁶⁹⁷ Finalmente, la Corte reconoció que si bien las reglamentaciones de la FRA detectan el deterioro de los trabajadores por consumo de alcohol y drogas, también ayudan a disuadirlos de su consumo.²⁶⁹⁸ La mayoría de la Corte Suprema concluyó que el gobierno tomó todas las medidas regulatorias necesarias y razonables para impedir o desalentar el desempeño deficiente en tareas sensibles que amenazan la seguridad pública.²⁶⁹⁹

Ciertos pronunciamientos han limitado estos test solamente a los trabajadores respecto de los cuales existe sospecha de que su conducta ha causado o contribuido a causar un accidente, basado en la información disponible al momento de requerir la muestra, por considerar demasiado amplio testear a todos los trabajadores “involucrados” en el accidente, puesto que dichos test comprenden a todos los trabajadores involucrados, esto es, incluye a aquellos trabajadores cuya conducta revela que no han causado el accidente.²⁷⁰⁰ Sin embargo, esta no es la doctrina que sostiene la jurisprudencia mayoritaria, que efectúa una distinción según el tipo de accidente ocurrido para determinar a qué trabajadores testear. La Corte Suprema solamente ha permitido el criterio de “testear a todos los trabajadores involucrados” en un accidente en los casos más severos, que en *Skinner* fueron definidos como los accidentes que involucran una fatalidad, la liberación de materiales peligrosos que resultan en evacuación o lesiones, o daños que ascienden

²⁶⁹⁵ *Skinner v. Railway Labor Executives' Association*, 489 U.S. 602, 630 (1989).

²⁶⁹⁶ *Skinner v. Railway Labor Executives' Association*, 489 U.S. 602, 630 (1989).

²⁶⁹⁷ *Skinner v. Railway Labor Executives' Association*, 489 U.S. 602, 630 (1989).

²⁶⁹⁸ *Skinner v. Railway Labor Executives' Association*, 489 U.S. 602, 632 (1989).

²⁶⁹⁹ *Skinner v. Railway Labor Executives' Association*, 489 U.S. 602, 633 (1989).

²⁷⁰⁰ *Connelly v. Newman*, 753 F. Supp. 293 (N.D. Cal. 1990); *Plane v. United States*, 796 F. Supp. 1070 (W.D. Mich. 1992).

al menos a 500.000 dólares.²⁷⁰¹ En cambio, ante accidentes menos severos solo se ha permitido testear a los trabajadores respecto de los cuales existe una sospecha razonable de que han causado o contribuido a causar el accidente o han incurrido en una conducta insegura.²⁷⁰² Se ha resuelto que se configura este último supuesto para testear a un supervisor cuando el accidente no fue causado por ninguna conducta de su parte, pero fue ocasionado, al menos, por algo que su equipo de trabajo hizo o dejó de hacer.²⁷⁰³

En los test posteriores al accidente, a excepción del supuesto del denunciante de un incidente, se requiere a un grupo de trabajadores que se someta a un test de drogas, aunque no exista una razonable sospecha de que alguno de ellos haya consumido una droga ilegal, simplemente porque ha estado involucrado o ha causado o contribuido a causar el accidente o ha incurrido en una práctica insegura con ocasión del accidente.²⁷⁰⁴ Esto los diferencia de los test por sospecha razonable, en que el empleador alega que existe una sospecha razonable de que un trabajador específico ha consumido drogas o está bajo su influencia.²⁷⁰⁵

También se admite exigir test de drogas posteriores a un incidente laboral al trabajador que lo denuncia, siempre que exista una probabilidad de que el uso de drogas por parte de ese trabajador haya causado o contribuido a causar el accidente, limitación que persigue evitar riesgos de represalia hacia trabajadores que denuncian incidentes laborales, además de incentivar su denuncia.²⁷⁰⁶ La OSHA señala al respecto: “Para encontrar el balance apropiado aquí, las políticas de test de drogas deberían limitar los test posteriores a incidentes a situaciones en las cuales es probable que el uso de drogas por parte del trabajador denunciante haya contribuido al incidente, por lo cual el test de drogas puede identificar precisamente la incapacidad causada por el uso de drogas. Por ejemplo, probablemente no sería razonable testear por drogas a un trabajador que reporta una picadura de abeja, una lesión por esfuerzo repetitivo, o una lesión

²⁷⁰¹ *Skinner v. Railway Labor Executives' Association*, 489 U.S. 602, 609 (1989); *Holton v. Department of the Navy*, 884 F.3d. 1142 (Fed. Cir. 2018).

²⁷⁰² *Skinner v. Railway Labor Executives' Association*, 489 U.S. 602, 609 (1989); *Holton v. Department of the Navy*, 884 F.3d. 1142 (Fed. Cir. 2018).

²⁷⁰³ *Holton v. Department of the Navy*, 884 F.3d. 1142, 1149 (Fed. Cir. 2018).

²⁷⁰⁴ FINKIN (2018), p. 2-31; HÉBERT (2023), pp. 3-128; *McCabe v. Southeastern Pennsylvania Transp. Authority*, 1989, WL 83416 (E.D. Pa. 1989); *Bryant v. City of Monroe*, 593 Fed. Appx. 291, 2014 I.E.R. Cas. (BNA) 172752 (5th Cir. 2014).

²⁷⁰⁵ FINKIN (2018), p. 2-31.

²⁷⁰⁶ 29 C.F.R. § 1904.35(b)(1)(iv).

causada por una falta de protección de la maquinaria o el funcionamiento defectuoso de una máquina o herramienta. Es probable que dicha política solo disuada de reportar, y no contribuya a que el empleador comprenda por qué ha ocurrido la lesión ni tampoco establecer si de cualquier otra forma ha afectado la seguridad del lugar de trabajo. Los empleadores no necesitan específicamente sospechar el consumo de drogas antes del testeo, pero debería existir una posibilidad razonable de que el uso de drogas por parte del trabajador informante fue un factor que contribuyó al accidente o enfermedad reportada, a fin de que el empleador requiera un test de drogas. Además, el test de drogas que se establece de manera tal que podría ser percibido como punitivo o vergonzoso para el trabajador probablemente impedirá reportar un incidente”.²⁷⁰⁷

Por otra parte, exista mandato legislativo o regulatorio federal o no, los test de drogas posteriores al accidente se pueden regular en políticas de test de drogas y en acuerdos de negociación colectiva.

4.1.2. *Test de drogas posteriores a un accidente en la normativa estatal*

En el ámbito estatal se admiten los test de drogas posteriores al accidente de trabajadores involucrados o que han causado o contribuido a causar el accidente, cualquiera sea el tipo de trabajador y cargo que ocupa, a fin de determinar las causas de los accidentes y/o establecer si tienen derecho a compensación bajo la legislación de compensación por incidentes laborales; no se consideran incompatibles con la expectativa de privacidad del trabajador. Algunos estados refuerzan esa posibilidad o la restringen a través de la legislación.

Ciertas legislaciones estatales solamente permiten requerir que se sometan a test de drogas quienes han causado o contribuido a causar el accidente laboral. Alaska y Arizona facultan al empleador para requerir a un trabajador que se someta a un test de drogas luego de un accidente, si el test se toma tan pronto como sea posible después del accidente y se administra a los trabajadores que el empleador razonablemente cree que han contribuido a causarlo.²⁷⁰⁸ Otras legislaciones, agregan a la exigencia de la conducta causal que el accidente haya producido

²⁷⁰⁷ OCCUPATIONAL SAFETY & HEALTH ADMINISTRATION (2016), pp. 672-673.

²⁷⁰⁸ ALASKA STATUTES §§ 23.10.620(c)(2); ARIZONA REVISED STATUTES §§ 23-493.04(B)(2);

ciertas consecuencias. Así, el estado de Montana faculta al empleador para requerir a los trabajadores test de drogas si tiene razones para creer que la acción u omisión del trabajador es una causa directa o próxima de un accidente del trabajo que ha causado una muerte o lesiones personales o daño a la propiedad que supera los 1.500 dólares.²⁷⁰⁹ De manera similar, el estado de Alabama permite al empleador testear por drogas al trabajador que ha causado o ha contribuido a causar una lesión laboral que resulta en una pérdida de tiempo de trabajo.²⁷¹⁰ El estado de Iowa, dentro de los test por causa razonable, permite al empleador testear por drogas a los trabajadores que han causado un accidente del trabajo que ha lesionado a un trabajador, si la lesión pudiera requerir un informe o reporte en conformidad con la legislación de salud e higiene ocupacional de Iowa, y a los trabajadores que han causado un accidente del trabajo que ha producido más de 1.000 dólares en daños a equipos u otras propiedades; en ambos casos se requiere evidencia de que los trabajadores testeados han causado el accidente.²⁷¹¹ Igualmente, el estado de Minnesota incluye entre los trabajadores a los que puede requerírseles test por causa razonable a quienes han causado a otra persona una lesión o han ocasionado un accidente del trabajo.²⁷¹² El estado de Oklahoma faculta al empleador para exigir a un trabajador que se someta a un test de drogas posterior al accidente, si el trabajador u otra persona han sufrido una lesión en el trabajo o si la propiedad ha sufrido daños, incluido los equipos.²⁷¹³ Una perspectiva más amplia, no limitada a los trabajadores que han causado el accidente, adopta el estado de Tennessee, al ordenar al empleador requerir test de drogas a los trabajadores involucrados en un accidente del trabajo en el cual el trabajador o terceros han resultado lesionados,²⁷¹⁴

Otras legislaciones admiten ampliamente los test de drogas posteriores al accidente, sin imponer exigencia alguna; adoptan esta posición los estados de Idaho,²⁷¹⁵ Utah²⁷¹⁶ y West Virginia.²⁷¹⁷

²⁷⁰⁹ MONTANA CODE ANNOTATED §§ 39-2-208(5);

²⁷¹⁰ ALABAMA CODE § 25-5-335(a)(5).

²⁷¹¹ IOWA CODE § 730.5 (2018 Iowa Acts 1046 [H.F. 2383]).

²⁷¹² MINNESOTA STATUTES §§ 181.951.

²⁷¹³ OKLAHOMA STATUTES §§ 40-554(3).

²⁷¹⁴ TENNESSEE CODE ANNOTATED §§ 50-9-106(a)(5).

²⁷¹⁵ IDAHO CODE ANNOTATED §§ 72-1705(4)(c).

²⁷¹⁶ UTAH CODE ANNOTATED §§ 34-38-7.

²⁷¹⁷ WEST VIRGINIA CODE §§ 21-3E-8(c)(3).

4.2. Los test de drogas posteriores al accidente en Australia y España

En Australia ciertas normas, y solo respecto de categorías específicas de trabajadores, permiten expresamente los test de drogas posteriores a accidentes del trabajo. Por ejemplo, la legislación federal²⁷¹⁸ y estatal²⁷¹⁹ dispone que se someta a test de drogas a policías involucrados en incidentes, sea que hayan provocado la muerte o lesiones serias a personas o no, según la regulación respectiva. Sin embargo, ante la ausencia de regulación estatal o federal se acepta la procedencia de test de drogas posteriores a un incidente laboral,²⁷²⁰ y se les considera una intrusión razonable en la privacidad del trabajador.²⁷²¹

También en España existe escasa normativa estatal que regula los test de drogas posteriores a accidentes del trabajo; sin embargo, se admite que se requieran a trabajadores involucrados en accidentes. Por ejemplo, el Real Decreto 929/2020, de 27 de octubre, sobre seguridad operacional e interoperabilidad ferroviarias, que regula controles para la detección de indicios analíticos de consumo de drogas de abuso y sustancias psicoactivas en el personal ferroviario, contempla test de drogas posterior al accidente: “2. [...] Asimismo, la Comisión de Investigación de Accidentes Ferroviarios, en virtud de sus competencias en materia de investigación, podrá ordenar la realización de controles al personal implicado en sucesos sujetos a investigación. 3. Los administradores de infraestructuras y las empresas ferroviarias programarán y realizarán controles aleatorios para la detección de tasas de alcoholemia y drogas de abuso y sustancias psicoactivas entre todo el personal habilitado por ellos, en cumplimiento de su programa de vigilancia interna. Asimismo, realizarán dichos controles en el caso de accidentes e incidentes en los que se vean involucrados [...]” (artículo 40).

5. Los test de drogas como parte del programa de rehabilitación del trabajador

Se trata de los test de drogas que tienen lugar dentro de un programa de rehabilitación en el que participan los trabajadores por abuso de las drogas, o bien para realizar el seguimiento de un

²⁷¹⁸ Australian Federal Police Act 1979 (Cth), s. 40N.

²⁷¹⁹ Police Act 1990 (NSW), s. 211A; Police Services Act 2003 (Tas), s. 50.

²⁷²⁰ DOUGLAS (2008), p. 49.

²⁷²¹ GRANT *et al.* (2013), pp. 222-223.

trabajador que ha sido dado de alta de dicho programa, a fin de determinar que no ha recaído nuevamente en el consumo de drogas.

Los programas de rehabilitación se reconocen como un instrumento necesario para lograr que el abuso de las drogas deje de ser un riesgo para la salud del propio trabajador y para la seguridad del lugar de trabajo, si el trabajador con problemas con las drogas ocupa una posición sensible para la seguridad, además de contribuir a que la productividad y costos laborales no se vean afectados a causa del abuso de sustancias ilícitas.²⁷²² De esta forma, tanto el empleador como el trabajador con abuso de las drogas y la sociedad en general resultan beneficiados con los programas de rehabilitación y test de drogas que tienen lugar como parte o a causa del ellos. De ahí que se promueva que el trabajador que da positivo en un test de drogas pueda participar primero en dichos programas en vez de sufrir una sanción disciplinaria, utilizándose esta como instrumento de *ultima ratio*.²⁷²³

El trabajador con problemas de abuso de drogas o alcohol puede participar voluntariamente en un programa de rehabilitación por abuso de drogas o de asistencia al trabajador, o bien el empleador puede requerirle que participe en el programa de rehabilitación para tratar su problema con las drogas, luego que ha dado positivo en un test de drogas, como alternativa a una sanción disciplinaria. En esta última situación, el trabajador deberá cumplir con las actividades que forman parte del programa, ser dado de alta y no volver a infringir las prohibiciones sobre consumo de drogas en el lugar de trabajo, estar bajo su influencia o tener drogas en el cuerpo en el lugar de trabajo, a fin de evitar una sanción disciplinaria.

Los test de drogas como parte de un programa de rehabilitación se admiten en todas las legislaciones analizadas, aunque tienen una mayor regulación y desarrollo jurisprudencial en Estados Unidos.

²⁷²² SHAIN (1994), pp. 260-265.

²⁷²³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1996), p. VII: “Debería reconocerse que el empleador tiene autoridad para sancionar a los trabajadores cuya conducta profesional sea impropia como consecuencia de problemas relacionados con el consumo de alcohol o de drogas. Sin embargo, es preferible que los remitan a los servicios de asesoramiento, tratamiento y rehabilitación en vez de aplicarles sanciones disciplinarias. Si un trabajador no colabora plenamente con el tratamiento, el empleador podrá tomar las medidas disciplinarias que considere oportunas”.

5.1. Los test de drogas como parte del programa de rehabilitación en Estados Unidos

En Estados Unidos los test de drogas como parte de un programa de rehabilitación tienen una regulación diferenciada a nivel federal y estatal.

5.1.1. *Test de drogas como parte de un programa de asistencia del trabajador en la normativa federal*

Los test de drogas como parte de la rehabilitación de un trabajador con problemas de adicción a las drogas se admiten ampliamente en un país en que el número de personas que abusan de las drogas es considerable. Al igual que en las otras oportunidades de los test de drogas, se pueden establecer en la legislación o regulación federal, en un acuerdo de negociación colectiva, en el contrato de trabajo, o bien en una política de test de drogas sea o no en cumplimiento de un mandato o facultad de la normativa federal o colectiva.

La regulación federal ordena o permite a empleadores de ciertas industrias altamente riesgosas para la seguridad, tales como el transporte, requerir test de drogas a los trabajadores que participan en un programa de rehabilitación por drogas mientras están en tratamiento.

Tratándose del transporte comercial en carreteras públicas, el empleador no está obligado a proporcionar un programa de asistencia por abuso de drogas al trabajador que ha violado la regulación sobre alcohol y drogas del Departamento de Transporte de Estados Unidos.²⁷²⁴ Sin embargo, si el empleador no pone término al contrato de trabajo producto de dicha infracción y ofrece al trabajador infractor regresar a ocupar una posición sensible para la seguridad del transporte después de una infracción a la normativa sobre el alcohol y las drogas, debe antes que el trabajador vuelva a ocupar dicha posición velar por que este participe en un programa de tratamiento de abuso de las drogas que cumpla con los requerimientos de la normativa del artículo § 40.281, que comprende someterse a test de drogas y que el trabajador cumpla satisfactoriamente con los requerimientos del programa de tratamiento de abuso de drogas.²⁷²⁵ Una vez que el trabajador es dado de alta y comienza a ejecutar tareas sensibles para la seguridad, el profesional de abuso de sustancias debe ordenar que el trabajador se someta al menos a seis

²⁷²⁴ 49 C.F.R. § 40.289.

²⁷²⁵ 49 C.F.R. § 40.285, 40.289, 382.311.

test de drogas no anunciados dentro de los primeros doce meses de labores sensibles para la seguridad después de su reincorporación; además puede ordenar test de seguimiento adicionales y hasta por cuarenta y ocho meses de servicio sensible para la seguridad después del primer período de doce meses.²⁷²⁶

En el transporte público terrestre, el empleador tampoco está obligado a proporcionar un programa de rehabilitación por abuso de drogas al trabajador que se niega a someterse a un test de drogas o tiene un resultado positivo confirmado en el test de drogas; sin embargo, antes de reincorporarse a labores sensibles para la seguridad, el trabajador deberá seguir el mismo procedimiento de rehabilitación que establece la normativa federal para el empleador del transporte comercial en carreteras públicas,²⁷²⁷ que incluye test de drogas durante el programa de rehabilitación y luego que es dado de alta, como parte del seguimiento del trabajador rehabilitado.²⁷²⁸

En el transporte aéreo, el empleador tampoco está obligado a proporcionar un programa de rehabilitación por abuso de drogas al trabajador que rechaza someterse a un test de drogas o tiene un resultado positivo confirmado en el test de drogas; sin embargo, antes de regresar a labores sensibles para la seguridad, el trabajador deberá seguir el mismo procedimiento de rehabilitación que establece la normativa federal para el empleador del transporte comercial en carreteras públicas,²⁷²⁹ que incluye test de drogas durante el programa de rehabilitación y luego que es dado de alta, como parte del seguimiento del trabajador rehabilitado.²⁷³⁰

Asimismo, los empleadores que realizan labores de operación, mantención o respuestas de emergencia en las instalaciones de gaseoductos no están obligados a proporcionar un programa de rehabilitación por abuso de drogas al trabajador que se niega a someterse a un test de drogas o tiene un resultado positivo confirmado en el test de drogas; sin embargo, antes de regresar a sus labores el trabajador deberá cumplir con el programa de rehabilitación que establezca el

²⁷²⁶ 49 C.F.R. § 40.307.

²⁷²⁷ 49 C.F.R. § 655.46.

²⁷²⁸ 49 C.F.R. § 40.285, 40.289, 40.289, 40.307, 382.311.

²⁷²⁹ 14 C.F.R. § 120.109(f).

²⁷³⁰ 49 C.F.R. § 40.285, 40.289, 40.289, 40.307, 382.311.

Departamento de Transporte de Estados Unidos,²⁷³¹ además de someterse a los test de drogas no anunciados de seguimiento de la rehabilitación administrados por el empleador, una vez que se reincorpore a sus labores.²⁷³² El número y la frecuencia de los test de drogas de seguimiento no anunciados deberán ser determinados por un profesional del tratamiento del abuso de las drogas, pero deberán incluir al menos seis test de drogas dentro de los primeros doce meses desde que el trabajador se ha reincorporado a sus labores, y no deberán exceder sesenta meses desde la fecha de reincorporación del trabajador a sus labores.²⁷³³

Los empleadores que desempeñan actividades en una planta de energía nuclear deben someter a los trabajadores que tienen resultado positivo confirmado en test de drogas –cuando no se pone término a su contrato de trabajo– a test de drogas como parte de un programa de seguimiento para verificar la abstinencia continua del abuso de sustancias.²⁷³⁴

En los casos en que el legislador federal no los ordena, los test de drogas como parte del programa de rehabilitación o de seguimiento de un trabajador rehabilitado pueden regularse en el acuerdo de negociación colectiva para los trabajadores sindicalizados y en las políticas de test de drogas para los trabajadores no sindicalizados.

5.1.2. *Test de drogas como parte de un programa de asistencia del trabajador en la normativa estatal*

En el ámbito estatal se admiten los test de drogas en el contexto de un programa de rehabilitación por abuso de las drogas, cualquiera sea el tipo de trabajador y cargo que ocupa. La legislación de ciertos estados contiene disposiciones sobre el establecimiento por parte del empleador de programas de rehabilitación del trabajador, de forma facultativa o imperativa. La normativa de los estados de Arizona,²⁷³⁵ Idaho,²⁷³⁶ Iowa,²⁷³⁷ Kentucky,²⁷³⁸ Louisiana,²⁷³⁹ Minnesota,²⁷⁴⁰

²⁷³¹ 14 C.F.R. § 199.105(e).

²⁷³² 49 C.F.R. § 199.105(f).

²⁷³³ 49 C.F.R. § 199.105(f).

²⁷³⁴ 10 C.F.R. § 26.31(c)(4).

²⁷³⁵ ARIZONA REVISED STATUTES §§ 23-493.5.

²⁷³⁶ IDAHO CODE ANNOTATED §§ 72-1708.

²⁷³⁷ IOWA CODE § 730.5 (2018 Iowa Acts 1046 (H.F. 2383)).

²⁷³⁸ KENTUCKY ADMINISTRATIVE REGULATIONS 803 KAR 25:280.

²⁷³⁹ LOUISIANA LAWS REVISED STATUTES §§ 23:897, 49:1001, 49:1002, 49:1005, 49:1011 a 49:1012.

²⁷⁴⁰ MINNESOTA STATUTES §§ 181.953.

Mississippi,²⁷⁴¹ Montana,²⁷⁴² Ohio,²⁷⁴³ Oklahoma,²⁷⁴⁴ Tennessee,²⁷⁴⁵ Utah,²⁷⁴⁶ Vermont²⁷⁴⁷ y West Virginia²⁷⁴⁸ dispone que el empleador puede requerir a los trabajadores participar en un programa de rehabilitación, basado en un resultado positivo confirmado del test de drogas o en el rechazo del trabajador de proporcionar una muestra para el test de drogas, como condición para continuar trabajando. Inclusive, ciertos estados admiten que el empleador puede establecer en su política test de drogas como parte del tratamiento en el programa de rehabilitación de drogas, respecto de trabajadores que se encuentran participando en él.²⁷⁴⁹

Dentro de este grupo de estados, algunos admiten test de drogas luego del término de la rehabilitación para verificar que el trabajador rehabilitado no ha vuelto a consumir drogas. En este sentido, Oklahoma faculta al empleador para requerir a los trabajadores que se sometan a test de drogas hasta por dos años luego de retornar a sus labores después de haber dado positivo en un test de drogas o de haber concluido el programa de rehabilitación.²⁷⁵⁰ De manera similar, Tennessee dispone que el empleador debe requerir al trabajador que entra a un programa de asistencia del empleado por problemas de drogas test de drogas de seguimiento una vez concluida su rehabilitación, salvo que el trabajador haya ingresado voluntariamente a ese programa, caso en que ese tipo de test es facultativo,²⁷⁵¹ y agrega que los test de seguimiento obligatorios deben exigirse al menos una vez al año por un período de dos años después del término del programa de rehabilitación y no deben notificarse anticipadamente al trabajador.²⁷⁵² Asimismo, Kentucky dispone que el programa de test de drogas, si el empleador lo establece, deberá incluir test de seguimiento al menos una vez por trimestre durante un año después que el

²⁷⁴¹ MISSISSIPPI CODE ANNOTATED §§ 71-7-7.

²⁷⁴² MONTANA CODE ANNOTATED §§ 39-2-207.

²⁷⁴³ OHIO ADMIN. CODE §§ 4123-17-58(C)(5).

²⁷⁴⁴ OKLAHOMA STATUTES §§ 40-554.

²⁷⁴⁵ TENNESSEE CODE ANNOTATED §§ 50-9-106.

²⁷⁴⁶ UTAH CODE ANNOTATED §§ 34-38-8.

²⁷⁴⁷ VERMONT STATUTES ANNOTATED, TITLE 21 §§ 513.

²⁷⁴⁸ WEST VIRGINIA CODE §§ 21-3E-9.

²⁷⁴⁹ ARIZONA REVISED STATUTES §§ 23-493.5; CONNECTICUT GENERAL STATUTES §§ 31-51x; IDAHO CODE ANNOTATED §§ 72-1708; IOWA CODE § 730.5 (2018 Iowa Acts 1046 (H.F. 2383)); MISSISSIPPI CODE ANNOTATED §§ 71-7-7 (2020); MONTANA CODE ANNOTATED §§ 39-2-207 (2022); TENNESSEE CODE ANNOTATED §§ 50-9-106(a)(4).

²⁷⁵⁰ OKLAHOMA STATUTES §§ 40-554(6).

²⁷⁵¹ TENNESSEE CODE ANNOTATED §§ 50-9-106(a)(4).

²⁷⁵² TENNESSEE CODE ANNOTATED §§ 50-9-106(a)(4).

trabajador completó exitosamente un programa de asistencia al empleado por problemas relacionados con las drogas o un programa de rehabilitación por drogas, o según lo recomiende la persona que administra el programa de rehabilitación por drogas.²⁷⁵³ También Ohio contempla la posibilidad de establecer test de seguimiento de trabajadores rehabilitados.²⁷⁵⁴

En los estados de Illinois e Indiana, el empleador puede adoptar políticas o procedimientos de rehabilitación que incluyan test de drogas, para asegurar que el trabajador que participa en el programa de rehabilitación o lo ha completado exitosamente ya no consume drogas ilegales.²⁷⁵⁵

Otros estados, bajo ciertas circunstancias, determinan como obligación estatutaria del empleador establecer un programa de rehabilitación para trabajadores que dan positivo en test de drogas. En el estado de Maine, el empleador con más de veinte trabajadores a tiempo completo debe tener un programa de asistencia al empleado. Sin embargo, cualquiera sea el número de trabajadores, antes de sancionar a un trabajador que arrojó positivo en un test de drogas, el empleador debe proporcionar a ese trabajador la oportunidad de participar hasta por seis meses en un programa de rehabilitación diseñado para evitar el futuro uso de sustancias.²⁷⁵⁶ La normativa de Rhode Island mandata al empleador a no terminar el contrato de trabajo y enviar al trabajador que arroja positivo en un test de drogas a un profesional experto en tratamiento de drogas autorizado por el estado para su rehabilitación, además de someterlo a test de drogas adicionales de seguimiento de acuerdo con las recomendaciones del experto; si estos test arrojan un resultado positivo pueden fundar el despido del trabajador.²⁷⁵⁷

El sometimiento al programa de rehabilitación generalmente constituye parte del acuerdo de última oportunidad (*last chance agreement*) suscrito entre el empleador y el trabajador, obligándose el trabajador a completar exitosamente la rehabilitación y no consumir drogas en el futuro. Por tanto, si se infringe el acuerdo de última oportunidad por consumir drogas durante la

²⁷⁵³ KENTUCKY ADMINISTRATIVE REGULATIONS 803 KAR 25:280.

²⁷⁵⁴ OHIO ADMIN. CODE §§ 4123-17-58(C)(5)(d).

²⁷⁵⁵ 775 III. COMP. STATE 5/5-104(c)(2); INDIANA CODE § 22-9-5-24.

²⁷⁵⁶ MAINE REVISED STATUTES, TITLE 26 §§ 683, 685.

²⁷⁵⁷ RHODE ISLAND GENERAL LAWS §§ 28-6.5-1(a)(3).

rehabilitación o luego de su conclusión, puede ser procedente una sanción disciplinaria, inclusive el despido disciplinario.²⁷⁵⁸

5.2. Los test de drogas con ocasión de la rehabilitación del trabajador por abuso de drogas en Australia y España

En Australia no existe norma alguna que prohíba o permita expresamente los test de drogas con ocasión de la rehabilitación del trabajador por abuso de drogas. Sin embargo, se acepta su procedencia.²⁷⁵⁹

Del mismo modo, en España no existe norma alguna que regule estos test con ocasión de los programas de asistencia a empleados con problemas de drogas; sin embargo, podrían proceder como parte del programa de rehabilitación o luego que el trabajador es dado de alta para el seguimiento de la rehabilitación; hay convenios colectivos en que se regula la rehabilitación por abuso de drogas,²⁷⁶⁰ instrumento idóneo para involucrar a los sujetos laborales en la solución del abuso de las drogas en el lugar de trabajo.²⁷⁶¹ Si se admite la rehabilitación como parte de la obligación de seguridad del empleador respecto del trabajador drogodependiente —que puede calificarse como un trabajador especialmente sensible a ciertos riesgos, concretamente a los derivados de las drogas—, una vez que el empresario toma conocimiento de esa situación debe aceptarse la legitimidad de los test de drogas, ya que son considerados una herramienta eficaz para llevar a cabo la rehabilitación y para comprobar que el trabajador no ha recaído de nuevo en su adicción a las drogas cuando ha recibido el alta del programa de rehabilitación. Se trata de test proporcionales al fin perseguido, que pueden pactarse en el instrumento colectivo, en el contrato individual de trabajo o establecerse en la política de test de drogas de la empresa.

²⁷⁵⁸ *Matter of Jackson*, 294 N.J. Super. 233, 683 A.2d 203, 5 A.D. Cas. (BNA) 1761 (App. Div. 1996); *Mararri v. WCI Steel, Inc.*, 130 F.3d 1180, 7 A.D. Cas. (BNA) 978, 1997 FED App. 0349P (6th Cir. 1997).

²⁷⁵⁹ DOUGLAS (2008), p. 49.

²⁷⁶⁰ TUDELA Y VALDEOLIVAS (2009), p. 298.

²⁷⁶¹ FERNÁNDEZ (2013), pp. 159-160.

6. Test de drogas como condición para la reincorporación al trabajo luego de un período de ausencia

Los test de drogas de regreso al trabajo tienen lugar cuando se establecen como una condición para la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo después de sus vacaciones o luego del término de un permiso o suspensión del contrato de trabajo o después de haber completado un programa de rehabilitación por abuso de las drogas. Tienen lugar inmediatamente antes que el trabajador se reintegre de modo efectivo a su trabajo del cual ha estado ausente durante un tiempo por cualquier causa o causas específicas; el trabajador solo puede volver a sus funciones si da negativo en el test de drogas.

Con excepción del supuesto de reincorporación al trabajo luego de la conclusión del programa de rehabilitación por drogas, las otras causas de ausencia del trabajo que justifican su procedencia generalmente tienen lugar cuando los trabajadores ejecutan labores sensibles para la seguridad; en estos casos los test de drogas persiguen determinar que el trabajador no constituye un riesgo para la seguridad en el trabajo.

6.1. Los test de drogas de regreso al trabajo en Estados Unidos

En Estados Unidos los test de drogas de reincorporación al trabajo tienen una regulación diferenciada a nivel federal y estatal.

6.1.1. *Test de drogas de regreso al trabajo en la normativa federal*

Los test de drogas como condición de reincorporación al trabajo se exigen generalmente a trabajadores que ejecutan labores sensibles para la seguridad luego de un período de ausencia del trabajo. Al igual que los otros tipos de test de drogas, se pueden establecer en la legislación o regulación federal, en un acuerdo de negociación colectiva, en el contrato de trabajo, o bien en una política de test de drogas sea o no en cumplimiento de un mandato o facultad de la normativa federal o colectiva.

La regulación federal ordena a los empleadores de ciertas industrias altamente riesgosas para la seguridad, tales como el transporte, requerir test de drogas a los trabajadores que luego de un período de ausencia debido a que se han negado a someterse a un test de drogas o han dado

positivo en un test de drogas se reincorporan a trabajos sensibles para la seguridad, una vez completado un programa de asistencia por drogas; se exige que den negativo en el test de drogas para poder reincorporarse.

Tratándose del transporte comercial en carreteras públicas, el empleador no está obligado a proporcionar un programa de asistencia por abuso de drogas al trabajador que ha violado la regulación sobre alcohol y drogas del Departamento de Transporte de Estados Unidos.²⁷⁶² Sin embargo, si el empleador no pone término al contrato de trabajo producto de dicha infracción y ofrece al trabajador infractor regresar a ocupar una posición sensible para la seguridad del transporte después de una infracción a la normativa sobre el alcohol y las drogas, debe asegurar que el trabajador se someta al test de drogas de regreso al trabajo antes que vuelva a ocupar dicha posición.²⁷⁶³ Este test no puede tener lugar hasta después que el profesional por abuso de sustancias haya determinado que el trabajador ha completado exitosamente el tratamiento y/o educación que le prescribió.²⁷⁶⁴ El trabajador que estuvo suspendido de sus labores por infracción a las disposiciones sobre drogas en el trabajo debe tener un resultado negativo en el test de drogas antes de volver a desempeñar deberes sensibles para la seguridad,²⁷⁶⁵ de lo contrario no puede volver a un trabajo sensible para la seguridad.²⁷⁶⁶

En el transporte público terrestre, el empleador no está obligado a mantener vigente el contrato de trabajo con el trabajador que se niega someterse a un test de drogas o tiene un resultado positivo confirmado en el test de drogas; sin embargo, antes de regresar a labores sensibles para la seguridad el trabajador deberá someterse a un test de drogas de regreso al trabajo en los mismos términos que el trabajador del transporte comercial por carreteras públicas.²⁷⁶⁷ Similar normativa existe en las regulaciones del transporte aéreo,²⁷⁶⁸ de la operación, mantención y respuestas de emergencia en las instalaciones de gas o tuberías.²⁷⁶⁹ Los empleadores que desempeñan actividades en una planta de energía nuclear deben someter a los trabajadores que

²⁷⁶² 49 C.F.R. § 40.289.

²⁷⁶³ 49 C.F.R. § 382.309.

²⁷⁶⁴ 49 C.F.R. § 40.305(a).

²⁷⁶⁵ 49 C.F.R. § 40.305(a).

²⁷⁶⁶ 49 C.F.R. § 40.305(b).

²⁷⁶⁷ 49 C.F.R. § 655.47.

²⁷⁶⁸ 14 C.F.R. § 120.109(f).

²⁷⁶⁹ 14 C.F.R. § 199.105(e).

tienen resultado positivo confirmado en test de drogas –cuando no se pone término a su contrato de trabajo– a un test de drogas con resultado negativo para acceder nuevamente a la planta de energía nuclear.²⁷⁷⁰

En los casos en que el legislador federal no los ordena, los test de drogas de regreso al trabajo pueden regularse en el acuerdo de negociación colectiva para los trabajadores sindicalizados, y en las políticas de test de drogas para los trabajadores no sindicalizados. En estos casos, parece razonable que los test de drogas de regreso al trabajo se exijan a trabajadores que se reincorporan a deberes sensibles para la seguridad luego de un período de ausencia del trabajo por cualquier causa y a trabajadores rehabilitados del abuso de las drogas luego de recibir el alta y antes de reincorporarse a sus labores.

6.1.2. *Test de drogas de regreso al trabajo en la normativa estatal*

En el ámbito estatal se admiten los test de drogas como condición de retorno al trabajo. La legislación de pocos estados contiene disposiciones expresas sobre estos tipos de test. La normativa del estado de Idaho²⁷⁷¹ permite en términos amplios estos test y deja al empleador la facultad de regularlos. En Maine, si el trabajador que ha recibido un resultado positivo confirmado regresa al trabajo con el mismo empleador, haya participado en un programa de rehabilitación o no, el empleador podría requerir o sugerir a este trabajador que se someta a un test posterior de drogas en cualquier momento entre noventa días y un año después de la fecha del anterior test de drogas.²⁷⁷² De esta forma, en el estado de Maine el test de regreso al trabajo tiene una regulación diferente a la que existe a nivel federal, ya que tiene lugar una vez que el trabajador se ha reincorporado a sus labores.

6.2. Los test de drogas de retorno al trabajo en Australia y España

En Australia no existe norma alguna que prohíba o permita expresamente los test de drogas de retorno al trabajo; tampoco existe doctrina ni jurisprudencia conocida que se haya pronunciado sobre estos test.

²⁷⁷⁰ 10 C.F.R. § 26.31(c)(4).

²⁷⁷¹ IDAHO CODE ANNOTATED §§ 72-1705(e).

²⁷⁷² MAINE REVISED STATUTES, TITLE 26 §§ 684(5).

En España, por el contrario, se admiten los test de drogas de retorno al trabajo, pero limitados a trabajadores con una patología adictiva a las drogas, cuando se opta entre varias alternativas por la suspensión del contrato de trabajo por esta situación, ya sea mediando declaración de incapacidad temporal, incapacidad permanente total revisable, suspensión pactada o solicitud de una excedencia voluntaria o especial, sobre todo con el propósito de que el trabajador se someta a un programa de rehabilitación.²⁷⁷³ En esta situación, si el trabajador está en condiciones de reintegrarse, haya concluido su programa de rehabilitación por drogas o no, en conformidad con el artículo 37.3 b) 2.º del RSP, se le deberá requerir un test de drogas y los reconocimientos médicos que el personal sanitario estime necesarios a fin de determinar si está apto para volver a ejecutar sus labores en forma completa, o bien con restricciones, recomendando las medidas preventivas adecuadas para proteger la seguridad en el lugar de trabajo y la salud del trabajador.²⁷⁷⁴

Igualmente, podría subsumirse en el artículo 37.3 b) 2.º del RSP el test de drogas con resultado negativo antes de reincorporarse a sus labores requerido al trabajador que ha dado positivo en un test de drogas anterior o se ha negado a someterse al este y acepta suspender su contrato de trabajo con o sin goce de remuneraciones para completar un programa de educación o rehabilitación por drogas. Para el trabajador que está ausente del trabajo por un período prolongado por razones de salud o por sus problemas con las drogas, el test de drogas sería particularmente necesario si el trabajador se reincorpora a cumplir deberes riesgosos para la salud o seguridad en el trabajo. La norma en cuestión es bastante amplia para admitir este supuesto de test de drogas como condición para reincorporarse al trabajo, más aún cuando guarda coherencia con la opción de promover la rehabilitación y el asesoramiento ante problemas de drogas con el consentimiento del trabajador antes que adoptar como primera medida una política de represión o sanción del consumo de drogas y sus problemas derivados,²⁷⁷⁵ que parece ser una tendencia que se está imponiendo en el derecho comparado, esto es, preferir la rehabilitación y

²⁷⁷³ FERNÁNDEZ (2015), p. 302.

²⁷⁷⁴ STSJ Navarra 22 enero 2010 (AS 1287); FERNÁNDEZ (2015), p. 302.

²⁷⁷⁵ CABRERO (1999), p. 8; FERNÁNDEZ (2013), p. 139.

el tratamiento del abuso de las drogas como primera alternativa antes que la imposición de medidas disciplinarias.²⁷⁷⁶

7. Test de drogas periódicos en el trabajo

Los test de drogas periódicos están programados anticipadamente con conocimiento del trabajador que será testeado y permiten determinar si el dependiente reúne las condiciones físicas que requiere el trabajo que desempeña; estos test pueden formar parte de un conjunto de reconocimientos médicos rutinarios o no.²⁷⁷⁷ Se admiten comúnmente de forma obligatoria respecto de trabajadores que ejecutan labores sensibles para la seguridad y de forma voluntaria como parte de los programas de bienestar para los trabajadores.²⁷⁷⁸

7.1. Los test de drogas periódicos en Estados Unidos

Los test de drogas periódicos generalmente no están regulados en la normativa federal que mandata a ciertos empleadores para requerir a algunos trabajadores que se sometan a ciertos tipos de test de drogas. Sin embargo, se pueden establecer en un acuerdo de negociación colectiva, en el contrato de trabajo, o bien en una política de test de drogas.

Respecto de trabajadores que tienen garantizada la expectativa de privacidad constitucional, se admite la constitucionalidad de los test de drogas periódicos en la medida que ocupen cargos sensibles para la seguridad,²⁷⁷⁹ cargos en que la prohibición de consumir drogas o trabajar bajo

²⁷⁷⁶ CABRERO Y LUNA (2001), p. 248: “En el momento actual, la conceptualización del problema del trabajador que consume alcohol y/o drogas no se sitúa en el terreno represivo; afortunadamente nadie cuestiona la rentabilidad de un programa dirigido a la detección, tratamiento y reinserción de los trabajadores afectados, no solo para promocionar su salud, sino también para evitar consecuencias perjudiciales para él, sus propios compañeros y/o a terceros (4-14). Pero, además, estos riesgos adquieren especial relevancia en aquellos trabajadores que manipulan sustancias potencialmente peligrosas (tóxicos, explosivos), alta tensión u otras energías peligrosas (presión, temperatura, radiación, etc.) y otros trabajos relacionados con la seguridad pública (grúas, obras públicas, control de tráfico aéreo, transporte público, policía, bomberos, militares, urgencias médicas), que no pueden permitirse estar bajo la influencia de las sustancias psicoactivas o de problemas derivados de su uso (abstinencia) cuando están de servicio (15-16)”.

²⁷⁷⁷ HÉBERT (2023), p. 3-75.

²⁷⁷⁸ HÉBERT (2023), p. 3-75.

²⁷⁷⁹ HÉBERT (2023), pp. 3-75 a 3-82.

su influencia persigue garantizar la integridad del trabajador, o cargos en que los trabajadores tienen acceso a información sensible para la seguridad.²⁷⁸⁰

En el ámbito estatal, la legislación de ciertos estados faculta al empleador para requerir a sus trabajadores test de drogas periódicos y los estados que no los regulan tampoco los prohíben, es decir, son admisibles de todas formas ante la ausencia de prohibición expresa, particularmente a trabajadores que ocupan posiciones sensibles para la seguridad. El estado de Minnesota regula los test de drogas periódicos como parte de los reconocimientos físicos periódicos, y faculta al empleador para que pueda requerir a un trabajador someterse a un test de drogas como parte de un reconocimiento físico de rutina, siempre que no sea solicitado más de una vez al año y que el trabajador haya recibido una notificación por escrito al menos con dos semanas de anticipación a su realización.²⁷⁸¹ El estado de Mississippi, igualmente, faculta al empleador para requerir test de drogas periódicos como parte de los reconocimientos médicos de aptitud para el trabajo, programados de forma rutinaria, establecidos en una política del empleador que se aplica por igual a todos los trabajadores de un categoría de empleos.²⁷⁸² El estado de Oklahoma admite que el empleador del sector privado pueda exigir a sus trabajadores test de drogas periódicos, sean parte de reconocimientos médicos de rutina o no, para determinar la aptitud para el trabajo; en cambio, los empleadores públicos solamente pueden exigir este tipo de test a trabajadores que ejecutan labores sensibles para la seguridad de otros o para la seguridad pública.²⁷⁸³

El estado de Tennessee ordena al empleado del sector privado que se someta a test de drogas periódicos si, como parte de la política escrita del empleador, el test de drogas se lleva a cabo como parte de los reconocimientos médicos de aptitud para el trabajo programados periódicamente, o si se programa de manera periódica para todos los trabajadores de una clasificación o grupo de empleo; en cambio, el empleador público solamente puede exigir estos test periódicos programados a policías o agentes de orden público, trabajadores que tienen responsabilidades de interdicción de drogas, trabajadores autorizados a portar armas, trabajadores que se dedican a actividades que afectan directamente a los demás, trabajadores que

²⁷⁸⁰ HÉBERT (2023), p. 3-78.

²⁷⁸¹ MINNESOTA STATUTES §§ 181.951.

²⁷⁸² MISSISSIPPI CODE ANNOTATED §§ 71-7-7(3).

²⁷⁸³ OKLAHOMA STATUTES §§ 40-554(5).

están en contacto directo con reclusos bajo la custodia del Departamento de Corrección, trabajadores que están en contacto directo con menores que hayan sido declarados delincuentes o que necesiten supervisión bajo la custodia del Departamento de Servicios para Niños.²⁷⁸⁴

7.2. Los test de drogas periódicos en el trabajo en Australia y España

En Australia no existe norma alguna que prohíba o permita expresamente los test de drogas periódicos programados. Sin embargo, se acepta su procedencia respecto de trabajadores que desempeñan tareas sensibles para la seguridad como parte de los reconocimientos médicos periódicos programados que persiguen determinar la aptitud para el trabajo.²⁷⁸⁵ Tampoco en España existe norma alguna que regule estos test de drogas en términos generales, pero se admiten bajo las normas generales de seguridad y salud en el trabajo como parte de los reconocimientos médicos periódicos programados para determinar la aptitud para el trabajo de trabajadores que ocupan puestos sensibles para la seguridad, quienes, para no poner en riesgo su propia vida o salud, la de sus compañeros de trabajo o el público en general, no deben consumir drogas en el trabajo ni estar bajo su influencia en el lugar de trabajo.

De forma voluntaria, son lícitos los test de drogas periódicos programados.

V. Tipos de test de drogas

El test de drogas analiza una muestra corporal para detectar o descartar la presencia de drogas o metabolitos de drogas en el sistema de la persona cuya muestra se examina, o si está o no bajo la influencia de las drogas.

Los test científicamente válidos involucran dos etapas.²⁷⁸⁶ La primera, una prueba de “detección” que elimina de pruebas adicionales esas muestras donde la presencia de la sustancia objetivo está por debajo de un nivel de umbral designado.²⁷⁸⁷ A continuación, las muestras que contienen niveles de sustancias en o por encima del umbral están sujetas a un test confirmatorio mediante

²⁷⁸⁴ TENNESSEE CODE ANNOTATED §§ 50-9-106(a)(3).

²⁷⁸⁵ DOUGLAS (2008), p. 49.

²⁷⁸⁶ DUBOWSKI (1987), p. 437; ZEESE (2019), p. 119; ZEESE (2023), p. 117; HÉBERT (2023), p. 2-25.

²⁷⁸⁷ ZEESE (2019), p. 119; ZEESE (2023), p. 117; HÉBERT (2023), p. 2-25.

un procedimiento diferente.²⁷⁸⁸ El test confirmatorio es esencial para establecer tanto la identidad como la cantidad de la sustancia en la muestra corporal.²⁷⁸⁹ Los costos y las capacidades de detección de los diversos test de detección y confirmación varían.

Las muestras corporales que se pueden utilizar son variadas e incluyen orina, sangre, cabello, saliva, sudor. Con el propósito de resguardar los derechos de las personas y la fiabilidad de los test de drogas, generalmente los países establecen estándares sobre el procedimiento que debe observarse en los test de drogas, desde la prueba de detección hasta la prueba de confirmación, el nivel de corte para descartar, determinar y confirmar la presencia de drogas o metabolitos de drogas en el organismo. En Australia, los test de drogas basados en muestra de orina se llevan a cabo en conformidad con el Estándar 4308:2008 y los basados en muestra de saliva, de acuerdo con el Estándar 4760:2006.²⁷⁹⁰ En Estados Unidos, la Agencia de Administración de los Servicios de la Salud Mental y Abuso de Sustancias elaboró la Guía Obligatoria para Programas Federales de Test de Drogas en el Lugar de Trabajo, que establece el procedimiento de los test de drogas sobre la base de orina y saliva que tienen que observar los empleadores que deben testear a postulantes y trabajadores por mandato de la normativa federal.²⁷⁹¹ En Europa, con el propósito de que los test de drogas proporcionen información precisa y confiable sobre el uso de drogas,²⁷⁹² la Sociedad Europea de Test de Drogas en el Trabajo ha elaborado las siguientes guías: Guía Europea para Test de Drogas en el Trabajo en Orina,²⁷⁹³ Guía Europea para Test de Drogas en el Trabajo en Fluido Oral,²⁷⁹⁴ Guía Europea para Test de Drogas en el Trabajo en Aire

²⁷⁸⁸ DUBOWSKI (1987), p. 437; DECRESCE *et al.* (1989), pp. 84-85; ROTHSTEIN (1991), p. 68; ZEESE (2019), p. 119; ZEESE (2023), p. 117; HÉBERT (2023), p. 2-25.

²⁷⁸⁹ DUBOWSKI (1987), p. 437; DECRESCE *et al.* (1989), pp. 84 y 95; ROTHSTEIN (1991), p. 68.

²⁷⁹⁰ CASOLIN (2016), pp. 84-85.

²⁷⁹¹ Véase: 87 Fed. Reg. 20522-20557 (2022).

²⁷⁹² AGIUS Y KINTZ (2010), pp. 367-368.

²⁷⁹³ SOCIEDAD EUROPEA DE TEST DE DROGAS EN EL TRABAJO (2022). Disponible en: <http://www.ewdts.org/data/uploads/documents/2022-10-ewdts-guidelines-urine-final.pdf> (visitada el 4 de abril de 2023).

²⁷⁹⁴ SOCIEDAD EUROPEA DE TEST DE DROGAS EN EL TRABAJO (2022). Disponible en: <http://www.ewdts.org/data/uploads/documents/2022-10-ewdts-guidelines-oral-fluid-v3.0-final.pdf> (visitada el 4 de abril de 2023).

Espirado²⁷⁹⁵ y la Guía Europea para Test de Drogas en el Trabajo en Cabello,²⁷⁹⁶ que no son obligatorias para los estados miembros de la Unión Europea.²⁷⁹⁷

El seguimiento de los estándares en los test de drogas garantiza precisión y confiabilidad en la información que proporcionan los test de drogas, más aún cuando estos sean cuestionados por la parte trabajadora.

1. Limitaciones de los test de drogas. Consideraciones generales

Comúnmente se afirma que los test de drogas, cualquiera sea la muestra corporal que utilicen, presentan numerosas limitaciones y problemas tecnológicos, como la reactividad cruzada, la incapacidad para detectar la intoxicación al momento de la toma de la muestra, para establecer el tiempo del consumo y la cantidad de drogas consumidas, y el problema de la inhalación pasiva.²⁷⁹⁸

Primero, existe el problema de “reactividad cruzada”, ya que los test de drogas detectan metabolitos de drogas antes que la droga misma; a la vez, los test de detección identifican incorrectamente como metabolitos de drogas ilícitas los metabolitos de otras sustancias o enzimas humanas normales.²⁷⁹⁹ Por ejemplo, comer semillas de amapola puede resultar en un test positivo de opiáceos²⁸⁰⁰ y beber ciertos té de hierbas puede resultar en un test positivo de cocaína.²⁸⁰¹ Para evitar este problema, los expertos recomiendan usar cuestionarios de preguntas sobre medicamentos y otros reactivos cruzados previo al test de drogas y test de revisión posteriores a cargo de oficiales médicos capacitados.²⁸⁰²

²⁷⁹⁵ SOCIEDAD EUROPEA DE TEST DE DROGAS EN EL TRABAJO (2022). Disponible en: <http://www.ewdts.org/data/uploads/documents/2022-10-ewdts-guidelines-exhaled-breath-final.pdf> (visitada el 4 de abril de 2023).

²⁷⁹⁶ SOCIEDAD EUROPEA DE TEST DE DROGAS EN EL TRABAJO (2022). Disponible en: <http://www.ewdts.org/data/uploads/documents/2022-10-ewdts-guidelines-hair-v2.0-final.pdf> (visitada el 4 de abril de 2023).

²⁷⁹⁷ AGIUS Y KINTZ (2010) pp. 367-368.

²⁷⁹⁸ ROTHSTEIN (1991), p. 74; NORMAND *et al.* (1994), pp. 192-193.

²⁷⁹⁹ ROTHSTEIN (1991), p. 74.

²⁸⁰⁰ SELVAKA (1991), p. 685; ROTHSTEIN (1991), p. 74

²⁸⁰¹ DUBOWSKI (1987), pp. 515-516; ROTHSTEIN (1991), p. 74.

²⁸⁰² SWOTINSKY Y CHASE (1990), pp. 1006-1007.

Un segundo problema, vinculado al hecho de que los test detectan metabolitos, se refiere a la “detectabilidad del deterioro” por las drogas,²⁸⁰³ y las conclusiones varían dependiendo de la muestra corporal utilizada. Generalmente se afirma que los metabolitos de drogas detectados en orina no indican intoxicación al momento en que se tomó la muestra;²⁸⁰⁴ tampoco los test basados en muestras de pelo.²⁸⁰⁵ En cambio, parece haber mayor consenso respecto de que un test de drogas en sangre permitiría detectar una actual o reciente incapacidad por drogas,²⁸⁰⁶ aunque, a excepción del etanol, no existe una correlación conocida entre los niveles de droga en la sangre y el grado de incapacidad.²⁸⁰⁷ De manera similar, tratándose de los test en muestra de saliva, a pesar de ciertas opiniones que niegan que puedan acreditar incapacidad por drogas al momento de la muestra,²⁸⁰⁸ otros sostienen que comprueban la actual incapacidad o la incapacidad reciente por drogas, lo que será altamente probable mientras mayor sea el nivel de corte de la concentración de metabolitos de drogas para su detección y confirmación.²⁸⁰⁹

Una tercera limitación significativa que impide cualquier conclusión sobre la incapacidad fundada en un test de drogas con resultado positivo confirmado es la duración en el cuerpo de los metabolitos de drogas desde el consumo, que se extiende, dependiendo de la muestra corporal, mucho más allá de la duración de los efectos de las drogas,²⁸¹⁰ que solo persisten por una pocas horas luego de su consumo. Teniendo en cuenta que las drogas son detectables hasta mucho después que sus efectos hayan cesado, lo cual dependerá de la muestra corporal utilizada, cualquier correlación entre un test positivo y una incapacidad en el lugar de trabajo es tenue.²⁸¹¹

El tiempo de detección de las drogas desde su consumo hasta la toma de muestra es generalmente más largo en el cabello, seguido de la orina, el sudor, el fluido oral y, luego, la sangre.²⁸¹² En orina, el tiempo de detección de una sola dosis de drogas es por regla general de 1,5 a 4 días

²⁸⁰³ ROTHSTEIN (1991), p. 75.

²⁸⁰⁴ ROTHSTEIN (1991), p. 75; NORMAND *et al.* (1994), pp. 192-193; CRAIG (1999), p. 176; HICKOX (2012), pp. 299-301; CASOLIN (2016), p. 480; KEITH (2020), p. 173; HÉBERT (2023), p. 2-29.

²⁸⁰⁵ KINTZ (2008), pp. 74-75; AGIUS (2012), p. 60; HÉBERT (2023), p. 2-31.

²⁸⁰⁶ ROTHSTEIN (1991), p. 75; AGIUS (2012), p. 60; CASOLIN (2016), p. 480; HÉBERT (2023), p. 2-30.

²⁸⁰⁷ MIIKE Y HEWIN (1988), p. 641.

²⁸⁰⁸ CASOLIN (2016), p. 480.

²⁸⁰⁹ AGIUS (2012), p. 60; KEITH (2020), pp. 173-174; HÉBERT (2023), pp. 2-34 a 2-35.

²⁸¹⁰ ROTHSTEIN (1991), p. 75; CRAIG (1999), p. 176.

²⁸¹¹ DUBOWSKI (1987), p. 521; ROTHSTEIN (1991), p. 75.

²⁸¹² VERSTRAETE (2004), p. 200; CASOLIN (2016), p. 480; BROWN Y RHINDS (2019), p. 312.

desde el consumo; sin embargo, en consumidores crónicos el uso puede detectarse por aproximadamente una semana después del último consumo y, en casos extremos, por un tiempo mayor, tratándose de consumidores crónicos de cocaína y cannabis.²⁸¹³ En el fluido oral, las drogas de abuso se pueden detectar en un nivel bajo de nanogramos por mililitro de 5 a 48 horas luego de su consumo,²⁸¹⁴ y la duración de detección de drogas sedantes es mucho más breve.²⁸¹⁵ En la sangre, la mayoría de las drogas de abuso se pueden detectar en niveles bajos de nanogramos por mililitro durante uno o dos días luego del consumo.²⁸¹⁶ En el pelo, las drogas se pueden detectar por semanas, inclusive, meses, dependiendo del largo del tallo del cabello.²⁸¹⁷ La duración de detección en cada muestra varía por diversos factores, entre ellos, si se es o no consumidor habitual o crónico y el nivel de corte para determinar si el resultado es negativo o positivo del test de drogas.²⁸¹⁸

Una cuarta preocupación es que el test de drogas pueda ser positivo debido a una “inhalación pasiva”. Algunos estudios sugieren que los test de marihuana que utilizan un nivel de retención de 20 nanogramos (un nanogramo equivale a la milmillonésima parte de un gramo) por milímetro de orina pueden dar resultados positivos tan solo por el hecho de que la persona testeada esté expuesta al humo de la marihuana fumada por un tercero.²⁸¹⁹ Otras investigaciones muestran, sin embargo, que es poco probable que la inhalación pasiva de humo de marihuana arroje un resultado positivo confirmado en un análisis de orina que requiere una concentración de corte de 15 ng/mL.²⁸²⁰

Todas estas limitaciones afectan la confiabilidad de los test de drogas, particularmente su capacidad como evidencia para comprobar que el trabajador haya estado bajo la influencia de las drogas al momento de la toma de la muestra, lo que deja al empleador y al tribunal en una disyuntiva respecto de concluir si el trabajador infringió o no las prohibiciones de consumir drogas en el lugar de trabajo y de estar bajo la influencia o intoxicado por las drogas en el lugar

²⁸¹³ VERSTRAETE (2004), p. 200.

²⁸¹⁴ VERSTRAETE (2004), p. 200.

²⁸¹⁵ VERSTRAETE (2004), p. 200.

²⁸¹⁶ VERSTRAETE (2004), p. 200.

²⁸¹⁷ KINTZ (2008), p. 74.

²⁸¹⁸ VERSTRAETE (2004), pp. 200-205.

²⁸¹⁹ DUBOWSKI (1987), pp. 510-512.

²⁸²⁰ NORMAND *et al.* (1994), p. 193.

trabajo o mientras desempeña sus labores. En cambio, en relación con otras restricciones, tales como la prohibición de consumir drogas, inclusive en el tiempo de descanso, que es excepcional (cargos en que el consumo de drogas es incompatible con las funciones y trabajadores sujetos a programa de rehabilitación) y la prohibición de tener cierto nivel de drogas en el sistema, los test de drogas ofrecen por sí solos evidencia suficiente para comprobar el cumplimiento o infracción por parte de los trabajadores de la prohibición en cuestión.

2. Los test de drogas en el trabajo basados en muestra de cabello

Si bien los test de drogas fundados en muestra de cabello tienen algunas ventajas en comparación con los test de drogas en orina, también tienen algunos problemas, pues pueden arrojar falsos positivos, además de tener riesgos de discriminación y no medir el consumo reciente ni la incapacidad o intoxicación por drogas.²⁸²¹

En Australia y España, a diferencia de Estados Unidos, no existe regulación ni estudios jurídicos sobre test de drogas basados en muestra de cabello. De ahí que su discusión se efectuará en el contexto norteamericano.

2.1. Ventajas de la muestra de cabello

Esencialmente hay tres problemas con los test de drogas en orina: falsos positivos, inestabilidad de algunos componentes y maniobras evasivas de parte del sujeto examinado tales como adulteración y sustitución.²⁸²² Estos problemas pueden ser reducidos o eliminados utilizando análisis de cabello. Si existe un reclamo por que la muestra original fue alterada o no se respetó la cadena de custodia, es posible obtener nuevamente una muestra de cabello idéntica, sea de la cabeza o de otra parte del cuerpo.²⁸²³ Esto ofrece una ventaja respecto del análisis de orina, considerando que no es posible obtener una idéntica muestra de orina en una fecha posterior.²⁸²⁴

²⁸²¹ KINTZ (2008), pp. 74-75.

²⁸²² NORMAND *et al.* (1994), pp. 192-194; KINTZ (2008), p. 73.

²⁸²³ KINTZ (2008), p. 73.

²⁸²⁴ KINTZ (2008), p. 73.

Otra ventaja del análisis de cabello es que permite verificar una ingesta accidental o no intencional de líquidos o comida mezclados con drogas.²⁸²⁵ En el caso de un único consumo de drogas, el cabello no arrojará positivo en el test. La ingesta de semillas de amapola parece ser suficiente para la obtención de un resultado positivo por opio en orina, mientras que la ingesta de hasta 30 gramos de semillas de amapola no arrojará un resultado positivo en muestra de cabello.²⁸²⁶

Otra utilidad del análisis de cabello es que permitiría identificar falsos positivos basados en muestra de orina, puesto que ni abstenerse del consumo de drogas por unos días ni tratar de alterar la orina para evitar un resultado positivo alterará la concentración de drogas en el pelo.²⁸²⁷ Los test de orina no proporcionan información sobre la frecuencia del consumo de drogas en personas que deliberadamente podrían abstenerse por varios días antes de la toma de la muestra.²⁸²⁸ Finalmente, mientras el análisis de orina no puede distinguir entre consumidores crónicos y consumidores ocasionales, el análisis de pelo puede hacer esa distinción.²⁸²⁹

2.2. Limitaciones de la muestra de cabello

El análisis de cabello no arroja consumo reciente de drogas ni acredita intoxicación en el lugar de trabajo, ya que la ventana de detección abarca días, incluso meses.²⁸³⁰ De ahí que, generalmente, se rechaza su utilización en el contexto laboral para determinar o descartar el consumo de drogas e intoxicación en el lugar de trabajo o mientras el trabajador está ejecutando sus labores;²⁸³¹ con estos propósitos se prefieren las muestras de orina y luego, en menor medida, las de saliva.²⁸³²

²⁸²⁵ KINTZ (2008), p. 73.

²⁸²⁶ KINTZ (2008), p. 73.

²⁸²⁷ KINTZ (2008), p. 73.

²⁸²⁸ KINTZ (2008), p. 73.

²⁸²⁹ KINTZ (2008), p. 73.

²⁸³⁰ KINTZ (2008), p. 73; ZEESE (2019), p. 201; ROTHSTEIN *et al.* (2020), p. 178; ZEESE (2023), p. 198; HÉBERT (2023), pp. 2-31 a 2-32.

²⁸³¹ FINKIN (2018), pp. 2-11, 2-12.

²⁸³² 85 Fed. Reg. 56109 (2020). En la jurisprudencia arbitral laboral se ha observado que el “análisis de cabello es un poco controversial y problemático como técnica de testeo”, confiando en un test de orina aleatorio para comprobar el uso de drogas en el trabajo antes que en un resultado negativo basado en una muestra de cabello del mismo trabajador. Cfr.: *Temple-Inland Inc.*, 126 LA 856, 865 (WHEELER, 2009).

Otro problema que presenta la muestra de cabello es que puede dar lugar a falsos positivos como consecuencia de la contaminación ambiental del cabello con drogas.²⁸³³ La ciencia afirma que “la droga parece incorporarse en el cabello por al menos tres métodos: desde la sangre durante el crecimiento del cabello, desde la transpiración y el sebo, y desde el ambiente externo”.²⁸³⁴ Puede haber oportunidades en las cuales el cabello se contamine por drogas desde el ambiente. Por ejemplo, los donantes pueden alegar que han dado positivo en el test porque estuvieron en presencia de personas que estaban usando drogas o porque estuvieron en un ambiente en el cual había partículas de drogas en el aire o en superficies contaminadas. Estos riesgos de contaminación se mantienen incluso si, previo al test inicial, se descontamina la muestra de cabello removiendo el aceite y otros residuos, más aún cuando no existe evidencia científica ni regulación federal sobre esos procedimientos de descontaminación.²⁸³⁵

Algunas sentencias descartan la validez del análisis de cabello como única prueba para determinar un resultado positivo. En un relevante caso, un tribunal estatal sostuvo que las conclusiones de una comisión estatal sobre el análisis de cabello no analizaron adecuadamente la posibilidad de un falso resultado positivo de drogas en muestra de cabello debido a una contaminación externa; por lo tanto, no era posible basarse solo en un resultado positivo en cabello para terminar el contrato de trabajo.²⁸³⁶

En *Thompson v. Civil Service Com’n*, el tribunal de Massachusetts concluyó lo siguiente sobre la confiabilidad de la prueba de cabello: “Un tema crucial ante la comisión fue la confiabilidad científica de la prueba de cabello y su capacidad para distinguir entre la ingestión voluntaria y la exposición ambiental. Los diez oficiales y el Departamento de Policía tenían puntos de vista diferentes sobre si el test por sí solo era lo suficientemente confiable como para establecer una justa causa que respaldara el despido de los oficiales [...]. En última instancia, la comisión encontró que la metodología del test de cabello no era lo suficientemente confiable como para ser la única base del despido de un oficial y concluyó que ‘un resultado positivo reportado por el test no es necesariamente concluyente de ingesta, y dependiendo de la preponderancia de la

²⁸³³ ZEESE (2019), p. 208; ZEESE (2023), p. 205; HÉBERT (2023), p. 2-31.

²⁸³⁴ KINTZ (2008), p. 69. En el mismo sentido 85 Fed. Reg. 56112 (2020); ZEESE (2019), pp. 205-206.

²⁸³⁵ Fed. Reg. 56112 (2020).

²⁸³⁶ *Thompson v. Civil Service Com’n*, 90 Mass.App.Ct. 462 (Oct. 7, 2016).

evidencia en un caso particular, puede justificar o no el despido u otra medida disciplinaria de un oficial titular del Departamento’. Sin embargo, la comisión determinó que la prueba de cabello es una herramienta apropiada para hacer cumplir la política de abuso de sustancias del Departamento y que los resultados del test de cabellos podrían ser usados como evidencia del uso de drogas”.²⁸³⁷

La Corte también afirma que “aquí, después de una investigación exhaustiva sobre la confiabilidad científica de la metodología de la prueba de cabello, la comisión llegó a la conclusión de que un resultado positivo no era indiscutible respecto de la cuestión de la ingestión voluntaria, ya que la prueba positiva también puede representar contaminación de la muestra por exposición ambiental. En otras palabras, la comisión determinó que el riesgo de una prueba positiva falsa era lo suficientemente importante como para requerir evidencia adicional para despedir a un oficial por justa causa. Esta conclusión está bien respaldada por el expediente, el cual incluye evidencia de cambios en los niveles de corte a lo largo de los años desde que se implementaron los test, una falta de aceptación general en las comunidades científicas y policial, y una falta de estándares de la industria universalmente aceptados”.²⁸³⁸

La misma doctrina se sostuvo anteriormente, en sentencias de 2013,²⁸³⁹ de 2014,²⁸⁴⁰ y en otra sentencia del año 2016²⁸⁴¹ por tribunales de Massachusetts, en controversias vinculadas a oficiales de policía.

Otro problema que presenta la prueba de cabello es que tiene más probabilidades de arrojar resultado positivo en personas con cabello oscuro que con cabello más claro y en mujeres, lo que podría dar lugar a una discriminación racial o por razones de sexo.²⁸⁴² Esto se debe a la bioquímica de los dos grandes grupos de pigmentos de melanina que controlan en parte el color del cabello. En la obra de Zeese se transcribe una carta del año 1996, de autoría de la entonces secretaria de Salud y Servicios Humanos, Donna Shalala, que indica: “La presencia de drogas

²⁸³⁷ *Thompson v. Civil Service Com’n*, 90 Mass.App.Ct. 462, 465-466 (Oct. 7, 2016).

²⁸³⁸ *Thompson v. Civil Service Com’n*, 90 Mass.App.Ct. 462, 467-466 (Oct. 7, 2016).

²⁸³⁹ *Bos. Police Dep’t Drug Testing Appeals* 130 (Commonwealth of Mass. Civ. Serv. Comm’n Feb. 28, 2013). Para un análisis de esta sentencia, véase: SULMAN (2013-2014), pp. 25-34.

²⁸⁴⁰ *Jones v. City of Boston*, 752 F.3d 38, 60 (1st Cir. 2014).

²⁸⁴¹ *Jones v. City of Boston*, 845 F.3d 28 (1st Cir. 2016).

²⁸⁴² ZEESE (2019), pp. 198-199, 207-208; ZEESE (2023), pp. 204-205.

en el cabello es afectada por la melanina, el pigmento en el cabello. Como resultado, personas con cabello más oscuro presentan un nivel más alto de drogas que aquellas con cabello claro [...]. Esto presenta un potencial de inclinación racial. Las mujeres depositan más opio en su cabello que los hombres [...] presentando un potencial de inclinación de género”.²⁸⁴³

Los estudios científicos demuestran que, ante igual nivel de consumo de drogas, las personas con cabello negro tienen muchas más posibilidades de dar positivo que personas con cabello rubio o claro en pruebas de cabellos,²⁸⁴⁴ lo que podría plantear desafíos de discriminación racial indirecta.²⁸⁴⁵ La Corte de Apelaciones de Estados Unidos por el Primer Circuito reconoce que algunos oficiales de policía afroamericanos, que fueron despedidos con base en los resultados de un test de cabello, fueron capaces de probar un “caso *prima facie* de discriminación indirecta bajo el Título II”.²⁸⁴⁶

Para evitar los problemas planteados, la jurisprudencia ha propuesto que el resultado positivo en muestra de cabello se acompañe de un test de orina a fin de evitar los falsos positivos y los riesgos de discriminación indirecta.²⁸⁴⁷

Asimismo, se ha reclamado a la Agencia de Administración de Servicios de Salud Mental y Abuso de Sustancia (SAMHSA) que emita una guía científica y técnica sobre pruebas de cabello, como ya existe para pruebas de orina y saliva.²⁸⁴⁸ Finalmente, el 9 de noviembre de 2020, se publicó una propuesta de Guía Obligatoria para los Programas de Test de Drogas para Lugares de Trabajo Federales que utilizan cabello,²⁸⁴⁹ y aún está pendiente la elaboración y publicación

²⁸⁴³ ZEESE (2019), pp. 198-199.

²⁸⁴⁴ 85 Fed. Reg. 56112-56113 (2020).

²⁸⁴⁵ ZEESE (2019), § 2:39; FINKIN (2018), pp. 2-11, 2-12.

²⁸⁴⁶ *Jones v. City of Boston*, 752 F.3d 38, 60 (1st Cir. 2014). En el mismo sentido *Jones v. City of Boston*, 845 F.3d 28 (1st Cir. 2016).

²⁸⁴⁷ *Jones v. City of Boston*, 845 F.3d 28, 38 (1st Cir. 2016): “El expediente contiene pruebas suficientes, de las cuales un investigador razonable podría concluir que la prueba de cabello seguida de pruebas aleatorias de análisis de orina para esos pocos oficiales que dieron positivo en la prueba de cabello habría sido tan precisa como la prueba de cabello sola para no detectar la presencia de metabolitos de cocaína, mientras simultáneamente arrojar una menor proporción de falsos positivos, de manera que podría haber reducido la discriminación indirecta de la prueba de cabello. Nosotros también creemos que, en el presente expediente, un investigador razonable pudo concluir que el Departamento de Policía de Boston en 2003 rechazó adoptar esta alternativa”.

²⁸⁴⁸ FINKIN (2018), p. 2-12

²⁸⁴⁹ 85 Fed. Reg. 56108-56151 (2020).

de la Guía Final. Esta guía es necesaria puesto que cuarenta y nueve estados permiten u ordenan ciertos test de drogas en muestra de cabello.²⁸⁵⁰

2.3. Funciones lícitas de las pruebas de cabello en el lugar de trabajo

Considerando que el test de drogas basado en la muestra de cabello permite detectar la presencia de drogas, tendrá importancia cuando persigue como fin lícito determinar simplemente la presencia de drogas en el organismo del trabajador. Esto tendrá lugar en los test de drogas previos al inicio del empleo, que principalmente persiguen estipular si el trabajador podrá ejecutar sus labores cumpliendo con la aptitud física y psicológica requeridas para el cargo;²⁸⁵¹ en los test de drogas con ocasión de un programa de rehabilitación por drogas, sea durante el programa o con posterioridad (test de regreso al trabajo y de seguimiento),²⁸⁵² y en los test aleatorios en posiciones sensibles para la seguridad que involucran la prohibición de consumo de drogas ilícitas,²⁸⁵³ inclusive durante el tiempo de descanso.

