

Tabaquismo y Derecho de la Seguridad y Salud Laboral: La Ley 28/2005 y el derecho de la seguridad y salud laboral

Dr. Manuel Luque Parra
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pompeu Fabra

De la lectura de la exposición de motivos de la Ley 28/2005 difícilmente puede extraerse como conclusión que nos encontramos ante una norma que aborda la problemática de la lucha contra el tabaquismo desde una perspectiva de seguridad y salud laboral. Así, sin que exista una negación de esta dimensión conceptual, lo cierto es que desde un primer momento se deja claro que nos encontramos ante una norma sobre “Salud Pública”.

No obstante, siendo cierto que la Ley 28/2005 trasciende en mucho el ámbito de la seguridad y salud laboral, de tal forma que ciertamente nos encontramos ante una norma cuya naturaleza prevalente debe enmarcarse en el ámbito de la Salud Pública, no es menos cierto que uno de los mayores impactos sociales de la norma se concreta en su aplicación en el entorno laboral, protegiendo lugares o ambientes laborales no contaminados. En suma, hasta la entrada en vigor de la LT, el cliente podía decidir si entrar o no en un establecimiento en el que no estuviese prohibido fumar, mientras que el trabajador debía prestar servicios de manera acrítica en todos aquellos ambientes de trabajo en los que no estuviese prohibido fumar [1]. Desde esta perspectiva, entendemos que el cambio de escenario que provoca la Ley es – sino más importante – cuando menos de igual trascendencia cuando hablamos desde la perspectiva del trabajador, que cuando nos referimos a la norma desde la perspectiva del cliente.

Así, de todos los objetivos de la Ley que se exponen en su primer artículo, la prohibición de fumar en los centros de trabajo ha de incluirse en el genérico apartado b) del artículo 1, cuando expresa la voluntad de “promover los mecanismos necesarios para la prevención y control del tabaquismo”. En lógica de prevención de riesgos laborales – esto es, en la lógica del artículo 4.1 de la LPRL – uno de los objetivos de la Ley es tratar bien de eliminar todo riesgo para la salud de los trabajadores derivado del tabaquismo en los centros de trabajo, bien de controlar dicho riesgo, pues – recuérdese – que la prohibición no es absoluta.

Desde esta perspectiva, echamos en falta que en el artículo segundo de la Ley no se defina en ningún momento el concepto de “prevención” o de “medidas preventivas” en los términos con los que el CMCT OMS define la noción “control del tabaco”: “comprende diversas estrategias de reducción de la oferta, la demanda y los

daños con objeto de mejorar la salud de la población eliminando o reduciendo su consumo de productos de tabaco y su exposición al humo de tabaco”.

En cualquier caso, sería un error afirmar que en ningún momento la LT hace un “guiño” al derecho de la seguridad y salud laboral, pues en la disposición adicional séptima se dispone que “lo establecido en esta Ley se entiende sin perjuicio de las demás limitaciones y prohibiciones al consumo de tabaco contenidas en la normativa de prevención de riesgos laborales”.

Es desde la consideración de la Ley 28/2005 como una norma también incardinable en el derecho de la seguridad y salud laboral (art. 40.2 de la CE), que planteamos este breve comentario, cuya versión in extenso puede consultarse en la monografía coordinada por mí y dirigida por el Dr. Salvador del Rey que ha sido publicada recientemente (14 de enero de 2006) por La Ley Actualidad-Expansión.

1. La conceptualización del “tabaquismo” como un riesgo laboral vinculado a la seguridad en el trabajo

Como es conocido, el artículo 4 de la LPRL define el concepto de “riesgo laboral” como “la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo”, esto es y siguiendo las definiciones del propio precepto (cuyo origen hay que buscarlo en la Directiva Marco 89/1989/CEE), la posibilidad de que un trabajador sufra enfermedades, patologías o lesiones con motivo u ocasión del trabajo. En este escenario, se obliga a la empresa a desarrollar una actividad preventiva, esto es, a que prevea y adopte un “conjunto de actividades o medidas (...) en todas las fases de actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo”.

