

SALUD PÚBLICA Y LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

LA GESTIÓN DE LA SALUD EN TIEMPO DE CRISIS

M^a Luisa Segoviano Astaburuaga
Magistrada del Tribunal Supremo Sala IV

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL DERECHO A LA SALUD Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD
3. EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL
4. TRABAJADORES EXTRANJEROS
5. LÍMITES DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE SALUD
6. ÁMBITO LABORAL

1. INTRODUCCION

El reconocimiento de los derechos fundamentales es reflejo de la evolución del ser humano y de los logros sociales que con este proceso se han ido alcanzando.

A lo largo del tiempo los derechos fundamentales han ido evolucionando, pudiéndose diferenciar tres generaciones de derechos cada una las cuales responde a un determinado momento histórico y a una concreta sensibilidad social.

Así podemos distinguir las denominadas “tres generaciones de derechos fundamentales”.

La primera generación procede de la revolución burguesa del siglo XVIII, caracterizándose por preservar la autonomía de los particulares frente a la acción de los poderes públicos, representando la concepción negativa de los derechos fundamentales, ya que lo que exigen al Estado es precisamente su pasividad, su no ingerencia en el ámbito reservado a la libertad de los particulares.

Manifestación característica es la configuración de los derechos de defensa con manifestaciones tales como la intimidad, el honor, el respeto a la vida y la integridad física.

La segunda generación de derechos surge en el siglo XIX, en el que aparecen derechos de carácter económico y social, así como derechos de participación que conllevan una vertiente positiva institucional, interesando la intervención de los poderes públicos. Aparecen así configurados dentro de esta categoría el derecho a la educación, a la protección de la salud y la Seguridad Social.

Aparecen nuevas preocupaciones sociales como la ecología, el medio ambiente, los derechos de los consumidores y usuarios y la informática. Son los denominados derechos de la tercera generación, cuyo objetivo es menos concreto, apareciendo en ellos, tanto aspectos individuales como elementos socioeconómicos.

En la actualidad, en nuestro ordenamiento jurídico, los derechos fundamentales incluyen, no sólo derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste.

El derecho a la salud aparece reconocido en el artículo 43.1 CE, si bien en el mismo no se reconoce propiamente el derecho a la salud sino el derecho a la protección de la salud.

El precepto establece “se reconoce el derecho a la protección de la salud”. En el apartado 2 se dispone: “Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La

Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”.

Ello significa que no se obliga a los poderes públicos a conseguir un resultado que no está en su mano garantizar –“la salud”, sino que su obligación es una de las llamadas “obligaciones de medio”, lo que significa que habrán de desplegar un conjunto de actividades tendentes y orientadas al mantenimiento, restablecimiento y mejora de la salud.

La Carta Social Europea establece en su párrafo 11 que “Todas las personas tienen el derecho de beneficiarse de todas las medidas que permitan disfrutar del mejor estado de salud que puedan obtener”.

El artículo 25.1 de la Declaración de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar.

El artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966 establece que “los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

La CE dedica otros preceptos al derecho a la protección de la salud, así el artículo 51.1 –Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos- el 149.1 –regula la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: corresponde al Estado la competencia en materia de sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad, legislación sobre productos farmacéuticos (ap.16), legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas (ap.1)-, art. 149.1 –regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

2. EL DERECHO A LA SALUD Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD.

En la protección del derecho a la salud tenemos que señalar la existencia de un derecho fundamen-

tal que, en ocasiones, puede verse afectado, cual es el derecho a la intimidad. No podemos olvidar que todos los datos referentes a la intimidad son datos sensibles y que, por lo tanto, han de ser especialmente protegidos.

El concepto de intimidad no aparece definido ni en la Constitución ni en la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, constituyendo un concepto jurídico indeterminado. En cuanto a la amplitud que haya de darse al mismo, el artículo 2.1 de la citada Ley Orgánica insinúa dos coordenadas que deben tenerse en cuenta para configurarlo, una de carácter objetivo, que viene establecida por las leyes y usos sociales y, otra, de carácter subjetivo, que es el ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí mismo o para su familia.

El concepto de intimidad, en consecuencia, no es inmutable a lo largo del tiempo, sino que viene marcado, de manera decisiva, por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad. En segundo lugar este precepto pone de relieve, como más tarde la Ley se ocupará de desarrollar en los artículos 7 y 8.2, que el concepto de intimidad no es idéntico para todas las personas, sino que hay que tener en cuenta si se trata de personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública. Pero aún referido a la misma persona que ejerce un cargo público o profesión de notoriedad pública, el concepto de intimidad, referido a la captación o reproducción de su imagen variará, según esta persona se encuentre en un acto público o en un lugar abierto al público, tal como regulan los artículos 7 y 8 de la precitada Ley Orgánica.

Lo que se repite profusamente en el artículo 7, que establece el catálogo de conductas consideradas constitutivas de intromisión ilegítima, es la alusión a la “vida íntima” de las personas, “manifestaciones o cartas privadas”, “vida privada de una persona o familia”, “escritos personales de carácter íntimo”, “datos privados”, “imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada” etc... con lo que el concepto de intimidad parece referirse a un ámbito personal reservado, vedado a los otros, salvo por consentimiento del interesado, que abarca las actividades que forman su círculo íntimo, personal y familiar.

El Tribunal Constitucional se ha referido al concepto de intimidad, relacionándolo con el ámbito laboral, y en sentencia 142/93 de 22 de abril, recurso de inconstitucionalidad 190/91, ha establecido lo

siguiente: “El atributo mas importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de estos datos. La conexión de la intimidad con la libertad y dignidad de la persona implica que la esfera de la inviolabilidad de la persona frente a injerencias externas, el ámbito personal y familiar, sólo en ocasiones tenga proyección hacia el exterior, por lo que no comprende, en principio, los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, que están mas allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones externas por formar parte del ámbito de la vida privada”.

Por su parte la sentencia de dicho Tribunal nº 202/99, de 8 de noviembre, recurso de amparo 4138/96, ha dispuesto lo siguiente: “Atendiendo en especial al elemento teleológico que la proclamación de este derecho fundamental incorpora, la protección de la vida privada como protección de la libertad y de las posibilidades de autorrealización del individuo, este Tribunal ha tenido, asimismo, ocasión de señalar que la protección dispensada por el artículo 18.1 C.E. alcanza, tanto a la intimidad personal stricto sensu, integrada entre otros componentes, por la intimidad corporal y la vida sexual, como a determinados aspectos de la vida de terceras personas que, por las relaciones existentes, inciden en la propia esfera de desenvolvimiento del individuo. Por lo que se refiere a los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desarrolla su actividad, si bien no se integran en principio en la esfera privada de la persona, sin embargo no cabe ignorar que, mediante un análisis detallado y conjunto de los mismos, es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima personal y familiar, en cuyo ámbito se encuentra, sin duda, las referencias a la salud”.

Este concepto clásico de “intimidad” en la actualidad se encuentra superado por la nueva situación, que emerge a partir de la eclosión informática, que comienza a manifestarse en los años setenta. El desarrollo informático arrastra la aparición de serios peligros para la intimidad del ciudadano en general y, del trabajador, en particular, porque permite el conocimiento, almacenamiento y tratamiento de infinidad de datos de una persona, que ésta ignora que están siendo controlados, facilitando asimismo el conocimiento de comportamientos, aficiones, creencias religiosas, orientación sexual, etc... de los individuos.

Este desarrollo del mundo cibernético representa un peligro mas para la intimidad, viéndose desbordadas las formas clásicas de protección jurídica de la misma por estas nuevas tecnologías en continuo avance y desarrollo.

Aparece así desarrollado un nuevo concepto de intimidad, mas amplio que el que hasta ahora hemos venido estudiando. Inspirado por la recepción de la cultura anglosajona sobre el derecho a la “privacy”, lo que ha supuesto la superación de la tradicional concepción de la esfera privada, configurada en torno a un anacrónico concepto de libertad negativa. Surge en la actualidad como “un bien jurídico positivo, proyectado socialmente, del que derivan facultades de control sobre los datos e informaciones del individuo en la sociedad tecnológica” (Morales Prats).