La jurisprudencia arbitral ha otorgado validez a las pruebas de drogas en cabello a propósito de la infracción del acuerdo de última oportunidad firmado (*last chance agreement*) a causa del consumo de drogas durante su vigencia. Los acuerdos de última oportunidad son acuerdos entre un trabajador y un empleador (potencialmente también involucran al sindicato del trabajador) cuyo propósito es proporcionar a un trabajador, que de otro modo se enfrentaría al despido u otra medida disciplinaria por haber dado positivo en un test de drogas, la última oportunidad de permanecer en su empleo a cambio del acuerdo del trabajador de ingresar a un programa de rehabilitación, abstenerse de seguir consumiendo drogas o alcohol, y/o someterse a test periódicos de drogas y/o alcohol, sean aleatorios o no.²⁸⁵⁴ Se ha declarado el despido con justa causa fundado en el resultado positivo de marihuana en un test de cabello en conformidad con una selección aleatoria bajo un acuerdo de última oportunidad; para ello el testimonio experto

²⁸⁵⁰ ZEESE (2019), p. 199.

²⁸⁵¹ ZEESE (2019), p. 171; 85 Fed. Reg. 56108-56115 (2020).

²⁸⁵² KINTZ (2008), p. 75: “Los estudios más extensos de análisis seccional por abuso de drogas involucraron pacientes en centros de rehabilitación. Se utilizó análisis segmentario de cabello tanto para verificar la historia previa con drogas como la abstinencia forzada reciente. En el caso de la terapia de reemplazo de drogas, las concentraciones más bajas de abuso de drogas fueron medidas en los segmentos más cercanos a la raíz, confirmando así la disminución del consumo de drogas con el tiempo o la abstinencia reciente”; ZEESE (2019), p. 171.

²⁸⁵³ ZEESE (2019), p. 171; 85 Fed. Reg. 56108-56115 (2020).

²⁸⁵⁴ DUNPHY Y MILLER (2019), p. 13; HÉBERT (2023), pp. 5-74 y 5-83.

del director médico del empleador sobre la época probable del consumo de marihuana durante la vigencia del acuerdo de última oportunidad resultó persuasivo para el árbitro.²⁸⁵⁵

Por el contrario, como las drogas y sus metabolitos no se detectan en el cabello entre cinco a siete días después de su consumo, la muestra no se considera apropiada para detectar el consumo reciente ni la intoxicación reciente ni existente al momento de la toma de muestra de cabello; por consiguiente, no es una muestra razonable para test de drogas posteriores a accidentes ni por sospecha razonable.²⁸⁵⁶ Por lo tanto, a propósito de un test posterior al accidente, se ha resuelto que el resultado positivo en prueba de cabello no demuestra el uso reciente de drogas. Así, el empleador no tiene justa causa para despedir a un trabajador cuyo cabello muestra simplemente presencia de marihuana, puesto que el cabello no prueba, dentro de un razonable grado de probabilidad, que el trabajador tuviera en su sistema drogas ilegales que afectaran su comportamiento al momento del accidente o cuando su comportamiento en el trabajo le dio al empleador causa probable para testear; el test de cabello mostró el uso de drogas de un período de tres meses atrás.²⁸⁵⁷

3. Los test de drogas en el trabajo basados en muestras de orina

La prueba de orina es la muestra más ampliamente utilizada en el trabajo en los distintos países analizados. A fin de garantizar la confiabilidad de los test de drogas, las legislaciones contemplan procedimientos y guías para la toma de la muestra y el análisis del test de drogas.

En Australia los test de drogas basado en muestra de orina se llevan a cabo en conformidad con el Estándar 4308:2008.²⁸⁵⁸ En Estados Unidos existe la Guía Obligatoria para Programas Federales de Test de Drogas en el Lugar de Trabajo, que establece el procedimiento de los test de drogas sobre la base de muestras de orina y saliva que tienen que observar los empleadores que deben testear a postulantes y trabajadores por mandato de la normativa federal;²⁸⁵⁹ otros empleadores la utilizan también como guía para el procedimiento de testeo. En Europa, la

²⁸⁵⁵ *United States Steel Corp.*, 133 LA 907 (Bethel, 2014).

²⁸⁵⁶ 85 Fed. Reg. 56108-56115 (2020).

²⁸⁵⁷ *King Soopers Inc.*, 131 LA 459 (Sass, 2012).

²⁸⁵⁸ CASOLIN (2016), pp. 84-85.

²⁸⁵⁹ Véase: 87 Fed. Reg. 20522-20557 (2022).

Sociedad Europea de Test de Drogas en el Trabajo ha elaborado la Guía Europea para Test de Drogas en Orina,²⁸⁶⁰ que usan los países europeos para conducir test de drogas en el trabajo con base en orina.

Se admite que los test de orina no acreditan la incapacidad de la persona por drogas ni determinan los efectos derivados de las drogas al momento de la toma de la muestra,²⁸⁶¹ lo que genera problemas para concluir si un resultado positivo confirmado en test de orina es suficiente como medio de prueba para confirmar la infracción de las prohibiciones de no consumir drogas en el lugar de trabajo, de no estar bajo su influencia en el lugar de trabajo y de no trabajar bajo la influencia de las drogas.

El Consejo de Asuntos Científicos de la Asociación Americana de Medicina ya el año 1986 afirmaba en un reporte titulado *Scientific Issues in Drug Testing*: “Dentro de los límites de precisión de los test que se utilizan y de la seguridad administrativa del programa en el cual se llevan a cabo, los test de drogas solamente diferencian entre personas que se han expuesto a sí mismas a las drogas, que están siendo testeadas, y aquellas que no. Los resultados no otorgan ninguna indicación del patrón de uso de drogas (método de administración, frecuencia de uso, tiempo desde el último consumo, cantidad consumida), si el individuo abusa o es dependiente de drogas, o si el individuo se ve afectado física o mentalmente por el uso de drogas”.²⁸⁶²

Otra voz autorizada sostiene respecto de los test de orina: “A pesar de su exactitud y precisión, los resultados analíticos rara vez permiten respuestas claras a las preguntas que más preocupan a los oficiales de revisión médica, empleadores y abogados. Entre estas preguntas se incluyen: (a) ¿estaba el individuo incapacitado cuando se tomó la muestra?; (b) ¿cuándo fue consumida la droga?; (c) ¿cuál fue la vía de consumo?; (d) ¿cuál fue la dosis de droga tomada?, y (e) ¿es el individuo un abusador crónico de drogas? El establecimiento de la relación causa-efecto y el cálculo retrospectivo de la dosis de droga y el tiempo de consumo generalmente no pueden ser

²⁸⁶⁰ SOCIEDAD EUROPEA DE TEST DE DROGAS EN EL TRABAJO (2022).

²⁸⁶¹ ROTHSTEIN (1991), p. 75; NORMAND *et al.* (1994), pp. 192-193; CRAIG (1999), p. 176; HICKOX (2012), pp. 299-301; CASOLIN (2016), p. 480; ZEESE (2019), pp. 175-176; ROTHSTEIN *et al.* (2020), pp. 178-179; KEITH (2020), p. 173; HEBERT (2023), p. 2-29; ZEESE (2023), p. 172.

²⁸⁶² COUNCIL ON SCIENTIFIC AFFAIRS, AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION (1987), pp. 3110-3114.

efectuados desde concentraciones únicas de drogas y metabolitos en orina. [...] Un resultado analítico positivo solo indica la exposición a la droga identificada”.²⁸⁶³

3.1. Limitación del test de orina para probar la intoxicación o estar bajo la influencia de drogas en Estados Unidos

En Estados Unidos existen diversas normas que prohíben al trabajador estar bajo la influencia de las drogas mientras está en el lugar de trabajo o ejecutando sus labores, sean normas federales, estatales, convencionales o unilaterales. Asimismo, existen ciertos estatutos, como la legislación sobre compensación por accidentes y enfermedades profesionales, que niegan la compensación si el accidente o enfermedad se produjo porque el trabajador estaba bajo la influencia de las drogas. Por otra parte, la legislación sobre el consumo de marihuana –sea o no para fines medicinales– prohíbe en numerosos estados que los trabajadores sufran una acción adversa por su consumo en su tiempo de descanso, salvo que se encuentren bajo la influencia de marihuana durante su tiempo de trabajo.

Todo esto genera controversia en la jurisprudencia si el resultado positivo en test de orina por sí solo permite acreditar o presumir que el trabajador estaba bajo la influencia de las drogas al momento de la toma de la muestra. Para ello, se analizarán ciertas materias discutidas.

3.1.1. *Idoneidad o inidoneidad del test de orina en la legislación sobre consumo de marihuana con fines recreacionales y medicinales*

Numerosos estados han promulgado estatutos que consideran legal el consumo recreacional de marihuana y prohíben al empleador tomar acciones adversas respecto de ese consumo en el tiempo libre.²⁸⁶⁴ Sin embargo, permiten al empleador exigir políticas que prohíben al trabajador desempeñar su trabajo mientras está bajo la influencia de la marihuana, o el consumo de

²⁸⁶³ NORMAND *et al.* (1994), p. 193.

²⁸⁶⁴ Véase la normativa de los estados de New Jersey, Nueva York, Connecticut, Nevada, Rhode Island, Montana: N.J. STAT. ANN. § 24:61-52(a)(1); N.Y. LAB. LAW § 201-d(2)(b)-(c); CONN. GEN. STAT. ANN. § 21a-422p(b)(1)-(2)(A); NEV. REV. STAT. ANN. § 613.333(1); R.I. GEN. LAWS § 21-28.11-29(d); MONT. CODE ANN. § 39-2-313(1)-(2).

marihuana durante el tiempo de trabajo o en la propiedad del empleador.²⁸⁶⁵ Inclusive, en virtud de la obligación de seguridad, el empleador debe remover del lugar de trabajo a trabajadores que están bajo la influencia de la marihuana en trabajos riesgosos para la seguridad.²⁸⁶⁶

De manera similar, la mayoría de las legislaciones estatales permiten el uso medicinal de la marihuana fuera de la propiedad del empleador y en el tiempo de descanso, y prohíben al empleador discriminar por ese uso, aunque le permiten prohibir a los trabajadores el uso de marihuana en el lugar de trabajo y estar bajo su influencia en el trabajo.²⁸⁶⁷ Entre estos estados se encuentran Arizona,²⁸⁶⁸ Arkansas,²⁸⁶⁹ Connecticut,²⁸⁷⁰ Delaware,²⁸⁷¹ el Distrito de Columbia,²⁸⁷² Hawaii,²⁸⁷³ Illinois,²⁸⁷⁴ Maryland,²⁸⁷⁵ Minnesota,²⁸⁷⁶ New York,²⁸⁷⁷ North Dakota²⁸⁷⁸ y Oklahoma.²⁸⁷⁹

En el contexto de estas normas se han analizado los test de drogas basados en muestra de orina. Existe jurisprudencia que determina que el resultado positivo en test de orina no prueba por sí solo la incapacidad por drogas, dando cuenta, más bien, de un consumo extralaboral de marihuana.²⁸⁸⁰ Otra jurisprudencia más reciente considera que el resultado de drogas positivo en orina no prueba ni descarta por sí solo la incapacidad, por lo que se requiere testimonio experto: “Si bien el tribunal no llega a ninguna conclusión sobre si una prueba de detección de drogas es en sí misma capaz de demostrar si alguien estaba incapacitado, en función de la jurisprudencia

²⁸⁶⁵ N.J. STAT. ANN. § 24:6I-52(b)(1)(a); N.Y. LAB. LAW § 201-d(4-a)(ii); CONN. GEN. STAT. ANN. § 21a-422p(a); NEV. REV. STAT. ANN. § 678 D.510(1)(a); R.I. GEN. LAWS § 21-28.11-29(d)-(e); MONT. CODE ANN. § 16-12-108(4)(a)-(c).

²⁸⁶⁶ *Weinstein v. UGS*, 2008 WL 1766657 at *4 (E.D. Mich. April 17, 2008); *Ianni v. Loram Maintenance of Way*, 16 S.W.3d 508, 523 (Tex. Ct. App. 2000).

²⁸⁶⁷ SCANNELL (2019), pp. 403-404.

²⁸⁶⁸ ARIZ. REV. STAT. ANN. § 36-2813(B).

²⁸⁶⁹ ARK. CONST. amend. 98, § 3(f)(3)(A)-(C).

²⁸⁷⁰ CONN. GEN. STAT. § 21a-408 p(b)(3).

²⁸⁷¹ DEL. CODE ANN. tit. 16, § 4907A(a)(3), (b).

²⁸⁷² D.C. CODE § 7-1671.03(d)(1).

²⁸⁷³ HAW. REV. STAT. § 329-122(e)(1)-(2).

²⁸⁷⁴ 410 ILL. COMP. STAT. 130/50.

²⁸⁷⁵ MD. CODE ANN., Health-Gen. § 13-3313(a).

²⁸⁷⁶ MINN. STAT. § 152.32(3)(c)(2).

²⁸⁷⁷ N.Y. PUB. HEALTH LAW § 3369(2).

²⁸⁷⁸ N.D. CENT. CODE ANN. § 19-24.1-34.2.

²⁸⁷⁹ OKLA. STAT. tit. 63, § 425(B).

²⁸⁸⁰ *Noffsinger v. SSC Niantic Operating Co. LLC*, 273 F. Supp. 3d 326, 339–40 (D. Conn. 2017); *Callaghan v. Darlington Fabrics Corp.*, No. PC-2014-5680, 2017 WL 2321181, at *1 (R.I. Super. May 23, 2017).

citada por el demandante, es claro para el tribunal que probar la incapacidad basado en los resultados de una prueba de drogas es una materia científica que requiere testimonio experto. Sin testimonio experto que establezca que la prueba de drogas del demandante muestra metabolitos o componentes de marihuana en una concentración suficiente como para provocar incapacidad, el demandado no puede probar que la prueba de drogas del demandante otorga un fundamento de buena fe para creer que este estaba incapacitado en el trabajo”.²⁸⁸¹

3.1.2. *Idoneidad o inidoneidad del test de orina en la legislación estatal sobre compensación por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales*

La legislación de la mayoría de los estados excluye la compensación de los trabajadores por accidentes y enfermedades profesionales cuando la intoxicación o incapacidad por drogas del trabajador originó o contribuyó a la lesión o enfermedad.²⁸⁸² Para que la demanda de compensación sea rechazada, el empleador tiene la carga de acreditar los siguientes elementos: (a) que el trabajador estaba intoxicado al momento del accidente; (b) la intoxicación del trabajador fue la causa principal de las lesiones causadas por el accidente.²⁸⁸³

El lenguaje de los estatutos sobre compensación de los trabajadores proporciona escasa guía sobre qué significa intoxicación. Interpretando sus normas, los tribunales brindan una definición amplia de intoxicación para determinar la elegibilidad de los trabajadores para beneficios. Por ejemplo, un tribunal de South Carolina define intoxicación como “una condición que resulta

²⁸⁸¹ *Carol M. Whitmire v. Wal-Mart Stores Incorporated*, No. CV-17-08108 (D. Ariz. Feb. 7, 2019).

²⁸⁸² ALA. CODE § 25-5-51; ALASKA STAT. § 23.30.235(2); ARK. CODE ANN. § 11 -9-102(4)(B)(iv)(a); CAL. LAB. CODE § 3600(a)(4); COLO. REV. STAT. ANN. § 8-42-112.5(1); CONN. GEN. STAT. ANN. § 31-284(a); DEL. CODE ANN. tit. 19, § 2353(b); D.C. CODE § 32-1503(d); FLA. STAT. ANN. § 440.09(3); GA. CODE ANN. § 34-9-17(b); HAW. REV. STAT. § 386-3; IDAHO CODE ANN. § 72-208(2); IND. CODE ANN. § 22-3-2-8; IOWA CODE ANN. § 85.16(2); KAN. STAT. ANN. § 44-501(b)(1)(A); KY. REV. STAT. ANN. § 342.610(3); KY. REV. STAT. ANN. § 501.010(4); LA. REV. STAT. ANN. § 23:1081(1)(b); ME. REV. STAT. ANN. tit. 39, § 202; ME. REV. STAT. ANN. tit. 39, § 202; MD. CODE. ANN., LAB. & EMPL. § 9-506(c); MASS. GEN. LAWS ch. 152, § 27; MICH. COMP. LAWS § 418.305; MINN. STAT. ANN. § 176.021; MISS. CODE ANN. § 71-3-7(d); MO. ANN. STAT. § 287.120(6)(1); MONT. CODE ANN. § 39-71-407(5); NEB. REV. STAT. ANN. § 48-127, 616C.230(1)(d); N.H. REV. STAT. ANN. § 281 -A: 14; N.J. STAT. ANN. § 34:15-7; N.M. STAT. ANN. § 52-1-11, 52-1-12; N.Y. WORKERS' COMP. LAW § 21(4); N.C. GEN. STAT. § 97-12(1); N.D. CENT. CODE § 65-01-02(10)(b)(3); OHIO REV. CODE ANN. § 4123.54(A)(2); OKLA. STAT. ANN. tit. 85, § 11 (A)(3); OR. REV. STAT. ANN. § 656.005(7)(b)(C); 77 PA. CONS. STAT. ANN. § 431; R.I. GEN. LAWS § 28-33-2; S.C. CODE ANN. § 42-9-60; S.D. CODIFIED LAWS § 62-4-37; TENN. CODE ANN. § 50-6-110(a); TEX. LAB. CODE. ANN. § 406.032(1)(A); UTAH CODE ANN. § 34A-2-302(3)(b)(i)-(ii); VT. STAT. ANN. tit. 21, § 649; VA. CODE ANN. § 65.2-306(A)(3); W. VA. CODE ANN. § 23-4-2(a); WIS. STAT. ANN. § 102.58; WYO. STAT. ANN. § 27-14-102(a)(xi)(B)(1).

²⁸⁸³ MODERN WORKERS COMP. § 115:18.

desde el uso de un estimulante, que provoca una incapacidad en el trabajador, en sus facultades, en la medida que el trabajador está incapacitado para llevar a cabo el trabajo acostumbrado sin peligro para sí mismo”.²⁸⁸⁴ De manera similar, un tribunal de Texas definió intoxicación como “una situación en que el demandante no tenía el uso normal de sus facultades mentales y físicas”.²⁸⁸⁵ Un tribunal de Delaware utiliza la definición de intoxicación del *Diccionario Jurídico de Black*: “Una situación en la que, por causa de consumir intoxicantes, una persona carece del uso normal de sus facultades físicas o mentales, lo que la hace incapaz de actuar de una manera en que normalmente es prudente y cautelosa”.²⁸⁸⁶

Las definiciones de intoxicación se basan más en el comportamiento del trabajador que en la mera presencia de drogas en el cuerpo de la persona.²⁸⁸⁷ Los test de orina no bastan por sí solos para probar la intoxicación, por lo que los tribunales miran más allá de los resultados de un test de metabolitos e indagan acerca del comportamiento real del trabajador al momento del accidente para descartar o confirmar la intoxicación.²⁸⁸⁸ Igualmente, ciertos estados proporcionan al empleador una presunción de intoxicación basada en el resultado positivo del test de drogas en muestra de orina u otra muestra corporal tomada dentro de cierto tiempo luego del presunto accidente, ante la dificultad de probar la intoxicación por el mero resultado positivo del test de drogas, presunción que puede ser destruida por el trabajador.²⁸⁸⁹

Exista la presunción de intoxicación o no, la jurisprudencia rechaza la intoxicación basada solamente en resultado positivo de un test de drogas y exige prueba del comportamiento externo del trabajador al momento del accidente que permita concluir la intoxicación. En Georgia, por ejemplo, un empleador fue incapaz de establecer la intoxicación de un trabajador que arrojó positivo de cocaína en un test después de su lesión, sin “evidencia alguna de que el comportamiento o conducta del trabajador fue visible o notablemente afectada por la presencia

²⁸⁸⁴ *Jones v. Harold Arnold's Sentry Buick, Pontiac*, 656 S.E.2d 772, 774 (S.C. Ct. App. 2008).

²⁸⁸⁵ *Sanchez v. State Office of Risk Mgmt.*, 234 S.W.3d 96, 101 (Tex. Ct. App. 2007).

²⁸⁸⁶ *Stewart v. Oliver B. Cannon & Son, Inc.*, 551 A.2d 818, 822 (Del Super. Ct. 1988).

²⁸⁸⁷ HICKOX (2012), p. 193.

²⁸⁸⁸ HICKOX (2012), p. 193.

²⁸⁸⁹ LA. REV. STAT. ANN. § 23:1081(5); UTAH CODE ANN. § 34A-2-302(4)(a)(i)(A); GA. CODE ANN. § 34-9-17(b)(2): “Si cualquier cantidad de marihuana o de una sustancia controlada [...] está en la sangre del trabajador dentro de las ocho horas posteriores al momento del presunto accidente, como lo demuestra el análisis químico de la sangre, orina, aliento u otra sustancia corporal, habrá una presunción refutable de que el accidente y la lesión o muerte fueron causados por el consumo de marihuana o de la sustancia controlada”.

de cocaína en su orina”, y agrega que “la intoxicación significa algo más que simplemente haber consumido alcohol o drogas”.²⁸⁹⁰

El mismo razonamiento se ha aplicado al consumo de marihuana. Por ejemplo, un tribunal de Louisiana acogió la demanda de compensación de un trabajador que dio positivo de marihuana en un test de drogas.²⁸⁹¹ El tribunal confió en la opinión de un experto respecto de que el test positivo solo mostró el hecho de que el trabajador había consumido marihuana en algún momento dentro de los treinta días pasados; en consecuencia, el experto no pudo ofrecer una opinión sobre si el trabajador estaba incapacitado al tiempo del accidente que causó su lesión.²⁸⁹² De igual modo, los tribunales de North Carolina requieren alguna prueba sobre la intoxicación más allá del mero resultado positivo de un test de drogas para denegar al trabajador los beneficios de la compensación.²⁸⁹³ En uno de estos casos, aunque el trabajador arrojó positivo por marihuana y opio, la demanda fue acogida porque el test no proporcionó ningún nivel de concentración por esas sustancias, no probó la incapacidad del trabajador y no pudo usarse para demostrar que el trabajador estaba incapacitado al tiempo del accidente del trabajo, con base en la opinión de expertos respecto de que la toxicología de la orina “no proporciona un nivel actual de concentración de marihuana” y “no aborda el deterioro, por tanto, no puede usarse para mostrar incapacidad por marihuana”.²⁸⁹⁴

Estos casos demuestran que, incluso en estados que permiten la presunción de intoxicación con un resultado positivo en test de drogas, los tribunales pueden no garantizar dicha presunción solo con base en un resultado positivo en test de drogas en muestra de orina: debe presentarse otra evidencia sobre los efectos del uso previo de drogas para apoyar la defensa de intoxicación del empleador.²⁸⁹⁵

²⁸⁹⁰ *Thomas v. Helen's Roofing Co.*, 404 S.E.2d 331, 332, 333 (Ga. Ct. App. 1991). En el mismo sentido: *Derouen v. Iberia Sugar Coop., Inc.*, 918 So. 2d 1157, 1162 (La. Ct. App. 2005) (no se probó nivel específico de cocaína ni existió el testimonio de un experto interpretando el resultado del test).

²⁸⁹¹ *Forrester v. New Orleans Iron Works*, 869 So. 2d 216, 223-24 (La. Ct. App. 2004).

²⁸⁹² *Forrester v. New Orleans Iron Works*, 869 So. 2d 216, 223-24 (La. Ct. App. 2004).

²⁸⁹³ *Moore v. Sullbark Builders, Inc.*, 680 S.E.2d 732, 735 (N.C. Ct. App. 2009).

²⁸⁹⁴ *Moore v. Sullbark Builders, Inc.*, 680 S.E.2d 732, 735 (N.C. Ct. App. 2009).

²⁸⁹⁵ HICKOX (2012), p. 318.

3.1.3. *Idoneidad o inidoneidad del test de orina para denegar beneficios de cesantía*

En algunos estados, un resultado positivo del test de droga en muestra de orina no justifica por sí solo la descalificación de los beneficios por desempleo, porque no acredita la incapacidad del trabajador en el lugar de trabajo al momento de la muestra de orina, esto es, no se comprueba la falta que motivó el despido.²⁸⁹⁶ Sin embargo, en otros estados, un resultado positivo del test de drogas prueba una violación intencional de las políticas del lugar de trabajo libre de drogas y descalifica al trabajador despedido de los beneficios de desempleo, sin necesidad de entrar a analizar si el resultado positivo del test de drogas prueba que el trabajador está bajo la influencia de las drogas en el lugar de trabajo.²⁸⁹⁷

3.1.4. *Idoneidad o inidoneidad del test de orina para acreditar el consumo de drogas en el lugar de trabajo y/o la incapacidad del trabajador por droga en el lugar de trabajo como justa causa del despido*

A propósito del término del contrato de trabajo por dar positivo en el test de drogas en muestra de orina, la jurisprudencia norteamericana ha discutido si constituye justa causa cuando no permite probar ni el consumo en el lugar de trabajo ni estar bajo la influencia de las drogas mientras se está trabajando.

Tratándose de trabajadores a quienes se les reconoce la expectativa de privacidad de la cuarta enmienda a propósito de los test de drogas por mandato de la legislación federal, se ha resuelto,

²⁸⁹⁶ *Stone Forest Indus., Inc. v. Emp't Div.*, 873 P.2d 474, 476 (Or. Ct. App. 1994) (un resultado positivo en test de drogas no descalifica a un trabajador despedido desde los beneficios, sin prueba de que el trabajador estaba bajo la influencia de las drogas en el trabajo); *Weller v. Ariz. Dep't of Econ. Sec.*, 860 P.2d 487, 491-92 (Ariz. Ct. App. 1993) (el solo resultado positivo del test de drogas no prueba la conducta indebida relacionada con el trabajo); *Blake v. Hercules, Inc.*, 356 S.E.2d 453, 455-56 (Va. Ct. App. 1987) (el resultado positivo del test de drogas no prueba incumplimiento deliberado de las reglas del empleador).

²⁸⁹⁷ *Farm Fresh Dairy, Inc. v. Blackburn*, 841 P.2d 1150, 1152 (Okla. 1992) (un empleador no debe probar la incapacidad en el trabajo cuando el trabajador dio positivo en el test de drogas); *Grace Drilling Co. v. Dir. of Labor*, 790 S.W.2d 907, 908-09 (Ark. Ct. App. 1990) (el resultado positivo del test de drogas constituye falta laboral que deliberadamente viola las reglas del empleador y descalifica al trabajador de los beneficios de desempleo); *Clevenger v. Nev. Emp't Sec. Dep't*, 770 P.2d 866, 869 (Nev. 1989) (resultados positivos de test de drogas continuos muestran indiferencia respecto de las reglas del empleador y constituyen una mala conducta en conexión con el trabajo); *Eugene v. Adm'r, Div. of Emp't Sec., H.D.*, 525 So. 2d 1185, 1187 (La. Ct. App. 1988) (el resultado positivo del test de drogas es suficiente para denegar beneficios por mala conducta conectada con el empleo); *Overstreet v. Ill. Dep't of Emp't Sec.*, 522 N.E.2d 185, 187 (Ill. App. Ct. 1988) (un test positivo por cocaína constituye violación deliberada de la política y establece mala conducta).

en ocasiones, que las pruebas de orina no son idóneas para perseguir intereses legítimos del empleador conectados con el trabajo. En *Jones v. McKenzie*,²⁸⁹⁸ se resolvió un caso que involucraba a una asistente de autobús escolar cuyo trabajo implicaba asistir a los niños con discapacidad, a quien se le exigió un test de droga en muestra de orina como parte de los exámenes físicos periódicos mandados por el sistema escolar público del Distrito de Columbia. La notificación que la trabajadora recibió explicaba que el propósito del test en muestra de orina era la aplicación de la directiva del sistema escolar que prohíbe al personal escolar “la posesión, uso, o estar bajo la influencia de licores intoxicantes, de narcóticos o de drogas tales como LSD, marihuana y otras similares, mientras están en las dependencias de la escuela”.²⁸⁹⁹ Después que dio positivo de metabolitos de THC, indicador del uso de marihuana, la trabajadora fue despedida.

El tribunal concluyó que el interés del gobierno en el test de drogas era lícito, considerando: “La misión del sistema escolar del transporte seguro de niños discapacitados hacia y desde la escuela no puede garantizarse si a los trabajadores en la rama de transporte les es permitido trabajar bajo la influencia de las drogas”.²⁹⁰⁰ Sin embargo, resolvió que el test de orina no era idóneo para ese fin, puesto que no es una medida válida para determinar si el sujeto está en posesión de drogas, si las está usando o si está bajo la influencia de drogas ilícitas al momento del test y, por lo tanto, “carece de un nexo suficiente” con la preocupación legítima del gobierno respecto de que los trabajadores involucrados en el transporte de niños discapacitados “no estén bajo la influencia de las drogas mientras trabajan”.²⁹⁰¹

Con un razonamiento similar, se dejó sin efecto una política de test de drogas posteriores al accidente a partir de muestras de sangre y orina, que perseguía obtener evidencia de que “el trabajador ha violado la regla industrial y la regulación federal [...] que prohíben la posesión o uso de alcohol y sustancias controladas en el trabajo, y trabajar mientras está bajo la influencia del alcohol o drogas”.²⁹⁰² La conclusión fue que “los test de orina intentan establecer más el uso

²⁸⁹⁸ *Jones v. McKenzie*, 833 F.2d 335 (D.C. Cir. 1987).

²⁸⁹⁹ *Jones v. McKenzie*, 833 F.2d 335, 337 (D.C. Cir. 1987).

²⁹⁰⁰ *Jones v. McKenzie*, 833 F.2d 335, 340 (D.C. Cir. 1987).

²⁹⁰¹ *Jones v. McKenzie*, 833 F.2d 335, 341 (D.C. Cir. 1987).

²⁹⁰² *Railway Labor Executives Ass'n v. Burnley*, 839 F.2d 575, 587 (9th Cir. 1988).

de drogas que el de alcohol, lo que no está vinculado razonablemente con el propósito estatal de los test, porque los test no pueden medir la actual incapacidad por drogas”,²⁹⁰³ y se agrega: “Nosotros pensamos que es imperativo que el test de drogas tenga lugar solamente cuando existe una sospecha individualizada, porque la combinación de los síntomas observables de incapacidad junto con un resultado positivo en el test de drogas podrían proporcionar una base sólida para una apropiada acción disciplinaria”.²⁹⁰⁴

Por su parte, la jurisprudencia arbitral recaída a propósito del despido de trabajadores sindicalizados se ha pronunciado sobre el valor probatorio de los test de drogas en muestra de orina. Ha resuelto que un trabajador puede dar positivo de marihuana, pero dicho test no es concluyente respecto de si el trabajador estaba bajo la influencia de las drogas cuando fue testeado luego de un accidente, más aún cuando el trabajador ejecutó sus labores satisfactoriamente el día del accidente y no existió testimonio experto.²⁹⁰⁵ En sentido contrario, el despido de un trabajador que dio positivo de marihuana en una prueba de orina confirmada por el oficial médico de revisión –con un nivel de 300 ng/ml, en un test posterior al accidente que causó daños por 12.000 dólares a la empresa, cuando el nivel de corte es 15 ng/ml– se ha considerado con justa causa, pues el nivel de droga permite “razonablemente creer que el uso de marihuana afectó al agraviado en el trabajo”.²⁹⁰⁶ La jurisprudencia arbitral está dividida sobre si el resultado positivo en test de drogas es suficiente justa causa para el despido disciplinario del trabajador.²⁹⁰⁷

3.2. Limitación del test de orina para probar la intoxicación o estar bajo la influencia drogas en Australia

En Australia existe uniformidad acerca de que el test de drogas basado en muestra de orina no prueba la incapacidad actual debido a las drogas, solamente demuestra que existió un consumo de drogas durante un momento exacto que no se puede precisar, dentro de un período que puede

²⁹⁰³ *Railway Labor Executives Ass’n v. Burnley*, 839 F.2d 575, 587 (9th Cir. 1988).

²⁹⁰⁴ *Railway Labor Executives Ass’n v. Burnley*, 839 F.2d 575, 587 (9th Cir. 1988).

²⁹⁰⁵ *Zurn Industries LLC*, 132 LA 734 (ORLANDO, 2013). De manera similar: *Windstream Nebraska Inc.*, 136 LA 1354 (FITZSIMMONS, 2016); *County of Solano*, 128 LA 1703 (STAUDOHAR, 2011).

²⁹⁰⁶ *Wellington Industries Inc.*, 136 LA 1024 (MCDONALD, 2016).

²⁹⁰⁷ Para un análisis de la jurisprudencia arbitral, véase: HÉBERT (2023), pp. 5-135 a 5-158.

abarcar, inclusive, varios días.²⁹⁰⁸ Ante esta limitación se discute en la jurisprudencia si los test de drogas en muestra de orina son razonables y legales.

La jurisprudencia mayoritaria de la Fair Work Commission destaca la dificultad de medir la intoxicación causada directamente por drogas, pero agrega que la incapacidad asociada al uso de drogas puede ser producida por otros factores distintos a la intoxicación, que justifican una ventana de detección más extensa, lo que hace necesario y conveniente utilizar el test de orina.²⁹⁰⁹

En *CFMEU v. Port Kembla Coal Terminal Limited*, el comisionado Cambridge de la Fair Work Commission hace presente que “la evidencia experta confirma que la muestra de fluido oral fue un medio inferior para detectar el uso por largo tiempo de otras drogas, tales como el opio y psicoestimulantes relacionados con cocaína y anfetamina. La ventana más amplia de detección fue uno de los aspectos principales para oponerse al test de orina. Sin embargo, es la ventana más amplia de detección la que permite la identificación del uso de drogas por largo tiempo (a través de niveles fijados por AS/NZS 4308:2008). Cualquier sugerencia de que esta es una detección sin implicancias relevantes para la seguridad se disipa aún más por la evidencia sobre los efectos de la resaca de drogas como la metanfetamina. Solo como un ejemplo, la evidencia de los efectos fisiológicos y psicológicos de la abstinencia de la metanfetamina proporciona un fundamento convincente para detectar el uso de drogas a largo tiempo”.²⁹¹⁰

²⁹⁰⁸ CASOLIN (2016), p. 480. La jurisprudencia es uniforme: *BHP Iron Ore Pty Ltd v. Construction, Mining, Energy, Timberryards Sawmills and Woodworkers Union of Australia, Western Australian Branch* (1998) 82 IR 162; *Shell Refining (Australia) Pty Ltd v. CFMEU* [2008] AIRC 510; *Shell Refining (Australia) Pty Ltd v. CFMEU* [2009] AIRCFB 428; *Holcim (Australia) Pty Limited v. Transport Workers’ Union of New South Wales* (2010) NSWIR Comm 1068; *CFMEU v. HWE Mining Pty Limited* [2011] FWA 8288; *Endeavour Energy v. CEPU* [2012] FWA 1809; *Endeavour Energy v. CEPU* [2012] FWA 4998; *Briggs v. AWH Pty Ltd* [2013] FWC 3316; *Harbour City Ferries Pty Ltd v. Toms* [2014] FWC 6249; *CFMEU v. Port Kembla Coal Terminal Limited* [2015] FWC 2384; *CFMEU v. Port Kembla Coal Terminal Limited* [2015] FWC 4075; *Owen Sharp v. BCS Infrastructure Support Pty Limited* [2015] FWC 1033; *Hafer v. Ensign Australia* [2016] FWC 990; *Jarrod Eather v. Whitehaven Coal Limited t/a Narrabri Coal Operations* [2018] FWC 250; *Sydney Trains v. Gary Hilder* [2020] FWC 1373; *Rodney Roach v. Pacific National Services Pty Ltd* [2022] FWC 103; *Mr Craig Hancock v. DP World Brisbane Pty Ltd* [2022] FWC 1406; *Craig Hancock v. DP World Brisbane Pty Ltd* [2022] FWC 142; *Reece Goodsell v. Sydney Trains* [2023] FWC 3209.

²⁹⁰⁹ CASOLIN (2016), p. 480. A nivel jurisprudencial: *BHP Iron Ore Pty Ltd v. Construction, Mining, Energy, Timberryards Sawmills and Woodworkers Union of Australia, Western Australian Branch* (1998) 82 IR 162; *Holcim (Australia) Pty Limited v. Transport Workers’ Union of New South Wales* (2010) NSWIR Comm 1068; *CFMEU v. Port Kembla Coal Terminal Limited* [2015] FWC 2384; *CFMEU v. Port Kembla Coal Terminal Limited* [2015] FWC 4075.

²⁹¹⁰ *CFMEU v. Port Kembla Coal Terminal Limited* [2015] FWC 2384.

En el mismo caso, al resolver la apelación del sindicato, la Fair Work Commission Full Bench confirma las limitaciones y funciones de los test de orina: “Una muestra de orina indudablemente detectará la presencia del metabolito de una droga ‘madre’ durante períodos de tiempo considerablemente más largos que aquellos en los que el fluido oral detectará la presencia de una droga ‘madre’ o un derivado activo de ella. En consecuencia, se reconoce que la muestra de orina tiene una ventana de detección mucho más extensa que el fluido oral, de modo tal que se considera que proporciona la detección de una droga a un tiempo considerablemente posterior al período de intoxicación aguda.

Sin embargo, la detección de una droga, o más precisamente su metabolito, en o por encima de los niveles de corte fijados por la Tabla 1 de AS/NZS 4308:2008, en mi opinión, no se traduce en la posibilidad de que dicha detección indique que no existe efecto alguno en la capacidad de un trabajador de hacer su trabajo en términos seguros porque la droga fue detectada un tiempo considerable después de su ingesta y su intoxicación aguda había disminuido. La mayoría de los toxicólogos son comprensiblemente reacios a ofrecer cualquier sugerencia de alineación de un nivel de presencia de una droga con un nivel particular de incapacidad funcional. Sin embargo, la detección de una droga (o sus metabolitos) por encima o en los niveles establecidos por la norma relevante australiana para el corte de pruebas de detección de inmunoensayos debe representar una medida de la que se puede inferir lógicamente que tiene algún impacto en la capacidad para realizar el trabajo relacionado con las funciones, independientemente del período de tiempo que haya transcurrido desde que la droga fue tomada”.²⁹¹¹

Teniendo en cuenta la limitación de los test de orina, que no prueban por sí solos la actual intoxicación del trabajador, y que las drogas producen efectos incapacitantes luego del término del período de intoxicación, es que las políticas sobre abuso de las drogas en las empresas que prestan servicios (transporte público, por ejemplo) o explotan una actividad económica (minería) sensibles para la seguridad del trabajador y de terceros (transporte público) prohíben no solo trabajar bajo la influencia de las drogas, sino también mientras el trabajador tiene en su organismo niveles de drogas o metabolitos superiores al nivel de corte de la norma australiana, lo que se ha considerado un mandato empresarial razonable y lícito por ser conforme a la

²⁹¹¹ *CFMEU v. Port Kembla Coal Terminal Limited* [2015] FWCFB 4075, [42]-[43].

obligación de seguridad del empleador.²⁹¹² Se trata de políticas de cero tolerancia de las drogas en el lugar de trabajo donde se realizan labores riesgosas para la seguridad, que exigen al trabajador estar apto física y psicológicamente para el trabajo. De esta forma, la jurisprudencia mayoritaria considera ajustado a derecho el despido de un trabajador que ocupa una posición sensible para la seguridad fundado en la negativa a otorgar una muestra de orina para el test de drogas²⁹¹³ o en el resultado positivo confirmado en muestra de orina,²⁹¹⁴ al desobedecer una orden lícita y razonable.

En *Sydney Trains v. Gary Hilder*, la Fair Work Commission Full Bench resume muy bien su jurisprudencia, al considerar ajustado a derecho el despido disciplinario de un conductor de trenes, quien fue desvinculado por asistir a trabajar con un nivel de metabolitos de marihuana en su sistema prohibido por la política del empleador y no por haber trabajado bajo la influencia de la marihuana,²⁹¹⁵ Esta distinción se considera crítica por las razones que expuso en *Sharp v. BCS Infrastructure Support Pty Limited*:²⁹¹⁶ “Es conveniente hacer una observación general sobre esta materia. [...] El asunto en este caso no fue la conducta del señor [...] de fumar marihuana fuera de la jornada de trabajo, sino que él asistió al trabajo (que involucró la ejecución de actividades sensibles para la seguridad de la aviación) con un nivel de cannabinoides que estuvo sobre (y significativamente muy sobre) el límite permitido. Esta fue una conducta en el trabajo. Indudablemente desde la perspectiva del señor [...] parece severo que haya sido despedido como resultado de esto, en circunstancias en que él no se consideró a sí mismo incapacitado ni haber representado un riesgo para la seguridad de cualquiera. Sin embargo, una consideración crítica al evaluar si un despido en este tipo de circunstancias fue injustificado es el hecho de que no existe actualmente test científico directo para la incapacidad a causa del uso de cannabis. El test

²⁹¹² *Mr Raymond Briggs v. AWH Pty Ltd* [2013] FWCFB 3316, [2013], que hace presente la tendencia de las políticas del empleador en el sector industrial del este de Australia.

²⁹¹³ *Mr Raymond Briggs v. AWH Pty Ltd* [2013] FWCFB 3316.

²⁹¹⁴ *Sharp v. BCS Infrastructure Support Pty Limited* [2015] FWCFB 1033; *Nicholas Hafer v. Ensign Australia Pty Ltd T/A Ensign International Energy Services* [2016] FWC 990; *Paul Harding v. MMG Australia Limited* [2018] FWC 594; *Jarrold Eather v. Whitehaven Coal Limited t/a Narrabri Coal Operations* [2018] FWC 250; *Sydney Trains v. Gary Hilder* [2020] FWCFB 1373; *Rodney Roach v. Pacific National Services Pty Ltd* [2022] FWC 103; *Mr Craig Hancock v. DP World Brisbane Pty Ltd* [2022] FWC 1406; *Craig Hancock v. DP World Brisbane Pty Ltd* [2022] FWCFB 142.

²⁹¹⁵ *Sydney Trains v. Gary Hilder* [2020] FWCFB 1373.

²⁹¹⁶ *Sydney Trains v. Gary Hilder* [2020] FWCFB 1373, [31].

de saliva puede detectar el uso reciente de cannabis más precisamente que el test de orina, pero se mantiene el hecho de que no puede demostrarse conclusivamente la incapacidad o no incapacidad. Por lo tanto, cuando un trabajador que no muestra signos obvios de incapacidad se somete a un test de drogas en el trabajo y resulta positivo por uso de cannabis, el empleador queda en una posición difícil. En términos prácticos, será poco probable que el empleador esté en condiciones de determinar de forma independiente cuándo el trabajador consumió cannabis y en qué cantidad. Además de confirmarlo en la propia explicación del trabajador sobre el asunto, que probablemente no será verificable, el empleador no estará en una posición adecuada para evaluar si el trabajador está incapacitado como resultado del uso de cannabis y si, por lo tanto, representa una amenaza para la seguridad. Por esta razón las políticas del empleador que prevén medidas disciplinarias, incluso el despido, cuando un trabajador da positivo de cannabis, podrían, al menos en el contexto de trabajos críticos para la seguridad, ser consideradas legales y razonables”.²⁹¹⁷

Por el contrario, un sector minoritario de la jurisprudencia rechaza el test de orina, al menos de forma aleatoria, porque no acredita la actual incapacidad por drogas; en esas circunstancias se debe optar por el test de saliva que con mayor probabilidad puede contribuir a acreditar estar bajo la influencia de las drogas al momento de la toma de la muestra.²⁹¹⁸ Esta jurisprudencia se sentó en *Shell Refining (Australia) Pty Ltd v. CFMEU*, al concluir el Tribunal Laboral: “Observo que la Comisión de Relaciones Industriales de Australia Occidental en la sesión del tribunal en el caso *BHP Iron Ore* determinó específicamente que un programa de pruebas aleatorio que utiliza muestras de orina estaba justificado por razones de seguridad, de hecho era justo y razonable. Sin embargo, ese caso se decidió diez años atrás. Desde entonces las pruebas de fluidos orales están disponibles y se ha desarrollado un estándar australiano para las pruebas de fluidos orales. La pregunta ahora es si sería injusto o irrazonable que la empresa implementara pruebas aleatorias basadas en orina con su amplia ‘ventana de detección’, con todo lo que eso implica por interferir con la vida privada de los trabajadores, cuando se dispone de un método

²⁹¹⁷ *Sharp v. BCS Infrastructure Support Pty Limited* [2015] FWCFB 1033, [25].

²⁹¹⁸ *Shell Refining (Australia) Pty Ltd v. CFMEU* [2008]; *CFMEU v. HWE Mining Pty Limited* [2011] FWA 8288; *Endeavour Energy v. CEPU* [2012] FWA 1809; *Endeavour Energy v. CEPU* [2012] FWA 4998; *Reece Goodsell v. Sydney Trains* [2023] FWC 3209

mucho más enfocado en que es mucho más probable que una prueba positiva indique una incapacidad actual, y es mucho menos probable que detecte el uso de drogas en un tiempo que no tendría efecto consecuencial sobre el desempeño laboral del trabajador. Mi conclusión es que la implementación de un régimen de pruebas de drogas aleatorio basadas en orina en estas circunstancias sería injusto e irrazonable”.²⁹¹⁹

3.3. Limitación del test de orina para probar la intoxicación o estar bajo la influencia de drogas en España

Al igual que en Estados Unidos, en España los test de drogas en orina no acreditan por sí solos la actual incapacidad, como tampoco las pruebas de saliva, por lo que no serían una prueba autosuficiente para comprobar la prohibición de trabajar bajo la influencia de las drogas. Sin embargo, muchas normas estatales,²⁹²⁰ convencionales o internas de seguridad prohíben a trabajadores que ocupan posiciones sensibles para la seguridad trabajar con presencia de drogas en el organismo, por lo que el test de orina resulta idóneo por sí solo para comprobar el cumplimiento o transgresión de esa obligación.

A propósito de los resultados positivos en saliva, pero con un razonamiento plenamente aplicable a los test de orina pues ninguno de ellos acredita como única prueba la intoxicación actual, la jurisprudencia ha dado por probada la transgresión de la normativa que regía al trabajador. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recursos de suplicación con ocasión de sentencias recaídas en despidos disciplinarios de trabajadores de aerolínea que prestaban servicios en una zona restringida del aeropuerto, incluyendo la conducción de vehículos, por haber arrojado positivo en test de drogas, ha resuelto: “No se ha acreditado que el actor estuviese bajo la influencia de las drogas, pero sí que las había consumido y que iba a trabajar habiéndolas consumido, estando presente la droga en su organismo cuando es sometido al control de la Guardia Civil poco antes de empezar a trabajar. Consumo que está prohibido por la normativa

²⁹¹⁹ *Shell Refining (Australia) Pty Ltd v. CFMEU* [2008] AIRC 510, [121]- [122].

²⁹²⁰ Por ejemplo, el artículo 14.1 de la LTSV dispone: “1. No puede circular por las vías objeto de esta Ley [...] el conductor de cualquier vehículo con presencia de drogas en el organismo [...]”.

de seguridad de AENA (D.3.7) y que comporta la retirada del CPC y de la acreditación personal”.²⁹²¹

Asimismo, los test de orina son idóneos para controlar la aplicación de las normas que prohíben el trabajador el consumo de drogas por la integridad que requiere el trabajo desempeñado y la actividad económica del empleador. De ahí que se haya resuelto que un resultado positivo a la presencia de drogas en orina justifica el despido de un futbolista de un club deportivo de segunda división B de España.²⁹²² El test de orina también permite comprobar el cumplimiento o transgresión de las normas del programa de rehabilitación, que prohíben el consumo de drogas durante el tratamiento.²⁹²³

4. Los test de drogas en el trabajo basados en muestras de saliva

La prueba de saliva, conocida también como prueba de fluido oral, es ampliamente utilizada en los países analizados. Se sostiene que presenta ciertas ventajas respecto del test de orina. En primer lugar, utiliza un proceso de colección menos invasivo para la persona, sin necesidad de observar directa o indirectamente un acto tan privado como orinar.²⁹²⁴ En segundo lugar, limita los riesgos potenciales de adulteración, sustitución y desviación de la muestra, debido a la posibilidad de observar directamente la recolección, minimizando los riesgos vinculados a la integridad del espécimen.²⁹²⁵ Por último, permite detectar el consumo reciente de drogas, que no superará las cuarenta y ocho horas para la mayoría de las drogas,²⁹²⁶ por lo tanto, es una mejor

²⁹²¹ STSJ Madrid, 22 de marzo de 2022, Nº 246/2022; STSJ Madrid, 14 de abril de 2020, Nº 186/2020. De modo similar, STSJ Madrid, 04 de febrero de 2021, Nº 84/2021: “Para supuestos similares al presente, personal al servicio de empresas que prestan servicios en los aeropuertos, en zonas restringidas en las que se aplican unas estrictas medidas de seguridad y que han arrojado un resultado positivo en pruebas de detección aleatorias de alcohol y/o drogas, el criterio de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha sido considerar la actuación de los trabajadores como constitutiva de causa válida de despido”.

²⁹²² SJSO Nº 3 Plasencia, 4 de octubre de 2022, Nº 278/2022.

²⁹²³ SJSO Nº 1 Oviedo, 30 de enero de 2020, Nº 47/2020.

²⁹²⁴ SMILEY *et al.* (2019) p. 1; HÉBERT (2023) p. 2-34.

²⁹²⁵ SMILEY *et al.* (2019) p. 1.

²⁹²⁶ CASOLIN (2016), p. 480. Para un resumen de las investigaciones sobre las ventanas de detección de las distintas drogas, véase un estudio del Departamento de Transporte de Estados Unidos que consta en una propuesta de reforma a los test de drogas en la industria del transporte: 87 Fed. Reg. 11159 (2022).

prueba para acreditar que la persona está bajo la influencia de las drogas al momento de la toma de muestra.²⁹²⁷

Como limitaciones, se señala principalmente que la muestra de saliva no permite detectar el consumo crónico o por períodos mayores a veinticuatro horas, como regla general, ni permite detectar todas las drogas.²⁹²⁸

A fin de garantizar la confiabilidad de los test de saliva, las legislaciones contemplan procedimientos para la toma de muestra, prueba de detección, prueba de confirmación y derechos de la persona analizada. En Australia, los test de drogas basados en muestra de fluido oral se llevan a cabo en conformidad con el Estándar 4760:2006.²⁹²⁹ En Estados Unidos existe la Guía Obligatoria para Programas Federales de Test de Drogas en el Lugar de Trabajo, que establece el procedimiento de los test de drogas a partir de saliva que tienen que observar los empleadores que deben testear a postulantes y trabajadores por mandato de la normativa federal,²⁹³⁰ además, otros empleadores la utilizan como guía para el procedimiento de testeo. En Europa, la Sociedad Europea de Test de Drogas en el Trabajo ha elaborado la Guía Europea para Test de Drogas en Saliva,²⁹³¹ que utilizan los países europeos para conducir test de drogas en el trabajo sobre la base de saliva.

Los test en fluido oral no permiten acreditar la incapacidad actual, posición que no es uniforme.²⁹³² Sin embargo, en lo que no existe discusión es que posibilitan comprobar el consumo reciente y contribuyen a confirmar esa circunstancia junto con otros medios de prueba.²⁹³³ Su conveniencia dependería del propósito que se busque con los test de drogas. Si el empleador está buscando detectar el uso reciente de drogas (por ejemplo, test por causa/sospecha

²⁹²⁷ NIEDBALA *et al.* (2001) p. 289; ZEESE (2019), p. 181; HÉBERT (2023) p. 2-34; ZEESE (2023), pp. 177-178. En sentido contrario, pero bajo la normativa australiana, se sostiene que los test de orina pueden detectar con mayor probabilidad la influencia bajo las drogas que el test de saliva. Cfr.: CASOLIN (2016), p. 484.

²⁹²⁸ CASOLIN (2016), pp. 484; ZEESE (2019), p. 181; ZEESE (2023), p. 178.

²⁹²⁹ CASOLIN (2016), pp. 484-485.

²⁹³⁰ Véase 87 Fed. Reg. 20522-20557 (2022).

²⁹³¹ EUROPEAN WORKPLACE DRUG TESTING SOCIETY (2022). Disponible en: <http://www.ewdts.org/data/uploads/documents/2022-10-ewdts-guidelines-oral-fluid-v3.0-final.pdf> (visitada el 4 de abril de 2023).

²⁹³² Entre los que sostienen que los test en muestra de saliva pueden acreditar la intoxicación al momento de la toma de la muestra se encuentran AGIUS (2012), p. 60; KEITH (2020), pp. 173-174.

²⁹³³ HÉBERT (2023), p. 2-34.

razonable, posterior a un accidente), la muestra más adecuada será la saliva, por tener una ventana de detección más breve del consumo de drogas.²⁹³⁴ Sin embargo, si un empleador está buscando detectar un patrón de uso de drogas intermitente, a través de test de drogas previo al empleo, aleatorios, de regreso al trabajo, de seguimiento, la muestra de orina puede resultar preferible, por tener una mayor ventana de detección.²⁹³⁵

4.1. Los test de drogas en el trabajo basados en fluido oral en Estados Unidos

En Estados Unidos, la inmensa mayoría de los test de drogas utilizan muestra de orina, aunque existe un porcentaje menor que utiliza test de saliva. Ahora bien, para comprobar el consumo de drogas en el trabajo o si el trabajador estuvo bajo la influencia de las drogas mientras está desempeñando labores o se encuentra simplemente en el lugar de trabajo, los test basados en fluido oral pueden presentar los mismos problemas que los test en orina, ya analizados. Sin embargo, como la ventana de detección es más breve, pueden contribuir a facilitar la prueba de la incapacidad en el trabajo o el consumo en las dependencias del empleador.

En Estados Unidos el uso del fluido oral en el lugar de trabajo podría verse favorecido como consecuencia del reciente marco regulatorio. A partir del año 2020, producto de la entrada en vigencia de la Guía Obligatoria para Programas de Test de Drogas en el Lugar de Trabajo Federal en Fluido Oral,²⁹³⁶ el fluido oral y la orina son las muestras corporales que pueden utilizarse en test de drogas ordenados por la normativa federal, que comprende agencias federales, empleadores que prestan servicios a esas agencias y quienes reciben financiamiento federal.²⁹³⁷

Por otra parte, considerando que cerca de cuarenta estados han aprobado la legalización de la marihuana para fines medicinales y/o recreacionales, que, en ciertos estados prohíbe acciones adversas del empleador contra trabajadores por el consumo de marihuana en el tiempo de descanso fuera de las dependencias de la empresa y permite sanciones si el trabajador consume

²⁹³⁴ 87 Fed. Reg. 11159.

²⁹³⁵ 87 Fed. Reg. 11159.

²⁹³⁶ 84 Fed. Reg. 57554-57600.

²⁹³⁷ 84 Fed. Reg. 57578.

drogas en el lugar de trabajo o está bajo la influencia de las drogas mientras trabaja, el test en fluido oral es la mejor opción para cumplir con esta normativa.²⁹³⁸

Asimismo, en el sector privado a nivel estatal, la regulación de la SAMHSA puede contribuir a que el fluido oral sea una opción que se popularice a consecuencia de su aceptación como una muestra corporal válida.²⁹³⁹ Esto es así porque diversos estados que permiten u ordenan al empleador requerir test de drogas a postulantes a ofertas de trabajo y a sus trabajadores ordenan o sugieren suministrarlos en conformidad con los estándares, procedimientos y protocolos de la SAMHSA.²⁹⁴⁰

4.2. Los test de drogas en el trabajo basados en fluido oral en Australia

Si bien en Australia existe consenso acerca de que el fluido oral no permite acreditar que el trabajador esté bajo la influencia de las drogas al momento de la toma de la muestra, sí permite, con mayor probabilidad que las restantes muestras corporales, comprobar ese estado en quien ha consumido drogas, ya que tiene una ventana de detección más corta. El estándar australiano para test de drogas en saliva (AS 4760:2006) precisa que, aunque existe una relación entre concentraciones de sangre y fluido oral que podría permitir una inferencia de uso reciente de drogas (dentro de horas), no es apropiado relacionar presencia de drogas en el fluido oral con estar bajo la influencia de las drogas.²⁹⁴¹

Tradicionalmente, los sindicatos se han mostrado favorables a utilizar el fluido oral en vez de la orina, porque este procedimiento es menos invasivo para la privacidad de los trabajadores, y han presionado para que se opte por la saliva a través de dos vías. Negociar colectivamente el uso de saliva como espécimen a utilizar en test de drogas;²⁹⁴² si esto no fuera posible, impugnar ante los tribunales del trabajo los test en muestra de orina por vulnerar la privacidad y reclamar el uso de saliva. Esta opción ha encontrado pronunciamiento favorable en un par de casos, cuando el

²⁹³⁸ CURRENT Y MILLER (2021).

²⁹³⁹ 84 Fed. Reg. 57554-57600.

²⁹⁴⁰ Entre estos estados se encuentran, por ejemplo: Kentucky [803 KAR 25:280(1) (5)]; Main (MAINE REV. STAT. 26-7-3A-682 7 A); Puerto Rico [LAWS OF PUERTO RICO 29-8-161b(b)(8)(d)]; Tennessee [TENN. COMP. RULES & REG. 0800-02-12-.06(4)].

²⁹⁴¹ CASOLIN (2016), p. 480.

²⁹⁴² CASOLIN (2016), p. 479.

propósito del test de drogas es comprobar o contribuir a acreditar la actual o reciente incapacidad por drogas.²⁹⁴³ En la decisión de *Endeavour Energy* se concluyó que “ningún método testea directamente por incapacidad. Sin embargo, es más probable que un método que testea por consumo reciente (solamente) identifique si alguien está incapacitado. Si bien algunos testigos consideran esto como una debilidad, es precisamente porque solo detecta el uso reciente que el test de fluido oral es un mejor indicador de la probable incapacidad como resultado de fumar marihuana (la droga más ampliamente utilizada además del alcohol) que un test de orina”.²⁹⁴⁴ Se agrega: “Es posible que el test de orina no pueda identificar que alguien ha fumado cannabis en las cuatro horas previas, precisamente el período de tiempo más relevante para identificar una posible incapacidad”.²⁹⁴⁵

Si bien la jurisprudencia laboral reconoce que el test de saliva es mejor que el de orina para identificar a personas que, al momento del test, probablemente están bajo la influencia de las drogas y es más consistente con el respeto a la privacidad de los trabajadores y, por lo tanto, el test de saliva será más razonable para detectar incapacidad en el lugar de trabajo, no lo será cuando el propósito del test de drogas no sea exclusivamente detectar la incapacidad actual o reciente, sino simplemente la presencia de drogas en el organismo; para estos efectos se admiten mayoritariamente las muestras de orina o cabello.²⁹⁴⁶ Asimismo, se ha resuelto que es lícito administrar test de orina y/o saliva en cada test aleatorio, ya que disminuyen los riesgos de maniobras indebidas de los trabajadores para evitar dar positivo, porque cubren ventanas distintas de detección y el trabajador no sabe de antemano qué muestra se utilizará en un test aleatorio.²⁹⁴⁷

²⁹⁴³ *Shell Refining (Australia) Pty Ltd v. CFMEU* [2008] AIRC 510; *Shell Refining (Australia) Pty Ltd v. CFMEU* [2009] AIRCFB 428; *Endeavour Energy v. CEPU* [2012] FWA 1809; *Endeavour Energy v. CEPU* [2012] FWAFB 4998.

²⁹⁴⁴ *Endeavour Energy v. CEPU* [2012] FWA 1809.

²⁹⁴⁵ *Endeavour Energy v. CEPU* [2012] FWA 1809.

²⁹⁴⁶ *Briggs v. AWH Pty Ltd* [2013] FWC FB 3316; *Sharp v. BCS Infrastructure Support Pty Limited* [2015] FWC FB 1033; *Nicholas Hafer v. Ensign Australia Pty Ltd T/A Ensign International Energy Services* [2016] FWC 990; *Paul Harding v. MMG Australia Limited* [2018] FWC 594; *Jarrold Eather v. Whitehaven Coal Limited t/a Narrabri Coal Operations* [2018] FWC 250; *Sydney Trains v. Gary Hilder* [2020] FWC FB 1373; *Rodney Roach v. Pacific National Services Pty Ltd* [2022] FWC 103; *Mr Craig Hancock v. DP World Brisbane Pty Ltd* [2022] FWC 1406; *Craig Hancock v. DP World Brisbane Pty Ltd* [2022] FWC FB 142.

²⁹⁴⁷ *Construction, Forestry, Mining and Energy Union-Construction and General Division v. Port Kembla Coal Terminal Limited* [2015] FWC FB 4075.

4.3. Los test de drogas en el trabajo basados en fluido oral en España

Aunque no prueban la actual incapacidad, los test de saliva son ampliamente utilizados en España para detectar la presencia de drogas en el cuerpo y el consumo reciente, que ponen en riesgo la seguridad y afectan el correcto desempeño de las labores, y están prohibidos por las normas laborales aplicables a ciertos trabajadores. En la jurisprudencia judicial, sin embargo, no existe uniformidad sobre qué prueba un test de saliva; existen dos posiciones. Una que sostiene que permite comprobar el consumo reciente de drogas, pero no la incapacidad actual. Una segunda posición postula que el test de saliva acredita que el trabajador está bajo la influencia de las drogas. Estos pronunciamientos han recaído en juicios de impugnación de despidos disciplinarios.

La primera posición comprende dos corrientes opuestas en cuanto al alcance del resultado positivo en test de drogas en saliva: una que permite acreditar que las normas que debe observar el trabajador han sido vulneradas y otra que no; estos pronunciamientos existen a propósito de despidos disciplinarios de trabajadores que ocupaban puestos de trabajo sensibles para la seguridad. La corriente que permite tener por comprobada la vulneración de normas que prohíben trabajar con drogas en el organismo, cuyo consumo reciente pone en riesgo la seguridad y el desempeño laboral,²⁹⁴⁸ se funda precisamente en la breve ventana de detección del consumo de drogas que proporciona la saliva. Así, tratándose de conductores de carretera, al comprobar el test de saliva una ventana de horas del consumo de drogas detectado en el organismo, se concluye que permite comprobar una conducta de peligro para la seguridad del tráfico, para la empresa o un tercero, además de la responsabilidad que pueda resultar y su repercusión en el normal cumplimiento de las obligaciones laborales, de ser detectado el consumo de drogas por la autoridad competente en las carreteras, que puede impedir al conductor continuar con la prestación de los servicios.²⁹⁴⁹ Asimismo, se ha resuelto a propósito de despidos disciplinarios de trabajadores de aerolínea que prestaban servicios en una zona restringida del aeropuerto, que en virtud de la prueba de saliva “no se ha acreditado que el actor estuviese bajo la influencia de

²⁹⁴⁸ SJSO León, 01 de marzo de 2019, N° 97/2019.

²⁹⁴⁹ SJSO Salamanca, 12 de mayo de 2018, N° 141/2018. De manera similar: SJSO Cuenca, 08 de marzo de 2021, N° 8/2021; STSJ Castilla-León, 20 de noviembre de 2020, N° 01767/2020; STSJ Castilla-León, 01 de octubre de 2018, N° 01582/2018.

las drogas, pero sí que las había consumido y que iba a trabajar habiéndolas consumido, estando presente la droga en su organismo cuando es sometido al control de la Guardia Civil poco antes de empezar a trabajar. Consumo que está prohibido por la normativa de seguridad de AENA (D.3.7), y que comporta la retirada del CPC y de la acreditación personal”.²⁹⁵⁰

Por el contrario, a propósito de conductores de vehículos, la segunda corriente sostiene que el resultado positivo en test de saliva no permite acreditar por sí solo que el trabajador en jornada de trabajo se encuentra bajo el efecto de las drogas, ni el momento en que consumió; por lo tanto, no permite comprobar la transgresión de la normativa aplicable al trabajador.²⁹⁵¹

La segunda posición jurisprudencial permite dar por acreditado el desempeño de las labores bajo los efectos del consumo reciente de drogas cuando durante la jornada de trabajo el trabajador da positivo en una prueba de saliva, lo que se ha resuelto a propósito de conductores de vehículos,²⁹⁵² conductores de ferrocarriles²⁹⁵³ y trabajadores de plantas nucleares.²⁹⁵⁴

5. Medios complementarios de los test de drogas para acreditar estar bajo la influencia de las drogas en el trabajo

Si los test de drogas no acreditan la incapacidad actual debido al consumo de drogas por sí solos, al menos según la opinión científica y la posición jurisprudencial mayoritaria, existen medios alternativos o complementarios al test de drogas que permiten acreditar la influencia de las drogas, entre los que se destacan: (a) presunción simplemente legal de intoxicación con base en un resultado positivo del test de drogas; (b) prueba de circunstancias coetáneas a la toma de muestra para el test de drogas que demuestran incapacidad por drogas; (c) métodos de análisis

²⁹⁵⁰ STSJ Madrid, 22 de marzo de 2022, N° 246/2022; STSJ Madrid, 14 de abril de 2020, N° 186/2020. De manera similar, STSJ Madrid, 04 de febrero de 2021, N° 84/2021: “Para supuestos similares al presente, personal al servicio de empresas que prestan servicios en los aeropuertos, en zonas restringidas en las que se aplican unas estrictas medidas de seguridad y que han arrojado un resultado positivo en pruebas de detección aleatorias de alcohol y/o drogas, el criterio de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha sido considerar la actuación de los trabajadores como constitutiva de causa válida de despido”.

²⁹⁵¹ STSJ Islas Baleares, 22 de marzo de 2019, N° 101/2019; SJSO Palencia, 20 de noviembre de 2019, N° 318/2019.

²⁹⁵² STSJ Andalucía, 13 de julio de 2022, N° 1329/2022; SJSO Cuenca, 08 de marzo de 2021, N° 8/2021; STSJ Comunidad Valenciana, 14 de octubre de 2020, N° 3569/2020; STSJ Murcia, 19 de enero de 2019, N° 30/2019; SJSO Cartagena, 07 de septiembre de 2018, N° 291/2018.

²⁹⁵³ STSJ Cataluña, 09 de junio de 2021, N° 3162/2021.

²⁹⁵⁴ STSJ Cataluña, 15 de enero de 2018, N° 183/2018.

de comportamiento derivado de estar bajo la influencia de las drogas. Se analizará cada una de estas herramientas jurídicas.

5.1. Presunción simplemente legal de intoxicación con base en un resultado positivo en test de drogas

En las legislaciones analizadas, solamente en Estados Unidos, a nivel estatal, se encuentra regulada una presunción de intoxicación por drogas y limitada a propósito de los beneficios de compensación de los trabajadores que sufren accidentes del trabajo. En ciertos estados, las reclamaciones de beneficios de compensación pueden ser negadas únicamente con base en la evidencia del uso de drogas en el pasado, que proporciona a los empleadores una presunción de intoxicación fundada en un resultado positivo del test de drogas.²⁹⁵⁵ Sin embargo, en cada uno de estos estados la evidencia del uso previo no es determinante: el trabajador todavía tiene la oportunidad de probar que la presunta intoxicación no causó la lesión, o bien que no estaba intoxicado al momento de ocurrir el accidente.²⁹⁵⁶

A pesar de la presunción, la jurisprudencia de ciertos estados ha rechazado su configuración por la limitación del resultado positivo de drogas de no acreditar la actual intoxicación. Para estos tribunales se requiere otra prueba adicional a un test de drogas para establecer la intoxicación. En Georgia, por ejemplo, un empleador no pudo establecer la intoxicación de un trabajador que arrojó positivo por cocaína después de su lesión, sin “cualquier evidencia de que la conducta o el comportamiento del trabajador fue visible o notablemente afectada por la presencia de cocaína en su orina”, pues “la intoxicación significa algo más que haber simplemente consumido alcohol o drogas”.²⁹⁵⁷ El mismo razonamiento se ha aplicado al consumo de marihuana. Por ejemplo, un tribunal de Louisiana acogió una reclamación de un trabajador que arrojó positivo por marihuana, fundado en la opinión de un perito acerca de que el test positivo comprobó solamente el hecho de que el trabajador consumió marihuana en algún momento dentro los treinta días

²⁹⁵⁵ LA. REV. STAT. ANN. § 23:1081(5); UTAH CODE ANN. § 34A-2- 302(4)(a)(i)(A); GA. CODE ANN. § 34-9-17(b)(2).

²⁹⁵⁶ HICKOX (2012), p. 317.

²⁹⁵⁷ *Thomas v. Helen's Roofing Co.*, 404 S.E.2d 331,332-333 (Ga. Ct. App. 1991).

pasados; en consecuencia, el perito no pudo ofrecer una opinión sobre si el trabajador estaba incapacitado al tiempo del accidente que causó su lesión.²⁹⁵⁸

5.2. Testimonio experto del alcance de los resultados de los test de drogas

El testimonio de un experto sobre el significado y alcance del resultado positivo en un test de drogas se considera relevante en juicios laborales donde se discute si el trabajador estaba bajo la influencia de las drogas.

En Estados Unidos, es significativo el testimonio experto tanto a nivel de juicios por beneficios de compensación como en juicios de despido por justa causa. La mayoría de los estados no niega una compensación a trabajadores solamente sobre la base de un test de drogas positivo; el empleador necesitará combinar un test positivo de drogas con otra evidencia experta para establecer los efectos del uso de drogas en las habilidades del trabajador.²⁹⁵⁹ Por ejemplo, un tribunal de Nebraska confirmó la negativa de beneficios a un trabajador cuyo test reveló 183 nanogramos de metabolitos de marihuana después de su accidente.²⁹⁶⁰ El tribunal se fundó en el testimonio médico que sostuvo que el uso de marihuana por parte del trabajador pudo haber causado cambios en su “percepción, defectos en su juicio y deterioro de su motricidad” como también “alteración del estado de ánimo, percepción sensorial, cognición, descoordinación motriz y autopercepción”, lo cual pudo retrasar “su capacidad de reacción o de comprensión del peligro al operar” la maquinaria que estaba usando cuando el trabajador se lesionó; todo ello con un “grado razonable de certeza médica”.²⁹⁶¹

De manera similar, un tribunal de South Dakota denegó los beneficios de compensación a un trabajador que arrojó positivo de marihuana y metanfetamina, fundado en parte en el extenso testimonio experto que demuestra que existe incapacidad por fumar marihuana durante cuarenta y ocho horas.²⁹⁶² Además, dicho testimonio evidencia que la marihuana afecta los procedimientos de pensamiento intelectual del consumidor y produce embotamiento mental y

²⁹⁵⁸ *Forrester v. New Orleans Iron Works*, 869 So. 2d 216, 223-24 (La. Ct. App. 2004).

²⁹⁵⁹ HICKOX (2012), p. 322.

²⁹⁶⁰ *Banks v. Midwest Padding, L.L.C.*, No. A-06-074 (Neb. Ct. App. Aug. 29, 2006).

²⁹⁶¹ *Banks v. Midwest Padding, L.L.C.*, No. A-06-074, 4-5 (Neb. Ct. App. Aug. 29, 2006).

²⁹⁶² *Goebel v. Warner Transp.*, 612 N.W.2d 18, 23 (S.D. 2000).

falta de atención a los detalles en la fase posterior a la euforia, lo que potencialmente afecta las habilidades de conducción.²⁹⁶³ Sin embargo, incluso el testigo experto del empleador estuvo de acuerdo en este caso con que la “incapacidad no puede determinarse únicamente a partir de un test de drogas positivo en orina”, sino sobre la base de su opinión acerca de “la farmacología conocida de la metanfetamina y marihuana, sus interacciones conocidas y los efectos que ellas producen, como también la mecánica del accidente del trabajo, todo combinado con el resultado positivo del test”.²⁹⁶⁴

En Texas, la opinión de un experto fue relevante para concluir que un test de drogas no indica cuál es el nivel de incapacidad de una persona; sin embargo, el alto nivel de metabolitos de marihuana en la orina proporciona evidencia convincente de la incapacidad.²⁹⁶⁵

Asimismo, en el despido de trabajadores sindicalizados por dar positivo en test de drogas, se consideró importante el testimonio de un experto para interpretar el resultado del test de drogas: se admitió que niveles de drogas significativamente sobre el nivel de corte en el trabajador involucrado en un accidente permiten concluir que estaba bajo la influencia de las drogas.²⁹⁶⁶

5.3. Prueba de circunstancias coetáneas al test de drogas

La prueba de la conducta del trabajador inmediatamente anterior o coetánea al test de drogas y su condición física son relevantes para confirmar o descartar la intoxicación con drogas al momento de la toma de la muestra.

