

Palavecino Cáceres, Claudio
LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN LABORAL FRENTE
A LOS ANÁLISIS GENÉTICOS
Revista de Derecho (Valdivia), vol. XVIII, núm. 2, diciembre, 2005, pp. 27-53
Universidad Austral de Chile
Valdivia, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173713783002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

 [Inicio Web Revistas](#)

 [Web Biblioteca](#)  [Contacto](#)

Bibliotecas UACH Sistema de Bibliotecas UACH Revistas UACH
Revistas Electrónicas UACH Sistema de Bibliotecas UACH Sistema de Bibliotecas UACH

 [Artículos](#)  [Búsqueda artículos](#)

[Tabla de contenido](#) [Anterior](#) [Próximo](#) [Autor](#) [Materia](#) [Búsqueda](#) [Inicio](#) [Lista](#)

Rev. derecho (Valdivia) v.18 n.2 Valdivia dic. 2005

Revista de Derecho Vol. XVIII - N° 2 - Diciembre 2005 Páginas 27-53

INVESTIGACIONES

LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN LABORAL FRENTE A LOS ANÁLISIS GENÉTICOS

Worker's privacy and the forbiddance of workplace discrimination regarding genetic tests

Claudio Palavecino Cáceres *

* Abogado. Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en los programas de postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, sede Concepción, Chile. Correo electrónico: claudio.palavecino@cl.edu.cl

Resumen

Este trabajo se ocupa de las exploraciones genéticas en el ámbito laboral. Desde la perspectiva de los derechos fundamentales del trabajador, el uso de los análisis genéticos resulta ambivalente: ofrece información relevante para la prevención de riesgos laborales, lo cual favorece la protección del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del trabajador; pero puede lesionar su derecho a la intimidad y su derecho a no ser discriminado.

garantías, se desbrozan algunas vías a través de las cuales se podría instrumentar esa protección y articulación de derechos, a partir de una relectura en clave de efectividad de los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico vigente.

ANÁLISIS GENÉTICOS - INTIMIDAD - DISCRIMINACIÓN

Abstract

This paper refers to genetic testing in the workplace. From the perspective of the worker's fundamental rights, genetic testing is debatable. It provides information that is relevant for the prevention of labour-related risks and thus contributes to the protection of the worker's rights to life and limb and mental health. However, genetic testing may violate the worker's rights of privacy and to non-discriminatory treatment. Also, it is necessary to assess the effects of genetic testing in the rights of other right-holders, like the employer and the State. Considering the lack of specific legislation on this matter in Chile, the author, building on the existing law on fundamental rights, proposes some ways of protecting and integrating these rights.

GENETIC TESTS - PRIVACY - DISCRIMINATION

1. INTRODUCCIÓN

"La marcha desde el árbol del conocimiento al árbol de la vida tiene algo de inquietante".¹ Junto a la promesa de beneficios indiscutibles, como la prevención, e incluso la cura, de enfermedades muy graves, las aplicaciones del conocimiento genético y de la biotecnología están generando un poder de intervención en lo humano cuya valoración resulta mucho más incierta. Se intuye, eso sí, que "no estamos ante meros descubrimientos biomédicos, sino ante una revolución del sistema de vida".^{2,3}

La capacidad de usar lo que sabemos sobre el funcionamiento de los genes da lugar a unos dilemas éticos, sociales y jurídicos inusitados y complejos. Por ejemplo, ¿es admisible excluir a una persona de un puesto de trabajo al conocer que padece una enfermedad genética o que posee factores genéticos que la predisponen a sufrirla? ¿Se le puede pedir que se someta a pruebas para averiguarlo?

Desde hace ya tiempo se desarrolla, en los mismos círculos científicos ligados a la investigación biológica y médica, un intenso e interesante debate ético y filosófico entorno a tales dilemas, el cual ha fructificado en una nueva disciplina: la bioética. Sin embargo, este proceso de reflexión no debe quedar monopolizado por aquellos círculos, ni debe tampoco empantanarse en una pura e interminable especulación teórica.⁴

Si, presumiblemente, todos nos veremos afectados de algún modo por las consecuencias prácticas de la genética y de la biotecnología, deberemos estar suficientemente informados para ser capaces de decidir hasta qué punto estos avances pueden mejorar o empeorar nuestras vidas: no podemos sentarnos simplemente como corderos pasivos o como víctimas.⁵ El debate debe trasladarse y comprometer a todos los actores sociales, porque -como dice Habermas- en una sociedad democrática

una articulación de las necesidades, según criterios del saber técnico, tan sólo puede quedar ratificada "en la conciencia de los actores políticos mismos". Los expertos no pueden sustituir en este acto de ratificación a aquéllos que tienen que salir fiadores con su vida entera de las nuevas interpretaciones de las necesidades sociales y de los medios que se acepten para la solución de las situaciones problemáticas.⁶

La socialización de las cuestiones que plantean la ciencia y la técnica genéticas vienen asimismo exigida por los primeros instrumentos jurídicos internacionales sobre genoma y

Por otra parte, el intercambio de ideas debe cristalizar prontamente en un conjunto de decisiones acerca de lo que es lícito y lo que no es lícito hacer,⁸ lo cual significa que estas cuestiones deben resolverse en el campo y con los instrumentos del Derecho.⁹

En lo que atañe al Derecho del Trabajo, la problemática se sitúa sobre todo en el campo de los análisis genéticos. Estos análisis ofrecen la posibilidad de detectar anomalías o alteraciones en los cromosomas y en los genes de un individuo, diagnosticar ciertas enfermedades asociadas a tales anomalías o advertir sobre la predisposición a desarrollarlas.

La información que arrojan estos tests es valiosa, pues permite prevenir determinados riesgos laborales, como el contacto con sustancias respecto de las cuales el trabajador pudiera resultar genéticamente hipersensible. Pero hay que considerar también que actualmente las empresas intentan obtener el máximo de información acerca de sus potenciales trabajadores, mediante pruebas físicas y psicológicas, con el fin de hacer una proyección sobre su futuro desempeño laboral. Pues bien, el empresario podría perfectamente concebir los análisis genéticos como un instrumento más para la selección de su personal, desde un punto de vista puramente económico y, de acuerdo a este criterio, discriminar entre los trabajadores "genéticamente rentables" y los que no lo son. Por su parte, el trabajador puede tener interés en someterse a pruebas genéticas, aunque manteniendo la confidencialidad de los datos obtenidos, sobre todo, si resulta ser uno de los perdedores en la "lotería genética", ante el peligro de ser discriminado por poseer uno o más genes dañados. Incluso podría preferir ignorar esta última circunstancia para no ver radicalmente alterada su autocomprensión y su plan de vida.

Esta tensión crítica entre intereses contrapuestos plantea una serie de interrogantes que el ordenamiento jurídico debe resolver. Como observa Romeo Casabona, se trata de decidir:

...quién, bajo qué circunstancias y con qué objetivos prefijados podrá realizar exámenes genéticos y, previamente, obtener muestras biológicas para su realización; quién tendrá acceso a la información resultante de los análisis realizados, a quién podrá comunicarse y bajo qué circunstancias de protección de la información y, en su caso, de las muestras biológicas deberán adoptarse; y, si llegara a producirse un conflicto con intereses de terceras personas o supraindividuales, en establecer criterios para resolverlos.¹⁰

Intentaré, pues, en adelante, explorar qué soluciones ofrece el Derecho chileno a estas preguntas. Dada la novedad de las mismas y la ausencia de regulación específica, la tarea supone una relectura de las normas vigentes. El enfoque, una vez más, es el de fortalecer la eficacia de los derechos constitucionales del trabajador al interior la empresa. De una parte, porque esta orientación se viene configurando desde hace un tiempo como un nuevo principio orientador de la legislación del trabajo y de la dogmática jurídica laboral chilena; y, enseguida, porque, de lo hasta ahora expuesto, aparece claro que la solicitud de pruebas genéticas al trabajador y el uso de la información que ellas ofrecen pueden llegar a comprometer gravemente su intimidad y su derecho a no ser discriminado.

2. LOS ANÁLISIS GENÉTICOS, SUS APLICACIONES E INTERÉS EN LAS RELACIONES DE TRABAJO

Desde hace tiempo se sabe que las alteraciones génicas (mutaciones) pueden causar enfermedades. Actualmente se conocen unos 1.100 genes humanos, cuyas mutaciones originan hasta 1.500 enfermedades diferentes.¹¹ Sin embargo, no toda mutación producirá necesariamente una enfermedad. Las consecuencias de las anomalías génicas varían desde un estado casi normal a enfermedades graves, según el tipo de gen, del tipo de alteración y de las condiciones del individuo.¹²

Se distingue entre enfermedades monogénicas, poligénicas y multifactoriales, según que la patología aparezca asociada a la mutación de un solo gen, de varios que actúan en forma conjunta, o bien, su aparición dependa de la acción combinada entre los genes y otros factores determinantes (tales como las condiciones medicambientales). La diaria o el grado de

Las enfermedades genéticas pueden o no ser hereditarias, vale decir, transmisibles de padres a hijos. En el caso de las transmisibles, se distingue entre enfermedades dominantes y recesivas, dependiendo de si basta heredar un gen alterado para desarrollar la enfermedad o se precise una pareja de genes mutados.