Se habla así de libertades de la tercera generación, dada la evolución del derecho a la intimidad.

Para Martín Casallo no se trata de que la intimidad haya sido sustituida por la privacidad, sino que se ha producido una mutación de la primera, de forma que, lo que en este momento se denomina privacidad, es la intimidad en su manifestación actual.

3. EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL.

La C.E. se refiere al derecho a la salud en el artículo 43, sin embargo el mismo no aparece dentro del catálogo de derechos fundamentales regulados en el Capítulo II del Título Primero, sino en el Capítulo III, cuyo epígrafe es “De los principios rectores de la política social y económica”.

No obstante, el Tribunal Constitucional ha interpretado dicho precepto a la luz de la relación que presenta con el artículo 15 CE -encuadrado en la Sección Primera “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, concluyendo que desde tal perspectiva ha de ser considerado un derecho fundamental. Tal examen del precepto lo ha realizado fundamentalmente en las sentencias 62/07, de 27 de marzo y 160/07, de 2 de junio.

La sentencia 62/07, de 27 de marzo, examina la reclamación de una funcionaria interina del Servicio Andaluz de Salud, coordinadora veterinaria del distrito sanitario de Sevilla a la que la Dirección ordenó acudir el 3 de agosto de 2000 a realizar funciones de

control e inspección veterinaria del matadero de la zona básica de Coria del Río. El 4 de agosto inició IT sin que constara la causa. El 7 de agosto dirigió escrito a la Dirección indicando que se encontraba de baja “debido a complicaciones en su avanzado estado de gestación”, señalando que las nuevas funciones asignadas suponían un especial peligro para su salud y la de su hijo por el riesgo potencial de contagio de enfermedades que en su estado podrían resultar “fatales”, por lo que solicitaba se le repusiera en el puesto de trabajo que desempeñaba con anterioridad. El 12 de septiembre de 2000 interpuso recurso contencioso-administrativo, por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos de la persona, habiendo dictado sentencia el Juzgado nº 6 de Sevilla, Contencioso-Administrativo estimando la demanda, declarando que la desestimación de la reclamación previa vulneró el derecho a la vida y a la integridad de la trabajadora, ya que si bien no consta que se produjera una lesión física, o de cualquier otra índole, si se ha vulnerado el citado derecho desde la perspectiva de la capacidad potencial del acto impugnado para producirla.

Recurrida en apelación por el Servicio Andaluz de Salud, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía, estimó el recurso y revocó la sentencia.

Recurrida en amparo por la trabajadora el TC dictó sentencia, el 27 de marzo de 2007, que contiene el siguiente razonamiento: “En efecto, en las relaciones de trabajo nacen una serie de derechos y deberes de protección y prevención, legalmente contemplados, que reclaman una lectura a la luz de la Constitución, pues no cabe desconectar el nivel jurídico constitucional y el infraconstitucional en estas materias, toda vez que la Constitución reconoce derechos fundamentales como la vida y la integridad física (art. 15 CE), lo mismo que el derecho a la salud (art. 43 CE), y ordena a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2 CE). En relación con todo ello, la lectura de diversos artículos de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL) permite conocer la concreción legal que en el ámbito de la prestación de trabajo ha tenido la protección constitucional que impone esa tutela del trabajador, por virtud de las exigencias de diversos derechos constitucionales, entre ellos de los consagrados en el art. 15 CE.

Dicha Ley, como se sabe, es una norma de aplicación tanto en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el texto refundido de la Ley del Estatu-

to de los Trabajadores, como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las Administraciones públicas, con las peculiaridades que, en este caso, se contemplan en la propia Ley o en sus normas de desarrollo. Así, su art. 14 dispone que los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, y que el citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales, señalándose expresamente que este deber de protección constituye, igualmente, un deber de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio.

En cumplimiento del deber de protección, decía la misma Ley en la versión aplicable al presente caso (luego parcialmente modificada por el art. 2.1 de la Ley 54/2003, de 12 diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales), el empresario (la Administración empleadora, en esta ocasión) deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, imponiéndole, en relación con ello y en el marco de sus responsabilidades, la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. En particular, en lo relativo a la protección de la maternidad, se establecen en el art. 26 obligaciones en la evaluación de los riesgos, que deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en su salud o en la del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico, con obligación de adopción de las medidas necesarias para evitar la exposición a éste si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras.

Se contempla, a tal fin, una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada o, alternativamente, cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto y así lo certifiquen los servicios médicos correspondientes, el desempeño de un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado, incluso no

correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si no existiese puesto de trabajo o función compatible, conservando el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen. También se contempla que, de no ser técnica u objetivamente posible dicho cambio, o inexigible por motivos justificados, se declare el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el art. 45.1 d) del Estatuto de los Trabajadores, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado. Acogiendo ese régimen legal en su dimensión constitucional, esto es, en tanto que desarrollo de la tutela propia del derecho fundamental a la integridad física de la trabajadora embarazada (art. 15 CE), la lesión se producirá si, desatendiendo esas precisas previsiones legales relativas a la protección de la salud de la trabajadora y de su estado de embarazo, el empleador le asigna un actividad peligrosa que genere un riesgo grave para su salud o para la gestación, omitiendo las obligaciones de protección y prevención que le competen.”

El otro asunto sobre el que se pronunció el TC es el referente a una funcionaria interina, facultativa de análisis clínicos del IMSALUD que presentó escrito a la Subdirección de Servicios sobre el gasto en el laboratorio y la desaparición del material en el centro. El citado Instituto abrió expediente al Jefe de Análisis Clínicos, declarando la actora, procediéndose a la apertura de diligencias previas por malversación de caudales públicos. El Jefe de Servicio fue suspendido de empleo y sueldo y, tras su reincorporación, se destinó de nuevo a la actora a trabajar a sus órdenes, manifestando su disconformidad, pero no le fue asignado otro puesto. Inició IT diagnosticada de depresión mayor. Presentó demanda ante el Juzgado de lo Social que dictó sentencia declarando la nulidad del traslado, condenando a la demandada al pago de 6.000 euros por daños y perjuicios. Recurrída en suplicación, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid revocó la sentencia y desestimó la demanda.

Recurrída en amparo el TC dictó sentencia el 2 de julio de 2007, del que podemos destacar el siguiente razonamiento: “Y que además de ello, en efecto, el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda también comprendido en el derecho a la integridad personal (STC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3), aunque no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquél que genere un peligro

grave y cierto para la misma (SSTC 5/2002, de 14 de enero, FJ 4, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6)”.

Por lo tanto, el art. 15 CE no supone una especie de “blindaje” constitucional frente a cualquier orden de trabajo que en abstracto, apriorística o hipotéticamente pudiera estar contraindicada para la salud; supone únicamente admitir que una determinada actuación u omisión de la empleadora en aplicación de su facultades de concreción de la actividad laboral podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora, lo que conllevaría la vulneración del derecho fundamental citado. En concreto, como precisó la propia STC 62/2007, de 27 de marzo, tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial, pero justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para ésta.

Precisamente por esa razón añadíamos aunque “para apreciar la vulneración del art. 15 CE en esos casos no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz ex post, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (en este sentido, STC 221/2002, de 25 noviembre, FJ 4, y 220/2005, de 12 de septiembre, FJ 4, entre otras)”.

La doctrina expuesta despeja la primera cuestión planteada, relativa a la delimitación de la tutela constitucional comprometida en esta tipología de casos, que se extiende potencialmente, por tanto, frente a actos como los que denuncia la recurrente, siempre que se compruebe la existencia de un daño o perjuicio de la salud personal consumado o un riesgo de causación en los términos descritos.”

La sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 20-9-07, recurso 3326/06, estimó la solicitud de extinción del contrato por voluntad del trabajador, con derecho a percibir indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales al incumplirse por la empleadora el deber de evaluación de riesgos y protección frente a las agresiones sufridas por una trabajadora de la biblioteca municipal con un horario en el que parte de la jornada se encuentra sola en las dependencias, habiendo sufrido múltiples agresiones.

Razona la sentencia: “Retomando la cuestión re-

lativa a la existencia -en el caso debatido- de vulneración de derechos fundamentales, hemos de señalar que los hechos declarados probados -resumidos en nuestro primer fundamento de Derecho- evidencian lo que explícitamente censura la propia resolución judicial [como antes la Inspección de Trabajo], esto es, que el Ayuntamiento demandado omitió la debida evaluación de riesgos y la correlativa implantación de medios para proteger a la trabajadora. Con ello resulta claro que la empresa incumplió el deber de seguridad que le impone el art. 14.2 LPRL y desconoció algunas específicas obligaciones de la propia normativa, como pudieran ser las establecidas en los arts. 16 [evaluación de riesgos], 21 [existencia de riesgos graves e inminentes] y 43 [desatención a requerimientos de la Inspección de Trabajo]. Y esa pasividad o escasa diligencia empresarial correlativamente vulneró no solo el derecho -de naturaleza laboral ordinaria- del trabajador a «su integridad física y una adecuada política de seguridad e higiene» [art. 4.2.d) ET] y a «una protección eficaz en materia de seguridad», higiene y salud en el trabajo [arts. 19 ET y 14.1 LPRL]», sino también -lo que es decisivo a los efectos de que tratamos- su fundamental derecho a la vida y a la integridad física [art. 15 CE] y a la salud [art. 43 CE], que no han sido salvaguardados por el empresario, cuya diligencia como deudor de seguridad -no está de más recordarlo- para amplio sector doctrinal no se agota con el incumplimiento de las prevenciones legales en la materia, sino que se requiere la prueba cumplida de la diligencia necesaria para evitar el resultado dañoso.

Y en esta línea de vinculación entre el deber de protección y los derechos fundamentales, la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional afirma que «en las relaciones de trabajo nacen una serie de derechos y deberes de protección y prevención, legalmente contemplados, que reclaman una lectura a la luz de la Constitución, pues no cabe desconectar el nivel jurídico constitucional y el infraconstitucional en estas materias, toda vez que la Constitución reconoce derechos fundamentales como la vida y la integridad física (art. 15 CE), lo mismo que el derecho a la salud (art. 43 CE), y ordena a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2 CE)»; que «la lectura de diversos artículos de la Ley 31/1995... permite conocer la concreción legal que en el ámbito de la prestación de trabajo ha tenido la protección constitucional que impone esa tutela del trabajador, por virtud de las exigencias de diversos derechos constitucionales, entre ellos de los consagrados en el art. 15 CE»; y que esa normativa protectora que la LPRL representa es «desarrollo de

la tutela propia del derecho fundamental a la integridad física de la trabajadora... (Art. 15 CE)» (STC 62/2007, de 27/Marzo, FJ 5).

Tampoco es cuestionable que esa infracción del deber de protección que incumbe a la empresa y del derecho a la integridad que corresponde al trabajador han producido un acreditado daño psicológico, con estrés determinante de dos situaciones de Incapacidad Temporal: la primera en 18/02/04, a raíz de la agresión sexual y con duración de seis días; y la segunda en 30/11/04, por causa de la agresión física sufrida y con duración que exactamente no consta, pero que cuando menos ha de entenderse alcanza hasta la fecha de presentación de la demanda [6/04/05], lo que supone los 131 días de los que parte la reclamación para calcular la indemnización por daños morales y que no se han cuestionado por el Ayuntamiento demandado. Estrés que responde al concepto de daño moral habitualmente manejado por la jurisprudencia, tanto en su integración negativa como detracción que sufre el perjudicado no referida a los daños corporales materiales o perjuicios, y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad, como en su integración positiva de categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona (SSTS –Sala Primera– 22/05/95 [rec. 339/92]; 22/02/01 [rec. 358/96]; y 22/09/04 [rec. 4058/98]).”

4. TRABAJADORES EXTRANJEROS.

4.1 Concepto de extranjero

El artículo 1 de la L.O. 4/00 delimita el ámbito de aplicación de la Ley de forma negativa diciendo que “se consideran extranjeros, a efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española”. Habrá que acudir a los artículos 17 y siguientes del Código Civil, que especifica quiénes son españoles, para tener el concepto de extranjero.

El citado artículo 1 precisa “Los nacionales de los Estados Miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables”. En efecto, los ciudadanos nacionales de países miembros de la Unión Europea, tienen reconocido el derecho de libre circulación y residencia para ejercer un empleo en las mismas condiciones que los españoles, excepto para desempeñar un empleo en la Administración Pública, debiendo obtener tarjeta de residencia sólo en los su-

puestos previstos en el RD 178/03, de 14 de febrero .

Los extranjeros extracomunitarios no tienen un derecho de libre circulación para entrar, residir y prestar servicios en España, pudiendo encontrarse en dos situaciones: extranjeros en situación regular y extranjeros en situación irregular.

Para que un extranjero no comunitario pueda residir y trabajar en situación “regular” en España hay dos caminos:

- La denominada “gestión colectiva de contrataciones en origen”, regulada en el artículo 39 LO ex, que consiste en que el Ministerio de Trabajo e Inmigración, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, procede a aprobar una previsión anual de las ocupaciones y, en su caso, de las cifras previstas de empleos que se puedan cubrir a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen, en un período determinado. También se podrá establecer un número de visados para búsqueda de empleo en las condiciones que se determinen, dirigidos a hijos o nietos de español de origen o a determinadas ocupaciones. El procedimiento está basado en la gestión simultánea de una pluralidad de autorizaciones, presentadas por uno o varios empleadores, respecto de trabajadores seleccionados en sus países, con la participación, en su caso, de las autoridades competentes, actuándose coordinadamente con las Comunidades Autónomas competentes para la concesión de la autorización de trabajo inicial. Las ofertas de empleo realizadas a través de este procedimiento se orientarán preferentemente hacia los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación de flujos migratorios.

- La contratación individual de trabajadores, que supone la autorización administrativa previa para residir y trabajar, concediéndose conjuntamente la autorización de trabajo con la de residencia, excepto en los supuestos de penados extranjeros, que se hallen cumpliendo condena, o en otros supuestos excepcionales, de conformidad con lo regulado en el artículo 36 LO ex.

Por último, cabe la vía extraordinaria de la normalización o regularización de los inmigrantes que se encuentren en situación irregular, habiéndose producido seis procesos regularizadores desde 1986, obteniendo el inmigrante por esta vía el estatuto que le convierte en extranjero en situación “regular”.

Las situaciones en las que puede encontrarse un

trabajador extranjero en situación regular son las de estancia, por un período de tiempo no superior a 90 días, artículo 30 LO ex; residencia temporal, por un período superior a 90 días e inferior a cinco años, artículo 31 LO ex y residencia permanente, de duración indefinida, artículo 32 LO ex.

4.2 El principio de igualdad de trato

Los Textos Internacionales y Comunitarios adoptan una filosofía que, en principio, parece conducir a la equiparación del trabajador extranjero al nacional.

Así el Convenio n° 143 de la OIT, en su artículo 14, dispone que “todo miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a formular y a aplicar una política nacional destinada a promover y a garantizar, por los métodos adaptados a las circunstancias y usos nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato, en materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales y colectivas para las personas que, en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de su familia se encuentren legalmente en su “territorio”.

El Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador migrante, ratificado por España el 29 de abril de 1980, elaborado en el seno del Consejo de Europa, en su artículo 16 dispone que :

1. “En cuanto a las condiciones de trabajo, los trabajadores migrantes autorizados a desempeñar un empleo disfrutarán de un tratamiento no menos favorable que el que se reserve a los trabajadores nacionales, en virtud de las disposiciones legislativas o reglamentarias, de los convenios colectivos de trabajo o de las costumbres.