Pues bien, ha sido desde la consideración del “tabaco” como un “riesgo laboral” que puede generar un “daño derivado del trabajo” que en nuestro ordenamiento jurídico se han venido previendo algunas medidas tendentes a “evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo” con relación al mismo. Sin embargo, la mayoría de las previsiones sobre tabaquismo en centros de trabajo promovidas con carácter previo a la LT parten de conceptualizar al tabaco o al hábito de fumar como un riesgo para la seguridad en el trabajo cuando concurre con algunos equipos de trabajo o condiciones de trabajo. Es desde esta singular perspectiva que normalmente se prohíbe fumar, tratando no sólo de disminuir el riesgo, sino sobre todo de eliminarlo por completo.

Algunos ejemplos importantes de normativa vigente sobre prevención de riesgos laborales promulgada con carácter previo a la Ley 28/2005 y en la que se efectúa un tratamiento del tabaquismo como un riesgo para seguridad en el trabajo, son:

- Real Decreto 1389/1997, de 5 de septiembre, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y salud de los trabajadores en las actividades mineras.
- Real Decreto 145/1989, de 20 enero, por el que se aprueba el Reglamento de admisión, manipulación y almacenamiento de mercancías peligrosas
- Real Decreto 230/1998, de 16 febrero, por el que se aprueba el Reglamento de explosivos.
- Real Decreto 1523/1999, de 1 octubre, por el que se modifica el Reglamento de instalaciones petrolíferas, aprobado por Real Decreto 2085/1994.
- Real Decreto 379/2001, de 6 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre almacenamiento y sus instrucciones técnicas complementarias MIE APQ-1, MIE APQ-2, MIE APQ-3, MIE APQ-4, MIE APQ-5, MIE APQ-6 y MIE APQ-7
- Orden de 31 de octubre de 1984, por la que se aprueba el Reglamento sobre Trabajos con Riesgo de Amianto (BOE de 7 de noviembre de 1984).
Orden en cuyo artículo 9º se prohíbe fumar en los locales y zonas en los que exista exposición a fibras de amianto

2. La conceptualización del tabaquismo como un riesgo vinculado a la salud del trabajador: *la protección del trabajador-fumador pasivo v. la protección del trabajador-fumador*

2.1. El tabaquismo como riesgo vinculado al consumo pasivo o involuntario de tabaco

La justificación de imposición de una prohibición genérica de fumar en los centros de trabajo se hace recaer en estudios científicos que han demostrado la clara vinculación causal entre el consumo activo/pasivo de tabaco y determinados riesgos graves para la salud de los ciudadanos/trabajadores.

Así, los datos apuntados en la referida exposición de motivos son suficientemente esclarecedores:

o A nivel internacional, el consumo del tabaco es el responsable del 90% de la mortalidad de cáncer de pulmón del 95% de las muertes o enfermedad pulmonar obstructiva crónica, del 50% de la mortalidad cardiovascular y del 30% de las muertes que se producen por cualquier tipo de cáncer.

o En una dimensión más estatal, se nos dice que el consumo de tabaco es el responsable del 16% de las muertes ocurridas en la población mayor de 35 años.

De conformidad con ello, tanto el CMCT de la OMS, como la propia exposición de motivos de la Ley dejan muy claro que el tabaquismo es la primera causa aislada de mortalidad y morbilidad evitable.

Ahora bien, desde la perspectiva estrictamente laboral, lo cierto es que el bien jurídico protegido no es tanto la salud del trabajador fumador como de manera directa la salud del trabajador pasivo. Y, en este punto, la justificación de la Ley vuelve a ser diáfana, por cuanto en su Exposición de Motivos nos dice que “hay evidencias científicas de que el humo del tabaco en el ambiente (consumo pasivo o involuntario de tabaco) es causa de mortalidad, enfermedades y discapacidad. La Agencia Internacional de Investigación del Cáncer de la OMS ha determinado que la exposición al aire contaminado con humo del tabaco es carcinogénica en los seres humanos”. Partiendo de esta premisa, se concluye que “el derecho de la población no fumadora a respirar aire no contaminado por el humo del trabajo prevalece sobre el de las personas fumadoras”.