La información sobre las anomalías genéticas que pueda presentar una persona se obtiene a través de los análisis, pruebas, exámenes o tests genéticos. Hay varias posibilidades de uso de estos tests, para los efectos del tema tratado interesan las siguientes:

- a) Las "pruebas de diagnóstico" se utilizan para identificar o confirmar el diagnóstico de una enfermedad o un trastorno en una persona o una familia. Las pruebas de diagnóstico en la mayoría de los casos dan una respuesta positiva o negativa. En algunos casos sirven para determinar la evolución de una enfermedad o la elección de un tratamiento.
- b) Las pruebas genéticas se utilizan habitualmente para "detectar portadores sanos de genes recesivos". Como el efecto de los genes recesivos es disminuir una función genética, no surten necesariamente un efecto dañino; producen daño de modo condicionado, es decir, sólo cuando ambas copias del gen están alteradas, cosa que, afortunadamente, sucede pocas veces.¹³
- c) Los análisis genéticos también sirven como "análisis presintomáticos", en el caso de las enfermedades monogénicas dominantes. Su causa puede ser un único gen patógeno presente en cualquier cromosoma, con independencia del sexo del individuo, por ejemplo, la corea de Huntington.¹⁴ La presencia del gen dominante provoca la enfermedad de manera inevitable, de manera que una prueba genética positiva significa que la probabilidad de padecer la enfermedad es casi del 100%, aunque el momento del comienzo no se pueda predecir.
- d) Los análisis genéticos se emplean, además, como "análisis predictivos", en el caso de las enfermedades multifactoriales, como los cánceres.¹⁵
- e) Finalmente, cabe advertir que, además de genes patógenos, existen también genes protectores, que otorgan resistencia a una enfermedad particular; dos ejemplos típicos son HLA-DR2 (diabetes juvenil) y HLA-B53 (malaria). De modo que las pruebas genéticas pueden también detectar una "mayor resistencia del portador a determinados agentes patógenos".

En cualquier caso, conviene tener presente que estos análisis se basan en:

la correlación y no en la causalidad, asentada en la premisa de que no es siempre cierto que un gen o anomalía provoquen una enfermedad, sino que existen ciertas secuencias de material genético que normalmente se encuentran en quienes padecen una enfermedad particular, considerando que este tipo de secuencias pueden ser utilizadas como señas para identificar los grupos de riesgo.¹⁶

¿Cómo se obtienen en la práctica estos datos? Con Suzuki y Knudtson¹⁷, podemos decir que existen dos técnicas básicas:

La primera consiste en el "análisis boquímico de sustancias" existentes en el cuerpo, que descubren de manera indirecta la presencia de una alteración genética.

La segunda vía exige el "examen directo del ADN cromosómico" de las células somáticas. Se pueden así detectar desde grandes anomalías cromosómicas a diferencias mínimas en la secuencia de ADN. Esta segunda estrategia hace uso de las tecnologías más nuevas, como la clonación.

En el ámbito laboral podemos distinguir, atendiendo a la finalidad perseguida, dos clases de

1) "Pruebas de sondeo genético", destinadas a identificar individuos que parecen presentar una gran susceptibilidad a ciertos riesgos laborales (contaminantes del aire, radiaciones nucleares, sustancias químicas industriales u otros agentes medioambientales), a fin de asistir a los gerentes a la hora de adoptar decisiones acerca de la contratación y la colocación de empleados.¹⁸

2) "Pruebas de control genético". Frente a los anteriores, estos tests no están diseñados para identificar genotipos de trabajadores individuales, sino para detectar posibles daños causados a las moléculas genéticas de trabajadores, por haber en la empresa ciertos productos químicos, radiaciones ionizantes u otros mutágenos ambientales. Algunos tests de control genético analizan directamente los cromosomas de los empleados, a fin de hallar anomalías laborales. Otros se valen de animales de laboratorio (expuestos deliberadamente a sustancias presentes en los lugares de trabajo y, potencialmente, peligrosas), que sirven así para prevenir riesgos futuros de la salud humana.¹⁹

Las pruebas genéticas eran inusuales hasta tiempos muy recientes. Conspiraba contra su empleo más generalizado el hecho de ser un método de diagnóstico altamente sofisticado, que requería de insumos químicos y radiactivos de alto costo y que debía ser manejado por un personal técnico especializado y muy experimentado.

Pero la situación cambia en forma veloz y quien, aherrojado a aquel primer estadio de las pruebas genéticas y, por ende, desatento su devenir más inmediato, piense que el tema propuesto no es más que una demostración de esnobismo intelectual, sin relevancia práctica en nuestro medio, se equivoca rotundamente.

La tecnología se ha ido perfeccionando y haciéndose más familiar y ahora existen en el mercado varios equipos manuales, que permiten al técnico de laboratorio extraer y analizar el ADN de forma relativamente simple y rápida. En el futuro próximo, existirán sistemas automatizados de extracción y análisis de ADN que requieran muy poca aportación manual.²⁰

Por otra parte, avances informáticos como los llamados "biochips" o "microarrays" permiten a los científicos analizar de una manera extraordinariamente rápida una cantidad ingente de datos acerca de diferencias genéticas humanas y buscar asociaciones estadísticas posibles con la salud y la enfermedad. "La posibilidad de monitorizar abundantemente información genética en paralelo reduce tanto el tiempo empleado como el costo por análisis".²¹ Por tanto, tendremos mayor probabilidad de someternos a análisis genéticos a lo largo de nuestra vida, y los laboratorios incrementarán su oferta de servicios y productos no sólo a los médicos especialistas, sino también a los médicos generales y directamente al público.²²

El interés de los empresarios en la realización de estas pruebas resulta casi obvio y deriva de la propia ratio essendi de la condición empresarial: disminuir costos e incrementar beneficios. Desde esta óptica, un empleador podría considerar que los trabajadores (actuales o potenciales) con datos genéticos que anticipan futuras enfermedades o incapacidades son más caros y por ello menos idóneos para el trabajo al que aspiran o que actualmente realizan.²³ Podría también seleccionar a sus futuros empleados conforme a un baremo de adecuación, asignando a cada cual la función más acorde con sus características genotípicas, optimizando de este modo la organización y la marcha de la empresa. El conocimiento del genotipo de sus trabajadores puede resultar hasta exigido, desde la obligación de protección de la vida y la salud de los trabajadores y de la prevención de los riesgos laborales, impuesta por la legislación al empleador.²⁴

Tampoco puede descartarse, sin más, la posibilidad de que el propio trabajador pudiese tener interés en someterse a pruebas genéticas, para

orientar su futuro profesional de acuerdo con sus aptitudes físicas o psíquicas,

información genética disponible ofrece perfiles favorables para su contratación, ascenso, movilidad o permanencia respecto a un puesto de trabajo determinado.²⁵

Finalmente, las pruebas genéticas pueden usarse para determinar las causas de un daño que haya sufrido un trabajador por los materiales que emplea en el trabajo y en tal sentido pueden configurar un poderoso medio probatorio para acreditar ante los tribunales su pretensión indemnizatoria.²⁶

3. EL PRIMER MARCO ORIENTADOR: LA DIGNIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA HUMANA

"La "marcha triunfal" de la técnica deja tras sí una ancha estela de símbolos destruidos".²⁷ Este es un dato ineludible. Sin embargo, existen unos cuantos símbolos básicos que tal vez sea necesario salvar de aquella marcha arrolladora. Lo anterior es válido para el caso de que se quiera preservar lo que Habermas llama "la autocomprepción práctica de la modernidad". Las nociones de dignidad de la persona humana²⁸ y de los derechos que le son inherentes forman parte esencial de esa autocomprepción.

Síntoma inequívoco de la voluntad de las naciones civilizadas de salvaguardar estos valores frente a los progresos científicos y técnicos, en el campo de la biología y la genética, lo constituye el hecho de que hayan establecido ya unos principios, unos primeros lineamientos, con la intención de que estos progresos respeten la dignidad y los derechos de la persona humana.

Un primer hito en tal sentido es el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997. En lo que aquí interesa, el Convenio prohíbe "toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético" (art. 11) y establece que "sólo 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 susceptibilidad genética a una enfermedad, con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado" (art. 12).

De un alcance más vasto es la Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 11 de noviembre de 1997, adoptada y hecha suya por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1998. Esta declaración señala que "cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características" (art. 2º a). A lo cual agrega que "esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete el carácter único de cada uno y su diversidad" (art. 2º b). Como corolario de lo anterior "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" (art. 6º). El art. 5º establece el derecho al consentimiento informado (b) y a la autodeterminación informativa (c), y el art. 7º la confidencialidad de los datos genéticos referidos a un individuo identificable.

La CPR reconoce a la persona humana, su dignidad y los derechos que le son inherentes como valores prioritarios del orden jurídico y de la convivencia social, considerándolos bases de la institucionalidad y límite de la soberanía (arts. 1º y 5º, inc. 2º, CPR).²⁹ A los derechos fundamentales los ha dotado, además, de eficacia normativa vertical y horizontal.³⁰

Recientemente, el legislador ha sentido la necesidad de explicitar la vigencia de estos valores en la sede laboral, señalando que "las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona" (art. 2º, inc. 2º CT).³¹ Tiempo atrás había explicitado también la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones laborales, señalando que "el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores,

4. INTIMIDAD Y PRUEBAS GENÉTICAS

Los análisis genéticos permiten acceder a los datos biológicos más profundos y secretos de un individuo humano; es evidente, pues, que su uso invade la intimidad, esazona -un tanto indefinida- de nuestro ser que, en circunstancias normales, todos deseamos reservar para nosotros mismos y mantener alejada de la intromisión o del conocimiento ajenos.

Ahora bien, la delimitación conceptual de la intimidad es una tarea compleja. De una parte, porque son múltiples perspectivas desde las cuales es posible abordarla (ética, filosófica, jurídica, antropológica, histórica, sociológica, etc.) y, de otra, porque confluyen hacia aquélla otros conceptos muy relacionados, como autonomía, libertad e identidad.³³

Para algunos autores,³⁴ la intimidad es tridimensional y en consecuencia distinguen entre intimidad decisoria, intimidad física o corporal e intimidad de la información. Esta distinción es funcional a los problemas a que dan lugar las pruebas genéticas en el mundo del trabajo, los cuales dicen relación con la posibilidad de acceso a las muestras biológicas del trabajador y a los datos obtenidos producto de su análisis.