2. No se podrá derogar por contrato individual el principio de igualdad de trato, a que hace referencia el párrafo anterior”.

Reglas similares contiene en lo relativo a la seguridad social (artículo 18)., asistencia social y médica (artículo 19) y seguridad y salud en el trabajo (artículo 20).

En nuestro ordenamiento jurídico, el precepto clave, el artículo 13 de la Constitución, permite una amplia libertad de opción al legislador en el reconocimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros.

Dicho artículo establece que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título, en los términos que establezcan los Tratados y la Ley”.

Por su parte, el apartado 2 del precepto dispone que “solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, derecho al sufragio activo y pasivo y derecho de acceso a funciones y cargos públicos.

El artículo 10.2 de la Constitución ha establecido que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

El Tribunal Constitucional en S. 107/1984, de 23 de noviembre, resolviendo el recurso de amparo interpuesto por un trabajador irregular contra sentencia recaída en proceso de despido, desestimó el citado recurso, interpuesto contra sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona y del Tribunal Central de Trabajo, que desestimó la demanda por despido, al calificar como nulo el contrato al carecer de la autorización de residencia, requisito exigible a todo extranjero para trabajar en España. El recurrente consideraba que dichas resoluciones vulneraban el principio de igualdad, consagrado en el artículo 14 de la Constitución, así como los artículos 13 y 35.

El Tribunal Constitucional razonó que los derechos y libertades públicas reconocidas a los extranjeros, en cuanto a su contenido, son derechos de configuración legal.

Continúa razonando que el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos depende del derecho afectado, existiendo derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos (los derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica...) otros que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos por el artículo 23 de la Constitución, según dispone el artículo 13.2) y, por último, existen otros que pertenecen o no a los extranjeros, según lo dispongan los tratados y las leyes.

Esta doctrina, tachada de muy restrictiva, se ha ido modulando por el Tribunal Constitucional que ha

declarado en S. 99/85 de 30 de septiembre, que el párrafo 1º del artículo 13 de la Constitución no significa que los extranjeros han de gozar sólo de aquellos derechos y libertades que establezcan los Tratados y las Leyes, sino que los derechos y libertades, reconocidos en el título I podrán atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la ley interna española. Pero ni siquiera esa modulación o atemperación es posible en relación con todos los derechos.

En nuestro ordenamiento se parte de la diferenciación entre inmigrantes en situación legal e ilegal, dando un tratamiento distinto a unos y otros.

En principio el inmigrante legal, una vez cumplidos los requisitos para prestar sus servicios laborales por cuenta propia o ajena, goza de los mismos derechos que el trabajador español.

El trabajador extranjero en situación irregular no goza de la plena equiparación de derechos al trabajador nacional. No obstante hay derechos que están expresamente reconocidos, como son todos los derivados del contrato de trabajo (art. 36.5 LO ex), el derecho a la asistencia sanitaria (artículo 12 LO ex), el derecho a los servicios y prestaciones sociales de carácter básico (art. 14.3 LO ex), el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 20 LO ex), el derecho a la asistencia de intérprete (artículo 22.1 LO ex), derecho a la educación, en los términos en que aparece recogido en la Ley (artículo 9 LO ex). Se reconocen asimismo derechos de carácter colectivo, como son el derecho de reunión (artículo 7 LO ex), la libertad de asociación (artículo 8 LO ex) y la libertad de sindicación y huelga (artículo 11 LO ex). Hay otros derechos cuyo reconocimiento no se ha efectuado de forma explícita por la Ley, procediendo su fijación a través de la interpretación jurisprudencial de las normas, como es el derecho a las prestaciones de Seguridad Social en los supuestos derivados de contingencias profesionales (artículo 36.5 LO ex)

Asimismo gozan, como no podría ser de otra manera, de los derechos inherentes a la persona y a su dignidad y libre desarrollo, derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano y que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica.

4.3 Derecho a la salud

La configuración del derecho a la salud es un derecho de la personalidad que no admite la distinción entre españoles y extranjeros ya que todos tienen derecho a la salud, por el hecho de ser persona. También todos tienen derecho a la actividad de policía sanitaria, ya que se dirige a preservar la salud de la generalidad de las personas. La cuestión se plantea en relación con la prestación de servicios sanitarios y sociales, en la que puede haber diferencias entre españoles y extranjeros.

Habrà que examinar la prestación de la que se trate para determinar si corresponde por igual a españoles y extranjeros. Así corresponderà aquella prestación cuya dispensación se vincula a la propia dignidad humana y que, por lo tanto, se reconoce a todos sin distinción. Las otras prestaciones se reconocerán siempre que concurren ciertos requisitos adicionales que establecen las normas.

La Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad, en su artículo 2.2 equipara los derechos a la asistencia sanitaria de los extranjeros residentes en España con los atribuidos a los nacionales, estableciendo en su párrafo 3º que los extranjeros no residentes a España, así como los españoles fuera del territorio nacional, tendrán garantizado tal derecho en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan.

La LOEX, Ley 4/2000, de 11 de enero, dispone que los extranjeros gozaran en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados Internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Se entenderà que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta ley en condiciones de igualdad con los españoles". Por lo tanto, gozan del derecho a la protección de la salud, derecho que puede ser modificado por la ley que lo desarrolle.

Respecto a la asistencia sanitaria hay que distinguir entre:

- a) Extranjeros residentes en España.
- b) Extranjeros que no tienen permiso de residencia.
- c) Extranjeros menores de dieciocho años, con independencia de cual sea la situación administrativa y se encuentren o no inscritos en el Padrón Municipal.

d) Extranjeras embarazadas que se encuentran en España.

Los encuadrados en el apartado a) gozan de los mismos derechos que los españoles en relación con la asistencia sanitaria (art. 3 LOEX).

A los encuadrados en el apartado b) se les reconoce por el art. 12 LOEX el derecho a la asistencia sanitaria siempre que se encontraran inscritos en el padrón municipal. Tal reconocimiento ha sufrido un serio recorte a raíz de la modificación introducida por El Real Decreto-Ley 16/2012 de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, no teniendo en la actualidad derecho a la asistencia sanitaria, salvo en los supuestos previstos en los apartados c) y d) y en los supuestos de asistencia pública de urgencia en los términos que se señala más adelante.

A los extranjeros comprendidos en el apartado c) se les reconoce el derecho a prestación de asistencia sanitaria de manera incondicionada y directa, sin exigirles que residan en España ni que se encuentren inscritos en el Padrón Municipal, tal como resulta del artículo 12.3 LOEX.

a) las extranjeras que se encuentren encuadradas en el apartado d) se les reconocen el derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y puerperio, aunque no residan en España ni estén inscritas en el Padrón Municipal.

Por último se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica (art. 12.2 LOEX).

La enfermedad grave es un concepto jurídico indeterminado que habrá de ser concretado por la Administración sanitaria y, en su caso, por los Tribunales. Se trata de la protección que ha de dispensarse por estar directamente vinculada con la dignidad de la persona, vinculándose con el propio derecho a la vida del artículo 15 de la Constitución.

El accidente también genera este derecho a la asistencia sanitaria.

En ambos casos la cobertura se extenderà hasta el alta médica del enfermo.

5. LÍMITES DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE SALUD

Aunque el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE) guarda estrecha relación con el derecho a la salud (art. 43 CE), son derechos distintos que gozan de diferente nivel de protección. Así el primero aparece confirmado como un derecho fundamental protegido a través del cauce específico de protección jurisdiccional de tales derechos y, en su caso, a través del recurso de amparo. El derecho a la protección de la salud aparece regulado en los principios rectores de la política social y económica, articulándose su protección a través del artículo 53.3 CE.