De alguna forma, nos encontramos ante un riesgo para la salud de los trabajadores que no es específicamente laboral. Así pues, estamos ante un riesgo inespecíficamente laboral que parte del hecho de que *a priori* el trabajador que no fuma no tiene normalmente la capacidad de escoger entre trabajar con un fumador o con un fumador. Es por ello por lo que resulta tan importante que la Ley 28/2005 haya hecho prevalecer de modo casi absoluto el derecho al trabajo seguro y saludable sobre cualquier otro condicionante socio cultural o incluso económico.

En todo caso, no cabe duda que la Ley “sufrir” de una fijación “excesiva” en la protección del trabajador-fumador pasivo. Y decimos que “excesiva” por cuanto, como se tendrá la oportunidad de señalar en este capítulo, se ha dejado de proteger al trabajador-fumador, en el sentido de que no se aborda de manera adecuada la situación de este último trabajador en cuanto trabajador – en muchas ocasiones - “enfermo” (en virtud de su dependencia del tabaco). Buena prueba de ello ha sido la desaparición en el último trámite parlamentario de la disposición adicional sobre las medidas de apoyo financiero a las estrategias de investigación, prevención y facilitación de la deshabituación tabálica. En cualquier caso, sobre este aspecto volveremos más adelante.

En suma, la LT aborda la problemática del tabaquismo en el centro de trabajo como un riesgo vinculado al consumo pasivo o involuntario del tabaco, relacionado con la vigilancia de la salud, y es desde esta perspectiva que redimensiona la concepción tradicional del tabaquismo como riesgo laboral pues, a excepción del derogado RD 192/1988, la entidad de las previsiones que sobre esta materia se disponían con anterioridad a la promulgación de la Ley era mucho menor, tal y como analizamos a continuación.

2.2. El tabaquismo como un riesgo para la salud de los trabajadores en la normativa previa a la Ley 28/2005

Ya hemos señalado en varias ocasiones que con anterioridad a la promulgación y entrada en vigor de la LT, existían en nuestro ordenamiento jurídico numerosas normas que abordaban la problemática del tabaquismo desde la perspectiva de la vigilancia de la salud del fumador pasivo o involuntario. Con todo, es cierto que con la excepción del derogado RD 192/1988, el resto de normas – aún vigentes – no parten de una prohibición absoluta de fumar en el centro de trabajo.

Desde esta perspectiva, en este apartado diferenciamos el tratamiento del tabaquismo como un riesgo para la salud de los trabajadores en la normativa preLT que queda derogada por la irrupción de ésta última, del tratamiento que se efectúa en aquellas normas preLT que mantienen su vigencia. Así:

- El Real Decreto 192/1988, de 4 de marzo de 1988, por el que se limitaba la venta y el uso del tabaco para la protección de la salud de la población.
- Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo.
- El Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo (BOE de 24 de mayo de 1997).
- Real Decreto 1389/1997, de 5 de septiembre, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en las actividades mineras (BOE de 7 de octubre de 1997).

2.3. El tabaquismo en la Ley 28/2005: *la protección parcial de la salud del trabajador-fumador pasivo o involuntario v. la (des)protección de la salud del trabajador-fumador*

Ya hemos reiterado que tanto la norma precedente básico de la Ley 28/2005, como esta última norma abordan la problemática del tabaquismo en los centros de trabajo desde la expresa protección de la salud de los “no fumadores”. Así, la exposición de motivos del RD 192/1988 ya establecía como sus dos objetivos básicos tanto la reducción de la inducción al consumo del tabaco, como también la protección de los legítimos derechos a la protección de la salud de los no fumadores. De hecho, en su artículo primero se disponía que la protección del no fumador se impone sobre cualquier derecho de los fumadores a fumar: “de acuerdo con lo establecido en el artículo 25.2 de la Ley General de Sanidad, se declara el tabaco sustancia nociva para la salud de la persona. En consecuencia, en caso de conflicto prevalecerá siempre el derecho a la salud de los no

fumadores sobre el derecho de los fumadores a consumir labores de tabaco en todos aquellos lugares o circunstancias en que pueda afectarse al derecho a la salud de los primeros, conforme a los términos del presente Real Decreto”.