Además, el enfoque tridimensional se acomoda mejor al hecho que la intimidad aparece dispersa en el sistema de garantías de la Constitución chilena. En efecto, la Carta Fundamental no se refiere explícitamente a la "intimidad", sin embargo, veremos enseguida que el bien jurídico está protegido en sus diversos aspectos por sendas garantías constitucionales.³⁵

4.1. *La intimidad decisoria y la intimidad corporal en la Constitución chilena*

La Constitución chilena reconoce a la intimidad decisoria como valor o principio base de la institucionalidad (art. 1º, inc. 1º, CPR). En efecto, cuando el art. 1º CPR declara que "*las personas nacen libres...*" no hace un enunciado puramente eufónico, ni una constatación histórica o sociológica, sino que establece un estándar de conducta según el cual toda persona *debe ser tratada como agente moral responsable de sus propias decisiones y, por ende, como titular de un espacio de decisión y de actuación en que no caben intromisiones de carácter externo.*³⁶

Sin perjuicio de lo anterior, es dudoso que la intimidad decisoria esté configurada como derecho constitucional. Y al carecer del estatus de derecho constitucional, los actos que la vulneran, suscitados entre privados, sólo generarán "las responsabilidades y sanciones que determine la ley" (art. 6º, inc. final, CPR). La vinculación de los particulares al principio de autodeterminación en nuestro ordenamiento jurídico no es, por tanto, una consecuencia inmediatamente aplicable ex Constitutione, sino que requiere para su operatividad de una intervención previa del legislador, encargado de concretar el alcance del principio en cada uno de los ámbitos o escenarios regidos por el derecho privado.

Con todo, sería posible reconducir por vía interpretativa la noción autonomía individual hacia la garantía constitucional de la vida privada (art. 19 N° 4º CPR) y, de ese modo, hacer accesible a aquel bien jurídico la tutela de la acción constitucional de protección (art. 20 CPR).³⁷

La intimidad corporal, en cambio, sí recibe tutela directa de la Constitución, toda vez que su sistema de garantías asegura a todas las personas "la integridad física" (art. 19 N° 1 CPR) y "el derecho a la libertad personal" (art. 19 N° 7º CPR). La Constitución protege, pues, el sustrato físico de aquella autonomía, el cuerpo de la persona, frente a acciones externas, no consentidas e ilegítimas, que pudieran causar su destrucción o su menoscabo y protege, asimismo, el ejercicio de decisiones que pueda adoptar la persona sobre su propio cuerpo en relación la posibilidades de desplazamiento en el espacio físico.

4.1.1. *La intimidad corporal e intimidad decisoria ante las pruebas genéticas:*

Llevado al ámbito de los análisis genéticos, estos dos ámbitos del derecho a la intimidad significan que el individuo es libre tanto para realizar pruebas dirigidas a conocer su genotipo (libertad para saber) como para negarse a las mismas (libertad para no saber).³⁸ La primera consecuencia que podemos extraer de este principio es que el acceso a las muestras biológicas necesarias y el estudio genético de esas muestras no podrán ser efectuados jamás por la fuerza o ignorándolo el afectado.

La segunda consecuencia es la exclusión de una prohibición general de los análisis genéticos.

Es cierto que el uso de tests genéticos tiene un gran potencial liberticida y que es posible -incluso muy probable- que el trabajador no desee correr el riesgo de ver afectados sus derechos y -lo que es todavía más importante- su autocomprendión y su plan de vida, como consecuencia del conocimiento que aquellos pudieran ofrecerle acerca de su "programa genético".³⁹

Sin embargo, semejante consideración no basta para que el Estado decida por aquél y opte por una prohibición radical del uso de las pruebas genéticas. Hay que considerar como un dato decisivo que el reconocimiento de la autonomía significa concebir a la persona como agente moral responsable de sus propias decisiones, y que, "cuanto más fundamental sea y mayor alcance tenga una determinada decisión sobre la vida de un individuo, más sustancial es el interés de éste por disfrutar de autodeterminación para tomarla".⁴⁰

Por consiguiente, la decisión acerca de someterse o no a una prueba genética debería depender siempre de la voluntad del sujeto cuyo genotipo se pretende explorar, en este caso, del trabajador y no de otros sujetos, como pudieran ser el empleador, el médico o el Estado.

El principio de autonomía lo encontramos inequívocamente reconocido en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO de 1997 que exige "el consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada" para cualquier tipo de intervención sobre el genoma humano, ya sea de investigación, diagnóstico o tratamiento (art. 5º b DUGH).

4.1.2. Límites

El art. 9 de la DUGH señala que la legislación podrá limitar el principio del consentimiento "para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales".

¿Podría, pues, la ley ordenar la realización de análisis genéticos en el trabajo? Tratándose de la incorporación a labores que comporten inevitablemente un riesgo significativo para la salud, por la exposición a determinadas sustancias peligrosas, labores cuya existencia nuestro ordenamiento jurídico tolera por razones de utilidad pública,⁴¹ considero que podría establecerse, de manera excepcional, la obligatoriedad de pruebas genéticas específicas; en la medida, claro está, que éstas puedan establecer de manera fiable la susceptibilidad anormal del trabajador ante la acción dañina de ciertos factores ambientales presentes en aquellas labores o diagnosticar una enfermedad que pudiera agravarse en un determinado entorno laboral.

Evidentemente, la obligatoriedad a que me refiero no debe ser entendida jamás como coercibilidad, ya que en ningún caso justificaría practicar los análisis a la fuerza (quiero decir, *manu militari*) o ignorándolo el trabajador. Semejante actuación sería por completo contraria a la dignidad de la persona y al derecho a la intimidad y, por tanto, inaceptable y atacable jurídicamente. La obligatoriedad a que me refiero no elimina, por tanto, la necesidad del consentimiento previo, libre e informado del trabajador, sino que solamente legitima directamente ex lege la decisión de no contratar al trabajador insumiso o, en su caso, al trabajador que los análisis definieran como genéticamente hipersensible, sin que ninguno de ellos pudiera promover, con éxito, a partir de la negativa empresarial, una cuestión de violación de la intimidad o de discriminación ante los tribunales; de otra parte,

que, habiéndolo hecho, resultara ser genéticamente susceptible. Como observa Dulbecco, "en este caso la violación de la intimidad sería muy limitada; además, incluso si se confirmara la susceptibilidad, eso no disminuiría en absoluto su posibilidad de empleo en otras empresas".⁴²

Esta opción político-legislativa tiene un antecedente legal en el inciso primero del art. 187 CT, según el cual "no podrá exigirse ni admitirse el desempeño de un trabajador en faenas calificadas como superiores a sus fuerzas o que pueda comprometer su salud o seguridad", y en el art. 186 CT, que prescribe que para trabajar en las industrias o faenas peligrosas o insalubres, "los trabajadores necesitarán un certificado médico de aptitud" y encontraría cobertura constitucional en el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (art. 19 N° 1º CPR).

La ley también podría prescribir obligatoriamente pruebas genéticas para aquellos oficios en los cuales el padecimiento de una enfermedad o la predisposición a contraerla plantea una verdadera amenaza para terceros.

Pero el problema más acuciante consiste en determinar si la libertad decisoria se puede limitar por actos jurídicos inferiores a la ley, de origen privado. En el ámbito laboral se trata de determinar si es o no es lícito que el empleador pueda supeditar el acceso, la promoción, la movilidad o incluso la permanencia en el empleo del trabajador a que éste acepte someterse a un análisis genético.

Mirado el asunto desde una perspectiva meramente formal, se podría argüir que un condicionamiento de esa clase respeta el principio de autonomía, por cuanto el trabajador puede siempre optar entre hacerse la prueba o no. Bastaría con que la voluntad estuviese exenta de los tradicionales vicios del consentimiento, tipificados en el Código Civil: error, fuerza y dolo.

Sin embargo, la consideración previa por parte del trabajador del riesgo de frustración de sus expectativas laborales que conlleva su eventual negativa -ya que lo predecible será que el empleador desconfíe de él y lo descarte de plano- sería, en opinión de algunos, tan determinante de una decisión afirmativa, que coartaría en buena medida la libertad de la acción. Partiendo de esta premisa, una segunda manera de responder a la pregunta planteada sería

sostener que las pruebas genéticas no deben ser tenidas en cuenta como un mérito más de acceso a un trabajo, de tal modo que ningún empleado deba verse, de hecho, obligado a ser analizado genéticamente de modo previo a su incorporación a un puesto de trabajo o durante su permanencia en él.⁴³

En consonancia con lo cual habría que "plantearse la existencia de un "derecho a no saber", a negarse a la realización de los sondeos sin que ello repercuta de modo negativo sobre cualquier expectativa o situación".⁴⁴

En nuestro ordenamiento jurídico se ha optado por esta vía respecto de los tests de embarazo (art. 194 CT inc. final) y de las pruebas de detección del VIH (art. 7º de la Ley 19.779), pero no existe previsión normativa para los análisis genéticos.

Por tanto, un empleador podría exigir a los interesados en su oferta de trabajo o de promoción o movilidad que se sometan a una exploración genética y descartar de plano al que se negase. Sólo la permanencia en el empleo no podría quedar sujeta a semejante condición por la razón obvia de que la negativa del trabajador a una exploración genética no está tipificada legalmente como causal de cesación. En los demás casos, la decisión del empleador quedaría perfectamente encuadrada dentro de una práctica empresarial más amplia, en pleno auge y hasta ahora incuestionada, que intenta obtener, mediante pruebas físicas y psicológicas, la máxima información posible sobre el trabajador⁴⁵ e, inclusive, amparada constitucionalmente por la libertad de empresa y y por la libertad de contratación laboral (art. 19 N° 21 y N° 16, inc. 2º, CPR).⁴⁶

de asegurar la inocuidad del derecho a no saber, se halla una opción intermedia, aunque de *lege ferenda*. Consiste en aceptar que el empleador pueda exigir un test genético como requisito de su oferta de acceso, promoción o movilidad en el empleo, pero garantizando al trabajador que pueda sopesar con el máximo de antecedentes el costo/beneficio de su decisión.