La relación entre ambos derechos ha sido abordada por el Tribunal Constitucional que en sentencia 5/2002, de 14 de enero ha señalado que “el derecho fundamental a la vida, es en cuanto derecho subjetivo, que da a sus titulares la posibilidad de recabar al amparo judicial o, en su caso, de este Tribunal, frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su propia vida, siempre que tal amenaza revista una determinada intensidad”. La STC 35/1996 de 11 de marzo ha señalado que el derecho a la salud, o mejor aun el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, quede comprendido en el derecho a la integridad personal del art. 15 CE, si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino solo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma (STC 119/2001, de 14 de mayo).

La STC 91/2000 de 30 de marzo señala que la calificación de una pena como inhumana o degradante depende de su forma de ejecución y de las modalidades que esta reviste, de manera que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado distinto y superior del que suele llevar aparejado la simple imposición de la condena.

Se deduce de todo lo expuesto que no toda lesión del derecho a la protección de la salud supone la lesión del derecho a la vida y a la integridad física y moral, suponiendo las lesiones de esos derechos el grado superlativo de la lesión del derecho a la salud que permiten al ciudadano oponerse con éxito a los actos del poder público que la lesionen o pongan en grave riesgo.

La protección se dispensa cuando tales derechos son puestos en grave riesgo, sin que sea preciso que se haya producido una efectiva y actual lesión de los mismos.

En relación con el límite del derecho a la protección de la salud se han planteado múltiples reclamaciones judiciales relacionadas con las siguientes cuestiones:

- Intervenciones corporales: El límite de las mismas ha sido examinado, entre otras, por la STC 207/96, de 16 de diciembre, en la que se estimó la demanda de amparo de un imputado por delitos contra la salud pública (tráfico de drogas) en la que el Juzgado de Instrucción acordó la práctica de una prueba pericial sobre el pelo del recurrente, en concreto unos mechones de pelo de la cabeza y de las axilas. La sentencia concedió el amparo razonando que: a) los preceptos invocados por el Juez en el auto no prevén la práctica de tales pruebas. b) La medida no es necesaria, ya que no lo es para el esclarecimiento de los delitos imputados -cohecho y delito contra la salud pública- porque la prueba sólo sirve para determinar si el demandante es consumidor habitual de cocaína. c) No es proporcional porque la orden del examen de los cabellos es para averiguar “el tiempo desde que el recurrente pudiera ser consumidor de cocaína o de otras sustancias tóxicas”, mientras el sumario era sólo por consumo de cocaína. Razona la sentencia que mientras el derecho fundamental a la integridad física admite las intervenciones corporales obligatorias, si se sujeta a los indicados condicionantes, el derecho a no sufrir menoscabo en la propia salud es un límite infranqueable.

- Alimentación forzosa a internos penitenciarios en huelga de hambre: La STC 137/90, de 30 de julio examinó la cuestión de si vulnera el derecho fundamental a la vida, la resolución judicial que ordena la alimentación forzosa de un interno penitenciario en huelga de hambre cuando esa alimentación sea necesaria para impedir el riesgo de muerte. La sentencia entendió que el derecho a la vida que proclama el artículo 15 CE tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. La CE no garantiza en el artículo 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva sea contraria a ese derecho cons-

titucionalmente inexistente.

- Negativa a recibir transfusiones de sangre por motivos religiosos: se plantea si han de realizarse dichas transfusiones, aún contra la voluntad del paciente, existiendo riesgo para la vida, cuando se niega a recibirlas por motivos religiosos. El ATC 369/1984, de 20 de junio, resolvió que el valor preponderante de la salud frente a la libertad religiosa constituye una causa de justificación de la conducta del Juez que autorizó la realización de la transfusión y no constituye un delito de coacciones.

La STC 154/02, de 18 de julio, examinó el rechazo por un menor de edad del tratamiento médico consistente en una transfusión de sangre, habiendo fallecido el menor. La resolución contra la que se interpuso el amparo era una condena penal a los padres del menor, comisión por omisión. La sentencia razona lo siguiente: “En cuanto a la primera de las cuestiones apuntadas, es indiscutible que el juicio ponderativo se ha efectuado, en lo que ahora estrictamente interesa, confrontando el derecho a la vida del menor (art. 15 CE) y el derecho a la libertad religiosa y de creencias de los padres (art. 16.1 CE). Es inconcuso, a este respecto, que la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias religiosas) no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual es la vida “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional” (SSTC 53/1985 y 120/1990). Además, es oportuno señalar que, como hemos dicho en las SSTC 120/1990, de 20 de junio, FJ 7, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 5, el derecho fundamental a la vida tiene “un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”. En definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tanta facultad de autodisposición sobre su propio ser.

En el marco de tal delimitación de los derechos en conflicto las consecuencias del juicio formulado por el órgano judicial no tenían por qué extenderse a la privación a los padres del ejercicio de su derecho fundamental a la libertad religiosa y de conciencia. Y ello porque, como regla general, cuando se trata del conflicto entre derechos fundamentales, el principio

de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante (acerca de este principio de proporcionalidad entre derechos fundamentales, por todas, SSTC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 7, y 60/1991, de 14 de marzo, FJ 5). Y es claro que en el presente caso la efectividad de ese preponderante derecho a la vida del menor no quedaba impedida por la actitud de sus padres, visto que éstos se aquietaron desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó la transfusión. Por lo demás, no queda acreditada ni la probable eficacia de la actuación disuasoria de los padres ni que, con independencia del comportamiento de éstos, no hubiese otras alternativas menos gravosas que permitiesen la práctica de la transfusión”.

La sentencia termina declarando que a los recurrentes se les ha vulnerado su derecho fundamental a su libertad religiosa.

-Trasplante de órganos: Se plantean múltiples cuestiones en relación con la donación de órganos, el establecimiento de prioridades para recibir los mismos.

En todos los sistemas de trasplantes imperantes los órganos son propiedad de quienes los portan -se plantea si el órgano es propiedad absoluta del individuo o forma parte del dominio público o es una propiedad limitada-, pero ello no suele ir acompañado de la “alienabilidad del órgano”. La Declaración de Estambul de 30 de abril y 2 de mayo de 2008 establece que la comercialización de órganos conduce inexorablemente a la falta de equidad y a la injusticia y deber ser prohibida. Hay que citar la resolución de la OMS de 22 de mayo de 2004 que urgía a los Estados Miembros a tomar medidas contra “el turismo de trasplante de órganos”.

La donación de órganos “el altruismo” como única solución razonable y realista tiene un alto coste de vidas humanas y sufrimiento de los que se encuentran en lista de espera para un trasplante.

Se señalan algunas estimaciones que cifran entre 3.500 y 4.000 personas cada año los que murieron en los años 2003 a 2005 en espera de un trasplante renal en Estados Unidos y entre 1.500 y 2.000 enfermos hepáticos. En otoño de 2008 había más de 100.000 candidatos a recibir un riñón.

Se plantea el problema de que en el supuesto de que haya más peticionarios que órganos que sistema

ha de seguirse para decidir a quién se va a priorizar; que criterios pueden ser utilizados de forma justa para seleccionar pacientes a los que se presta esta asistencia sanitaria a la que tienen derecho, ya que es un medio para satisfacer una necesidad básica, pero que no puede prestarse a todos.

El Real Decreto 2070/99, de 30 de diciembre que desarrolló la Ley 30/1079, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos estableció unos principios informadores de esa prestación sanitaria: del altruismo, la fraternidad, la ausencia de ánimo de lucro y el anonimato. Además se garantiza la equidad en la selección y acaso el trasplante de los posibles receptores.

Se plantea si el criterio cronológico ha de ser utilizado, es decir, tiene derecho al trasplante el que primero está en la lista de espera, junto con la gravedad. Es el criterio habitualmente utilizado junto con el criterio geográfico.

Este sistema no se presta a favoritismos ni preferencias y no prima a la persona con mayores recursos económicos.