En esta misma línea se expresa la Ley 28/2005, en el sentido de que la prohibición de fumar en los centros de trabajo se enmarca en una protección expresa del consumidor pasivo o involuntario de tabaco dadas “las evidencias científicas de que el humo del tabaco en el ambiente es causa de mortalidad, enfermedad y discapacidad”. Así, se nos dice que “La Agencia Internacional de Investigación del Cáncer de la OMS ha determinado que la exposición al aire contaminado con humo del tabaco es carcinogénica en los seres humanos”.

Entendemos que, de alguna forma, la Ley trata de apostar por una regulación más precisa de Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo (BOE de 24 de mayo de 1997). Un Real Decreto que, todo hay que decirlo, no se menciona en ningún momento.

En suma, , en la Ley 28/2005 (1) se protege al trabajador-fumador pasivo por encima del trabajador-fumador activo, pero (2) no con carácter absoluto, por cuanto se permite que puedan existir lugares o espacios del centro de trabajo (art. 8) o incluso centros de trabajo (disposición adicional primera); así como (3) existe una casi total despreocupación por la suerte que pueda correr el trabajador-fumador activo respecto del que la OMS y la propia Ley le reconocen un carácter de enfermo o “dependiente del tabaco”. Y es que respecto de este último colectivo, la normativa vigente está más cercana a la regulación laboral sobre toxicomanía y embriaguez habitual (art. 54 del TRLET) que a cualquier otra regulación.

- La protección de la salud de los trabajadores y los lugares o espacios habilitados para fumar

Como hemos apuntado en el anterior epígrafe y como se analiza con detenimiento desde la perspectiva laboral en el capítulo III de este estudio monográfico, el artículo 8 de la Ley establece la posibilidad de que en los centros de trabajo puedan habilitarse zonas para fumar.

Sin duda, ésta es la previsión más relevante de la citada norma, y – lógicamente – la más discutible desde su propia lógica preventiva. En otras palabras, nos encontramos ante una regulación que pudiendo eliminar el tabaquismo como riesgo laboral no lo

hace con carácter absoluto pues permite que en determinadas circunstancias se habiliten espacios o lugares para fumar (artículo 8º).

Así, el artículo 8º de la Ley se convierte en una clara protección del hábito de fumar, y en este punto el aspecto más controvertido no es tanto, o no sólo, que a pesar de los datos evidentes sobre la consideración del tabaco y del humo del tabaco como riesgo laboral se permita fumar a los fumadores en centros de trabajo, pues la Ley trata de inducir en todo momento y desde múltiples ópticas (venta, publicidad...) al no consumo, sino que dicha permisión afecta de manera clara a los trabajadores pasivos o involuntarios que deban prestar servicios en dichos espacios o lugares habilitados para fumar.

Dejando para el próximo apartado el análisis de la problemática sobre los trabajadores especialmente sensibles, el problema de fondo es que en la propia exposición de motivos de la Ley se dice que el “el tabaquismo es la primera causa aislada de mortalidad y morbilidad evitable” y, sin embargo, finalmente se opta por no cumplir con dicho claro mandato relativo a la salud de los trabajadores [2].

En este punto, es claro que deben disponerse una serie de medidas que traten de equilibrar el derecho del cliente/trabajador fumador a ejercitar este hábito social, con la protección de la salud del trabajador-fumador pasivo, pero la duda que se nos plantea es si cabe obligar al trabajador-fumador pasivo a prestar servicios en los espacios o lugares habilitados como zonas para fumar, y que ya pueden ser calificados como peligrosos.

Nuestra respuesta a esta difícil cuestión parte de diferenciar entre trabajadores contratados ex novo y trabajadores que ya están en plantilla en el momento de la entrada en vigor de la Ley.