En Estados Unidos, a propósito de la compensación de lesiones laborales, en muchos estados las circunstancias que rodean la lesión de un trabajador pueden usarse para apoyar o rechazar una demanda bajo la defensa de intoxicación. Circunstancias que pueden incluir las causas potenciales de la lesión además de la intoxicación, observaciones de otras personas en el lugar de trabajo y la capacidad del trabajador para completar sus deberes laborales al momento de la intoxicación alegada.²⁹⁶⁷ Estas circunstancias podrían contribuir, junto con el resultado positivo

²⁹⁶³ *Goebel v. Warner Transp.*, 612 N.W.2d 18, 23 (S.D. 2000).

²⁹⁶⁴ *Goebel v. Warner Transp.*, 612 N.W.2d 18, 24 (S.D. 2000).

²⁹⁶⁵ *Adkins v. Tex. Mut. Ins. Co.*, No. 04-07-00750-CV, (Tex. Ct. App. Oct. 8, 2008).

²⁹⁶⁶ *Wellington Industries Inc.*, 136 LA 1024 (McDonald, 2016).

²⁹⁶⁷ HICKOX (2012), p. 326.

de drogas, a establecer la intoxicación que podría apoyar el rechazo de una demanda o podría ser suficiente para demostrar que no existió intoxicación al momento del accidente.²⁹⁶⁸ Así, se ha negado la compensación por lesiones en el trabajo cuando la incapacidad por drogas se basa en todas las circunstancias que rodearon al accidente, la evidencia de la condición del trabajador y su incapacidad para trabajar, incluyendo el testimonio de compañeros de trabajo.²⁹⁶⁹

Por el contrario, muchos trabajadores que dieron positivo en sus test de drogas han sido capaces de recibir los beneficios por compensación de lesiones laborales fundado en el testimonio de compañeros de trabajo y supervisores, que comprueba que el trabajador no parecía estar bajo la influencia de las drogas al sufrir la lesión, ya que desempeñaba debidamente sus tareas laborales y no mostraba signos de incapacidad.²⁹⁷⁰ Los tribunales de Louisiana han confirmado reclamaciones de trabajadores que dieron positivo de marihuana en test de drogas, basado en el testimonio que revela que no parecían bajo la influencia de las drogas previo al accidente.²⁹⁷¹ En el mismo sentido, un tribunal de Nevada confirmó una demanda de un trabajador accidentado a pesar de la presencia de 747 ng/ml de metabolitos de marihuana, que reveló el test de drogas, y el testimonio de un experto, fundado en el testimonio de un compañero de trabajo acerca de que el demandante “no parecía estar intoxicado, incapacitado o bajo la influencia de una sustancia controlada previo al accidente” y “desarrolló su trabajo bien y actuó normalmente ese día”.²⁹⁷² Otros tribunales han seguido la misma posición.²⁹⁷³

²⁹⁶⁸ HICKOX (2012), p. 322.

²⁹⁶⁹ *Gilley v. Cent. Distribs., Inc.*, 993 P.2d 140, 142 (Okla. Civ. App. 1999).

²⁹⁷⁰ *Sys. Contracting Corp. v. Reeves*, 151 S.W.3d 18, 20-21 (Ark. Ct. App. 2004); *Ark. Elec. Coop. v. Ramsey*, 190 S.W.3d 287, 289-92 (Ark. Ct. App. 2004); *Ward v. Hickory Springs Mfg. Co.*, 248 S.W.3d 482, 486 (Ark. Ct. App. 2007); *Stewart v. Oliver B. Cannon & Son, Inc.*, 551 A.2d 818, 822 (Del. Super. Ct. 1988); *Whiting v. Advance Insulation Servs.*, 738 So. 2d 685, 687 (La. Ct. App. 1999); *Moore v. Sullbark Builders, Inc.*, 680 S.E.2d 732, 735-36 (N.C. Ct. App. 2009).

²⁹⁷¹ *Burrow v. Delta Container Corp.*, 923 So. 2d 158, 160-62 (La. Ct. App. 2005); *Buxton v. Iowa Police Dep't*, 952 So. 2d 922, 928-29 (La. Ct. App. 2007); *Boise Cascade Corp. v. Dean*, 767 So. 2d 76, 80 (La. Ct. App. 2000); *Whiting*, 738 So. 2d at 691; *Sweeden v. Hunting Tubular Threading, Inc.*, 806 So. 2d 728, 729-30 (La. Ct. App. 2001); *Bernard v. Cox Commc'n., Inc.*, 815 So. 2d 259, 266 (La. Ct. App. 2002); *Gradney v. D.B.L. Drilling & Prod. Servs.*, 702 So. 2d 872, 874 (La. Ct. App. 1997).

²⁹⁷² *Desert Valley Constr. v. Hurley*, 96 P.3d 739, 740-41 (Nev. 2004). Véase también *Constr. Indus. Workers' Comp. Grp. v. Chalue*, 74 P.3d 595, 598 (Nev. 2003) (concluyó que un trabajador venció la presunción de intoxicación en virtud del testimonio del trabajador y su capataz junto con el registro hospitalario, que fundan que el trabajador no estaba intoxicado al momento del accidente).

²⁹⁷³ *Nelson v. Homier Distrib. Co.*, 222 P.3d 690, 696-97 (N.M. Ct. App. 2009); *Chester Scaffolding, Inc. v. Hanley*, 529 N.E.2d 1278, 1280 (Ohio Ct. App. 1987); *Tex. Mut. Ins. Co. v. Havard*, No. 01-07-00268-CV, (Tex. Ct. App. Mar. 6, 2008).

A nivel estatal, New Jersey proporciona una guía interesante para determinar si un trabajador está bajo la influencia de las drogas. De acuerdo a su normativa, un trabajador no deberá sufrir una acción adversa del empleador solamente debido a la presencia de metabolitos de cannabis en su muestra corporal como consecuencia del consumo medicinal o recreacional de la marihuana.²⁹⁷⁴ Los empleadores mantienen su derecho a requerir test de drogas, si bien un test científicamente confiable que indica la presencia de metabolitos de cannabis en la muestra corporal del trabajador es insuficiente para fundar una acción adversa; además es necesaria una evaluación física que demuestre los signos de estar bajo la influencia de las drogas en el trabajo, que consten en el certificado de un experto en reconocimiento de la incapacidad en el lugar de trabajo.²⁹⁷⁵ Con el propósito de demostrar los signos físicos u otra evidencia de la incapacidad suficiente para fundamentar una acción laboral adversa contra el trabajador por uso sospechoso de cannabis o incapacidad durante las horas de trabajo, los empleadores deben designar a un trabajador que asista en la realización de las determinaciones de uso sospechoso de cannabis en el trabajo.²⁹⁷⁶ Este trabajador deberá ser capacitado suficientemente para determinar la incapacidad y estar calificado para completar el Reporte de Observación de Sospechosa Razonable, que documenta la conducta, los signos físicos y la prueba que fundan la decisión del empleador que razonablemente sospecha de que un trabajador está bajo la influencia de las drogas durante las horas de trabajo.²⁹⁷⁷ Para estos fines se debería utilizar un test de incapacidad cognitiva, es decir, un test automatizado estandarizado, objetivo, consistentemente repetible y científicamente válido de la incapacidad del trabajador y/o escaneo ocular, signos físicos (cara ruborizada/pálida/sudorosa), signos conductuales (habla agitada/insultante) o evidencia para establecer la sospecha razonable de uso de cannabis o incapacidad en el trabajo.²⁹⁷⁸

5.4. Métodos conductuales como medios de prueba de estar bajo la influencia de las drogas

El reconocimiento de comportamientos específicos asociados con las drogas que provocan incapacidad es la base para utilizar indicadores conductuales que identifican a consumidores y

²⁹⁷⁴ N.J.S.A. 24:6I-52a(1).

²⁹⁷⁵ N.J.S.A. 24:6I-52(a)(1).

²⁹⁷⁶ N.J.S.A. 24:6I-52a(2)(a).

²⁹⁷⁷ NEW JERSEY CANNABIS REGULATORY COMMISSION (2022).

²⁹⁷⁸ NEW JERSEY CANNABIS REGULATORY COMMISSION (2022).

cuándo los consumidores están bajo la influencia de las drogas. Entre estos comportamientos se incluyen síntomas físicos evidentes de intoxicación (ojos enrojecidos, dificultad para hablar, alteración de la coordinación motora, olor a alcohol o marihuana) y también otros indicadores de incapacidad, como disminución del rendimiento en el trabajo.²⁹⁷⁹

Se trata de pruebas de comportamiento para evaluar el rendimiento, entre las que se destacan el Programa de Evaluación y Clasificación de Drogas, los test computarizados de incapacidad²⁹⁸⁰ y los exámenes psiconeurológicos.²⁹⁸¹

5.4.1. *Programa de Evaluación y Clasificación de Drogas*

El Programa de Evaluación y Clasificación de Drogas (DEC) fue implementado primero por el Departamento de Policía de Los Ángeles para incrementar la evidencia de drogas ilícitas involucradas con los conductores lesionados fatalmente y los conductores bajo la influencia de las drogas detenidos por la policía. Se trata de un procedimiento de detección de drogas que, aplicado por un oficial de policía capacitado, permite obtener evidencia sobre si un sospechoso estaba incapacitado por drogas cuando fue detenido por la policía; además, permite determinar si la naturaleza de la incapacidad fue consistente con una particular categoría o subgrupo de drogas ilícitas.²⁹⁸²

Se describe el programa DEC como un método sistemático y estandarizado de examinación de una persona sospechosa de conducir bajo la influencia de las drogas, para determinar: (1) si el sospechoso está bajo la influencia de las drogas; (2) si es así, si la incapacidad es relacionada con las drogas o medicamentos; (3) si es relacionada con las drogas, la categoría amplia o combinación de drogas que probablemente han causado la incapacidad.²⁹⁸³ El programa DEC no permite identificar la droga específica que ha producido la incapacidad ni sustituye el test de drogas, que es requerido para corroborar el resultado de la incapacidad derivado de este

²⁹⁷⁹ NORMAND *et al.* (1994), p. 203.

²⁹⁸⁰ NORMAND *et al.* (1994), p. 203; BUTLER Y TRANTER (1994), p. 231 y ss.

²⁹⁸¹ ABRAHAMSON (2021), pp. 618-620; ZEESE (2023), pp. 640-642.

²⁹⁸² NORMAND *et al.* (1994), p. 203; BUTLER Y TRANTER (1994), p. 234.

²⁹⁸³ NORMAND *et al.* (1994), p. 203.

programa... El test de drogas es necesario puesto que dicho programa solo permite detectar una cantidad reducida de drogas.²⁹⁸⁴

El programa DEC comprende las siguientes etapas estandarizadas: (1) evaluación de la apariencia general del sujeto e historia del uso de drogas y medicamentos a través de una entrevista; (2) medición objetiva de síntomas psicológicos por signos de uso de sustancias (ojos/pupilas, signos vitales, tono muscular); (3) conducción de una batería de test conductuales diseñados para evaluar el desempeño psicomotor, la capacidad de seguir y recordar instrucciones, y atención dividida (similar a test de sobriedad de campos).²⁹⁸⁵

Este programa puede utilizarse en el lugar de trabajo en una situación de razonable causa, para identificar el desempeño deficiente que podría ser atribuible a la incapacidad por drogas y para confirmar el uso de drogas; algunas empresas norteamericanas lo usan.²⁹⁸⁶ Además de identificar escasas drogas, el programa DEC requiere una adecuada capacitación de quien lo aplica, para evitar o disminuir los errores humanos.²⁹⁸⁷

5.4.2. *Test computarizados de deterioro*

Se trata de pruebas que determinan a través de *softwares* si una persona está apta o no para desempeñar sus labores, generalmente sensibles para la seguridad.²⁹⁸⁸ Los test computarizados son variables; es posible mencionar, a modo de ejemplo, Monitor de Disposición, NovaScan, Factor 1000, Essex DELTA.²⁹⁸⁹ Si bien requieren que el trabajador ejecute distintas tareas, son test estandarizados de desempeño que miden objetivamente las respuestas del sujeto mediante un computador, basados en pruebas de tiempos de reacción, de tareas de seguimiento críticas y tareas de atención dividida.²⁹⁹⁰ El sujeto debe alcanzar un nivel apropiado de desempeño en cada

²⁹⁸⁴ NORMAND *et al.* (1994), pp. 203-204; BUTLER Y TRANTER (1994), p. 234.

²⁹⁸⁵ NORMAND *et al.* (1994), p. 204; BUTLER Y TRANTER (1994), p. 234.

²⁹⁸⁶ BUTLER Y TRANTER (1994), pp. 234-235.

²⁹⁸⁷ BUTLER Y TRANTER (1994), p. 235.

²⁹⁸⁸ Para un detalle sobre el contenido de estos test, véase: BUTLER Y TRANTER (1994), pp. 238-250.

²⁹⁸⁹ BUTLER Y TRANTER (1994), p. 251.

²⁹⁹⁰ BUTLER Y TRANTER (1994), p. 251.

prueba antes que el sistema pueda detectar la incapacidad, para lo cual deben establecerse los puntajes de referencia para determinar que el individuo no está incapacitado.²⁹⁹¹

Los test computarizados no permiten medir con exactitud si la causa de la incapacidad para el trabajo son las drogas u otro factor, por lo que su principal función es detectar si el trabajador puede desempeñar o no labores peligrosas bajo las condiciones de seguridad requeridas.²⁹⁹² De esta forma, si el trabajador no logra el puntaje mínimo en el test para determinar si la causa de la incapacidad son las drogas u otro factor, será necesario que se someta a un test de drogas,²⁹⁹³ lo que demuestra que constituye una herramienta complementaria y auxiliar de los test de drogas, pero que no los reemplaza.

VI. Límites de los test de drogas derivados de la privacidad y el derecho a la no discriminación

Teniendo en cuenta su oportunidad, fines y muestras corporales utilizadas, los test de drogas son limitados por los derechos a la privacidad y de no discriminación reconocidos a los postulantes a ofertas de trabajo y a trabajadores.

1. Limitaciones impuestas por la privacidad a los test de drogas

En Australia no se reconoce a los postulantes a ofertas de trabajo ni a actuales trabajadores el derecho a la privacidad como garantía fundamental en la Constitución, sino en la Privacy Act 1988 (Cth), una ley federal que a partir del año 2001 se extendió desde las agencias y departamentos gubernamentales para pasar a cubrir también a organizaciones del sector privado, incluyendo asociaciones, fideicomisos y personas naturales.²⁹⁹⁴ Sin embargo, la Privacy Act no se aplica a pequeñas empresas con un volumen de negocios anual de tres millones de dólares australianos o menos, a los partidos políticos registrados, agencias gubernamentales del Commonwealth, autoridades territoriales o estatales.²⁹⁹⁵ No obstante estas exclusiones, la

²⁹⁹¹ BUTLER Y TRANTER (1994), p. 251.

²⁹⁹² BUTLER Y TRANTER (1994), p. 251.

²⁹⁹³ BUTLER Y TRANTER (1994), p. 251.

²⁹⁹⁴ Privacy Amendment (Privacy Sector) Act 2000 (Cth). También la legislación de algunos estados cubre asuntos de privacidad, por ejemplo: Privacy and Personal Information Act 1998 (NSW), Invasion of Privacy Act 1991 (Qld); y Privacy and Data Protection Act 2014 (Vic).

²⁹⁹⁵ Privacy Act 1988 (Cth), ss. 6, 18 BB y Sch 3.

inmensa mayoría de empleadores del sector privado debe cumplir la normativa de la Privacy Act, que establece una serie de principios y fines lícitos que permiten recopilar información personal.²⁹⁹⁶

En Estados Unidos, se reconoce la privacidad a los trabajadores, aunque solamente a algunos como un derecho fundamental. Se considera garantizada en la cuarta enmienda de la Constitución federal, bajo la prohibición de búsqueda y captura irrazonable, que debe ser observada por los empleadores del sector público, pero que, en términos generales, no debe ser cumplida por los empleadores del sector privado.²⁹⁹⁷ Sin embargo, la cuarta enmienda ha sido aplicada a los sectores privados altamente regulados por el Estado federal.²⁹⁹⁸ La Corte Suprema de Estados Unidos ha sostenido que la cuarta enmienda se aplica a los test de alcohol y drogas establecidos por compañías privadas de ferrocarriles, porque esos test son ordenados o autorizados por la regulación federal y constituyen, por tanto, una acción del Estado bajo la cuarta enmienda.²⁹⁹⁹ Inclusive en casos en que la cuarta enmienda es claramente inaplicable, con frecuencia los tribunales se basan en la interpretación federal constitucional para determinar la razonabilidad de los programas de test de drogas en el sector privado.³⁰⁰⁰

Por otra parte, al menos diez constituciones estatales consagran expresamente como garantía el derecho a la privacidad.³⁰⁰¹ Sin embargo, tratándose de los test de drogas, los tribunales de los siguientes estados han sostenido que el derecho a la privacidad garantizado en la constitución estatal constituye un límite solo para los empleadores estatales, y no para los empleadores del sector privado: Alaska, Illinois, Louisiana y Washington.³⁰⁰² En estos estados las constituciones contienen la misma regulación de la Constitución federal, que niega, por regla general, el derecho

²⁹⁹⁶ OWENS *et al.* (2011), p. 516; STEWART *et al.* (2016), p. 709.

²⁹⁹⁷ OLSEN (1991), p. 234; NORMAND *et al.* (1994), pp. 286-287; FINKIN (2018), p. 2-21.

²⁹⁹⁸ OLSEN (1991), p. 234.

²⁹⁹⁹ *Skinner v. Railway Labor Executive's Association*, 489 U.S. 602, 1422 (1989).

³⁰⁰⁰ *Wilkinson v. Times Mirror Corp.*, 215 Cal. App. 3d 1034, 264 Cal. Rptr. 194 (Cal. Ct. App. 1990); *Hennessey v. Coastal Eagle Point Oil Co.*, No. W-003611-86 (N.J. Super. Ct. Law Div. April 28, 1989) (LEXIS State file).

³⁰⁰¹ Ellas son: Alaska, Arizona, California, Florida, Hawaii, Illinois, Louisiana, Montana, Carolina del Sur y Washington. Véanse: ALASKA CONSTITUTION, art. I, § 22; ARIZONA CONSTITUTION, art. II, § 8; CALIFORNIA CONSTITUTION, art. I, § 1; FLORIDA CONSTITUTION, art. I, §§ 12, 23; HAWAII CONSTITUTION, art. I, §§ 6, 7; ILLINOIS CONSTITUTION, art. I, §§ 6, 12; LOUISIANA CONSTITUTION, art. I, § 5; MONTANA CONSTITUTION, art. II, § 10; SOUTH CAROLINA CONSTITUTION, art. I, § 10; WASHINGTON CONSTITUTION, art. I, § 7.

³⁰⁰² FINKIN (2018), p. 2-53.

a la privacidad a los trabajadores del sector privado.³⁰⁰³ En cambio, se ha sostenido que la disposición sobre privacidad contenida en la Constitución de California es aplicable como límite tanto a empresas privadas como a instituciones públicas y debe observarse en los test de drogas: solamente se admiten test de drogas razonables, que son los que no vulneran la razonable expectativa de privacidad.³⁰⁰⁴

Sin embargo, respecto de los trabajadores del sector privado a quienes no se reconoce la privacidad garantizada en la Constitución, ni federal ni estatal, en la inmensa mayoría de los estados se les admite la privacidad bajo la normativa del *common law*, por considerarse una política pública del ordenamiento jurídico que debe observar el empleador.³⁰⁰⁵ Asimismo, respecto de los trabajadores sindicalizados, el acuerdo de negociación colectiva podría consagrar la privacidad o los límites a la facultad empresarial fundados en la privacidad.³⁰⁰⁶

En España, la privacidad se encuentra reconocida como derecho fundamental a todas las personas –por lo tanto, también a postulantes a trabajos y trabajadores actuales– en el artículo 18.1 de la Constitución, como parte de la intimidad personal.³⁰⁰⁷ También, la privacidad se encuentra consagrada como derecho fundamental en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, norma que en España debe respetarse.

Los test de drogas pueden afectar la privacidad del trabajador. En términos dogmáticos, la privacidad incluye dentro de su contenido: la privacidad territorial (sentido relacionado con la propiedad privada); la privacidad personal, también en un sentido espacial, pero comprendiendo las libertades personales (de movimiento y expresión) y la privacidad corporal, que comprende la libertad de registro e incautación dentro de una determinada esfera personal, incluyendo la integridad corporal, y la privacidad de la información, derivada de la dignidad inherente a cada individuo y su relación con la información acerca de ellos mismos.³⁰⁰⁸

³⁰⁰³ FINKIN (2018), p. 2-53.

³⁰⁰⁴ *Hill v. National Collegiate Athletic Association*, 865 P.2d 633 (Cal. 1994); *Loder v. City of Glendale*, 927 P.2d 1200 (Cal. 1997); *Pilkington Barnes Hind v. Superior Court*, 77 Cal. Rptr. 2d 596 (Ct. App. 1998).

³⁰⁰⁵ FINKIN (2018), p. 2-58.

³⁰⁰⁶ FINKIN (2018), p. 2-78.

³⁰⁰⁷ TALÉNS (2013), p. 179.

³⁰⁰⁸ GRANT *et al.* (2013), p. 222; TALENS (2013), pp. 179-180.

Los test de drogas pueden invadir los dos últimos aspectos de la privacidad. La privacidad personal puede ser invadida en la integridad personal mediante la toma de la muestra corporal cualquiera sea y la observación directa o indirecta de la toma de la muestra.³⁰⁰⁹ Además, restringen la conducta a observar por el trabajador en su tiempo de descanso, ya que los test de drogas frecuentemente controlan la conducta extralaboral, consistente en el consumo de drogas en tiempo de descanso fuera del lugar de trabajo.³⁰¹⁰

La privacidad informacional será invadida de diversas formas. Primero, antes de proporcionar la muestra, los trabajadores serán interrogados para revisar si han consumido o están consumiendo medicamentos, o presentan condiciones médicas vinculadas que pueden afectar el resultado del test de drogas.³⁰¹¹ Segundo, al consentir el análisis de la muestra y revelar sus resultados al laboratorio que analizará la contramuestra y a las jefaturas en la empresa.³⁰¹² Tercero, los resultados del test de drogas, particularmente las pruebas de orina y cabello, aunque también las de saliva y sangre, permitirían conocer la conducta extralaboral del trabajador, si consumió drogas en su tiempo libre o no.³⁰¹³ Cuarto, las muestras de drogas podrían ser utilizadas para recabar otra información confidencial de salud, por ejemplo, si el trabajador padece alguna enfermedad.³⁰¹⁴

Como se produce una intromisión en la privacidad, esta restringe los fines que pueden perseguir los test de drogas, su oportunidad, los tipos de muestra y la forma en que se llevan a cabo, por lo que debe existir proporcionalidad entre el test de drogas y la privacidad del trabajador.

1.1. Limitación derivada de la privacidad en los fines de los test de drogas

La privacidad limita los fines de los test de drogas, impidiendo invasiones desproporcionadas o irrazonables a la privacidad. De esta forma, solamente se admitirán los test de drogas para los fines admitidos por la privacidad.

³⁰⁰⁹ CRAIG (1999), pp. 177-178; GRANT *et al.* (2013), p. 222.

³⁰¹⁰ CRAIG (1999), p. 178.

³⁰¹¹ CRAIG (1999), p. 178; GRANT *et al.* (2013), p. 222.

³⁰¹² GRANT *et al.* (2013), p. 222.

³⁰¹³ CRAIG (1999), p. 178; GRANT *et al.* (2013), p. 222.

³⁰¹⁴ CRAIG (1999), p. 178; GRANT *et al.* (2013), p. 222.

En Australia, parecen ser improcedentes los test de drogas con fines exclusivamente económicos, esto es, con el propósito de mejorar la producción y disminuir los costos directos e indirectos vinculados a la mano de obra. La Privacy Act legitima los fines vinculados al cumplimiento de la obligación de seguridad, al permitir al empleador recopilar información personal, que es lo que se logra mediante los test de drogas, cuando “razonablemente cree que la recolección, uso o divulgación son necesarios para minimizar o prevenir una amenaza seria para la vida, la salud o seguridad de cualquier individuo, o para la seguridad o salud pública”.³⁰¹⁵

Lo confirma la jurisprudencia judicial australiana, que sostiene que los test de drogas son una “intrusión en la privacidad de la persona que solo puede justificarse por razones de salud y de seguridad. El empleador tiene un derecho legítimo (en realidad, una obligación) para tratar de eliminar el riesgo de que los trabajadores puedan venir al trabajo bajo la influencia de las drogas o el alcohol, de tal manera que podrían representar un riesgo para la salud o seguridad. Más allá de eso, el empleador no tiene derecho para dictar qué drogas o alcohol toman sus trabajadores en su tiempo libre. Más bien, sería injusto e irrazonable hacerlo”.³⁰¹⁶

También se considera un fin legítimo permitir test de drogas cuando el consumo de drogas o estar bajo su influencia es incompatible con el cargo a que se obligó el trabajador, ya que una o ambas obligaciones constituyen un requisito inherente para cumplir las funciones comprometidas, toda vez que la Privacy Act considera lícita “la recopilación, uso o divulgación” de información personal “que es razonablemente necesaria para el establecimiento, ejercicio o defensa de un reclamo legal o equitativo”.³⁰¹⁷

En Estados Unidos, salvo los test de drogas preocupacionales exigidos en el sector privado a personas no cubiertas por la privacidad garantizada a nivel constitucional federal o estatal, que pueden tener fines vinculados a la productividad, el resto de test de drogas está relacionado mayoritariamente con fines vinculados esencialmente a la seguridad o salud del trabajador, de los compañeros de trabajo o del público en general. La expectativa de privacidad garantizada en la cuarta enmienda de la Constitución federal exige que “las necesidades especiales para los test

³⁰¹⁵ Privacy Act 1988 (Cth), s. 16A.

³⁰¹⁶ *Endeavour Energy v. Communications Union of Australia* [2012] FWA 1809.

³⁰¹⁷ Privacy Act 1988 (Cth), s. 16A.

de drogas deben ser sustanciales, bastante importantes para anular el interés a la privacidad reconocido al individuo, suficientemente vitales para suprimir el normal requerimiento de la cuarta enmienda de la sospecha individualizada”.³⁰¹⁸ A partir de la decisión de la Corte Suprema en *Skinner*, respecto de los test de drogas, se considera razonable la intrusión en la privacidad de trabajadores que ocupan cargos sensibles para la seguridad, para prevenir accidentes y daños a las personas y a la propiedad.³⁰¹⁹ De modo similar, para funcionarios públicos, la condición clave para los test de drogas es su conexión con importantes fines gubernamentales relacionados con la salud pública y la seguridad; por lo tanto, se les pueden requerir dichos test a trabajadores cuyo consumo de drogas o trabajar bajo su influencia puede afectar estos fines.³⁰²⁰ Igualmente, en Estados Unidos la privacidad admite test de drogas en cargos no sensibles para la seguridad, pero en que el consumo de drogas o estar bajo su influencia es una prohibición incompatible con el cargo que se ocupa o impide desempeñar debidamente las labores.³⁰²¹

En controversias del sector privado, fundado en el interés del trabajador en su privacidad que constituye una política pública, la Corte Suprema de West Virginia limita los test de drogas a los fines antes expuestos, al sostener que el empleador puede requerir test de drogas solamente en dos situaciones: (1) cuando el requerimiento está basado en una “sospecha objetiva, de buena fe, razonable” de que el trabajador ha estado consumiendo drogas, y (2) cuando el trabajo específico del trabajador involucra la “seguridad pública o la seguridad de otros”.³⁰²²

En España, conforme se expuso, la privacidad constituye un límite de los test de drogas. Un sector de la doctrina y la jurisprudencia solo considera proporcional admitirlos de forma obligatoria por fines de seguridad en el trabajo, en conformidad con el artículo 22 de la LPRL y con otras normas estatales que los aceptan con ese objetivo; en cambio, los test de drogas con otro propósito constituirían una intromisión irrazonable en la intimidad del trabajador.³⁰²³ Los

³⁰¹⁸ *Chandler v. Miller* 520 U.S. 305, 318 (1997).

³⁰¹⁹ *Skinner v. Railway Labor Executives' Ass'n*, 489 U.S. 602, 4 IER Cases 224 (1989). FINKIN (2018), pp. 2-21, 2-22.

³⁰²⁰ FINKIN (2018), pp. 2-22, 2-23.

³⁰²¹ FINKIN (2018), pp. 2-31, 2-32.

³⁰²² *Twigg v. Hercules Corp.* 406 S.E.2d 52, 55 (W. Va. 1990); *Mace v. Charleston Area Med. Ctr. Found., Inc.* 422 S.E.2d 624, 8 IER Cases 15 (W. Va. 1992).

³⁰²³ STC 196/2004, 15 de noviembre; TALÉNS (2013), p. 185.

test de drogas con otro fin serán siempre voluntarios.³⁰²⁴ Por el contrario, otro sector considera que se respeta también la intimidad si el fin de los test de drogas obligatorios es determinar las condiciones psíquicas y físicas necesarias para cumplir adecuadamente las funciones convenidas.³⁰²⁵

1.2. Limitación derivada de la privacidad en la oportunidad de los test de drogas

Estrechamente vinculada a los fines, la privacidad limita las oportunidades en que pueden requerirse los test de drogas.

En Australia, los test de drogas preocupacionales y aleatorios, esto es, sin causa, se admiten solamente respecto de trabajadores que ocupan cargos sensibles para la seguridad, oportunidades que se consideran una intrusión razonable a la privacidad. Los tribunales del trabajo han estimado lícita la restricción de la privacidad, tanto en su aspecto personal como informacional, tratándose de test aleatorios exigidos a trabajadores que desempeñan labores altamente sensibles para la seguridad.³⁰²⁶ *A contrario sensu*, sería una intromisión irrazonable en la privacidad requerir test de drogas sin causa a trabajadores que ocupan cargos cuyas labores no involucran un riesgo para la vida ni la de persona alguna ni para la seguridad pública.

De manera similar, en Estados Unidos se admiten los test de drogas sin causa exigidos a trabajadores que ocupan cargos sensibles para la seguridad; en cambio, se consideran contrarios a la privacidad si dichos test son requeridos a trabajadores que no desempeñan cargos sensibles para la seguridad ni otro interés similar, por no existir una especial necesidad que permita justificar una restricción en la expectativa de privacidad.³⁰²⁷ De ahí que se hayan considerados contrarios a la cuarta enmienda los test de drogas preocupacionales requeridos a postulantes a cargos públicos que no involucran tareas sensibles para la seguridad ni altamente riesgosas³⁰²⁸ y los test periódicos para todos los trabajadores que no desempeñan labores sensibles para la

³⁰²⁴ TALÉNS (2013), p. 185.

³⁰²⁵ SALAY ARNAU (1996), p. 101; FERNÁNDEZ (1997), p. 235; LÓPEZ (2010), p. 120. En la jurisprudencia, de manera similar: STS, 28 de diciembre de 2006, RJ 2006, 1503; STSJ Madrid, 20 de mayo de 2004, JUR 2004, 277909; STSJ Castilla y León, 7 de enero de 1998 (AS 1998, 5074); STSJ Andalucía, 1 de julio de 1998 (AS 1998, 3377).

³⁰²⁶ *Holcim (Australia) Pty Limited v. Transport Workers' Union of New South Wales* [2010] NSWIRComm 1068; *Construction, Forestry, Mining and Energy Union v. Port Kembla Coal Terminal Limited* [2015] FWC 2384.

³⁰²⁷ FINKIN (2018), pp. 2-23, 2-31.

³⁰²⁸ *Chandler v. Miller* 520 U.S. 305, 318 (1997).

seguridad.³⁰²⁹ Asimismo, se considera que vulneran la privacidad los test aleatorios exigidos a trabajadores que no desempeñan labores riesgosas para la seguridad.³⁰³⁰

En España, en el mismo sentido, los test de drogas sin causa solamente se admiten de forma imperativa respecto de trabajadores que desempeñan labores con riesgo para la seguridad o la salud en los términos del artículo 22 de la LPRL, pero no se consideran justificados respecto de trabajadores que desempeñan labores administrativas. Se ha declarado que vulneran la intimidad los test de drogas aleatorios e indiscriminados requeridos a todos los policías, pues varios de ellos solo desempeñan labores administrativas, no conducen ni portan armas de fuego: “El uso de armas y la conducción de vehículos no se precisan para el desempeño de todos y cada uno de los puestos de la policía, por ejemplo, aquellos con funciones meramente burocráticas o administrativas. La imposición de los reconocimientos médicos al colectivo en general no se ajusta a las exigencias constitucionales que, entre otros requisitos, supeditan la indispensabilidad de las pruebas a la acreditación *ad casum* de su necesidad objetiva, esto es, esa medida restrictiva del derecho a la intimidad superaría el juicio de proporcionalidad, si el Consistorio, previa justificación, somete a un policía municipal a un control antidrogas, cobrando aquí relevancia las condiciones de riesgo que derivan de la conducción del vehículo y, sobre todo, del uso de armas. Lo que no ampara el artículo 22.1 de la LPRL es la práctica de reconocimientos de carácter aleatorio y obligatorio indiscriminadamente a todo el colectivo”.³⁰³¹

Por el contrario, los test de drogas por causa (por ejemplo, test por sospecha razonable de consumo o de estar bajo la influencia de las drogas, test posterior al accidente) se consideran oportunidades ajustadas a la privacidad, al existir una justificación individualizada que hace necesario el test de drogas; por lo tanto, constituyen una intromisión razonable a la expectativa de privacidad del trabajador.

³⁰²⁹ *AFSCME Council 79 v. Scott*, 717 F.3d 851 (11th Cir. 2013).

³⁰³⁰ *National Fed’n of Fed. Emps.-IAM v. Vilsack*, 681 F.3d 483 (D.C. Cir. 2012).

³⁰³¹ STSJ País Vasco, 7 abril 2014, N° 252/2014.

1.3. Limitación derivada de la privacidad en los tipos de test de drogas

Todos los ordenamientos jurídicos exigen el medio menos invasivo a la privacidad, en este caso, los test de drogas, lo que significa que el empleador debe utilizar el test más idóneo para el fin lícito que persigue, con menor afectación para el trabajador.

En Australia se ha discutido cuál es la muestra menos invasiva para la privacidad –si la de orina o la de saliva– cuando se persigue establecer o descartar la incapacidad o intoxicación por drogas al momento de la toma de la muestra. Un sector minoritario de la jurisprudencia, a propósito de los test aleatorios, sostiene que la muestra de orina es injusta e irrazonable por limitar la privacidad, puesto que permite controlar una conducta extralaboral del trabajador sin efecto en el trabajo; por consiguiente se debe optar por los test de saliva que con mayor probabilidad permiten probar la incapacidad actual.³⁰³² La jurisprudencia judicial mayoritaria, por el contrario, sostiene que cuando la normativa laboral prohíbe no solamente trabajar bajo la influencia de las drogas, sino también tener cierto nivel de drogas en el cuerpo, resultan lícitos y conforme a la privacidad tanto el test de saliva como el de orina, pues lo que se controla, en este caso, no es la conducta extralaboral del consumo de drogas, sino asistir al trabajo con un nivel de drogas sobre el límite permitido, que sí es una conducta laboral.³⁰³³

Asimismo, en Australia se ha rechazado el test de sangre por considerarse que no es razonable ya que existen otras opciones de test que no son tan invasivos con la privacidad, más específicamente con la integridad corporal e información personal.³⁰³⁴

En España y Estados Unidos no hay pronunciamientos jurisprudenciales similares a los de los tribunales laborales australianos respecto de cuál es el test de drogas más adecuado ante

³⁰³² *Shell Refining (Australia) Pty Ltd v. CFMEU* [2008] AIRC 510, [121]- [122]. En similares términos: *CFMEU v. HWE Mining Pty Limited* [2011] FWA 8288; *Endeavour Energy v. CEPU* [2012] FWA 1809; *Endeavour Energy v. CEPU* [2012] FWA 4998.

³⁰³³ *Mr Raymond Briggs v. AWH Pty Ltd* [2013] FWCFB 3316, [2013]; *Sharp v. BCS Infrastructure Support Pty Limited* [2015] FWCFB 1033; *Nicholas Hafer v. Ensign Australia Pty Ltd T/A Ensign International Energy Services* [2016] FWC 990; *Paul Harding v. MMG Australia Limited* [2018] FWC 594; *Jarrold Eather v. Whitehaven Coal Limited t/a Narrabri Coal Operations* [2018] FWC 250; *Sydney Trains v. Gary Hilder* [2020] FWCFB 1373; *Rodney Roach v. Pacific National Services Pty Ltd* [2022] FWC 103; *Mr Craig Hancock v. DP World Brisbane Pty Ltd* [2022] FWC 1406; *Craig Hancock v. DP World Brisbane Pty Ltd* [2022] FWCFB 142.

³⁰³⁴ *Shannon Green v. Lincon Logistics Pty Ltd T/A Lincon Hire & Sales* [2017] FWC 4916.

determinado fin para de respetar la privacidad, aunque la normativa y la doctrina exigen el medio menos restrictivo para la privacidad, conforme se expuso.

1.4. Limitación derivada de la privacidad en la forma de la toma de la muestra

Al ser reconocimientos médicos, los test de drogas se someten a las mismas limitaciones derivadas de la privacidad que estos, entre ellas: (1) la información previa al trabajador del test de drogas; (2) el consentimiento expreso para someterse al test de drogas, y (3) la intrusión mínima en la toma de la muestra. Estas limitaciones que se analizan en detalle en el capítulo II, por lo que aquí se exponen solamente los aspectos particulares de los test de drogas.

1.4.1. *Consentimiento informado previo al test de drogas*

Es una exigencia común que el empleador informe al trabajador, antes de la toma de muestra, esta diligencia y su fin; además, luego de ser debidamente informado, que el trabajador preste su consentimiento para someterse al test de drogas. En caso contrario, se podría vulnerar la intimidad o privacidad. Estas exigencias se atenúan en los test de drogas obligatorios, pero no desaparecen.

1.4.1.1. *Situación en Australia*

Los test de drogas pueden ser obligatorios o voluntarios; el empleador o, más bien, el profesional médico que toma la muestra debe informar al trabajador sobre la práctica del test y requerir su consentimiento previo a someterse a este.³⁰³⁵ Si el trabajador rechaza someterse a un test de drogas imperativo y el empleador todavía insiste en el test, el trabajador incurriría en un incumplimiento del contrato de trabajo, que incluye el deber implícito de confianza.³⁰³⁶

Si se omiten la información al trabajador sobre el test de drogas y/o su consentimiento, se incurrirá en una intromisión ilícita de la privacidad, especialmente de la integridad corporal y de datos personales, que dará lugar a las acciones que regula la normativa estatutaria que protege la privacidad y el contrato de trabajo. Igualmente, se discute en Australia si procede accionar contra

³⁰³⁵ VICTORIAN LAW REFORM COMMISSION (2004), p. 35.

³⁰³⁶ VICTORIAN LAW REFORM COMMISSION (2004), p. 31.

el empleador invocando el ilícito del *common law* de intromisión ilícita a la privacidad.³⁰³⁷ En una oportunidad la Corte Suprema australiana sugirió que la sociedad podría estar madura para reconocer el ilícito de invasión a la privacidad, al menos a personas naturales.³⁰³⁸ Algunos tribunales inferiores han mostrado su deseo de utilizar esa decisión superior para imponer responsabilidad civil por invasión irrazonable a la privacidad,³⁰³⁹ pero tribunales superiores han rechazado esta idea o han tenido dudas sobre su procedencia.³⁰⁴⁰

1.4.1.2. Situación en España

En España, existen test de drogas voluntarios y obligatorios (artículo 22 de la LPRL). Si bien estos últimos se erigen en un deber para el trabajador, no podría exigírsele que se someta a un test de drogas contra su voluntad, esto es, un test forzado, pues ello constituiría un atentado contra la integridad y la autonomía corporal. En tal caso, el trabajador que incumple la obligación que impone el test de drogas sufrirá las consecuencias previstas ante su transgresión, entre las que no se encuentra forzar al trabajador a someterse al test de drogas. Por tanto, inclusive en los test obligatorios, el trabajador debe prestar su consentimiento para someterse a ellos. Tratándose de los test voluntarios, constituyen una regla general (artículo 22.1 de la LRPL), y el trabajador puede prestar su consentimiento de forma expresa o tácita, verbal o escrita, e incluso negarse al test de drogas sin sufrir consecuencia perjudicial alguna.³⁰⁴¹

La necesidad de la información completa sobre el test de drogas es presupuesto indispensable para que el trabajador preste su consentimiento, de lo contrario, este sería inexistente o viciado.³⁰⁴² El TC se ha pronunciado sobre esta exigencia sosteniendo que “el acto de libre determinación que autoriza una intervención sobre ámbitos de la intimidad personal, para ser eficaz, requiere que el trabajador sea expresamente informado de las pruebas médicas especialmente invasoras de su intimidad. Esta exigencia significa que el trabajador debe recibir información expresa, al tiempo de otorgar su consentimiento, sobre cualquier prueba o analítica

³⁰³⁷ STEWART *et al.* (2016), p. 712. Para un estudio más profundo, véase: BUTLER (2005), pp. 339-389.

³⁰³⁸ *Australian Broadcasting Corp v. Lenah Game Meats Pty Ltd* (2001) 208 CLR 199.

³⁰³⁹ *Grosse v. Purvis* [2003] QDC 151; *Doe v. ABC* [2007] VCC 281.

³⁰⁴⁰ *Kalaba v. Commonwealth* [2004] FCAFC 326; *Giller v. Procopets* (2008) 79 IPR 489.

³⁰⁴¹ TALÉNS (2013), p. 181.

³⁰⁴² TALÉNS (2013), p. 181.

que pudiera llegar a afectar a su intimidad corporal [...] y aun sin afectar a la intimidad corporal del trabajador, sí que conciernan en cambio al derecho más amplio a la intimidad personal de la que aquella forma parte, al tener por objeto datos sensibles que puedan provocar un juicio de valor social de reproche o desvalorización ante la comunidad (como ocurre con el consumo habitual de drogas)”.³⁰⁴³

El consentimiento se otorga para un test de drogas en específico y no para todos los test de drogas que tengan lugar en la relación laboral.³⁰⁴⁴

Si el trabajador no es informado sobre el test de drogas a que se somete, se ve impedido de prestar su consentimiento, y se vulnera su intimidad, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia.³⁰⁴⁵

1.4.1.3. *Situación en Estados Unidos*

En la normativa norteamericana, cualquiera sea la fuente de reconocimiento de la privacidad, se exige que el postulante o trabajador preste su consentimiento de forma genuinamente libre, sin coerción. En consecuencia, una defensa frente a una demanda de búsqueda inconstitucional bajo la cuarta enmienda consiste en que el sujeto consintió libremente en el test de drogas.³⁰⁴⁶ Así, cuando un postulante a un trabajo, antes de someterse a un test de drogas, firmó un consentimiento para el test y tuvo dos meses de conocimiento previo a la práctica del test, se sostuvo que el test fue consentido y se rechazó la infracción de la cuarta enmienda constitucional.³⁰⁴⁷ De modo similar, la cuarta enmienda no ha sido violada cuando un oficial de policía en su tiempo libre se vio involucrado en un altercado en un bar y, siendo identificado como oficial de policía, se le ordenó someterse a un test.³⁰⁴⁸ El oficial de policía no estaba en custodia, fue libre de abandonar la escena, y su temor al despido o a otra sanción disciplinaria

³⁰⁴³ STC 196/2004, 15 de noviembre.

³⁰⁴⁴ TALÉNS (2013), pp. 181-182.

³⁰⁴⁵ STC 196/2004, 15 de noviembre; SJSO Zaragoza, 02 de marzo de 2018, Nº 52/2018; SJSO Zaragoza, 13 de marzo de 2018, Nº 75/2018.

³⁰⁴⁶ *AFSCME Council 79 v. Scott*, 717 F.3d 851 (11th Cir. 2013). En el mismo sentido: *Kearns v. Chalfont-New Britain Twp. Joint Sewage Auth.*, 263 F.3d 61 (3rd Cir. 2001); *Warren v. Board of Educ. of City of St. Louis*, 200 F. Supp. 2d 1053, 1063 (E.D. Mo. 2001).

³⁰⁴⁷ *Fontaine v. Clermont Cty. Bd. of Comm'rs*, 633 F. Supp. 2d 530 (S.D. Ohio 2007).

³⁰⁴⁸ *Pennington v. Metropolitan Gov't of Nashville & Davison Cty.*, 511 F.3d 647 (6th Cir. 2008).

por rechazar someterse a un test de drogas no califica al test de constitucionalmente improcedente.³⁰⁴⁹

Asimismo, bajo el *common law*, diversos tribunales han sostenido que el consentimiento libre, no viciado, otorgado para someterse a un test de drogas precluye una demanda subsecuente de invasión a la privacidad.³⁰⁵⁰ El resultado de esta jurisprudencia es que el despido por el rechazo a someterse a un test no constituye una invasión de la privacidad, y someterse al test previo consentimiento precluye una impugnación del test basado en infracción de la privacidad.³⁰⁵¹ De ahí que la limitación de los test de drogas derivada de la privacidad la constituyen sus fines y la oportunidad en que tienen lugar.³⁰⁵² Ahora bien, el consentimiento del trabajador debe ser específico para cada test de drogas, no se acepta un consentimiento para todos los test de drogas que el empleador le requiera durante la relación laboral.³⁰⁵³

1.5. Limitación derivada de la privacidad en la manera de practicar test de drogas

Los test de drogas se deben practicar causando las menores molestias posibles al trabajador. Tratándose del test de orina, en Estados Unidos se ha discutido si vulnera o no la privacidad del trabajador que este sea observado mientras está orinando para proporcionar la muestra. Incluso cierta normativa, como la del Departamento de Transporte, requiere al empleador la observación directa de la colección de orina en, al menos, las siguientes situaciones, en las que el empleador debe explicar al trabajador la razón de la observación directa: (a) si el laboratorio notificó que la muestra es inválida sin explicación médica adecuada para dicho resultado; (b) si el laboratorio reportó que la muestra original fue adulterada o sustituida; (c) si el laboratorio reportó que la muestra fue diluida negativo con una concentración de creatinina mayor o igual a 2 mg/dL pero menor o igual a 5 mg/dL; (d) si se trata de un test de regreso al trabajo o de seguimiento luego de haberse completado un programa de tratamiento de abuso de sustancias.³⁰⁵⁴ El colector de la

³⁰⁴⁹ FINKIN (2018), p. 2-39.

³⁰⁵⁰ *Luedtke v. Nabors Alaska Drilling, Inc.*, 768 P.2d 1123, 1138, IER Cases 129 (Alaska 1989); *Kelley v. Mercoid Corp.*, 776 F. Supp. 1246, 1257 (N.D. III. 1991); *Farrington v. Sysco Food Servs., Inc.*, 865 S.W.2d 247, 253-54 (Tex. App. 1993); *Stevenson v. Precision Standard, Inc.*, 762 So. 2d 820, 15 IER Cases 929 (Ala. 1999).

³⁰⁵¹ FINKIN (2018), p. 2-66.

³⁰⁵² FINKIN (2018), p. 2-66; 2-67. A nivel jurisprudencial: *Brankenship v. O'Sullivan Plastics Corp.*, 866 P.2d 293 (Nev. 1993).

³⁰⁵³ *Frye v. IBP, Inc.*, 15 F. Supp. 2d 1032 (D. Kan. 1998).

³⁰⁵⁴ 49 C.F.R. 40 & 40.67(a)-(b).

orina, además de las situaciones señaladas, debe conducir la colección bajo directa observación: (a) si observa que el trabajador trae materiales o tiene una conducta que indique claramente la intención de alterar la muestra; (b) si la temperatura de la muestra original está fuera del rango; (c) si la muestra original parece que ha sido alterada.³⁰⁵⁵ Estas normas han sido declaradas constitucionales y se justifica la observación directa por un observador del mismo sexo, más aún cuando actualmente existen diversas herramientas que podrían contribuir alterar la muestra de orina.³⁰⁵⁶

El uso de observadores del sexo opuesto ha sido impugnado judicialmente. La Corte del Octavo Circuito rechazó el argumento de que la Constitución estadounidense requiere el monitoreo de la donación de orina por una persona del mismo sexo y que la proximidad del monitor al trabajador fuera erróneamente intrusiva.³⁰⁵⁷

En *Wilcher v. City of Wilmington*,³⁰⁵⁸ el Tercer Circuito sostuvo la metodología de test “cuarto seco” utilizado para bomberos de la ciudad, en que un agente del contratista que testea observa al bombero mientras proporciona una muestra de orina. La Corte distingue el tratamiento otorgado según sea hombre o mujer: “En un mundo en que los hombres frecuentemente orinan en urinarios expuestos en baños públicos, es difícil caracterizar el procedimiento de SODAT (contratista de testeo) como una intrusión significativa en la privacidad de los bomberos hombres. Los demandantes fallan en demostrar cómo la presencia de un monitor en un vestuario de hombres mientras un atleta estudiante orina difiere significativamente de la presencia de un monitor en un baño mientras un bombero adulto orina. Ambos monitores están de pie detrás del individuo que proporciona la muestra de orina. De manera similar, como el tribunal del distrito concluyó, ambos monitores observan generalmente solo el proceso de colección y no los genitales del individuo particular. La única diferencia (con el tratamiento de la Corte Suprema de Estados Unidos del test de drogas de atletas de la escuela secundaria) es la distancia entre el monitor y la persona que produce la muestra. Nosotros no podemos concluir que esta diferencia por sí misma justifique una determinación de que el procedimiento de SODAT es irrazonable.

³⁰⁵⁵ 49 C.F.R. 40 & 40.67(c).

³⁰⁵⁶ *Lynch v. City of New York*, 589 F.3d 94 (2nd Cir. 2009).

³⁰⁵⁷ *Booker v. City of St. Louis*, 309 F.3d 464 (8th Cir. 2002).

³⁰⁵⁸ 139 F.3d 366 (3rd Cir. 1998).

Debemos admitir que estamos más precavidos sobre la razonabilidad del método de directa observación como se aplica a bomberas mujeres. Nosotros simplemente no podemos caracterizar la presencia de un monitor en un baño mientras una mujer orina como un aspecto ordinario de la vida diaria. [...] Sin embargo, los hechos de este caso sugieren que SODAT tomó medidas sustanciales para minimizar la intrusión de la privacidad de la mujer bombera causada por el procedimiento de observación directa. El tribunal de distrito encontró que los monitores de mujeres estuvieron al lado de las mujeres bomberas y no observaron los genitales de las bomberas cuando orinaban, sino más bien en su dirección general. [...] Finalmente, SODAT proporcionó una enfermera practicante como monitora de la demandante Wilcher, cuando expresó su disconformidad con su primera mujer monitora. Así, aunque nosotros encontramos que la intrusión de SODAT en la privacidad de las mujeres bomberas es significativa, sin embargo, estamos de acuerdo con los demandados en que SODAT ha llevado a cabo su procedimiento de test de una manera apropiada y profesional”.³⁰⁵⁹ Inclusive, se ha declarado constitucional la observación cercana del proceso de orina de trabajadores que ejecutan labores sensibles para la seguridad, en situaciones similares a las que contempla la normativa de Departamento de Transporte.³⁰⁶⁰

En el ámbito estatal también se ha declarado que el test de orina consentido por el trabajador cuya muestra de orina fue obtenida mediante el método de observación directa, no constituye una invasión de la privacidad bajo el *common law*.³⁰⁶¹

No se conoce jurisprudencia similar a la norteamericana en España y Australia, aunque parecen ser válidos los razonamientos expuestos en esas jurisdicciones, cuando situaciones justificadas admiten la observación del actor de otorgamiento de la muestra de orina.

2. Limitaciones derivadas del derecho a la no discriminación

En los ordenamientos jurídicos analizados, el derecho a la no discriminación se reconoce a quienes tienen algunos de los atributos enumerados taxativamente por la legislación, tal como se

³⁰⁵⁹ *Wilcher v. City of Wilmington*, 139 F.3d 366, 376-377 (3rd Cir. 1998). En el mismo sentido: *Wilcher v. City of Wilmington*, 60 F. Supp. 2d 298, 15 IER Cases 1328, (D. Del. 1999).

³⁰⁶⁰ *Byrne v. Massachusetts Bay Transp. Auth.*, 196 F. Supp. 2d 77 (D. Mass. 2022).

³⁰⁶¹ *Lunsford v. Sterilite of Ohio*, L.L.C., ([2020-Ohio-4193](#)).

analiza en el capítulo II. En la normativa australiana y española entre los atributos protegidos o motivos discriminatorios no se encuentra el consumo o adicción a las drogas presente o pasado, ni siquiera como parte de la discapacidad. Por el contrario, en Estados Unidos, en el ámbito federal y estatal existe regulación expresa sobre si se puede discriminar o no a quien consume o ha consumido drogas en general, y a quien consume marihuana con fines terapéuticos o recreacionales.

2.1. Regulación de los test de drogas por la American with Disabilities Act

La ADA soluciona en parte algunos de los problemas vinculados a los test de alcohol y drogas: (1) contiene una regulación diferenciada respecto de test de drogas para el consumo actual y el consumo pasado de abusadores de drogas ilegales; (2) test de medicamentos debidamente recetados; (3) acomodación razonable en la toma de muestra.

2.1.1. *Test de drogas de consumidores actuales y consumidores rehabilitados o en proceso de rehabilitación por drogas ilegales*

Bajo la ADA, las personas que están “actualmente involucradas en el uso ilegal de drogas” están excluidas de la definición de “un individuo cualificado con discapacidad”, por lo que no pueden invocar la protección que otorga su normativa.³⁰⁶² Sin embargo, la exención no excluye a las personas que: (1) han completado exitosamente un programa supervisado de rehabilitación de drogas y no están más involucradas en el uso ilegal de drogas, o de otra manera han sido rehabilitadas exitosamente y no están más involucradas en dicho uso; (2) están participando en un programa supervisado de rehabilitación y no están más involucradas en el uso de drogas; (3) son erróneamente tratadas como involucradas en dicho uso, pero no están realmente involucradas en el uso de drogas.³⁰⁶³ Respecto de las personas que están en alguna de las situaciones indicadas, el empleador no podrá discriminarlas por dicha situación en los términos dispuestos por la ADA, ya que esta los trata como individuos con discapacidad.³⁰⁶⁴

³⁰⁶² 42 U.S.C. § 12114(a).

³⁰⁶³ 42 U.S.C. §12114(b).

³⁰⁶⁴ ZEESE (2019), p. 773.

En conformidad con las disposiciones de la ADA: (1) los empleadores no pueden negarse a contratar, despedir o negarse a promover a alguien simplemente porque tiene una historia pretérita de uso de drogas; (2) los empleadores, asimismo, no pueden negarse a contratar, despedir o rechazar la promoción de trabajadores simplemente porque se han enrolado en un programa de rehabilitación de drogas o alcohol; (3) los empleadores no pueden negarse a contratar, despedir o rechazar la promoción de trabajadores a quienes considera erróneamente como consumidores actuales de drogas.³⁰⁶⁵ De esta forma, los test de drogas no podrían ser utilizados como fundamento para adoptar decisiones que afectan a trabajadores o postulantes debido a una de las circunstancias indicadas.

Un juez del distrito federal rechazó la solicitud de juicio sumario del demandado en un caso que involucró a un bombero a quien el demandado rechazó recontratar luego que completó un programa de tratamiento de drogas debido a su consumo pasado de drogas: el tribunal concluyó que era un individuo cualificado con una discapacidad.³⁰⁶⁶ También se ha considerado que la exclusión del trabajador de ciertas posiciones a causa del abuso de drogas pasado constituye una discriminación directa por discapacidad bajo la ADA.³⁰⁶⁷ Sin embargo, “la adicción pasada a las drogas podría ser la razón para no contratar a una persona si ese uso pasado puede afectar negativamente el desempeño en el trabajo. Por ejemplo, un oficial de policía que necesita declarar en juicio en el desempeño de sus funciones podría ver afectada su credibilidad debido al uso de drogas pasado”.³⁰⁶⁸

Un empleador, por el contrario, podría conducir un test de drogas por uso actual de drogas ilícitas, ya que el consumidor actual no se considera una persona con discapacidad; por consiguiente, las medidas que adopte el empleador respecto de ese sujeto no pueden considerarse discriminación por discapacidad.³⁰⁶⁹ En conformidad con la sección 12114(d) de la ADA, “un

³⁰⁶⁵ ZEESE (2019), p. 773.

³⁰⁶⁶ *Montague v. City of New Orleans*, 22 A.D.D. 1150 (E.D. La. 1996).

³⁰⁶⁷ *E.E.O.C. v. Exxon Corp.*, 967 F. Supp. 208, 23, A.D.D. 160, 6 A.D. Cas. (BNA) 1469 (N.D. Tex. 1997).

³⁰⁶⁸ ZEESE (2019), p. 783.

³⁰⁶⁹ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (1992), p. 7: “La ADA establece específicamente que ciertos individuos no están protegidos por sus disposiciones: personas que actualmente usan drogas ilegalmente. Los individuos que actualmente usan drogas ilegalmente no son individuos con discapacidad protegidos bajo la ley cuando un empleador toma acciones en su contra debido a su consumo actual de drogas. Esto incluye a personas que usan medicamentos como también a aquellos que usan drogas ilegales”; ZEESE (2019), pp. 773, 783.

test que determina el uso ilegal de drogas no debería ser considerado un examen médico”,³⁰⁷⁰ lo que confirma la jurisprudencia.³⁰⁷¹

La jurisprudencia ha debido interpretar el término “actualmente” utilizado en la frase “actualmente involucrado en el uso ilegal de drogas”, a fin de diferenciarlo del programa de rehabilitación por drogas pasado o actual. La regulación interpretativa de la EEOC de “actualmente involucrado” significa un uso ilegal de drogas “que ha ocurrido bastante recientemente para justificar una razonable creencia del empleador de que ese involucramiento con las drogas es un problema en curso”,³⁰⁷² mismo criterio compartido por la jurisprudencia judicial. En *Collings*, ocho trabajadores demandaron en conformidad con la ADA después que fueran despedidos por el uso ilegal de drogas. Los trabajadores admitieron que consumieron drogas ilegales en las semanas anteriores al término de su contrato de trabajo, pero argumentaron que estaban protegidos bajo la ADA porque, al momento del despido, estaban libres de drogas e inscritos en un programa de rehabilitación. El Circuito Noveno rechazó el argumento de los trabajadores fundado, en parte sustancial, en la interpretación de la EEOC, considerando que estaban involucrados actualmente en el consumo de drogas.³⁰⁷³ Otras cortes han arribado a similar conclusión.³⁰⁷⁴

De esta forma, no está protegido por la ADA el trabajador que en el pasado fue tratado por abuso de drogas y que actualmente ha consumido drogas.³⁰⁷⁵ Por ello se ha considerado ajustado a derecho el despido de un trabajador que es adicto a las drogas, que participó en un programa de rehabilitación y que en las semanas previas al despido consumió drogas, por estar actualmente

³⁰⁷⁰ 42 U.S.C. §12114(b) (1990).

³⁰⁷¹ *Rowles v. Automated Prod. Sys., Inc.*, 92 F. Supp. 2d 424 (M.D. Pa. 2000); *Meyer v. Qualex, Inc.*, 388 F. Supp. 2d 630 (E.D.N.C. 2005).

³⁰⁷² C.F.R. § 1630.3 app.

³⁰⁷³ *Collings v. Longview Fibre Co.*, 63 F.3d 828, 833 (9th Cir. 1995).

³⁰⁷⁴ *Colorado State Bd. of Medical Examiners v. Davis*, 893 P.2d 1365, 9 A.D.D. 141, 4 A.D. Cas. (BNA) 316 (Colo. App. 1995); *Zenor v. El Paso Healthcare System*, 176 F.3d 847, 856 (5th Cir. 1999); *Shafer v. Preston Memorial Hosp. Corp.*, 107 F.3d 274, 278 (4th Cir. 1997), afirmando que “el significado ordinario de ‘actualmente’ no requiere que el consumidor de drogas tenga una jeringa de heroína en su brazo o una pipa de marihuana en su boca en el momento exacto contemplado”.

³⁰⁷⁵ *Bates v. Dura Automotive Systems, Inc.*, 767 F.3d 566, 30 A.D. Cas. (BNA) 821 (6th Cir. 2014).

involucrado en el uso ilegal de drogas.³⁰⁷⁶ Asimismo, no puede considerarse que un trabajador adicto a las drogas que ha cesado el consumo de drogas hace unas pocas semanas y que ha dado negativo en test de drogas no estará más involucrado con el uso ilegal de drogas, por lo que no está protegido por la ADA.³⁰⁷⁷ Tampoco se considera que vulnera la ADA el despido de un trabajador que luego de dar positivo en un test de drogas se compromete a someterse a un programa de rehabilitación previa suscripción de un acuerdo de última oportunidad (*last chance agreement*), pero no completa el plan de rehabilitación porque consume drogas durante su desarrollo –que detectan los test de drogas–, por ser un consumidor actual de drogas e incumplir el acuerdo suscrito.³⁰⁷⁸

2.1.2. *Test de medicamentos recetados legalmente*

La ADA tiene un tratamiento distinto para los test de consumo de medicamentos bajo la legislación federal, producto de una prescripción médica. Son considerados reconocimientos médicos bajo esta normativa y, por lo tanto, están sujetos a las mismas restricciones que la ADA contempla para todo reconocimiento médico, analizadas en el capítulo II.³⁰⁷⁹ Una corte de distrito federal resolvió una impugnación de la política de drogas de un resort que requería a sus trabajadores reportar toda droga que consumieran, incluyendo medicamentos prescritos legalmente.³⁰⁸⁰ El trabajador demandante tomó una droga prescrita para el asma e impugnó la política bajo la legislación del estado de Colorado y la ADA. La Corte rechazó la infracción de la legislación estatal citando *Mares v. ConAgra Poultry*,³⁰⁸¹ para luego pronunciarse sobre la infracción de la sección 12112(d)(4)(A) de la ADA, que prescribe: “Una entidad cubierta no debe requerir un examen médico y no debe hacer investigaciones acerca de un trabajador, sobre si dicho trabajador es un individuo con discapacidad o sobre la naturaleza o severidad de la

³⁰⁷⁶ *City of Sioux Falls v. Miller*, 1996 SD 132, 555 N.W.2d 368 (S.D. 1996); *Shafer v. Preston Memorial Hosp. Corp.*, 107 F.3d 274, 20, AD.D. 716, 6 A.D. Cas. (BNA) 682 (4th Cir. 1997); *Bates v. Dura Automotive Systems, Inc.*, 767 F.3d 566, 30 A.D. Cas. (BNA) 821 (6th Cir. 2014).

³⁰⁷⁷ *McDaniel v. Mississippi Baptist Medical Center*, 877 F. Supp. 321, 8 A.D.D. 573, 4 A.D. Cas. (BNA) 241 (S.D. Miss. 1994), *aff'd*, 74 F.3d 1238, 6 A.D. Cas. (BNA) 800 (5th Cir. 1995); *Salley v. Circuit City Stores, Inc.*, 7 A.D. Cas. (BNA) 852, 1997 WL 701302 (E.D. Pa. 1997).

³⁰⁷⁸ *Matter of Jackson*, 294 N.J. Super. 233, 683 A.2d 203, 5 A.D. Cas. (BNA) 1761 (App. Div. 1996); *Mararri v. WCI Steel, Inc.*, 130 F.3d 1180, 7 A.D. Cas. (BNA) 978, 1997 FED App. 0349P (6th Cir. 1997).

³⁰⁷⁹ FINKIN (2018), p. 2-41, 2-42; ONTIVEROS *et al.* (2021), p. 799.

³⁰⁸⁰ *Roe v. Cheyenne Mountain Conference Resort*, 920 F. Supp. 1153, 11 IER Cases 602 (D. Colo. 1996).

³⁰⁸¹ 971 F.2d 492, 7 IER Cases 997 (10th Cir. 1992).

discapacidad, a menos que se acredite que dicha examinación o investigación está relacionada con el trabajo y es consistente con la necesidad empresarial”.³⁰⁸² La Corte concluyó que el empleador no había acreditado que la divulgación de la prescripción médica lícita fuera relacionada con el trabajo y consistente con la necesidad de la empresa, por lo que se vulneró el derecho a la no discriminación por discapacidad.³⁰⁸³ En el mismo sentido se resolvió cuando un postulante se sometió a un test de drogas posterior a la oferta de trabajo, que detectó el uso de fenobarbital prescrito médicamente, y alegó que la oferta de trabajo fue retirada porque el test reveló el consumo legal de un medicamento.³⁰⁸⁴ La Corte rechazó el argumento de que solo las personas con discapacidad pueden reclamar una violación de la ADA, y sostuvo que el empleador debió otorgarle al trabajador la posibilidad de probar que el uso del medicamento no afecta negativamente el desempeño laboral, o bien probar que dicho medicamento constituye un riesgo para la seguridad del propio trabajador o de terceros.³⁰⁸⁵

Los test de drogas pueden causar violaciones de la ADA cuando los empleadores testean de una manera que no se subsume dentro del alcance de la exención de la ADA sobre test de drogas ilegales. Es decir, la exención de test de drogas ilegales de la regulación de la ADA no se extiende a los test o investigaciones sobre prescripciones legales de medicamentos de venta libre, inclusive si se llevan a cabo en conjunto con los test de drogas ilegales.³⁰⁸⁶ La razón para limitar los test y las investigaciones sobre el uso lícito de drogas se encuentra en *Roe*: “El empleador está generalmente impedido de investigar sobre la discapacidad de un trabajador [...] y la porción de la política del empleador que requiere a los trabajadores revelar la prescripción médica legal que ellos usan hace precisamente eso”.³⁰⁸⁷ Para concluir eso, la Corte explicó que la ADA define la discapacidad en términos muy amplios, y la amplia gama de medicamentos prescritos y usados para tratar varias incapacidades cae dentro de la definición, y una política que requiere a los

³⁰⁸² 42 U.S.C. § 12112(d)(4)(A).

³⁰⁸³ *Roe v. Cheyenne Mountain Conference Resort*, 124 F.3d 1221, 13 IER Cases 257 (10th Cir. 1997).

³⁰⁸⁴ FINKIN (2018), p. 2-42.

³⁰⁸⁵ *Connolly v. First Pers. Bank*, 623 F. Supp. 2d 928 (N.D. Ill. 2008).

³⁰⁸⁶ *Loder v. City of Glendale*, 927 P.2d 1200 (Ca. 1997); *Roe v. Cheyenne Mountain Conference Resort*, 124 F.3d 1221, 13 IER Cases 257 (10th Cir. 1997); *Williams v. FedEx Corp. Servs.*, 849 F.3d 889 (10th Cir. 2017); SCHWEDLER (2013), p. 106; FINKIN (2018), p. 2-42.

³⁰⁸⁷ *Roe v. Cheyenne Mountain Conference Resort*, 124 F.3d 1221, 13 IER Cases 257 (10th Cir. 1997).

trabajadores revelar los medicamentos prescritos que ellos usan podría forzar al trabajador a manifestar a su empleador la discapacidad que padece.³⁰⁸⁸

La única excepción que permite al empleador testear o investigar el uso legal de medicamentos recetados se produce cuando el trabajador ocupa una posición que afecta la seguridad y el empleador demuestra que dicho test o investigación está relacionado con el trabajo y es consistente con la necesidad del negocio.³⁰⁸⁹ Bajo estas circunstancias, el interés público en la seguridad y el interés del empleador en mantener un lugar de trabajo seguro prevalecen sobre el interés del trabajador de no revelar la información vinculada a medicamentos recetados.³⁰⁹⁰

Una ilustración de la excepción la proporciona *Wyland v. Boddie-Noell Enterprises*, donde el Cuarto Circuito estuvo de acuerdo con un empleador en que una pregunta sobre medicamentos recetados fue relacionada con el trabajo y consistente con una necesidad del negocio.³⁰⁹¹ En este caso, un trabajador actual fue promovido a una posición en la que sería necesario que condujera frecuentemente un vehículo de la empresa. El empleador solicitó al trabajador proporcionar la lista de sus medicamentos y luego buscar la asistencia de un médico para determinar si podrían afectar su capacidad para conducir el vehículo de la empresa. La Corte razonó que la pregunta del empleador y el test sobre el uso de medicamentos por parte del trabajador fueron relacionados con el trabajo y necesarios para los fines del negocio, porque el empleador necesita garantizar que el trabajador sea capaz de conducir el vehículo de la empresa como se requiere para desempeñar ese trabajo.³⁰⁹² Agrega, como justificación adicional, que “el “empleador necesita garantizar la seguridad del público en general y protegerse a sí mismo de potencial responsabilidad”.³⁰⁹³ En términos similares se han pronunciado otras cortes para justificar los test del empleador sobre trabajadores para determinar el uso de medicamentos prescritos lícitamente.³⁰⁹⁴

³⁰⁸⁸ *Roe v. Cheyenne Mountain Conference Resort*, 124 F.3d 1221, 13 IER Cases 257 (10th Cir. 1997).

³⁰⁸⁹ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2000).

³⁰⁹⁰ SCHWEDLER (2013), p. 107.

³⁰⁹¹ No. 98-1163, 1998 WL 795173165 F.3d 913 (4th Cir. Nov. 17, 1998).

³⁰⁹² *Wyland v. Boddie-Noell Enterprises*, No. 98-1163, 1998, WL 795173165, F.3d 913 (4th Cir. Nov. 17, 1998).

³⁰⁹³ *Wyland v. Boddie-Noell Enterprises*, No. 98-1163, 1998, WL 795173165, F.3d 913 (4th Cir. Nov. 17, 1998).

³⁰⁹⁴ *Parsons v. First Quality Retail Services, LLC*, No. 5:10-CV-145 (CAR), 2012 WL 174829, at *7 (M.D. Ga. Jan. 20, 2012).

2.1.3. *Acomodación razonable en la toma de muestras para el test de drogas*

Otro problema bajo la ADA es si es exigible al empleador proporcionar acomodación razonable a los trabajadores que no pueden entregar la muestra requerida para el test de drogas.³⁰⁹⁵ En Estados Unidos se ha reportado que un número de trabajadores, despedidos porque no han podido proporcionar una muestra de orina, sufren de paruresis o síndrome de vejiga tímida, en otras palabras, una inhabilidad para orinar bajo una orden. No es claro si dicha condición reúne los requisitos de la definición estatutaria de discapacidad prevista en la ADA, que haga surgir la obligación de acomodación razonable del empleador respecto del trabajador que sufre la enfermedad. La EEOC emitió una carta de orientación en agosto de 2011 sugiriendo que podría existir un deber de acomodar mediante el uso de muestras alternativas para test de drogas, tales como cabello o saliva.³⁰⁹⁶

Inclusive la EEOC ha demandado a empleadores que han despedido a trabajadores que no pueden proporcionar una muestra debido a una enfermedad, juicios que han terminado en acuerdos. El 2015, en Maryland, la EEOC anunció un acuerdo con Kmart sobre su incumplimiento de proveer acomodación razonable a un trabajador con una enfermedad en los riñones que se sometió a diálisis. Kmart requería a todos sus nuevos trabajadores someterse a un test de drogas basado en orina como parte de sus exámenes preocupacionales. Un postulante no pudo proporcionar orina debido a sus problemas renales y le ofreció a Kmart someterse a cualquier otro tipo de test de drogas, incluyendo test de sangre o cabello, lo cual fue rechazado por Kmart que finalmente no contrató al postulante. La EEOC demandó a Kmart porque incumplió su deber de proporcionar acomodación razonable en el test de drogas, al no ofrecer al postulante entregar una muestra alternativa a la orina. Durante el juicio llegaron a un acuerdo por el que Kmart se obligó a pagar 102.048 dólares al postulante por su acción adversa basada en la discapacidad del postulante y por fallar en proporcionar acomodación razonable.³⁰⁹⁷

La ADA proporciona la siguiente regulación sobre los test de drogas: (1) son lícitos los test para detectar el uso actual de drogas ilícitas, están excluidos los consumidores actuales de tales drogas

³⁰⁹⁵ FINKIN (2018), p. 2-41; ZEESE (2019), p. 787.

³⁰⁹⁶ EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (2011); FINKIN (2018), p. 2-41.