Para ello, el consentimiento no sólo ha de ser válido -en el sentido del Derecho Civil-, sino plenamente informado sobre los concretos propósitos perseguidos por la pretensión empresarial.⁴⁷ Además, debe ser un consentimiento informado en el sentido que lo prescribe la ética médica para las exploraciones diagnósticas.⁴⁸

Enseguida aparece la necesidad de que las pruebas sean realizadas por organismos técnicos que, por una parte, garanticen la fiabilidad de los tests y sean capaces de hacer una interpretación correcta de la información obtenida y, por otra, ofrezcan las salvaguardas éticas tradicionales desarrolladas en la relación médico-paciente.

4.2. La intimidad informativa en la Constitución chilena

La Constitución Política asegura a todas las personas, "el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia" (art. 19 N° 4°, inc. 1°, CPR). Como puede verse, la Carta Fundamental no se refiere explícitamente en este artículo a la intimidad informativa; sin embargo, no parece discutible que el concepto empleado en su lugar, "vida privada", entendido como "privacidad", resulta -si no idéntico a- cuando menos comprensivo de aquella noción y que, por tanto, la Constitución garantiza también en esta norma "el respeto y protección" de la intimidad informativa⁴⁹.

4.2.1. Intimidad genética y confidencialidad de los datos genéticos

Mientras el respeto y la protección de la intimidad física y decisoria se satisface con el aseguramiento del consentimiento previo, libre e informado, el otro ámbito de la intimidad que dice relación con los datos genéticos obtenidos exige establecer unos resguardos adicionales. Se trata, pues, de proteger al trabajador contra la revelación ilícita de los datos relativos a su constitución, predisposiciones y/o padecimientos genéticos. En cualquier caso, también a este nivel "el consentimiento -como expresión de la autonomía individual- se erige como el eje en torno al cual ha de girar todo marco protector".⁵⁰ Y es que como señala Dworkin:

sean cuales sean los límites que la comunidad decida que es posible y deseable poner al acceso por parte de terceros a esa información, los pacientes adultos deben tener la posibilidad de apreciar por sí mismos el riesgo de cualquier peligro existente.⁵¹

La citada Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos señala que "se deberá proteger en las condiciones estipuladas por ley la confidencialidad de los datos genéticos asociados con una persona identificable..." (art. 7° DUGH).

4.2.2. Límites

La autonomía que se reconoce todo individuo racional y, en cuanto tal, al trabajador, trae como consecuencia admitir que éste pueda autorizar intromisiones en su intimidad, incluso de gran calibre. De manera que la limitación típica del derecho a la intimidad genética vendrá dada por el consentimiento del afectado.⁵²

Pero, además, el art. 9 DUGH admite que se pueden establecer "limitaciones a los principios del consentimiento y de la confidencialidad si están previstas por la ley, por razones imperiosas y dentro de los límites del Derecho Internacional Público y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos".

4.2.3. Garantías

pruebas genéticas se mantenga circunscrita al ámbito de la salud, ya que el Código Sanitario establece que los "...análisis o exámenes de laboratorios clínicos y servicios relacionados con la salud son reservados. Sólo podrá revelarse su contenido o darse copia de ellos con el consentimiento expreso del paciente, otorgado por escrito" (art. 127, inc. 2º, CS).

Por consiguiente, una vez obtenidos los resultados de las pruebas, éstos deben ser puestos por la persona o la institución que las haya practicado "a disposición" del trabajador de manera directa y exclusiva, puesto que es el único que puede liberarlas de su obligación de confidencialidad. En este momento el trabajador recupera su originario "derecho a no saber"⁵³, ya que

la información de que se trate puede alterar su desarrollo vital, desde el momento en que podría hacerle enfrentarse a una predicción sobre cuya materialización futura nada pueden hacer ni él ni la ciencia [...] resolviendo el dilema a través de la decisión de asumir el riesgo de preservar ocultos incluso para él los datos genéticos.⁵⁴

Sea que el trabajador tome conocimiento de los resultados de las pruebas, o bien, que prefiera ejercer su derecho a la ignorancia, debe requerirse de nuevo su asentimiento expreso y por escrito antes de comunicar al empleador tales resultados, sin que pueda presumirse tal asentimiento de la circunstancia de haber aceptado inicialmente someterse a las pruebas. La norma del Código Sanitario es clara al respecto.

Y en el caso de que el trabajador acepte que se comunique al empleador del resultado de los análisis genéticos, ¿cuál debe ser el contenido de esa comunicación? Como se vio, el art. 127 CS permite revelar el contenido de los análisis y hasta dar copia de ellos, si bien con el consentimiento expreso y por escrito del paciente. Será, pues, el propio trabajador quien determine la extensión de lo que pueda llegar a conocimiento del empleador. El empleador, por su parte, está también sujeto por una obligación de confidencialidad en virtud de la cual debe "mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral" (art. 154 bis CT).

Los análisis deberían ser realizados por organismos que reúnan un alto nivel técnico con el carácter de instituciones médicas o de salud, atendiendo, entre otras razones, a que conviene mantener los resguardos éticos propios de la profesión: consentimiento informado, confidencialidad, etc. Así viene sucediendo en los hechos.

Sin embargo, en la medida en que los tests genéticos se simplifiquen desde un punto de vista técnico y su aplicación se torne masiva, es muy posible que la relación médico-paciente se desvanezca y, junto con ella, los resguardos tradicionales que amparan dicha relación.⁵⁵

Por otra parte, la obligación legal de confidencialidad del empleador sólo está referida a relaciones laborales ya constituidas⁵⁶ quedando fuera de su ámbito de protección la información obtenida de candidatos al empleo finalmente descartados.

Habida cuenta de lo anterior y considerando, además, que sólo la persona o la institución a la que se le da la información en una relación confidencial puede ser acusada de violar el derecho de la confidencialidad⁵⁷, acaso sea conveniente, *de lege ferenda*, reconocer respecto de los datos genéticos una obligación específica de confidencialidad.

Otra cuestión digna de atención dice relación con la protección de la intimidad genética frente al tratamiento de datos personales en registros o bancos de información.

Si bien el respeto y protección de la intimidad se configura primigeniamente como un derecho de defensa frente a las intromisiones o injerencias de los demás, se puede observar en el derecho comparado una evolución hacia "posiciones más activas en el ejercicio del derecho, pero sin perder su fisonomía anterior".⁵⁸ Dice al efecto el español Pérez Luño que

en nuestra época resulta insuficiente concebir la intimidad como un derecho garantista (estatus negativo) de defensa frente a cualquier invasión indebida de la esfera privada,

Parece razonable reconocer al sujeto analizado la titularidad exclusiva sobre los datos personalísimos relativos a su genoma individual. Esta titularidad no se configuraría propiamente como una relación dominical, sino más bien como un "derecho a la autodeterminación informativa". Este derecho significa que toda decisión acerca de la difusión de informaciones referentes a la propia vida hacia terceros pertenece exclusiva y excluyentemente a su titular.

En el ámbito del tratamiento de datos personales el ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa "supone tanto como conocer los bancos de información, poder acceder a los mismos, controlar su existencia y veracidad (...) y en fin (...) disponer o autorizar la transmisión de lo conocido".⁶⁰

El tratamiento de datos personales ha sido regulado en Chile por la Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada⁶¹, que, a mi modo de ver, contiene un conjunto de garantías que perfilan el derecho a la autodeterminación informativa en los términos descritos. Aun cuando no se trata de una regulación específica de registros genéticos, es posible subsumir los datos genéticos dentro de lo que la ley denomina y define como "datos sensibles"⁶², y que, en cuanto tales, no pueden ser objeto de tratamiento,⁶³ "salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares" (art. 10). Si el titular acepta que su información genética sea objeto de tratamiento, cosa que deberá hacer expresamente y por escrito (art. 4º), queda amparado por los derechos que le confiere la ley en cuanto titular de datos personales.⁶⁴

5. LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN LABORAL. EL USO DE LA INFORMACIÓN GENÉTICA PARA PREVENIR EL DAÑO Y COMO PARÁMETRO DE LA CAPACIDAD O IDONEIDAD PERSONAL. CONFLICTO CON LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

El uso de los análisis genéticos tiene una virtualidad pluriofensiva de derechos que no se agota con las posibilidades explicadas hasta ahora. Antes al contrario, esa lesividad potencial alcanza su nivel más perturbador al ser proyectada en relación con el derecho a la no discriminación. Y es que existe el peligro de que la aplicación masiva de estas pruebas conduzca a una moderna división de la humanidad en castas, en virtud de la cual se distinga entre trabajadores genéticamente resistentes -los cuales, desde el punto de vista económico, pasarían a ser "los rentables"- y trabajadores genéticamente frágiles,"los no rentables". Estos últimos, los que tuvieron mala suerte en la "lotería natural", se transformarían en una suerte de parias del mundo del trabajo, por causa de unas características impresas de modo indeleble en su ser por el azar genético y que, por ende, escapan totalmente de su deseo y control.

Acaso la consideración de este sombrío panorama haya determinado que el principio de no discriminación aparezca como un motivo central de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano desde su Preámbulo hasta el último artículo. Esta declaración señala que "cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características" (art. 2º a). Agrega que "esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete el carácter único de cada uno y su diversidad" (art. 2º b). Como corolario de lo anterior, señala que "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" (art. 6º).