Respecto de los trabajadores contratados ex novo para prestar servicios en dichos espacios, deberán estar perfectamente formados e informados de los riesgos inherentes a su puesto de trabajo y, en base a ello y sean fumadores o no, decidir si aceptan o no la prestación de servicios ofrecida. En todo caso, es claro que se redimensionan deberes tales como el control de la vigilancia de la salud de dichos trabajadores.

Con relación a los trabajadores-no fumadores ya ingresados en la empresa, entendemos que se les debe ofrecer la posibilidad de readecuar su puesto de trabajo para no prestar servicios en tales espacios o lugares, sin que ello impida que de no ser posible dicha reacomodación pueda acudir a la extinción objetiva de la relación laboral.

- La (des)protección de la salud del trabajador-fumador: una óptica regulatoria similar al tratamiento de la embriaguez y la toxicomanía habitual

Quizás éste sea uno de los aspectos más controvertidos de la norma, de hecho las previsiones sobre la (des)protección de los trabajadores-fumadores ha sido moneda de cambio en todo el proceso legislativo, hasta que en el último trámite parlamentario se ha decidido eliminar la importantísima disposición adicional sobre las medidas de apoyo financiero a las estrategias de investigación, prevención y facilitación de la deshabituación tabática.

Y es que, una vez se conoce la importante protección del trabajador-fumador pasivo o involuntario, cabe preguntarse cuál es la protección que se dispensa al trabajador que fuma y al que se le prohíbe fumar en el centro de trabajo. Y en este punto, la respuesta de la norma no es del todo satisfactoria frente al trabajador-fumador al que en muchos supuestos debería tratarse como a un “enfermo” dada su adicción o dependencia del tabaco [3].

En efecto, a pesar de las presiones sociales sobre este concreto aspecto, finalmente todo ha quedado en la previsión de un genérico artículo 12 sobre programas de deshabituación tabática, mediante el que las APU se comprometen a promover programas sanitarios para la deshabituación tabática a través de la red asistencial de atención primaria, además de promover programas sobre la materia en centros docentes, sanitaria, de trabajo y en entornos deportivos y de ocio. Unos programas para los que, como señalábamos, se había incorporado una fuente de financiación específica en la finalmente non nata disposición adicional décima, en la que:

o Se obligaba al Ministerio de Sanidad y Consumo a adoptar las medidas normativas necesarias para incluir el consejo médico, el diagnóstico y el tratamiento de la dependencia dentro de la Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud.

o Se preveía la financiación por el Sistema Nacional de Salud de aquellos medicamentos o productos sanitarios de eficacia comprobada en el tratamiento del abandono del hábito tabático.

o Se destinaba total o parcialmente los importes de la recaudación por sanciones impuestas conforme a la Ley a desarrollar programas de investigación, de educación, programas de prevención, de control del tabaquismo y de facilitación de la deshabituación tabática.

o Y finalmente se obligaba al Ministerio de Sanidad y Consumo a dotar una partida presupuestaria estable en el Fondo de Cohesión destinada a Planes Integrales de Salud para el desarrollo por las CC.AA de programas de educación para la salud y promoción de la vida sin tabaco, así como a la concienciación de la población sobre los riesgos del hábito tabático con especial incidencia en mujeres y menores.

Una disposición que consideramos trataba de dar cumplimiento a lo estipulado en el artículo 14 del CMCT-OMS, sobre medidas de reducción de la demanda relativas a la dependencia y al abandono del tabaco. En concreto, cuando se dispone que Cada Parte “adoptará medidas eficaces para promover el abandono del consumo del tabaco y el tratamiento adecuado de la dependencia del tabaco”. Con este fin, Cada Parte, se nos dice, procurará: (1) incorporar el diagnóstico y el tratamiento de la dependencia del tabaco y servicios de asesoramiento sobre el abandono del tabaco en programas, planes y estrategias nacionales de salud y educación, con la participación de profesionales de la salud, trabajadores comunitarios y asistentes sociales, según proceda; y (2) establecer en los centros de salud y de rehabilitación programas de diagnóstico, asesoramiento, prevención y tratamiento de la dependencia del tabaco.