³⁰⁹⁷ ZEESE (2019), p. 787.

de la definición de discapacidad; (2) están protegidas por la ADA las personas que han concluido un programa de rehabilitación de drogas o están participando en uno y no consumen más drogas, o aquellas que no consumen drogas, pero el empleador erróneamente les atribuye esa cualificación; no pueden sufrir una acción adversa del empleador por alguna de esas circunstancias, de lo contrario, se incurrirá en su contra en una discriminación por razones de discapacidad; (3) por regla general, están prohibidos los test y las preguntas sobre el consumo de medicamentos prescritos legalmente, al ser reconocimientos médicos bajo la ADA y, por lo tanto, están sujetos a los límites que contempla su normativa; se vulnera la ADA si dichos test y preguntas no son relacionados con el trabajo y no son consistentes con una necesidad de la empresa. Excepcionalmente se admiten cuando están relacionados con el trabajo y son consistentes con una necesidad empresarial, lo que generalmente ocurre con trabajadores o postulantes que ocupan posiciones sensibles para la seguridad; (4) no hay claridad sobre si el empleador debe proporcionar acomodación razonable a quien no puede entregar la muestra del test de drogas requerida debido a una enfermedad o discapacidad, aunque la EEOC estima que existe tal deber.

2.2. Regulación de los test de drogas en la Federal Rehabilitación Act

La Federal Rehabilitación Act de 1973 protege a individuos que son abusadores de alcohol o drogas.³⁰⁹⁸ De esta forma, los test de drogas en el trabajo pueden dar lugar a una acción bajo la Rehabilitación Act, pues los abusadores de drogas son considerados discapacitados bajo su normativa y no pueden ser discriminados simplemente por esa circunstancia. La Rehabilitación Act define individuo con discapacidad como “cualquier persona que: (i) tiene una discapacidad física o mental que limita sustancialmente una o más de las principales actividades de la vida de dicha persona; (ii) tiene un registro de dicha discapacidad, o (iii) es tratada como si tuviera una discapacidad. Este término no incluye a cualquier individuo que es alcohólico o abusador de drogas cuyo actual uso de alcohol o drogas le impide desempeñar los deberes del trabajo en cuestión, o cuyo empleo, debido al abuso de alcohol o drogas actual, podría constituir una amenaza directa a la propiedad o seguridad de otros”.³⁰⁹⁹

³⁰⁹⁸ 29 U.S.C.A. § 701-96.

³⁰⁹⁹ 29 U.S.C.A. § 706(7)(B).

Este artículo fue agregado por el Congreso en 1978 para dejar claro que si bien los abusadores de alcohol o drogas son discapacitados bajo la Rehabilitation Act, no serán protegidos a menos que puedan desempeñar su trabajo adecuadamente y sin riesgo directo para la propiedad o seguridad.³¹⁰⁰ Así, para que se acoja una demanda bajo la Rehabilitation Act el trabajador cubierto debe demostrar copulativamente: (1) que es un discapacitado en los términos del artículo 29 U.S.C.A. § 706(7)(B); (2) que la discapacidad no le impide un desempeño laboral adecuado,³¹⁰¹ y (3) que como consecuencia de dicha discapacidad sufre una acción adversa (discriminación). Es así que se ha considerado discriminación por discapacidad el rechazo de la contratación de postulantes al trabajo por su calidad de abusadores de drogas que están en rehabilitación.³¹⁰² Por el contrario, si el despido es causado por una razón distinta al problema de abuso de alcohol o drogas, no existe discriminación bajo la Rehabilitation Act.³¹⁰³

El problema más litigado bajo la Rehabilitation Act se relaciona con el consumo de drogas que es considerado discapacidad y aquel que no lo es. Muchos tribunales están de acuerdo con que el abuso del alcohol y el abuso de drogas son discapacidades; sin embargo, el mero uso, como opuesto al abuso, no sería una discapacidad.³¹⁰⁴ Un adicto a las drogas en recuperación es, probablemente, un individuo con discapacidad. Por ejemplo, en un caso que involucró a una adicta en recuperación que postuló a un empleo como enfermera, una corte federal la consideró una persona con discapacidad, si bien fue certificada por su médico como “libre del uso de drogas”.³¹⁰⁵ Otras cortes han concluido que la discapacidad por abuso de drogas protegida

³¹⁰⁰ ZEESE (2019), p. 767.

³¹⁰¹ ZEESE (2019), p. 767.

³¹⁰² *Davis v. Bucher*, 451 F. Supp. 791, 17 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 918, 17 Empl. Prac. Dec. (CCH) P 8437, 26 Fed. R. Serv. 2d 60 (E.D. Pa. 1978).

³¹⁰³ *Spragg v. Campbell*, 466 F. Supp. 658 (D.S.D. 1979).

³¹⁰⁴ *McCleod v. City of Detroit*, 1 A.D. Cas. (BNA) 819, 39 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 225, 1985 WL 56681 (E.D. Mich. 1985); *Whitaker v. Board of Higher Ed. of City of New York*, 461 F. Supp. 99, 18 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 908, 18 Empl. Prac. Dec. (CCH) P 8693 (E.D. N.Y. 1978); *David v. Bucher*, 451 F. Supp. 791, 17 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 918, 17 Empl. Prac. Dec. (CCH) P 8437, 26 Fed. R. Serv. 2d 60 (E.D. Pa. 1978); *Hazlett v. Martin Chevrolet, Inc.*, 25 Ohio St. 3d 279, 496 N.E.2d 478, 1 A.D. Cas. (BNA) 952, 51 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 1588, 41 Empl. Prac. Dec. (CCH) P 36475 (1986).

³¹⁰⁵ *Wallace v. Veterans Admin.*, 683 F. Supp. 758, 1 A.D. Cas. (BNA) 1263, 46 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 1012, 48 Empl. Prac. Dec. (CCH) P 38599 (D. Kan. 1988). En el mismo sentido: *Simpson v. Reynolds Metals Co., Inc.*, 629 F.2d 1226, 1 A.D. Cas. (BNA) 206, 23 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 868, 24 Empl. Prac. Dec. (CCH) P 31188 (7th Cir. 1980).

incluye a “abusadores de drogas rehabilitados o individuos que están actualmente en tratamiento”.³¹⁰⁶

De esta forma, la Rehabilitation Act no protege a adictos a las drogas que no se han rehabilitado o no han buscado rehabilitación, que actualmente son abusadores de drogas y dan positivo en test de drogas.³¹⁰⁷ En un caso que involucró a trabajadores de tránsito que dieron positivo de marihuana en un test de drogas, el tribunal sostuvo que el derecho “protege solamente a aquellos drogadictos calificados que han estado o están siendo rehabilitados. No protege al abusador de narcóticos ilegales que no ha buscado ni está buscando tratamiento por su condición”.³¹⁰⁸

Para determinar si un trabajador está cubierto por la Rehabilitation Act, debe demostrarse que el empleador está cubierto por su normativa. Esta ley se aplica a las agencias federales,³¹⁰⁹ contratistas y subcontratistas del gobierno federal con contratos que exceden los 2.500 dólares³¹¹⁰ y programas o actividades que reciben financiamiento federal.³¹¹¹

Con el propósito de proteger a los individuos con discapacidad de la discriminación, la Rehabilitation Act impone a los empleadores un deber de hacer los esfuerzos razonables para acomodar a un individuo. Este deber solamente se aplica a ciertos empleadores y no se aplica a los beneficiarios de asistencia financiera federal. De este modo, se requiere del gobierno federal, sus contratistas y subcontratistas que acomoden razonablemente a los trabajadores con discapacidad,³¹¹² deber que se extiende a trabajadores adictos a las drogas que actualmente están o han estado en rehabilitación por las drogas, y que podría implicar reubicarlos en un trabajo con menos estrés o ajustar los horarios de trabajo para que asistan.³¹¹³

³¹⁰⁶ *Laverpool v. New York City Transit Authority*, 760 F. Supp. 1046 (E.D.N.Y.1991); *Burka v. New York City Transit Authority*, 680 F. Supp. 590, 600 n.8, 2 I.E.R. Cas. (BNA) 1625, 48 Empl. Prac. Dec. (CCH) P 38492, 97 A.L.R. Fed. 1 (S.D.N.Y. 1988).

³¹⁰⁷ ZEESE (2019), p. 771-772.

³¹⁰⁸ *Burka v. New York City of Transit Authority*, 680 F. Supp. 590, 2 I.E.R. Cas. (BNA) 1625, 48 Empl. Prac. Dec. (CCH) P. 38492, 97 A.L.R. Fed. 1 (S.D.N.Y. 1988). En el mismo sentido: *Davis v. Bucher*, 451 F. Supp. 791, 17 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 918, 17 Empl. Prac. Dec. (CCH) P 8437, 26 Fed. R. Serv. 2d 60 (E.D. Pa. 1978).

³¹⁰⁹ Section 501, 29 U.S.C.A. § 791.

³¹¹⁰ Section 503, 29 U.S.C.A. § 791.

³¹¹¹ Section 504, 29 U.S.C.A. § 791.

³¹¹² ZEESE (2019), p. 767.

³¹¹³ ZEESE (2019), p. 770.

Sin embargo, el deber de acomodación no beneficia a los trabajadores a los que se les ofrece la posibilidad de asistir a programas de rehabilitación, pero no concurren a sus sesiones,³¹¹⁴ ni a quienes se presentan a trabajar bajo la influencia de las drogas, detectadas por test de drogas, aunque repetidamente se les han otorgado ofertas de rehabilitación o licencias médicas por enfermedad a fin de ayudarles con la adicción,³¹¹⁵ pero son despedidos por estas conductas. Asimismo, el deber de acomodación varía en función del trabajo que ejecuta el trabajador, y puede ser improcedente por su naturaleza. Por ejemplo, el Tercer Circuito concluyó que un Departamento de Policía no tenía que acomodar a un oficial de policía que consumía drogas, porque de hacer eso podrían surgir preocupaciones sobre la integridad de la fuerza policial y esto podría constituir una modificación sustancial de dicha dependencia.³¹¹⁶

Los test de drogas que revelan un consumo reciente por parte de abusadores de drogas que han estado o están en un programa de rehabilitación por drogas, o que no están ni han estado en un programa de rehabilitación, permiten fundar una acción disciplinaria sin vulnerar la Rehabilitation Act, ya que los abusadores no están protegidos en estas situaciones por su normativa.

2.3. Test de drogas bajo la legislación estatal que prohíbe la discriminación por discapacidad

Aproximadamente cuarenta y siete estados y el Distrito de Columbia han promulgado leyes de rehabilitación estatales que protegen a los discapacitados de la discriminación laboral; leyes que en Alabama, Arkansas, Mississippi, Ohio y South Dakota protegen solamente a los trabajadores del sector público.³¹¹⁷ Aunque las leyes estatales no se analizarán detalladamente aquí, varias consideran discapacitados a trabajadores o postulantes con problemas de adicción, pero varían en su alcance y lenguaje.³¹¹⁸

³¹¹⁴ *Lemere v. Burnley*, 683 F. Supp. 275, 46 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 845, 46 Empl. Prac. Dec. (CCH) P 38001 (D.D.C. 1988).

³¹¹⁵ *Robinson v. Devine*, 1 A.D. Cas. (BNA) 712, 37 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 728, 37 Empl. Prac. Dec. (CCH) P 35384, 1985 WL 335 (D.D.C. 1985).

³¹¹⁶ *Copeland v. Philadelphia Police Dept.*, 840 F.2d 1139, 1 A.D. Cas. (BNA) 1222, 46 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 272, 2 I.E.R. Cas. (BNA) 1825, 46 Empl. Prac. Dec. (CCH) P 37852 (3rd Cir. 1988).

³¹¹⁷ ZEESE (2019), p. 806 ; ZEESE (2023), pp. 903-904.

³¹¹⁸ ZEESE (2019), p. 807; ZEESE (2023), p. 903.

Al suministrar los test de drogas, el empleador debe velar por que con sus resultados no se discrimine a un trabajador o postulante que es o ha sido adicto a las drogas. La directora de la División de Derechos Civiles de New Jersey señala que “típicamente, estas leyes prohíben la discriminación laboral basada en la discapacidad y su definición de la discapacidad es lo suficientemente amplia como para abarcar a un trabajador discapacitado por las drogas o el alcohol”.³¹¹⁹ Sin embargo, subraya que si un trabajador da positivo en un test de drogas basado en orina o sangre, el empleador debe determinar si es adicto a las drogas o no; si el trabajador es adicto, debe ser tratado como un trabajador discapacitado; si no es adicto, no está protegido por la legislación estatal contra la discriminación laboral.³¹²⁰

En términos generales, a nivel estatal el empleador no puede utilizar los resultados positivos de test de drogas como fundamento de acciones adversas en contra de trabajadores y postulantes adictos a las drogas con base en esa circunstancia, a menos que no puedan desempeñar sus labores o pongan en riesgo la seguridad a causa de sus problemas de adicción.³¹²¹

2.4. Test de drogas y prohibición de discriminación bajo la Federal Civil Rights Act

El Título VII de la Civil Rights Act de 1964 prohíbe la discriminación en el empleo fundado en raza, color, religión, sexo u origen nacional.³¹²² La Civil Rights Act, a diferencia de la Rehabilitation Act, se aplica a todo empleador con quince o más trabajadores.³¹²³

El gobierno federal resume el impacto de la Federal Civil Rights Act en los test de drogas: “La Civil Rights Act (PL 88-352) es una ley histórica que prohíbe a empleadores privados con quince o más trabajadores discriminar a individuos basado en raza, sexo, religión o nacionalidad. Los empleadores que implementan una política de lugar de trabajo libre de drogas necesitan tener en mente el Título VII de la Civil Right Act.

Mientras las impugnaciones de test de drogas o políticas de lugares de trabajo libres de drogas bajo esta legislación son relativamente raras, los empleadores deberían garantizar que sus

³¹¹⁹ ZEESE (2019), pp. 807-808; ZEESE (2023), pp. 904-905.

³¹²⁰ ZEESE (2019), p. 808; ZEESE (2023), p. 905.

³¹²¹ Véase un mayor análisis en: ZEESE (2019), pp. 806-813; ZEESE (2023), pp. 903-914.

³¹²² 42 U.S.C.A. §§ 2000(e) *et seq.*

³¹²³ ZEESE (2019), p. 814; ZEESE (2023), p. 915.

programas tratan a todos los trabajadores de manera igualitaria y evitan singularizar cualquier grupo racial, étnico o de género particular para test o acción disciplinaria.

En grandes lugares de trabajo que son racial y étnicamente diversos, es también prudente involucrar a grupos diversos y representativos de trabajadores al formular sus políticas. Esto ayudará a asegurar que se produce un programa que es culturalmente competente, aplicado justamente y sensible a las necesidades de todos los trabajadores”.³¹²⁴

El Título VII puede ser utilizado para impugnar programas de test de drogas si se demuestra que el programa tiene un efecto perjudicial desproporcionado en una particular clase de trabajadores que tienen alguno de los atributos protegidos por la Civil Rights Act o si el empleador trata a cierta categoría de trabajadores de forma diferente.³¹²⁵ Así, si un programa de test solo testea a trabajadores negros o mujeres viola el Título VII.³¹²⁶ Respecto de test por metabolitos de marihuana, se ha reportado que las personas negras arrojan resultado positivo más frecuentemente que trabajadores blancos debido a la melanina del pigmento de la piel, lo que podría dar lugar a una discriminación indirecta por raza.³¹²⁷

En escasos juicios la acción de discriminación ha sido acogida bajo el Título VII como consecuencia de test de drogas.³¹²⁸ En 2014 la Corte de Apelaciones del Primer Circuito resolvió que un procedimiento de test de drogas de oficiales de policía basado en muestra de cabello fue racialmente injusto, por lo que el Departamento de Policía de Boston incurrió en discriminación indirecta.³¹²⁹ La Corte analizó las diferencias estadísticas entre el porcentaje de test de drogas que arrojaron resultados positivos entre oficiales de policía afroamericanos y blancos en un período de ocho años, y concluyó que fue “casi cierto que la diferencia en los resultados asociados a la raza durante ese período no puede ser atribuido solamente al azar”.³¹³⁰ Posteriormente, en 2016, la misma Corte se pronunció en términos similares y concluyó que,

³¹²⁴ <http://www.samhsa.gov/workplace/legal/federal-laws>.

³¹²⁵ ZEESE (2019), p. 814; ZEESE (2023), p. 915.

³¹²⁶ ZEESE (2019), p. 814; ZEESE (2023), p. 915.

³¹²⁷ ZEESE (2019), pp. 814-815; ZEESE (2023), p. 915.

³¹²⁸ Para un resumen de la jurisprudencia que ha rechazado las acciones por discriminación fundado en el Título VII como consecuencia de test de drogas, véanse: ZEESE (2019), pp. 815-826; ZEESE (2023), pp. 915-926.

³¹²⁹ *Jones v. City of Boston*, 752 F.3d 38, 60 (1st Cir. 2014).

³¹³⁰ *Jones v. City of Boston*, 752 F.3d 38, 60 (1st Cir. 2014).

para evitar una discriminación indirecta por motivo de raza, “el expediente contiene pruebas suficientes de las cuales un investigador razonable podría inferir que la prueba de cabello, seguida de pruebas aleatorias de análisis de orina para esos pocos oficiales que dieron positivo en la prueba de cabello, habría sido tan precisa como la sola prueba de cabello para no detectar la presencia de metabolitos de cocaína y, simultáneamente, arrojar una menor proporción de falsos positivos; de esta manera se podría haber reducido la discriminación indirecta del test de cabello. Nosotros también creemos que, en el presente expediente, un investigador razonable pudo concluir que el Departamento de Policía de Boston en 2003 rechazó adoptar esta alternativa”.³¹³¹

La investigación científica muestra que el cabello oscuro grueso difiere del cabello claro en que tiene mayores niveles de melanina producto de la unión química con el cabello; por consiguiente, arroja porcentajes más altos de resultados positivos de drogas en las personas que tienen el primer tipo de cabello.³¹³² Por ello el gobierno federal no permite test de cabello en trabajadores federales.

2.5. Test de drogas y prohibición de discriminación por consumo de marihuana para fines medicinales fuera del lugar de trabajo

La regulación de los test de drogas que detectan el consumo de marihuana para fines medicinales en trabajadores es diferente a nivel federal y estatal. Más de treinta y cinco estados han promulgado leyes para legalizar la marihuana con fines medicinales y varios de ellos prohíben al empleador discriminar a trabajadores fundado en esta circunstancia. A pesar de esta regulación estatal, la marihuana se mantiene como una droga ilegal bajo el Capítulo I de la Controlled Substances Act (CSA), lo que hace ilegal su consumo bajo la ley federal. Esto ha creado una regulación contradictoria que deja al empleador en una disyuntiva: o bien cumplir la política federal sobre las drogas y despedir a trabajadores que consumen legalmente marihuana medicinal en conformidad con la ley estatal o, por el contrario, dar cumplimiento a la ley estatal y no sancionar al trabajador por el consumo medicinal de marihuana.

³¹³¹ *Jones v. City of Boston*, 845 F.3d 28, 38 (1st Cir. 2016).

³¹³² ZEESE (2019), p. 819; ZEESE (2023), pp. 919-920.

A fin de examinar detalladamente si el empleador puede tomar una acción adversa contra un trabajador que consume marihuana con fines medicinales, debe analizarse la legislación federal y estatal que regula esta materia.

2.5.1. *Regulación federal del consumo de marihuana en la Controlled Substances Act*

A pesar del apoyo altamente mayoritario de la sociedad a la marihuana medicinal, la CSA continúa criminalizando su uso.³¹³³ El propósito de la CSA es regular y facilitar la elaboración, distribución y uso de sustancias controladas para fines médicos legítimos, científicos, de investigación e industriales.³¹³⁴ También fue diseñada para prevenir que estas sustancias sean utilizadas para propósitos ilegales.³¹³⁵

La CSA clasifica la marihuana como una droga del Capítulo I, junto con la heroína, y señala que tiene “un alto potencial de abuso; actualmente no es aceptado el uso médico a causa de la falta de seguridad para el uso medicinal de la droga”.³¹³⁶ Al tiempo de la promulgación de la CSA, la clasificación de la marihuana en el Capítulo I fue controversial debido a la ausencia de investigación, incluso fue incluida como droga ilegal sin la evaluación de la Administración de Alimentos y Drogas (FDA) y la Agencia de Control de Drogas (DEA).³¹³⁷

La Corte Suprema ha declarado que la CSA prevalece sobre la legislación estatal que ha legalizado la marihuana medicinal a propósito de un caso en que una paciente que sufría diversas enfermedades, y a quien su médico le recomendó el uso de marihuana, solicitó que el gobierno federal no interfiriera con su tratamiento médico y no la persiguiera criminalmente bajo la CSA.³¹³⁸ La Corte Suprema resolvió a favor del Departamento de Justicia, concluyendo que la ley federal no excedió el poder congresional al criminalizar el cultivo y posesión de marihuana

³¹³³ Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act of 1970, Pub. L. No. 91-513, 84 Stat. 1236 (1970); Controlled Substances Act, Pub. L. No. 91-513, 84 Stat. 1242 (1970).

³¹³⁴ SCANNELL (2019), p. 395.

³¹³⁵ 21 U.S.C. § 801 (2012).

³¹³⁶ DUFF (2015), p. 196.

³¹³⁷ SMITH (2000), p. 1148; SCANNELL (2019), p. 395.

³¹³⁸ *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1, 15 (2005).

para uso médico en cualquier parte del país.³¹³⁹ También determinó que California y otros estados que han legalizado la marihuana no afectan la aplicación de la ley federal de forma alguna.³¹⁴⁰

2.5.2. *Regulación federal de la marihuana medicinal en la American with Disabilities Act*

Bajo la ADA, los consumidores de marihuana medicinal no buscan que la prescripción médica para su uso sea tratada como una discapacidad. Estos pacientes tienen discapacidades que sirven como base para su acción en conformidad con la ADA. Con el propósito de ser cualificados para el consumo de marihuana medicinal, estos individuos deben tener una discapacidad como es definida por la ley estatal. Por ejemplo, en el estado de Florida, un individuo podría calificar si tiene cáncer, epilepsia, glaucoma, VIH/sida, trastorno de estrés postraumático, párkinson.³¹⁴¹ Así, en cualquier estado con legislación sobre marihuana medicinal, es imposible obtener la calidad de paciente certificado para el uso de marihuana medicinal sin una discapacidad subyacente.³¹⁴²

A pesar de la expansión acerca de quién es un “individuo cualificado con una discapacidad”, un trabajador que actualmente consume drogas ilegales no está cubierto por la ADA cuando el empleador toma acciones adversas basado en dicho uso.³¹⁴³ La ADA define el uso ilegal de drogas como “el uso de drogas, la posesión o distribución de drogas que es ilegal bajo la Controlled Substances Act. [...] Dicho término no comprende el uso de una droga bajo la supervisión de un profesional de la salud con licencia, u otros consumos autorizados por la Controlled Substances Act o por otras disposiciones de la legislación federal”.³¹⁴⁴

Las preguntas que surgen son si un consumo ilegal de drogas bajo la CSA constituye un uso ilegal de drogas bajo la ADA o si la ADA puede ser interpretada para sostener una visión más estricta de lo que constituye el uso ilegal de drogas. Hoy la ADA “es silenciosa en cuanto a si el actual consumo de marihuana puede ser una acomodación razonable para una discapacidad (más

³¹³⁹ *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1, 15 (2005).

³¹⁴⁰ *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1, 15 (2005).

³¹⁴¹ FLA. STAT. § 381.986(2) (2017).

³¹⁴² SCANNELL (2019), p. 398.

³¹⁴³ SCANNELL (2019), p. 399.

³¹⁴⁴ 42 U.S.C. § 12111(6)(A) (2012).

que una adición a las drogas)”.³¹⁴⁵ Hasta la fecha los tribunales federales han resuelto este problema solo en pocas ocasiones, pero ofrecen claridad sobre si la marihuana medicinal está protegida por la ADA o no.

En *Barber v. Gonzales James*, Barber presentó un recurso de reconsideración y un recurso de distinción del pronunciamiento de la Corte Suprema en *Gonzales v. Raich*. Barber fue desalojado de la vivienda de la universidad debido a su uso de marihuana y argumentó que su desalojo fue ilegal porque su uso de marihuana fue por razones médicas.³¹⁴⁶ Barber alegó que mientras la acción de la universidad fue consistente con la CSA, la conducta fue ilegal bajo la ADA, puesto que en la ADA el Congreso intentó limitar la aplicación de la CSA a individuos sin discapacidad involucrados en el uso ilegal de drogas, en cambio, la ADA intentó proteger a individuos que utilizan drogas con fines medicinales.³¹⁴⁷ La Corte reconoció que, en una primera mirada, la construcción de Barber de la disposición legal sobre “el uso ilegal de drogas” parece fundarse en un derecho bajo la ADA de poseer marihuana prescrita por un médico con licencia de Washington. Sin embargo, la Corte se basó en la segunda sentencia de la disposición legal: “El término ‘uso ilegal de drogas’ no incluye el uso de una droga consumida bajo la supervisión de un profesional del cuidado de la salud con licencia, u otros usos autorizados por la Controlled Substances Act y otra disposición de la legislación federal”, a fin de exigir que el uso de drogas consumidas bajo la supervisión de un profesional del cuidado de la salud con licencia sea consistente con la CSA.³¹⁴⁸ Para rechazar los recursos, la Corte concluyó que no puede efectuarse demanda bajo la ADA cuando la acción adversa es tomada sobre la base del uso de marihuana, sea con fines medicinales o no, porque el término “individuo con discapacidad” no incluye a individuos involucrados en el uso ilegal de drogas.³¹⁴⁹

Aunque tampoco es un caso laboral, *James v. City of Costa Mesa* es igualmente pertinente porque la corte de distrito rechazó una prohibición basada en la interpretación del término “uso ilegal de drogas”, una definición que se aplica al subcapítulo de empleo de la ADA.³¹⁵⁰ En *James*,

³¹⁴⁵ WHITE *et al.* (2018).

³¹⁴⁶ *Barber v. Gonzales*, No. CV-05-0173-EFS, 2005 WL 1607189, at *1 (E.D. Wash. July 1, 2005).

³¹⁴⁷ *Barber v. Gonzales*, No. CV-05-0173-EFS, 2005 WL 1607189, at *1 (E.D. Wash. July 1, 2005).

³¹⁴⁸ *Barber v. Gonzales*, No. CV-05-0173-EFS, 2005 WL 1607189, at *1 (E.D. Wash. July 1, 2005).

³¹⁴⁹ *Barber v. Gonzales*, No. CV-05-0173-EFS, 2005 WL 1607189, at *1 (E.D. Wash. July 1, 2005).

³¹⁵⁰ *James v. City of Costa Mesa*, 700 F.3d 394, 397 (9th Cir. 2012).

numerosos individuos con discapacidad impugnaron la ordenanza de Costa Mesa y Lake Forest que prohíbe la operación de dispensadores de marihuana medicinal dentro de sus ciudades, fundado en que viola el Título III de la ADA que impide la discriminación contra individuos discapacitados en lugares de acomodación pública.³¹⁵¹ Los demandantes alegaron que su consumo de marihuana medicinal en conformidad con la supervisión de un profesional del cuidado de la salud con licencia no se comprende dentro de la exclusión de aplicación de la ADA de individuos involucrados en el consumo ilegal de drogas, porque la disposición crea dos excepciones: una es la supervisión del uso de drogas por un profesional del cuidado de la salud con licencia y la segunda, el uso de drogas autorizado por la CSA y otra ley federal.³¹⁵² La Corte rechazó la interpretación de los demandantes, sosteniendo que el lenguaje de la “disposición sobre uso ilegal de drogas” carece de un significado claro, y basándose en una relación implícita entre la ADA y la CSA, concluyó que “la ADA no protege contra la discriminación fundada en el uso, ni siquiera en el uso de marihuana medicinal supervisado por un médico de acuerdo con la ley estatal”.³¹⁵³ En otras palabras, la definición de la ADA de “uso ilegal de drogas” no brinda protección a las personas discapacitadas que usan marihuana medicinal bajo la supervisión de un profesional de la salud con licencia, en conformidad con la legislación estatal.³¹⁵⁴

A consecuencia de que la ADA no protege el uso de marihuana medicinal y la considera un uso ilegal de drogas, el empleador podría tomar una acción adversa contra quien da positivo en un test de drogas de marihuana y alega consumirla con fines medicinales, y así no le es exigible el deber de ajuste razonable.³¹⁵⁵ Sin embargo, al contrario de la jurisprudencia, cierta doctrina considera que el uso de marihuana medicinal obliga al empleador a no tomar acciones adversas contra quienes la consumen con esos fines y a cumplir el deber de ajuste razonable, salvo que dicho consumo impida cumplir las funciones o sea incompatible con la seguridad, como en el caso de conductores de vehículos, autobuses y pilotos.³¹⁵⁶

³¹⁵¹ *James v. City of Costa Mesa*, 700 F.3d 394, 397 (9th Cir. 2012).

³¹⁵² *James v. City of Costa Mesa*, 700 F.3d 394, 398 (9th Cir. 2012).

³¹⁵³ *James v. City of Costa Mesa*, 700 F.3d 394, 397-398 (9th Cir. 2012).

³¹⁵⁴ *James v. City of Costa Mesa*, 700 F.3d 394, 398 (9th Cir. 2012).

³¹⁵⁵ RENDALL (2012), p. 329.

³¹⁵⁶ RENDALL (2012), pp. 329-330; SCANNELL (2019), pp. 402-403.

2.5.3. *Regulación del Departamento de Transporte (DOT) de la marihuana medicinal*

El DOT ha establecido claramente que las leyes estatales sobre marihuana medicinal no alteran sus requerimientos sobre test de drogas para trabajadores de tránsito y conductores comerciales, por lo que la marihuana medicinal autorizada por la ley estatal no constituye una explicación médica válida para eximirse del test de drogas o de sus consecuencias.³¹⁵⁷ Para el DOT, la legislación estatal no tiene impacto en su regulación sobre el uso de test de drogas para controlar la prohibición de consumo de marihuana en empleos de transporte sensibles para la seguridad – pilotos, conductores de autobuses escolares, conductores de camiones, ingenieros de trenes, operadores de metros, personal de mantenimiento de aeronaves, personal de seguridad de tránsito armado, capitanes de barcos, personal de respuesta de emergencia de gaseoductos, entre otros–

³¹⁵⁸

2.5.4. *Regulación estatal del consumo de marihuana medicinal y test de drogas*

Actualmente más de treinta y cinco estados han legalizado el consumo medicinal de la marihuana. Sin embargo, solo alrededor de once incorporan en esa legislación normas que prohíben al empleador la discriminación contra trabajadores que consumen marihuana medicinal y/o que ordenan al empleador acomodar razonablemente a dichos trabajadores. De esta forma, la legislación estatal ha adoptado diferentes enfoques sobre el uso medicinal de la marihuana en sus leyes antidiscriminación. Estas legislaciones se encuadran en alguna de las siguientes tres categorías: (1) legislación que expresamente prohíbe al empleador la discriminación contra el consumidor de marihuana medicinal fuera del lugar de trabajo y le exige efectuar una acomodación razonable de los consumidores de marihuana medicinal; (2) legislación que prohíbe al empleador discriminar al consumidor de marihuana medicinal fuera del lugar de trabajo, pero nada dice sobre la acomodación razonable y permite al empleador prohibir el uso de marihuana en el lugar de trabajo o estar bajo la influencia de las drogas en el trabajo; (3)

³¹⁵⁷ U.S. DEPARTMENT OF TRANSPORTATION (2009). Disponible en : <https://www.transportation.gov/odapc/medical-marijuana-notice> (consultada el 31 de marzo de 2023).

³¹⁵⁸ ZEESE (2019), p. 953.

legislación que expresamente no prohíbe al empleador discriminar al consumidor de marihuana medicinal ni le exige acomodación en el trabajo de esos trabajadores.³¹⁵⁹

En consecuencia, bajo la legislación estatal, sin considerar la legislación federal, en las dos primeras legislaciones los resultados de test de drogas no deben ser utilizados para discriminar al consumidor de marihuana medicinal fuera de la jornada de trabajo; por el contrario, es posible fundar una acción adversa si se prueba que el trabajador consumió marihuana en el lugar de trabajo o concurrió a trabajar bajo su influencia.

2.5.4.1. Legislación estatal que prohíbe la discriminación laboral y ordena la acomodación razonable del trabajador consumidor de marihuana medicinal

De las más de treinta y cinco jurisdicciones con legislación sobre marihuana medicinal, Nevada es una de las pocas que prohíbe al empleador discriminar al trabajador que consume marihuana medicinal fuera de la jornada de trabajo y le exige efectuar una acomodación razonable del trabajador que consume marihuana medicinal y tiene una “tarjeta de identificación válidamente registrada” que certifica esa calidad.³¹⁶⁰ Sin embargo, la exigencia de acomodación razonable no tendrá lugar si la acomodación pudiera (1) “poseer una amenaza de daño o peligro para las personas o la propiedad”, (2) “imponer una carga excesiva en el empleador”, o (3) “impedir al trabajador cumplir cualquiera o todas sus responsabilidades laborales”.³¹⁶¹ También Massachusetts³¹⁶² obliga al empleador a acomodar el consumo de marihuana medicinal que tiene lugar fuera de la jornada y del lugar de trabajo, a menos que exista un tratamiento alternativo disponible igual de eficaz que la marihuana medicinal o que dicha acomodación constituya una carga excesiva para el empleador.

³¹⁵⁹ SCANNELL (2019), p. 403.

³¹⁶⁰ NEV. REV. STAT. § 453A.800.

³¹⁶¹ NEV. REV. STAT. § 453A.800.

³¹⁶² MASS. GEN. LAWS ANN. ch. 941, §§ 1- 8; MASS. REGS. CODE TIT. 105, § 725.650.

2.5.4.2. *Legislación estatal que prohíbe la discriminación por consumo extralaboral de marihuana medicinal y no exige al empleador la acomodación razonable del trabajador consumidor de marihuana medicinal*

Existen numerosos estados que prohíben al empleador discriminar, esto es, tomar una acción adversa contra el trabajador que tiene el estatus de consumidor de marihuana medicinal o es consumidor de marihuana medicinal fuera del lugar de trabajo, pero nada señalan sobre su acomodación en el lugar de trabajo y permiten a los empleadores prohibir el consumo de marihuana medicinal en el lugar de trabajo o que los trabajadores desempeñen sus labores bajo los efectos de la marihuana.³¹⁶³ Entre estos estados de encuentran Arizona,³¹⁶⁴ Arkansas,³¹⁶⁵ Connecticut,³¹⁶⁶ Delaware,³¹⁶⁷ el Distrito de Columbia,³¹⁶⁸ Hawaii,³¹⁶⁹ Illinois,³¹⁷⁰ Maryland,³¹⁷¹ Minnesota,³¹⁷² New Jersey,³¹⁷³ New York,³¹⁷⁴ North Dakota,³¹⁷⁵ Oklahoma,³¹⁷⁶ Pennsylvania,³¹⁷⁷ Rhode Island³¹⁷⁸ y West Virginia.³¹⁷⁹

En algunos de estados, como Illinois, solo se prohíbe la discriminación contra trabajadores basada “únicamente en su estatus como paciente cualificado registrado”, pasado o presente.³¹⁸⁰ El estado de Illinois no impide la discriminación por actual consumo de marihuana medicinal, sino que, más bien, protege solo al trabajador de la discriminación debido a su estatus como paciente cualificado,³¹⁸¹ dando a entender que un test de drogas positivo de marihuana, bajo las

³¹⁶³ SCANNELL (2019), p. 404.

³¹⁶⁴ ARIZ. REV. STAT. ANN. § 36-2813(B).

³¹⁶⁵ ARK. CONST. AMEND. 98, § 3(f)(3)(A)-(C).

³¹⁶⁶ CONN. GEN. STAT. § 21a-408p(b)(3) (2012).

³¹⁶⁷ DEL. CODE ANN. TIT. 16, § 4907A(a)(3), (b).

³¹⁶⁸ D.C. CODE D.C. § 7-1671.03(d)(1).

³¹⁶⁹ HAW. REV. STAT. § 329-122(e)(1)-(2).

³¹⁷⁰ 410 ILL. COMP. STAT. 130/50.

³¹⁷¹ MD. CODE ANN., HEALTH-GEN. § 13-3313(a).

³¹⁷² MINN. STAT. § 152.32(3)(c)(2).

³¹⁷³ N.J. STAT. ANN. § 24:6I-14.

³¹⁷⁴ N.Y. PUB. HEALTH LAW § 3369(2).

³¹⁷⁵ N.D. CENT. CODE ANN. § 19-24.1-34.2.

³¹⁷⁶ OKLA. STAT. TIT. 63, § 425(B).

³¹⁷⁷ 35 PA. STAT. AND CONS. STAT. ANN. § 10231.2103.

³¹⁷⁸ 21. R.I. Gen. Laws Ann. § 21-28.6-7.

³¹⁷⁹ W. VA. CODE ANN. § 16A-15-4(b)(2).

³¹⁸⁰ 410 ILL. COMP. STAT. 130/40(a)(1).

³¹⁸¹ 410 ILL. COMP. STAT. 130/40(a)(2).

políticas del empleador de abuso actual de drogas, podría permitir el término del contrato de trabajo sin incurrir en discriminación.³¹⁸² La legislación de Arkansas,³¹⁸³ Connecticut,³¹⁸⁴ Maine,³¹⁸⁵ New Jersey,³¹⁸⁶ Pennsylvania,³¹⁸⁷ Rhode Island³¹⁸⁸ y West Virginia³¹⁸⁹ es similar a la de Illinois.

Los estados de Arizona,³¹⁹⁰ Delaware,³¹⁹¹ Distrito de Columbia,³¹⁹² Minnesota³¹⁹³ y Oklahoma³¹⁹⁴ disponen que, salvo que la no discriminación pudiera causar una pérdida monetaria o la cancelación de una licencia bajo la legislación federal, el empleador no puede discriminar en la contratación, terminación o al imponer condiciones de trabajo, o, de otra forma, penalizar a una persona basado en el estado de la persona como titular de la tarjeta que acredita su calidad de paciente que puede utilizar marihuana medicinal, ni discriminar basado en el resultado positivo de marihuana de un test de drogas de un paciente cualificado registrado, a menos que el paciente haya consumido, poseído o estado bajo la influencia de la marihuana en las dependencias del lugar de trabajo o durante las horas de trabajo. Por el contrario, bajo estas jurisdicciones el empleador puede, sin incurrir en discriminación, prohibir el consumo medicinal de marihuana en el lugar de trabajo y que los trabajadores trabajen bajo la influencia de la marihuana; por consiguiente, puede tomar acciones adversas si se infringen esas prohibiciones. Ahora bien, como se ha expuesto, los test de drogas por sí solos no acreditan la transgresión de estas prohibiciones, particularmente el test de orina y cabello, de modo que debe rendirse prueba adicional para acreditar que el trabajador estaba bajo la influencia de las drogas al momento de la toma de la muestra.³¹⁹⁵ De hecho, los estados de Arizona, Arkansas, Delaware, Minnesota, Oklahoma, Rhode Island y New Jersey señalan expresamente que un test de drogas positivo sin

³¹⁸² SCANNELL (2019), p. 404.

³¹⁸³ ARK. CONST. AMEND. 98, § 3(f)(3)(A)-(C).

³¹⁸⁴ CONN. GEN. STAT. § 21a-408p(b)(3).

³¹⁸⁵ ME. STAT. TIT. 22, § 2426(2)(B).

³¹⁸⁶ N.J. STAT. ANN. § 24:6I-14.

³¹⁸⁷ 35 PA. STAT. AND CONS. STAT. ANN. § 10231.2103.

³¹⁸⁸ 21. R.I. GEN. LAWS ANN. § 21-28.6-7.

³¹⁸⁹ W. VA. CODE ANN. § 16A-15-4(b)(2).

³¹⁹⁰ ARIZ. REV. STAT. ANN. § 36-2813.

³¹⁹¹ DEL. CODE ANN. TIT. 16, § 4907A(a)(3), (b).

³¹⁹² D.C. CODE D.C. § 7-1671.03(d)(1).

³¹⁹³ MINN. STAT. § 152.32(3)(c)(2).

³¹⁹⁴ OKLA. STAT. TIT. 63, § 425(B).

³¹⁹⁵ SCANNELL (2019), p. 405.

prueba adicional no demuestra que el trabajador estaba bajo la influencia de las drogas al momento de la toma de la muestra.³¹⁹⁶

Inclusive, varias legislaciones permiten al empleador invocar la legislación federal para excepcionarse de aplicar la normativa estatal sobre consumo medicinal de marihuana: Arizona,³¹⁹⁷ Arkansas,³¹⁹⁸ Delaware,³¹⁹⁹ Illinois,³²⁰⁰ Maine,³²⁰¹ Massachusetts,³²⁰² Minnesota,³²⁰³ New York,³²⁰⁴ Ohio,³²⁰⁵ Oklahoma,³²⁰⁶ Pennsylvania³²⁰⁷ y West Virginia.³²⁰⁸ Esta subcategoría de jurisdicciones autoriza al empleador a alegar que acomodar la marihuana medicinal en el lugar de trabajo constituiría una carga injustificada, porque al hacerlo el empleador mismo violaría la ley federal. Estas jurisdicciones comúnmente disponen que su legislación estatal sobre marihuana no ordena al empleador que financie o promueva el uso medicinal de la marihuana bajo riesgo de infringir la ley federal.

³¹⁹⁶ ZEESE (2019), p. 939.

³¹⁹⁷ ARIZ. REV. STAT. ANN. § 36-2813(B)(2).

³¹⁹⁸ ARK. CONST. AMEND. 98, § 3(f)(1).

³¹⁹⁹ DEL. CODE ANN. TIT. 16, § 4905A(a)(2).

³²⁰⁰ 410 ILL. COMP. STAT. ANN. 130/50.

³²⁰¹ ME. REV. STAT. ANN. TIT. 22, § 2423-E(2). Véase *Bourgoin v. Twin Rivers Paper Co.*, 187 A.3d 10, 22 (Me. 2018) que concluyó que un empleador no debe pagar compensación a trabajadores que usan marihuana medicinal, porque podría infringir la ley federal.

³²⁰² MASS. GEN. LAWS ANN. CH. 94C, § 1-7(F).

³²⁰³ MINN STAT. ANN. § 152.32(3)(c).

³²⁰⁴ N.Y. PUB. HEALTH LAW § 3369(2).

³²⁰⁵ OHIO REV. CODE ANN. § 3796.28(A)(4).

³²⁰⁶ OKLA. STAT. ANN. TIT. 63, § 425(B).

³²⁰⁷ 35 PA. STAT. AND CONS. STAT. ANN. § 10231.2103(b)(3).

³²⁰⁸ W. VA. CODE ANN. § 16A-15-4(b)(3).

2.5.4.3. *Estados que no prohíben al empleador la discriminación contra el trabajador consumidor de marihuana medicinal ni ordenan acomodación razonable*

En este tercer grupo se encuentran Alaska,³²⁰⁹ California,³²¹⁰ Colorado,³²¹¹ Florida,³²¹² Georgia,³²¹³ Michigan,³²¹⁴ Missouri,³²¹⁵ Montana,³²¹⁶ New Hampshire,³²¹⁷ New Mexico,³²¹⁸ Ohio,³²¹⁹ Oregon,³²²⁰ Vermont³²²¹ y Washington.³²²² Las leyes de estos estados establecen expresamente que no se exige al empleador acomodar al trabajador consumidor de marihuana medicinal durante las horas de trabajo o en el lugar de trabajo, y que no incurre en discriminación si sanciona al trabajador por el consumo de marihuana medicinal fuera o dentro del lugar de trabajo, o durante la jornada de trabajo, detectada a través de los test de drogas u otros medios.³²²³

Los tribunales de estos estados interpretan las normas de no acomodación consistentemente, sosteniendo que, como la marihuana es una droga del Capítulo I bajo la CSA y, por tanto, ilegal bajo la ley federal, un empleador no tiene el deber de acomodar el consumo de marihuana por parte de trabajadores bajo la ADA y la legislación estatal.

³²⁰⁹ ALASKA STAT. § 17.37.040(d)(1).

³²¹⁰ CAL. HEALTH & SAFETY CODE § 11362.785(a). El 1 de febrero de 2024 entró en vigencia la AB 2188, que modifica la California Fair Employment and Housing Act (FEHA), que prohíbe a los empleadores no contratar, despedir o alterar las condiciones del trabajador basado en: (1) el uso de marihuana fuera de la jornada laboral y luego de trabajo; (2) el requerimiento de test de drogas que arrojan que el trabajador tiene metabolitos no psicoactivos en el cabello, sangre u otros fluidos.

³²¹¹ COLO. CONST. art. XVIII, § 14(10)(b).

³²¹² FLA. STAT. § 381.986(15).

³²¹³ GA. CODE ANN. § 16-12-191(f) (2017).

³²¹⁴ MICH. COMP. LAWS § 333.26427(c)(2).

³²¹⁵ MO. CONST. art. XVI, § 1(7)(d).

³²¹⁶ MONT. CODE ANN. § 50-46-320(4)(b).

³²¹⁷ N.H. REV. STAT. ANN. § 126-X:3(III)(c).

³²¹⁸ Aunque no existe autorización específica para despedir o imponer otra sanción disciplinaria a trabajadores por el consumo de marihuana en el trabajo, la ley precisa que la persecución penal y la sanción civil son autorizadas por la posesión o uso de marihuana en el lugar de trabajo. N.M. STAT. ANN. § 26-2B-5.A.; véase también *Garcia v. Tractor Supply Co.*, 154 F. Supp. 3d 1225, 1229 (D.N.M. 2016), que concluyó que un empleador no necesita acomodar el uso de marihuana medicinal de un trabajador.

³²¹⁹ OHIO REV. CODE ANN. § 3796.28(A)(1).

³²²⁰ OR. REV. STAT. § 475B.794.

³²²¹ La ley de Vermont es un estatuto criminal, pero tiene una disposición que establece que los individuos podrían ser objeto de arresto o persecución por estar bajo la influencia de marihuana en el lugar de trabajo. VT. STAT. ANN. TIT. 18, § 4474c(a)(1)(B).

³²²² WASH REV. CODE ANN. § 69.51A.060(4).

³²²³ SCANNELL (2019), pp. 404-405.

Bajo esta legislación estatal, la sanción disciplinaria de trabajadores que consumen marihuana medicinal, fundada en un test de drogas positivo, no constituye discriminación bajo ninguna circunstancia.

2.5.4.4. *Jurisprudencia de los tribunales estatales sobre la legislación que reconoce el consumo de marihuana medicinal*

Diversos pronunciamientos de tribunales estatales dan preeminencia a la legislación estatal sobre la legislación federal, para proteger al trabajador consumidor de marihuana medicinal; en cambio, otras decisiones han dado preponderancia a la legislación federal, rechazando la discriminación laboral contra el trabajador con estatus de paciente para marihuana medicinal.

2.5.4.4.1. *Jurisprudencia que da preeminencia a la legislación estatal sobre la legislación federal*

En *Callaghan v. Darlington Fabrics Corp.*, un tribunal de primera instancia de Rhode Island dictó una sentencia sumaria en favor de una trabajadora que no fue contratada después de revelarse que tenía una tarjeta de marihuana medicinal y que, por tanto, dio positivo en el test de drogas previo a su contratación.³²²⁴ La política del empleador solamente prohibía el uso de drogas en la propiedad de la compañía. La demandante fundó su demanda en la Hawkins-Slater Act, que autoriza el uso de marihuana medicinal en Rhode Island, y en la Rhode Island Civil Rights Act. El tribunal rechazó el argumento del empleador respecto de que la demandante no había sido contratada por dar positivo en el test de drogas previo al empleo y no debido a su estatus de titular de una tarjeta. El tribunal sostuvo que el estatus como titular de una tarjeta de marihuana medicinal y el uso de marihuana medicinal son una misma cosa, no pueden separarse ni distinguirse, porque es imposible imaginar la protección del estatus de titular de la tarjeta sin conjeturar que la persona consumirá marihuana medicinal.³²²⁵

³²²⁴ *Callaghan v. Darlington Fabrics Corp.*, No. PC-2014-5680, 2017 WL 2321181, at *3 (R.I. Super. May 23, 2017).

³²²⁵ *Callaghan v. Darlington Fabrics Corp.*, No. PC-2014-5680, 2017 WL 2321181, at *8 (R.I. Super. May 23, 2017).

En consecuencia, el tribunal concluyó que el empleador rechazó la contratación basado en el uso de marihuana medicinal y vulneró la Hawkins-Slater Act, que no exige al empleador acomodar en el lugar de trabajo el uso de marihuana medicinal, pero que, *a contrario sensu*, requiere acomodar, no discriminar, el uso de marihuana medicinal fuera del lugar de trabajo que no produce incapacidad para trabajar. Además, la política del empleador solamente prohibía consumir drogas en el lugar de trabajo.

Finalmente, el tribunal resolvió el problema de la prevalencia de la legislación federal reconociendo que el propósito de la CSA nunca fue intentar regular la discriminación fuera del lugar trabajo, a diferencia de la Hawkins-Slater Act. Mientras la CSA podría tener aplicación cuando el consumo de drogas se produce en el lugar de trabajo, la Hawkins-Slater Act no regula esa situación, sino que prohíbe la discriminación debido al uso de marihuana medicinal fuera del lugar de trabajo. De esta forma, no sería imposible cumplir simultáneamente con la CSA y la Hawkins-Slater Act, porque los empleadores no infringirían la CSA al contratar a individuos que consumen marihuana medicinal fuera del lugar de trabajo.³²²⁶

En el mismo sentido se pronunció el tribunal de distrito por el Distrito de Connecticut, sosteniendo en *Noffsinger v. SSC Niantic Operating Co., LLC* que la ley federal no prevalece sobre la Palliative Use of Marijuana Act de Connecticut (PUMA), que contiene una disposición que expresamente prohíbe al empleador discriminar a pacientes cualificados.³²²⁷ En *Noffsinger*, el demandante interpuso una demanda en conformidad con la disposición antidiscriminación de la PUMA cuando su oferta de trabajo fue rescindida después de dar positivo de marihuana en un test de drogas previo al inicio del empleo, debido al tratamiento de su discapacidad con píldora de marihuana sintética. El empleador solicitó el rechazo de la demanda, alegando que sobre la PUMA prevalecen la CSA, la ADA y la Food, Drug, and Cosmetic Act. El tribunal concluyó que la CSA no persigue regular las prácticas de empleador en forma alguna, por lo que la PUMA no está en conflicto con esa legislación federal.³²²⁸ Respecto de la ADA, que contiene diversas disposiciones sobre el uso ilegal de drogas, concluyó que el lenguaje de la ADA expresamente

³²²⁶ *Callaghan v. Darlington Fabrics Corp.*, No. PC-2014-5680, 2017 WL 2321181, at *13 (R.I. Super. May 23, 2017).

³²²⁷ *Noffsinger v. SSC Niantic Operating Co. LLC*, 273 F. Supp. 3d 326 (D. Conn. 2017).

³²²⁸ *Noffsinger v. SSC Niantic Operating Co. LLC*, 273 F. Supp. 3d 326, 338 (D. Conn. 2017).

autoriza a los empleadores a establecer prohibiciones sobre el “uso ilegal de drogas y consumo de alcohol en el lugar de trabajo para todos los trabajadores”, pero “el hecho de que la ADA no dispone que un empleador debería prohibir a un trabajador el uso ilegal de drogas fuera del lugar de trabajo es una indicación poderosa de que la ADA no persiguió regular actividades no laborales, ni mucho menos impedir a los estados que prohíban a los empleadores tomar acciones adversas en contra de trabajadores involucrados en el uso ilegal de drogas fuera del lugar de trabajo, especialmente cuando dicho uso no afecta el desempeño laboral”.³²²⁹

En *Callaghan y Noffsinger*, los tribunales sostienen que no existe contradicción entre la legislación federal y estatal, porque regulan aspectos distintos de una misma materia.

En *Barbuto v. Advantage Sales & Mktg.*, la Corte Suprema de Massachusetts resolvió que el término del contrato de trabajo de la señora Barbuto fue con infracción de la legislación estatal que prohíbe la discriminación por uso de marihuana medicinal.³²³⁰ En el verano de 2014, la señora Barbuto fue contactada por una empresa de reclutamiento y ella aceptó la oferta de trabajo después de una entrevista. La señora Barbuto fue notificada respecto de que debería someterse a un test de drogas obligatorio; de inmediato ella comunicó a la empresa que podría dar positivo de marihuana, pues utilizaba marihuana medicinal dos o tres veces a la semana para tratar su enfermedad de Crohn y síndrome de intestino irritable. La señora Barbuto nunca utilizó marihuana en el trabajo ni inmediatamente antes de comenzar su trabajo. Su supervisor le señaló que el uso de marihuana medicinal no debería ser un problema. Luego del test de drogas, la señora Barbuto asistió al entrenamiento y se le asignó el lugar de trabajo. Sin embargo, ese mismo día la compañía le notificó que se terminaba su contrato de trabajo porque el test de drogas había dado positivo de marihuana.

Cerca de tres años después del despido, la Corte Suprema de Massachusetts falló a favor de la señora Barbuto, rechazando el argumento del empleador de que la marihuana medicinal no es una acomodación razonable bajo la ley estatal antidiscriminatoria porque la marihuana es ilegal bajo la ley federal. La Corte razonó que sostener que el requerimiento de acomodación de continuar el empleo después de dar positivo en el test de drogas sería irrazonable *per se*, basado

³²²⁹ *Noffsinger v. SSC Niantic Operating Co. LLC*, 273 F. Supp. 3d 326, 331, 337 (D. Conn. 2017).

³²³⁰ *Barbuto v. Advantage Sales & Mktg., LLC*, 78 N.E.3d 37 (Mass. 2017).

en la ley federal, “no sería respetuoso de los votantes de Massachusetts, compartido por los legisladores o votantes en la vasta mayoría de los estados, que han aceptado la marihuana para uso medicinal de ciertos pacientes que sufren diversas discapacidades”.³²³¹ La Corte también razonó que debido a que el trabajador tiene el riesgo de persecución penal, el empleador no puede alegar que la ley federal le impide efectuar una excepción en su política de consumo de drogas en beneficio de una persona que usa marihuana medicinal.

Los resultados positivos de test de drogas por marihuana, según ciertas sentencias, no pueden ser utilizados para discriminar al paciente cualificado para usar marihuana medicinal, es decir, no pueden fundar una acción adversa del empleador, cuando dicho consumo no tiene lugar en la empresa ni afecta el desempeño laboral al no concurrir a trabajar bajo la influencia de la marihuana medicinal.

2.5.4.4.2. Jurisprudencia que otorga preeminencia a la legislación federal sobre la legislación estatal antidiscriminación

Por el contrario, los tribunales en California, Colorado, Michigan, Oregon, Washington New Jersey y Montana han resuelto que los estados no pueden prohibir al empleador discriminar por consumo de marihuana medicinal ni requerirle la acomodación de pacientes registrados por usar dicha marihuana, debido a la prohibición federal bajo la CSA.³²³²

En *Ross v. Raging Wire*, la Corte Suprema de California revisó la decisión de una corte inferior que rechazó la demanda de un extrabajador que alegó que su empleador violó la Fair Employment and Housing Act al despedirlo por su discapacidad.³²³³ El demandante sufría dolores de espalda severos debido a lesiones que –sostuvo– se originaron mientras servía en la Fuerza Aérea de Estados Unidos. Él utilizaba marihuana bajo la Compassionate Use Act (CUA) de California para tratar los síntomas de sus dolores. Después de comenzar a trabajar, el empleador demandado requirió al señor Ross someterse a un test de drogas, que arrojó que estaba usando marihuana; a consecuencia de ello, puso fin a su contrato de trabajo. El extrabajador demandó a la empresa alegando que la terminación de su empleo violaba la ley estatal que

³²³¹ *Barbuto v. Advantage Sales & Mktg., LLC*, 78 N.E.3d 37, 46 (Mass. 2017).

³²³² *CARLTON* (2018).

³²³³ *Ross v. RagingWire Telecommunications, Inc.*, 174 P.3d 200, 202 (Cal. 2008).

prohíbe a los empleadores discriminar basado en la condición médica del trabajador.³²³⁴ La Corte Suprema concluyó que como la CUA no tiene un lenguaje expreso que proteja a pacientes de discriminación laboral basada en el uso de marihuana medicinal, debe darse aplicación a la prohibición de la ley federal que considera ilícita a la marihuana.³²³⁵

En Colorado, en *Coats v. Dish Network*, se resolvió el caso del uso de marihuana medicinal fuera de la jornada y del lugar de trabajo por parte de un trabajador para tratar espasmos musculares dolorosos causados por su cuadriplejía.³²³⁶ El empleo del señor Coats fue terminado después de dar positivo de marihuana en un test de drogas aleatorio por violación de la política de drogas del empleador, a pesar del uso en conformidad con la ley estatal de uso medicinal de marihuana. El problema en este caso fue si el uso de marihuana en cumplimiento con la ley de marihuana medicinal de Colorado, pero en violación de la ley federal, era una “actividad legal bajo el estatuto de actividades legales de Colorado”, que prohíbe terminar el contrato de trabajo debido a la participación en una actividad ilegal mientras el trabajador no está trabajando.³²³⁷ El tribunal concluyó que una actividad debe ser permitida tanto por la ley federal como por la ley estatal para ser lícita.³²³⁸ Como la marihuana es ilegal bajo la CSA, la corte sostuvo que el uso de marihuana medicinal por parte del trabajador en su tiempo libre no fue una actividad legal protegida por el estatuto de actividades legales de Colorado, por lo que el empleador no incurrió en discriminación al despedirlo por consumo extralaboral de marihuana medicinal.³²³⁹

La decisión de *Coats v. Dish Network* podría tener influencia en numerosos estados que protegen el consumo de marihuana fuera del trabajo de diferente forma y prohíben acciones adversas del empleador por esta conducta extralaboral o por el estatus de paciente de marihuana medicinal; sin embargo, esta normativa podría ser ineficaz en el trabajo como consecuencia de la normativa federal que considera ilícita la marihuana.³²⁴⁰

³²³⁴ *Ross v. RagingWire Telecommunications, Inc.*, 174 P.3d 200, 203 (Cal. 2008)

³²³⁵ *Ross v. RagingWire Telecommunications, Inc.*, 174 P.3d 200, 206-207 (Cal. 2008).

³²³⁶ *Coats v. Dish Network*, 350 P.3d 849, 850 (Colo. 2015).

³²³⁷ *Coats v. Dish Network*, 350 P.3d 849, 851 (Colo. 2015). Ver COLO. REV. STAT. §24-34-402.5 (2007).

³²³⁸ *Coats v. Dish Network*, 350 P.3d 849, 853 (Colo. 2015).

³²³⁹ *Coats v. Dish Network*, 350 P.3d 849, 851 (Colo. 2015).

³²⁴⁰ ZEESE (2019), p. 968.

En 2010, en Oregon, que es uno de los estados que no prohíbe al empleador discriminar por la calidad de paciente registrado para utilizar marihuana medicinal o por su consumo fuera de la jornada laboral, se resolvió el caso *Emerald Steel Fabricators, Inc. v. Bureau of Labor & Industry*.³²⁴¹ Como en *Noffsinger*, el trabajador fue despedido por su empleador una semana después que reveló su estatus como un consumidor de marihuana medicinal autorizado por la ley estatal. La Corte Suprema de Oregon concluyó que se debe otorgar prevalencia a la ley federal sobre el estatuto de marihuana medicinal de Oregon. Esto se debe a que interpretó que el estatuto de marihuana medicinal no tiene disposición alguna que expresamente prohíba al empleador discriminar, por lo que debe aplicarse la CSA que considera ilegal el uso de la marihuana.³²⁴² De modo similar, en el estado de Michigan, la Corte de Apelaciones de Estados Unidos del Sexto Circuito resolvió que el despido de un trabajador consumidor de marihuana medicinal fuera del trabajo, por dar positivo de marihuana en un test de drogas, no es discriminatorio porque la ley de Michigan no protege a esos pacientes de las políticas laborales que prohíben las drogas, solamente los protege de acciones adversas del estado.³²⁴³

De manera similar a las decisiones en Oregon y Michigan, la Corte Suprema de Washington en *Roe v. TeleTech* confirmó el derecho del empleador de despedir a un trabajador paciente de marihuana medicinal por dar positivo de marihuana en un test de drogas, confirmando la decisión de la Corte de Apelaciones.³²⁴⁴ Desde 1998, la Washington State Medical Use of Marijuana Act (MUMA) ha otorgado una defensa afirmativa contra la persecución criminal de los médicos que prescriben marihuana medicinal y contra los pacientes calificados para el uso de marihuana medicinal.³²⁴⁵ Sin embargo, la Corte Suprema de Washington resolvió que la MUMA “no regula la conducta de un empleador privado ni protege a un trabajador de ser despedido debido al uso de marihuana medicinal” y agrega que “no proclama una política pública suficiente para que surja una acción por terminación errónea debido al uso de la marihuana medicinal”.³²⁴⁶ En

³²⁴¹ *Emerald Steel Fabricators, Inc. v. Bureau of Labor & Indus.*, 230 P.3d 518 (Or. 2010).

³²⁴² *Emerald Steel Fabricators, Inc. v. Bureau of Labor & Indus.*, 230 P.3d 529 (Or. 2010).

³²⁴³ *Casias v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 695 F. 3d 428, 27 A.D. Cas. (BNA) 18, 34 I.E.R. Cas. (BAN) 588 (6th Cir. 2012).

³²⁴⁴ *Roe v. TeleTech Customer Care Management (Colorado) LLC*, 171, Wash. 2d. 736, 257 P.3d 586, 24 A.D. Cas. (BNA) 1281, 32 I.E.R. Cs. (BNA) 638 (2011).

³²⁴⁵ ZEESE (2019), p. 973.

³²⁴⁶ *Roe v. TeleTech Customer Care Management (Colorado) LLC*, 171, Wash. 2d. 736, 257 P.3d 586, 24 A.D. Cas. (BNA) 1281, 32 I.E.R. Cs. (BNA) 638 (2011).

términos similares se pronunció un tribunal en Nuevo México, que consideró ajustado a derecho el despido de un trabajador por dar positivo de marihuana en un test de drogas debido al uso de marihuana medicinal, agregando que la marihuana permanece ilegal en la ley federal.³²⁴⁷

El 2018, en New Jersey, un estado donde se prohíbe al empleador discriminar al paciente habilitado para consumir marihuana medicinal, una corte federal resolvió que el uso de marihuana medicinal por parte de trabajadores no estaba protegido por la ley de marihuana medicinal ni por la ley contra la discriminación del estado. La corte concluyó que ni la Compassionate Use Medical Marijuana Act ni la Law Against Discrimination de New Jersey obligan a un empleador a renunciar a sus requerimientos que exigen a los trabajadores dar negativo en test de drogas, inclusive si esos test incluyen la marihuana.³²⁴⁸ El caso involucró un test de drogas posterior al accidente de un operador de maquinaria elevadora, quien le comunicó al empleador que daría positivo en el test porque usaba marihuana medicinal y medicamentos. El empleador le señaló que no podría volver a trabajar hasta que pasara el test de marihuana en orina. El trabajador demandó solicitando una acomodación razonable, en concreto, que el empleador renunciara al requerimiento de pasar un test de drogas por marihuana. La corte razonó que la marihuana permanece ilegal bajo la ley federal y, por lo tanto, la ley estatal de marihuana medicinal no puede otorgar protección laboral al trabajador que usa marihuana medicinal.

2.6. Test de drogas y prohibición de discriminación por consumo recreacional de marihuana fuera del lugar de trabajo

Existen al menos once estados –Alaska, California, Colorado, Illinois, Maine, Massachusetts, Michigan, Nevada, Oregon, Vermont y Washington–, el Distrito de Columbia y cuatro territorios de Estados Unidos que han legalizado el consumo recreacional de la marihuana fuera del lugar y la jornada de trabajo.³²⁴⁹ De esos estados, siete prohíben al empleador discriminar al trabajador o postulante debido al consumo recreacional de marihuana. En el año 2020, en South Dakota los ciudadanos aprobaron iniciativas de legalización del consumo medicinal y recreacional de

³²⁴⁷ *Garcia v. Tractor Supply Company*, 154 F. Supp. 3d 1225, 32 A.D. Cas. (BNA) 824 (D.N.M. 2016).

³²⁴⁸ *Cotto v. Ardagh Glass Packing, Inc.*, 2018 (D.N.J. 2018).

³²⁴⁹ ZEESE (2019), p. 982; HARTMAN (2021), disponible en: <https://www.ncsl.org/civil-and-criminal-justice/cannabis-overview> (consultada el 10 de mayo de 2023); ZEESE (2023), pp. 1104-1105.

marihuana; sin embargo, un tribunal estatal sostuvo que la iniciativa de legalizar la marihuana recreacional es inconstitucional,³²⁵⁰ lo que fue confirmado por la Corte Suprema de South Dakota.³²⁵¹

La ley de New Jersey prohíbe la discriminación por uso de marihuana recreacional al disponer que “el empleador no debe negarse a contratar o emplear a una persona, o despedir del trabajo o tomar una acción adversa contra cualquier trabajador en relación con la compensación, términos, condiciones u otros privilegios de empleo, porque esa persona fuma, vapea, aerosoliza o usa artículos de cannabis de otra forma, y un trabajador no debería estar sujeto a cualquier acción adversa del empleador debido a la presencia de metabolitos de marihuana en su cuerpo”.³²⁵² New York prohíbe la discriminación basada en el “uso legal de productos consumibles, incluyendo cannabis, en conformidad con la ley estatal” o por “actividades legales recreacionales, incluyendo cannabis, en conformidad con la ley estatal”.³²⁵³ La ley de Connecticut prohíbe la discriminación “ si un trabajador fuma, vapea, aerosoliza o usa de otra forma productos de cannabis”, a menos que el empleador “haya implementado una política prohibiendo la posesión, uso u otra forma de consumo de cannabis por parte del trabajador”.³²⁵⁴ La ley de Nevada prohíbe la discriminación “cuando el trabajador se involucra en el uso legal en este estado de cualquier producto [...] si ese uso no afecta negativamente la capacidad del trabajador para desempeñar su trabajo o la seguridad o de otros trabajadores”.³²⁵⁵ La ley de Rhode Island prohíbe, con una excepción estricta, la discriminación “solamente por el uso legal privado de cannabis por parte del trabajador [...] siempre y cuando el trabajador no haya estado ni esté trabajando bajo la influencia de cannabis”.³²⁵⁶ La ley de Montana prohíbe la discriminación “debido al uso legal individual de un producto legal”, que la ley define incluyendo la marihuana.³²⁵⁷ A partir del 1 de enero de 2024, California extiende similar protección a los trabajadores, desde que la Assembly Bill 2088, firmada en septiembre de 2022, modifica la California Fair Employment and Housing

³²⁵⁰ *Thom v Barnett*, 2021 WL 641590 (S.D. Cir. Ct. 2021).

³²⁵¹ *Thom v Barnett*, 2021, #29546 (S.D. Supreme Court, 2021).

³²⁵² N.J. STAT. ANN. § 24:6I-52(a)(1).

³²⁵³ N.Y. LAB. LAW § 201-d(2)(b)-(c).

³²⁵⁴ CONN. GEN. STAT. ANN. § 21a-422p(b)(1)-(2)(A).

³²⁵⁵ NEV. REV. STAT. ANN. § 613.333(1).

³²⁵⁶ R.I. GEN. LAWS § 21- 28.11-29(d).

³²⁵⁷ MONT. CODE ANN. § 39-2-313(1)-(2).

Act (FEHA) para prohibir la discriminación contra individuos basado en “un test de drogas requerido por el empleador” que detecta metabolitos de marihuana y no que el trabajador está bajo la influencia de las drogas en el lugar de trabajo.

Otros estados prohíben la discriminación por consumo de productos legales fuera de la jornada de trabajo y de la propiedad del empleador, como Illinois.³²⁵⁸

Sin perjuicio de la protección legal, cada uno de los estados con legislación vigente sobre marihuana recreacional permite a los empleadores aplicar políticas que prohíben al trabajador trabajar mientras está bajo la influencia de la marihuana y consumir marihuana durante la jornada de trabajo o en la propiedad del empleador.³²⁵⁹

En consecuencia, bajo la legislación de ciertos estados el resultado positivo de test de drogas que no acredita, aisladamente o en conjunto con otros medios de prueba, la incapacidad por marihuana mientras el trabajador está desempeñando su labor o el consumo de marihuana en las dependencias de la empresa, no puede utilizarse como fundamento de una acción adversa contra el trabajador, ya que lo prohíbe la legislación estatal antidiscriminación. De ahí que los test de drogas que detectan la mera presencia de marihuana no pueden usarse para adoptar una decisión perjudicial para el trabajador. Por ejemplo, la ley de Nevada indica que “es ilegal que cualquier empleador en este estado rechace o se niegue a contratar a un postulante a un trabajo porque se sometió a un test de drogas y el resultado del test indica la presencia de marihuana”.³²⁶⁰

Sin embargo, como se ha indicado anteriormente, la ley estatal sobre uso legal de la marihuana está en contradicción con la ley federal que la considera ilegal. Es por ello que algunos tribunales han rechazado la acción de discriminación cuando se ha despedido a trabajadores por uso de marihuana recreacional fuera del trabajo. En el año 2022, la Corte Suprema de Nevada resolvió una causa en que se invocaba la ley estatal, rechazando el argumento del trabajador acerca de que la frase “uso legal en este estado” significa “legal solamente bajo la ley estatal”, y concluyó que el estatuto se refiere el uso de productos legales tanto bajo la ley estatal como bajo la

³²⁵⁸ ZEESE (2019), p. 987.

³²⁵⁹ Véase: N.J. STAT. ANN. § 24:6I-52(b)(1)(a); N.Y. LAB. LAW § 201-d(4-a)(ii); CONN. GEN. STAT. ANN. § 21a-422p(a); NEV. REV. STAT. ANN. Nev. § 678D.510(1)(a); R.I. GEN. LAWS § 21-28.11-29(d)-(e); MONT. CODE ANN. § 16-12-108(4)(a)-(c).

³²⁶⁰ NEV. REV. STAT. ANN. § 613.132(1) (2020).

legislación federal; por lo tanto, al ser ilegal el consumo de marihuana bajo la ley federal, tampoco está protegido el consumo recreacional extralaboral por la ley antidiscriminación de Nevada.³²⁶¹ De esta forma, tribunales de otros estados podrían seguir una interpretación similar a la de la Corte Suprema de Nevada y no aplicar la ley estatal, dando preeminencia a la ley federal.

La doctrina ha hecho presente que el tratamiento diferenciado del consumo de marihuana extralaboral en la ley estatal y en la ley federal puede generar conflictos interpretativos y decisiones contradictorias en los diversos estados donde se ha legalizado la marihuana recreacional.³²⁶² Más aún cuando existen leyes federales que prohíben el consumo laboral y extralaboral de drogas a trabajadores que desempeñan labores sensibles para la seguridad.³²⁶³

2.7. Test de drogas y prohibición de discriminación en España

Se señala sin mayor análisis que el principio de igualdad y no discriminación es uno de los derechos que puede ser afectado por los test de drogas en el ordenamiento jurídico español.³²⁶⁴ Sin embargo, antes de la entrada en vigencia de la Ley 15/2022 existían dudas sobre si el derecho a la no discriminación protegía realmente a los postulantes a ofertas de trabajo y a trabajadores que consumen drogas recreacionalmente, con fines medicinales, que abusan de las drogas, o bien que son drogodependientes. Ello porque la prohibición de discriminación solo protegía a personas que tienen alguno de los atributos protegidos enumerados taxativamente en los artículos 14 de la CE, 17.1 del ET y la Directiva 2000/78, entre los que no se encuentra ninguno relacionado directamente con las drogas.³²⁶⁵ Ni siquiera la drogodependencia, que es una enfermedad, formaba parte de alguno de los atributos protegidos por la normativa antidiscriminación.³²⁶⁶

³²⁶¹ *Ceballos v. NP Palace, LLC*, N° 82797 (Nev. 2022); ZEESE (2023), p. 1108.

³²⁶² ZEESE (2019), p. 982; CORK (2022), pp. 594-596.

³²⁶³ 41 U.S.C. §§ 8102(a), 8103(a). Véase: CORK (2022), pp. 596-601.

³²⁶⁴ FERNÁNDEZ (2015), p. 264.

³²⁶⁵ PÍREZ (2018), p. 90.