5.1. Igualdad y prohibición de la discriminación en la Constitución

Nuestra Constitución reconoce la igualdad bajo diferentes formas y con distintos contenidos: como valor o principio general base de la institucionalidad (art. 1º, inc. 1º, CPR); como principio promocional de la igualdad material, asimismo, base de la institucionalidad (art. 1º, inc. 2º, CPR); como principio fundamental de la institucionalidad (art. 1º, inc. 3º, CPR).

específico de los trabajadores a través de la prohibición de discriminación laboral, sin sujeto pasivo calificado (art. 19 N° 16, inciso tercero, CPR).

La prohibición de discriminación establecida en el inciso segundo del art. 19 N° 2º CPR fue concebida por el Constituyente como una manifestación o especificación de la igualdad ante la ley, sin que, por tanto, venga dotada ex origine de un contenido propio como disposición diferenciada y autónoma. Por su parte, y determinadas por este dato histórico, tanto la jurisprudencia de los tribunales como la doctrina científica chilena, vienen considerando el art. 19 N° 2 de la CPR como un bloque unitario, entendiendo que el precepto contenido en el inciso segundo prohíbe la discriminación en un sentido muy amplio, el cual incluye cualquier desigualdad no razonable.⁶⁵

La Constitución señala, dentro de las garantías específicamente laborales, que "se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para ciertos casos" (art. 19 N° 16º, inc. 3º, CPR). La prohibición de discriminación laboral fue concebida en los mismos términos amplios de la y, por tanto, como mera concreción del principio de igualdad.

En mi opinión, esta prohibición está conectada sistemáticamente con las garantías que inmediatamente le anteceden en el texto constitucional, esto es: "el derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo" (art. 19 N° 16º, inc. 2º, CPR)⁶⁶. De una parte, vendría a operar como límite a la libertad de contratación laboral, ya que la Carta Fundamental enuncia los únicos criterios de diferenciación admisibles o legítimos a través de los cuales el empleador debe seleccionar a sus colaboradores, a saber: capacidad e idoneidad. Pero, además, al deslegitimar y tornar antijurídica la consideración de motivos no razonables, vale decir, de motivos que no tengan relación directa con las exigencias que impone la naturaleza de la prestación de servicios que se contrata, la prohibición de discriminación refuerza simultáneamente el derecho a la libre elección del trabajo por parte del trabajador, el cual debería poder competir por el acceso al empleo de su preferencia confiado únicamente de sus méritos y talentos personales, ya que la norma constitucional prohíbe al empleador tener en cuenta su origen, sexo o cualquier otra circunstancia social o personal susceptible de establecer diferencias injustas.

5.2. *Límites*

Los límites de la prohibición de discriminación laboral vienen dados por la propia Constitución al enunciar los criterios de diferenciación admisibles o legítimos. De acuerdo a su significación lexicológica, los términos capacidad e idoneidad son intercambiables y, sin embargo, según parece desprenderse de las actas de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, el Constituyente quiso establecer un matiz entre ambos. La expresión "capacidad" aludiría a las habilidades, destrezas o conocimientos específicos de que "dispone" el sujeto para el buen desempeño de una función o trabajo concretos; en tanto que el término "idoneidad" tendría un contenido más amplio, en cuanto comprende la capacidad, pero además ciertas cualidades intrínsecas, quiero decir, ciertas formas o maneras de ser de una persona -por ejemplo: inteligencia, tipo de personalidad ("condiciones morales", en palabras de los comisionados)-, cuyo conocimiento coadyuva a elaborar la predicción sobre su futuro desempeño laboral.⁶⁷

Este dato histórico permite sostener que la norma constitucional autoriza, a la hora de adoptar una decisión sobre acceso, promoción o movilidad en el empleo, no sólo tener en cuenta los méritos del trabajador, entendidos como "merecimientos", esto es, como el fruto o consecuencia de sus decisiones y esfuerzos personales, sino también la consideración de unos factores completamente inmerecidos y no buscados por él, entre los cuales cabe considerar sus características genéticas.

Por otra parte, la prohibición de discriminación laboral ha sido desarrollada en el CT, aunque con una técnica diferente a la utilizada en el texto constitucional. El legislador ha tipificado las categorías de diferenciación ilegítimas y ha definido como actos de discriminación las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en aquellas categorías (vid. art. 2º, inc. 3º,

En el ámbito legal, debemos recordar la ya citada disposición del art. 187 CT, de acuerdo con la cual "no podrá exigirse ni admitirse el desempeño de un trabajador en faenas calificadas como superiores a sus fuerzas o que puedan comprometer su salud". El CT señala, además, que, para trabajar en las industrias o faenas peligrosas o insalubres, "los trabajadores necesitarán un certificado médico de aptitud" (arts. 185-186 CT) y que "los menores de veintiún años no podrán ser contratados para trabajos mineros subterráneos sin someterse a un examen de aptitud" (art. 14, inc. 2º, CT). Estas normas parecen que refuerzan la interpretación sugerida en el párrafo anterior. De una parte, porque autorizan al empleador para sondear la salud o condiciones físicas de los postulantes a determinados empleos. Pero, sobre todo, porque legitiman -y aún parece que prescriben- la decisión de no contratar, en caso de que tales exploraciones develaran un estado de salud o condiciones físicas incompatibles con las labores de que se trata.⁶⁹

Ahora bien, me parece que los exámenes a que se refieren todas las normas precitadas tienen por objeto determinar una "aptitud" que nada tiene que ver con la capacidad e idoneidad del trabajador para el empleo, consideradas desde el punto de vista empresarial. Vale decir, la posibilidad que admite el ordenamiento jurídico laboral de sondear la salud de los trabajadores no tiene como propósito ofrecer al empleador unos parámetros de selección del personal con miras a la optimización de sus "recursos humanos". Las normas que prescriben exámenes de aptitud tienen como única ratio legis, la prevención del daño del trabajador; y, solo en cuanto persiguen este fin, tienen cobertura constitucional desde el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (art. 19 N° 1º CPR).

¿El empleador podría descartar a un trabajador cuya información genética advirtiera acerca de una latente inadecuación física o psíquica para la labor de que se trata?⁷⁰ Si, como quedó dicho, de las normas precitadas no se puede colegir una autorización de uso de las pruebas genéticas para la selección de personal conforme a criterios puramente económicos, lo cierto es que dichas normas tampoco excluyen tal uso. Al menos no lo excluyen en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas donde, como bien se sabe, puede hacerse todo cuanto no esté expresamente prohibido. Por tanto, la respuesta a la cuestión de si el diagnóstico genético puede usarse lícitamente fuera del ámbito de aplicación de las normas sobre protección a los trabajadores y prevención de riesgos profesionales dependerá del alcance que demos a la prohibición de discriminación laboral.

La respuesta a la interrogante planteada dependerá de que estemos dispuestos a aceptar que el genotipo de una persona puede fundar legítimamente un juicio acerca de su idoneidad o capacidad para el trabajo, pues en tal caso la decisión empresarial quedará encuadrada dentro de los criterios constitucionalmente admisibles y no será contraria a la prohibición de discriminación. Puede sostenerse razonablemente que no sería discriminatoria la consideración de las carencias (o, en su caso, de los talentos) naturales cuando tienen relación directa con las exigencias del trabajo. Este juicio se basa en la premisa de que las desigualdades naturales estarían fuera de la prohibición de discriminación, ya que esta interdicción operaría sólo entre personas de talentos y capacidades similares. Esta fue, creo yo, la idea del Constituyente, según se desprende de la historia fidedigna del texto constitucional.

Pero resulta contrario a la igualdad de oportunidades que algunos se vean excluidos de puestos de trabajo por causa de factores sobre los que no tienen control, que no son producto de sus decisiones.⁷¹ Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que es al Estado, y no a los privados, a quien la Constitución impone el deber de "asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional" (art. 1º, inc. final, CPR). La igualdad de oportunidades no es, pues,ponible jurídicamente al empleador particular -al menos *ex Constitutione*- y, por ende, no constituye un límite para la libre contratación de trabajo.

6. REFLEXIONES FINALES

éste pueda autorizar intromisiones en su intimidad, incluso de gran calibre. El reconocimiento de esa autonomía implica, por tanto, admitirle la capacidad de elegir entre someterse a pruebas genéticas o rechazar su aplicación, sin que el Estado, el empleador, el médico o cualquier otro sujeto puedan sustituirle en tal elección.

Pero también hemos advertido que la decisión del trabajador no es libre en un sentido absoluto, sino que, cuando el examen genético es solicitado por el empleador, actual o potencial, normalmente estará inducida de modo más o menos intenso hacia una respuesta afirmativa, según el grado de necesidad que aquél tenga de alcanzar unas determinadas pretensiones laborales, las cuales son resorte de quien solicita los análisis.

Señalamos, además, que, ante la dificultad e inconveniencia práctica de garantizar al trabajador una negativa inocua en relación con aquellas expectativas, resulta necesario buscar como compensación mecanismos que eviten los abusos y, de ese modo, conseguir la eficacia y articulación de los derechos fundamentales involucrados.

Así, para garantizar la libertad de elección del trabajador frente a la presión del empresario, postulamos que el principio de voluntariedad frente a las pruebas debe concretarse normativamente en un derecho al consentimiento previo, libre e informado.

Por su parte, el derecho del trabajador a preservar su intimidad informativa reclama la obligación de confidencialidad de quienes han tenido acceso a los datos y el derecho a la autodeterminación informativa, los cuales de un modo general ya contempla nuestro ordenamiento jurídico en diversas normas. Sin embargo, queda abierta la cuestión de si la valoración de estos datos como pertenecientes al núcleo más recóndito de la individualidad determina la necesidad de protegerlos de una manera especial y más drástica, a fin de configurar un específico derecho a la intimidad genética.