No obstante, desaparecida dicha disposición adicional y hasta que no sepamos cómo y cuándo se van a afrontar los postulados del artículo 12 de la LT, consideramos que en la práctica muchas empresas optarán por tratar al trabajador-fumador como han venido haciendo con la toxicomanía o embriaguez habitual, esto es, (1) como a un trabajador especialmente sensible (art. 25 de la LPRL) o (2) como a un trabajador “enfermo” (de no poder controlar el hábito/dependencia de fumar) a los efectos de que se le reconozca una situación de incapacidad temporal, debería ser, por contingencias profesionales pues la problemática con relación al hábito de fumar se determina por el hecho de prohibirse dicho hábito en los centros de trabajo [4]. Ahora bien, si la equiparación puede tender a realizarse con relación a las situaciones de embriaguez habitual o toxicomanía, mucho nos tememos que algunas empresas acudirán a la obsoleta y totalmente contraria a la lógica preventiva causa de despido disciplinario del artículo 54.2 del TRLET.

En suma, entendemos que la Ley 28/2005 padece de un grave “desequilibrio protector” por cuanto mientras se garantiza en un grado muy importante la protección de la salud de los trabajadores-fumadores pasivos, sin embargo la eliminación de la disposición adicional décima del Proyecto de LT genera una importante desprotección del trabajador-fumador.

En este punto, consideramos que además de que habrían de retomarse las citadas medidas de apoyo financiero, el tratamiento normativo que debería recibir dicho trabajador habría de pasar por su consideración, en los supuestos en los que la

prohibición de fumar le generase al trabajador una situación de ansiedad que no le haga apto para el trabajo, como un “trabajador enfermo” dada la reconocida adicción y dependencia que dicho hábito genera en quién consume tabaco. Desde esta perspectiva, entendemos que una medida sobre la que reflexionar podría ser la de reconocer una situación de incapacidad temporal “singular”.

- “Incapacidad” en el sentido de que estaríamos ante supuestos en los que la prohibición de fumar, teniendo en cuenta la existencia o no de espacios habilitados para ello, puede generar en el trabajador-fumador una situación tal de ansiedad/dependencia que requiera que deba suspenderse el contrato de trabajo.

- “Temporal”, en cuanto que como tal hábito “incompatible” con el desarrollo de la prestación de servicios por cuenta ajena, es superable.

- “Singular”, dado que nos encontramos ante un hábito relativamente voluntario. En el sentido de que como toda adicción requiere de un acto voluntario por parte del trabajador para poder participar en programas de deshabituación tabática.

Es por todo ello por lo que consideramos que en los casos en los que sea factible hablar de dicha situación de IT por tabaquismo, su mantenimiento en cuanto prestación asistencial y económica requeriría – de manera análoga a lo que sucede con la prestación por desempleo – que el trabajador pruebe “activamente” que quiere deshabetuarse [5].

3. La problemática singular de los trabajadores especialmente sensibles y la prestación de servicios en zonas habilitadas para fumar

Finalmente, debemos hacer una especial referencia a la problemática de los trabajadores especialmente sensibles, en particular, en cuanto a su posible prestación de servicios en zonas habilitadas para fumar (artículo 8º de la LT).

Es conocido que el concepto de trabajadores especialmente sensibles nos viene determinado por la LPRL en sus artículos 25 a 28, afectando a los trabajadores “discapacitados”, a las mujeres embarazadas o en período de lactancia, a los menores de edad, y a los trabajadores con contrato temporal o contratados por una ETT para ser cedidos a una EU.

Desde la óptica del tabaquismo como riesgo para la salud de los trabajadores-fumadores pasivos, tanto el CMCT como la propia LT reconocen que las mujeres, en cuanto tales y

más aún si están embarazadas, y los trabajadores menores de edad son un colectivo especialmente sensible a los riesgos derivados del tabaquismo.