³²⁶⁶ PÍREZ (2018), p. 90. “Es preciso distinguir, como destaca el médico forense, Orós Muruzabal, entre el que abusa de las drogas, el dependiente y el adicto. La condición de drogodependiente queda reservada, según la OMS, para el que reúne las tres condiciones siguientes: a) un deseo invencible o una necesidad de continuar consumiendo drogas, b) una tendencia a aumentar la dosis progresivamente, c) una dependencia de origen psíquico y a veces físico, a consecuencia de la droga”. Cfr.: GOÑI Y RODRÍGUEZ (2015), p. 115.

Como se expuso en el capítulo II, existe jurisprudencia que consideraba que algunas acciones laborales adversas fundadas en cierto tipo de enfermedades podrían dar lugar a la vulneración del derecho a la no discriminación. Jurisprudencia que es necesario examinar brevemente para determinar si la decisión empresarial adversa contra un trabajador que abusa de las drogas o es drogodependiente, fundada en un test de drogas, vulnera la prohibición de discriminación en España o no.

El TS reconoce que una enfermedad con incapacidad temporal podría dar lugar a una discriminación y sostiene que para determinar si el despido de un trabajador fundado en una situación de incapacidad configura una discriminación, es necesario que la enfermedad sea tomada por el empleador como elemento de segregación, basándose en la mera existencia de esta o en la estigmatización de quien la padece.³²⁶⁷ De manera similar, el TC sostiene: “No cabe duda de que el estado de salud del trabajador, o más propiamente, su enfermedad, puede, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el artículo 14 de la CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contempladas en el mismo [...] así ocurrirá singularmente, cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato”.³²⁶⁸

Si bien el Tribunal de Justicia de la Unión Europea proporciona una solución similar al TS y el TC, el razonamiento utilizado es diferente ya que distingue entre enfermedad y discapacidad, y excluye, en principio, de la protección de la Directiva N° 2000/78/CE de 27/11/2000, la enfermedad.³²⁶⁹ Sin embargo, después ha sostenido que excepcionalmente la enfermedad, más precisamente la enfermedad de largo plazo (dolencias físicas, mentales o psíquicas) que impida al trabajador participar de forma plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores mediante la imposición de barreras (culturales, sociales

³²⁶⁷ STS de 03 de mayo 2016, Recurso N° 3348/2014.

³²⁶⁸ STC, 26 de mayo de 2008, N° 62/2008.

³²⁶⁹ STJUE de 11/06/2006, asunto C-13/05.

o económicas), sí se vería alcanzada por el marco protector de la citada directiva, pudiendo originar una discriminación laboral por discapacidad si esa enfermedad de largo plazo es el fundamento de una acción adversa contra el trabajador que la padece.³²⁷⁰

El TJUE asimila las enfermedades de largo plazo dentro del concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78 y excluye de su protección a las enfermedades transitorias, sin discapacidad. En cambio, el TS y el TC no consideran las enfermedades, temporales o permanentes, dentro de la discapacidad, para reconocer que podrían dar lugar a una discriminación ilegal.

Recurriendo a la interpretación del TJUE, la drogodependencia de largo plazo podría fundar una acción de discriminación basada en la discapacidad, cuando el trabajador que la padece sufre una acción adversa empresarial por esa enfermedad. El problema que se presenta es que la drogodependencia no se considera, por regla general, incapacitante, enfermedad de largo plazo, salvo que se trate de situaciones crónicas de muy difícil tratamiento. Se señala: “Para calificar el grado de incapacidad permanente, se exige, ante todo, que el trabajador haya seguido un tratamiento o proceso rehabilitador; en segundo lugar, que una vez sea dado de alta, la sintomatología que presenta sea de suficiente entidad como para limitar o anular la capacidad para el trabajo encomendado (por falta de precisión o de rendimiento o por generar riesgo importante), y en tercer lugar, que las secuelas sean persistentes en el tiempo o definitivas”.³²⁷¹ Estas exigencias han llegado a negar que el trabajador rehabilitado o en proceso de tratamiento padezca una enfermedad con lesiones permanentes,³²⁷² lo que excluiría la drogodependencia de la discapacidad bajo la Directiva 2000/78.

Más flexible es la situación bajo la jurisprudencia del TS y del TC, puesto que el trabajador que es drogodependiente, ya sea temporal o permanente, podría alegar discriminación por drogodependencia cuando el empleador toma una acción adversa en su contra basado en dicha enfermedad.³²⁷³

³²⁷⁰ STJUE de 11 de abril 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11; STJUE de 18 diciembre de 2014, asunto C-449/13.

³²⁷¹ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2015), pp. 115-116.

³²⁷² STSJ Asturias, 12 de enero de 2001, JUR 2001, 98291; GOÑI Y RODRÍGUEZ (2015), p. 116.

³²⁷³ PÍREZ (2018), p. 90.

No obstante los esfuerzos interpretativos señalados, lo cierto es que el consumo abusivo de drogas, inclusive la drogodependencia, “rara vez son considerados desde la perspectiva de la salud laboral y aparecen asociados a comportamientos voluntarios, responsabilizando de los mismos a los propios trabajadores consumidores o dependientes”.³²⁷⁴ Inclusive, el Estatuto de los Trabajadores legitima el poder disciplinario del empleador ante trabajadores drogodependientes y permite el despido disciplinario, al regular como causa de despido disciplinario “la embriaguez habitual o toxicomanía, si repercuten negativamente en el trabajo” (artículo 52.2, f) del ET).³²⁷⁵ La jurisprudencia entiende configurada esta causal si existe drogodependencia o adicción a las drogas por parte del trabajador,³²⁷⁶ aunque existe otra jurisprudencia que estima no configurada la culpabilidad que exige dicha causal de derecho disciplinario en caso de ser drogodependiente el trabajador.³²⁷⁷

La gran crítica que se le hace a la causal de despido disciplinario en cuestión es que no se debería aplicar respecto de los drogodependientes, ya que no existe voluntariedad una vez que se adquiere la enfermedad.³²⁷⁸ Además, que vulneraría el derecho a la no discriminación, al fundarse más bien en una enfermedad del trabajador, la drogodependencia.³²⁷⁹ Se reforzaría esta posición con el actual artículo 2.1 de la Ley 15/2022, que prohíbe la discriminación por razón de “enfermedad o condición de salud”. Por lo tanto, independientemente de que la drogodependencia sea o no una discapacidad, es sin duda una enfermedad y, por lo tanto, el trabajador no debería sufrir una discriminación por padecerla.

En consecuencia, se puede observar que luego de la entrada en vigencia de la Ley 15/2022, la drogodependencia está protegida por el derecho a la no discriminación en España, por lo que

³²⁷⁴ GOÑI Y RODRÍGUEZ (2015), p. 116.

³²⁷⁵ Para un estudio de esta causal véanse, entre otros: FITA (1997), pp. 171-185; NORES (2004), pp. 277-288; FERNÁNDEZ (2013), pp. 135-162; FERNÁNDEZ (2015), pp. 164-225; PÍREZ (2018), pp. 86-96.

³²⁷⁶ STSJ de la Comunidad Valenciana, 02 de diciembre de 2009, Recurso N° 2741/2006; STSJ del País Vasco, 12 de diciembre de 2000, Recurso N° 2630/2000; STSJ de Andalucía, 09 de enero de 2003, Recurso N° 1853/2002; STSJ de Cataluña, 10 de febrero de 2011, Recurso N° 6788/2010; STSJ de Murcia, 05 de noviembre de 2011, Recurso N° 746/2012.

³²⁷⁷ FERNÁNDEZ (2013), pp. 145-146.

³²⁷⁸ FERNÁNDEZ (2013), pp. 145-146; PÍREZ (2018), pp. 89-90. Para un estudio exhaustivo sobre las razones para eliminar la causal de despido del artículo 52.2, f) del ET véase FITA (2006), pp. 171-185.

³²⁷⁹ FITA (1997), pp. 180-181; PÍREZ (2018), pp. 89-90.

sería dudoso que pudiera ser fundamento del despido disciplinario, ya que podría considerarse discriminatorio por razón de enfermedad o condición de salud.

2.8. Crítica a la interpretación de la legislación antidiscriminación vigente en Australia, Estados Unidos y España con base en la experiencia canadiense

En Australia, ni el abuso de drogas ni la drogodependencia están protegidos por la ley antidiscriminación federal ni estatal, ni siquiera como parte de la discapacidad que sí es un atributo protegido por el derecho a la no discriminación.³²⁸⁰ En Estados Unidos, salvo, a nivel federal, la drogodependencia pasada que ha sido o está siendo tratada y, a nivel estatal, el consumo medicinal y recreacional de la marihuana, la drogodependencia presente no está protegida por la legislación antidiscriminación. En España, la drogodependencia estaría protegida por la legislación antidiscriminación (Ley 15/2022) al ser considerada una enfermedad y, si reúne sus exigencias, una discapacidad.

La crítica que se hace es si bajo la actual legislación de las jurisdicciones analizadas podría incluirse dentro de la discapacidad o la enfermedad la adicción actual a las drogas o el consumo ocasional de drogas que el empleador considere como adicción. La respuesta es que sí se podría, y para demostrar esta posibilidad se recurrirá a la legislación y jurisprudencia canadienses.

La discapacidad es un motivo prohibido de discriminación en cada provincia canadiense³²⁸¹ y en la Canadian Human Rights Act, que es una norma federal.³²⁸² El uso y abuso de drogas, la drogadicción, el abuso de sustancias y la dependencia de sustancias no son motivos expresamente prohibidos de discriminación en la mayoría de las provincias canadienses. Solamente Nova Scotia,³²⁸³ Nunavut³²⁸⁴ y la jurisdicción federal³²⁸⁵ definen expresamente la dependencia de las drogas como una discapacidad.³²⁸⁶ A pesar de la disparidad de regulación, las

³²⁸⁰ REES *et al.* (2018), pp. 332 y ss.

³²⁸¹ KEITH (2020), p. 101.

³²⁸² CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION (2020), pp. 3-4.

³²⁸³ Human Rights Act, R.S.N.S. 1989, c. 214, s. 3(1)(vii), discapacidad incluye dependencia real o percibida de las drogas o el alcohol.

³²⁸⁴ Human Rights Act, S.Nu. 2003, c. 12, s. 1, discapacidad incluye dependencia previa, actual o percibida del alcohol o una droga.

³²⁸⁵ Canadian Human Rights Act. R.S.C. 1985, c. H-6, s. 25, discapacidad incluye dependencia previa o actual del alcohol o una droga.

³²⁸⁶ KEITH (2020), p. 101.

comisiones de derechos humanos de cada provincia han publicado guías o políticas que afirman que las adicciones al alcohol o las drogas son discapacidades. De esta forma, se trate de abuso de sustancias o de dependencia de las drogas, ambas son consideradas discapacidades en la legislación de derechos humanos, y esto no es actualmente materia de discusión en Canadá.³²⁸⁷ Las cortes, los árbitros, los tribunales de derechos humanos, todos sostienen que el abuso de drogas y la dependencia de drogas, sea actual o pasada, son discapacidades.³²⁸⁸

También los consumidores casuales de drogas fuera de la jornada de trabajo podrían estar protegidos por la ley antidiscriminación en Canadá, cuando el empleador los percibe o cree que son discapacitados, considerándolos abusadores de drogas. Incluso en jurisdicciones donde la discapacidad percibida no es expresamente mencionada en la legislación, la Corte Suprema de Canadá ha sostenido que aquellos que no son discapacitados, pero son percibidos como discapacitados, tienen derecho a la protección bajo la legislación que prohíbe la discriminación por discapacidad.³²⁸⁹

En *Entrop* se comprobó que las políticas de alcohol y drogas del empleador trataban a los consumidores casuales o recreacionales como si fueran abusadores de sustancias.³²⁹⁰ Esto llevó a la Corte de Apelaciones de Ontario a concluir que el despido fue discriminatorio por discapacidad: “Aunque ni el bebedor social ni el consumidor casual de drogas son abusadores de sustancias y, por lo tanto, no son discapacitados, Imperial Oil cree que ellos son abusadores de sustancias para los fines de la política. En otras palabras, Imperial Oil considera que cualquier persona que testea positivo en el test de drogas previo al empleo o en un test de drogas o alcohol aleatorio es un abusador de sustancias. Debido a que tanto el abusador de sustancias percibido como actual es incluido en la definición de discapacitado bajo el Código, cualquiera que testea

³²⁸⁷ CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION (2020), pp. 3-4; KEITH (2020), p. 102.

³²⁸⁸ *Entrop v. Imperial Oil Ltd.*, (2000), O.J. N° 2689, 50 O.R. (3d), 18-89 (Ont. C.A.); *Milazzo v Autocar Connaissanceur* (2003) 47 C.H.R.R. D/468.

³²⁸⁹ *Quebec (Commission des droits de la pesonne et des droits de la jeunesse) v. Montreal; Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Boisbriand (City)* (2000) S.C.J. N° 24, (2000) 1 S.C.R. 665 (S.C.C.).

³²⁹⁰ *Entrop v. Imperial Oil Ltd.*, (2000), O.J. N° 2689, 50 O.R. (3d), 90 (Ont. C.A.).

positivo bajo las disposiciones sobre test de alcohol y drogas de la política tiene derecho a la protección de la s. 5 del Código”.³²⁹¹

De esta forma, si bajo la normativa antidiscriminación canadiense el empleador toma una acción adversa contra un trabajador que consume casualmente drogas con fines recreacionales, equiparándolo con un abusador de sustancias, incurre en discriminación por discapacidad.³²⁹²

Al ser el abuso de drogas y la drogodependencia una discapacidad, el empleador debe cumplir el deber de ajuste razonable respecto de los trabajadores que sean abusadores de drogas o drogodependientes, en los mismos términos que cualquier otra discapacidad.³²⁹³

La interpretación que hace la jurisprudencia canadiense de su normativa antidiscriminación podría ser seguida por la jurisprudencia de las jurisdicciones analizadas para concluir que la drogodependencia actual y la consideración de un trabajador como drogodependiente por parte del empleador es una discapacidad y, sin lugar a dudas, una enfermedad. La discapacidad está protegida por la legislación antidiscriminación australiana, estadounidense y española, en la que se incluye la enfermedad que cumple las exigencias de la discapacidad; y la enfermedad está protegida por la legislación antidiscriminación española como un atributo independiente de la discapacidad.

³²⁹¹ *Entrop v. Imperial Oil Ltd.*, (2000), O.J. N° 2689, 50 O.R. (3d), 92 (Ont. C.A.).

³²⁹² *Alberta (Human Rights and Citizenship Commission) v. Elizabeth Métis Settlement* (2003) A.J. N° 484, 2003, ABQB 342 (Alta. Q.B.); *Milazzo v. Autocar Connaissanceur Inc.*, (2003) C.H.R.D. N° 24, 2003 CHRT 37 (C.H.R.T.).

³²⁹³ CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION (2020), pp. 9-11; KEITH (2020), pp. 108-118.

CAPÍTULO IV: LOS EXÁMENES GENÉTICOS EN EL TRABAJO

I. Introducción

El Proyecto del Genoma Humano (PGH), que comenzó en la década de 1990, ha permitido analizar los genes que forman parte del genoma humano. El PGH ha sido un instrumento crucial en la identificación de un número significativo de genes responsables de varias enfermedades, entre ellas, el glaucoma, el cáncer de colon y la fibrosis quística. Además, ha permitido el desarrollo de una cantidad creciente de test que permiten detectar enfermedades o riesgos de enfermedades debido a los genes de cada persona.³²⁹⁴

El acceso por parte del empleador a información genética de candidatos al empleo y de trabajadores o de familiares le permitiría conocer qué trabajadores tienen mayores probabilidades de enfermarse y de qué tipo de enfermedades, qué trabajadores tienen mayores probabilidades de tomar licencias médicas durante la vigencia del contrato de trabajo y qué trabajadores tienen más posibilidades de estresarse en el trabajo.³²⁹⁵ Esto constituye una amenaza real, porque los empleadores tienen un interés considerable no solo en la salud actual, sino también en la salud futura de la planilla de trabajadores de la empresa.³²⁹⁶ La naturaleza del negocio y de la fuerza laboral determinará la información de salud específica en que tenga interés la empresa. Sin embargo, en términos generales, se considera que una planilla de trabajadores saludables será más productiva; tendrá menos ausentismo y rotación; ocasionará menos riesgos de demandas de compensación por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; causará menos solicitudes de beneficios por desempleo; producirá menos costos en salud; tendrá menos riesgos de discapacidad y de solicitudes de acomodación razonable; solicitará menos licencias médicas; causará menos infracciones a la legislación sobre seguridad y salud ocupacionales.³²⁹⁷

La privacidad y el derecho a la no discriminación se encuentran amenazados si se permitiera al empleador un acceso ilimitado a la información genética de sus trabajadores, con el propósito de conocer la salud futura de la fuerza laboral. Es por ello que legislaciones como la Genetic

³²⁹⁴ MAINSBRIDGE (2002), p. 63.

³²⁹⁵ AREHEART Y ROBERTS (2019), p. 714.

³²⁹⁶ MEHLMAN *et al.* (2020), p. 566.

³²⁹⁷ MEHLMAN *et al.* (2020), p. 566.

Information Nondiscrimination Act de 2008 (GINA),³²⁹⁸ que es una ley federal estadounidense, como regla general prohíben que el empleador pueda acceder a la información genética y discriminar a partir de ella, limitando, por tanto, la procedencia de los test genéticos.³²⁹⁹ Asimismo, numerosos estados norteamericanos contienen prohibiciones similares con el propósito de restringir el acceso del empleador a información genética y su uso para decisiones laborales.³³⁰⁰

En España, en cambio, aunque la doctrina ha analizado los riesgos para los derechos de los trabajadores si el empleador accede a su información genética, no existe una normativa doméstica robusta que restrinja y regule esta materia, por lo cual es la normativa internacional la que se ocupa de la problemática y, en menor medida, la legislación doméstica.³³⁰¹ En Australia tampoco existe una legislación como la norteamericana que se ocupe de la información genética y los test genéticos en el ámbito laboral; por consiguiente, se ha recurrido a la legislación antidiscriminación que prohíbe la discriminación por discapacidad y a la normativa de protección de la privacidad para establecer ciertos límites, los que se consideran insuficientes.³³⁰²

En el presente capítulo se examinará: (1) la regulación existente sobre la información genética y los test genéticos en el trabajo en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos, Australia y España, considerando esencialmente la normativa que rige en todo el territorio nacional, sin perjuicio de citar ocasionalmente legislación que rige en un sector del territorio; (2) cuáles son las prohibiciones que tiene el empleador sobre el acceso y la gestión de la información genética; (3) cuándo el empleador puede acceder lícitamente a información genética de sus trabajadores y familiares, y (4) la forma en que el empleador debe gestionar la información genética. De esta forma, se realizará un análisis focalizado en los principales problemas jurídicos que plantean los test genéticos en el trabajo como consecuencia de la constante tensión entre los intereses empresariales y los derechos de no discriminación y privacidad de la persona trabajadora.

³²⁹⁸ Genetic Information Nondiscrimination Act 2008, Pub. L. No. 110-233, 122 Stat. 881 (codificada y enmendada en disposiciones dispersas en 29 & 42 U.S.C.).

³²⁹⁹ AREHEART Y ROBERTS (2019), pp. 716-718; MEHLMAN *et al.* (2020), p. 576.

³³⁰⁰ KAUFMANN (1999), pp. 433-436; VACCHIO Y WOLINSKY (2011), pp. 243-247.

³³⁰¹ CALVO (2008), pp. 3-18.

³³⁰² MAINSBRIDGE (2002), pp. 68-69.

Asimismo, cada uno de estos aspectos será examinado aludiendo a las pruebas genéticas, en particular, y a la información genética, en general, en el ámbito laboral.

La discusión incluirá no solo la regulación doméstica existente, también examinará la doctrina y la interpretación que efectúan los tribunales de justicia y las agencias reguladoras sobre la regulación doméstica, que es escasa, especialmente en Australia y España. Además, se analizarán declaraciones y tratados internacionales que se ocupan de la información genética emanados de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y de instituciones europeas, a fin de enjuiciar críticamente las legislaciones estudiadas y examinar si regulan adecuadamente o no los test genéticos en el ámbito laboral.

II. Test genéticos e información genética

Desde un punto de vista médico, los test genéticos son uno de los medios, no el único, para obtener información genética. “Los test genéticos examinan el ADN (ácido desoxirribonucleico), el ARN (ácido ribonucleico) de una persona o proteínas asociadas, con el propósito de determinar la existencia o predisposición a una enfermedad particular”.³³⁰³ Involucran el análisis de material genético, que se puede obtener, por ejemplo, de una gota de sangre, de una muestra de saliva o de una muestra de piel.³³⁰⁴ Sus resultados proporcionan información genética de una persona, aunque existen otros medios menos invasivos que cumplen igual o similar función, por ejemplo, la historia médica de una persona o de un grupo familiar.³³⁰⁵

Generalmente los test genéticos se clasifican en test de diagnóstico y test predictivos. Los primeros permiten determinar o confirmar las causas genéticas de una enfermedad que padece actualmente una persona, cuyos síntomas ya se han manifestado.³³⁰⁶ Los segundos determinan la posibilidad de que una persona, que no tiene actualmente síntomas de una enfermedad particular, desarrolle una enfermedad en algún momento en el futuro producto de la predisposición genética.³³⁰⁷ La enfermedad podría desarrollarse o no, ya que esto no solo

³³⁰³ MAINSBRIDGE (2002), p. 63.

³³⁰⁴ MAINSBRIDGE (2002), p. 63.

³³⁰⁵ MAINSBRIDGE (2002), p. 63.

³³⁰⁶ MAINSBRIDGE (2002), p. 64; SÁNCHEZ (2005), p. 13; PALAVECINO (2005), pp. 29-30.

³³⁰⁷ MAINSBRIDGE (2002), p. 64; SÁNCHEZ (2005), p. 13; PALAVECINO (2005), pp. 29-30.

depende de la predisposición genética, sino también de los hábitos de la persona y del ambiente; de este modo, los test predictivos no garantizan con certeza si se contraerá una enfermedad o no, tan solo indican si una persona tiene predisposición genética para contraerla o no.³³⁰⁸ Además de los test genéticos de diagnóstico y predictivos, se encuentra el análisis forense o pericial del ADN, cuyo “único objetivo radica en encontrar y determinar una coincidencia entre dos o más muestras de ADN, sin pretender efectuar diagnóstico alguno sobre quien se somete a la prueba, ni revelar, por lo tanto, información de ningún tipo a partir de la cual poder identificar la constitución genética de la persona”.³³⁰⁹

La información genética permite determinar la susceptibilidad genética de un individuo a diferentes situaciones con base, solamente, en el análisis de su información genética. De este modo, pueden predecirse potenciales problemas de salud futuros y desórdenes conductuales, para lo cual tienen un papel crucial los test genéticos predictivos.³³¹⁰

Desde el punto de vista legal, resulta esencial determinar qué se entiende por test genéticos e información genética, porque los test y la información genética determinan la aplicación de la legislación que regula la información genética y su protección en el trabajo.

1. Test genéticos

Solamente en Estados Unidos se definen en la GINA los test genéticos; en cambio, en Australia y España no existe una regulación específica en su legislación doméstica que defina las pruebas genéticas, pero sí en la normativa internacional que, al menos, constituye *soft law* que resulta relevante examinar para determinar qué concepto de test genético podría utilizarse en su normativa doméstica.

1.1. Los test genéticos en el trabajo en Estados Unidos

La GINA define el test genético del siguiente modo: “El término ‘test genético’ significa un análisis del ADN humano, ARN, cromosomas, proteínas o metabolitos, que detecta genotipos,

³³⁰⁸ SÁNCHEZ (2005), p. 13.

³³⁰⁹ FERNÁNDEZ (1999), p. 62.

³³¹⁰ KAUFMANN (1999), p. 397.

mutaciones o cambios cromosómicos”³³¹¹, precisando que “el término ‘test genético’ no significa un análisis de proteínas o metabolitos que no detecta genotipos, mutaciones o cambios cromosómicos”.³³¹²

La definición legal de test genéticos ha sido examinada por los tribunales y cortes norteamericanos en un par de casos, rechazando la demanda que invoca infracción de la GINA porque el empleador requirió a un candidato a empleo un test o examen, fundándose la decisión judicial en que el test solicitado no era realmente genético, puesto que son estas pruebas y no otras las que revelan información genética protegida por la GINA.³³¹³ De esta forma, los tribunales estadounidenses han sostenido que los test de drogas,³³¹⁴ los test de VIH³³¹⁵ y las evaluaciones biométricas³³¹⁶ no son test genéticos porque no analizan material genético. Otra información médica, como la que revela una enfermedad o discapacidad que actualmente padece la persona, está protegida por otra normativa, por ejemplo, la ADA, pero no por la GINA.³³¹⁷

Si bien las evaluaciones biométricas, los exámenes de colesterol y de presión arterial, frecuentemente utilizados en el trabajo, proporcionan información médica, no son de naturaleza genética.³³¹⁸ Dichos exámenes son particularmente comunes en los programas de bienestar que los empleadores ponen a disposición de los trabajadores y sus familias. Algunos trabajadores han intentado impugnar los exámenes biométricos pues, en su opinión, requieren información médica que viola la GINA, pero estas demandas han sido rechazadas por no ser test genéticos tales exámenes.³³¹⁹ Las demandas podrían surgir cuando los trabajadores sienten que están obligados a formar parte de un programa de bienestar voluntario, porque sus empleadores les ofrecen un mayor subsidio en sus seguros *prémium* a cambio de participar. Asimismo, podrían surgir

³³¹¹ Genetic Information Nondiscrimination Act 2008 § 201(7)(A), 42 U.S.C. § 2000ff(7)(A).

³³¹² Genetic Information Nondiscrimination Act 2008 § 201(7)(B), 42 U.S.C. § 2000ff(7)(B).

³³¹³ AREHEART Y ROBERTS (2019), pp. 734-735.

³³¹⁴ *Lewis v. Gov't of the D.C.*, 161 F. Supp. 3d 15, 33 (D.D.C. 2015).

³³¹⁵ *Hoffman v. Family Dollar Stores, Inc.*, 99 F. Supp. 3d 631, 637 (W.D.N.C. 2015).

³³¹⁶ *Ortiz v. City of San Antonio Fire Dep't*, 806 F.3d 822, 824, 826 (5th Cir. 2015), que sostiene que un examen médico que incluye historial médico, examen físico, análisis de sangre, análisis de orina, test de la vista, test de audición, test de capacidad pulmonar, radiografía de tórax y test de esfuerzo no cae bajo la definición de test genético de GINA. En el mismo sentido: *Fuentes v. City of San Antonio Fire Dep't*, 240 F. Supp. 3d 634, 644 (W.D. Tex. 2017).

³³¹⁷ AREHEART Y ROBERTS (2019), p. 735.

³³¹⁸ AREHEART Y ROBERTS (2019), p. 735.

³³¹⁹ AREHEART Y ROBERTS (2019), p. 735.

controversias cuando el empleador requiere legalmente a sus trabajadores que participen en un programa de bienestar que no busca información genética o vinculada a una discapacidad.³³²⁰

El fundamento para rechazar que los exámenes biométricos, los test de drogas y los test de VIH no son test genéticos radica en que no involucran “un análisis del ADN, ARN, cromosomas, proteínas o metabolitos humanos, que detecte genotipos, mutaciones o cambios cromosómicos”.³³²¹

La definición legal de test genéticos no se atiene al propósito que se persigue con ellos, sino al hecho de que proporcionen información genética. Uno de los casos más relevantes es *Lowe v. Atlas Logistics*,³³²² también conocido como el caso del “defecador tortuoso”.³³²³ Cuando una compañía descubrió que un trabajador descontento estaba defecando en su almacén, ordenó a dos posibles sospechosos someterse a un test genético a fin de comparar sus resultados con las heces encontradas. Dichos trabajadores demandaron al empleador por vulneración de su privacidad como consecuencia de infracción de la GINA. El demandado alegó que la GINA no debía aplicarse porque solamente cubría los test genéticos médicos, pero no abarcaba los test genéticos forenses. El tribunal rechazó esta construcción estrecha al sostener que la GINA cubre tanto los test genéticos médicos como no médicos y abarca test genéticos no predictivos, incluyendo análisis forenses, de paternidad y ascendencia, todos los cuales proporcionan información genética; por lo tanto, acogió la demanda de infracción de la privacidad ya que el empleador requirió a los trabajadores demandantes información genética no permitida por la GINA.³³²⁴

Además de definir test genéticos, la GINA define monitoreo genético, esto es, los test genéticos periódicos de vigilancia que persiguen determinar si existen cambios genéticos producto del trabajo o del lugar de trabajo, señalando al respecto: “El término ‘monitoreo genético’ significa la examinación periódica de los trabajadores para evaluar las modificaciones adquiridas en su material genético, tales como daño cromosómico o evidencia del aumento de ocurrencia de

³³²⁰ *Ortiz v. City of San Antonio Fire Dep’t*, 806 F.3d 822, 824, 826 (5th Cir. 2015).

³³²¹ AREHEART Y ROBERTS (2019), p. 735.

³³²² *Lowe v. Atlas Logistics Grp. Retail Servs.*, 102 F. Supp. 3d 1360, 1361 (N.D. Ga. 2015).

³³²³ AREHEART Y ROBERTS (2019), p. 752.

³³²⁴ *Lowe v. Atlas Logistics Grp. Retail Servs.*, 102 F. Supp. 3d 1360, 1361 (N.D. Ga. 2015).

mutaciones, que podrían haber desarrollado en el curso del empleo debido a la exposición a sustancias tóxicas en el lugar de trabajo, con el propósito de identificar, evaluar y responder a dichos efectos, o controlar las exposiciones ambientales adversas en el lugar de trabajo”.³³²⁵

1.2. Los test genéticos en el trabajo en Australia

En Australia no existe definición legal ni regulación de los test genéticos, ya sea en términos generales o de aplicación exclusiva al trabajo.³³²⁶ A pesar de la ausencia de regulación, se ha constatado su utilización en el trabajo bajo la forma de test genéticos de diagnóstico o predictivos, en la etapa precontractual y durante la vigencia del contrato de trabajo.³³²⁷ Su utilización es bastante menor que en Estados Unidos; una de las causas para que esto sea así es que en Australia el empleador no proporciona seguros de salud a sus trabajadores y miembros del grupo familiar, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, donde los empleadores otorgan frecuentemente seguros de salud como beneficio a sus trabajadores.³³²⁸

En una investigación del año 2003, para analizar una posible reforma a la legislación a fin de regular la información genética, su protección y prohibición de discriminación genética, la Australian Law Reform Commission determinó que ciertas empresas exigían a los candidatos a empleos y a sus trabajadores test genéticos, pero de forma limitada.³³²⁹

En ciertas oportunidades se ha detectado el uso de test genéticos obligatorios previo al empleo. En 2001 se reportó que la Junta de Artes Marciales y Boxeo Profesional del estado de Victoria propuso pruebas genéticas a todos los boxeadores profesionales como condición para obtener la licencia de boxeo en Victoria, con el objeto de determinar si tenían una mutación genética que los hiciera más susceptibles al “síndrome de la borrachera”. La Junta estaba preocupada porque podría ser responsable de indemnizar perjuicios si permitía que pelearan boxeadores con una predisposición genética al “síndrome de la borrachera”.³³³⁰ Otro caso está vinculado a un servicio

³³²⁵ Genetic Information Nondiscrimination Act 2008 § 201(5), 42 U.S.C. § 2000ff(5).

³³²⁶ MAINSBRIDGE (2002), pp. 71-72.

³³²⁷ AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION (2003), pp. 762-763; TAYLOR *et al.* (2007), pp. 77-78.

³³²⁸ MAINSBRIDGE (2002), p. 67.

³³²⁹ AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION (2003), p. 764.

³³³⁰ AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION (2003), p. 764.

público que requirió a los postulantes a ofertas de trabajo someterse a un test genético, en el que debían arrojar negativo en el test de poliposis adenomatosa familiar.³³³¹

Asimismo, se ha detectado el uso de test genéticos por parte del Servicio de Policía de Tasmania en postulantes a policía y en policías, a fin de eliminar su material genético como posible contaminante en escenas del crimen; estos test son voluntarios en Tasmania.³³³² También las Fuerzas de Defensa australianas utilizan test genéticos, de forma voluntaria, para fines de identificación de su personal.³³³³

1.3. Los test genéticos en el trabajo en España

En la legislación española no existe una definición de pruebas genéticas en general, ni tampoco en el ámbito laboral. Ni siquiera hay una mención expresa en la legislación de prevención de riesgos laborales sobre los test genéticos.³³³⁴ Tampoco en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, que es el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), se encuentra una definición de test genéticos.

La doctrina, con base en la ciencia, indica que la prueba genética “proporciona una información valiosa en relación con el ADN humano, las características hereditarias de las personas y los genes responsables de la aparición de determinadas enfermedades, lo que adquiere gran interés para la empresa desde distintos puntos de vista”.³³³⁵ También se reconoce que estas pruebas pueden ser de dos tipos: test de diagnóstico, que persiguen determinar las causas genéticas de enfermedades ya manifestadas,³³³⁶ y test predictivos, que permiten identificar las condiciones genéticas que podrían provocar una predisposición a sufrir enfermedades en el futuro.³³³⁷

Otra clasificación de los test genéticos en doctrina es la que distingue entre análisis forense o pericial del ADN, pruebas de seguimiento genético y pruebas de control genético.³³³⁸ Los

³³³¹ MAINSBRIDGE (2002), p. 70.

³³³² AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION (2003), p. 765.

³³³³ AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION (2003), p. 765.

³³³⁴ CALVO (2008), p. 13.

³³³⁵ GOÑI (2009), p. 77.

³³³⁶ SÁNCHEZ (2005), p. 13.

³³³⁷ SÁNCHEZ (2005), p. 13; GOÑI (2009), p. 77.

³³³⁸ FERNÁNDEZ (1999), pp. 62-67.

primeros persiguen encontrar coincidencia entre dos o más muestras de ADN, sin proporcionar información adicional.³³³⁹ Las pruebas de seguimiento genético buscan determinar si la persona presenta o no daños genéticos, mutaciones genéticas por el entorno, por exposición a agentes o sustancias del medio ambiente.³³⁴⁰ Las prueba de control genético son aquellas que permiten predecir si una persona tiene mayor o menor tendencia que lo normal a contraer enfermedades producto de su ADN.³³⁴¹

1.4. Los test genéticos en el trabajo en la normativa internacional

Existen algunas normas internacionales no obligatorias para los Estados que han definido los test genéticos.³³⁴² Estas normas pueden servir a las legislaciones que no los han definido ni regulado expresamente, sea para interpretar su actual normativa o bien para regular y definir expresa y específicamente en el futuro los test genéticos. La UNESCO, en el artículo 2 (xii) de la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos de 16 de octubre de 2003 (Declaración UNESCO 2003), define las pruebas genéticas como “un procedimiento destinado a detectar la presencia, ausencia o modificación de un gen o cromosoma en particular, lo cual incluye las pruebas indirectas para detectar un producto génico u otro metabolito específico que sea indicativo, ante todo, de un cambio genético determinado”. Esta definición, al igual que la de la mayoría de las legislaciones domésticas que han definido los test genéticos, no incluye dentro de la información a analizar los datos proteómicos ni epigenéticos,³³⁴³ aunque la Declaración UNESCO 2003 describa los datos proteómicos humanos.³³⁴⁴

Si bien el Convenio Europeo de Bioética aprobado por el Consejo de Europa en Oviedo el 4 de abril de 1997 (Convenio de Oviedo), que tampoco es obligatorio para los Estados europeos que lo ratificaron, no define las pruebas genéticas, su normativa deja en claro que comprende tanto los test genéticos con fines de diagnóstico, que son utilizados para identificar problemas de salud actuales, como los test genéticos predictivos, usados para identificar la susceptibilidad predictiva

³³³⁹ FERNÁNDEZ (1999), p. 62.

³³⁴⁰ FERNÁNDEZ (1999), pp. 62-63.

³³⁴¹ FERNÁNDEZ (1999), pp. 66-67.

³³⁴² KHOURY *et al.* (2020), p. 10.

³³⁴³ KHOURY *et al.* (2020), pp. 13-14.

³³⁴⁴ Artículo 2(ii) de la Declaración UNESCO 2003: “Datos proteómicos humanos: información relativa a las proteínas de una persona, la cual incluye su expresión, modificación e interacción”.

a enfermedades.³³⁴⁵ Esto es relevante porque solo algunas legislaciones domésticas adoptan esta definición comprensiva de ambos tipos de pruebas genéticas; en cambio, otras legislaciones limitan su concepto a test genéticos con fines predictivos.³³⁴⁶

2. Información genética

Solamente en Estados Unidos y España es posible encontrar una definición legal de información genética; en cambio, en la legislación doméstica de Australia no se define información genética, aunque sí en la normativa internacional que le pudiera ser aplicable.

2.1. La información genética en la GINA de Estados Unidos

La GINA define expresamente lo que comprende la información genética, al señalar: “El término ‘información genética’ significa, en relación con cualquier individuo, información sobre: (i) test genéticos de dicho individuo; (ii) test genéticos de miembros de la familia de dicho individuo; (iii) la manifestación de una enfermedad o desorden en los miembros de la familia de dicho individuo”.³³⁴⁷ En conformidad con el Título II de la regulación de la GINA, los miembros de la familia de una persona son sus dependientes, más allá de si esto es a través de nacimiento, matrimonio o adopción, como también sus familiares de primer, segundo, tercer y cuarto grado.³³⁴⁸

El Congreso incluyó la historia médico-familiar en la definición de información genética porque entendió que los empleadores podrían usarla “como un sustituto de los rasgos genéticos”.³³⁴⁹

El texto de la GINA no incluye en la definición de información genética ningún elemento o requisito vinculado al riesgo genético. Esto significa que cubre la información genética, ya sea que proporcione o no datos sobre la propensión genética de una persona para desarrollar una

³³⁴⁵ KHOURY *et al.* (2020), p. 14.

³³⁴⁶ KHOURY *et al.* (2020), p. 14.

³³⁴⁷ Genetic Information Nondiscrimination Act 2008 § 201(A), 42 U.S.C. 2000ff-6(4)(A)(i)-(iii).

³³⁴⁸ 29 C.F.R. § 1635.3(a)(2) (2022). La regulación define cada uno de los grados familiares: (i) los familiares de primer grado incluyen a los padres, hermanos e hijos de una persona; (ii) los familiares de segundo grado incluyen a los abuelos, nietos, tías, tíos, sobrinos, sobrinas, medios hermanos de una persona; (iii) los familiares de tercer grado incluyen a los bisabuelos, bisnietos, tíos abuelos, primos hermanos de una persona; (iv) los familiares de cuarto grado incluyen a los tatarabuelos, tataranietos y primos hermanos de una persona (por ejemplo, los hijos de los primos de primer grado de una persona).

³³⁴⁹ H.R. REP. NO. 110-28, pt. 1, at 36.

condición de salud particular; es decir, no incluye solo la información genética predictiva. Por lo mismo, “la GINA parecería cubrir todos los resultados de test genéticos, test forenses de ADN y test de ascendencia de ADN, como también todas las condiciones manifestadas en miembros de la familia, independientemente de si esas condiciones son de naturaleza genética”.³³⁵⁰

En cambio, la GINA excluye de la definición de información genética cualquier información sobre el sexo, la edad,³³⁵¹ y condiciones manifestadas de salud actuales de una persona.³³⁵² Estas exclusiones han sido criticadas por ir contra la genética, puesto que los cromosomas determinan el sexo biológico, los telómeros que protegen la información genética se acortan a medida que una persona envejece y la línea entre predisposición genética y una condición diagnosticada puede ser confusa.³³⁵³

En la jurisprudencia se han planteado diversos problemas sobre si cierta información es genética o no bajo la GINA y, por lo tanto, si está protegida o no por su normativa.

2.1.1. *La distinción entre información genética e información biológica*

Existen diversos casos a nivel federal en que los demandantes alegan discriminación directa bajo la GINA debido a que el empleador solicitó información de origen biológico. Esto se refleja en casos en que el demandante alega acción adversa bajo la GINA fundado en la raza,³³⁵⁴ alergias,³³⁵⁵ o enfermedades manifestadas, tales como VIH,³³⁵⁶ Huntington³³⁵⁷ o

³³⁵⁰ AREHEART Y ROBERTS (2019), p. 718.

³³⁵¹ Genetic Information Nondiscrimination Act 2008 § 201(4)(C), 42 U.S.C. 2000ff-6 (4)(C).

³³⁵² Genetic Information Nondiscrimination Act 2008 § 210, 42 U.S.C. 2000ff-9.

³³⁵³ PRINCE Y BERKMAN (2012), p. 657; AREHEART Y ROBERTS (2019), p. 727; MEHLMAN *et al.* (2020), p. 584; FELDMAN Y QUICK (2020), p. 336.

³³⁵⁴ *Robinson v. Dungarvin Nev., LLC*, No. 2:16-CV-00902-JAD-PAL, 2018 WL 547225, at *5 (D. Nev. Jan. 24, 2018) (“Raza es protegida bajo el Título VII, no bajo GINA); *Booker v. Gregg*, No. 1:16-CV-187-JDF, 2016 WL 443798, at *1 (N.D. Ind. Aug. 23, 2016) (sostiene que afirmar que “la genética de uno es afroamericana” no permite que el demandante esté bajo el ámbito de GINA).

³³⁵⁵ *Jacobs v. Donnelly Commc’ns*, No. 1:13-CV-980-WSD, 2013 WL 5436682 (N.D. Ga. Sept. 27, 2013) (sostiene que las alergias no son información genética según la GINA).

³³⁵⁶ *Hoffman v. Family Dollar Stores, Inc.*, 99 F. Supp. 3d 631, 637 (W.D.N.C. 2015) (“Ni el diagnóstico de VIH, ni la insuficiencia renal, ni la gastroenteritis viral del demandante constituyen información genética sobre una enfermedad o trastorno manifestado”).

³³⁵⁷ *Duignan v. City of Chicago*, 275 F. Supp. 3d 933, 939 (N.D. Ill. 2017) (“Debido a que la demandante alega específicamente que su psicosis ‘era de naturaleza orgánica y una manifestación clínica de la enfermedad de Huntington’, concluyó que ella se ha eximido a sí misma de cualquier reclamo en cuanto a que el demandado haya tomado una acción adversa en su contra, basado en su información genética derivada de su diagnóstico real de padecer la enfermedad de Huntington”).

hipertiroidismo.³³⁵⁸ Los tribunales estadounidenses han rechazado las interpretaciones que pretenden incluir dentro del concepto de información genética otro tipo de información médica o de salud. Lo que confirma la GINA que, anticipando la confusión en que podrían incurrir los demandantes entre condiciones biológicas e información genética, incluyó una sección en la que dispone expresamente que no es información genética la información “sobre una enfermedad manifestada, trastorno o condición patológica manifestada de un trabajador o individuo, incluida una enfermedad, trastorno o condición patológica manifestada que tenga o pueda tener una base genética”.³³⁵⁹

De manera similar, han existido confusiones sobre si el diagnóstico o enfermedad de un miembro de la familia constituye información genética. Sin embargo, la tendencia genética propia de una persona que se convierte en una condición diagnosticable no es información genética en conformidad con la GINA.³³⁶⁰

De esta forma, las demandas de discriminación en el trabajo que se relacionan con diagnóstico o enfermedades ya manifestadas deberían fundarse en la ADA, si se subsumen en la definición de discapacidad de esa ley federal, pero no bajo la GINA por no encuadrarse en la definición de información genética.³³⁶¹

2.1.2. *Importancia de la distinción entre riesgo genético y enfermedad manifestada*

La GINA no persigue reemplazar a la ADA (incluyendo la ADAA), al proteger a trabajadores con diferente situación de salud. La ADA prohíbe la discriminación por discapacidad cuando el trabajador ha manifestado una enfermedad o discapacidad; en cambio, la GINA protege a los trabajadores asintomáticos cuya información genética incrementa su riesgo de contraer en el

³³⁵⁸ *Bell v. PSS World Med., Inc.*, No. 3:12-CV-381-J-99MMH-JRK, 2012 WL 6761660, at *3 (M.D. Fla. Dec. 7, 2012) (“Debido a que la demandante no ha proporcionado ninguna base, factual o de otro tipo, para que el tribunal infiera razonablemente que su hipertiroidismo, la ‘información confidencial’ o las ‘condiciones médicas confidenciales’ equivalen a test genéticos y/o información genética, la demandante no ha alegado adecuadamente un reclamo válido bajo la GINA”).

³³⁵⁹ Genetic Information Nondiscrimination Act 2008 § 210, 42 U.S.C. § 2000ff-9.

³³⁶⁰ AREHEART Y ROBERTS (2019), p. 733.

³³⁶¹ AREHEART Y ROBERTS (2019), p. 733.

futuro una enfermedad o discapacidad, pero no a quienes tienen una enfermedad manifestada cuyo origen en todo o en parte es una condición genética.³³⁶²

Sin embargo, en la práctica el ámbito de aplicación de las dos leyes federales no es claro, y la ambigüedad permanece al no existir una línea precisa entre riesgo genético y enfermedad manifestada; por lo mismo, se mantiene la incertidumbre sobre cuál ley federal aplicar, si ADA o GINA.³³⁶³ Para condiciones genéticas como la enfermedad de Huntington, por ejemplo, un test genético positivo señala la existencia de la enfermedad; pero para otras enfermedades que involucran grados de riesgo, puede ser difícil determinar cuándo se ha manifestado la enfermedad.³³⁶⁴ Para condiciones degenerativas progresivas como la enfermedad de Alzheimer o esclerosis múltiple, por ejemplo, etapas tempranas involucran problemas de visión leves. Dichos síntomas podrían constituir una enfermedad manifestada no cubierta por la GINA, pero podría ser tan leve como para no ser considerada una discapacidad y, por lo tanto, no estar cubierta por la ADA. Así, estas personas quedarían desprotegidas bajo la legislación federal,³³⁶⁵ debiendo examinarse si a nivel estatal están protegidas.

A nivel federal, una enfermedad diagnosticada y una condición genética asintomática están cubiertas por estatutos diferentes: la primera por la ADA, si cumple los requisitos de la definición de discapacidad, y la segunda por la GINA.³³⁶⁶ Así, en el contexto de la discriminación genética en el trabajo, es poco probable que personas asintomáticas puedan estar cubiertas por la ADA; en cambio, sí lo están por la GINA. En *Shell v. Burlington Northern Santa Fe Railway Co. (BNSF)*,³³⁶⁷ BNSF retiró una oferta condicional de trabajo después de un examen médico que indicaba que el señor Shell medía 5' 10" pies de altura y pesaba 331 libras. El retiro de la oferta se basó en la posición de BNSF que considera que personas con ese nivel de obesidad están expuestas a un riesgo sustancialmente mayor de desarrollar condiciones tales como apnea del sueño, diabetes y enfermedades del corazón, que pueden resultar en una incapacidad repentina. La Corte del Circuito Octavo sostuvo que rechazar la contratación del señor Shell por el temor

³³⁶² OLICK (2015), p. 133.

³³⁶³ OLICK (2015), p. 133; MEHLMAN *et al.* (2020), p. 584.

³³⁶⁴ FELDMAN Y QUICK (2020), pp. 336-337.

³³⁶⁵ FELDMAN Y QUICK (2020), p. 337.

³³⁶⁶ MEHLMAN *et al.* (2020), p. 584.

³³⁶⁷ 941 F.3d 331 (7th Cir. 2019).

de un alto riesgo de una futura incapacidad no significa que BNSF lo haya tratado como si tuviera una discapacidad bajo la ADA. La Corte expresamente rechazó otorgar algún peso a la sección 902.8 del Manual de Cumplimiento de la EEOC, que dispone que si un empleador rechaza contratar a una persona debido a un aumento del riesgo de contraer cáncer de colon, podría estar cubierta por la ADA porque ese tratamiento se considera como parte de la definición de discapacidad.³³⁶⁸

Por el contrario, personas severamente afectadas por una enfermedad están cubiertas por la ADA. La mayor incertidumbre está en el medio. Bajo la ADA, una persona con una condición leve, temporal o presintomática no cae bajo la definición de discapacidad.³³⁶⁹ De manera similar, es poco probable que una persona con una diferencia biológicamente determinable, basada genéticamente más allá del fenotipo, pero sin variación fenotípica, esté protegida por la GINA.³³⁷⁰

La aplicación de la GINA y la ADA se podría resumir en la siguiente tabla.³³⁷¹

	Asintomático	Biomarcadores, endofenotipos y síntomas leves	Manifestación de la enfermedad
GINA	Sí	?	No
ADA	No	No	Sí

La EEOC ha fijado reglas para determinar el grado de respuesta biológica o síntomas que constituyen manifestación de una enfermedad, que excluye a una persona de la cobertura de la GINA. La regulación GINA de la EEOC señala: “Manifestación o manifestada con respecto a una enfermedad, desorden o condición patológica con que una persona ha sido o podría ser diagnosticada significa enfermedad, desorden o condición patológica detectada por un profesional de la salud con la pericia y el entrenamiento apropiados en el campo de la medicina

³³⁶⁸ *Shell v. Burlington Northern Santa Fe Railway Co. (BNSF)*, 941 F.3d 331 (7th Cir. 2019).

³³⁶⁹ MEHLMAN *et al.* (2020), p. 584.

³³⁷⁰ MEHLMAN *et al.* (2020), p. 584.

³³⁷¹ MEHLMAN *et al.* (2020), p. 584.

involucrado. Para los fines de esta parte, una enfermedad, desorden o condición patológica no es manifiesta si el diagnóstico se basa principalmente en información genética”.³³⁷²

A pesar de los intentos de la EEOC por establecer reglas claras para distinguir entre riesgo genético y enfermedad manifestada, a fin de determinar la legislación federal aplicable, lo cierto es que se mantiene la incertidumbre, como demuestran los casos resueltos por los tribunales de justicia norteamericanos.

2.1.3. *Historia médico-familiar como información genética*

Existe confusión en los tribunales de justicia respecto de si para que sea información genética, la historia médico-familiar solo debe ser hereditaria, constituir un riesgo genético, y se excluyen las condiciones manifestadas o, por el contrario, se incluyen también las condiciones manifestadas que están en la historia médico-familiar.

Cierta jurisprudencia incluye dentro de la información genética cualquier antecedente médico familiar. En *Bronsdon v. City of Naples*,³³⁷³ un bombero fue diagnosticado con hipertensión y arteriopatía coronaria, ambas enfermedades relacionadas con su historia médico-familiar. Cuando reclamó beneficios de compensación por dichas enfermedades, la ciudad rechazó su solicitud basada en su “información genética e historia médico-familiar”. El bombero demandó, reclamando que la negación violó la GINA. El ayuntamiento respondió que sus condiciones manifiestas impedían que una demanda fuera acogida en conformidad con la GINA. El tribunal acogió la demanda e hizo notar que los empleadores no pueden discriminar sobre la base de la historia médico-familiar, incluso si el individuo ya ha manifestado una afección relacionada; en este caso, está protegida la información genética de un individuo con una enfermedad manifestada,³³⁷⁴ basándose para ello en la regulación de la EOCC.³³⁷⁵ Esta interpretación induce a confusión sobre cuándo la información genética de una enfermedad manifestada se encuentra protegida por la GINA y cuándo no.

³³⁷² 29 C.F.R. § 1635(a) (2022).

³³⁷³ *Bronsdon v. City of Naples*, No. 2:13-CV-778-FtM-29CM, 2014 U.S. Dist. (M.D. Fla. May 22, 2014).

³³⁷⁴ *Bronsdon v. City of Naples*, No. 2:13-CV-778-FtM-29CM, 2014 U.S. Dist., at *8 (M.D. Fla. May 22, 2014).

³³⁷⁵ 29 C.F.R. § 1635.12(b) (2022).

Por el contrario, otros tribunales limitan la información genética vinculada a la historia médico-familiar, en contravención al tenor literal de la GINA, que claramente cubre “las condiciones manifestadas en miembros familiares y no las limita únicamente a esas condiciones que son hereditarias”.³³⁷⁶ A pesar de esto, algunos tribunales han concluido que la historia médico-familiar solo es información genética si comunica *riesgos* genéticos, esto es, toman la posición de que la información genética debe ser predictiva y no diagnosticar condiciones de salud para estar protegida por la GINA.³³⁷⁷

Poore v. Peterbilt of Bristol, L.L.C.,³³⁷⁸ el primero de los casos que defiende esta segunda posición, involucró a un trabajador cuya cónyuge tuvo esclerosis múltiple. El tribunal sostuvo que la esclerosis múltiple de la esposa no es información genética, porque “no tiene valor predictivo con respecto a la propensión genética de Poore para adquirir la enfermedad”.³³⁷⁹ Además, mientras la información genética se define para incluir la manifestación de una enfermedad en un miembro familiar, los miembros familiares se definen de tal manera que se excluye a los cónyuges.³³⁸⁰ Finalmente, el tribunal razonó que, debido a que la esclerosis múltiple de la esposa no comunica riesgo genético al cónyuge, no puede ser información genética.³³⁸¹

Otro tribunal rechazó una demanda bajo la GINA interpuesta por una trabajadora cuya madre tuvo VIH.³³⁸² El VIH diagnosticado es claramente una condición de salud manifestada y, a diferencia de los cónyuges, las madres son, sin lugar a dudas, familiares bajo la GINA. El fundamento del tribunal para rechazar la demanda fue que la trabajadora no estaba en riesgo de adquirir VIH, porque solo puede ser transmitido de una madre a un hijo de tres formas: durante el embarazo, durante el parto y a través del amamantamiento.³³⁸³ Así, según el tribunal, la

³³⁷⁶ 75 Fed. Reg., 68916.

³³⁷⁷ AREHEART Y ROBERTS (2019), p. 736.

³³⁷⁸ *Poore v. Peterbilt of Bristol, L.L.C.*, 852 F. Supp. 2d 727, 729 (W.D. Va. 2012).

³³⁷⁹ *Poore v. Peterbilt of Bristol, L.L.C.*, 852 F. Supp. 2d 727, 731 (W.D. Va. 2012).

³³⁸⁰ *Poore v. Peterbilt of Bristol, L.L.C.*, 852 F. Supp. 2d 727, 731 (W.D. Va. 2012).

³³⁸¹ AREHEART Y ROBERTS (2019), p. 737.

³³⁸² *Conner-Goodgame v. Wells Fargo Bank, N.A.*, No. 2:12-CV-03426-IPJ, 2013 WL 5428448, at 11 (N.D. Ala. Sept. 26, 2013).

³³⁸³ AREHEART Y ROBERTS (2019), p. 737.

trabajadora no tenía acción GINA pues no tenía riesgo actual genético de adquirir el VIH de su madre.³³⁸⁴

La doctrina ha criticado esta segunda posición porque el lenguaje de la definición sobre información genética de la GINA no exige que los test genéticos o la historia médico-familiar comuniquen riesgo genético para que la GINA sea aplicable.³³⁸⁵

2.2. La información genética en Australia

En Australia, al igual que ocurre con los test genéticos, no existe normativa que defina la información genética.³³⁸⁶ Sin embargo, se acepta que constituye una información sobre la salud de las personas³³⁸⁷ que adopta la forma de test genéticos o antecedentes médicos familiares.³³⁸⁸ Se sostiene que puede ser utilizada con fines de diagnóstico, esto es, para establecer o confirmar una conclusión sobre la condición de salud de una persona que actualmente tiene síntomas de una enfermedad, o bien con fines predictivos, para determinar o descartar la posibilidad de que una persona, que actualmente no presenta síntomas de una enfermedad, podría desarrollar una en el futuro producto de su condición genética.³³⁸⁹

Algunos estudios demuestran que ciertos empleadores recopilan información genética y que es más frecuente la obtención de antecedentes médicos familiares que la realización de test genéticos, tanto en la etapa precontractual como durante la vigencia del contrato de trabajo.³³⁹⁰

2.3. La información genética en España

En la legislación española interna tampoco existe una definición de información genética, con la sola excepción del RGPD, que es normativa comunitaria que rige directamente en el territorio español. Solamente aparece mencionada de forma expresa en ciertas normas internas. Por ejemplo, se emplea la expresión “datos genéticos” en la disposición adicional decimoséptima y

³³⁸⁴ *Conner-Goodgame v. Wells Fargo Bank, N.A.*, No. 2:12-CV-03426-IPJ, 2013 WL 5428448, at 32 (N.D. Ala. Sept. 26, 2013).

³³⁸⁵ AREHEART Y ROBERTS (2019), p. 737.

³³⁸⁶ MAINSBRIDGE (2002), pp. 71-72 y 80.

³³⁸⁷ AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION (2003), p. 762.

³³⁸⁸ MAINSBRIDGE (2002), p. 63; AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION (2003), pp. 762-763.

³³⁸⁹ MAINSBRIDGE (2002), p. 64.

³³⁹⁰ AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION (2003), pp. 763-764.

en la disposición final undécima de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales, que entre sus objetivos adecuó la legislación española al Reglamento General de Protección de Datos 2016/679, del Parlamento Europeo y Consejo.

En cambio, el RGPD define expresamente los datos genéticos como “datos personales relativos a las características genéticas heredadas o adquiridas de una persona física que proporcionen una información única sobre la fisiología o la salud de esa persona, obtenidos en particular del análisis de una muestra biológica de tal persona”,³³⁹¹ definición que comprende tanto la historia médico-familiar como la información proporcionada por los test genéticos.³³⁹²

Aun si no existiera una definición de datos genéticos, estos tienen la categoría de datos de salud y, por lo tanto, están cubiertos por la normativa que protege los datos de salud. La Agencia Española de Protección de Datos así lo ha determinado en uno de sus informes, al establecer que “cualquier dato de carácter genético deberá ser considerado como un dato que afecta a la salud de las personas y, por tanto, sujeto a las disposiciones específicas aprobadas para la regulación de este tipo de datos de carácter personal”.³³⁹³ La Agencia Española de Protección de Datos agrega que el artículo 9.1 del RGPD considera los datos genéticos como una categoría especial de datos personales, cuyo tratamiento, por regla general, está prohibido por el ordenamiento jurídico español.³³⁹⁴

2.4. La información genética en la normativa internacional

Existe cierta normativa internacional que define la información genética, que puede ser utilizada como modelo por las legislaciones domésticas que no lo han hecho todavía. La Declaración UNESCO 2003 define datos genéticos humanos como “información sobre las características

³³⁹¹ Regulación General de Protección de Datos de la Unión Europea 2016/679, 27 de abril de 2016, artículo 4(13). Una segunda definición se encuentra en el Preámbulo: “(34) Debe entenderse por datos genéticos los datos personales relacionados con características genéticas, heredadas o adquiridas, de una persona física, provenientes del análisis de una muestra biológica de la persona física en cuestión, en particular a través de un análisis cromosómico, un análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) o del ácido ribonucleico (ARN), o del análisis de cualquier otro elemento que permita obtener información equivalente”.

³³⁹² KHOURY *et al.* (2020), pp. 13-14.

³³⁹³ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (2000). Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/2000-9908.pdf> (consultada el 10 de mayo de 2023).

³³⁹⁴ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (2021), p. 7.

hereditarias de las personas, obtenida por análisis de ácidos nucleicos u otros análisis científicos”,³³⁹⁵ definición que comprende tanto la historia médico-familiar como la información proporcionada por los test genéticos.³³⁹⁶

III. Exámenes genéticos y prohibición de discriminación en el trabajo

Algunas legislaciones contienen una prohibición de discriminación laboral basada en la información genética, que incluye los resultados de los exámenes genéticos; en cambio, otros ordenamientos jurídicos no contienen una prohibición expresa de esa naturaleza, por lo que hay dudas acerca de si está prohibida la discriminación basada en la información genética.

1. Exámenes genéticos y prohibición de discriminación en el trabajo en la GINA de Estados Unidos

En el contexto laboral, la GINA se aplica solamente a empleadores que tienen quince o más trabajadores; así quedan excluidos de su aplicación los empleadores que tienen menos trabajadores, los que no podrán ser sancionados por discriminación basado en información genética en conformidad con la GINA.³³⁹⁷ Con diferente regulación, la mayoría de los estados prohíbe la discriminación genética laboral, normativa que se aplica independientemente de la GINA y que permitiría sancionar al empleador con menos de quince trabajadores que incurre en discriminación genética.³³⁹⁸ En relación con los empleadores que sí están cubiertos por la GINA, tienen prohibido discriminar basado en información genética. La GINA prohíbe la discriminación en los siguientes términos: “Discriminación basada en información genética. Será una práctica de empleo ilegal del empleador: (1) negar o rechazar contratar, o despedir a cualquier trabajador, o discriminar de otra manera a cualquier trabajador con respecto a la retribución, términos, condiciones o privilegios de empleo, debido a la información genética relacionada con el trabajador, o (2) limitar, segregar o clasificar a los trabajadores del empleador en cualquier forma que podría privar o tender a privar a un trabajador de las oportunidades de

³³⁹⁵ Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos de la UNESCO, 16 de octubre de 2003, artículo 2(i).

³³⁹⁶ KHOURY *et al.* (2020), pp. 13-14.

³³⁹⁷ Genetic Information Nondiscrimination Act 2008 § 201(2)(A), 42 U.S.C. §2000ff-2(B).

³³⁹⁸ VACCIO Y WOLINSKY (2011), pp. 243-246; FELDMAN Y QUICK (2020), pp. 338-340; HÉBERT (2023), pp. 12-78 a 12-127.

empleo, o de otro modo afectar negativamente el estatus del trabajador como dependiente debido a la información genética relacionada con él”.³³⁹⁹

A través de la prohibición de discriminación genética, la GINA persigue proteger a quienes tienen o podrían tener un riesgo creciente de enfermedad o discapacidad futura, revelado por un test genético positivo o la historia médico-familiar, pero que no tienen síntomas ni discapacidad actual y, además, existe la posibilidad de que nunca contraigan la condición de salud.³⁴⁰⁰ De esta forma, la GINA prohíbe “las acciones discriminatorias basadas en predicciones de enfermedad o discapacidad futura, predicciones que frecuentemente podrían estar basadas en malentendidos y actitudes negativas hacia los genes y la discapacidad”.³⁴⁰¹

La doctrina señala que la GINA, a diferencia de la ADA y otras leyes federales antidiscriminación, solamente prohíbe y sanciona la discriminación directa basada en información genética.³⁴⁰² Como resultado, “los empleadores no pueden tratar a los trabajadores de forma diferente –sea positiva o negativamente– basado en su información genética”.³⁴⁰³ La GINA protege la paridad de tratamiento y prohíbe la disparidad de trato debido a la información genética.³⁴⁰⁴

Por el contrario, la GINA excluye expresamente de su aplicación y, por tanto, no están sancionadas por su normativa las conductas laborales que producen discriminación indirecta, esto es, prácticas neutrales, no intencionales, que podrían tener un impacto perjudicial en el trabajador sobre la base de la información genética.³⁴⁰⁵ El Congreso estadounidense incluyó una disposición estableciendo que una comisión se reuniría seis años después de la promulgación de la GINA para evaluar la necesidad potencial de una protección contra los impactos dispares.³⁴⁰⁶

³³⁹⁹ Genetic Information Nondiscrimination Act 2008 § 202(a), 42 U.S.C. §2000ff-3(a) (2022).

³⁴⁰⁰ OLICK (2015), p. 132.

³⁴⁰¹ OLICK (2015), p. 132.

³⁴⁰² VACCIO Y WOLINSKY (2011), pp. 239-240; ROBERTS (2011), pp. 633-634; AREHEART Y ROBERTS (2019), pp. 725-726; MEHLMAN *et al.* (2020), p. 576; HÉBERT (2023), p. 12-34.

³⁴⁰³ ROBERTS (2011), p. 633.

³⁴⁰⁴ ROBERTS (2011), p. 633.

³⁴⁰⁵ Genetic Information Nondiscrimination Act 2008 § 208(a), 42 U.S.C. §2000ff-7(a). La jurisprudencia sostiene que la GINA no permite demandas por discriminación indirecta: *Equal Employment Opportunity Commission v. Dolgencorp, LLC*, 2022 WL 2959569 (N.D. Ala. 2022).

³⁴⁰⁶ Genetic Information Nondiscrimination Act 2008 § 208(b).

Sin embargo, a la fecha dicha comisión no se ha reunido, ni menos aún se ha modificado la GINA.

La discriminación indirecta no es una conducta prohibida bajo la GINA, aunque es una posibilidad real. Por ejemplo, los científicos han descubierto que un gen asociado con la altura está relacionado con una variante genética que predispone a sus portadores a padecer cardiopatías. Diversos trabajos exigen que los trabajadores tengan una altura mínima. En consecuencia, el requerimiento de altura, que es una exigencia física que tradicionalmente produce discriminación indirecta por sexo, también podría originar discriminación indirecta sobre la base de cierta información genética no vinculada a la altura misma.³⁴⁰⁷ Debido a que la GINA solo impide a los empleadores discriminar directamente sobre la base de información genética, los empleadores podrían introducir políticas neutrales, que se aplican por igual a todos los trabajadores, con el propósito de eliminar rasgos genéticos indeseados entre la planilla de trabajadores, utilizando otras señales, ya sea intencional o no intencionalmente.³⁴⁰⁸ Así, debido a que la GINA no ofrece protección en contra de políticas laborales aparentemente neutrales con resultados discriminatorios, podría facilitarse la creación de una subclase genética perjudicada.³⁴⁰⁹

Otra omisión relevante de la GINA, que no existe en la ADA, es que no exige al empleador un tratamiento diferente positivo en la forma de deber de acomodación razonable respecto de trabajadores con cierto riesgo genético,³⁴¹⁰ Las acomodaciones genéticas podrían permitir al trabajador mitigar sus riesgos genéticos.³⁴¹¹ Tómese como ejemplo la predisposición genética a desarrollar el síndrome del túnel carpiano.³⁴¹² La prohibición de la GINA de clasificar a las personas sobre la base de la información genética podría impedir que un empleador trate de modo diferente a los trabajadores con tal variante genética por esa circunstancia. Sin embargo, tratar por igual a trabajadores con o sin la predisposición genética a desarrollar el síndrome del túnel carpiano podría causar que quienes padecen ese síndrome tengan que dejar su trabajo o

³⁴⁰⁷ ROBERTS (2011), p. 640.

³⁴⁰⁸ ROBERTS (2011), p. 640; AREHEART Y ROBERTS (2019), p. 726.

³⁴⁰⁹ ROBERTS (2011), p. 640; AREHEART Y ROBERTS (2019), p. 726.

³⁴¹⁰ ROBERTS (2011), pp. 639-640; AREHEART Y ROBERTS (2019), p. 726.

³⁴¹¹ ROBERTS (2011), p. 640; AREHEART Y ROBERTS (2019), p. 726.

³⁴¹² ROBERTS (2011), p. 640; AREHEART Y ROBERTS (2019), p. 726.

suspender su contrato de trabajo con el propósito de recuperarse, mientras quienes no lo padecen continúan trabajando.³⁴¹³ De otro modo, si el empleador considerara la información genética, los trabajadores con la predisposición genética podrían trabajar más horas, pero con más pausas para permitir que sus articulaciones descansen o podrían cambiar de posición a lo largo del día.³⁴¹⁴

Al tratar a sus trabajadores de manera diferente a partir de su información genética, en virtud del deber de ajuste razonable, los empleadores podrían evitar lesiones relacionadas con el trabajo y ausencias en el empleo.³⁴¹⁵ Adicionalmente, permitir a los empleadores considerar la información genética deja la puerta abierta para iniciativas de diversidad genética que podrían enseñar el valor de la diferencia genética en una etapa temprana de la creación de esta nueva categoría antidiscriminación.³⁴¹⁶ De esta forma, no exigir al empleador acomodación razonable por razones genéticas ignora la relación de las diferencias genéticas y contribuiría a legitimar toda discriminación genética diversa a la discriminación directa.³⁴¹⁷

La GINA no solo prohíbe únicamente la discriminación directa, también ha originado que los tribunales casi no hayan acogido acciones por discriminación genética.³⁴¹⁸ Uno de los pocos casos exitosos ha sido *Bronsdon v. City of Naples*,³⁴¹⁹ en que se determinó que la negativa de compensación a un bombero se debió a su información genética e historia médico-familiar, por lo que la ciudad demandada incurrió en discriminación directa basada en la historia médico-familiar del trabajador.³⁴²⁰

2. Exámenes genéticos y prohibición de discriminación en el trabajo en Australia

En Australia, a diferencia de Estados Unidos, ni la legislación federal ni la estatal prohíben expresamente la discriminación genética en el trabajo.³⁴²¹ Ante este vacío legislativo se plantea el problema jurídico acerca de si es posible que la discriminación genética esté prohibida en

³⁴¹³ ROBERTS (2011), p. 640.

³⁴¹⁴ ROBERTS (2011), p. 640.

³⁴¹⁵ ROBERTS (2011), p. 640.

³⁴¹⁶ ROBERTS (2011), p. 640.

³⁴¹⁷ ROBERTS (2011), p. 640; AREHEART Y ROBERTS (2019), p. 726.

³⁴¹⁸ AREHEART Y ROBERTS (2019), p. 751.

³⁴¹⁹ No. 2:13-CV-778-FtM-29CM, 2014 U.S. Dist. LEXIS 70502 (M.D. Fla. May 22, 2014).

³⁴²⁰ AREHEART Y ROBERTS (2019), p. 736.

³⁴²¹ Para un estudio sobre la legislación y práctica acerca del uso de la información genética en el lugar de trabajo en Australia, véanse: OTLOWSKI (2001); OTLOWSKI *et al.* (2010), pp. 637-691.

conformidad con la legislación que prohíbe la discriminación por discapacidad en el trabajo, cuando esta comprende la discapacidad que podría padecer el trabajador en el futuro.

Las legislaciones federal y estatales prohíben la discriminación por discapacidad en el trabajo; sin embargo, no todas las jurisdicciones cubren la discapacidad futura y, en este último caso, no todas aluden a la discapacidad futura por predisposición genética.³⁴²² La Disability Discrimination Act, que es ley federal, y las leyes antidiscriminación de Australian Capital Territory y Victoria expresamente incluyen dentro de la definición de discapacidad la discapacidad futura por “predisposición genética a una discapacidad”.³⁴²³ La referencia a la predisposición genética en la Disability Discrimination Act es el resultado de una recomendación de la Australian Law Reform Commission.³⁴²⁴ New South Wales incluye en la discapacidad, la discapacidad futura, y la define como “la que una persona tendrá en el futuro o la que se piensa que una persona tendrá en el futuro (ya sea que la persona en los hechos tendrá la discapacidad o no)”.³⁴²⁵ Igualmente, South Australia comprende la discapacidad futura, pero solamente prohíbe la discriminación directa debido a ese atributo protegido.³⁴²⁶

Por el contrario, las leyes antidiscriminación de los estados de Queensland,³⁴²⁷ Western Australia³⁴²⁸ y Tasmania³⁴²⁹ no cubren la discapacidad futura,³⁴³⁰ solamente la discapacidad actual o pasada. La legislación de Northern Territory no contiene referencia a la discapacidad futura,³⁴³¹ por lo que es dudoso que la comprenda.³⁴³²

Las jurisdicciones que incluyen la discapacidad futura dentro de la discapacidad, sea o no por predisposición genética, prohibirían la discriminación basada en la información genética

³⁴²² REES *et al.* (2018), p. 351.

³⁴²³ Disability Discrimination Act 1992 (Cth) s.4(j): “Discapacidad en relación con una persona significa [...] e incluye una discapacidad que [...] (j) podría existir en el futuro (incluyendo discapacidad por una predisposición genética”. En términos prácticamente idénticos: Discrimination Act 1991 (ACT), sec. 5AA(2)(b); Equality Opportunity Act 2010 (Vic), sec. 4(1).

³⁴²⁴ REES *et al.* (2018), p. 351.

³⁴²⁵ Anti-Discrimination Act 1977 (NSW), sec. 49A(d).

³⁴²⁶ Equal Opportunity Act 1984 (SA), sec. 66(a).

³⁴²⁷ Anti-Discrimination Act 1991(Qld), sec. 8.

³⁴²⁸ Equal Opportunity Act 1984 (WA), sec. 4.

³⁴²⁹ Anti-Discrimination Act 1998 (Tas), sec. 3.

³⁴³⁰ REES *et al.* (2018), pp. 351-352.