Otro criterio es atender a “la necesidad social” o a “la gravedad”. El primer criterio utilizado en situaciones de guerra -los generales y altos mandos antes que la tropa-, no resulta en estos momentos de aplicación en nuestro país. No sería éticamente aceptable que los individuos más “influyentes” o “necesarios” que tuvieran un trato de favor.

El criterio de la gravedad es el criterio médico habitualmente utilizado. El problema es concretar la gravedad o urgencia y decidir qué sujeto requiere con más urgencia el trasplante.

Se plantean otras cuestiones, como puede ser que un paciente que presente gran urgencia, por otros problemas va a morir en brevísimo plazo, por lo que en este caso parece razonable dar prioridad a otros con mayores expectativas de vida aunque sea manos urgente.

Ello nos muestra que no a todos se nos da la misma asistencia sanitaria ya que se prefiere trasplantar al paciente que presenta expectativas de más años de vida.

También se señala que, la priorización de los pacientes más graves supone una menor supervivencia del paciente y riesgo de fracaso del trasplante que

hace que haya que volver a trasplantar con lo que se consume un bien escaso.

La distribución por grupos de edad revela que los niños tienen mayor probabilidad de trasplante como consecuencia de la priorización que se hace en los criterios de distribución, también porque aparecen muchos donantes vivos.

Se justifica alegando que se da prioridad al más necesitado, que es el más joven porque ha tenido menos vida. Además los más jóvenes garantizan un mejor resultado si son atendidos sanitariamente.

Se plantea si no hay que atender, o en todo caso atender más tarde, a aquellos individuos cuyo estilo de vida ha influido en su enfermedad, fumadores, bebedores... Hay una teoría que defiende que los individuos debemos “hacernos cargo” de nuestro sistema de vida o de nuestra conducta. También el supuesto de un conductor negligente que se accidenta por su negligencia y necesita un órgano. Aparece así la irresponsabilidad como criterio distributivo sanitario.

Sin embargo este criterio no es acertado ya que se ha demostrado que el fumador o bebedor costaría menos al sistema pues su supervivencia es menor.

Se arguye también que el fumador ha contribuido económicamente al sistema, como el bebedor, al pagar las tasas de tabaco y alcohol.

Se plantea asimismo que muchos estilos de vida no son realmente “elegidos” por el individuo, sino que son las circunstancias sociales, familiares, etc. las que le han conducido a esta situación.

De este modo se tamiza la culpabilidad y se concluye que esta persona no deber ser postergada con la “lista de espera”.

Podría plantearse la responsabilidad de quienes asumen profesiones de riesgo como alpinistas, corredores de coches, de motos, toreros.

Otros estudiosos del tema propugnan la elección aleatoria de pacientes.

En definitiva la elección o priorización de unos pacientes sobre otros puede conducir a una discriminación por razón de edad, que vulneraría el derecho fundamental a la vida y a la integridad física.

6.- ÁMBITO LABORAL

6.1 Prestación laboral

El artículo 4.2 d) ET señala que en la relación de trabajo los trabajadores tienen derecho a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene.

El apartado e) por su parte señala el derecho de los trabajadores al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

La vulneración de estos derechos por parte del empresario en numerosas ocasiones ha tenido directa incidencia en la salud del trabajador, dando lugar al derecho a extinguir el contrato de trabajo con el percibo de la pertinente indemnización, o a una indemnización de daños y perjuicios por los causados vulnerando un derecho fundamental.

La primera cuestión que se plantea es si la situación de enfermedad del trabajador puede ser motivo para que la empresa proceda a su despido y, caso de que haya procedido, si vulnera el derecho fundamental a no sufrir discriminación, en este caso por razón de la enfermedad.

La STS de 11-12-07, CUD 4355/06 resolvió el asunto de un trabajador que desde el 1-10-02 viene prestando servicios a SEAT como oficial-auxiliar. El 25-07-05 la empresa le remitió carta de despido aduciendo que desde el año 2004 viene incurriendo en una disminución continuada de su rendimiento habitual, siendo el mismo inferior al pactado. La empresa reconoció la improcedencia del despido y depositó la indemnización en el Juzgado. El actor permaneció en IT desde el 25-03-04 a 9-05-04; del 14-06-04 a 31-08-04; de 1-09-04 a 25-07-05. En la fecha en la que el actor fue despedido en la empresa se encontraban 672 trabajadores de baja. En el mes de julio de 2005, la empresa despidió a 41 trabajadores que se encontraban en IT, haciendo constar en la carta “bajo rendimiento” y reconociendo la improcedencia del despido. El actor interesa que se declare el despido nulo por discriminatorio.

La sentencia razona: “De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 128/1987 y 166/1988, así como otras muchas posteriores) y

con la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo STS 17-5-2000, entre otras muchas, el art. 14 CE contiene dos normas diferenciadas. La primera, enunciada en el inciso inicial, prescribe la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley (o de otras disposiciones jurídicas) por parte de los poderes públicos. La segunda norma del art. 14 CE, que se extiende al ámbito de las relaciones entre particulares, establece la prohibición de discriminaciones, ordenando la eliminación de las conductas discriminatorias en función del carácter particularmente rechazable de los motivos de diferenciación que las inspiran. Estos motivos son los específicamente enunciados en el art. 14 CE (“nacimiento”, “raza”, “sexo”, “religión”, “opinión”) y los que deban ser incluidos en la cláusula genérica final (“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”).

Como dice nuestra sentencia de 29 de enero de 2001, la cláusula final del art. 14 CE no comprende cualquier tipo de condición o circunstancia de los individuos o de los grupos sociales, “pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta”. Los factores de diferenciación comprendidos en ella son aquellas condiciones o circunstancias que “históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas”. En los términos de STC 166/1988, se trata de “determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas” que han situado a “sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE”.

Esta concepción de la discriminación, en la que coinciden como se ha visto la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia ordinaria, no debe ser sustituida por la expresada en la sentencia recurrida, donde se omite la referencia a los móviles específicos de la conducta discriminatoria. Así, pues, manteniendo la premisa de que el derecho fundamental a no ser discriminado ha de guardar relación con criterios históricos de opresión o segregación, debemos reiterar aquí que la enfermedad “en sentido genérico”, desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, no puede ser considerada en principio como un motivo o “factor discriminatorio” en el ámbito del contrato de trabajo (STS 29-1-2001, citada). Se trata, por una parte, de una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores. Se trata, además, de una situación cuyo acaecimiento puede determinar, cuando se produce con frecuencia

inusitada, que “el mantenimiento del contrato de trabajo no se considere rentable por parte de la empresa” (STS 29-1-2001, citada). De ahí que, si el empresario decide despedir al trabajador afectado, podría ciertamente incurrir en conducta ilícita, si no demuestra la concurrencia de la causa de despido prevista en el art. 52.d) ET, pero no en una actuación viciada de nulidad radical por discriminación.