El uso por el empleador de la información genética de los trabajadores (potenciales o actuales) para fundamentar decisiones sobre contratación, promoción y movilidad de éstos, viene limitado por la prohibición de discriminación laboral. De acuerdo con las normas jurídicas vigentes, aquel uso no sería discriminatorio cuando la decisión empresarial estuviera motivada por la evitación de daños que pudiese sufrir el trabajador en virtud de su fragilidad genética, o bien, cuando padeciera un trastorno que limitara capacidades necesarias para el eficiente desempeño de la labor de que se trata.

Empero, la configuración del genotipo de una persona como parámetro de su capacidad o idoneidad para el trabajo entraña unos peligros que, a mi modo de ver, exigen una mayor y más específica determinación normativa. De una parte, porque, como quedó dicho, la igualdad de oportunidades, un principio básico de la justicia, podría resultar malparado. Pero también, porque la interacción entre las nuevas tecnologías diagnósticas y una mala comprensión social de sus alcances podría conducir a una expansión de los conceptos de enfermedad e incapacidad hasta el punto de llegar a comprender como tales la mera predisposición o incluso anormalidades que nunca desembocarán en una dolencia, como sucede con los portadores sanos de genes recesivos. La prohibición de discriminación quedaría, en tal caso, vaciada de contenido.

Notas

¹ Jünger, E.: *Eumeswil*. Novela, Seix Barral, Barcelona, 1993, p. 452.

² Hernández Plasencia, J. U.: "Bases de la Declaración Universal sobre Genoma Humano y los Derechos Humanos", en VVAA: *Genética y Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 107.

³ No deja de resultar alarmante que la propia identidad humana y las representaciones del derecho y la moral que en ella se sustentan puedan quedar en entredicho o abolidas inclusive desde que, por medio de la ingeniería genética, es posible alterar el genoma de la especie. Vid. en tal sentido Habermas, J.: *El Futuro de la Naturaleza Humana. ¿Hacia una*

⁴ Conviene tener presente que los científicos son autoridades en su campo específico de trabajo, lo cual no conlleva de manera necesaria que posean una comprensión privilegiada e infalible de la significación total de ese trabajo. O, para decirlo en palabras de Jünger: "El técnico es sin duda el representante del carácter especial del trabajo, pero lo que a él no le es dado tener es una relación directa con el carácter total del trabajo" (Jünger, E.: *El Trabajador*, Tusquets, Barcelona, 1990, p. 147). Antes al contrario, su condición de especialistas les impone normalmente una visión fragmentada y unidimensional de la realidad (Suzuki, D. y Knudtson, P.: *Gen-Ética. Conflictos entre la ingeniería genética y los valores humanos*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 20). De otra parte, nunca debemos olvidar que los científicos son seres humanos, con todas las virtudes y flaquezas propias de nuestra condición y que, por tanto, no actúan motivados exclusivamente ni principalmente por filantropía o por el bien común. A los científicos también los mueve "la mano invisible", ya que suelen estar muy interesados en la conservación o mejora de su posición en el cursus honorum de la jerarquía científica, además de constantemente necesitados de fuentes de financiación. Por estas razones sería irresponsable desentendernos y entregarles, confiadamente, el autocontrol deontológico de su actividad.

⁵ Hubbard, R. y Wald, E.: *El mito del gen*, Alianza, Madrid, 1999, p. 16.

⁶ Habermas, J.: "Política científizada y opinión pública" (1964), en *Ciencia y técnica como ideología*, 4^a edición, Tecnos, Madrid, 1999, p. 150.

⁷ El art. 28 del Convenio del Consejo de Europa relativo a los derechos humanos y la biomedicina (1997) señala que "las partes en el presente Convenio se encargarán de que las cuestiones fundamentales planteadas por los avances de la biología y la medicina sean objeto de un debate público apropiado, a la luz, en particular, de las implicaciones médicas, sociales, económicas, éticas y jurídicas pertinentes, y de que sus posibles aplicaciones sean objeto de consultas apropiadas". Por su parte, el art. 21 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los derechos humanos dice que "los Estados tomarán las medidas adecuadas para fomentar otras formas de investigación, formación y difusión de la información que permitan a la sociedad y a cada uno de sus miembros cobrar mayor conciencia de sus responsabilidades ante las cuestiones fundamentales relacionadas con la defensa de la dignidad humana que puedan plantear la investigación en biología, genética y medicina y las correspondientes aplicaciones. Se deberían comprometer, además, a favorecer al respecto un debate abierto en el plano internacional que garantice la libre expresión de las distintas corrientes de pensamiento socioculturales, religiosas y filosóficas".

⁸ Porque así lo reclama una época en que la conciencia moral de los individuos se ha vuelto raquíctica, incapaz ya de obtener por sus solas fuerzas directrices eficaces y confiables de conducta, y está casi siempre menesterosa del auxilio de medios más energéticos para recordarnos la otrora básica distinción entre bien y mal. Aunque cruda, la constatación de Jünger es en extremo realista: "En todos los cálculos que aspiren a plantar cara a la realidad, es preciso que vaya incluido lo siguiente: no hay ninguna cosa de la que el ser humano no sea capaz. No son preceptos morales, sino leyes, las que determinan la realidad" (Jünger, E.: *Op. cit.*, p. 185).

⁹ Como dice el español Ruiz Miguel: Los juristas no debemos sentirnos acomplejados por enfocar estos problemas desde nuestro propio modo de pensar, necesariamente distinto al pensamiento técnico: Para el pensamiento económico-técnico lo único que importa es la consecución del objetivo: dada una necesidad o demanda (sean alimentos, armas o terapias genéticas) se trata de satisfacerla del modo más eficaz y rentable posible. El pensamiento jurídico, sin embargo, aborda el problema desde otra perspectiva, a saber, la que pregunta sobre los fines. Se trata de saber así si una determinada demanda responde a fines "lícitos", "honestos", "admisibles", para, según los casos, permitir, mandar o prohibir" (Ruiz Miquel, C.: "Los datos sobre características genéticas: libertad, intimidad y no discriminación", en VVAA: *Genética y Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 16).

¹⁰ Romeo Casabona, G.M.: "El tratamiento y la protección de los datos genéticos", en Meyer

¹¹ Rodríguez López, R.: "Los análisis genéticos: su capacidad predictiva", en VVAA: Genética y Derecho, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 231.

¹² En buena parte, los efectos de las mutaciones están condicionados por el hecho de que los genes suelen presentarse en dos copias iguales (salvo los que están situados en el cromosoma X del varón, pues posee una sola copia). Los dos genes del mismo par colaboran en el mantenimiento de la función del gen: básicamente, la producción de proteína. Las proteínas no sólo constituyen una gran parte de la textura física del cuerpo, sino que también ejercen un control sensitivo sobre todos los procesos químicos dentro de la célula, seleccionando cuándo deben efectuarse y cuándo no, en los tiempos precisos y en los lugares adecuados (Dawkins, R.: El gen egoísta, Salvat, Barcelona, 2000, p. 30). Si uno de los genes está alterado, pero la función se mantiene con la actividad de su pareja normal, se dice que la alteración es recesiva, porque no se nota su efecto. Si, en cambio, la alteración cambia de tal modo la función de un gen que crea un trastorno funcional, aunque la otra copia del mismo gen esté intacta, se habla de una alteración dominante.

¹³ Es el caso de la fibrosis quística, una alteración glandular que provoca la acumulación de mucosidad en los pulmones que dificulta la respiración y provoca infecciones constantes. Estos individuos, que portan solamente una copia del gen defectuoso, nunca desarrollarán la enfermedad, pero sus hijos pueden que sí, si heredan la mutación de ambos progenitores.

¹⁴ Sus primeros síntomas se dan en torno a los treinta años y a menudo se retrasan hasta los cincuenta. Primero se producen cambios en la personalidad, luego se desarrollan movimientos involuntarios que poco a poco se vuelven espasmódicos y, por último, sobreviene una parálisis progresiva con paranoia terminal.

¹⁵ Es el caso de los genes BRCA1 y BRCA2, que están ligados al cáncer de mama. No obstante, dar positivo para uno de estos genes no constituye un diagnóstico definitivo de cáncer, sino una estimación del riesgo de desarrollar cáncer de mama a lo largo de la vida, que se estima en un 60%, si se es portador de la mutación BRCA1 o BRCA2, aunque se han barajado varias cifras.

¹⁶ Hurd, S.N., citado por Fernández Domínguez, J.J.: Pruebas genéticas en el Derecho del Trabajo, Civitas, Madrid, 1999, p. 62, nota 65.

¹⁷ Op cit., pp. 145 y 146.

¹⁸ Suzuki, D. y Knudtson, P.: Op. cit., p. 149.

¹⁹ Idem, p. 150.

²⁰ Janson, M.: "Análisis genéticos: ética y calidad", disponible en http://www.jrc.es/pages/iptsreport/vol_36/spanish/HEA2S366.htm.

²¹ Rodríguez López, R.: "Los análisis genéticos: su capacidad predictiva", en VVAA: Genética y Derecho Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 230.

²² Janson, M: Op. cit.

²³ El gasto en tales pruebas quedará, por ende, justificado en la medida en que el empresario puede obtener a partir de ellas "datos como los derivados de poder verificar de manera más eficaz y certera quiénes son genéticamente "convenientes" y quiénes no lo son, pudiendo excluir del círculo de empleados potenciales o actuales a aquéllos a quienes el rigor de las referencias condene por no presentar las exigidas y alcanzando garantía bastante de que su trabajador -en quien ha podido invertir en formación y capacitación una cantidad luego imposible de rentabilizar- goza de salud suficiente para poder desempeñar las funciones propias de su cargo, evitando un ausentismo laboral y una pérdida de horas y de

profesional, garantizando su adaptación al centro de trabajo y la rentabilidad de las inversiones en formación, evitando el incremento de cotizaciones a seguros sociales (al menos en aquellos sistemas en los cuales la cotización empresarial varíe en función de los siniestros...) o los pleitos por accidentes ocurridos por y entre los trabajadores, argumentando negligencia in eligendo (...) o in vigilando" (Fernández Domínguez, J.J.: Op. cit., pp. 92 y 93).