³⁴³¹ Anti-Discrimination Act 1992 (NT), sec. 4.

³⁴³² REES *et al.* (2018), p. 351.

relacionada con el trabajador, incluyendo la que se obtiene de los resultados de los exámenes genéticos, en los mismos términos en que prohíben la discriminación por discapacidad. Sin embargo, existe escasa jurisprudencia sobre la discriminación genética como parte de la discriminación por discapacidad.³⁴³³ Un interesante caso fue resuelto por la Federal Magistrates Court bajo la Disability Discrimination Act.³⁴³⁴ El demandante era un policía de origen racial indígena y africano, que alegó discriminación en su trabajo después que fue reubicado por decisión del empleador en tareas restringidas, debido a su rasgo de células falciformes. Las personas con rasgos de células falciformes son portadoras genéticas de la enfermedad de células falciformes,³⁴³⁵ tienen glóbulos rojos normales y otros con forma de “hoz”. No son personas con discapacidad ni enfermedad actual y el único impacto para quienes tienen esta condición son episodios de dolor si están con niveles de oxígeno extremadamente bajos o en condiciones de esfuerzo extremo.³⁴³⁶ Por lo tanto, la condición en cuestión no tenía impacto en la capacidad actual de trabajo del demandante y era conocida por la Policía. Sin embargo, luego de la muerte de un hermano y aunque presentaba un adecuado estado de salud para ejecutar sus labores, al demandante se lo puso en restricción simplemente por tener células falciformes. La Federal Magistrates Court estableció que el demandante fue víctima de discriminación por discapacidad por parte su empleador; sin embargo, no hizo ninguna referencia a la discriminación genética, aunque el demandante fue tratado desfavorablemente debido a su condición genética.³⁴³⁷

Asimismo, estudios de campo en Australia han establecido la discriminación genética en la etapa precontractual y durante la relación de trabajo.³⁴³⁸ Por ejemplo, no se ha contratado a candidatos que presentan una condición genética asintomática que no les impide ejecutar las labores del trabajo para el cual se están postulando, debido a dicha condición.³⁴³⁹

La Australian Law Reform Commission ha propuesto modificar la legislación federal, con el propósito de que se establezca claramente la prohibición del empleador de solicitar o requerir

³⁴³³ OTLOWSKI *et al.* (2007), pp. 14-19.

³⁴³⁴ *Trindall v. NSW Commissioner for Police* [2005] FMCA 2.

³⁴³⁵ OTLOWSKI *et al.* (2007), p. 14.

³⁴³⁶ OTLOWSKI *et al.* (2007), p. 14.

³⁴³⁷ OTLOWSKI *et al.* (2007), p. 15.

³⁴³⁸ AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION (2003), p. 776.

³⁴³⁹ AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION (2003), p. 776.

información genética a los postulantes a trabajos o a los trabajadores, a menos que dicha información sea solicitada razonablemente con un objetivo que no involucre discriminación ilegal, como garantizar que la persona es capaz de cumplir los requisitos inherentes al trabajo sin riesgo para su vida o salud ni para la de terceros.³⁴⁴⁰ Se propone incorporar el modelo de excepciones limitadas de acceso a información genética por parte del empleador.³⁴⁴¹ Sin embargo, esta opción legislativa ha sido criticada, puesto que el empleador podría acceder a información genética que realmente no impide ejecutar el trabajo, con el riesgo agregado de que puede utilizarse para discriminar con base a los genes, lo que provocaría colocar de cargo del trabajador afectado la impugnación de las conductas discriminatorias y buscar las compensaciones pertinentes ante los tribunales de justicia, con los costos que ello conlleva.³⁴⁴² De ahí que un sector de la doctrina australiana postule la prohibición de acceso a información genética por el empleador, a fin de evitar riesgos de discriminación genética, que es el modelo adoptado por ciertos países europeos, como Noruega y Francia, y la Convención de Oviedo.³⁴⁴³

3. Exámenes genéticos y prohibición de discriminación en el trabajo en España

La doctrina española reconoce que, cuando el empleador accede legal o ilegalmente a información genética, existe un riesgo de que pueda utilizarla con fines discriminatorios,³⁴⁴⁴ puesto que el uso de la información genética “puede producir el efecto insidioso de excluir del mercado de trabajo a los genéticamente desafortunados, esto es, a los que presentan una mayor predisposición o susceptibilidad a enfermedades hereditarias, sobre la base de un eventual deterioro futuro de su salud, sin que exista certeza alguna de que llegue a actualizarse el riesgo”.³⁴⁴⁵ De ahí que la información genética, incluyendo la que se obtiene de los test genéticos, debe ser de acceso restringido para el empleador o, derechamente, prohibirse dicho acceso.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 15/2022 en la normativa doméstica española, que regula la prohibición de discriminación en el trabajo, no aparecía mencionada expresamente la

³⁴⁴⁰ AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION (2003), p. 783.

³⁴⁴¹ MAINSBRIDGE (2002), p. 73.

³⁴⁴² MAINSBRIDGE (2002), pp. 73 y 82-83.

³⁴⁴³ MAINSBRIDGE (2002), pp. 83-84.

³⁴⁴⁴ SÁNCHEZ (2005), p. 11; GOÑI (2009), p. 79.

³⁴⁴⁵ GOÑI (2009), p. 79.

prohibición de discriminación basada en la información genética,³⁴⁴⁶ vacío normativo que afectaba la posibilidad de sancionar esta conducta ilícita, más aún cuando no existía una prohibición expresa de acceso del empleador a la información genética de los candidatos a puestos de trabajo y de los trabajadores. Actualmente, el artículo 2.1 de la Ley 15/2022 prohíbe la discriminación genética en todas sus formas, al disponer: “Nadie podrá ser discriminado por razón de [...] predisposición genética a sufrir patologías y trastornos”, lo que coloca a la legislación española entre aquellas legislaciones que prohíben la discriminación por razón genética.³⁴⁴⁷

Adicionalmente, a nivel autonómico existen dos normas que prohíben la discriminación genética. La Ley 2/2002 de 17 de abril de La Rioja, en el artículo 8 titulado “Derechos relacionados con la constitución genética de la persona”, dispone: “El paciente tiene el derecho a la confidencialidad de la información de su genoma y que este no pueda ser utilizado para ningún tipo de discriminación ni individual ni colectiva, por lo que los registros de datos genómicos se configurarán y dispondrán de mecanismos necesarios para garantizar la confidencialidad”. La Ley 6/2002 de 15 de abril de Aragón dispone en su artículo 7 párrafo 3: “Se prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético”. Sin embargo, estas normas son bastante limitadas en su aplicación, no solo en términos territoriales, sino también materialmente, pues se aplican únicamente “al servicio de prevención, pero no a los empleadores en sus relaciones laborales que quedan extramuros –art. 149.1.7 CE– de la posible competencia autonómica”.³⁴⁴⁸

4. Exámenes genéticos y prohibición de discriminación en el trabajo en la normativa internacional y comunitaria

Existen diversos instrumentos internacionales y comunitarios que prohíben expresamente la discriminación genética en general, incluyendo, por tanto, la discriminación laboral, para lo cual solicitan a los Estados tomar las medidas necesarias para prohibir la discriminación genética.³⁴⁴⁹

³⁴⁴⁶ CALVO (2008), pp. 13-14.

³⁴⁴⁷ GARCÍA (2023), p. 107.

³⁴⁴⁸ CALVO (2008), p. 14.

³⁴⁴⁹ OTLOWSKI *et al.* (2012), p. 442.

La UNESCO tiene dos declaraciones relevantes sobre la materia. La primera es la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, adoptada el 11 de noviembre de 1997, que dispone: “Nadie podrá ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas, cuyo objeto o efecto sería atentar contra sus derechos humanos y libertades fundamentales y el reconocimiento de su dignidad” (artículo 6). La segunda es la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos, de 16 de octubre de 2003, que dispone: “Debería hacerse todo lo posible por garantizar que los datos genéticos humanos y los datos proteómicos humanos no se utilicen con fines que discriminen, al tener por objeto o consecuencia la violación de los derechos humanos, las libertades fundamentales o la dignidad humana de una persona, o que provoquen la estigmatización de una persona, una familia, un grupo o comunidades” [artículo 7 a)].

Aunque no es obligatoria para los Estados que la suscribieron, la normativa de la UNESCO tiene considerable influencia en la elaboración y promulgación de la normativa interna al establecer los estándares internacionales.³⁴⁵⁰

En el contexto europeo existen diversos tratados que prohíben la discriminación basada en características genéticas, de manera expresa o implícita. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece un derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación basada en una amplia lista de motivos que no es taxativa, al concluir con la frase “cualquier motivo como”.³⁴⁵¹ Sin embargo, como lo clarifica la Explicación de la Carta de Derechos Fundamentales, el artículo 21 no establece ni otorga poder alguno para promulgar legislación antidiscriminación en las áreas de competencia de los Estados miembros, ni establece una prohibición de discriminación categórica en áreas específicas.³⁴⁵² Más explícito es el Convenio de Oviedo, que en su artículo 11 señala: “Se prohíbe toda forma de discriminación de las personas por su patrimonio genético”. De esta forma, bajo el Convenio de Oviedo no se admite ni la discriminación directa ni la indirecta por razones genéticas, lo que ha tenido

³⁴⁵⁰ OTLOWSKI *et al.* (2012), p. 442.

³⁴⁵¹ DE PAOR Y FERRI (2015), p. 18.

³⁴⁵² DE PAOR Y FERRI (2015), p. 18.

influencia en las regulaciones sobre la información genética promulgadas por los Estados europeos.³⁴⁵³

En la normativa comunitaria, aplicable a España a propósito del empleo, existe la Directiva 2000/78/EC de 27 de noviembre de 2000, que establece una regulación por igualdad de tratamiento en el empleo y ocupación. Ni su artículo primero ni el resto del articulado incluyen las características genéticas entre los motivos de discriminación, que están enumerados taxativamente; por lo tanto, no prohíbe ni sanciona la discriminación genética en el trabajo.³⁴⁵⁴ De esta forma, en la Unión Europea no existe una protección concreta contra la discriminación genética en el trabajo que sea exigible ante los tribunales domésticos y supranacionales.³⁴⁵⁵

IV. Exámenes genéticos y protección de la privacidad

Solamente la legislación norteamericana y española regula expresamente la relación entre exámenes genéticos y la protección de la privacidad de los trabajadores; en cambio, la legislación australiana proporciona una protección bastante escasa como consecuencia de la ausencia de regulación específica de los exámenes genéticos en el trabajo.

1. Exámenes genéticos y protección de la privacidad en conformidad con la GINA en Estados Unidos

Como regla general, la GINA prohíbe que el empleador acceda a información genética de los postulantes a ofertas de trabajo, de sus actuales trabajadores y de los miembros familiares, a fin de evitar el riesgo de que pueda ser utilizada para discriminar o con otros fines ilícitos. Se trata de una norma que protege la privacidad del trabajo en su manifestación de información genética e integridad corporal. Sin embargo, contempla seis amplias excepciones en que se permite la adquisición lícita de información genética, la que no puede utilizarse en perjuicio del postulante a empleos o el trabajador.

³⁴⁵³ OTLOWSKI *et al.* (2012), p. 442.

³⁴⁵⁴ DE PAOR Y FERRI (2015), pp. 18-19.

³⁴⁵⁵ DE PAOR Y FERRI (2015), p. 25.

1.1. La conducta prohibida de acceso a información genética en el trabajo

La GINA prohíbe la adquisición de información genética por parte del empleador y las agencias de empleo en los siguientes términos: “Será una práctica laboral ilegal que un empleador solicite o compre información genética con respecto a un trabajador o a un miembro de la familia del trabajador”.³⁴⁵⁶ Se infringe esta norma tan solo con la solicitud o compra de la información genética, sin que concurra ninguna de las seis excepciones, aunque el empleador no la utilice en perjuicio del trabajador.³⁴⁵⁷ Se trata de una ilegalidad de mera actividad, lo cual ha llevado a que las demandas interpuestas bajo la GINA que más se han acogido sean las que invocan infracción a la prohibición de acceso a información genética y no las que se fundan en la prohibición de discriminación genética.³⁴⁵⁸

En *Lowe v. Atlas Logistics*,³⁴⁵⁹ una compañía requirió a dos trabajadores someterse a test genéticos a fin de comparar sus resultados con las heces encontradas en la bodega de la empresa, y aunque el empleador no adoptó ninguna medida en contra de los trabajadores, se le condenó a pagar 2,2 millones de dólares de compensación debido a que solicitó a sus trabajadores información genética en un supuesto no permitido por la GINA.³⁴⁶⁰

Los tribunales han procedido de forma similar en casos en que el empleador ha requerido historia médico-familiar fuera de las excepciones legales que permiten acceder a información genética. En *Lee v. City of Moraine Fire Department*,³⁴⁶¹ la ciudad requirió a los bomberos someterse al examen físico y de bienestar anual, que incluía un cuestionario con preguntas sobre antecedentes médicos familiares de enfermedades cardíacas. Un bombero se negó a someterse al examen y el municipio lo despidió por insubordinación, por lo cual demandó alegando que el empleador violó la GINA al preguntar sobre la historia médico-familiar; se condenó al empleador por infracción a la prohibición de acceso a información genética. El tribunal hizo presente que “el texto de la GINA es claro”, habiendo el municipio requerido información genética ilegalmente. El

³⁴⁵⁶ Genetic Information Nondiscrimination Act 2008 § 202(b), 42 U.S.C. § 2000ff-1(b).

³⁴⁵⁷ AREHEART Y ROBERTS (2019), p. 751.

³⁴⁵⁸ AREHEART Y ROBERTS (2019), p. 751.

³⁴⁵⁹ *Lowe v. Atlas Logistics Grp. Retail Servs.*, 102 F. Supp. 3d 1360, 1361 (N.D. Ga. 2015).

³⁴⁶⁰ AREHEART Y ROBERTS (2019), p. 752; MEHLMAN *et al.* (2020), pp. 585-590.

³⁴⁶¹ No. 3:13-CV-222, 2015 WL 914440, at *1 (S.D. Ohio Mar. 3, 2015).

municipio alegó que fue el médico que administra los exámenes, no el municipio por sí mismo, quien incurrió en la pregunta prohibida. El tribunal citó la definición de la GINA que incluye a los agentes del empleador.³⁴⁶² Igualmente, manifestó que la regulación de la GINA exige a los empleadores instruir afirmativamente a sus proveedores de servicios de salud para “no coleccionar información genética, incluyendo la historia médico-familiar, como parte de los exámenes médicos que persiguen determinar la habilidad para desempeñar un trabajo”.³⁴⁶³

La EEOC también ha adoptado la posición de que la GINA es una ley que protege la privacidad de los trabajadores, especialmente en casos en que el empleador requiere la historia médico-familiar. En *EEOC v. Grisham Farm Products, Inc.*,³⁴⁶⁴ el empleador solicitó a los postulantes revelar si habían consultado con algún profesional de la medicina en los últimos dos años e identificar si estaba planificado algún test de diagnóstico futuro. El tribunal concluyó que esas preguntas “requerirían que un postulante sin la manifestación de, por ejemplo, presión arterial alta, enfermedad del corazón o cáncer de mama, que hubiera consultado preventivamente con un médico o a quien un médico le hubiera indicado la realización de exámenes de diagnóstico a la luz de su historia médico-familiar o factores de riesgos, revelara dicha información” al empleador.³⁴⁶⁵ El tribunal concluyó que esas preguntas violan la GINA.

La EEOC también ha resuelto casos relacionados con solicitudes de historia médico-familiar. En *EEOC v. Cummins Power Generation Inc.*, el empleador buscó antecedentes médicos familiares en el curso de una evaluación de aptitud para el trabajo.³⁴⁶⁶ La causa terminó por acuerdo, obligándose el empleador a compensar por su conducta. *EEOC v. Founders* también resultó en un acuerdo, caso en que el empleador solicitaba antecedentes médicos familiares junto con exámenes médicos posteriores a una oferta de trabajo.³⁴⁶⁷

³⁴⁶² *Lee v. City of Moraine Fire Department*, No. 3:13-CV-222, 2015 WL 914440, at *11-12 (S.D. Ohio Mar. 3, 2015).

³⁴⁶³ *Lee v. City of Moraine Fire Department*, No. 3:13-CV-222, 2015 WL 914440, at *11-12 (S.D. Ohio Mar. 3, 2015).

³⁴⁶⁴ 191 F. Supp. 3d 994, 998 (W.D. Mo. 2016).

³⁴⁶⁵ *EEOC v. Grisham Farm Products, Inc.*, 191 F. Supp. 3d 994, 998 (W.D. Mo. 2016).

³⁴⁶⁶ *EEOC v. Cummins Power Generation Inc.*, 313 F.R.D. 93, 96 (D. Minn. 2015).

³⁴⁶⁷ *EEOC v. Founders*, No. 13-CV-6250, 2014 U.S. Dist. LEXIS 81439 (W.D.N.Y. Jan. 9, 2014).

Los reclamos de la GINA no son solucionados solo por tribunales, sino también ante la EEOC a través de acuerdos con los empleadores a quienes se les imputa haber violado la GINA. Primero, la EEOC ha logrado acuerdos en beneficio de trabajadores a quienes el empleador les solicitó antecedentes médicos familiares.³⁴⁶⁸ Segundo, la EEOC ha logrado el pago de indemnizaciones para trabajadores a quienes el empleador les ha solicitado información genética, inclusive cuando no existe una acción de discriminación.³⁴⁶⁹ Finalmente, ha solucionado por acuerdo una demanda colectiva bajo la GINA.³⁴⁷⁰

1.2. Situaciones excepcionales de acceso lícito a información genética

La GINA establece seis excepciones a la regla general que prohíbe al empleador obtener información genética, esto es, seis situaciones en las cuales el empleador puede obtenerla lícitamente: (1) por inadvertencia; (2) a través de programas de bienestar voluntarios; (3) por tramitación de licencia médica; (4) mediante la vía comercial, como diarios que contienen

³⁴⁶⁸ BNV Home Care Agency paga 125.000 dólares para resolver la demanda por discriminación genética de la EEOC: U.S. EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (November. 1, 2016), disponible en: <https://www.eeoc.gov/eeoc/newsroom/release/11-1-16a.cfm> [<https://perma.cc/73AV-RTAH>] (resolución de una causa en la cual una compañía preguntó indebidamente por historia médico-familiar); Fabricut paga 50.000 dólares para resolver la demanda por discriminación genética y discapacidad de la EEOC: U.S. EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (May 7, 2013), disponible en: <https://www.eeoc.gov/eeoc/newsroom/release/5-7-13b.cfm> [<https://perma.cc/56MA-VTDD>] (resolución de una causa en la cual una compañía preguntó indebidamente a sus trabajadores por antecedentes médicos familiares relacionados con enfermedades del corazón, hipertensión, cáncer, tuberculosis, diabetes, artritis y desórdenes mentales); Guardsmark acuerda casos iniciados por la EEOC por discriminación por información genética y discapacidad debiendo pagar 329,640 dólares: U.S. EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (June 23, 2016), disponible en: <https://www.eeoc.gov/eeoc/newsroom/release/6-23-16.cfm> [<https://perma.cc/LY3R-LRC7>] (resolución de una causa en la cual una compañía solicitó a los postulantes completar cuestionarios con preguntas sobre su historia médico-familiar); Joy Mining Machinery soluciona demanda de la EEOC por actos de discriminación por información genética: U.S. EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (January. 7, 2016), disponible en: <https://www.eeoc.gov/eeoc/newsroom/release/1-7-16.cfm> [<https://perma.cc/K4MT-QRMV>] (resolución de una causa en la cual una compañía pregunta indebidamente a los postulantes si ellos tienen antecedentes médicos familiares de cáncer, diabetes, epilepsia y enfermedad del corazón).

³⁴⁶⁹ Founders Pavilion Will paga 370.000 dólares para solucionar la demanda de la EEOC por discriminación por información genética: U.S. EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (January 13, 2014), disponible en: <https://www.eeoc.gov/eeoc/newsroom/release/1-13-14.cfm> (exigido para un fondo de paga para las personas cuya información genética fue indebidamente solicitada); Seed and Fertilizer Providers paga 187.500 dólares para solucionar una demanda de discriminación por discapacidad e información genética: U.S. EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (November 10, 2014), disponible en: <https://www.eeoc.gov/eeoc/newsroom/release/11-10-14.cfm> (el empleador solicitó a ciertos trabajadores indebidamente información genética).

³⁴⁷⁰ AREHEART Y ROBERTS (2019), p. 755.

obituarios; (5) por monitoreo ocupacional de sustancias tóxicas; (6) para asegurar el control de calidad de análisis de ADN en la aplicación de la ley.³⁴⁷¹

Si bien en las situaciones señaladas el empleador puede acceder a información genética, no la puede utilizar para discriminar a trabajadores ni divulgarla a terceros en infracción de la obligación de confidencialidad.³⁴⁷²

1.2.1. Acceso a información genética por inadvertencia

La GINA considera lícito el acceso del empleador a información genética “cuando el empleador, sin darse cuenta, solicita o requiere antecedentes médicos familiares del trabajador o de un miembro de la familia del trabajador”.³⁴⁷³ Bajo esta excepción se comprenden las situaciones en que los trabajadores, sin darse cuenta, comparten información genética con sus compañeros de trabajo,³⁴⁷⁴ o con sus jefaturas, por ejemplo, cuando una persona le comenta a su jefe que su hermana fue diagnosticada con cáncer de mama, lo que constituye información genética.³⁴⁷⁵

En *Williams v. Graphic Packaging International*, el demandante fue diagnosticado con cáncer de próstata y, después de una conducta inapropiada en el trabajo, el empleador puso término al contrato de trabajo.³⁴⁷⁶ El extrabajador alegó discriminación genética debido a que fue cuestionado repetidamente por su empleador sobre los resultados del examen de cáncer y las opciones de tratamiento. El tribunal rechazó la demanda porque el extrabajador voluntariamente informó a tres compañeros de trabajo que el “cáncer corría en su familia”, por lo tanto, a pesar de que los antecedentes médicos familiares sobre el cáncer son inequívocamente información genética, el empleador no la solicitó ni la obtuvo ilegalmente; además, no probó la discriminación genética.³⁴⁷⁷ Distinta habría sido la situación si el empleador hubiera preguntado

³⁴⁷¹ Genetic Information Nondiscrimination Act 2008 § 202(b), 42 U.S.C. § 2000ff-1(b).

³⁴⁷² 42 U.S.C. § 2000ff-1(c).

³⁴⁷³ Genetic Information Nondiscrimination Act 2008 § 202(b), 42 U.S.C. § 2000ff-1(b)-(1).

³⁴⁷⁴ 29 C.F.R. pt. 1635.

³⁴⁷⁵ AREHEART Y ROBERTS (2019), p. 728.

³⁴⁷⁶ No. 1:16-CV-00102, 2018 WL 2118311, at *1-2 (M.D. Tenn. May 8, 2018).

³⁴⁷⁷ *Williams v. Graphic Packaging International*, No. 1:16-CV-00102, 2018 WL 2118311, at *1-2 (M.D. Tenn. May 8, 2018).

al trabajador sobre sus antecedentes médicos familiares, lo que habría sido suficiente para fundar una demanda bajo la GINA, inclusive sin una acción adversa del empleador.³⁴⁷⁸

1.2.2. *Acceso a información genética a través de programas de bienestar voluntarios*

También la GINA contempla el acceso a información genética en virtud de servicios de salud o genéticos ofrecidos por el empleador a sus trabajadores, incluso cuando dichos servicios se presentan como parte de un programa de bienestar voluntario.³⁴⁷⁹ Esta excepción tiene diversos requisitos: (1) el trabajador proporciona una autorización previa, consciente, voluntaria y por escrito; (2) solo el trabajador (o el miembro de la familia, si los miembros de la familia están recibiendo servicios genéticos) y el profesional de la salud con licencia o el asesor genético autorizado reciben información identificable individualmente sobre los resultados de los servicios genéticos; (3) la información genética identificable individualmente está disponible solo para los fines de los servicios genéticos y no debe ser revelada al empleador, excepto en términos agregados que no revelen la identidad de trabajadores específicos.³⁴⁸⁰

Esta excepción tiene lugar cuando el trabajador proporciona información genética en un programa de bienestar voluntario, es decir, no es obligatorio para el trabajador participar en él y, por lo tanto, si no participa, no sufre ninguna acción adversa por parte del empleador.³⁴⁸¹ Por el contrario, está prohibido que el empleador exija información genética en un programa de bienestar. El problema que surge es si los empleadores podrían ofrecer incentivos financieros para participar en programas de bienestar voluntarios, y si fuera posible, cuál debería ser el monto del incentivo a fin de que el programa de bienestar conserve su naturaleza de voluntario.

En 2016 la EEOC se pronunció sobre este problema, al promulgar una regulación que clarificaba que un empleador puede ofrecer un incentivo para que el trabajador o su cónyuge participen en un programa de bienestar que implique compartir información médica, siempre que el incentivo no exceda el 30% del costo de la cobertura proporcionada por el plan de salud otorgado por el

³⁴⁷⁸ AREHEART Y ROBERTS (2019), p. 742.

³⁴⁷⁹ Genetic Information Nondiscrimination Act 2008 § 202(b)-(2), 42 U.S.C. § 2000ff-1(b)-(2).

³⁴⁸⁰ Genetic Information Nondiscrimination Act 2008 § 202(b)-(2), 42 U.S.C. § 2000ff-1(b)-(2).

³⁴⁸¹ La EEOC define programa de bienestar voluntario como uno en el cual “el empleador no exige participación ni penaliza a trabajadores que rechazan participar en el programa”, 29 C.F.R. § 1630 (2022), a propósito de la regulación de la ADA.

empleador.³⁴⁸² Sin embargo, un empleador no podría ofrecer a un trabajador un incentivo económico a cambio de la información genética de su cónyuge o sus hijos.³⁴⁸³ Igualmente, el empleador no podría ofrecer incentivo al trabajador o a su cónyuge para autorizar la venta, intercambio o divulgación de información genética.³⁴⁸⁴ Sin embargo, en 2017, un tribunal de distrito federal anuló la regulación de la EEOC a partir del 1 de enero de 2019, al determinar que la EEOC “no explicó adecuadamente su decisión de interpretar el término ‘voluntario’ en la ADA y la GINA para permitir el nivel de incentivo del 30% [que fue] adoptado”.³⁴⁸⁵

Posteriormente la EEOC corrigió su normativa explicitando que el empleador no puede ofrecer incentivos para participar en programas de bienestar ni penalizar a quienes no participan, con el propósito de garantizar que el programa de bienestar sea realmente “voluntario”.³⁴⁸⁶ Así, se indica que la provisión de información genética por parte de un individuo es voluntaria cuando el empleador “no requiere que el individuo proporcione información genética ni sanciona a quienes optan por no proporcionarla”.³⁴⁸⁷ Más adelante se precisa que el empleador “no puede ofrecer un incentivo (financiero o en especie), ya sea en forma de recompensa o sanción, para que personas proporcionen información genética [...], pero puede ofrecer incentivos para completar las evaluaciones de riesgos para la salud que incluyen preguntas sobre antecedentes médicos familiares u otra información genética, siempre que la entidad cubierta aclare, en un lenguaje que sea razonablemente probable que entiendan quienes completan la evaluación, que el incentivo estará disponible responda o no el participante las preguntas sobre información genética”.³⁴⁸⁸

1.2.3. *Acceso a información necesaria para tramitar una licencia médica*

Una tercera excepción de acceso lícito a información genética tiene lugar para otorgar una licencia para cuidar a un familiar enfermo, cuando el empleador cubierto por la GINA requiere “antecedentes médicos familiares para cumplir con las disposiciones de certificación de la Ley

³⁴⁸² 29 C.F.R. § 1635.8(b)(2)(iii)(A) (2022).

³⁴⁸³ 29 C.F.R. § 1635.8(b)(2)(iii) (2022).

³⁴⁸⁴ 29 C.F.R. § 1635.8(b)(2)(iv) (2022).

³⁴⁸⁵ *AARP v. EEOC*, 267 F. Supp. 3d 14, 37 (D.D.C. 2017).

³⁴⁸⁶ *SANGHAVI et al.* (2022), p. 3.

³⁴⁸⁷ 29 C.F.R. § 1635.8(b)(2)(i)(B) (2022).

³⁴⁸⁸ 29 C.F.R. § 1635.8(b)(2)(ii) (2022).

de Licencia Médica y Familiar de 1993 (29 U.S.C 2601 *et seq.*) o de las leyes estatales o locales sobre licencia médica y familiar, o conforme a una política (incluso en ausencia de exigencias de las leyes de licencia federales, estatales o locales) que permite el uso de una licencia para cuidar a un familiar enfermo y que requiere que todos los trabajadores proporcionen información sobre la condición de salud del familiar para corroborar la necesidad de la licencia”.³⁴⁸⁹

1.2.4. *Adquisición de información genética a través de medios comerciales*

También se considera lícita la adquisición de información genética a partir de “documentos que están comercial y públicamente disponibles para revisión o compra, incluidos periódicos, revistas, publicaciones periódicas, libros, o a través de medios electrónicos tales como información comunicada a través de la televisión, películas o internet”.³⁴⁹⁰

Sin embargo, la regulación de la EEOC dispone que esta excepción no se aplica: “(i) a las bases de datos médicas, registros judiciales o bases de datos de investigación disponibles para científicos de manera restrictiva; (ii) a la información genética adquirida a través de fuentes con acceso limitado, tales como redes sociales y otros medios que requieren autorización de acceso de un individuo específico o el acceso está condicionado a la pertenencia a un grupo en particular, a menos que la entidad cubierta pueda demostrar que el acceso se otorga rutinariamente a todos los que lo solicitan; (iii) a la información genética obtenida a través de fuentes disponibles comercial y públicamente, si la entidad cubierta buscó acceso a estas fuentes con la intención de obtener información genética; (iv) a la información genética obtenida a través de medios de comunicación, esté disponible o no comercial y públicamente, si es probable que la entidad cubierta adquiriera información genética mediante el acceso a esas fuentes, tales como páginas web y grupos de discusión en línea que se enfocan en temas como test genéticos de personas y discriminación genética”.³⁴⁹¹ En todos estos casos, la adquisición de información genética por parte del empleador es ilícita y se contraviene la GINA.

³⁴⁸⁹ 29 C.F.R. § 1635.8(b)(3) (2022); 42 U.S.C. § 2000ff-1(b)(4).

³⁴⁹⁰ 29 C.F.R. § 1635.8(b)(4) (2022); 42 U.S.C. § 2000ff-1(b)(4).

³⁴⁹¹ 29 C.F.R. § 1635.8(b)(4) (2022).

1.2.5. *Adquisición de información genética a través de la vigilancia ocupacional de sustancias tóxicas*

Una quinta excepción considera lícita la adquisición de información genética para uso en el monitoreo genético de los efectos biológicos de las sustancias tóxicas en el lugar de trabajo. Para aplicar esta excepción, el empleador debe proporcionar una notificación escrita del monitoreo a los trabajadores, además de ser informados de sus resultados.³⁴⁹² Si el monitoreo genético no es requerido por la ley federal o estatal, el empleador no puede tomar represalias ni discriminar a un trabajador debido a su negativa a participar en él.³⁴⁹³

Esta excepción, además, exige que: (i) el monitoreo genético debe ser requerido por la ley o regulación federal o estatal y, ante ausencia de requerimiento, que el trabajador otorgue su consentimiento previo, voluntario y por escrito. Este consentimiento debe otorgarse en formulario escrito proporcionado por el empleador, que debe cumplir las siguientes exigencias: (a) que esté escrito de modo que el trabajador de quien se obtiene la información genética tenga una probabilidad razonable de entender el formulario; (b) que describa la información genética que será obtenida; (c) que describa las restricciones sobre la divulgación de información genética; (ii) el monitoreo se lleve a cabo según las regulaciones federales sobre monitoreo genético, incluyendo las regulaciones que podrían ser promulgadas por la Secretaría de Trabajo en conformidad con la Occupational Safety and Health Act de 1970 (29 U.S.C. 651 *et seq.*), la Federal Mine Safety and Health Act de 1977 (30 U.S.C. 801 *et seq.*), o la Atomic Energy Act de 1954 (42 U.S.C. 2011 *et seq.*); o las regulaciones estatales de monitoreo genético, en caso de que un estado esté implementando regulaciones de monitoreo genético bajo la autoridad de la Occupational Safety and Health Act de 1970 (29 U.S.C. 651 *et seq.*); (iii) el empleador proporcione informe de los resultados del monitoreo solo en términos impersonales, sin revelar la identidad de personas específicas que han participado en el monitoreo.³⁴⁹⁴

“El monitoreo genético involucra evaluaciones periódicas de los trabajadores a fin de considerar si cambios genéticos, tales como cambios cromosómicos o mutaciones, podrían ser producto de

³⁴⁹² 29 C.F.R. § 1635.8(b)(5) (2022); 42 U.S.C. § 2000ff-1(b)(5) (2022).

³⁴⁹³ 29 C.F.R. § 1635.8(b)(5) (2022); 42 U.S.C. § 2000ff-1(b)(5) (2022).

³⁴⁹⁴ 29 C.F.R. § 1635.8(b)(5) (2022); 42 U.S.C. § 2000ff-1(b)(5) (2022).

la exposición a toxinas en el lugar de trabajo”.³⁴⁹⁵ Se considera una herramienta indispensable para evitar o disminuir los riesgos de enfermedades profesionales debido a factores genéticos y exposición a toxinas en el lugar de trabajo. El Departamento de Servicios Humanos y Salud en un reporte de 2010 –*Genetics in the Workplace*– identifica numerosos factores genéticos que tienen un rol en enfermedades profesionales, por lo que el monitoreo genético ha sido una herramienta efectiva para el estudio de factores de riesgo genéticos³⁴⁹⁶.

Bajo esta excepción no se incluyen los test genéticos preventivos, esto es, para identificar si el trabajador o candidato a empleo tiene susceptibilidad genética a contraer una enfermedad como consecuencia de la exposición a factores de riesgo en el lugar de trabajo.³⁴⁹⁷ Asimismo, bajo la información obtenida a partir de los programas de monitoreo genético, el empleador no puede adoptar decisiones adversas para los trabajadores con el fundamento de que su condición genética constituye una directa amenaza para su salud o la de terceros o les impide ejecutar su trabajo, a diferencia de la ADA.³⁴⁹⁸ Esto se debe a que actualmente la predisposición genética, que es lo que cubre la GINA, no permite determinar con certeza si un trabajador contraerá una enfermedad o discapacidad en el futuro, por consiguiente, no permite satisfacer el estándar de que la información genética predictiva constituye un riesgo actual para la seguridad o salud del trabajador y de terceros, ni menos aún afecta la capacidad actual para desempeñar su trabajo.³⁴⁹⁹

1.2.6. *Adquisición de información genética para controlar los test de ADN*

La última excepción tiene lugar cuando “el empleador realiza análisis de ADN con fines policiales, como laboratorio forense, o con fines de identificación de restos humanos, y solicita o requiere información genética de los trabajadores de un empleador, pero solo en la medida en que dicha información genética se utilice para el análisis de marcadores de identificación de ADN, para el control de calidad a fin de detectar la contaminación de la muestra”.³⁵⁰⁰

³⁴⁹⁵ OLICK (2015), p. 135. En similares términos: HÉBERT (2023), p. 12-3.

³⁴⁹⁶ OLICK (2015), p. 135.

³⁴⁹⁷ OLICK (2015), p. 136; HÉBERT (2023), p. 12-3.

³⁴⁹⁸ OLICK (2015), p. 136.

³⁴⁹⁹ OLICK (2015), p. 136.

³⁵⁰⁰ 29 C.F.R. § 1635.8(b)(6) (2022); 42 U.S.C. § 2000ff-1(b)(6).

2. Exámenes genéticos y protección de la privacidad en el trabajo en Australia

Australia tiene una regulación que, en el contexto laboral, no protege la privacidad de la información genética de los trabajadores y postulantes, se obtenga a través de test genéticos o no. Si bien la legislación federal sobre la privacidad se aplica a la inmensa mayoría de los empleadores, la protección efectiva de la información genética está ausente. Las disposiciones sobre la privacidad tienen una amplia excepción en la sección 7B(3) para los registros de trabajadores. Esto significa que los Principios Nacionales de Privacidad, que regulan el uso, almacenamiento y divulgación de información personal, no se aplican a los registros de información de los futuros y actuales trabajadores, incluyendo su información genética.³⁵⁰¹ De esta forma, los empleadores no tienen restricciones en la información genética que pueden solicitar a los trabajadores; por consiguiente, pueden solicitarles exámenes genéticos sin vulnerar su privacidad.³⁵⁰²

En consecuencia, de las legislaciones analizadas, la australiana es la que permite al empleador acceder más ampliamente a la información genética de candidatos a ofertas de trabajo y de actuales trabajadores, ya que puede requerirles, por ejemplo, test genéticos sin infringir la legislación sobre la privacidad.

3. Exámenes genéticos y protección de la privacidad en el trabajo en España

En la legislación española la privacidad es un derecho fundamental, protegido a nivel constitucional y legal. Sin embargo, la duda que surge es si el ordenamiento jurídico español permite o no al empleador solicitar o requerir a los candidatos a puestos de trabajo y a los actuales trabajadores que se sometan a exámenes genéticos, o bien proporcionen información genética. No hay claridad sobre la materia, ya que existen dos posiciones.

La Agencia Española de Protección Datos sostiene que el empleador tiene una prohibición absoluta de solicitar test genéticos: “Los test genéticos a una persona trabajadora o candidata a un empleo no son admisibles por las siguientes razones: no concurre una base jurídica (el

³⁵⁰¹ MAINSBRIDGE (2002), p. 80; AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION (2003), pp. 848-849; WITZLEB (2014), p. 127.

³⁵⁰² AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION (2003), p. 848.

consentimiento no se considera libre); no es una medida proporcional; permite conocer datos personales irrelevantes o superfluos, no siendo compatibles con el principio de minimización de datos”.³⁵⁰³

En cambio, la doctrina sostiene que la legislación española consagra el modelo de excepciones limitadas de acceso a información genética, es decir, que por regla general está prohibido al empleador acceder a la información genética de los trabajadores, salvo cuando la legislación lo permite expresamente.³⁵⁰⁴ Para esta posición el consentimiento informado del solicitante de empleo o trabajador respecto del test genético, de sus finalidades y condiciones de almacenamiento es esencial,³⁵⁰⁵ más aún luego de la entrada en vigencia del RGPD, pero no suficiente, por lo que los test genéticos deben estar admitidos expresamente por la legislación.³⁵⁰⁶ Se afirma que no se admiten como instrumento de selección del personal,³⁵⁰⁷ más cuando los test genéticos predictivos no permiten determinar si el candidato al empleo tiene o no una salud compatible con el puesto de trabajo al que se postula. El acceso ilimitado a información genética genera el riesgo de que el empleador pueda utilizarla para fines distintos a los permitidos por el legislador, por lo cual lo más conveniente es prohibir como regla general que el empleador solicite información genética, salvo excepciones legales.³⁵⁰⁸ Por ello, en esta posición se sostiene que los test genéticos podrían ser utilizados para proteger la salud del propio trabajador y de terceros.³⁵⁰⁹

3.1. Test genéticos con el fin exclusivo de proteger la salud del trabajador

El empleador tiene la obligación de proteger la seguridad y salud de los trabajadores frente a los riesgos laborales, y la vigilancia de la salud es una de las herramientas de las que dispone para cumplir esa obligación (artículo 14 de la LPRL). La pregunta que surge es si los test genéticos

³⁵⁰³ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DATOS (2021), p. 25.

³⁵⁰⁴ GOÑI (2008), p. 83-84; CALVO (2009), p. 15-18; SÁNCHEZ (2005), p. 16: “El tratamiento de datos genéticos no debe autorizarse más que a título excepcional, con fines de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores afectados o de terceros, y siempre en la medida en que esté autorizado por una norma legal nacional que establezca las necesarias garantías”; GARCÍA (2023), p. 105.

³⁵⁰⁵ SÁNCHEZ (2005), p. 15; CALVO (2008), p. 16.

³⁵⁰⁶ GOÑI (2009), p. 83-84; CALVO (2008), p. 15-18; SÁNCHEZ (2005), p. 16.

³⁵⁰⁷ GOÑI (2009), p. 83-84.

³⁵⁰⁸ SÁNCHEZ (2005), p. 15.

³⁵⁰⁹ GARCÍA (2023), p. 105.

pueden ser utilizados como instrumento de vigilancia de la salud. La respuesta es que, por regla general, los test genéticos no cumplen la función de vigilancia de la salud de los trabajadores, ya que, regularmente, no identifican un riesgo laboral objetivo para la salud del trabajador.³⁵¹⁰ Los test genéticos predictivos no identifican una condición de salud actual como consecuencia de riesgos laborales, que permita adoptar medidas de seguridad al empleador, sino la mera predisposición a contraer una enfermedad en el futuro que no depende exclusivamente de los genes del trabajador, sino también de factores ambientales y de hábitos de la propia persona.³⁵¹¹ Esto permite descartar, como regla general, su procedencia en el trabajo. La propia OIT en la Guía Técnica y Ética para los servicios de Salud de los Trabajadores, aprobada en Ginebra en septiembre de 1997, señala expresamente: “En el momento presente, se cree de manera generalizada que los controles genéticos en relación con el trabajo son una infracción desproporcionada de los derechos individuales. El actual (1997) conocimiento científico no garantiza suficientemente su uso con una finalidad de salud preventiva en el trabajo”.³⁵¹²

De modo excepcional se admiten los test genéticos como herramienta para monitorear los efectos del trabajo en la salud del trabajador, concretamente para establecer si el ambiente de trabajo o el lugar de trabajo, por lo general producto de la presencia de sustancias tóxicas, está provocando una anomalía genética que cause en el futuro una enfermedad al trabajador.³⁵¹³ Así, se acepta la procedencia de la prueba genética para comprobar “la anomalía genética conectada de alguna forma con la mayor probabilidad o incluso certeza de desarrollar una actividad”.³⁵¹⁴ “Se podría admitir dicha prueba toda vez que, si consta que determinadas sustancias o agentes tienen la condición de factor ambiental desencadenante de enfermedades hereditarias, la prueba genética podría conducir a descubrir en el trabajador dicho factor de riesgo y a poner los remedios para tratar de prevenir o de evitar que la enfermedad se manifieste”.³⁵¹⁵

Esta finalidad está en concordancia con lo afirmado por el Consejo de Europa en la interpretación realizada del Convenio de Oviedo, al admitir que “en circunstancias concretas, cuando trabajar

³⁵¹⁰ GOÑI (2009), pp. 83-84; CALVO (2008), p. 16.

³⁵¹¹ GOÑI (2009), pp. 83-84.

³⁵¹² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1998), p. 8.

³⁵¹³ GOÑI (2009), pp. 83-84; CALVO (2008), p. 17-18; GARCÍA (2023), p. 105.

³⁵¹⁴ CALVO (2008), p. 164; GOÑI (2011), p. 77.

³⁵¹⁵ GOÑI (2009), p. 85-86. En el mismo sentido: GARCÍA (2023), p. 105.

en un determinado medio pueda tener consecuencias perjudiciales para un individuo a causa de su predisposición genética, se le podrán ofrecer pruebas genéticas sin perjuicio de la obligación de mejorar las condiciones de trabajo”.³⁵¹⁶

Los test genéticos con este fin solamente se admitirán si no existe otro medio igual de eficaz que permita cumplir los mismos fines y que sea menos invasivo para la intimidad del trabajador, exigencia que impone el principio de proporcionalidad.³⁵¹⁷ Además, deben restringirse exclusivamente a los trabajadores que, producto de la exposición a sustancias existentes en el trabajo, puedan sufrir efectos perjudiciales como consecuencia de su predisposición genética; por consiguiente, el empleador no puede hacer un uso indiscriminado de los test genéticos.³⁵¹⁸ El RGPD confirma que los test genéticos puedan ser utilizados con este propósito (artículo 9(2)(h) del RGPD).

3.2. Pruebas genéticas para proteger la seguridad de terceros

Se reconoce la legitimidad de las pruebas genéticas cuando persiguen determinar la predisposición genética a contraer una enfermedad que pueda constituir un riesgo para la vida o seguridad de terceras personas, sean compañeros de trabajo del trabajador, o bien público o clientes del empleador.³⁵¹⁹ Este supuesto de procedencia de acceso a la información genética tiene su fundamento en la obligación de seguridad del empleador y está limitado única y exclusivamente a los puestos de trabajo sensibles para la seguridad de terceros, en los que, como consecuencia de la predisposición genética a contraer una enfermedad, se pone en riesgo la vida o seguridad de terceros con alta probabilidad. El análisis de la información genética, en este caso, constituye un instrumento indispensable para prevenir o disminuir un peligro elevado para la seguridad de terceros.³⁵²⁰ Por ello se estima, en primer lugar, que es necesaria una norma legal que faculte u ordene expresa y precisamente al empleador el acceso a la información genética de candidatos a empleo y de trabajadores; las normas generales sobre el deber de seguridad son insuficientes como fundamento, por lo que los test genéticos para proteger la seguridad de

³⁵¹⁶ Goñi (2009), p. 83-84.

³⁵¹⁷ Goñi (2009), p. 85-86; CALVO (2008), p. 17-18.

³⁵¹⁸ Goñi (2009), p. 85-86; CALVO (2008), p. 17-18.

³⁵¹⁹ Goñi (2009), p. 87; SÁNCHEZ (2005), p. 16.

³⁵²⁰ Goñi (2009), p. 87.

terceros no se legitiman ni encuentran sustento en el genérico deber empresarial de vigilancia de la salud.³⁵²¹

En segundo lugar, como consecuencia del principio de proporcionalidad, las pruebas genéticas deben ser estrictamente necesarias para conocer la predisposición genética con el propósito de prevenir el riesgo para la seguridad de terceros, en caso de no existir medios menos invasivos que permitan lograr el mismo fin.³⁵²²

4. Exámenes genéticos y protección de la privacidad en el trabajo en la normativa internacional y comunitaria

La información genética está protegida a nivel internacional, tanto por normativa *soft law* como por normativa obligatoria y, por regla general está prohibido el acceso a la información genética de los trabajadores por parte del empleador.

Las Declaraciones de la UNESCO de 1997 y 2003 no contemplan como posibilidad que el empleador conozca datos genéticos de los trabajadores. En su artículo 5, la Declaración de 2003 regula las finalidades con que los datos genéticos humanos pueden ser recolectados, tratados, utilizados y conservados: son las vinculadas a propósitos de investigación, salud y medicina, no se contemplan finalidades relacionadas con la salud ocupacional.

A nivel europeo también existe una regulación sobre el acceso a datos genéticos. El Convenio de Oviedo, como regla general, no permite al empleador acceder a datos genéticos, salvo con el objetivo de detectar la predisposición genética para contraer una enfermedad producto de riesgos laborales. El artículo 12 señala los fines para conocer datos genéticos: “Solo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, o detectar una predisposición o una susceptibilidad genética a una enfermedad, con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado.”

³⁵²¹ GOÑI (2009), p. 87.

³⁵²² GOÑI (2009), p. 87; SÁNCHEZ (2005), p. 16.

4.1. Situación particular del RGPD

El RGPD, que forma parte de la normativa comunitaria de aplicación directa a los Estados miembros de la Unión Europea, entre ellos España, adopta un modelo similar a la GINA, esto es, el modelo de excepciones limitadas al prohibir, como regla general, el acceso a datos genéticos, salvo ciertas excepciones, varias de las cuales se aplican al empleador.

El artículo 9 del RGPD dispone en lo pertinente: “1. Quedan prohibidos [...] el tratamiento de datos genéticos [...] dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física”, para agregar numerosas excepciones, muy similares a las que contempla GINA. Las excepciones que se aplican al trabajo son las que siguen.

4.1.1. *Consentimiento explícito*

En el contexto laboral, el empleador puede acceder y procesar la información genética previa autorización expresa del trabajador titular de la información. El consentimiento explícito significa que “el consentimiento no puede ser implícito y requiere un alto grado de precisión y definición en la declaración del consentimiento, así como una descripción precisa de los propósitos del procesamiento”.³⁵²³ Los controladores, incluyendo al empleador, deben proporcionar a los interesados información sobre la posibilidad de retirar el consentimiento en cualquier momento cuando este se utilice como base legal para procesar datos sensibles.³⁵²⁴

El gran riesgo de esta excepción es que los trabajadores no tengan la libertad para manifestar su consentimiento de forma libre y se vean forzados a permitir el acceso a información genética ante la posibilidad de sufrir la pérdida de su fuente laboral u otro efecto adverso en el empleo. De ahí que no debería admitirse esta excepción a acceso lícito a información genética en el trabajo.

4.1.2. *Cumplimiento de obligaciones legales por el empleador*

Una segunda excepción en el trabajo es que el tratamiento de datos genéticos sea necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del

³⁵²³ GEORGIEVA Y KUNER (2020), p. 370.

³⁵²⁴ GEORGIEVA Y KUNER (2020), p. 372.

tratamiento o del interesado en el ámbito del derecho laboral y de la seguridad y protección social, en conformidad con la legislación de los Estados miembros o el instrumento colectivo (artículo 9.2 b) RGPD). Esta excepción cubre situaciones en las cuales los empleadores necesitan procesar información genética de los trabajadores con el propósito de cumplir con sus obligaciones bajo la legislación laboral, seguridad social y protección social.

4.1.3. *Tratamiento de datos genéticos que se han hecho manifiestamente públicos (artículo 9(2)(e) del RGPD)*

En este contexto, la expresión “hacer público” debe incluir la publicación de datos genéticos en los medios de comunicación, ponerlos en línea en plataformas de redes sociales o similares accesiones.³⁵²⁵ Sin embargo, los datos deben haberse hecho manifiestamente públicos, lo que requiere un acto afirmativo por parte del titular de los datos y que él previó cuál iba a ser el resultado.³⁵²⁶

4.1.4. *Tratamiento de datos genéticos para fines de salud ocupacional y vigilancia de la salud*

El tratamiento de datos genéticos es necesario para fines de medicina preventiva o laboral y evaluación de la capacidad laboral del trabajador, en conformidad con la normativa de los Estados miembros, por lo que constituye un examen médico ocupacional y de monitoreo ante sustancias tóxicas que pueden afectar la salud del trabajador (artículo 9(2)(h) del RGPD).

V. Deber de confidencialidad del empleador de la información genética

En algunas de legislaciones domésticas analizadas, el empleador tiene el deber de confidencialidad de la información genética; en cambio, en otras no existe regulación expresa, como en el caso de Australia.

³⁵²⁵ GEORGIEVA Y KUNER (2020), p. 380.

³⁵²⁶ GEORGIEVA Y KUNER (2020), p. 380.

1. Deber de confidencialidad del empleador de la información genética en Estados Unidos

En virtud de la GINA, el empleador que adquiere información genética debe tratarla como parte del registro médico confidencial, además de no poder divulgarla a terceros salvo en limitadas excepciones.

1.1. Tratamiento de la información genética como parte del registro médico confidencial

El empleador que posee información genética sobre un trabajador debe mantenerla en formularios separados, en carpetas médicas separadas, y tratarla como registro médico confidencial del trabajador.³⁵²⁷ Deber que persigue proteger la información genética del trabajador del propio personal del empleador.

1.2. Deber de confidencialidad

El empleador no debe divulgar la información genética que tiene en su poder a terceros, ni siquiera de forma gratuita, excepto en los siguientes casos: (i) al trabajador (o familiar si está recibiendo servicios genéticos financiados por el empleador) previo requerimiento escrito del trabajador o familiar; (ii) a un investigador de salud ocupacional o a otro investigador, si la investigación se está llevando a cabo en cumplimiento de las regulaciones y protecciones proporcionadas en la parte 46 del título 46 del Código de Reglamentos Federales; (iii) en respuesta a una orden judicial, con las siguientes limitaciones: (1) el empleador solo debe divulgar la información autorizada expresamente por dicha orden; (2) si la orden judicial se obtuvo sin el conocimiento del trabajador, el empleador deber informar al trabajador acerca de la orden judicial y la información genética que fue divulgada en conformidad con dicha orden; (iv) a los funcionarios gubernamentales que están investigando el cumplimiento de la GINA y la información es relevante para la investigación; (v) en la medida que la divulgación se efectúe en conexión con el cumplimiento por parte del trabajador de las disposiciones de certificación o requerimientos relacionados con la legislación sobre licencia médica y familiar; (vi) a una agencia de salud pública federal, estatal o local solamente en relación con la información descrita

³⁵²⁷ 42 U.S.C. § 2000ff-5(a).

en la sección 2000ff(4)(A)(iii) sobre enfermedades contagiosas que presentan un riesgo inminente de muerte o enfermedad que pone en peligro la vida, y que el trabajador cuyo familiar o familiares es o son sujetos de divulgación sea notificado de la divulgación de su información genética.³⁵²⁸

2. Deber de confidencialidad del empleador de la información genética en Australia

En Australia, el empleador tiene un deber de confidencialidad de la información genética a la que accede bastante limitado; no existe una regulación fuerte que prohíba al empleador compartir la información genética con terceros.

Atendida la amplia excepción establecida en la sección 7B(3) de la Privacy Act de 1988 (Cth), aplicable a los registros de trabajadores, que se definen como un “registro de información personal relacionada con el empleador del trabajador”,³⁵²⁹ los Principios Nacionales de Privacidad que regulan el uso, almacenamiento y divulgación de información privada no se aplican a la información genética de los postulantes a ofertas de trabajo ni actuales trabajadores.³⁵³⁰ A consecuencia de esto, el empleador no tiene un deber de confidencialidad en la legislación, por lo que podría compartir con terceros la información resultante de los test genéticos a que se sometieron los trabajadores.³⁵³¹ Lo mismo ocurriría con los trabajadores actuales que en la etapa precontractual se sometieron a test genéticos, puesto que, una vez contratados, esa información pasa a formar parte de la carpeta de información del trabajador.³⁵³² Los únicos que quedarían protegidos por el deber de confidencialidad de la Privacy Act de 1988 son los postulantes a puestos de trabajo que compartieron información genética con la empresa y, finalmente, no fueron contratados.³⁵³³

La Australian Law Reform Commission ha propuesto reformar la Privacy Act de 1988, a fin de proteger los registros de los trabajadores que contienen información de salud e información

³⁵²⁸ 42 U.S.C. § 2000ff-5(b) (2022).

³⁵²⁹ Privacy Act 1988 (Cth), sec. 6(1).

³⁵³⁰ MAINSBRIDGE (2002), p. 80; AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION (2003), pp. 848-849; WITZLEB (2014), p. 127.

³⁵³¹ MAINSBRIDGE (2002), p. 80.

³⁵³² MAINSBRIDGE (2002), p. 80.

³⁵³³ MAINSBRIDGE (2002), p. 80; AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION (2003), p. 849.

genética, por lo cual los empleadores deben cumplir con la obligación de confidencialidad.³⁵³⁴ Sin embargo, actualmente no existe reforma en curso, ni ha sido aprobada reforma alguna en este sentido.

Ante la ausencia de legislación, la vía contractual podría otorgar cierta protección a la información genética en el trabajo. En el contrato de trabajo se reconoce un deber implícito de lealtad y confianza recíproco que puede incluir dentro de su contenido el deber del empleador de respetar la confidencialidad de la información genética obtenida de su trabajador; de ese modo, estaría impedido de revelar la información genética de sus trabajadores a terceros, como por ejemplo, las compañías de seguros.³⁵³⁵ Quienes no quedarían cubiertos por el deber mutuo de lealtad y confianza son los candidatos a empleos que finalmente no son contratados; sin embargo, están protegidos por la Privacy Act de 1998 (Cth). También los acuerdos de negociación colectiva pueden otorgar un adecuado balance entre los intereses del empleador y la privacidad de los trabajadores,³⁵³⁶ ya que pueden contener restricciones para el acceso del empleador a la información genética de sus trabajadores a fin de proteger su privacidad.

3. Deber de confidencialidad del empleador de la información genética en España

En la legislación española no existe una regulación específica sobre el deber de confidencialidad del empleador en relación con los datos genéticos de los candidatos a empleos y trabajadores. Por lo tanto, el empleador debe cumplir con el deber de confidencialidad que le impone el RGPD, de modo que no puede, por regla general, divulgar a terceros la información genética de los trabajadores, salvo las excepciones que admite la legislación.

El RGPD contiene una detallada regulación dirigida a proteger los datos genéticos de terceros mediante medidas de seguridad y el deber de confidencialidad que deben cumplir los encargados de su tratamiento, entre quienes se encuentra el empleador. Así, cuando trata datos genéticos, el encargado debe garantizar la seudonimización y el cifrado de datos personales (artículo 32(1)(a) del RGPD). El artículo 4(5) del RGPD define la seudonimización como “el tratamiento de datos personales de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información

³⁵³⁴ AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION (2003), pp. 854-855.

³⁵³⁵ OTLOWSKI (2001), pp. 76-81; AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION (2003), pp. 848.

³⁵³⁶ WITZLEB (2014), p. 137.

adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable”. Se trata de una medida que persigue garantizar la privacidad de la información genética.

Asimismo, se obliga al encargado a tener la capacidad de garantizar la confidencialidad de los sistemas y servicios de tratamiento de datos genéticos [artículo 32(1)(b)].

4. Deber de confidencialidad del empleador de la información genética en la normativa internacional

La normativa internacional que trata la información genética consagra expresamente el deber de confidencialidad de quienes acceden y tratan datos genéticos. La Declaración de la UNESCO de 1997 específicamente establece que la información genética personal debería ser tratada por los Estados como confidencial y no comunicada a terceros sin el consentimiento de la persona a quien pertenece la información genética (artículos 5(b) y 7). La Declaración de la UNESCO de 2003 reitera que los Estados deberían establecer el deber de confidencialidad de los datos genéticos humanos asociados con una persona, una familia o grupo identificable, y agrega que no deberían darse a conocer a terceros, incluyendo a los empleadores, salvo que medie una razón importante de interés público, o bien se haya obtenido el consentimiento previo, libre, informado y expreso de la persona titular de la información genética (artículo 14).

CONCLUSIONES

Se exponen a continuación las conclusiones del presente trabajo organizadas por capítulo.

Capítulo I: Definición y fundamento jurídico de los reconocimientos médicos en el trabajo

Primera. En ninguna de las legislaciones examinadas existe una definición normativa de reconocimientos médicos en el trabajo con alcance general. Solo la ADA, que es la legislación federal antidiscriminación por discapacidad de Estados Unidos, define los exámenes médicos y las preguntas sobre la salud, los cuales tienen aplicación únicamente dentro de esa legislación.

A pesar de la ausencia de definición legal, la opinión doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria en las tres jurisdicciones domésticas analizadas es que la expresión “reconocimientos médicos” debe interpretarse en un sentido amplio que comprenda todo instrumento que permite obtener información sobre la salud, tanto de los postulantes a empleos como de los trabajadores y/o miembros del grupo familiar de la persona trabajadora. Por lo tanto, se puede concluir que la falta de concepto normativo no tiene un efecto perjudicial, ya que no se ha restringido el ámbito de aplicación de las normas que regulan los reconocimientos médicos en las legislaciones analizadas.

Existe uniformidad de opinión respecto de que los test de drogas, los test de alcohol y los exámenes genéticos son tipos de reconocimientos médicos.

En cambio, con relación a los test psicológicos, los test de detección de mentiras y las pruebas de medición de habilidades físicas, las legislaciones examinadas no indican expresamente si pueden considerarse reconocimientos médicos o no. Con la excepción de Estados Unidos, no se ha discutido de manera exhaustiva la naturaleza jurídica de estas pruebas ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. En Estados Unidos, tanto la EEOC como la jurisprudencia judicial sostienen que estos test serán reconocimientos médicos en la medida que proporcionen información sobre la salud de la persona examinada; por el contrario, si no proveen información sobre la salud física o psicológica, no pueden considerarse reconocimientos médicos. Esta conclusión puede extenderse a las otras dos jurisdicciones domésticas analizadas, ya que existe similar regulación sobre los reconocimientos médicos en el empleo en cuanto a qué tipos de exámenes tienen esa naturaleza jurídica.

De esta forma, en conformidad con las tres jurisdicciones analizadas, son reconocimientos médicos no solo los llevados a cabo por personal médico, sino también las preguntas sobre la salud, los dispositivos electrónicos usables, las aplicaciones tecnológicas y todo instrumento que suministre información médica o de la salud de la persona humana. El último gran ejemplo en que se utilizaron diversas formas de reconocimientos médicos lo proporcionó la pandemia causada por el covid-19, cuando se usaron en el lugar de trabajo numerosos tipos de reconocimientos médicos, para lo cual contribuyeron significativamente los avances tecnológicos y de la medicina.

Segunda. Los reconocimientos médicos en el trabajo pueden establecerse a través de distintas fuentes normativas; existen similitudes y diferencias entre las tres jurisdicciones domésticas analizadas.

La normativa estatal consagra expresamente reconocimientos médicos, aunque en menor medida en España y con mayor frecuencia en Estados Unidos. En todas las legislaciones analizadas se consagran reconocimientos médicos con fines de vigilancia de la salud del trabajador, si bien existen diferencias, especialmente a propósito de los test de drogas, test de alcohol y test genéticos, los cuales están regulados con cierto detalle en el ordenamiento jurídico norteamericano y, en menor medida, en Australia y España.

La obligación de seguridad también se considera un fundamento de los reconocimientos médicos en el empleo en las tres jurisdicciones, pero tiene un papel más importante en Australia y Estados Unidos, donde el empleador exige al trabajador reconocimientos médicos independientes de los establecidos en la legislación fundado en la obligación de seguridad. En cambio, en España, aunque la obligación de seguridad desempeña un papel en los reconocimientos médicos, es más bien a propósito de los reconocimientos voluntarios para el trabajador, es decir, su función como fundamento de reconocimientos médicos obligatorios para el trabajador está limitada, ya que la legislación es el principal fundamento de los reconocimientos médicos obligatorios para el trabajador.

El poder de dirección del empleador, aunque consagrado en las jurisdicciones examinadas, tiene distinta función en el establecimiento de los reconocimientos médicos. En Australia y Estados Unidos, el empleador puede requerir al trabajador reconocimientos médicos fundado en el poder

de dirección, para lo cual solamente debe respetar los límites derivados de la legislación, en especial la normativa antidiscriminación y la que protege la privacidad. Por el contrario, en España se discute si el empleador puede exigir reconocimientos médicos al trabajador fundado en el poder de dirección, ya que existe una posición que lo niega y otra que lo admite. La opinión dominante es la que sostiene que el empleador puede precisar los reconocimientos médicos que la legislación le ordena requerir a los trabajadores, para lo cual el poder de dirección es un instrumento que permite al empleador cumplir con la legislación que consagra los reconocimientos médicos.

En Australia y Estados Unidos, el contrato de trabajo puede consagrar expresamente reconocimientos médicos; por el contrario, en España se niega esa función al contrato de trabajo, pues se estima que regularía una materia en perjuicio del trabajador que no permite la legislación, principalmente la LPRL.

De manera similar, la negociación colectiva tiene un papel distinto en las tres jurisdicciones analizadas. En Estados Unidos, los reconocimientos médicos forman parte del contenido obligatorio de la negociación colectiva, esto es, debe negociarse con los sindicatos respecto de los trabajadores sindicalizados. Por lo tanto, tratándose de trabajadores sindicalizados, la legislación y la negociación colectiva son las principales fuentes de regulación de los reconocimientos médicos, regulación que no puede ser alterada ni desarrollada por la obligación de seguridad ni el poder de dirección, salvo que respeten la legislación y lo pactado en el instrumento colectivo. En Australia se considera también que los reconocimientos médicos son parte del contenido obligatorio del instrumento colectivo.

En España, en cambio, se discute si el convenio colectivo puede consagrar reconocimientos médicos distintos a los establecidos en la legislación. Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia considera que la negociación colectiva no puede regular reconocimientos médicos distintos a los consagrados en la legislación, ya que lo impide la LPRL, que solo permite –en su opinión– mejorar las condiciones de seguridad en el trabajo. Otro sector de la doctrina y de la jurisprudencia sostiene que la negociación colectiva puede regular reconocimientos médicos distintos a los establecidos en la legislación, en la medida que persigan las finalidades que admite el ordenamiento jurídico. A pesar de la discusión doctrinal y jurisprudencial, ciertos estudios demuestran que numerosos convenios colectivos regulan diversos tipos de reconocimientos

médicos distintos a los que reconoce la legislación, incluso durante el proceso de reclutamiento y selección, esto es, aplicables a candidatos a empleo que ni siquiera tienen la calidad de socios del sindicato en la etapa precontractual.

Capítulo II: Finalidades y oportunidad de los exámenes médicos en el trabajo

Tercera. Los reconocimientos médicos en el trabajo desempeñan funciones similares en las tres jurisdicciones examinadas, aunque en algunas legislaciones se admiten con mayor amplitud que en otras.

Una de sus funciones es determinar si el postulante a un empleo o el trabajador cumplen los requisitos físicos y/o psicológicos necesarios para ejecutar las labores esenciales del puesto de trabajo. Esta función se admite ampliamente en Australia y Estados Unidos; constituye una de las defensas de la empresa ante demandas de discriminación, las que son rechazadas cuando se acredita que los reconocimientos médicos persiguen determinar si la persona tiene la aptitud psicofísica inherente al puesto de trabajo y no puede cumplir las funciones esenciales por no reunir las condiciones psicofísicas que el puesto de trabajo exige. En cambio, en España se admite excepcionalmente que los reconocimientos médicos tengan como función determinar la aptitud psicofísica del candidato al empleo o de los trabajadores; se estima mayoritariamente que los reconocimientos médicos no constituyen instrumentos empresariales de selección o de exclusión de los trabajadores del empleo, excepto cuando una condición psicofísica es estrictamente indispensable para ejecutar las labores principales del cargo.

Otra función de los reconocimientos médicos en las tres jurisdicciones es determinar o descartar que la salud del postulante o trabajador constituya un riesgo para la seguridad o salud del propio examinado o de terceras personas. Función que tiene lugar, principalmente, en relación con los puestos de trabajo riesgosos para la seguridad, aquellos en que la infracción por parte del trabajador de las obligaciones y prohibiciones de seguridad conlleva riesgos de daños a la propiedad, o a la seguridad o salud del propio trabajador o de terceras personas. No existen mayores diferencias en Australia, España y Estados Unidos respecto de esta función de los reconocimientos médicos en el trabajo.

Una tercera función de los reconocimientos médicos es la vigilancia de la salud del trabajador ante la exposición a sustancias peligrosas y condiciones de trabajo riesgosas para la salud;

tradicionalmente, esta es la función que se atribuye a los reconocimientos médicos. En las tres legislaciones analizadas existe numerosa normativa estatal que regula esta función y no hay mayores diferencias entre ellas.

Como consecuencia de la finalidad de la legislación antidiscriminación, consistente en lograr la igualdad sustancial, las legislaciones domésticas han consagrado el deber de ajuste razonable y las acciones positivas. El deber de ajuste razonable en el empleo persigue que el empleador adecúe la discapacidad u otra condición de salud del candidato o trabajador según la regulación doméstica; por consiguiente, los reconocimientos médicos cumplen la función de determinar si la persona padece el problema de salud que da derecho al ajuste razonable y, en caso afirmativo, contribuyen a precisar el ajuste requerido por esa condición de salud. En relación con las acciones positivas en beneficio de personas con discapacidad o que tienen otra condición de salud, los reconocimientos médicos permiten o contribuyen a determinar si el candidato o el trabajador tienen el atributo que se exige para que la acción positiva pueda tener lugar. En las tres jurisdicciones analizadas, los reconocimientos médicos tienen la función de determinar la condición de salud que da derecho al ajuste razonable y a la acción positiva.

Otra función de los reconocimientos médicos, considerada en términos similares en las tres jurisdicciones analizadas, es establecer si el trabajador ha sufrido o no un accidente del trabajo o enfermedad profesional, con el propósito de determinar si tiene derecho a los beneficios de salud (atención médica, rehabilitación) y prestaciones económicas (subsidio, pensiones, indemnización) que la legislación reconoce a los trabajadores que han sufrido un accidente del trabajo o enfermedad profesional.

Asimismo, en las tres legislaciones los reconocimientos médicos constituyen una herramienta del poder de control del empleador, cuya función es determinar si el trabajador está haciendo un uso correcto de las licencias médicas que le permiten estar ausente del trabajo. En España y Estados Unidos existe normativa estatutaria que reconoce expresamente esta función a los reconocimientos médicos, la cual permite evitar el uso abusivo de las licencias médicas por parte de los trabajadores, ya que el empleador puede controlar que el trabajador las tome solo cuando padece realmente un problema de salud. Si bien en Australia no existe norma estatutaria que reconozca esta función a los reconocimientos médicos, es aceptada por la doctrina y la jurisprudencia.

Finalmente, los reconocimientos médicos pueden constituir beneficios otorgados por las empresas a sus trabajadores y/o miembros de su grupo familiar, como parte de los programas de bienestar. Los trabajadores y/o familiares utilizan de forma voluntaria esos reconocimientos médicos, que permiten detectar, controlar y ayudar a superar problemas de salud de origen común no cubiertos por el sistema de seguridad social, o simplemente contribuyen al bienestar, pues les permiten al trabajador o a sus familiares tener un mejor estado de salud. Estos reconocimientos médicos son ampliamente admitidos en Estados Unidos, donde el sistema de seguridad estatal es débil y son los particulares los que asumen el principal costo financiero de los servicios de salud. En Australia y España, en cambio, si bien se admiten los reconocimientos médicos como parte de los programas de bienestar empresariales, esto ocurre en menor medida que en Estados Unidos, ya que el Estado garantiza la atención médica gratuita a las personas. Como estos reconocimientos médicos son voluntarios, el trabajador no puede sufrir un perjuicio si decide no utilizarlos.

Cuarta. Los reconocimientos médicos en el trabajo no pueden perseguir finalidades que el ordenamiento jurídico no les reconoce ni permite; así, no se admite que sus resultados puedan vulnerar el derecho a la no discriminación ni a la privacidad que son reconocidos a los candidatos a empleo y a los trabajadores. Estos derechos están protegidos de forma diversa en las jurisdicciones analizadas.

En las tres jurisdicciones existe prohibición de discriminación directa e indirecta por discapacidad. Por consiguiente, ni la aplicación ni las finalidades de los reconocimientos médicos pueden constituir alguna de estas discriminaciones por razón de discapacidad del candidato o trabajador, las cuales están definidas y severamente sancionadas.

En términos similares, en las tres legislaciones existe discriminación por infracción del deber de ajuste razonable por parte del empleador. Tendrá lugar cuando el empleador no utiliza los reconocimientos médicos para determinar si el candidato o trabajador tienen una discapacidad que requiere el ajuste solicitado, o bien cuando el resultado del reconocimiento médico determina que la persona tiene una discapacidad que necesita ajuste razonable y el empleador no otorga el ajuste que requiere la discapacidad del candidato o trabajador. De esta forma, la no utilización de los reconocimientos médicos o la no observancia de sus resultados en el cumplimiento del

deber de ajuste razonable dan lugar a la discriminación por infracción del deber de ajuste razonable.

La prohibición de discriminación con ocasión de los reconocimientos médicos respecto de condiciones de salud distintas a la discapacidad está consagrada de diversa forma en las tres jurisdicciones. En Australia solamente están protegidos los candidatos y trabajadores que padecen enfermedades o tienen predisposición genética en la medida que reúnan las exigencias de la definición de discapacidad en conformidad con la legislación federal o estatal antidiscriminación, ya que la enfermedad, la predisposición genética y otras condiciones de salud no están consagradas como atributos o motivos discriminatorios independientes de la discapacidad. A esto se debe agregar que el ordenamiento jurídico australiano consagra un sistema de atributos taxativos protegidos, lo que significa que, si la persona no tiene o no se le atribuye alguno de los atributos consagrados por la legislación antidiscriminación, no estará protegida por dicha legislación. En Estados Unidos solo las condiciones de salud que reúnen las exigencias de la discapacidad o predisposición genética están protegidas por la legislación antidiscriminación, por lo que las personas que tengan una condición de salud que no reúna las exigencias de la discapacidad o predisposición genética no estarán protegidas por la legislación antidiscriminación con ocasión de los reconocimientos médicos.