- Sólo en determinados supuestos, por ejemplo el de enfermedades derivadas del embarazo que están ligadas a la condición de mujer, puede el despido por enfermedad o baja médica ser calificado como despido discriminatorio, viciado de nulidad. Pero se trata, en realidad, como ha declarado recientemente el Tribunal Constitucional (STC 17/2007), de un supuesto particular de despido discriminatorio por razón de sexo, en cuanto que la decisión o práctica de la empresa de dar por terminado el contrato de trabajo por motivo concerniente al estado de gestación sólo puede afectar a las mujeres, situándolas en posición de desventaja con respecto a los hombres. Tampoco es posible considerar el despido por enfermedad sin más cualificaciones como despido acreedor a la declaración de nulidad por violación de otros “derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador” (art. 55.5 ET y 108.2 LPL) distintos del derecho a no ser discriminado. En el presente pleito este argumento ha sido utilizado en la sentencia de instancia, insinuándose también en la definición genérica y extensiva de discriminación que utiliza la sentencia recurrida. El derecho constitucional señalado al efecto por la sentencia de instancia es el “derecho a la protección de la salud” reconocido en el art. 43.1 CE. Pero, sin entrar ahora en si el contenido de la protección de la salud puede alcanzar a conductas empresariales potestativas o de configuración jurídica como la enjuiciada en este caso, lo cierto es que, siguiendo la propia sistemática de la norma constitucional, el derecho mencionado no está comprendido en la categoría de los “derechos fundamentales y libertades públicas” (Sección 1ª del Capítulo II del Título primero) a la que se refieren los preceptos legales mencionados sobre nulidad del despido. El art. 43.1 CE está situado en el Capítulo III del Título I de la Constitución, donde se enuncian los “principios rectores del orden social y económico”, a los que se asigna una función normativa distinta a la de los derechos fundamentales, en cuanto que dichos principios, sin perjuicio de desempeñar la función de información del ordenamiento que les es propia, han de ser alegados y aplicados por medio de las normas legales de desarrollo. Así lo dice literalmente el art. 53.3 CE (“El reconocimiento, el respeto y la protec-

ción de los principios reconocidos en el Capítulo III, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”). En fin, cuanto se ha dicho en este fundamento y en el anterior respecto de las enfermedades o bajas médicas individualmente consideradas del trabajador demandante en el presente litigio, no queda desvirtuado por la coincidencia en el tiempo de su despido con despidos por enfermedad de otros trabajadores. Como ya hemos apuntado en el análisis del tema de la contradicción, en cada proceso individual de despido habrá que considerar, y en su caso se habrá considerado, cuál o cuáles hayan sido los factores tenidos en cuenta por la empresa, y a la vista de ellos se habrá adoptado la resolución correspondiente. Pues bien, en el presente caso no se ha acreditado que el móvil del despido haya sido otro que la inevitable repercusión negativa en el rendimiento laboral de las enfermedades o bajas médicas del trabajador, un móvil que en esta litis determina la ilicitud e improcedencia del despido pero no la nulidad del mismo por discriminación o lesión de derechos fundamentales.

- En el debate procesal desarrollado en el presente asunto, la segunda línea de argumentación de la tesis de la nulidad del despido por enfermedad ha sido, como dijimos, la equiparación de la enfermedad a la discapacidad. Esta condición personal de discapacidad se ha convertido efectivamente en causa legal de discriminación a partir de la entrada en vigor de la Ley 62/2003, que ha dado nueva redacción al art. 4.2.c), párrafo 2º ET (“Los trabajadores... en la relación de trabajo...(t)ampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”). Pero, ni en el lenguaje ordinario ni en el lenguaje técnico de la ley, los conceptos de enfermedad y discapacidad son coincidentes o equiparables. La enfermedad, sin adjetivos o cualificaciones adicionales, es una situación contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado. Como es de experiencia común, el colectivo de trabajadores enfermos en un lugar o momento determinados es un grupo de los llamados efímeros o de composición variable en el tiempo. La discapacidad es, en cambio, una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada. En concreto, en el ordenamiento español la discapacidad es considerada como un “estatus” que se reconoce oficialmente mediante

una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido.

Parece claro, a la vista de las indicaciones anteriores, que las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples. Estos enfermos necesitan curarse lo mejor y a la mayor brevedad posible. Los discapacitados o aquejados de una minusvalía permanente, que constituyen por ello un grupo o colectivo de personas de composición estable, tienen en cambio, como miembros de tal grupo o colectividad, unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades.

Como ha recordado STS 22-11-2007 (citada) la diferencia sustancial en el alcance de los conceptos de enfermedad y discapacidad ha sido apreciada también por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en sentencia de 11 de julio de 2006 (asunto Chacón Navas), en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social num. 33 de Madrid. De acuerdo con esta sentencia, la Directiva comunitaria 2000/78 excluye la “equiparación” de ambos conceptos, correspondiendo la discapacidad a supuestos en que “la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período”, por lo que “una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78”.

A ello se añade que “ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad” y que “no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva” (discapacidad, edad, religión o creencia, orientación sexual”).

Se plantea si vulnera el derecho a la salud, en su vertiente de derecho a la integridad física el supuesto en que el empresario (Mercadona) amenaza a un trabajador con despedirlo si no se reincorpora al trabajo cuando estaba en situación de baja médica por parestesias secundarias a síndrome cervical. La STS de 31-01-11, CUD 1532/10, razona lo siguiente: “Sólo en las sentencias de 22 de noviembre de 2007 y 22 de septiembre de 2008 abordó la Sala la denuncia de la

infracción del art. 15 CE, vinculando el despido por enfermedad con la lesión del derecho a la integridad física. Se dijo en estas sentencias que el despido por enfermedad no afectaba, en principio, “al derecho a la integridad física que protege ante todo la incolumidad corporal, esto es, el derecho de la persona “a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento....., lo que únicamente guarda relación incidental con el supuesto” decidido, “en el que está en juego no el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal (intocados por el despido, ciertamente), sino más bien el derecho al trabajo -incluso en situaciones de infortunio físico”.

Pero en esas sentencias el despido continuaba siendo una reacción de la empresa ante los efectos en el trabajo de la morbilidad del trabajador, pues en ninguna de ellas actúa el despido como una coacción o amenaza que se orienta directamente a que el trabajador abandone el tratamiento médico que se le ha impuesto con preceptiva baja en el trabajo, que es lo que ha llevado a la sentencia recurrida a justificar la nulidad del despido en la medida en que esa coacción sí que resulta relevante. Y lo es porque enlaza con la doctrina del Tribunal Constitucional que en sus SSTC 62 y 160/2007 ha señalado que “el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal” y “si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma”, se precisa que “una determinada actuación u omisión de la empleadora” en aplicación de sus facultades de dirección y control de la actividad laboral “podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevará la vulneración del derecho fundamental citado”. Y así se concluye que “tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para ésta”. Ahora bien, en principio, la presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico que, con baja en el trabajo, le ha sido prescrito constituye una conducta que pone en riesgo la salud y, por ello, una actuación de este tipo ha de considerarse como lesiva para el derecho a la integridad física de acuerdo con la doctrina constitucional citada y esta conclusión no se ha combatido en el recurso”.

Asimismo la Sala Cuarta del Tribunal Supremo se ha pronunciado en supuestos en los que a causa de la situación laboral se desencadenó una enfermedad psíquica en el trabajador que, le obligó a pedir la extinción del contrato, por la vulneración de un derecho fundamental.

La STS de 17-05-2006, CUD 4372/04, examina el siguiente supuesto: El demandante llevaba trabajando desde el 8-03-00 para la Consejería de Turismo en la ciudad Autónoma de Ceuta, como persona de confianza de la Consejera de Turismo.

A partir de julio de 2000 por la Consejera se le encomendó la realización de tareas de camarero, exigiéndole servir copas a los invitados en las recepciones oficiales realizadas en el área de Turismo, en vacaciones, a requerimiento de la Consejera, con frecuencia le ordenaba que llevase la ropa a la lavandería, que fuera a pagar el alquiler de su casa, que fuera a la modista o a realizar algún trabajo de índole particular, se le cambió varias veces de mesa y ubicación. Desde el 17-12-02, se encuentra en IT por trastorno adaptativo ansioso depresivo al haber sido víctima de acoso laboral.

El actor solicita extinción del contrato de trabajo y abono de indemnización, en virtud de los artículos 14 -no discriminación- y 15 -derecho a la vida e integridad física y moral- de la Constitución.