²⁴ Es este un interés que ciertamente involucra al empleador, porque en virtud del contrato de trabajo asumirá la obligación legal de "tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores" (art. 184, inc. 1º, CT) y porque el seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales se financia con una cotización de cargo del empleador "en función de la actividad y riesgo de la empresa o entidad empleadora" (art. 15, letra b, Ley 16.744), pudiendo obtenerse su reducción, si se implantan "medidas de prevención que rebajan apreciablemente los riesgos de accidentes del trabajo o de enfermedades profesionales o inclusive su exención, si alcanzan un nivel óptimo de seguridad" (art. 16, inc. 1º, Ley 16.744). Sin embargo, hay que tener en cuenta que las normas citadas tienen como finalidad primordial conseguir un lugar de trabajo más limpio, más sano y más seguro para los trabajadores y, que, en concordancia con este imperativo, las medidas de prevención a que aluden aquellos preceptos tienen por objeto superar las deficiencias de que pudiese adolecer el ambiente laboral, que no eliminar a los trabajadores genéticamente vulnerables. Dicho de otro modo: la ratio legis es adaptar el ambiente laboral a la fuerza de trabajo y no adaptar la fuerza de trabajo al ambiente laboral. De manera que un intento de utilizar estas normas con el fin de trasladar el eje de la responsabilidad desde la empresa hacia la biología del trabajador significaría traicionar su sentido protector. Máxime, si se tiene en cuenta que la Constitución garantiza a todas las personas "el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación" (art. 19 N° 8º CPR), derecho que incluye, por supuesto, el de trabajar en una empresa no contaminada.

²⁵ Fernández Domínguez, J.J.: Op. cit., p. 97.

²⁶ Según Dulbecco, "se conocen cerca de unos treinta genes que aumentan la susceptibilidad a sustancias que pueden encontrarse en el ambiente de trabajo -ciertos insecticidas, el plomo y varios productos químicos industriales- y todavía quedan otros por descubrir". Dulbecco, R.: Los genes y nuestro futuro, Alianza, Madrid, 1999, p. 208.

²⁷ Jünger, E.: Op. cit., p. 157.

²⁸ La noción de dignidad entraña la idea de excelencia o de realce de la persona humana. Esta exaltación de la persona que es la dignidad se fundamenta en los extraordinarios atributos que definen la condición humana -libertad y racionalidad- y que elevan al individuo humano por encima de todos los demás seres. Ser digno, significa, además de "poseedor de dignidad", ser "merecedor de algo". Parece razonable admitir -ya como inmediata intuición moral, ya a través de un juicio meditado- que ese algo que merece toda persona en virtud de su dignidad es respeto, vale decir, miramiento, consideración y deferencia a su estatus de persona, de criatura libre y racional. Aunque admite otras formulaciones, traducido a términos kantianos este deber de respeto insta a contemplar a cualquier persona siempre al mismo tiempo como un fin en sí misma y no utilizarla nunca solo como medio.

²⁹ Como apunta Pérez Luño: "Los valores constitucionales suponen (...) el contexto axiológico fundador o básico para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico; el postulado-guía para orientar la hermenéutica teleológica y evolutiva de la Constitución, y el criterio para medir la legitimidad de las diversas manifestaciones del sistema de legalidad" (Pérez Luño, A.: Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, 6^a edición, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 288 y 289).

³⁰ Acerca de la eficacia inter privatos de los preceptos constitucionales y -en cuanto tales- de los derechos fundamentales, no me parece que haya lugar a dudas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, desde que la propia Constitución predica la obligatoriedad de sus preceptos respecto de "toda persona, institución o grupo" (art. 68, inc. 28, CPR). En el caso

constitucional que protege tales derechos (art. 20 CPR) carece de un sujeto pasivo calificado, lo que autoriza a colegir que la Constitución no sólo los asegura a toda persona, sino que, como regla general, los asegura *frente* a toda persona.

³¹ Nuevo inciso segundo introducido por la Ley 20.005, de 18 de marzo de 2005, que tipifica y sanciona el acoso sexual.

³² Amén de un moderado efecto pedagógico o, si se prefiere, de "prevención general", que acaso no sea desdeñable, la norma es útil desde un punto de vista estrictamente jurídico, porque si bien las garantías que vienen a reforzar gozan de la tutela constitucional directa (art. 20 CPR), lo cierto es que su traspase al nivel legal pone a disposición del trabajador unas vías procesales que, comparativamente con la acción constitucional de protección, pueden resultar más adecuadas para sus pretensiones jurídicas (pienso, sobre todo, en la pretensión de reparación pecuniaria).

³³ Sánchez Caro, J. y Sánchez Caro, J.: "Evolución y fundamentos del concepto de intimidad. Aspectos bioéticos y jurídicos" en Mayor Zaragoza, F. y Alonso Bedate, C. (coords.) Gen-Ética, 1^a edición, Ariel, Barcelona, 2003, p. 207.

³⁴ Beauchamp y Childress, citados por Sánchez Caro, J. y Sánchez Caro, J.: Op. cit., p. 217.

³⁵ Lo anterior queda, además, corroborado por el inciso primero del art. 5º CT que, al explicitar la eficacia horizontal de las garantías constitucionales en las relaciones laborales, menciona expresamente la intimidad junto a la vida privada y a la honra. De lo cual podemos colegir que el legislador entiende que la intimidad es también materia de garantía constitucional.

³⁶ El precepto constitucional está aludiendo, me parece, a la intimidad decisoria o autonomía, vale decir, a la libertad según la concibe Kant, como autolegislación: emplazarse a sí mismo bajo la ley de sí mismo.

³⁷ En el derecho comparado, particularmente de raíz anglosajona, la expresión "intimidad" (privacy) se viene asociando cada vez con más frecuencia a la noción de autonomía. Problemas como el aborto y el control de la natalidad, así como los relativos a la libertad de conciencia, que se refieren claramente a la autonomía individual, son enfocados como cuestiones de intimidad (Vid. Sánchez-Caro, J. y Sánchez-Caro, J.: "Evolución y fundamentos del concepto de intimidad. Aspectos bioéticos y jurídicos", en VVAA: Gen-Ética, Ariel, Barcelona, 2003, p. 207 y ss.).

³⁸ Ruiz Miguel, C.: "Los datos sobre características genéticas: libertad, intimidad y no discriminación", en VVAA: Genética y Derecho, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 20.

³⁹ Los análisis genéticos entregan información "sobre la más íntima expresión de cuantos factores endógenos intervienen en el estado de salud de una persona, no sólo actual, sino también futuro" (Aparisi Miralles A.: El Proyecto Genoma Humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones con el Derecho, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 112) y "el conocimiento de la predisposición a una enfermedad de tipo genético puede traducirse en una carga psicológica con graves consecuencias psicosomáticas, afectar la propia imagen de la persona y su autoestima y tener efectos a largo plazo sobre la forma de planificar y orientar su vida futura" (Wiese, citado por Fernández Domínguez: Op. cit., p. 98).

⁴⁰ Buchanan, A. et al.: Op. cit., p. 202.

⁴¹ Vid. art. 185 CT y DS N° 594, de 29 de abril de 2000, del Ministerio de Salud.

⁴² Dulbecco, R.: Op. cit., p. 209.

⁴⁴ Idem, p. 126

⁴⁵ Sala Franco, T.: "El proyecto Genoma y las relaciones laborales", en VVAA: Proyecto Genoma: Ética, Fundación BBV, 1994, p. 399.

⁴⁶ El español Luján observa con preocupación cómo "...los tests mentales de inteligencia han sido empleados para llevar a cabo políticas de clasificación y selección de individuos (...) Los tests biológicos en primer lugar y las pruebas de ADN más tarde podrían llegar a cumplir una función parecida: ser instrumentos para evaluar individuos de acuerdo con ciertos criterios de rentabilidad económica" (Luján, J.: "Tecnologías de diagnóstico y contexto social. De los tests psicofísicos a las pruebas de ADN", en VVAA: Estudios sobre sociedad y tecnología, Antropos, Barcelona, 1992, p. 216).

⁴⁷ Fernández Domínguez: Op. cit., pp. 158 y 159.

⁴⁸ Vale decir, el trabajador debe ser informado sobre: a) los beneficios que se espera alcanzar en orden a confirmar un diagnóstico o descartarlo; b) el procedimiento técnico a seguir; c) molestias que origina (dolor, etc.); d) riesgos, incidencia y gravedad; e) procedimientos exploratorios alternativos que ofrecen resultados similares, y f) en qué situación quedaría el diagnóstico y el tratamiento si la técnica propuesta no se realiza. (Castellano, M.: "Consentimiento informado de los pacientes", en Polaino-Lorente, A. et al.: Manual de Bioética, 4^a edición, Rialp, Madrid, 2002, p. 331). En el caso de análisis genéticos, el trabajador debería ser informado, además sobre la fiabilidad predictiva del test y el significado de los posibles resultados.

⁴⁹ En efecto, ambos conceptos se construyen sobre la misma relación de oposición entre el individuo y los otros, en virtud de la cual hay ciertos ámbitos de conocimiento acerca de un individuo cuyo acceso debe quedar limitado para los demás. Ámbitos tales como la información relativa a la persona o sus relaciones interpersonales más cercanas: datos acerca de la persona misma, quiero decir, acerca de su individualidad corpórea y psíquica, esa "mismidad" o "unicidad" que es cada hombre; también la dimensión relacional y externa de la persona, esto es, ciertos contextos vitales compartidos intersubjetivamente (la vida conyugal, familiar o sexual, etc.).