Distinta es la situación en España desde la entrada en vigencia de la Ley 15/2022, ya que bajo esta ley se prohíbe la discriminación no solo por causa de la discapacidad, sino también por enfermedad, condición de salud, estado serológico y predisposición genética. Por lo tanto, la legislación española prohíbe la discriminación por cualquier condición de salud con ocasión de los reconocimientos médicos, y es la normativa antidiscriminación más protectora de los candidatos y trabajadores en comparación con las otras dos jurisdicciones analizadas.

En ninguna de las tres legislaciones, los reconocimientos médicos pueden tener como función o finalidad discriminar por sexo o embarazo; existe una protección similar en cada jurisdicción. De esta forma, los reconocimientos médicos y sus resultados no pueden utilizarse para excluir del empleo a personas por razón del sexo o embarazo; de hecho, están prohibidos los reconocimientos médicos para determinar o descartar el embarazo con el propósito de garantizar la eficacia de la restricción de discriminación por embarazo.

Asimismo, la privacidad constituye un límite para los reconocimientos médicos en el empleo, que puede vulnerarse cuando estos exámenes se utilizan con una finalidad no permitida por el ordenamiento jurídico, según cada jurisdicción. En Australia, al no reconocerse como derecho fundamental ni tampoco como derecho consuetudinario de los trabajadores, la privacidad no se vulnera durante la vigencia del contrato de trabajo cuando el empleador persigue con los reconocimientos médicos finalidades no amparadas por el ordenamiento jurídico. Solo en la etapa precontractual existe mayor protección a consecuencia de la Privacy Act de 1988 (Cth), que reconoce que se vulnera la privacidad si en el período precontractual los reconocimientos médicos se utilizan con finalidades ilícitas.

En Estados Unidos, en cambio, la privacidad constituye un límite para los reconocimientos médicos. La expectativa de privacidad está reconocida como un derecho fundamental en la Constitución federal y en las constituciones de ciertos estados, y este derecho constitucional constituye un límite solo frente a los actos del gobierno, con excepción de la Constitución del estado de California que consagra la privacidad como límite tanto ante actuaciones estatales como privadas. Por lo tanto, los reconocimientos médicos que exigen las autoridades gubernamentales y legislativas deben cumplir alguna de las funciones que les reconoce el ordenamiento jurídico, pues, de no ser así, vulnerarían la expectativa de privacidad por considerarse que persiguen una finalidad que no justifica la intromisión en la privacidad del candidato a empleo o de los trabajadores. En relación con los reconocimientos médicos que exige el empresario del sector privado en virtud de su obligación de seguridad o poder de dirección, constituye un límite la expectativa de privacidad del *common law*, que reconoce el derecho consuetudinario a los candidatos a empleo y trabajadores; así no puede exigirse exámenes médicos que no persigan una finalidad lícita. Sin embargo, se ha negado la vulneración de la privacidad del *common law* cuando el trabajador o candidato a empleo otorgan su consentimiento expreso para someterse al reconocimiento médico, consentimiento que la jurisprudencia considera suficiente para descartar la vulneración de la privacidad. De esta forma, en Estados Unidos la privacidad reconocida en la norma constitucional federal ante la actuación de agencias estatales constituye el mayor límite a las funciones que pueden cumplir los reconocimientos médicos en el empleo, en particular durante la vigencia de la relación laboral, ya que se considera

mayoritariamente que el candidato a empleo tiene menor expectativa de privacidad que el actual trabajador.

En España la privacidad es un derecho fundamental que se reconoce a toda persona, sea candidato a empleo o trabajador, y constituye un límite ante actuaciones de agencias estatales o de empleadores del sector público y privado. Por consiguiente, cualquier reconocimiento médico que persiga una finalidad no amparada por el ordenamiento jurídico, incluso si el trabajador acepta someterse al examen médico, constituiría un atentado a la privacidad por considerarse una intromisión ilegítima en la intimidad de la persona trabajadora. El consentimiento no justifica una intromisión en la intimidad cuando es ilícita, pues los derechos fundamentales son irrenunciables bajo la normativa española.

Así, es en España donde la privacidad constituye un mayor límite a los reconocimientos médicos en comparación con las legislaciones del *common law* examinadas; contribuye a ello su consagración como derecho fundamental de toda persona, que debe ser respetado tanto por el Estado como por los empleadores.

Quinta. Las oportunidades en que tienen lugar los reconocimientos médicos están en directa relación con sus finalidades; por lo tanto, se admitirán en mayor número de situaciones cuando la prohibición de discriminación y la privacidad restrinjan en menor medida sus finalidades.

Por una parte, los reconocimientos médicos pueden tener lugar antes de la celebración de un contrato de trabajo: o bien antes que el empleador comunique al postulante una oferta de trabajo, o bien luego de la emisión de una oferta de trabajo, la cual queda condicional a que los resultados de los exámenes determinen que el candidato tiene aptitud psicofísica para el puesto de trabajo al que se postula. En las tres jurisdicciones analizadas se admiten de diversa forma los reconocimientos médicos previos a la celebración del contrato de trabajo.

En Australia se aceptan ampliamente los reconocimientos médicos tanto antes como después de una oferta de trabajo; solo se prohíbe su utilización con fines discriminatorios. La doctrina australiana critica que la legislación admita los reconocimientos médicos previos a una oferta de trabajo, porque sus resultados podrían producir discriminación por discapacidad: como el empleador conoce el estado de la salud de los postulantes antes de extender una oferta de trabajo, podría verse inclinado a no ofrecer empleos a quienes tienen problemas de salud. Por ello, la

doctrina sostiene que la legislación australiana debería prohibir los reconocimientos médicos previos a la emisión de una oferta de trabajo, como lo hace la Equality Act de 2010 del Reino Unido.

En Estados Unidos, la regla general es que los reconocimientos médicos están prohibidos previo a la emisión de una oferta de trabajo, con el propósito de evitar riesgos de discriminación por discapacidad en la etapa precontractual. Solo se admitirán en la etapa previa a la oferta de trabajo preguntas sobre la discapacidad cuando esta sea manifiesta y únicamente para cumplir con el deber de ajuste razonable que impone la legislación antidiscriminación al empleador. Por el contrario, luego de la comunicación de la oferta de trabajo, se admiten ampliamente los reconocimientos médicos, y la oferta de trabajo es condicional a que los resultados de los exámenes médicos le permitan al postulante desempeñar las funciones del puesto de trabajo ofrecido sin ajuste razonable o con ajuste razonable que no constituya una carga injustificada para el empleador.

En España están prohibidos los reconocimientos médicos previos a la oferta de trabajo con el propósito de garantizar el impedimento de discriminación por motivos relacionados con la salud de los postulantes. Asimismo, por regla general, los reconocimientos posteriores a la emisión de una oferta de trabajo y antes de la celebración del contrato de trabajo están prohibidos, si bien existen ciertas situaciones en que sí tienen lugar. Así, la legislación admite expresamente algunos reconocimientos médicos precontractuales para determinar la aptitud psicofísica del postulante cuando es un requisito inherente al puesto de trabajo y con fines de vigilancia ocupacional de la salud. Del mismo modo, algunos convenios colectivos, con similares finalidades, admiten estos reconocimientos médicos precontractuales en supuestos distintos a los establecidos en la legislación, algo que un sector de la doctrina y la jurisprudencia considera ilegal y otro sector estima legal.

La razón por la cual los reconocimientos médicos precontractuales se admiten excepcionalmente en España es que, por regla general, no se acepta que constituyan un instrumento de selección de los trabajadores más aptos en términos de salud para el trabajo, sino que esencialmente se consideran un instrumento de vigilancia de la salud. En cambio, en las jurisdicciones del *common law* analizadas se admite que los reconocimientos médicos permitan seleccionar a los candidatos

con mejor estado de salud, especialmente en el caso de Australia, y, por lo tanto, se acepta que sean un instrumento de selección de trabajadores.

Por otra parte, los reconocimientos médicos pueden tener lugar una vez celebrado el contrato de trabajo y antes que el trabajador comience a desempeñar su trabajo. Esta oportunidad de los reconocimientos médicos es ampliamente admitida en España a consecuencia de que se aceptan de forma excepcional en la etapa precontractual, aunque también es reconocida en Australia y Estados Unidos.

Durante la ejecución del contrato de trabajo tienen lugar los comúnmente llamados “reconocimientos médicos ocupacionales”. A su vez, estos pueden clasificarse en diversas categorías según la oportunidad o situación en que pueden tener lugar; se destacan los reconocimientos médicos periódicos, los reconocimientos médicos por sospecha razonable de falta de aptitud psicofísica para el trabajo, los reconocimientos médicos durante la ausencia del trabajo por razones médicas, los reconocimientos médicos previo a la reincorporación al trabajo luego de un período de ausencia, los reconocimientos médicos aleatorios. No existen mayores diferencias en la regulación que hacen las tres legislaciones domésticas de estos reconocimientos médicos.

Finalmente, con posterioridad a la extinción del contrato de trabajo, en las tres legislaciones se regulan los llamados “reconocimientos médicos post-ocupacionales” con fines de vigilancia de la salud de extrabajadores que han estado expuestos a sustancias peligrosas o condiciones ambientales riesgosas para la salud durante el desarrollo de la relación laboral extinguida. Tampoco en este caso existen mayores diferencias en la regulación que hacen de estos reconocimientos médicos las jurisdicciones analizadas.

Capítulo III: Los test de drogas en el trabajo

Sexta. El fundamento jurídico que pueden tener los test de drogas en cada una de las legislaciones analizadas es el mismo que el de los reconocimientos médicos, al ser una categoría de estos. Sin embargo, la legislación y la obligación de seguridad son los principales fundamentos de los test de drogas que se exigen a los trabajadores en el empleo. La legislación contempla numerosos test de drogas, y también establece límites y requisitos que debe observar el empleador al exigir test de drogas a los trabajadores. Es en Estados Unidos donde existe una

mayor regulación de los test de drogas, a nivel federal y estatal. En ausencia de normativa estatal, la obligación de seguridad empresarial permite al empleador justificar los test de drogas que exige a sus trabajadores; esto es similar en las jurisdicciones estudiadas.

La negociación colectiva tiene un papel distinto según la jurisdicción. En Estados Unidos y, en menor medida, en Australia, el instrumento colectivo regula los test de drogas a los que deben someterse los trabajadores a quienes se aplica. En cambio, en España es discutido: al igual que con los reconocimientos médicos, un sector de la jurisprudencia y la doctrina admite que la negociación colectiva pueda regular test de drogas y otro niega esta posibilidad.

El contrato individual de trabajo puede regular test de drogas en Australia y Estados Unidos, pero no en España. En esta última legislación, se sostiene que la autonomía individual no puede imponer test de drogas porque establecería una condición laboral peor que la legislación de prevención de riesgos laborales, en circunstancias en que su función es mejorar los derechos mínimos laborales. Por su parte, el poder de dirección es reconocido como fundamento de los test de drogas en Australia y Estados Unidos; por el contrario, en España su papel se encuentra limitado ya que solo se acepta que pueda regular test de drogas que se justifican en la obligación de seguridad, por lo cual actúa como un instrumento de cumplimiento de la deuda de seguridad del empleador.

Séptima. En cuanto a las finalidades de los test de drogas, se sostiene que pueden perseguir diversos fines lícitos.

En primer lugar, mejorar la productividad, puesto que la realización de test de drogas permitiría excluir del trabajo a los trabajadores que están bajo la influencia de las drogas, o bien someterlos a un programa de rehabilitación, o provocar una disminución en el consumo de drogas entre los trabajadores, quienes, ante el temor de ser descubiertos bajo su influencia o consumo si fueran sometidos a un test de drogas en el empleo, podrían decidir cesar el consumo de drogas o disminuirlo. Finalidad que no todos los autores comparten, ya que no existe evidencia concluyente respecto de que los test de drogas por sí solos permitan mejorar la producción.

Entre las legislaciones analizadas, solamente en Australia y en ciertos estados de Estados Unidos respecto de trabajadores del sector privado que no tienen garantizada la privacidad por norma constitucional, se reconoce como finalidad de los test de drogas la mejora de la productividad.

En cambio, en España no se admite que los test de drogas tengan como solo propósito mejorar la productividad pues lo impide la privacidad, el mismo fundamento que se invoca en Estados Unidos para no aceptar esta finalidad de los test de drogas respecto de trabajadores a quienes se les reconoce el derecho a la privacidad en la Constitución federal y/o estatal.

Una segunda finalidad es garantizar la seguridad y salud en el trabajo ante los riesgos derivados de trabajar bajo la influencia de las drogas. En los tres ordenamientos jurídicos analizados se reconoce esta finalidad de los test de drogas, que constituyen así un instrumento para cumplir con la obligación de seguridad, debido a que permiten evitar, eliminar o disminuir los riesgos para la seguridad en el centro de trabajo derivados de las drogas. Las drogas son un riesgo para la seguridad cuando el trabajador que ocupa un puesto de trabajo sensible para la seguridad está bajo su influencia o tiene drogas o metabolitos en su sistema mientras está desarrollando su labor, ya que podría provocar un daño a la propiedad o una lesión física o la muerte del propio trabajador, de compañeros de trabajo o de personas del público o clientela de la empresa. De esta forma, los test de drogas con fines de seguridad se justifican en relación con trabajadores que ocupan posiciones sensibles para la seguridad, pero no para trabajadores que desempeñan empleos en que no existe riesgo para la seguridad, respecto de quienes se considera que la privacidad impide los test de drogas, ya que no se cumplen los requisitos de la proporcionalidad.

La tercera finalidad es garantizar el cumplimiento de prohibiciones vinculadas al consumo de drogas que constituyen requisitos inherentes al puesto de trabajo. Existen ciertos puestos de trabajo que, por la naturaleza de las funciones que involucran, imponen a quienes los ocupan la prohibición de consumir y estar bajo la influencia de las drogas, por ser estas conductas incompatibles con las funciones del cargo. También en este caso, los test de drogas constituyen una de las herramientas necesarias para verificar el cumplimiento de esa prohibición por parte de los trabajadores en cuestión. Esta función es ampliamente aceptada en países del *common law*, pero no en España, donde se discute si los test de drogas pueden determinar el cumplimiento de los requisitos inherentes a una posición laboral. Sin embargo, en el último tiempo se ha ido aceptando esta función en el ordenamiento jurídico español. Ejemplo de ello son los test de drogas requeridos a los deportistas profesionales, que demuestran que actualmente se acepta en España que los test de drogas pueden determinar el cumplimiento de los requisitos inherentes al

cargo, distintos de los que solamente persiguen garantizar la seguridad en el trabajo, como en Australia y Estados Unidos.

Una cuarta finalidad es determinar el cumplimiento de requisitos por parte de los trabajadores para el otorgamiento de derechos y beneficios. En las tres jurisdicciones se admite que, para someterse a programas de rehabilitación por abuso de drogas, los trabajadores con problemas de adicción deben aceptar que se les pueda requerir durante el tratamiento someterse a test de drogas, y que su negativa puede impedir el acceso al programa o su expulsión de este. Asimismo, en todos los ordenamientos jurídicos analizados se admite que los resultados positivos de los test de drogas pueden provocar que el trabajador que sufre un accidente del trabajo mientras está bajo la influencia de las drogas no pueda acceder total o parcialmente a los beneficios reconocidos por la legislación a los trabajadores que sufren accidentes del trabajo o enfermedades profesionales. Por lo tanto, si los test de drogas aislada o conjuntamente con otra prueba corroboran que el trabajador estaba bajo la influencia de las drogas al sufrir un accidente del trabajo o enfermedad profesional, este se verá privado de la compensación reconocida para estos infortunios laborales. Es en Estados Unidos donde mayor regulación existe al respecto. Finalmente, en Estados Unidos, la legislación federal y de ciertos estados requiere a las personas desempleadas someterse a test de drogas y que sus resultados sean negativos para acceder a los beneficios de desempleo; por el contrario, si dan positivo en el test de drogas requerido o si fueron despedidos por esa razón, se les podrán negar los beneficios de desempleo. En Australia y España no existe normativa similar: no es una condición para acceder a los beneficios de seguridad social dar negativo en un test de drogas o no haber sido despedido por haber dado positivo en un test de drogas.

Octava. En cuanto a la oportunidad o situación en que pueden tener lugar los test de drogas, se pueden resumir en las siguientes:

1. **Previo al inicio del contrato de trabajo o al cambio de empleo.** Oportunidad que se reconoce ampliamente en Australia y Estados Unidos, inclusive previo a la emisión de una oferta de trabajo. Su finalidad es determinar que el candidato no sea un riesgo para la seguridad laboral producto del consumo de drogas y/o que cumple con los requisitos inherentes al trabajo vinculados al no consumo de drogas y no trabajar bajo su influencia. En cambio, en España se discute si los test de drogas pueden tener lugar previo al contrato

de trabajo o no; sin embargo, la posición que parece predominar en la actualidad es la que los admite respecto de candidatos a empleos riesgosos para la seguridad o para determinar los requisitos inherentes al cargo vinculados a la prohibición de consumo de drogas o trabajar bajo su influencia.

2. **De forma aleatoria.** Los test de drogas aleatorios se admiten en las tres jurisdicciones analizadas respecto de trabajadores que ocupan cargos sensibles para la seguridad o cargos que tienen como requisitos inherentes la prohibición del consumo de drogas y/o estar bajo su influencia en el trabajo, y respecto de trabajadores que se someten a programas de rehabilitación de las drogas. En ciertos estados de Estados Unidos también se admiten los test aleatorios en relación con trabajadores que han dado positivo en test de drogas anteriormente. Es en Estados Unidos donde existe mayor regulación de los test aleatorios de drogas en el empleo, tanto a nivel federal como estatal.
3. **Causa razonable y posterior a un accidente del trabajo.** En estas situaciones se admiten los test de drogas en las tres jurisdicciones analizadas y su admisión no presenta mayores problemas. También durante los programas de rehabilitación por abuso de drogas, se aceptan los test de drogas requeridos a trabajadores que se someten a dicho tratamiento.
4. **Previo a la reincorporación al trabajo luego de un período de ausencia.** En Estados Unidos existe normativa federal y estatal que exige al trabajador que ha estado ausente de su trabajo dar negativo en el test de drogas como condición para reincorporarse, en especial cuando la causa de la ausencia del trabajo fue dar positivo en un test de drogas previamente, lo cual lo obligó someterse a un programa de rehabilitación para conservar su empleo. En España se reconocen también los test de drogas previo a reincorporarse al trabajo, pero solo respecto de trabajadores cuyo contrato de trabajo estuvo suspendido por problemas de adicción a las drogas. En Australia no existe regulación sobre esta oportunidad de los test de drogas.
5. **De forma periódica.** En Estados Unidos se admiten los test de drogas como parte de la batería de exámenes médicos periódicos a que deben someterse ciertos trabajadores, especialmente los que ocupan posiciones sensibles para la seguridad, a fin de determinar la aptitud psicofísica para el trabajo. En Australia y España, en cambio, no existe una

regulación de los test de drogas periódicos, aunque en Australia se aceptan tratándose de trabajadores que ocupan cargos sensibles para la seguridad en el trabajo.

Novena. Los test de drogas se practican a partir de muestras corporales. Mayoritariamente se acepta que ningún test de drogas, cualquiera sea la muestra utilizada, permite demostrar la intoxicación de la persona al momento de la toma de la muestra, aunque las que con mayor probabilidad permiten acreditar esa situación son las muestras de sangre y saliva, porque otorgan la posibilidad de comprobar el consumo reciente de drogas. Las muestras usadas con mayor frecuencia en el trabajo son el cabello, la orina y la saliva.

Los test de drogas que utilizan muestras de cabello no permiten determinar si un trabajador está bajo la influencia de las drogas, ya que solo detectan la presencia de drogas en el cuerpo, cuyo consumo pudo haber ocurrido semanas, incluso meses, antes. Se acepta el uso de muestra de cabello en los test de drogas previos al empleo, en los test de drogas aleatorios en posiciones de trabajo sensibles para la seguridad que involucran la prohibición de consumir drogas y en los test de drogas durante programas de rehabilitación de adicción a las drogas.

Los test de drogas en orina que arrojan un resultado positivo tampoco permiten comprobar que el trabajador está bajo la influencia de las drogas al momento de la toma de la muestra, sino que su consumo fue reciente. Esto se acepta en todas las jurisprudencias analizadas. En Estados Unidos, se discute si el resultado positivo de marihuana en test de orina es compatible con la legislación estatal que admite la marihuana para fines medicinales y recreacionales; en ocasiones se ha resuelto que prueba más bien una conducta extralaboral protegida por esta legislación. También en algunos estados se discute sobre la idoneidad del test de orina a propósito de la compensación por accidente del trabajo y enfermedades profesionales, ya que no acredita que el trabajador estuviera bajo la influencia de las drogas al momento de la toma de la muestra; por lo tanto, cierta legislación estatal ha establecido presunciones de intoxicación sobre la base de dar positivo en el test de orina. También se ha discutido si un resultado positivo en test de drogas con base en orina es suficiente para privar al trabajador cesante del seguro de cesantía; algunos estados consideran que sí y otros que no, por no acreditar estar bajo la influencia de las drogas. Finalmente, en Estados Unidos se ha discutido si el resultado positivo del test de drogas en orina es suficiente para justificar el despido disciplinario; existe jurisprudencia que sostiene que sí y otra que no, por no acreditar la intoxicación.

De manera similar, en Australia y España la opinión asentada es que los test de drogas en orina no demuestran la intoxicación del trabajador al momento de la toma de la muestra; sin embargo, prueban el consumo reciente y la infracción a las normas que prohíben trabajar con presencia de drogas o metabolitos de drogas en el cuerpo.

Como los test de drogas en saliva son los que permiten acreditar con mayor probabilidad el consumo reciente de drogas en comparación con los test de drogas en cabello y orina, tienen amplia aceptación en las jurisdicciones analizadas, aunque no se acepta mayoritariamente que permitan comprobar la intoxicación al momento de la toma de la muestra. En Estados Unidos, el uso de muestras orales en test de drogas se considera compatible con la legislación estatal que ha legalizado el consumo de marihuana para fines recreacionales y medicinales, ya que permiten comprobar con mayor probabilidad el consumo en el lugar de trabajo o la intoxicación mientras se está trabajando. En Australia, igualmente, es la muestra que goza de mayor aceptación entre los trabajadores porque no controla el consumo extralaboral de drogas, por lo cual existen instrumentos colectivos en que se ha negociado que la muestra a utilizar en test de drogas sea la saliva. En España también se aceptan los test de drogas en saliva, pero existe discusión en la jurisprudencia acerca de si su resultado positivo permite comprobar la intoxicación del trabajador al momento de la toma de la muestra; una posición de la jurisprudencia niega esta posibilidad y otra afirma que prueba la intoxicación actual.

Como la posición dominante es que los test de drogas no permiten comprobar la intoxicación actual en el trabajo, existen herramientas auxiliares que junto con el resultado positivo del test de drogas demuestran que el trabajador estaba bajo la influencia de las drogas en el instante de la toma de la muestra. Una de ellas es la presunción de intoxicación que deriva del resultado positivo del test de drogas, reconocida por la legislación sobre compensación por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales de algunos estados de Estados Unidos. Presunción que ciertos tribunales no consideran configurada solamente por el resultado positivo del test de drogas, ya que no demuestra que el trabajador estuviera bajo la influencia de las drogas al tomarse la muestra. Otra herramienta es el testimonio del testigo experto, quien declara en juicio sobre el alcance del resultado positivo del test de drogas y las consecuencias de estar bajo la influencia de las drogas. Una tercera herramienta son las circunstancias inmediatamente

anteriores o coetáneas a la toma de la muestra relacionadas con el comportamiento del trabajador que se somete al test de drogas y con su apariencia física.

Asimismo, se han desarrollado diversos métodos conductuales que permiten comprobar si la persona está bajo la influencia de las drogas o no, los que de forma conjunta con los test de drogas o de manera independiente permiten demostrar si una persona está bajo la influencia de las drogas o no.

Décima. Los test de drogas no pueden perseguir fines no amparados por el ordenamiento jurídico, puesto que podrían afectar la privacidad o el derecho a la no discriminación.

La privacidad, reconocida a la mayoría de trabajadores en Estados Unidos y a todos los trabajadores en España, se considera vulnerada cuando el test de drogas persigue una finalidad no amparada por la legislación o tiene lugar en una oportunidad o situación no aceptada por el ordenamiento jurídico. En cambio, en Australia, como la privacidad tiene escasa protección, no se considera vulnerada por los test de drogas que persiguen fines no amparados por el ordenamiento jurídico o que tienen lugar en situaciones u oportunidades no expresamente permitidas por la legislación.

El derecho a la no discriminación, igualmente, constituye un límite de los test de drogas. En Estados Unidos es donde existe mayor regulación y desarrollo jurisprudencial al respecto. La ADA prohíbe la discriminación contra consumidores de drogas en el pasado, actualmente rehabilitados o en proceso de rehabilitación, y contra consumidores de medicamentos recetados legalmente, además de exigir al empleador la acomodación razonable al momento de la toma de la muestra. Asimismo, la Rehabilitation Act y leyes similares de los estados prohíben la discriminación contra personas rehabilitadas del consumo de drogas, quienes no pueden sufrir acciones adversas en el trabajo, salvo que el consumo pasado de drogas sea incompatible con los requerimientos inherentes al trabajo. La Federal Civil Rights Act también prohíbe la discriminación por ciertos motivos, habiéndose considerado, en ocasiones, que los test de drogas producen discriminación por raza.

A nivel estatal, la legislación de diversos estados prohíbe la discriminación por consumo de marihuana con fines medicinales o recreacionales, además de requerir el deber de acomodación razonable. Sin embargo, esta normativa está en contradicción con la legislación federal, que

considera delito el consumo de drogas ilegales, entre las que se encuentra la marihuana. Por ello, mayoritariamente la jurisprudencia considera que no existe discriminación si el empleador no contrata, despide o no cumple con el deber de ajuste razonable respecto de un consumidor de marihuana con propósitos medicinales o recreacionales fuera del lugar de trabajo, de este modo da prevalencia a la legislación federal sobre la estatal.

En España, aunque existe una causal de despido disciplinario consistente en la toxicomanía si repercute negativamente en el trabajo (artículo 52.2, f) ET), bajo la actual Ley 15/2022 un trabajador con drogodependencia presente o pasada, que es una condición de salud o enfermedad, no puede sufrir discriminación por dicha afección. Por lo tanto, podría considerarse que el derecho a la no discriminación prohíbe llevar a cabo el despido disciplinario de un drogodependiente actual y que una persona rehabilitada sufra una acción adversa, como podría ser la negativa de un trabajo o el despido por esa condición de salud o enfermedad pasada.

En Australia no existe protección en la normativa antidiscriminación para la persona con drogodependencia actual o pasada.

Capítulo IV: Los exámenes genéticos en el trabajo

Las tres legislaciones domésticas tienen una regulación completamente diferente respecto de los test genéticos en el empleo.

Decimoprimer. La GINA de Estados Unidos define expresamente los test genéticos y la información genética, al igual que la Declaración UNESCO 2003. En cambio, las legislaciones australiana y española no definen los test genéticos; la legislación australiana no define la información genética, si bien hay menciones aisladas a los datos genéticos; la normativa española sí define la información genética en el RGPD.

Decimosegunda. Solamente en Estados Unidos y España la legislación impone al empleador la prohibición de discriminación basada en información genética. Sin embargo, en Estados Unidos se critica esta prohibición por dos razones, a consecuencia de que solo comprende la discriminación directa. La primera es que la GINA no prohíbe la discriminación indirecta, de modo que es lícito que el empleador, en virtud de políticas neutrales aplicables por igual a todos los trabajadores, tome decisiones basadas en información genética obtenida lícitamente. Esta

exclusión no tiene justificación alguna, porque la discriminación indirecta bajo las otras leyes federales antidiscriminación se prohíbe y sanciona, por lo que no existe ningún fundamento para ser considerada lícita bajo la GINA. La segunda es que la GINA no impone al empleador el deber de ajuste razonable, a fin de acomodar a los trabajadores que por su condición genética requieran una acomodación en el trabajo que no impone una carga injustificada al empleador. De esta forma, si a causa de su información genética el trabajador requiere una acomodación razonable, el empleador no está en obligación de otorgarla y no incurre en infracción de GINA debido a dicha conducta omisiva. Sin embargo, esa omisión no tiene justificación, porque provocaría perjudicar a los trabajadores debido a sus genes, lo cual no es aceptable si estuviera consagrado el deber de acomodación razonable como está regulado en otras leyes federales, como la ADA.

En España la predisposición genética está mencionada expresamente entre los atributos protegidos por la normativa antidiscriminación que rige en el empleo: la Ley 15/2022. Esta ley prohíbe cualquier forma de discriminación por predisposición genética, lo que constituye un avance en relación con la Directiva de la UE que prohíbe la discriminación en el empleo, pero no enumera la información genética ni la predisposición genética entre los atributos protegidos por su normativa.

En Australia, ni la legislación federal ni la estatal prohíben expresamente la discriminación genética. Solo ciertas legislaciones antidiscriminación la prohíben bajo la discriminación por discapacidad, al considerarse la información genética una forma de discapacidad futura.

A nivel jurisprudencial, en Estados Unidos se han acogido escasas las demandas por discriminación; la mayoría de ellas han sido rechazadas. También en Australia se han acogido muy pocas demandas por discriminación genética, y lo han sido considerándose discriminación por discapacidad. En España no se conocen sentencias en que se hayan acogido demandas por discriminación genética en el empleo.

Decimotercera. En cuanto a la relación entre privacidad y acceso a la información genética por parte del empleador, se reconocen tres modelos: acceso empresarial ilimitado a la información genética, excepciones limitadas de acceso a la información genética y prohibición absoluta de acceso a la información genética.

De las tres legislaciones analizadas, Australia es la que protege menos la privacidad, consagrando el modelo de acceso ilimitado por parte del empleador a la información genética de candidatos a empleo y trabajadores, a consecuencia de que los principios de privacidad consagrados por la Privacy Act de 1988 (Cth) no aplican a la carpeta con información vinculada al empleo.

Por el contrario, en Estados Unidos y España rige el modelo de excepciones limitadas de acceso a la información genética, que significa que, por regla general, se prohíbe al empleador acceder a información genética, salvo en las excepciones que consagra expresamente la legislación. Ahora bien, la GINA tiene un mayor número de excepciones y más amplias que las que consagra la legislación española sobre protección de datos en el empleo. Sin embargo, el acceso a información genética no justifica que pueda utilizarse para fines de discriminación genética, prohibición que rige inclusive cuando el empleador adquiere información genética. Asimismo, cuando el empleador accede a información genética fuera de las excepciones legales, en situaciones no autorizadas expresamente, infringe la prohibición de acceso a la información genética. Impedimento que, bajo la GINA, ha permitido acoger diversas demandas por infracción a la privacidad del trabajador como consecuencia de la contravención de la prohibición de acceso a la información genética, no ha sido necesario probar su uso indebido.

Asimismo, el RGPD consagra el modelo de excepciones limitadas de acceso a la información genética de forma similar a la GINA. También las Declaraciones UNESCO y el Convenio de Oviedo reconocen este modelo, pero las excepciones de acceso a información genética son menos y más restrictivas que las que establecen la GINA y el RGPD. A pesar de las diferencias entre las normativas dentro de este modelo, no se admite utilizar la información genética para adoptar decisiones de selección de personal ni otras decisiones empresariales en perjuicio de los trabajadores y candidatos a empleo.

Existen legislaciones domésticas, en particular europeas, que prohíben absolutamente al empleador el acceso a información genética, para evitar cualquier riesgo de vulneración de la prohibición de discriminación genética y de la privacidad. En Australia un sector de la doctrina promueve este modelo ante una posible reforma a la legislación sobre información genética.

Decimocuarta. En Estados Unidos y España, el empleador tiene el deber de confidencialidad de la información genética; no puede compartirla con terceros, salvo en las situaciones

excepcionales que consagra expresamente la legislación, con el propósito de proteger la intimidad de los titulares de la información genética. En cambio, en Australia la legislación no impone al empleador el deber de confidencialidad de la información genética; es el deber implícito de confianza y lealtad del contrato de trabajo el que impone este deber y, eventualmente, la negociación colectiva, si se negocia dicho deber.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAHAMSON, Daniel N., *Drug testing legal manual and practice AIDS*, Volume 2, Thomson Reuters, Danvers, 2021, second edition.

ADAMS, Eric M., “Human rights at work: Physical standards for employment and human rights law”, *Applied Physiology, Nutrition, and Metabolism*, Vol. 41, 2016, pp. 63-73.

AGIUS, Ronald; KINTZ, Pascal, “European Workplace Drug Testing Society. Guidelines for European workplace drug and alcohol testing in hair”, *Drug Test Analysis*, Vol. 2(8), 2010, pp. 367-376.

AGIUS, Ronald, “Editorial: Special issue on the 7th Symposium of the EWDTS on Workplace Drug Testing”, *Drug Test Analysis*, Vol. 4(2), 2012, pp. 59-61.

AGRA VIFORCOS, Beatriz, “El embarazo y la lactancia: un análisis desde la perspectiva de la prevención de riesgos en el trabajo”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, N°28, 2006, pp. 151-182.

AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023.

AGUILAR MARTÍN, M. Carmen, “El papel de la negociación colectiva en materia de seguridad y salud en el trabajo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 5, N°3, 2017, pp. 247-263.

AGRA VIFORCOS, Beatriz, *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, Editorial Eolas, León, 2013, segunda edición.

ALAMEDA CASTILLO, María Teresa, *Estadios previos al contrato de trabajo y discriminación*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2013.

ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, “Los deberes del empresario respecto a la seguridad y salud de sus trabajadores, en: OJEDA AVILÉS, Antonio; ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón; RODRÍGUEZ RAMOS, María José (Coords.), *La Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 101-132.

ALONSO PAULÍ, Montserrat; MORO VALENTÍN-GAMAZO, Alicia; ALVARADO CAYCHO, Gisella Rocí, *Novedades en la protección de la discriminación en materia laboral tras la Ley 15/2022*, Francis Lefebvre, Madrid, 2024.

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio, “La ley integral para la igualdad: un frágil puente entre el derecho europeo y la Constitución”, *Temas Laborales*, N°165, 2022, pp. 87-120.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, American Psychiatric Publishing, Arlington, 2013, fifth edition.

AMUNDSEN, Glen E.; COLLINS WERNER, Katherine, "Legal Guidelines for Employee Drug Testing", *Illinois Bar Journal*, Vol. 80, N°1, 1992, pp. 24-31.

ANASTASI, Anne, *Psychological testing*, Macmillan, New York, 1976, fourth edition.

ANDERSON, Gordon; BRODIE, Douglas, *The common law employment relationship. A comparative study*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham y Northampton, 2017.

ANDERSON, Elizabeth, *Private government*, Princeton University Press, Princeton, 2017.

ANTHONY DAS, Cecilia; YIN, Kenneth, “Can my boss make me get a COVID vaccination? Yes, but it depends on the job”, *The Conversation*, February 3, 2021, disponible: <https://theconversation.com/> (consultada el 10 de septiembre de 2021).

APPEL, Richard N.; GRAY, Alison L.; LOY, Nilufer, “Affirmative Action in the Workplace: Forty Years Later”, *Hofstra Labor and Employment Law Journal*, Vol. 22(2), 2005, pp. 549-574.

ARETA MARTÍNEZ, María, “Las distintas finalidades de los reconocimientos médicos practicados a los trabajadores. Un apunte desde el Derecho comparado español y francés”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N°5, 2020, pp. 1-16.

_____, “El despido objetivo por ineptitud sobrevenida de un trabajador que ha sido declarado “no apto” en el reconocimiento médico: un análisis desde el Derecho comparado español y francés”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N°9, 2020 (b), pp. 1-21.

AREHEART, Bradley A., “When disability isn’t “just right”: the entrenchment of the medical model of disability and the goldilocks dilemma”, *Indiana Law Journal*, Vol. 83(1), 2008, pp. 181-232.

_____, “Accommodating pregnancy”, *Alabama Law Review*, Vol 67(4), 2016, pp. 1125-1177.

AREHEART, Bradley A.; ROBERTS, Jessica L., “GINA, Big Data, and the Future of Employee Privacy”, *The Yale Law Journal*, Vol. 128, N°3, 2019, pp. 710-790.

ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel; RUBIO SÁNCHEZ, Francisco, *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.

ASHLEY STEIN, Michael, "Same struggle, different difference: ADA accommodations as antidiscrimination", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 153, N°2, 2004, pp. 579-673.

AUSTRALIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION, *Federal Discrimination Law*, 2016, disponible: <https://humanrights.gov.au/our-work/legal/publications/federal-discrimination-law-2016> (consultada el 10 de mayo de 2023).

BAEZ III, H. Beau, "Law's Failure to Keep Pace with Empirical Science: An Examination of Personality and Emotional Intelligence Testing in the Workplace", *Ohio Northern University Law Review*, Vol. 41, N°1, 2014, pp. 1-28.

BAGENSTOS, Samuel R., "The Future of Disability Law", *Yale Law Journal*, Vol. 114, N°1, 2004, pp. 1-84.

_____, "The EEOC, the ADA, and Workplace Wellness Programs", *Health Matrix*, Vol. 27(1), 2017, pp. 81-99.

BAKER, Todd A.; GEBHARDT, Deborah L., "The assessment of physical capabilities in the workplace", en: SCHMITT, Neal (Ed.), *The Oxford Handbook of Personnel Assessment and Selection*, Oxford University Press, New York, 2012, pp. 274-296.

BAILEY, Melissa A. et. al., *Occupational safety and health law handbook*, Bernan Press, Lanham, 2016, third edition.

BARANCIK, Alysa M., "Determining Reasonable Accommodations under the ADA: Why Courts Should Require Employers to Participate in an "Interactive Process", *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol. 30(3), 1999, pp. 513-549.

BARBER, Nathan J., "'Upside Down and Backwards': The ADA's Direct Threat Defense and the Meaning of a Qualified Individual After *Echazabal v. Chevron*", *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, Vol. 23, 2002, pp. 149-286.

BARMES, Lizzie, "Equality law and experimentation: the positive action challenge", *Cambridge Law Journal*, Vol. 68(3), 2009, pp. 623-654.

BARNARD, Catherine, *EU Employment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, fourth edition.

BARNHORN, David; PEGRAM, Joey E., "Speak the Truth and Tell No Lies: An Update for the Employee Polygraph Protection Act", *Hofstra Labor and Employment Law Journal*, Vol. 29(1), 2011, pp. 141-187.

BARRY, Kevin, "Toward Universalism: What the ADA Amendments Act of 2008 Can and Can't Do for Disability Rights", *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, Vol. 31, N°2, 2010, pp. 203-283.

BASSETT-STANFORD, Mary, "Genetic Testing in Employment: Employee Protection or Threat", *Suffolk University Law Review*, Vol. 15, N°5, 1981, pp. 1187-1218.

BASSON, AC, "Pre-employment testing", *SA Mercantile Law Journal*, Vol. 14, N°2, 2002, pp. 305-340.

BEFORT, Stephen F., "Pre-Employment Screening and Investigation: Navigating Between a Rock and a Hard Place", *Hofstra Labor and Employment Law Journal*, Vol. 14(2), 1997, pp. 365-422.

_____, "Reasonable Accommodation and Reassignment under the Americans with Disabilities Act: Answers, Questions, and Suggested Solutions after U.S. Airways, Inc. v. Barnett", *Arizona Law Review*, Vol. 45, 2003, pp. 931-985.

_____, "An Empirical Examination of Case Outcomes Under The ADA Amendments Act", *Washington and Lee Law Review*, Vol. 70(4), 2013, pp. 2027-2071.

_____, "Direct Threat and Business Necessity: Understanding and Untangling Two ADA Defenses", *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, Vol. 39, N°2, 2018, pp. 377-414.

BEFORT, Stephen F.; BUONOCORE PORTER, Nicole, *Disability Law: Cases and Materials*, West Academic Publishing, Saint Paul, 2021, Second edition

BEHM, Allyson R., "The Americans with (or without) Disabilities Act: Pre-employment Medical Inquiries and the Non-disabled", *American Journal of Law & Medicine*, Vol. 26, N°4, 2000, pp. 439-452.

BENNETT, Belinda; FRECKELTON, Ian; WOLF, *Covid-19 Law, Law & Regulation. Rights, Freedoms, and Obligations in a Pandemic*, Oxford University Press, Oxford, 2023.

BENNETT SHINALL, Jennifer, "Distaste or Disability? Evaluating the Legal Framework for Protecting Obese Workers", *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, Vol. 37(1), 2016, pp. 101-142.

BERNARDO JIMÉNEZ, Ignacio, "Vigilancia de la salud de los trabajadores: los reconocimientos médicos", *Aranzadi Social*, N°5, 2002, pp. 1149-1166.

BLACK, Kimberli R., "Personality Screening in Employment", *American Business Law Journal*, Vol. 32, N°1, 1994, pp. 69-124.

BLACKHAM, Alysia, "Positive Equality Duties: The Future of Equality and Transparency?", *Law in Context*, Vol. 37(2), 2021, pp. 98-118.

BLASCO PELLICER, Antonio, "El deber empresarial de vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad del trabajador", en: BORRAJO DACRUZ, Efrén (Dir.), *Trabajo y libertades públicas*, Editorial La Ley, Madrid, 1999, pp. 249-279.

BLUE, E. Pierce, "Wellness Programs, the ADA, and GINA: Framing the Conflict", *Hofstra Labor & Employment Law Journal*, Vol. 31(2), 2014, pp. 367-385.

BODIE, Matthew T.; MCMAHON, Michael, "Employee Testing, Tracing, and Disclosure as a Response to the Coronavirus Pandemic", *Washington University Journal of Law & Policy*, Vol. 64, 2021, pp. 31-61.

BOGG, Alan; COUNTOURIS, Nicola, "Mandatory vaccinations in the workplace: constitutionalising the managerial prerogative", *Lex-Atlas: Covid-19*, 7 May 2021, disponible: <https://lexatlas-c19.org/mandatory-vaccinations-in-the-workplace-constitutionalising-the-managerial-prerogative/> (consultada el 10 de septiembre de 2021).

BONYHADY, Nick, "By law, employers can issue 'reasonable' directions to workers. Will a compulsory COVID jab qualify?", *The Sydney Morning Herald*, August 20, 2021. Disponible: www.smh.com.au (consultada el 10 de marzo de 2022).

BOSCH, Jason, "None of your business (interest): the argument for protecting all employee behavior with no business impact", *Southern California Law Review*, Vol. 76, 2003, pp. 639-662.

BOSCHMAN, J.S., "Job-specific mandatory medical examinations for the police force", *Occupational Medicine*, Vol. 67, 2017, pp. 469-476.

BRENNAN, Megan I., "Need I Prove More: Why an Adverse Employment Action Prong Has No Place in a Failure to Accommodate Disability Claim", *Hamline Law Review*, Vol. 36(3), 2013, pp. 497-515.

BRITTON, Ann H., "Evaluating Legislation: Regulation of Pre-Employment Inquiries", *De Paul Law Review*, Vol. 37, N°1, 1987, pp. 1-26.

BRODERICK, Andrea, *The Long and Winding Road to Equality and Inclusion for Persons with Disabilities. The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Intersentia, Cambridge, 2015.

BRODERICK, Andrea; FERRI, Delia, *International and European Disability Law and Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

BROWN, Sharan E., *Revisiting Disability Related Inquiries and Medical Examinations Under Title I of the ADA*, ADA Knowledge Translation Center, Seattle, 2018.

BROWN, David; RHINDS, David, “Drugs and alcohol in the workplace”, en: HOBSON, John; SMEDLEY, Julia (Eds.), *Fitness for work. The medical aspects*, Oxford University Press, Oxford, 2019, sixth edition, pp. 297-318.

BUNN, Anna; GUTHRIE, Robert, “In Vino Veritas: An Overview of the Legal Issues Relating to the Use of Alcohol in the Workplace”, *The Journal of Contemporary Issues in Business and Government*, Vol. 16, N°2, 2010, pp. 29-39.

BUNBURY, Stephen, “Unconscious bias and the medical model: How the social model may hold the key to transformative thinking about disability discrimination”, *International Journal of Discrimination and the Law*, Vol. 19(1), 2019, pp. 26-47.

BUONECORE PORTER, Nicole, “The new ADA Backlash”, *Tennessee Law Review*, Vol. 82(1), 2014, pp. 1-82.

_____, “Explaining “Not Disabled” Cases Ten Years After the ADAAA: A Story of Ignorance, Incompetence, and Possibly Animus”, *Georgetown Journal on Poverty Law and Policy*, Vol. XXVI, N° 3, 2019, pp. 383-414.

_____, “Adverse employment actions in failure-to-accommodate claims: much ado about nothing”, *New York University Law Review Online*, Vol. 95, N°1, 2020, pp. 1-26.

BURGDORF JR., Robert L., “Substantially Limited Protection from Disability Discrimination: The Special Treatment Model and Misconstructions of the Definition of Disability”, *Villanova Law Review*, Vol. 42(2), 1997, pp. 409-585.

BUTLER, Barbara; TRANTER, David, “Behavioral tests to assess performance”, en: MACDONALD, Scott; ROMAN, Paul (Eds.), *Drug testing in the workplace*, Springer Science + Business Media, New York, 1994, pp. 231-255.

BUTLER, Desmond, “A Tort of Invasion of Privacy in Australia?”, *Melbourne University Law Review*, Vol. 29(2), 2005, pp. 339-389.

CABEZA PEREIRO, Jaime; LOUSADA AROCHENA, José Fernando (Coords.), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Comares, Granada, 1998.

CABEZA PEREIRO, Jaime; VIQUEIRA PÉREZ, Carmen, *Igualdad y no discriminación laborales tras la Ley 15/2022*, Aranzadi, Navarra, 2023.

CABRERO, E.; LUNA, A., “Determinación de alcohol y drogas en la empresa”, *Revista Española de Drogodependencias*, Vol. 1, N°24, 1999, pp. 3-16.

_____, “Alcohol y drogas en las empresas de la Unión Europea”, *Adicciones*, Vol. 13, N°3, 2001, pp. 247-252.

CABRERO, E., “Estamentos laborales y detección, tratamiento y reinserción de drogodependientes en el medio laboral», *Adicciones*, Vol. 11, N°1, 1999, p. 8.

CAHILL TIMMONS, Kelly, “Pre-Employment Personality Tests, Algorithmic Bias, and the Americans with Disabilities Act”, *Penn State Law Review*, Vol. 125, N°2, 2021, pp. 389-452.

CALVO GALLEGU, Francisco Javier, “Tests genéticos y vigilancia de la salud del trabajador”, *Revista Digital de Salud y Seguridad en el Trabajo*, N°1, 2008, pp. 1-19.

CAMAS RODA, Ferrán, *Las obligaciones del empresario en la normativa de prevención de riesgos laborales*, Editorial La Ley, Madrid, 2002.

CARABETTA, Giuseppe, “Airline policies mandating vaccines will be a turbulent test of workplace rights”, *The Conversation*, June 27, 2021, disponible: <https://theconversation.com/> (consultada el 28 de Agosto de 2021).

CARDENAL CARRO, Miguel; HIERRO HIERRO, Francisco Javier, *Efectos del alcohol y otras drogas en el entorno laboral: una lectura a través de los tribunals*, Thomson Reuters – Aranzadi, 2019, Navarra.

CARLTON, Dustin, “Medical Marijuana in the Workplace: Where Do Things Stand?”, *HR Dive*, (February 20, 2018), disponible: <https://www.hrdive.com/news/medical-marijuana-in-the-workplace-where-do-things-stand/517229> (consultada el 10 de mayo de 2023).

CARPENTER, Christopher S. “Workplace Drug Testing and Worker Drug Use”, *Health Services Research*, Vol. 42(2), 2007, pp. 795-810.

CARRIZOSA PRIETO, Esther, “Obligatoriedad de los reconocimientos médicos, consentimiento informado y protección de datos de los trabajadores”, *Temas Laborales*, N°121, 2013, pp. 231-244.

CASOLIN, Armand, “Comparison of Urine and Oral Fluid for Workplace Drug Testing”, *Journal of Analytical Toxicology*, Vol. 40, 2016, pp. 479–485.

CASSIBRY, John F., “Title VII: Sex Discrimination and the BFOQ”, *Louisiana Law Review*, Vol. 34, N°3, 1974, pp. 590-596.

CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, “Vigilancia de la salud y tutela de la intimidad del trabajador”, *Aranzadi Social*, N°5, 2004, pp. 289-305.

CCH AUSTRALIA LIMITED, *Australian & New Zealand Equal Opportunity Law & Practice*, CCH Australia, North Ryde, 1984.

CISCART BEA, Neus, *El despido por embriaguez y toxicomanía*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998.

CLIFFORD, Jarlath, “The UN Disability Convention and its Impact on European Equality Law”, *The Equal Rights Review*, Vol. 6, 2011, pp. 11-25.

COLLINS, Hugh, “Discrimination, Equality and Social Inclusion”, *Modern Law Review*, Vol. 66(1), 2003, pp. 16-43.

COLLINS, Philippa; MARASSI, Stefania, “Is That Lawful? Data Privacy and Fitness Trackers in the Workplace”, *International Journal of Comparative Labour Law*, Vol. 37(1), 2021, pp. 65–94.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, “General Comment 6 (2018) on Equality and Non-discrimination”, *International Human Rights Law Review*, Vol. 7, 2018, pp. 131-161.

CONTADOR ABRAHAM, Pedro; PÉREZ MENDOZA, Enrique, “La negociación colectiva en Chile y la protección de la Seguridad y Salud en el Trabajo”, en: ROJAS MIÑO, Irene (Coord.), *La negociación colectiva en Chile*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2014, pp. 50-85.

COOK, Rebecca, “Obligations to adopt temporary special measures under the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women”, en: BOEREFIJN, Ineke; COOMANS, Fons; GOLDSCHMIDT, Jenny; HOLTMAAT, Rikki; WOLLESWINKEL, Ria (Eds.), *Temporary special measures: accelerating de facto equality of women under article 4(1) UN Convention on the*

Elimination of all Forms of Discrimination Against Women, Intersentia, Antwerp, 2003, pp. 119-141.

CORK, Kerry, “Marijuana Use by Employees: Drug-Free Policies and the Changing Legal Landscape”, *Fordham Urban Law Journal*, Vol. 49(3), 2022, pp. 593-612.

COUNCIL ON SCIENTIFIC AFFAIRS, AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, “Scientific issues in drug testing. Council on Scientific Affairs”, *JAMA*, Vol. 257(22), 1987, pp. 3110-3114.

CRAIG, John DR, *Privacy & employment law*, Hart Publishing, Oxford – Portland, 1999.

CRAVER, Charles B., “Privacy Issues Affecting Employers, Employees, and Labor Organizations”, *Louisiana Law Review*, Vol. 66, N°4, 2006, pp. 1057-1077.

CRESPI FERRIOL, María del Mar, *Incapacidad temporal y absentismo laboral: prevención, control y retorno al trabajo*, Ediciones Cinca, Madrid, 2023.

CRUZ VILLALÓN, Jesús, CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Poder de dirección y nuevas estructuras empresariales, en: ESCUDERO, Ricardo (Coord.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005, pp. 217-245.

_____, “La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo”, *Temas Laborales*, N°132, 2016, pp. 73-121.

CURRAN, Charles D., "Mandatory Testing of Public Employees for the Human Immunodeficiency Virus: The Fourth Amendment and Medical Reasonableness", *Columbia Law Review*, Vol. 90, N°3, 1990, pp. 720-759.

CURRENT, Bill; MILLER, Katherine, *New Jersey's New Adult-Use Marijuana Law & the Workplace*, September 10, 2021, disponible: <https://www.clearstar.net/new-jerseys-new-adult-use-marijuana-law-the-workplace/> (consultada el 10 de mayo de 2023).

DALE, Charles V., *Federally Mandated Random Drug Testing in Professional Athletics: Constitutional Issues*, Report for Congress, June 27, 2005, disponible: http://www.opencrs.com/rpts/RL32911_20050627.pdf (consultada el 10 de junio de 2023).

D'ANCONA, Fortunato et.al., “The law on compulsory vaccination in Italy: an update 2 years after the introduction”, *European Surveillance*, Vol. 24(25), 2019, pp. 1-4.

DAVIDOFF, Philip K.; MARTIN, Christopher, “The Drug War in the Workplace: Employee Drug Testing Under Collective Bargaining Agreements”, *Journal of Civil Rights and Economic Development*, Vol. 5, N°1, 1989, pp. 1-28.

DE ARMOND, Elizabeth D., “To Cloak the Within: Protecting Employees from Personality Testing”, *DePaul Law Review*, Vol. 61, 2012, pp. 1129-1184.

DECRESCE, Robert P.; MAZURA, Adrienne; LIFSHITZ, Mark; TILSON, Joseph, *Drug testing in the workplace*, Bureau of National Affairs, Chicago - Washington, 1989.

DE FUENTES G – ROMERO DE TEJADA, Carlos, “Vigilancia de la Salud y trabajadores con trastorno mental grave”, *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá*, X, 2017, pp. 203-229.

DE PAOR, Aisling; FERRI, Delia, "Regulating Genetic Discrimination in the European Union", *European Journal of Law Reform*, Vol. 17, N° 1, 2015, pp. 14-32.

DE SCHUTTER, Olivier, *Pre-Employment Inquiries and Medical Examinations as Barriers to the Employment of Persons with Disabilities : Reconciling the Principle of Equal Treatment and Health and Safety Regulations under European Union Law*, European Commission's Directorate-General for Employment and Social Affairs, 2004, disponible: <https://cridho.uclouvain.be/documents/autres.documents/HealthandSafetyDeSchutter.pdf> (consultada el 10 de marzo de 2022).

DEL VALLE VILLAR, José Manuel, “El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo en el ordenamiento laboral español”, en: GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (Coord.), *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 157-184.

DE VICENTE PACHÉS, Fernando, “Vigilancia de la salud y derecho a la intimidad del trabajador”, *Revista de Seguridad Social y Laboral*, N°86, 1998, pp. 24-35.

DE VOS, Marc, *Beyond formal equality. Positive action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, European Communities, Luxembourg, 2007.

DILLER, Matthew, “Judicial backlash, the ADA, and the Civil Rights Model”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, Vol. 21, 2000, pp. 19-52.

DOBBINS BAXTER, Teri, “Employer-Mandated Vaccination Policies: Different Employers, New Vaccines, and Hidden Risks”, *Utah Law Review*, Vol. N°5, 2017, pp. 885-938.

DOUGLAS, Andrew, “Workplace drug and alcohol testing – multiple choice”, *Privacy Law Bulletin*, Lexis Nexis Butterworths, Vol. 5, N° 3 & 4, 2008, pp. 46-48.

DRAIN, Paul K., “Rapid Diagnostic Testing for SARS-CoV-2”, *The New England Journal of Medicine*, Vol. 386, N°3, pp. 264-272.

DRAPER, Elaine, “The Screening of America: The Social and Legal Framework of Employers' Use of Genetic Information”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, Vol. 20, 1999, pp. 286-324.

_____, *The Company Doctor: Risk, Responsibility, and Corporate Professionalism*, Russell Sage Foundation, New York, 2003.

DUBOWSKI, Kurt M., "Drug-Use Testing: Scientific Perspectives", *Nova Law Review*, Vol 11, N°2, 1987, pp. 415-552.

DUFF, Tyler, “Nip it in the Bud: Compassionate Use of Medical Cannabis Pilot Program Act Does Not Provide Employees a Legal Remedy for Adverse Action Based Upon Use in Compliance with the Statute”, *The John Marshall Law Review*, Vol. 49(1), 2015, pp. 193-216.

DUNPHY, Burke; MILLER, Madeline, *Newest Developments in Workplace Drug and Alcohol Law*, Annual Conference, City Attorneys' Track Long Beach Convention Center, The League of California Cities, Sacramento, 2019.

EDWARDS, Don; ANGAROLA, Robert, "Mandatory Drug Testing in the Workplace", *ABA Journal*, Vol. 72, N°8, 1986, pp. 34-35.

EDWARDS, Lilian; GRIEMAN, Keri, ““No jab, no job”? Employment law and mandatory vaccination requirements in the UK”, *Bingham Centre for the Rule of Law*, Newcastle University, WP3- D2A, 2021, pp. 3-20.

ECKEL, Erik, “How the Oura Ring Health-Monitoring Wearable May Help Make Returning to the Office Safer”, *Tech Republic*, 9 April 2021, disponible: <https://www.techrepublic.com/article/how-the-oura-ring-may-help-make-returning-to-the-office-safer/> (consultada el 10 de mayo de 2023).

ELKOURI, Frank; ELKOURI, Edna Asper, *Resolving drug issues*, BNA, Washington, 1993.

EPSTEIN, Steven B., “In Search of a Bright Line: Determining When an Employer's Financial Hardship Becomes Undue under the Americans with Disabilities Act”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 48(2), 1995, pp. 390-478.

FABREGAT MONFORT, Gemma, *Nuevas perspectivas del poder de dirección y control del empleador*, Editorial Bombarzo, Albacete, 2016.

FELDBLUM, Chai, “Medical examinations and inquiries under the Americans with Disabilities Act: a view from the inside”, *Temple Law Review*, Vol. 64(2), 1991, pp. 521-540.

FELDMAN, Eric A.; QUICK, Erin, “Genetic discrimination in the United States: what state and national government are doing to protect personal information”, en: KHOURY, Lara; BLACKETT, Adelle; VANHNNAEKER, Lukas (Eds.), *Genetic testing and the governance of risk in the contemporary economy*, Springer, Switzerland, 2020, pp. 331-354.

FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio; RODRÍGUEZ RICO ROLDÁN, Victoria, “Nuevas tecnologías y control empresarial de la actividad laboral en España”, *Labour & Law Issues*, Vol. 2, N°1, 2016, pp. 45-74.

FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, Javier, “La movilidad del trabajador como fuente de riesgos profesionales y como medida preventiva en colectivos especialmente protegidos”, en: FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José; FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, Javier (Coords.), *La prevención de riesgos laborales y las nuevas formas de organización empresarial y del trabajo*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2007, pp. 227-261.

_____, *La vigilancia de la salud de los trabajadores*, Eolas Ediciones, León, 2009.

_____, *Salud pública y prevención de riesgos laborales*, Editorial Reus, Madrid, 2021.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, *Pruebas genéticas en el Derecho del Trabajo*, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

_____, “La embriaguez habitual como causa de despido y/o la asistencia al trabajador con problemas de alcohol y drogas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, N°365-366, 2013, pp. 135-162.

_____, *Alcohol y drogas en el trabajo (del despido disciplinario y sus problemas a la prevención del riesgo y asistencia al trabajador)*, Wolter Kluwer, Madrid, 2014.

_____, *Análisis de la problemática derivada del consumo de alcohol, drogas y otras sustancias en el ámbito laboral*, Confederación Española de Organizaciones Empresariales, 2015.

FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, Francisco A., “La aptitud psicofísica del trabajador como requisito obligatorio para acceder al empleo: retos para los derechos fundamentales y propuesta de reforma”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, N°276, 2006, pp. 3-74.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *El poder disciplinario en la empresa*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991.

FERNÁNDEZ TOLEDO, Raúl, Configuración del poder de dirección del empleador: denominación, naturaleza jurídica, fundamento y contenido”, *Revista Derecho (Concepción)*, Vol. 87, N°245, 2019, pp. 51-97.

_____, “¿Puede el empleador exigir a sus trabajadores la vacunación contra el covid-19?”, *El Mercurio Legal*, 16 de septiembre de 2021, disponible: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2021/09/16/> (consultada el 10 de octubre de 2021).

FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio, “Vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador (comentario al art. 22 de la Ley de prevención de riesgos laborales)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N°82, 1997, pp. 221-248.

FERRI, Delia; LAWSON, Anna, *Reasonable accommodation for disabled people in employment Contexts A legal analysis of the EU Member States, Iceland, Liechtenstein and Norway*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2016.

FERRI, Delia, “Genetic discrimination: Is it time for the EU to take on a new challenge?”, en: QUINN, Gerard; DE PAOR, Aisling; BLANCK, Peter (Eds.), *Genetic discrimination. Transatlantic perspectives on the case for a European-level legal response*, Routledge, Oxford-New York, 2015, pp. 245-268.

_____, “Reasonable Accommodation as a Gateway to the Equal Enjoyment of Human Rights: From New York to Strasbourg”, *Social Inclusion*, Vol. 6(1), 2018, pp. 40-50.

FINKIN, Matthew W., “Employee Privacy, American Values, and the Law”, *Chicago-Kent Law Review*, Vo. 72(1), 1996, pp. 221-269.

_____, “Life Away From Work”, *Louisiana Law Review*, Vol. 66, N°4, 2006, pp. 945-974.

_____, *Privacy in employment law*, Bloomberg, Arlington, 2018, fifth edition.

FINKIN, Matthew W.; GLYNN, Timothy P., *Cox, Bok & Gorman’s Labor Law. Cases and materials*, Foundation Press, St. Paul, 2021, seventeenth edition.

FITA ORTEGA, Fernando, *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

_____, “La relación laboral y el consumo de alcohol o sustancias tóxicas: en torno a la conveniencia de suprimir la embriaguez habitual o toxicomanía como causa autónoma de despido disciplinario”, en: PÉREZ AMORÓS, Francisco (Dir.), *La extinción del contrato de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 171-185.

_____, “El derecho a la mentira como tutela preventiva de los derechos fundamentales de los trabajadores”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (CEF), N°441, 2019, pp. 85-116.

FLANNERY, Harry A., “Unilaterally instituted drug screen tests in the unionized private industry”, *Labor Law Journal*, 38(12), 1987, pp. 756-862.

FLINT, Stuart W.; SNOOK, Jeremé, “Obesity and discrimination: The next ‘big issue’?”, *International Journal of Discrimination and the Law*, Vol. 14(3), 2014, pp. 183-193.

FOGARTY, Ben, “Do I tell? Disclosing disability in employment”, *Precedent*, N°83, 2007, pp. 22-27.

FORSYTH, Anthony, “A Thin Wall of Privacy Protection, with Gaps and Cracks: Regulation of Employees Personal Information and Workplace Privacy in Australia”, *Bulletin of Comparative Labour Relations Series*, Vol. 88, 2014, pp. 191-214.

FOSTER, Neil, *Workplace Health and Safety Law in Australia*, Lexis Nexis Butterworths, Melbourne, 2016, 2nd edition.

FREDMAN, Sandra, “Substantive equality revisited”, *I•CON*, Vol. 14, N°3, 2016, pp. 712–738.

_____, *Discrimination law*, Oxford University Press, Oxford, 2022, third edition.

FRIDMAN, Saul; DAVIES, Chris; AMOS, Anne, “Should athletes be tested for recreational drugs? three sporting federations kick around the proverbial football”, *Australian and New Zealand Sports Law Journal*, Vol. 2(1), 2007, pp. 59-77.

GALA DURÁN Carolina, “Articulación formal, control empresarial y consecuencias disciplinarias de la ausencia del trabajador por enfermedad, accidente o maternidad”, *Aranzadi Social*, N°5, 1999, pp. 603-646.

GARCÍA BLASCO, Juan; SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; GONZÁLEZ LABRADA, Manuel; CARDENAL CARRO, Miguel, *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

GARCÍA NINET, José Ignacio; VICENTE PALACIO, María Arántzazu, *Manual de prevención de riesgos laborales*, Atelier, Barcelona, 2002.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio; MERCADER UGUINA, Jesús, “«Los reconocimientos médicos obligatorios en la doctrina reciente de los tribunales”, *Revista de Información Laboral*, N°5, 2017, pp. 7-13.

GARCÍA SALAS, Ana Isabel, *La vigilancia inicial de la salud laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

GARCÍA SERRANO, Ana; PEDROZA ALQUÉZAR, Sonia Isabel, *Vigilancia de la salud de los trabajadores: aspectos clínicos y jurídicos de los reconocimientos médicos en el trabajo*, Wolters Kluwer, Madrid, 1999.

GAZE, Beth; SMITH, Belinda, *Equality and discrimination law in Australia: an introduction*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

GEORGIEVA, Ludmila; KUNER, Christopher, “Article 9: Processing of special categories of personal data”, en: KUNER, Christopher; BYGRAVE, Lee A.; DOCKSEY, Christopher; DRECHSLER, Laura (Eds.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 365-384.

GILL, Andrew; MICHAELS, Robert, “Does drug use lower wages?”, *Industrial & Labor Relations Law*, Vol. 45, N°3, 1992, pp. 419-434.

GLASOW, David, “Employers successful in regulating employees’ use of drugs and alcohol”, *Employment Law Bulletin*, December 2009, pp. 133-134.

GLYNN, Timothy P.; SULLIVAN, Charles A.; ARNOW-RICHMAN, Rachel S., *Employment law. Private ordering and its limitations*, Wolters Kluwer, New York, 2019, fourth edition.

GOERLICH PESET, José María, *¿Puede la empresa obligar a sus trabajadores a vacunarse contra la COVID-19?*, disponible: <https://www.elforodelabos.es/2021/01/puede-la-empresa-obligar-a-sus-trabajadores-a-vacunarse-contra-la-covid-19/> (consultada el 10 de mayo de 2023).

GOLDSTEIN, Jennifer S., “Testing and the Unemployment Compensation System”, *University of Chicago Legal Forum*, N°1, 1988, pp. 313-340.

GÓMEZ ÁLVAREZ, Tomás, *La vigilancia de la salud en el centro de trabajo*, Tecnos, Madrid, 2003.

GÓMEZ CABALLERO, Pedro, “Vigilancia y control del estado de salud y respeto al derecho a la intimidad del trabajador”, *Relaciones Laborales*, N°21, 2005, pp. 703-728.

GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M J, “Recolocación por razones de enfermedad como deber empresaria en materia de prevención”, *Aranzadi Social*, N°7, 2011, pp. 205-221.

GONZÁLEZ DEL RÍO, José María, *El derecho a la intimidad del trabajador en el nuevo contexto laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco, *La obligación empresarial de prevención de riesgos laborales*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002.

_____, “Límites empresariales en el desarrollo y ejecución de la obligación preventiva de vigilancia de la salud de los trabajadores”, en: SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen; GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco (Dirs.), *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 140-187.

GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago; APARICIO TOVAR, Joaquín, *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Editorial Trotta, Madrid, 1996.

GOÑI SEIN, José Luis, *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Editorial Civitas, Madrid, 1988.

_____, “Límites constitucionales a los reconocimientos médicos obligatorios establecidos como medida de prevención de riesgos laborales”, *Revista de Derecho Social*, N°5, 1999, pp. 49-74.

_____, “Análisis genéticos en el ámbito laboral”, *Revista de Derecho Social*, N°47, 2009, pp. 77-89.

_____, “Análisis genéticos en el ámbito laboral”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, 2011, pp. 73-81.

_____, “La obligatoriedad de la vacunación contra la covid-19 del personal laboral entre la libertad individual y el deber de prevención”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N°93-94, 2021, pp. 38-45.

_____, “La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad”, *Revista Justicia y Trabajo*, N°1, 2022, pp. 5-27.

GOÑI SEIN, José Luis; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz, “El reconocimiento médico de aptitud profesional del aspirante al empleo”, en: ALENZA GARCÍA, José Francisco; ARCOS VIEIRA, María Luisa, (Dirs.), *Nuevas perspectivas jurídico – éticas en el derecho sanitario*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 287-322.

_____, “El tratamiento de datos de salud del trabajador”, en: ARCOS VIEIRA, María Luisa (Dir.), *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 205-240.

_____, *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Thomson Reuters – Aranzadi, Navarra, 2015.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de seguridad e higiene en el trabajo”, en: OJEDA AVILÉS, Antonio; ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón; RODRÍGUEZ RAMOS, María José (Coords.), *La prevención de riesgos laborales: aspectos claves de la Ley 31/1995*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 189-254.

GORDON, Philip; ARGENTO, Zoe, “The Brave New World of Wearables in the Workplace: Privacy and Data Security Concerns for Employers”, *Privacy & Security Law Report*, BNA, Washington, 1015, pp. 1-8.

GOUTTEBARGE, Vincent, “Developing a Best-Evidence Pre-employment Medical Examination: An Example from the Construction Industry”, *Safety and Health at Work*, Vol. 5, 2014, pp. 165-167.

GOUTTEBARGE, V.; SLUITER, J.K., “Medical examinations undertaken by Dutch professional football clubs”, *Occupational Medicine*, Vol. 64, 2014, pp. 13-16.

GRANT ALLEN, Jason; PRICHARD, Jeremy; GIGGS, Lynden, “A Workplace Drug Testing Act for Australia”, *University of Queensland Law Journal*, Vol. 32(2), 2013, pp. 219-235.

GREEN, Tristin K., “The Future of Systemic Disparate Treatment Law”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, Vol 32, N°2, 2011, pp. 395-454.

GRODIN, Erica N. et al., “Sensitivity and specificity of a commercial urinary ethyl glucuronide (ETG) test in heavy drinkers”, *Addictive Behaviors Reports*, N°11, 2020, pp. 1-4.

GROSS SOBOL, Marion; ELLARD, Charles J., “Measures of Employment Discrimination: A Statistical Alternative to the Four-Fifths Rule”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, Vol. 10, N°3, 1988, pp. 381-399.

GROSS, Douglas; BATTIÉ, Michele, “The Prognostic Value of Functional Capacity Evaluation in Patients With Chronic Low Back Pain: Part 2”, *Spine*, Vol. 29(8), 2004, pp. 920-924.

GUARDIA SERECIGNI, Josep (Coord.), *Alcoholismo. Guías clínicas basadas en la evidencia científica*, Socidrogalcohol, Madrid, 2007.

GUTIÉRREZ SOLAR-CALVO, Beatriz, *El deber de seguridad y salud en el trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1999.

GUTIÉRREZ COLOMINAS, David, *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, Editorial Bombarzo, Albacete, 2019.

GUTHRIE, Robert, “The use of medical examinations for employment purposes”, *Journal of Law and Medicine*, Vol. 11, N°1, 2003, pp. 93-102.

GUTHRIE, Robert; WESTAWAY, Jennifer, “Emerging legal concerns with chronic diseases in the Australian workplace: Pre-employment medicals, functional capacity evaluations, workers’ compensation and disability discrimination”, *Journal of Law and Medicine*, Vol. 16, N°5, 2009, pp. 803-821.

HANEY, Craig, “Employment Tests and Employment Discrimination: A Dissenting Psychological Opinion”, *Industrial Relations Law Journal*, Vol. 5, N°1, 1982, pp. 1-86.

HARPUR, Paul, *Ableism at work*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

HARPUR, Paul; HYSENI, Fitore; BLANCK, Peter, “Workplace health surveillance and COVID-19: algorithmic health discrimination and cancer survivors”, *Journal of Cancer Survivorship*, Vol. 16, 2022, pp. 200-212.

HARTMAN, Michael, *Cannabis Overview: Legalization*, *Nat’L Conf. St. Legislatures* (July 6, 2021), disponible: <https://www.ncsl.org/research/civil-and-criminal-justice/marijuana-overview.aspx> (consultada el 10 de mayo de 2023).

HASKINS, Caroline, “Workers Around the World Are Already Being Monitored by Digital Contact Tracing Apps”, *BuzzFeed News*, 30 May 2020, disponible: <https://www.buzzfeednews.com/article/carolinehaskins1/coronavirus-private-contact-tracing> (consultada el 10 de mayo de 2023).

HÉBERT, L. Camille, *Employee privacy law*, Thomson Reuters, Danvers, 2023.

HENDRIKS, Aart; GEVERS, Sjef, “(Pre-)Employment Medical Examinations and the Law, with Particular Reference to the European Union”, *European Journal of Health Law*, Vol. 1, N°3, 1994, pp. 229-264.

HENDRIKS, Aart, “European Courts - X (Supported by Union Syndical and Federation Internationale des Droits de l’Homme) v. Commission of the European Communities - AIDS-

Test, European Union, Pre-Employment Medical Examinations, Right to Private Life”, *European Journal of Health Law*, Vol. 2, N°2, 1995, pp. 177-184.

HICKEY, Thomas; TITUS REID, Sue, “Testing police and corrections officers for drug use after Skinner and Von Raab”, *Public Administration Quarterly*, Vol. 19, N°1, 1995, pp. 26-41.

HICKOX, Stacy A., “Drug Testing of Medical Marijuana Users in the Workplace: An Inaccurate Test of Impairment”, *Hofstra Labor and Employment Law Journal*, Vol. 29(2), 2012, pp. 273-341.