La STS de 20-09-11, CUD 4137/10 examinó el supuesto siguiente: El demandante, de categoría profesional delineante, prestaba servicios para una empresa de arquitectura, desde el 30-10-1997 habiendo sido despedido el 8-09-07, despido reconocido como improcedente por la empresa que procedió a su readmisión, tras la intervención de la Inspección de Trabajo. El actor entendió que la readmisión era irregular. A partir de la readmisión la empresa le encomienda trabajos de inferior categoría, le niega el acceso al servidor informático, le niega la asistencia a reuniones internas, le impide el uso del teléfono de la empresa y del móvil, le encomienda un estudio de los negocios existentes en todo el casco histórico de Almería desde la Chanca hasta el Paseo de Almería, recabando información respecto a la nacionalidad del empresario y metros cuadrados del establecimiento, pendiente de las calles, mediante la utilización de una metro, sin ayuda de nadie, siendo trabajo propio de los topógrafos. Le modifica el horario y le reduce el salario en un 37%, habiendo alegando reducción del trabajo del estudio. El trabajador inició IT por cuadro ansioso depresivo reactivo a la situación laboral vi-

vida. Solicita extinción de contrato e indemnización de daños y perjuicios. La sentencia sigue el razonamiento de la sentencia anterior de 17-05 2010, CUD 4372/04, y condena a la empresa a abonarle una indemnización de 18.000 euros.

La STS de 9-05-2011, CUD 2408/09, examina el supuesto siguiente: la demandante presta servicios como auxiliar de limpieza para la empresa Promociones Piloñesas S.L., con contrato a tiempo completo y de duración determinada, prestando servicios en un pequeño hotel "Palacete Real", de 9 habitaciones, donde prestan servicios el codemandado y su esposa. El 21-06-07 recibe carta de despido por disminución continuada del trabajo pactado, reconociendo a continuación la improcedencia del despido y la puesta a disposición de la indemnización.

La actora denunció haber sido objeto de abusos sexuales y tocamiento libidinosos por parte del codemandado, Sr. López en el centro de trabajo, en el cuarto de planchado, incidente que duró unos 35 minutos y que denunció ante el Juzgado.

A resultas de la agresión está siendo tratada en el centro de salud y en el de asistencia a víctimas de agresiones sexuales. Inició IT por trastorno adaptativo mixto con ansiedad y estado depresivo.

Recayó sentencia penal firme en la que se condena al codemandado, representante de la empresa como autor de un delito de agresión sexual en el que la víctima es la actora.

El asunto plantea una cuestión procesal En efecto, la actora reclamó por despido nulo, por vulneración de derechos fundamentales -derecho a la intimidad e integridad física y moral- y cuando dictó sentencia el juzgado de lo Social y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que razona que no había quedado probada la agresión sexual, aún no había recaído sentencia en vía penal.

Al plantear la trabajadora recurso de casación para la unificación de doctrina, al amparo de lo establecido en el artículo 231 LPL solicita la incorporación de la sentencia penal. La sentencia de la Sala de 9-05-2011, CUD 2408/08, accede a incorporar la sentencia penal y decreta la nulidad de actuaciones, reponiendo los autos al momento anterior a dictar sentencia penal.

Razona que en el CUD está vedada la revisión de hechos pero la tutela judicial efectiva, sobre todo

cuando se trata de amparar un derecho fundamental, exige evitar que se produzca indefensión y es evidente que, aunque no haya habido infracción procesal determinante de dicha indefensión, esta se produce en forma material -no formal- y efectiva, en virtud de una circunstancia sobrevenida que le es imputable -la fecha de la sentencia penal- que se corrige decretando la nulidad de actuaciones al amparo del artículo 240.2 LOPJ.

6.2 Riesgos laborales. Obligatoriedad de los reconocimientos médicos.

El artículo 22.1 de la LPRL, Ley 31/1995 de 8 de noviembre, dispone que “el empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo”.

El artículo 2.2 de la LO 1/1982 de 5 de mayo, establece que no es ilegítima la intromisión en el ámbito íntimo de la persona cuando el titular del derecho hubiera otorgado su consentimiento expreso.

Por lo tanto, si hay consentimiento del trabajador, no se plantea ninguna cuestión acerca de la posibilidad del empresario de vigilar la salud de este. Así la norma establece que “esta vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento”.

Sin embargo, hay supuestos en los que, aún cuando el trabajador no haya prestado su consentimiento se ha de someter al reconocimiento médico. Son: a) Aquellos supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores. b) Para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa. c) Cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad (artículo 22.1, segundo párrafo LPRL). El artículo 196 LGSS, establece la obligatoriedad de reconocimientos médicos en empresas, en que haya riesgo de enfermedad profesional.

Señala el precepto 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 y a realizar los reconocimientos periódicos que para

cada tipo de enfermedad se establezcan en las normas que al efecto dictará el Ministerio de trabajo y Seguridad Social: Los reconocimientos serán a cargo de la empresa y tendrán el carácter de obligatorios para el trabajador a quien abonará aquella, si a ello hubiera lugar, los gastos de desplazamiento y la totalidad del salario que por tal causa puede dejar de percibir. Las indicadas empresas no podrán contratar trabajadores que en el reconocimiento médico no hayan sido calificadas como aptos para desempeñar los puestos de trabajo de las mismas de que se trate. Igual prohibición se establece respecto a la continuación del trabajador en su puesto de trabajo cuando no se mantenga la declaración de aptitud en los reconocimientos sucesivos.

En el supuesto de que la empresa no hubiera efectuado los reconocimientos previos o periódicos será responsable directa de todas las prestaciones que puedan derivarse de la enfermedad profesional, tanto si la empresa estaba asociada a una Mutua como si tenía cubierta la contingencia en una entidad gestora (artículo 197.2 LGSS).

El artículo 197 LGSS señala las obligaciones de las Mutuas en esta materia y las consecuencias de su incumplimiento.

El apartado b) es una clara manifestación de que el derecho a la intimidad, como cualquier otro derecho, tiene sus límites, en este caso, el límite es el derecho a la salud, a la vida y a la integridad física y moral de los otros trabajadores o de otras personas.

Estos supuestos están encuadrados en el artículo 2.2 de la LO 1/1982 de 5 de mayo que dispone que no se produce intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad cuando estuviera expresamente autorizado por una Ley.

El apartado d) es consecuencia de la configuración del empresario como “deudor de seguridad” en el artículo 14 LPRL y 19 ET. Asimismo el artículo 25 LPRL impone obligaciones al empresario en relación con sujetos especialmente vulnerables, así:

- Trabajadores que por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial. Deberá tener en cuenta dichos aspectos en la evaluación de los riesgos y en función de estos adoptará las medidas preventivas. No serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de

sus características personales, estado biológico o discapacidad 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 psicológicas de los respectivos puestos de trabajo.

- Factores de riesgo que puedan incidir en la función de la procreación de trabajadores y trabajadoras por la exposición a agentes físicos, químicos, y biológicos que puedan ejercer efectos mutagenéticos o de toxicidad por la provocación, tanto en los aspectos de la fertilidad como del desarrollo de la descendencia, con objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias.

El artículo 26 LPRL contempla la protección de la maternidad. Se refiere a la protección a las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente.

Si los resultados de la evaluación de riesgos revelan un riesgo para la seguridad o la salud, o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia, el empresario adoptará las medidas para evitar la exposición al riesgo, adaptando las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora afectada.

Si ello no fuera posible o, a pesar de la adaptación, las condiciones del puesto pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto y así lo certifican los servicios médicos del INSALUD o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe de médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado.

El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos.

Si no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a otro puesto no correspondiente a su grupo o categoría, conservando la retribución.

Si ello no fuera posible podrá declararse el pase a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, artículo 45.1 ET.

6.3 Dignidad y confidencialidad en la vigilancia de la salud.

La confidencialidad de los datos referentes a la salud aparece en el artículo 10.1 de la Ley General de Salud.

El artículo 22, ap. 2 a 4 LPRL señala: “Las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud.

Los resultados de la vigilancia a que se refiere el apartado anterior serán comunicados a los trabajadores afectados.

Los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador.

El acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que llevan a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario, o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador.

No obstante lo anterior, el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollarse correctamente sus funciones en materia preventiva.

El empresario conocerá que se han practicado los reconocimientos médicos y las conclusiones”.