⁵⁰ Romeo Casabona, C.M.: Op. cit., p. 244.

⁵¹ Dworkin, R.: "Jugar a ser Dios: Genes, clones y suerte", en Claves de razón práctica, N° 135, septiembre de 2003, p. 5 y 6.

⁵² Ruiz Miguel: Op. cit., p. 41

⁵³ La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos reconoce explícitamente el derecho a no ser informado (art. 5 c).

⁵⁴ Fernández Domínguez: Op. cit., p. 129.

⁵⁵ Suzuki y Knudtson: Op. cit., p. 154.

⁵⁶ Gajardo, M. C.: Op. cit., p. 22.

⁵⁷ Beauchamp y Childress, citados por Sánchez-Caro, J. Sánchez-y Caro, J.: Op. cit., p. 212.

⁵⁸ Romeo Casabona, C.M: "El tratamiento y la protección de los datos genéticos", en VVAA: Gen-Ética (op. cit.), p. 240.

⁵⁹ Op. cit., p. 330.

⁶¹ Véase también la Ley 19.970, de 6 de octubre de 2004, que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN. No entro a su análisis, porque su campo operativo está restringido a las "huellas genéticas determinadas con ocasión de una investigación criminal".

⁶² "Aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual" (art. 2º, letra g, Ley 19.628).

⁶³ De acuerdo con la ley, tratamiento de datos es "cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma" (art. 2º, letra o, Ley 19.628).

⁶⁴ Por tanto, puede exigir a quien sea responsable de un banco de datos información relativa a sus datos personales, y la modificación, cancelación (eliminación) o bloqueo de éstos en los casos y en la forma que señala la ley (art. 12). El ejercicio de tales derechos es absolutamente gratuito (art. 12, inc. 5º), no puede ser limitados por medio de ningún acto o convención (art. 13) y está protegido por una acción de amparo especial o habeas data de tramitación sumaria (art. 16). Además, la ley señala que las personas que trabajan en el tratamiento de datos personales están obligadas a guardar secreto sobre los mismos (art. 7º) y obliga al responsable del banco de datos personales a indemnizar el daño patrimonial y moral que causare por el tratamiento indebido de los datos (art. 23).

⁶⁵ Así, por ejemplo, se señala que lo que la Constitución prohíbe son las distinciones arbitrarias, es decir, las que no se funden en la razón o en la justicia, obedezcan a un mero capricho, favor u hostilidad indebidos contra determinada persona o grupo, o carezcan de fundamento racional o razonable (Verdugo, M.; Pfeffer, E. y Nogueira, H.: Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, 2^a edición, Santiago, 1999, p. 215).

⁶⁶ Vid. Palavecino, C.: "Prohibición de no discriminación", en VVAA: Derecho del Trabajo y Derechos Humanos Fundamentales. Informe Nacional de Chile al XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, 2003, p. 8 y ss. Disponible en: http://www.derecho-trabajo.cl/archivos/documentos/textos_documentos/Informe%20Nacional.%20Tema%20II.doc

⁶⁷ En la sesión 200^a de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, los comisionados Guzmán, Ortúzar y Diez discurrieron sobre los términos "capacidad" e "idoneidad", considerando a la primera como un concepto específico "relacionado en cierto modo con la preparación técnica o profesional del trabajador; mientras que la segunda, más amplia y comprensiva que la anterior, aludía además a "una serie de condiciones morales" (Actas oficiales de la Comisión Constituyente, p. 11).

⁶⁸ Sin embargo, esta omisión no autoriza a colegir inmediatamente, contrario sensu, que la consideración de aquellas variables resulte ser siempre jurídicamente admisible. La interpretación de la norma legal como *numerus clausus* entrañaría una discordancia con la garantía constitucional, la cual, como quedó dicho, sólo admite distinciones basadas en la capacidad o idoneidad personal, prohibiendo las diferencias fundadas en otras consideraciones. De modo que la tipificación legal solo tiene un valor ejemplar o, todo lo más, indicario de una posible discriminación, al establecer unos motivos "sospechosos", sin excluir que haya otros. Lo determinante a la hora de calificar el acto del empleador será, en cualquier caso, su correspondencia o no, con los criterios de decisión constitucionalmente admisibles. Así parece reconocerlo el propio texto legal cuando señala que "con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación" (art. 2º, inc. 4º, CT).

Social, que contiene el Reglamento sobre Prevención de Riesgos Profesionales, contempla en su artículo 17, a propósito del contenido que podrá considerar un Reglamento Interno, la existencia de normas sobre materias tales como los procedimientos para exámenes médicos o psicotécnicos del personal, sean anteriores o posteriores. (Vid. Gajardo, M. C.: "El derecho a la intimidad" en VVAA: Derecho del Trabajo y Derechos Humanos Fundamentales. Informe Nacional de Chile al XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, 2003, p. 20 y ss.).

⁷⁰ En España, el Estatuto de los Trabajadores señala que los trabajadores no podrán ser discriminados "por razón de disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate" (art. 4.2.c) ET). A partir de este dato normativo, Aparisi sostiene que solo podrá negarse el acceso a un determinado empleo, cuando se trate de aquellos casos en que la prueba revela la presencia de un gen dominante para una determinada enfermedad monozigota, si la enfermedad detectada se padece en ese momento y si, por sus especiales limitaciones, incapacita al individuo para realizar ese trabajo concreto, -por ejemplo Parkinson en un empleo que exige alta precisión. (Op. cit., p. 151).

⁷¹ Parece razonable admitir que uno de los contenidos esenciales de la igualdad de oportunidades es "la intuición moral o el juicio meditado de que las personas no deberían tener menos oportunidades como resultado de factores que están fuera de su control, en el sentido de que ellas no los han elegido (...). Y si algo está fuera de la capacidad de control de la persona es la suerte que le toca al individuo en la lotería natural" (Buchanan, A. et al., pp. 62 y 63).

BIBLIOGRAFÍA

APARISI MIRALLES, A.: *El Proyecto Genoma Humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones con el Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

BUCHANAN, A.; BROCK, D. W.; DANIELS, N. Y WIKLER, D.: *Genética y justicia*, Cambridge University Press, Madrid, 2002.

CASTELLANO, M.: "Consentimiento informado de los pacientes", en Polaino-Lorente, A. et al.: *Manual de Bioética*, 4^a edición, Rialp, Madrid, 2002.

DAWKINS, R.: *El gen egoísta*, Salvat, Barcelona, 2000.

DULBECCO, R.: *Los genes y nuestro futuro*, Alianza, Madrid, 1999.

DWORKIN, R.: "Jugar a ser Dios: Genes, clones y suerte", en *Claves de razón práctica*, N° 135, septiembre de 2003.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Pruebas genéticas en el Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1999.

GAJARDO, M.C.; GAMONAL, S.; PALAVECINO, C. Y UGARTE, J.L.: *Derecho del Trabajo y Derechos Humanos Fundamentales. Informe Nacional de Chile*. XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, 2003. Disponible en: <http://www.derecho-trabajo.cl/aechiveo/documentos/textosdocumentos/Informes/20Nacional./20Temas2011.doc>.

HABERMAS, J.: "Política científizada y opinión pública" (1964), en *Ciencia y técnica como ideología*, 4^a edición, Tecnos, Madrid, 1999.

HABERMAS, J.: *El Futuro de la Naturaleza Humana: ¿Hacia una eugenesia liberal?*, Paidós, Barcelona, 2002.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U.: "Bases de la Declaración Universal sobre Genoma Humano y

HUBBARD, R. Y WALD, E.: *El mito del gen*, Alianza, Madrid, 1999.

JANSON, M.: "Análisis genéticos: ética y calidad", disponible en: <http://www.jrc.es/pages/iptsreport/vol36/spanish/HEA2S366.htm>

JÜNGER, E.: *El Trabajador*, Tusquets, Barcelona, 1990.

LOLAS, F.: *Temas de bioética*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 2002.

LUJÁN, J.L.: "Tecnologías de diagnóstico y contexto social. De los tests psicofísicos a las pruebas de ADN", en VVAA: *Estudios sobre sociedad y tecnología*, Antropos, Barcelona, 1992.

PÉREZ LUÑO, A.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 6^a edición, Tecnos, Madrid, 1999.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, R.: "Los análisis genéticos: su capacidad predictiva", en VVAA: *Genética y Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

ROMEO CASABONA, C.M.: "El tratamiento y la protección de los datos genéticos", en Mayor Zaragoza, F. y Alonso Bedate, C. (coords.) *Gen-Ética*, Ariel, Barcelona, 2003.

RUIZ MIQUEL, C.: "Los datos sobre características genéticas: libertad, intimidad y no discriminación", en VVAA: *Genética y Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

SALA FRANCO, T.: "El Proyecto Genoma y las relaciones laborales", en VVAA: *Proyecto Genoma: Ética*, Fundación BBV, 1994.

SÁNCHEZ CARO, J Y SÁNCHEZ CARO, J.: "Evolución y fundamentos del concepto de intimidad. Aspectos bioéticos y jurídicos" en Mayor Zaragoza, F y Alonso Bedate, C. (coords.) *Gen-Ética*, 1^a edición, Ariel, Barcelona, 2003.

SULSTON, J.: *El genoma y la división de clases*, Editorial Aun Creemos en los Sueños, Santiago de Chile, 2005 .

SUZUKI, D. Y KNUDTSON, P.: *GenEthica. Conflictos entre la ingeniería genética y los valores humanos*, Tecnos, Madrid, 1991.

VERDUGO, M., PFEFFER, E. Y NOGUEIRA, H.: *Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, 2^a edición, Santiago, 1999.

Artículo recibido el 21 de septiembre de 2005 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 15 de noviembre de 2005.