HILL, JR., Marvin F.; WRIGHT, James A., *Employee lifestyle and off-duty conduct regulation*, Bureau of National Affairs, Inc., Washington, 1993.

HOBBS, E.E.; SCRIVNER, T.W., “Farmers, fixes, chickens, an hen houses: a case for limited mandatory random drug testing of employees in the private sector”, *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 32, N°3, 1988, pp. 605-637.

HOFFMAN, Sharona, “Preplacement Examinations and Job-Relatedness: How to Enhance Privacy and Diminish Discrimination in the Workplace”, *The University of Kansas Law Review*, Vol. 49(3), 2001, pp. 517-592.

_____, “Employing E-Health: The Impact of Electronic Health Records on the Workplace”, *Kansas Journal of Law and Public Policy*, Vol. 19(3), 2010, pp. 409-432.

_____, “Big Data and the Americans with Disabilities Act”, *Hastings Law Journal*, Vol. 68(4), 2017, pp. 777-794.

_____, “What Genetic Testing Teaches About Predictive Health Analytics Regulation”, *North Carolina Law Review*, Vol. 98, N°1, 2019, pp.123-163.

HOFFMAN, Edward, *Psychological Testing at Work: How to Use, Interpret, and Get the Most Out of the Newest Tests in Personality, Learning Styles, Aptitudes, Interests, and More*, McGraw-Hill, New York, 2002.

HOLLAND, Peter; WICKHAM, Mark, “The contentious issue of drug testing in the workplace: the case of the south blackwater mine”, *The Management Case Study Journal*, Vol. 1(2), 2001, pp. 44-51.

HOLLAND, Peter, “Case-study. Drug testing in the Australian mining industry”, *Surveillance & Society*, Vol. 1(2), 2003, pp. 204-209.

HOLLAND, Peter; PYMAN, Amanda; TEICHER, Julian, “Negotiating the contested terrain of drug testing in the Australian workplace”, *The Journal of Industrial Relations*, Vol. 47(3), 2005, pp. 326-338.

HOLLAND, Peter; LENG THAM, Tse, “To Test or Not to Test: Drug and Genetic Testing in the 21st Century Workplace”, en: HOLLAND, Peter (Ed.), *Contemporary HRM Issues in the 21st Century*, Emerald Publishing Limited, Leeds, 2019, pp. 137-147.

HORVATH, Paul, “Anti-doping and human rights in sport: the case of the AFL and the WADA Code”, *Monash University Law Review*, Vol. 32, N°2, 2006, pp. 357-386.

HOVIUS, B.; USPRICH, S.J.; SALOMON, R.M., "Employee Drug Testing and the Charter", *Canadian Labour Law Journal*, Vol. 2, 1994, pp. 345-390.

HUBBARD, Ann, “Understanding and Implementing the ADA’s Direct Threat Defense”, *Northwestern University Law Review*, N°95, 2001, pp. 1279-1320.

HUGHES, Pauline, “Disability discrimination and the duty to make reasonable adjustments: recent developments”, *Industrial Law Journal*, Vol. 33, 2004, pp. 358-366.

HUNTER, Rosemary C.; SHOBEN, Elaine W., “Disparate Impact Discrimination: American Oddity or Internationally Accepted Concept”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, Vol. 19, N°1, 1998, pp. 108-152.

HUTT, Leah; GIBSON, Elaine; KENNEDY, Erin, “Call for Action: Provinces and Territories Must Protect our Genetic Information”, *Dalhousie Law Journal*, Vol. 44(2), 2021, pp. 1-25.

IGARTUA MIRÓ, María Teresa, *La obligación general de seguridad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

_____, *Sistema de prevención de riesgos laborales*, Tecnos, Madrid, 2023, sexta edición.

IRVING, Mark, *The contract of employment*, Lexis Nexis – Butterworths, Chatswood, 2019, 2nd edition.

ISAACS, Hatelin P.; WHITTAKER, Julie M.; CARPENTER, David H.; SHIMABUKURO, Jon O., *Unemployment Compensation (UC): Issues Related to Drug Testing*, Congressional Research Service, 2019, disponible: www.crs.gov. (consultada el 10 de mayo de 2023).

JACOBSON, Mireille, “Drug testing in the trucking industry: the effect on highway safety”, *The Journal of Law & Economics*, Vol. 46, N°1, 2003, pp.131-156.

JEFFERIES, Katherine, “Can employers mandate their employees receive the COVID-19 vaccine?”, *Alternative Law Journal*, Vol 47, N°2, 2022, pp. 112–117.

JOHNSTONE, Richard, “Pre-employment health screening: the legal framework”, *Australian Journal of Labour Law*, N°1, 1988, pp. 115-146.

JOHNSTONE, Richard; BLUFF, Elizabeth; CLAYTON, Alan, *Work Health and Safety Law and Policy*, Lawbook Co – Thomson Reuters, Pyrmont, 2012, 3rd edition.

JOHNSTONE, Richard; TOOMA, Michael, *Work health and safety regulation in Australia: the Model Act*, The Federation Press, Sydney, 2012.

_____, *Work health and safety regulation in Australia*, The Federation Press, Sydney, 2022.

JOLLY-RYAN, Jennifer, “Have a Job to Get a Job: Disparate Treatment and Disparate Impact of the Currently Employed Requirement”, *Michigan Journal of Race & Law*, Vol. 18(1), 2012, pp. 189-212.

JONES, Jennifer; ELLETSON, Prue, “Legislated compromise? Employers making “reasonable adjustments” for employees under anti-discrimination law”, *Employment Law Bulletin*, March 2015, pp. 19-25.

JOVER RAMÍREZ, Carmen, “Incapacidad temporal y reducción del absentismo injustificado”, *Temas Laborales*, N°106, 2010, pp. 39-66.

KAESTNER, Robert, *The effect of illicit drug use on the wages on young adults*, Working Paper N°3535, National Bureau of Economic Research, Cambridge, 1990.

_____, “New estimates of the effects of marijuana and cocaine use on wages”, *Labor & Industrial Relations Review*, Vol. 47, N°3, 1994, pp. 454-470.

KAGEL, JH; BATTALIO, RC; MILES, CG, “Marihuana and work performance: results from an experiment”, *Journal of Human Resources*, Vol. 15, 1980, pp. 373-395.

KAPLAN, Elliot S.; LANGEVIN, Judith Bevis; ROSS, Richard A., “Drug and Alcohol Testing in the Workplace: The Employers' Perspective”, *William Mitchell Law Review*, Vol. 14(2), 1988, pp. 365-392.

KAPUR, Bhushan, “Drug testing methods and interpretations of test results”, en: MACDONALD, Scott; ROMAN, Paul (Eds.), *Drug testing in the workplace*, Springer Science + Business Media, New York, 1994, pp. 103-120.

KARLAN, Pamela S.; RUTHERGLEN, George, "Disabilities, discrimination, and reasonable accommodation", *Duke Law Journal*, Vol. 46, N°1, 1996, pp. 1-41.

KATZ, Martin J., "Unifying Disparate Treatment (Really)", *Hastings Law Journal*, Vol. 59, N°3, 2007-2008, pp. 643-682.

KAUFMANN, Melinda B., "Genetic Discrimination in the Workplace: An Overview of Existing Protections", *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol. 30 (3), 1999, pp. 393-438.

KEITH, Norm A., *Alcohol & Drugs in the Canadian Workplace. An Employer's Guide to the Law, Prevention and Management of Substance Abuse*, Lexis Nexis, Toronto, 2020, 3rd edition.

KENDALL, Nicholas, *Occupational Safety and health in five countries (United Kingdom, United States of America, Finland, Canada, Australia)*, National Occupational Health and Safety Advisory Committee, Wellington, 2006.

KEVAT, Dev AS et.al., "Medico-legal considerations of mandatory COVID-19 vaccination for high risk workers", *Ethics and Law*, Vol. 215(1), 2021, pp. 22-25.

KHOURY, Lara; BLACKETT, Adelle; VANHNNAEKER, Lukas, "Legal aspects of genetic testing regarding insurance and employment", en: KHOURY, Lara; BLACKETT, Adelle; VANHNNAEKER, Lukas (Eds.), *Genetic testing and the governance of risk in the contemporary economy*, Springer, Switzerland, 2020, pp. 3-67.

KIM, Pauline T., "Collective and Individual Approaches to Protecting Employee Privacy: The Experience with Workplace Drug Testing," *Louisiana Law Review*, Vol. 66, N°4, 2006, pp. 1009-1034.

KINTZ, Pascal, "Testing in hair", en: JENKINS, Amanda J. (Ed.), *Drug testing in alternate biological specimens*, Humana Press, Totowa, 2008, pp. 67-81.

KLOSS, Diana, *Occupational health law*, Wiley Blackwell, Oxford, 2020, sixth edition.

KOH, David; AW, Tar-Ching, "Surveillance in occupational health", *Occupational and Environmental Medicine*, Vol. 60(9), 2003, pp. 705-710.

KOH, David; AW, Tar-Ching, "Health screening in occupational health", en: HOBSON, John; SMEDLEY, Julia (Eds.), *Fitness for work. The medical aspects*, Oxford University Press, Oxford, 2019, sixth edition, pp. 121-134.

KRASSER, Anja, "Compulsory Vaccination in a Fundamental Rights Perspective: Lessons from the ECtHR", *ICL Journal*, Vol. 15(2), 2021, pp. 207-233.

KRZYSZTOFEK, Mariusz, *GDPR: personal data protection in the European Union*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2021.

LAM, Helen, “Marijuana Legalization in Canada: Insights for Workplaces from Case Law Analysis”, *Industrial Relations*, Vol. 74, N°1, 2019, pp. 39-65.

LANDIS, Dean S., "Drug Testing of Private Employees", *University of Baltimore Law Review*, Vol. 16, N°3, 1987, pp. 552-570.

LANG, Raymond; KETT, Maria; GROCE, Nora; TRANI, Jean-Francois, “Implementing the United Nations Convention on the rights of persons with disabilities: principles, implications, practice and limitations”, *ALTER, European Journal of Disability Research*, Vol. 5(3), 2011, pp. 206 – 220.

LARSON, Lex K.; ROBINSON, Thomas A.; LARSON, Arthur, *Workers’ compensation law. Cases, materials and text*, Carolina Academic Press, Durham, 2018, sixth edition.

LAWSON, Anna, *Disability and equality law in Britain. The role of reasonable adjustment*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2008.

LEE, Barbara A, “Reasonable Accommodation under the Americans with Disabilities Act: The Limitations of Rehabilitation Act Precedent”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, Vol. 14, N°2, 1993, pp. 201-250.

LEVITSKY, Sandra R., “Reasonably Accommodating Race: Lessons from the ADA for Race-Targeted Affirmative Action”, *Minnesota Journal of Law & Inequality*, Vol. 18(1), 2000, pp. 85-129.

LIEBERWITZ, Risa L., “Constitutional and statutory treatment of drug testing in the United States”, en: MACDONALD, Scott; ROMAN, Paul, *Drug testing in the workplace*, Springer Science + Business Media, New York, 1994, pp. 185-204.

LOCKWOOD, Graeme; HENDERSON, Claire; THORNICROFT, Graham, “Mental health disability discrimination: Law, policy and practice”, *International Journal of Discrimination and the Law*, Vol. 14(3), 2014, pp. 168-182.

LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo, *Los trabajadores especialmente sensibles a riesgos laborales*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

_____ “El control empresarial de la temperatura corporal de los trabajadores ante la vicisitud del Covid-19”, *Diario La Ley*, N°5, 2020 (consulta online).

LÓPEZ GANDÍA, Juan; BLASCO LAHOZ, José Francisco, *Curso de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, duodécima edición.

LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, *Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando, “Artículo 22. Vigilancia de la salud”, en: CABEZA PEREIRO, Jaime; LOUSADA AROCHENA, José Fernando (Coords.), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Editorial Comares, Granada, 1998, pp. 104-136.

_____, “Los límites a la vigilancia de la salud de los trabajadores”, en: ARAMENDI SÁNCHEZ, José Pablo (Dir.), *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia*, Cuadernos de Derecho Judicial, N°13, Editorial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 217-284.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando; RON LATAS, Ricardo Pedro, Las obligaciones preventivas de las empresas. Visión general”, en: MONEREO PÉREZ, José Luis (Dir.); GARCÍA VALVERDE, María Pilar (Coor.), *Tratado de salud laboral. Aspectos jurídicos de la prevención de riesgos laborales. Tomo I*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 699-723.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando; NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, Pilar, *La vigilancia de la salud laboral*, Tecnos, Madrid, 2016.

LYE, Linda, “Title VII's Tangled Tale: The Erosion and Confusion of Disparate Impact and the Business Necessity Defense”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, Vol. 19, 1998, pp. 315-361.

MACDONALD, Scott; WELLS, Samantha; FRY, Richard, "The Limitations of Drug Screening in the Workplace", *International Labour Review*, Vol. 132, N°1, 1993, pp. 95-114.

MAINSBRIDGE, Anne, “Employers and genetic information: a new frontier for discrimination”, *Maquarie Law Journal*, Vol. 2, 2002, pp. 61-85.

MALONE, Kevin M.; HINMAN, Alan R.; “Vaccination Mandates: The Public Health Imperative and Individual Rights”, en: GOODMAN, Richard A. et.al. (Eds.), *Law in public health practice*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 262-284.

MALTSEVA, Kateryna, “Wearables in the workplace: the brave new world of employee engagement”, *Business Horizons*, Vol. 63, 2020, pp. 493-505.

MANONELLES MARQUETA, Pedro et al., “Reconocimientos médicos para la aptitud deportiva. Documento de consenso de la Sociedad Española de Medicina del Deporte (SEMED-FEMEDE)”, *Arch Med Deporte*, Vol. 34 (Supl. 1), 2017, pp. 10-30.

MARÍN MALO, Mirentxu, *La prevención del consumo de alcohol en el medio laboral. Obligaciones empresariales y medidas preventivas*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

_____, “La realización de reconocimientos médicos para la detección de Covid-19 a los trabajadores”, *Lan Harremanak*, N°43, 2020, pp. 216-243.

MARTIN, Jack; KRAFT, Joan; ROMAN, Paul; “Extent and impact of alcohol and drug use problems in the workplace: a review of the empirical”, en: MACDONALD, Scott; ROMAN, Paul (Eds.), *Drug testing in the workplace*, Springe Science + Business Media, New York, 1994, pp. 3-31.

MARTIN, Dawn V., “How will police and fire departments respond to public safety needs and the Americans with Disabilities Act?”, *Legislation and Public Policy*, N°37, Vol. 2, 1998-1999, pp. 37-141.

MARTÍNEZ FONS, Daniel, *La vigilancia de la salud de los trabajadores en la ley de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

_____, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Centro Económico y Social, Madrid, 2002.

_____, “La vigilancia de la salud en la doctrina del Tribunal Constitucional: el principio de voluntariedad y la interpretación de sus excepciones”, *Aranzadi Social*, N°5, 2004, pp. 403-420.

MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, “COVID-19 and Religious Freedom: Some Comparative Perspectives”, *Laws*, Vol. 10(2), 2021, pp. 1-16.

MARTÍN HERNÁNDEZ, María Luisa, *El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2006.

MASELEK, Robert John Jr., "Employee Medical Screening under the Americans with Disabilities Act of 1990", *Suffolk University Law Review*, Vol. 26, N°3, 1992, pp. 653-696.

MCGARITY, Thomas O.; SCHROEDER, Elinor P., "Risk-Oriented Employment Screening", *Texas Law Review*, Vol. 59, N°6, 1981, pp. 999-1076.

MCGOVERN, Thomas, “Employee drug -testing legislation: redrawing the battlelines in the war on drugs”, *Stanford Law Review*, Vol. 39, N°6, 1987, pp. 1453-1517.

MCGUIRE, Thomas; RUHM, Christopher, *Workplace drug abuse policy*, Discussion Paper, Series 19, Boston University Industry Studies, Boston, 1991.

MCHARG, Aileen; NICOLSON, Donald, "Justifying affirmative action: perception and reality", en: MCHARG, Aileen; NICOLSON, Donald (Eds.), *Debating affirmative action: conceptual, contextual, and comparative perspectives*, Blackwell Publishing, Oxford, 2006, pp. 1-23.

MCNEILLY, Briohny; IBRAHIM, Joseph Elias; BUGEJA, Lyndal; OZANNE-SMITH, Joan, "The prevalence of work-related deaths associated with alcohol and drugs in Victoria, Australia, 2001-6", *Injury Prevention*, Vol. 16(6), 2010, pp. 423-428.

MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes, *La prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

MEHLMAN, Maxwell J.; ROTHSTEIN, Mark A.; SUTER, Sonia M., *Genetics. Ethics, Law and Policy*, West Academic Publishing, St. Paul, 2020, fifth edition.

MENDOZA NAVAS, Natividad, *El tratamiento convencional de la salud y seguridad en el trabajo*, Comares, Granada, 2013.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz, *Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2003.

MIIKE, Lawrence; HEWITT, "Accuracy and Reliability of Urine Drug Tests," *University of Kansas Law Review*, Vol. 36, N°4, 1988, pp. 640-681.

MILLER, Frances H.; HUVOS, Philip A., "Genetic Blueprints, Employer Cost-Cutting, and the Americans with Disabilities Act", *Administrative Law Review*, Vol. 46, N°3, 1994, pp. 369-384.

MINTZ, Benjamin W., "Medical Surveillance of Employees Under the Occupational Safety and Health Administration", *Journal of Occupational Medicine*, Vol. 28, N° 10, 1986, pp. 913-920.

MJOLL ARNARDOTTIR, Oddny, "Non-discrimination in international and European law:towards substantive models", *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter*, Vol. 25(2), 2007, pp. 140-157.

MONEREO PÉREZ, José Luis, Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", *Revista Jurídica de los Derechos Sociales Lex Social*, Vol. 9, N°1, 2019, pp. 683-746.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.

_____, “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, N°48, 2004, pp. 135-145.

_____, “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales”, en: SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen; GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco (Dir.), *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 27-48.

MOORE, Adam D., “Drug Testing and Privacy in the Workplace”, *The John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law*, Vol. 29, N°3, 2012, pp. 463-491.

MOOTZ III, Francis J.; SHINER, Meghan, "Cannabis and the California Workplace", *University of San Francisco Law Review*, Vol. 54, N°2, 2020, pp. 269-292.

MORATO GARCÍA, Rosa María, *Derecho de resistencia y ejercicio irregular del poder de dirección*. Editorial Comares, Granada, 2011.

MORENO CÁLIZ Susana, *La enfermedad profesional: un estudio de su prevención*, MTAS, Madrid, 2002.

MORENO CÁLIZ Susana (Coord.), *Manual de prevención de riesgos laborales*, Atelier, Barcelona, 2012, tercera edición.

MORENO MÁRQUEZ, Ana María, “Riesgo de enfermedad profesional y reconocimientos médicos”, *Aranzadi Social*, N°6, 2011, pp. 197-208.

MORENO SAENZ, Neus, *La vigilancia de la salud en el medio nacional*, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Madrid, 1993.

MORENO SOLANA, Amanda, *La prevención de riesgos de trabajadores especialmente sensibles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MORROW, Tod T., "Drug Testing in the Workplace: Issues for the Arbitrator", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 4, N° 2, 1988-1989, pp. 273-294.

MOSHE, Shlomo et.al., “Comparison of three methods of pre-employment medical evaluations”, *Occupational Medicine*, Vol. 58, 2008, pp. 46-51.

MOUSERT, Deanna J., “Combating Employee Drug Use Under a Narrow Public Policy Exception”, *Industrial Relations Law Journal*, Vol. 12, N°1, 1990, pp. 184-196.

MOTTA FERRAZ, Octávio Luis, "Brazil: compulsory (but not forced) vaccination is constitutional, says Supreme Federal Tribunal", *Lex – Atlas: Covid-19*, 29 April 2021, disponible: <https://lexatlas-c19.org/> (consultada el 10 de marzo de 2022).

MULVIHILL, Maureen E., "Karraker v. Rent-a-Center: Testing the Limits of the ADA, Personality Tests, and Employer Preemployment Screening", *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol. 37, N°4, 2006, pp. 865-910.

MULLOY, Sean P., "Accommodating Absence: Medical Leave as an ADA Reasonable Accommodation", *Michigan Law Review*, Vol. 118, N°8, 2020, pp. 1629-1654.

MUÑOZ RUÍZ, Ana Belén; MERCADER UGUINA, Jesús R., "El futuro de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales", *Aranzadi Social*, N°5, 2002, pp. 887-904.

MUÑOZ RUÍZ, Ana Belén, "La respuesta federal americana contra la discriminación genética en el lugar de trabajo: The Genetic Information non discrimination Act (Gina)", *Relaciones Laborales*, N°1, 2010, pp. 1377-1390.

_____, *Sistema normativo de prevención de riesgos laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2013.

_____, *Biometría y sistemas automatizados de reconocimiento de emociones: implicaciones jurídico-laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

MURPHY, Thomas P., "Disabilities Discrimination under the Americans with Disabilities Act", *Catholic Lawyer*, Vol. 36(1), 1995, pp. 13-37.

NAJERA, Rene F.; REISS, Dorit R., "First Do No Harm: Protecting Patients Through Immunizing Health Care Workers", *Health Matrix*, Vol. 26, N°1, 2016, pp. 363-402.

NAVAS-PAREJA ALONSO, Marta, *Obligaciones y responsabilidades de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral*, Thomson Reuters - Lex Nova, Valladolid, 2012.

NAVARRO NIETO, Federico, "Los reconocimientos médicos como instrumentos de vigilancia de la salud laboral: condicionantes legales y jurisprudenciales", *Aranzadi Social*, N°11, 2012, pp. 151-166.

NIEBALA, R. Sam; KARDOS, Keith W.; FRITCH, Dean; KARDOS, Stephanie, "Detection of Marijuana Use by Oral Fluid and Urine Analysis Following Single-Dose Administration of Smoked and Oral Marijuana", *Journal of Analytical Toxicology*, Vol. 25(5), 2001, pp. 289-303.

NORES TORRES, Luis Enrique, "La embriaguez y la toxicomanía como causas de despido disciplinario", *Revista Española de Drogodependencias*, N°3-4, 2004, pp. 277-288.

NORMAND, Jacques; LEMPET, Richard O.; O' BRIEN, Charles P., *Under the influence? Drugs and the American work force*, National Academy Press, Washington, 1994.

NUÑEZ GONZÁLEZ, Cayetano, *El artículo 184 del Código del Trabajo. Cuestiones presentes y futuras sobre la prevención de riesgos laborales en Chile*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

OCHOA MANGADO, Enriqueta; MADOZ GÚRPIDE, Agustín, "Consumo de Alcohol y otras drogas en el medio laboral", *Medicina y Seguridad del Trabajo*, N°54(213), 2008, pp. 25-32.

OLICK, Robert S., "Genetic discrimination in the workplace after GINA", en: QUINN, Gerard; DE PAOR, Aisling; BLANCK, Peter (Eds.), *Genetic discrimination. Transatlantic perspectives on the case for a European-level legal response*, Routledge, Oxford-New York, 2015, pp. 128-140.

OLSEN, Jeffrey J., "A Comprehensive Review of Private Sector Drug Testing Law", *Hofstra Labor and Employment Law Journal*, Vol. 8, N°2, 1991, pp. 223-274.

ONTIVEROS, Maria L.; CORRADA, Roberto L.; SELMI, Michael; BOUNOCORE PORTER, Nicole; MCCORMICK, Marcia L., *Employment discrimination law. Cases and materials on equality in the workplace*, West Academic Publishing, Saint Paul, 2021, tenth edition.

OPPENHEIMER, David Benjamin, "Distinguishing Five Models of Affirmative Action", *Berkeley Women's Law Journal*, Vol. 4 (1), 1988-1989, pp. 42-61.

ORTIZ LALLANA, María del Carmen, *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985.

OTLOWSKI, Margaret, "Employment Sector By-Passed by the Privacy Amendments", *Australian Journal of Labour Law*, Vol. 14, 2001, pp. 169-176.

_____, *Implications of genetic testing for Australian employment law and practice*, Centre for Law and Genetics, Occasional Paper N°2, Tasmania, Melbourne, 2001.

OTLOWSKI, Margaret; TAYLOR, Sandra; BARLOW-STEWART, Kristine; STRANGER, Mark; TRELOAR, Susan, "The use of legal remedies in Australia for pursuing allegations of genetic discrimination: findings of an empirical study", *International Journal of Discrimination and the Law*, Vol. 9, 2007, pp. 3-35

OTLOWSKI, Margaret; STRANGER, Mark; TAYLOR, Sandra, "Practices and attitudes of Australian employers in relation to the use of genetic information: Report on a national study", *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 31(4), 2010, pp. 637-691.

OTLOWSKI, Margaret; TAYLOR, Sandra; BOMBARD, Yvonne, “Genetic Discrimination: International Perspectives”, *Annual Review of Genomics and Human Genetics*, Vol. 13(1), 2012, pp. 433-454.

OTTO, Marta, *The right to privacy in employment. A comparative analysis*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2016.

OWENS, Rosemary; RILEY, Joellen; MURRAY, Jill, *The law of work*, Oxford University Press, 2011, second edition.

PALAVECINO CÁCERES, Claudio, “La intimidad del trabajador y la prohibición de discriminación laboral frente a los análisis genéticos”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XVIII, N°2, 2005, pp. 27-53.

PANAGOPOULOU, Ferenikini, “Mandatory vaccination during the period of a pandemic: legal and ethical considerations in Europe”, *BioTech*, Vol. 10(29), 2021, pp. 1-14.

PARRY, John, *Disability discrimination law, evidence and testimony*, ABA Publishing, Chicago, 2008.

PAUL, Annie Murphy, *The Cult of Personality: How Personality Tests Are Leading Us to Miseducate Our Children, Mismanage Our Companies, and Misunderstand Ourselves*, Free Press, 2004.

PEACE, Christopher; LAMM, Felicity; DEARSLY, Greg; PARKES, Helen, “The evolution of the OHS profession in New Zealand”, *Safety Science*, N°120, 2019, pp. 254-262.

PEARCE, Clarissa, “Balancing employer policies and employee rights: the role of legislation in addressing workplace alcohol and drug testing programs”, *Alberta Law Review*, Vol. 46, N°1, 2008, pp. 141-172.

PEDHIRNEY, Michael G.; DEVLIN, Michelle L., *Collective bargaining*, Littler Mendelson, 2023, disponible: https://www.littler.com/files/littler_on_collective_bargaining.pdf (consultada el 10 de mayo de 2023).

PEDROZA ALQUÉZAR, Sonia Isabel, *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2005.

_____, “El concepto de salud laboral y vigilancia de la salud”, *Aranzadi Social*, N°5, 2000, pp. 571-588.

_____, “Confidencialidad y protección de datos en la vigilancia de la salud de los trabajadores”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, N°253, 2004, pp. 3-48.

_____, “Los datos médicos en el trabajo: perspectiva ítaló española y propuestas integradoras”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, N°299, 2008, pp. 97-124.

_____, “Vigilancia de la salud laboral y protección de datos”, *Revista del Ministerio del Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, N°138, 2018, pp. 163-186.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, “El empresario como deudor de seguridad en la directiva 89/391 y en el anteproyecto de ley de prevención de riesgos laborales”, *Revista de Seguridad Social y Laboral*, N°22, 1992, pp. 34-37.

PÉREZ GUERRERO, María Luisa, “La discriminación por razones sanitarias: el impacto del COVID-19 en las relaciones laborales”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, N°5, 2022, pp. 67-98.

PERRY, Pamela L., “Balancing equal employment opportunities with employers’ legitimate discretion: the business necessity response to disparate impact discrimination under title VII”, *Industrial Relations Law Journal*, Vol. 12, N°1, 1990, pp. 1-88.

_____, “Two Faces of Disparate Impact Discrimination”, *Fordham Law Review*, Vol. 59(4), 1991, pp. 523-595.

PESONEN, Lorie M., "Genetic Screening: An Employer's Tool to Differentiate or to Discriminate", *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, Vol. 19, N°1, 2002, pp. 187-224.

PETRAKIS, Lydia, “Sick Leave Policies Requiring Medical Certification Violate the ADA and Rehabilitation Act: Why the Second Circuit Got It Right and the Sixth Circuit Got It Wrong”, *George Mason Civil Rights Law Journal*, Vol. 23, 2013, pp. 365-400.

PIDD, Ken et.al., *Alcohol and work. Patterns of use, workplace culture and safety*, Australian Institute of Health and Welfare, Canberra, 2006.

PIDD, Ken; ROCHE, Ann M., *Workplace drug testing: Evidence and issues*, National Centre for Education and Training on Addiction (NCETA), Flinders University, Adelaide, 2011.

_____, “How effective is drug testing as a workplace safety strategy? A systematic review of the evidence”, *Accident Analysis and Prevention*, Vol. 71, 2014, pp. 154-165.

PINN, Guillaume, *Discrimination on grounds of disability. CJEU case law*, Brussels – Bordeaux, 2020.

PÍREZ LEDESMA, Alejandra, “Drogodependencias: entre la enfermedad y el despido disciplinario”, *Trabajo y Derecho*, N°37, 2018, pp. 86-96.

POQUET CATALÁ, Raquel, *El actual poder de dirección y control del empresario*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2013.

_____, *Derechos y obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2015.

_____, “Vigilancia de la salud, poder de dirección empresarial y derecho a la intimidad del trabajador, un triángulo conflictivo”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales Lex Social*, Vol. 10, N°1, 2020, pp. 382-405.

_____, “Vigilancia de la salud, derecho a la intimidad y Covid – 19”, *Lan Harremanak*, N°44, 2020, pp. 15-38.

_____, “¿Es posible establecer la obligatoriedad de la vacunación contra el SAR-COV-2 en el ámbito laboral”, *IUSLabor*, 2/2021, pp. 6-27.

PRESTEST, Brian S., “Disciplining the Americans with Disabilities Act's Direct Threat Defense”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, Vol. 22, 2001, pp. 409-464.

PRINCE, Anya E.R.; BERKMAN, Benjamin E., “When does an illness begin: genetic discrimination and disease manifestation”, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol. 40(3), 2012, pp. 655-664.

PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel, “Vigilancia de la salud de los trabajadores claves interpretativas de su régimen jurídico”, *Aranzadi Social*, N°5, 1997, pp. 675-706.

PURDUE, Emma, “Scoping reasonable adjustments in the workplace: A comparative analysis of an employer’s obligation to accommodate a worker’s disability under Australian and Canadian laws”, *Australian Journal of Labour Law*, Vol. 30, 2017, pp. 185-203.

QUINN, Gerard, “Disability Discrimination Law in the United States”, en: QUINN, Gerard; McDONAGH, Maeve; KIMBER, Cliona (Eds.), *Disability Discrimination Law in the United States, Australia and Canada*, Oak Tree Press, Dublin, 1993, pp. 15-45.

QUINLAN, Michael; BOHLE, Philip; LAMM, Felicity, *Managing occupational health and safety. A multidisciplinary approach*, Palgrave Macmillan, South Yarra, 2010, 3rd edition.

RABIN-MARGALIOTH, Sharon, “Anti-Discrimination, Accommodation and Universal Mandates - Aren 't They All the Same”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, Vol. 24, N°1, 2003, pp. 111-152.

RAMÍREZ SÁNCHEZ, Danna C.; MARTÍNEZ BARROSO, Katherin A.; ASÚNSOLO DEL BARCO, Ángel, “Abuso de alcohol en el medio laboral, factores de riesgo para el consumo e instrumentos de valoración aplicables en la vigilancia de la salud”, *Medicina y Seguridad del Trabajo*, N°57(224), 2011, pp. 190-209.

RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel, *La discriminación por razón del estado serológico: el caso del VIH*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

RASKIN, C., “Drug and alcohol testing in the workplace: moral, ethical and legal issues”, *Bulletin on Narcotics*, International Labour Office, Ottawa, N°45(2), 1993, pp. 45-81.

REES, Neil; RICE, Simon; ALLEN, Dominique, *Australian anti-discrimination & equal opportunity law*, The Federation Press, Sydney, 2018, 3rd edition.

REGISTER, Charles; WILLIAMS, Donald, “Labor market effects of marijuana and cocaine, use among young men”, *Labor & Industrial Relations Review*, Vol 45, N°3, 1992, pp. 435-448.

RENDALL, Russell, “Medical Marijuana and the ADA: Removing Barriers to Employment for Disabled Individuals”, *Health Matrix*, Vol. 22(1), pp. 315-343.

RIESENHUBER, Karl, *European Employment Law. A Systematic Exposition*, Intersentia, Cambridge, 2021, 2nd edition.

RILEY CHAPMAN, Carolyn et.al., “Genetic discrimination: emerging ethical challenges in the context of advancing technology”, *Journal of Law and the Biosciences*, Vol. 7(1), 2020, pp. 1–23.

RIVERO LAMAS, Juan; DE VAL TENA, Ángel Luis, “Artículo 22.- Vigilancia de la salud”, en: MONEREO PÉREZ, José Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; MORENO VIDA, María Nieves (Dir.), *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Comares, Granada, 2004, pp. 202-222.

ROBERTS, Jessica L., “The Genetic Information Nondiscrimination Act as an Antidiscrimination Law”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 86(2), 2011, pp. 597-648.

_____, “Rethinking Employment Discrimination Harms”, *Indiana Law Journal*, Vol. 91, N°2, 2016, pp. 393-454.

RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio, *La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

_____, *Prohibición de discriminación en el trabajo por razón de Covid*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

RODRÍGUEZ CRESPO, María José, Problemas actuales sobre el poder empresarial de organizar y controlar la actividad productiva”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N°203, 2006, pp. 94-103.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, *El régimen jurídico del contrato de trabajo minero*, Universidad de León, León, 1997.

_____, “El control de la incapacidad temporal: su incidencia sobre la contención del gasto público y el aumento de la productividad empresarial”, *Temas Laborales*, N°118, 2013, pp. 113-154.

_____, “Vigilancia y control de la salud mental de los trabajadores. Aspectos preventivos y reparadores”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, N°2, 2021, pp. 19-55.

RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo, “Facultades empresariales de control y vigilancia de la salud “versus” derecho a la intimidad de los trabajadores”, en: SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen; GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco (Dir.), *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 189-215.

RODRÍGUEZ IZQUIERDO, Raquel; BURRIEL RODRÍGUEZ, Pepa, *La prevención de riesgos laborales en la temporalidad*, Comares, Granada, 2010.

ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores, *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Ediciones Grapheus, Valladolid, 1992.

ROMERO RODENAS, María José, “A propósito de la creación por parte de una entidad bancaria de una base de datos relativa a las bajas médicas de sus trabajadores”, *Revista de Derecho Social*, N°10, 2000, pp. 123-130.

ROSENTHAL, Lawrence D., “Association Discrimination Under the Americans with Disabilities Act: Another Uphill Battle for Potential ADA Plaintiffs”, *Hofstra Labor and Employment Law Journal*, Vol. 22(1), 2004, pp. 132-205.

ROSÓN HERNÁNDEZ, Beatriz, “Consumo de riesgo y perjudicial de alcohol. Prevalencia y métodos de detección en la práctica clínica”, *Galicia Clínica*, N°69(1), 2008, pp. 29-44.

ROTHSTEIN, Mark A., "Employee Selection Base on Susceptibility to Occupational Illness", *Michigan Law Review*, Vol. 81(6), 1983, pp. 1379-1496.

_____, *Medical screening of workers*, BNA, Washington, 1984.

_____, "Medical Screening of Workers: Genetics, AIDS, and Beyond", *Labor Lawyer*, Vol.2, N°4, 1986, pp. 675-682.

_____, "Drug testing in the workplace: the challenge to employment relations and employment law", *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 63(3), 1987, pp. 683-743.

_____, "Medical Screening and Employment Law: A Note of Caution and Some Observations", *University of Chicago Legal Forum*, N°1, 1988, pp. 1-32.

_____, *Medical screening and the employee health cost crisis*, BNA, Washington, 1989.

_____, "Workplace drug testing: a case study in the misapplication of technology", *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 5, 1991, pp. 65-93.

_____, "Genetic discrimination in employment and the Americans with Disability Act", *Houston Law Review*, Vol. 29, N°1, 1992, pp.23-84.

ROTHSTEIN, Mark A.; GELB, Betsy D.; CRAIG, Steven G., "Protecting Genetic Privacy by Permitting Employer Access Only to Job-Related Employee Medical Information: Analysis of a Unique Minnesota Law", *American Journal of Law & Medicine*, Vol. 24(4), 1998, pp. 399-416.

ROTHSTEIN, Mark A.; ROBERTS, Jessica; GUIDOTTI, Tee, "Limiting occupational medical evaluations under the Americans with Disabilities Act and the Genetic Information Nondiscrimination Act", *American Journal of Law & Medicine*, Vol. 41, N°4, 2015, pp. 523-567.

ROTHSTEIN, Mark A.; PARMET, Wendy E.; RUBINSTEIN REISS, Dorit, "Employer-Mandated Vaccination for COVID-19", *American Journal of Public Health*, Vol. 111, N°6, 2021, pp. 1061-1064.

ROTHSTEIN, Mark A.; LIEBMAN, Lance; YURACKO, Kimberly A.; GARDEN, Charlotte, *Employment law. Cases and materials*, Foundation Press, Saint Paul, 2020, ninth edition,

RUTBECK-GOLDMAN, Ariela, "An Unfair and Cruel Weapon: Consequences of Modern-Day Polygraph Use in Federal Pre-Employment Screening", *UC Irvine Law Review*, Vol. 7, N°3, 2017, pp. 715-748.

RYCAK, Artur, “New technologies and the employee’s right to privacy”, en: CARBY-HALL, Jo; MELLA MÉNDEZ, Lourdes (Eds.), *Labour law and the gig economy*, Routledge, Abingdon y New York, 2020, pp. 171-189.

SAIDEMAN, Ellen M., “The ADA as a Tool for Advocacy: A Strategy for Fighting Employment Discrimination against People with Disabilities”, *Journal of Law and Health*, N°47, Vol.8, 1993-1994, pp. 47-87.

SALA FRANCO, Tomás, “El proyecto del genoma y las relaciones laborales”, *Revista de Derecho y Genoma Humano: Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, N°2, 1995, pp. 147-156.

_____, *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

_____, *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, décima edición.

SALA FRANCO, Tomás; ARNAU NAVARRO, Francisco, *Comentarios a la ley de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch., Valencia, 1996.

SALA FRANCO, Tomás; TARABINI-CASTELLANI AZNAR, Margarita, “XII. El derecho a la intimidad personal y el control del trabajador”, en: SALA FRANCO, Tomás (Dir.), *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018.

SALCEDO BELTRÁN, Carmen; GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo, “Obligaciones empresariales en materia preventiva (I)”, en: ALFONSO MELLADO, Carlos, SALCEDO BELTRÁN, Carmen; ROSAT ACED, José Ignacio (Coords.), *Prevención de riesgos laborales. Instrumentos de aplicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 271-392.

SALMONA, Francisco, “Workplace privacy. A possible common approach of two models”, *Academia Letters*, Article 2691, 2021, pp. 1-6.

SAN MARTÍN AGUILAR, Luis Fernando, “Las empresas de trabajo temporal y su tratamiento en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *Revista Estudios Financieros*, N°192, 1999, pp. 3-28.

SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro A., “La protección de los datos genéticos”, *Derecho y Conocimiento*, N°3, 2005, pp. 1-21.

SÁNCHEZ-PEGO FERNÁNDEZ, Francisco Javier, “La vigilancia de la salud para la prevención de riesgos laborales en su colisión con el derecho a la intimidad”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, N°22, 1996, pp. 199-216.

SÁNCHEZ PÉREZ, Perfecto (Coord.), *El alcohol y la conducción*, Ministerio del Interior y Dirección General de Tráfico, Madrid, 2014.

SÁNCHEZ TORRES, Esther, “El derecho a la intimidad del trabajador en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *Relaciones Laborales*, N°2, 1997, pp. 459-488.

SANGHAVIL, Kunal et al., “Voluntary workplace genomic testing: wellness benefit or Pandora’s box?”, *Genomic Medicine*, Vol. 5, 2022, pp. 1-6.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, “La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos”, *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, N°53, 2004, pp. 181-202.

SAPPIDEEN, Carolyn; O’GRADY, Paul; RILEY MUNTUN, Joellen; SMITH, Belinda, *Macken’s Law of Employment*, Thomson Reuters, Sydney, 2022, ninth edition.

SCANNELL, Stephen M., “Medical Marijuana and the ADA: Following the Path Blazed by State Courts to Extend Protection”, *Saint Louis University Journal of Health Law & Policy*, Vol. 12, N°2, 2019, pp. 391-418.

SCHAAFSMA, FG et.al., “Pre-employment examinations for preventing injury, disease and sick leave in workers”, *Cochrane Database of Systematic Reviews*, N°1, 2016, pp. 1-51.

SCHNEIDER DENENBERG, Tia; DENENBERG, Richard V., *Alcohol and drugs issues in the workplace*, The Bureau of National Affairs, Inc., Washington, 1983.

_____, “Drug testing from the arbitrator’s perspective”, *Nova Law Review*, Vol. 11(2), 1987, pp. 371-413.

_____, “Arbitration of drug testing disputes”, en: MACDONALD, Scott; ROMAN, Paul (Eds.), *Drug testing in the workplace*, Springer Science + Business Media, New York, 1994, pp. 205-229.

SCHWEDLER, Patrick J., "Prescription Drugs and Dangerous Jobs: When Can Disclosure Be Required for Public Safety under the ADA", *Employee Rights and Employment Policy Journal*, Vol. 17, N°1, 2013, pp. 93-124.

SCHIFF, Matthew B.; MILLER, David L., "Reasonable Accommodation Under the Americans With Disabilities Act", *Gonzaga Law Review*, Vol. 28(2), 1992, pp. 219-234.

SCOTT, Penelope S, Addressing ableism in workplace policies and practices: the case for disability standards in employment", *Flinders Law Journal*, N°18, 2016, pp. 121-157.

SEE, Andrew, *Examining the Legal Implications of Being Fit for Work*, Freehills, Brisbane, 2003.

SELMI, Michael, "Privacy for the Working Class: Public Work and Private Lives", *Louisiana Law Review*, Vol. 66, N°4, 2006, pp. 1035-1056.

SELVAKA, Carl M., "Poppy Seed Ingestion as a Contributing Factor to Opiate- Positive Urinalysis Results: The Pacific Perspective", *Journal of Forensic Science*, Vol. 36(3), 1991, pp. 685-696.

_____, "Theorizing Systemic Disparate Treatment Law: After Wal-Mart v. Dukes", *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, Vol. 32, N°2, 2011, pp. 477-511.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, "Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva", en: SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pp. 273-328.

SERRA, Consol; RODRÍGUEZ, Mari Cruz; DELCLOS, George; PLANA, Manel; GÓMEZ LÓPEZ, Luis; BENAVIDES, Fernando, "Criteria and methods used for the assessment of fitness for work: a systematic review", *Occupational and Environmental Medicine*, Vol. 64, 2007, pp. 304-312.

SHAIN, Martin, "Alternatives to drug testing: employee assistance and health promotion programs", en: MACDONALD, Scott; ROMAN, Paul (Eds.), *Drug testing in the workplace*, Springer Science + Business Media, New York, 1994, pp. 257-277.

SHEPPARD, Ben, "Half-Baked: Remediating the Confusion between State Medical Cannabis Protections and Federal Laws on Drug Testing for Federal Contractors", *University of Hawai'i Law Review*, Vol. 43, N°1, 2020, pp. 231-264.

SHOLZ, D., How to use pre-employment medical examinations and comply with Anti-Discrimination Legislation, en: AZIZ, N. (Ed.), *Coal Operators' Conference*, University of Wollongong & the Australasian Institute of Mining and Metallurgy, University of Wollongong, Wollongong, 1998, pp. 47-55.

SLUITER, Judith K., "The new why when designing mandatory medical examinations", *Occupational Medicine*, Vol. 67, 2017, pp. 325-327.

SMITH, Annaliese, "Marijuana as a Schedule I Substance: Political Ploy or Accepted Science?", *Santa Clara Law Review*, Vol. 40, N°4, 2000, pp. 1137-1169.

SMITH, Dianna, *Work-related alcohol and drug use. A fit for work issue*, Australian Safety and Compensation Council, Canberra, 2007.

SOINI, Sirpa, "Genetic testing legislation in Western Europe—a fluctuating regulatory target", *Journal of Community Genetics*, Vol. 3(2), 2012, pp. 143-153.

SPENCE, Gordon B. "Workplace wellbeing programs: If you build it they may NOT come...because it's not what they really need!", *International Journal of Wellbeing*, Vol. 5(2), 2015, pp. 109-124.

SPERINO, Sandra F., "Beyond McDonnell Douglas", *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, Vol. 34, N°2, 2013, pp. 257-272.

SPIEHLER, Vina; COOPER, Gail, "Drugs-of-abuse testing in saliva or oral fluid", en: JENKINS, Amanda J. (Ed.), *Drug testing in alternate biological specimens*, Humana Press, Totowa, 2008, pp. 83-99.

SPIELER, Emily A., "(Re)assessing the grand bargain: compensation for work injuries in the United States, 1900-2017", *Rutgers University Law Review*, Vol. 69, 2017, pp. 891-1014.

SUDER, Seili; SIIBAK, Andra, "Proportionate response to the COVID-19 threat? Use of apps and other technologies for monitoring employees under the European Union's data protection framework", *International Labor Review*, Vol. 161, N°2, 2022, pp. 315-335.

SULMAN, Joseph L., "When a Positive Drug Test May Not Be Positive: The Questionable Reliability of Hair Analysis to Determine Illegal Drug Use in In Re: Boston Police Department Drug Test Appeals", *New England Law Review On Remand*, Vol. 48, 2013-2014, pp. 25-34.

SUSSER, Peter A.; PETESCH, Peter J., *Disability Discrimination and the Workplace*, BNA Books, Arlington, 2011, 2nd ed.

STANLEY, Douglas L., "Employee Drug Testing ", *Journal of the Kansas Bar Association*, Vol. 61, N°1, 1992, pp. 19-30.

STEPHANOPOULOS, Nicholas O., "Disparate impact, unified law", *The Yale Law Journal*, Vol. 128(6), 2019, pp. 1566-1646.

STRASSLE, Camila; BERKMAN, Benjamin E., “Workplace Wellness Programs: Empirical Doubt, Legal Ambiguity, and Conceptual Confusion”, *William & Mary Law Review*, Vol. 61, 2019-2020, pp. 1663-1717.

SWANSON, Jeffrey; BURRIS, Scott; MOSS, Kathryn; ULLMAN, Michael, “Justice Disparities: Does the ADA Enforcement System Treat People with Psychiatric Disabilities Fairly?”, *Maryland Law Review*, Vol. 66(1), 2006, pp. 94-139.

SWOTINSKY, Robert B.; CHASE, Kenneth H., “The Medical Review Officer”, *Journal of Occupational Medicine*, Vol. 32(10), 1990, pp. 1003-1008.

TÁLENS VISCONTI, Eduardo Enrique, “La vigilancia de la salud del trabajador y el respeto a su intimidad en el supuesto de consumo de drogas”, *Revista Española de Drogodependencias*, N°38 (2), 2013, pp. 177-190.

TANABE, Ramona P., *Workers' Compensation Laws*, Workers' Compensation Research Institute, January 1, 2016, disponible: <https://www.wcrinet.org/reports/workers-compensation-laws-as-of-january-1-2016> (consultada el 10 de mayo de 2023).

TAYLOR, Sandra, et.al., “Investigating Genetic Discrimination in Australia: Perceptions and Experiences of Clinical Genetics Service Clients Regarding Coercion to Test, Insurance and Employment”, *Australian Journal of Emerging Technologies and Society*, Vol. 5, N°2, 2007, pp. 63-83.

TERRADILLOS GARCÍA, María Jesús, “La vigilancia de la salud en España: ¿necesidades de mejora?”, *Archivos de Prevención de Riesgos Laborales*, Vol. 23(2), 2020, pp. 159-163.

THAM, Joo-Cheong, “Can Australian employers make you get a COVID-19 vaccine? Mostly not — but here’s when they can”, *The Conversation*, August 10, 2021, disponible: <https://theconversation.com/> (consultada el 10 de septiembre de 2021).

THOMAS, Katherine M. et al., “The convergent structure of DSM-5 personality trait facets and five-factor model trait domains”, *Assessment*, Vol. 20, N°3, 2011, pp. 308-311.

TOBIN, Andrew, “Recent developments in workplace drug and alcohol testing”, *Employment Law Bulletin*, Lexis Nexis Butterworths, Vol. 14, N°7, 2008, pp. 61-62.

TOROLLO GONZÁLEZ, Francisco Javier, “El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N°59, 2005, pp. 93-141.

TORRES GARCÍA, Bárbara, “El derecho a la protección de la salud en el trabajo frente a los riesgos del Covid-19”, *IUSLabor*, 1/2021, pp. 5-41.

TORTUERO PLAZA, José Luis; MORENO ROMERO, Francisca, “Poder de dirección del empresario y los mecanismos de control de la incapacidad temporal: la opción por el control público”, en: SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen; GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco (Dirs.), *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 218-241.

TOSCANI JIMÉNEZ, Daniel, “Los reconocimientos médicos: su obligatoriedad y sus consecuencias”, *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, N°39, 2007, pp. 18-24.

_____, *Reconocimientos médicos de los trabajadores y su régimen jurídico laboral*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2011.

TOSCANI JIMÉNEZ, Daniel; ALEGRE NUENO, Manuel, *El despido por ineptitud del trabajador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

TRULL, Timothy J., “The Five-Factor Model of Personality Disorder and DSM-5”, *Journal of Personality*, Vol. 80, N°6, 2012, pp. 1697-1720.

TSANACLIS, Lolita; KINGSTON, Robert; WICKS, John, “Testing for alcohol use in hair: is ethyl glucuronide (EtG) stable in hair?”, *Annales de Toxicologie Analytique*, Vol. 21, N°2, 2009, pp. 67-71.

TUDELA CAMBRONERO, Gregorio; VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda, *La seguridad y la salud en la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009.

VACCHIO, Phillip K.; WOLINSKY, Joshua L., “Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008: It's in Title VII's Genes”, *Hofstra Labor and Employment Law Journal*, Vol. 29(1), 2011, pp. 229-271.

VALDÉS ALONSO, Alberto, “Seguridad física en la empresa versus seguridad y salud en el trabajo (Una reflexión sobre la legalidad y constitucionalidad de los polémicos controles de detección del consumo de sustancias tóxicas o estupefacientes en instalaciones nucleares y radiactivas”, *Relaciones Laborales*, N°10, 2014, pp. 45-70.

VALDÉS DAL - RE, Fernando, “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, en: Aparicio, Joaquín; Baylos, Antonio (coords.), *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992.

VARGA, Orsolya et.al., “Definitions of genetic testing in European legal documents”, *Journal of Community Genetics*, Vol. 3(2), 2012, pp. 125-141.

VAUGHN, John R., *Finding the Gaps: A Comparative Analysis of Disability Laws in the United States to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)*, National Council on Disability, Washington, 2008.

VERSTRAETE, Alain G.; PIERCE, Anyia, “Workplace drug testing in Europe”, *Forensic Science International*, N°121, 2001, pp. 2-6.

VERSTRAETE, Alain G., “Detection Times of Drugs of Abuse in Blood, Urine, and Oral Fluid”, *Therapeutic Drug Monitoring*, Vol. 26, N°2, 2004, pp. 200-205.

VICTORIAN EQUAL OPPORTUNITY & HUMAN RIGHTS COMMISSION, *Victorian Discrimination Law*, Victoria, 2019, second edition.

VICTORIAN LAW REFORM COMMISSION, *Workplace privacy*, Melbourne, 2004, disponible: <https://www.lawreform.vic.gov.au/project/workplace-privacy/> (consultada el 10 de mayo de 2023).

VINCETI, Silvio Roberto, “COVID-19 Compulsory Vaccination and the European Court of Human Rights”, *Acta Biomed*, Vol. 92, 2021, pp. 1-7.

VORNHOLT, Katharina et.al., “Disability and employment – overview and highlights”, *European Journal of Work and Organizational Psychology*, Vol. 21, N°1, 2018, pp. 40-55.

WADDINGTON, Lisa, "Reassessing the Employment of People with Disabilities in Europe: From Quotas to Anti-Discrimination Laws", *Comparative Labor Law Journal*, Vol. 18, N°1, 1996, pp. 62-101.

_____, *Implementing and interpreting the reasonable accommodation provision of the framework Employment Directive: learning from experience and achieving best practice*, Publications Office of the European Union, Brussels, 2004.

WADDINGTON, Lisa; LAWSON, Anna, *Disability and non-discrimination law in the European Union*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2009.

WADDINGTON, Lisa; BELL, Mark, “Exploring the boundaries of positive action under the UE Law: a search for conceptual clarity”, *Common Market Law Review*, Vol. 48(5), 2011, pp. 1503-1526.

WADDINGTON, Lisa; BRODERICK, Andrea, *Combatting disability discrimination and realising equality A comparison of the UN CRPD and EU equality and non-discrimination law*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018.

WALKER, Julian, *Genetic Discrimination and Canadian Law*, Library of Parliament, Ottawa, 2014.

WALKER, Kevin, “Comparing American Disability Laws to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities with Respect to Postsecondary Education for Persons with Intellectual Disabilities”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 12(1), 2014, pp. 115-131.

WALKER, David M., “Collective Bargaining Agreements in Professional Sports: The Proper Forum for Establishing Performance-Enhancing Drug Testing Policies”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 8(1), 2007, pp. 147-169.

WASHUTKA, David M., “Collective Bargaining Agreements in Professional Sports: The Proper Forum for Establishing Performance-Enhancing Drug Testing Policies”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 8, N°1, 2007, pp. 147-169.

WEBER, Mark C., *Understanding Disability Law*, LexisNexis, New York, 2011, 2nd ed.

WEITEN, Wayne, *Psychology: themes and variations*, Cengage Learning, Wadsworth, 2010, 8th edition.

WESTON, Maureen A., “Doping Control, Mandatory Arbitration, and Process Dangers For Accused Athletes in International Sports”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 10, N°1, 2009, pp. 5-50.

WHITE, Helene Raskin; AIDALA, Angela; ZABLOCKI, Benjamin, “A longitudinal investigation of drug use and work patterns among middle – class, white adults”, *Journal of Applied Behavioral Science*, Vol. 24, 1988, pp. 455-469.

WHITE, Victoria, “Employment Disability Discrimination in Louisiana: How to Better Protect the Disabled Employee”, *Loyola Law Review*, Vol. 52(3), 2006, pp. 917-956.

WHITE, Lindsey A.; SKEABECK, Shelby; HIMMELSTEIN, Jeremy, “Strategic perspectives—Smoky Lines: Whether to accommodate employees’ use of medicinal marijuana may now depend on state law”, *Employment Law Daily*, Wolters Kluwer, 2018, disponible: https://shawe.com/wp-content/uploads/2017/09/shawe_rosenthal_sp_marijuana.pdf (consultada el 10 de mayo de 2023).

WIDISS, Deborah, “The interaction of the Pregnancy Discrimination Act and the Americans with Disabilities Act after *Young v. UPS*”, *U.C. Davis Law Review*, Vo. 50, 2017, pp. 1423-1453.

WILKEN, Dennis et.al., “What are the benefits of medical screening and surveillance?”, *European Respiratory Review*, Vol. 21, N°124, 2012, pp. 105-111.

WITZLEB, Normann, “Employee monitoring and surveillance under Australian Law: the need for workplace privacy legislation”, en: DORR, Dieter; WEAVER, Russell L. (Eds.), *Perspectives on privacy. Increasing regulation in the USA, Canada, Australia and European Countries*, The Gruyter, Berlin / Boston, 2014, pp. 126-148.

WOJCIK, Mark H.; HAWTHORNE, Jeffrey, “Sensitivity of commercial ethyl glucuronide (ETG) testing in screening for alcohol abstinence”, *Alcohol & Alcoholism*, Vol. 42, N° 4, 2007, pp. 317–320.

WOLFE, Julia, “Coerced into Health: Workplace Wellness Programs and Their Threat to Genetic Privacy”, *Minnesota Law Review*, Vol. 103, 2018, pp. 1089-1133.

WONG, Danny, “Rehabilitation and return to work”, en: HOBSON, John; SMEDLEY, Julia (Eds.), *Fitness for work. The medical aspects*, Oxford University Press, Oxford, 2019, sixth edition, pp. 207-228.

YOUNG, Hilary; THRASHER, Colleen, “Genetic privacy in employment and insurance in Canada”, en: KHOURY, Lara; BLACKETT, Adelle; VANHNNAEKER, Lukas (Eds.), *Genetic testing and the governance of risk in the contemporary economy*, Springer, Switzerland, 2020, pp. 115-128.

ZABAWA, Barbara J.; EICKHOFF-SHEMEK, JoAnn M., *Rule the rules of workplace wellness programs*, American Bar Association, Chicago, second edition, 2021.

ZEESE, Kevin B., *Drug testing legal manual and practice AIDS*, Volume 1, Thomson Reuters, Danvers, 2019.

ZEESE, Kevin B., *Drug testing legal manual and practice AIDS*, Thomson Reuters, Danvers, 2023, second edition.

Documentos

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Tratamiento de datos genéticos para la localización de personas desaparecidas o en investigación criminal*, 2000, disponible: <https://www.aepd.es/documento/2000-9908.pdf> (consultada el 10 de mayo de 2023).

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *La protección de datos en las relaciones laborales*, mayo 2021.

AUSTRALIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION, *Employment standards under the Disability Discrimination Act* (30 January 1996), disponible: <https://humanrights.gov.au/our-work/employment-standards-under-disability-discrimination-act-resource-paper> (consultada el 10 de mayo de 2023).

AUSTRALIAN GOVERNMENT COMCARE, *Effective health and wellbeing programs*, 2010.

AUSTRALIAN GOVERNMENT COMCARE, *Rehabilitation case manager handbook*, 2023, disponible: <https://www.comcare.gov.au/about/forms-pubs/docs/pubs/rehabilitation/comcare-rehabilitation-case-manager-handbook-nov23.pdf> (consultada el 20 de mayo de 2023).

AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION, *The protection of human genetic information in Australia*, Report 96, 2003.

AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION, *The protection of human genetic information in Australia*, Report 96, 2010.

AUSTRALIAN SAFETY AND COMPENSATION COUNCIL, *Work – related alcohol and drug use. A fit for work issue*, 2007.

AUSTRALASIAN FACULTY OF OCCUPATIONAL MEDICINE, *Guidelines for Health Assessments for work*, The Royal Australasian College of Physicians, Sydney, 1998.

CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION, *Canadian Human Rights Commission's Policy on Alcohol and Drug Testing*, 2009.

CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, *Workers' Compensation: Overview and Issues* (February 18, 2020), disponible: <https://crsreports.congress.gov/> (consultada el 10 de mayo de 2023).

CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, *The Longshore and Harbor Workers' Compensation Act (LHWCA): Overview of Workers' Compensation for Certain Private-Sector Maritime Workers* (March 10, 2021), disponible: <https://crsreports.congress.gov/> (consultada el 10 de mayo de 2023).

DEPARTMENT OF EDUCATION, *Disability Employment 101*, Education Publications Center, Washington, 2007.

DEPARTMENT OF LABOR, *Persons with a disability: labor force characteristics – 2018*, U.S. Bureau of Labor Statistics, Washington, 2019.

EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION, *Technical Assistance Manual for Title I of the ADA* (January 1, 1992), disponible: <https://www.eeoc.gov/laws/guidance/technical-assistance-manual-employment-provisions-title-i-americans-disabilities-act> (consultada el 10 de mayo de 2023).

EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION, *ADA Enforcement Guidance: Preemployment Disability-Related Questions and Medical Examinations* (October 10, 1995), disponible: <[http: www.eeoc.gov/policy/docs/](http://www.eeoc.gov/policy/docs/)> (consultada el 10 de marzo de 2022).

EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION, *ADA Enforcement Guidance: Preemployment Disability-Related Questions and Medical Examinations, 8 Fair Employment Practical Manual (BNA)* (1995), disponible: <[http: www.eeoc.gov/policy/docs/](http://www.eeoc.gov/policy/docs/)> (consultada el 10 de marzo de 2022).

EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION, *Enforcement Guidance on the Americans with Disabilities Act and Psychiatric Disabilities* (March 25, 1997), disponible: <[http: www.eeoc.gov/policy/docs/](http://www.eeoc.gov/policy/docs/)> (consultada el 10 de marzo de 2022).

EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION, *Enforcement Guidance on Disability-Related Inquiries and Medical Examinations of Employees under the ADA* (July 26, 2000), disponible: <https://www.eeoc.gov/laws/guidance/enforcement-guidance-disability-related-inquiries-and-medical-examinations-employees> (consultada el 10 de junio de 2023).

EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION, *Enforcement Guidance on Reasonable Accommodation and Undue Hardship under the ADA* (October 17, 2002), disponible: <https://www.eeoc.gov/laws/guidance/enforcement-guidance-reasonable-accommodation-and-undue-hardship-under-ada> (consultada el 10 de marzo de 2022).

EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION, *EEOC Informal Discussion Letter*, August 12, 2011, disponible: <https://www.eeoc.gov/foia/eeoc-informal-discussion-letter-225> (consultada el 10 de mayo de 2023).

EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION, *Wellness Programs Under Federal Equal Employment Opportunity Laws* (May 8, 2013), disponible:

<https://www.eeoc.gov/meetings/meeting-may-8-2013-wellness-programs-under-federal-equal-employment-opportunity-laws> (consultada el 10 de mayo de 2023).

EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION, *The COVID-19 Pandemic and Caregiver Discrimination Under Federal Employment Discrimination Laws* (April 14, 2021), disponible: <https://www.eeoc.gov/> (consultada el 10 de marzo de 2022).

EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION, *What You Should Know About COVID-19 and the ADA, the Rehabilitation Act, and Other EEO Laws* (May 15, 2023), disponible: <https://www.eeoc.gov/> (consultada el 10 de mayo de 2023).

EQUALITY AND HUMAN RIGHTS COMMISSION, *Pre-employment health questions Guidance for employers on Section 60 of the Equality Act 2010*, London, 2014.

EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Use of alcohol and drugs at the workplace*, Dublin, 2012, disponible: www.eurofound.europa.eu (consultada el 10 de marzo de 2022).

HOUSE LABOR COMMITTEE, *H.R.2273 - Americans with Disabilities Act of 1990*, 1990, disponible: <https://www.congress.gov/bill/101st-congress/house-bill/2273> (consultada el 10 de mayo de 2023).

INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE, *The employment practices code*, 2018.

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *Management of alcohol- and drug-related issues in the workplace*, International Labour Organization, Geneva, 1996.

INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO, *Guía técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la manipulación manual de cargas*, 2009, disponible: <https://www.insst.es/especificas> (consultada el 10 de mayo de 2023).

INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO, *Guía técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relacionados con los agentes químicos presentes en los lugares de trabajo*, octubre 2013, Madrid, disponible: <https://www.insst.es/especificas> (consultada el 10 de mayo de 2023).

INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO, *Guía técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la utilización de equipos con pantallas de visualización*, junio 2021, Madrid, disponible: <https://www.insst.es/especificas> (consultada el 10 de mayo de 2023).

INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO, *Guía técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relacionados con la exposición al ruido en los lugares de trabajo*, Madrid, septiembre 2022, disponible: <https://www.insst.es/especificas> (consultada el 10 de mayo de 2023).

MINISTERIO DE SANIDAD, *Protocolo de Vigilancia Sanitaria Específica para los trabajadores expuestos a plomo*, Centro de Publicaciones, Madrid, 1999, disponible: <https://www.sanidad.gob.es/ciudadanos/saludAmbLaboral/docs/plomo.pdf> (consultada el 10 de mayo de 2023).

MINISTERIO DE SANIDAD, *Protocolo de Vigilancia Sanitaria Específica para los trabajadores expuestos a plaguicidas*, Centro de Publicaciones, Madrid, 1999, disponible: <https://www.sanidad.gob.es/ciudadanos/saludAmbLaboral/docs/plaguicidas.pdf> (consultada el 10 de mayo de 2023).

MINISTERIO DE SANIDAD, *Protocolo de Vigilancia Sanitaria Específica para los trabajadores expuestos a agentes biológicos*, Centro de Publicaciones, Madrid, 2001, disponible: https://www.sanidad.gob.es/ciudadanos/saludAmbLaboral/docs/agentes_biologicos.pdf (consultada el 10 de mayo de 2023).

MINISTERIO DE SANIDAD, *Protocolo de Vigilancia Sanitaria Específica para los trabajadores expuestos al óxido de etileno*, Centro de Publicaciones, Madrid, 2003, disponible: <https://www.saludcastillayleon.es/profesionales/es/saludlaboral/protocolos-vigilancia-salud-especifica.ficheros/1224228-Oxido%20de%20Etileno.pdf> (consultada el 10 de mayo de 2023).

MINISTERIO DE SANIDAD, *Protocolo de Vigilancia Sanitaria Específica para los trabajadores expuestos a agentes citostáticos*, Centro de Publicaciones, Madrid, 2003, disponible: <https://www.sanidad.gob.es/ciudadanos/saludAmbLaboral/docs/Agentescitostaticos.pdf> (consultada el 10 de mayo de 2023).

MINISTERIO DE SANIDAD, *Protocolo de Vigilancia Sanitaria Específica. Amianto*, Centro de Publicaciones, Madrid, 2013, disponible: <https://www.sanidad.gob.es/ciudadanos/saludAmbLaboral/docs/ProtoVigiAmianto1.pdf> (consultada el 10 de mayo de 2023).

MINISTERIO DE SANIDAD, *Protocolo de Vigilancia Sanitaria Específica para trabajadores expuestos a silicosis*, Centro de Publicaciones, Madrid, 2020, disponible: <https://www.sanidad.gob.es/ciudadanos/saludAmbLaboral/docs/silicosis.pdf> (consultada el 10 de mayo de 2023).

MINISTERIO DE SANIDAD, *Instrucciones sobre la realización de pruebas diagnosticas para la detección del COVID-19 en el ámbito de las empresas*, 2020. Disponible en <https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/instruccionesPruebasDiagnosticasEmpresas.pdf>. (consultada el 20 de abril de 2023).

MINISTERIO DE SANIDAD, *El Protocolo para la Vigilancia Sanitaria Específica de las personas trabajadoras expuestas al ruido*, Centro de Publicaciones, Madrid, 2022, disponible: <https://www.sanidad.gob.es/ciudadanos/saludAmbLaboral/docs/ruidoProtocolo.pdf> (consultada el 10 de mayo de 2023).

NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *The polygraph and lie detection*, The National Academies Press, Washington, 2003.

NEW JERSEY CANNABIS REGULATORY COMMISSION, *Reasonable Suspicion Observed Behavior Report*, 2022, disponible: <https://www.nj.gov/cannabis/news-events/20220907.shtml> (consultada el 10 de mayo de 2023).

OCCUPATIONAL SAFETY & HEALTH ADMINISTRATION, *Medical Screening and Surveillance Requirements in OSHA Standards: A Guide*, U.S. Department of Labor, 2014, disponible: <https://www.osha.gov/sites/default/files/publications/osha3162.pdf> (consultada el 10 de mayo de 2022).

OCCUPATIONAL SAFETY & HEALTH ADMINISTRATION, *Improve tracking of workplace injuries and illnesses*, 81 Fed. Reg. 29 (May 12, 2016).

OCCUPATIONAL SAFETY & HEALTH ADMINISTRATION, *Interim Guidance for Protecting Workers from Occupational Exposure to Zika Virus*, U.S. Department of Labor, May 30, 2017, disponible: <https://www.osha.gov/zika/index.html> (consultada el 30 de mayo de 2023).

OCCUPATIONAL SAFETY & HEALTH ADMINISTRATION, *Employer Guidance: Reducing Health Care Workers' Exposures to Seasonal Flu Virus*, U.S. Department of Labor, July 24, 2017, disponible: <https://www.osha.gov/dts/guidance/flu/healthcare.html> (consultada el 30 de mayo de 2023).

OFFICE FOR DISABILITY ISSUES, *Equality Act 2010 Guidance. Guidance on matters to be taken into account in determining questions relating to the definition of disability*, London, 2011.

OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, *Genetic monitoring and screening in the workplace*, Government Printing Office, Washington, 1990.

ONTARIO HUMAN RIGHTS COMMISSION, *Policy on drug and alcohol testing*, Toronto, 2009.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Tratamiento de cuestiones relacionadas con el alcohol y las drogas en el lugar de trabajo*, Ginebra, 1996.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Principios directivos técnicos y éticos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores”, *Serie Seguridad y Salud en el Trabajo*, N°72, 1998, Ginebra.

PARLIAMENTARY OFFICE OF SCIENCE AND TECHNOLOGY, *Drug tests*, N°228, 2004.

PRIVACY COMMITTEE OF NEW SOUTH WALES, *Drug Testing in the Workplace*, Report N°64, 1992, Sydney.

SAFE WORK AUSTRALIA, *Explanatory Memorandum – Model Work Health and Safety Bill*, 2 December 2010, Canberra.

SAFE WORK AUSTRALIA, *Health monitoring Guide for persons conducting a business or undertaking*, 14 February 2020, disponible: <https://www.safeworkaustralia.gov.au/doc/health-monitoring-persons-conducting-business-or-undertaking-guide> (consultada el 10 de diciembre de 2022).

SAFE WORK AUSTRALIA, *Comparison of Workers’ Compensation Arrangements in Australia and New Zealand*, 2021, 28th Edition, disponible: <https://www.safeworkaustralia.gov.au/doc/comparison-workers-compensation-arrangements-australia-and-new-zealand-2021> (consultada el 10 de mayo de 2023).

SAFE WORK AUSTRALIA, *Summary of Workers’ Compensation Scheme Developments in Australia and New Zealand*, 2022, disponible: <https://www.safeworkaustralia.gov.au/doc/summary-workers-compensation-arrangements-australia-and-new-zealand-2022-report> (consultada el 10 de mayo de 2023).

SOCIEDAD EUROPEA DE TEST DE DROGAS EN EL TRABAJO, *European Guidelines for Workplace Drug Testing in Urine*, 2022, disponible: <http://www.ewdts.org/data/uploads/documents/2022-10-ewdts-guidelines-urine-final.pdf> (visitada el 4 de abril de 2023).

SOCIEDAD EUROPEA DE TEST DE DROGAS EN EL TRABAJO, *European Guidelines for Workplace Drug Testing in Oral Fluid*, 2022, Disponible en

<http://www.ewdts.org/data/uploads/documents/2022-10-ewdts-guidelines-oral-fluid-v3.0-final.pdf> (visitada el 4 de abril de 2023).

SOCIEDAD EUROPEA DE TEST DE DROGAS EN EL TRABAJO, *European Guidelines for Workplace Drug Testing in Exhaled Breath*, 2022, Disponible en <http://www.ewdts.org/data/uploads/documents/2022-10-ewdts-guidelines-exhaled-breath-final.pdf> (visitada el 4 de abril de 2023).

SOCIEDAD EUROPEA DE TEST DE DROGAS EN EL TRABAJO, *European Guidelines for Workplace Drug and Alcohol Testing in Hair*, 2022, Disponible en <http://www.ewdts.org/data/uploads/documents/2022-10-ewdts-guidelines-hair-v2.0-final.pdf> (visitada el 4 de abril de 2023).

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *World Drug Report 2023*, United Nations Publication, 2023, disponible: <https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/world-drug-report-2023.html> (consultada el 10 de mayo de 2024).

UNITED STATES OF AMERICA, *Congressional Record. Proceedings and Debates of the 101st Congress Second Session. Volume 136- part 12. July 10, 1990 to July 18, 1990*, United States Government Office, Washington, 1990.

U.S. DEPARTMENT OF TRANSPORTATION, *DOT Office of Drug and Alcohol Policy and Compliance Notice*, (October 22, 2009), disponible: (consultada el 10 de mayo de 2023).

WORLD ANTI-DOPING AGENCY, *World Anti-Doping Code*, Montreal, 2021, disponible: https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/2021_wada_code.pdf (consultada el 10 de mayo de 2023).

WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Biological Monitoring of Chemical Exposure in the Workplace. Guidelines. Volume 1*, Geneva, 1996.