Así, con relación a las mujeres, en la exposición de motivos de la LT se dice expresamente que “no se puede desconocer, por lo demás, que el fenómeno del tabaquismo no se manifiesta de igual manera en hombres y en mujeres. Se han advertido claras diferencias tanto en las causas que inducen la inicio del consumo, en las mismas pautas de consumo, en el mantenimiento de la adicción, en la respuesta a los tratamientos, en la dificultad de abandono y en las tasas de recaída, y es evidente el mayor impacto negativo para la salud de las mujeres. Es por ello por lo que se hace necesario contemplar la perspectiva de género en todas y cada una de las estrategias que se desarrollen para el abordaje del tabaquismo, al objeto de eliminar aquellos factores que propician una situación desigual de oportunidades para disfrutar de salud, discapacitarse o morir por causas prevenibles”.

En cuanto a la trabajadora embarazada, la misma exposición de motivos apunta que “la interacción con la especial fisiología de las mujeres y los procesos reproductivos les añade unos riesgos específicos. Hace varias décadas que se conoce que la nicotina y el monóxido de carbono durante el embarazo son responsables de una mayor propensión al aborto espontáneo y a la mortalidad perinatal, así como una reducción de peso del recién nacido. La exposición de la mujer gestante como fumadora pasiva al humo del tabaco presente en el ambiente provoca nocividad sobre el feto”.

En esta misma lógica se expresaba con relación a las trabajadoras embarazadas el RD 192/1988, en cuyo artículo 7º se prohibía fumar en cualquier área laboral donde trabajasen mujeres embarazadas, sin prever excepción alguna. Por lo que cabría inferir que de acuerdo con ello, no sería factible que en una eventual zona habilitada para fumar bajo los postulados del citado RD, pudiese estar prestando servicios una trabajadora embarazada.

Llegados a este punto, sorprende cómo la Ley 28/2005 no hace ninguna mención al colectivo de trabajadoras, embarazadas o no, como un colectivo especialmente sensible a los efectos de determinar quién puede trabajar en zonas habilitadas para fumar.

Entendemos que en coherencia con los antecedentes normativos expuestos, así como en virtud de los estudios científicos sobre la materia, no será posible que una mujer embarazada pueda desarrollar actividad por cuenta ajena alguna en las zonas habilitadas para fumar (art. 26 LPRL). Debiéndose tener un especial control sobre la seguridad y salud de las trabajadoras no embarazadas dada la especial dimensión “de género” que tiene la Ley (art. 25 LPRL).

Igualmente discutible es la posición de la Ley con relación a los trabajadores menores de edad y el trabajo en las zonas habilitadas para fumar. En este punto, en el apartado segundo del artículo 8º de la LT se exige que dichos espacios o lugares “no deberán ser zonas de paso obligado para las personas no fumadoras, salvo que éstas tengan la condición de trabajadoras o empleadas en aquéllas y sean mayores de dieciséis años”.

Así, en base al texto de la norma sería posible que un trabajador menor de edad, si bien mayor de dieciséis años, pueda desarrollar una prestación por cuenta ajena en las zonas habilitadas para fumar, cuando – en cambio – se le prohíbe adquirir o comercializar productos de tabaco (arts. 3 y 4).

Sin duda, consideramos que a falta de un desarrollo reglamentario del artículo 27 de la LPRL sobre protección de los menores de edad, la propia voluntad de la Ley 28/2005 – fundamentada en la Directiva y en el CMCT-OMS - de desincentivar de manera contundente el consumo de tabaco entre los menores de edad hace – o debería hacer – inviable que en las zonas habilitadas para fumar puedan prestar servicios trabajadores con una edad comprendida entre los 16 y 18 años. Y es que lo contrario nos llevaría al absurdo de casi prohibir cualquier actuación como fumador activo del trabajador menor de 18 años, mientras que se permite su condición de fumador pasivo o involuntario.

[1] Sobre la naturaleza constitutiva o declarativa de la prohibición de fumar en los centros de trabajo incorpora el artículo 7.a) de la Ley, véase el apartado 3.3.b) de este capítulo.

[2] En el Dictamen 2/2005 que al Anteproyecto de la Ley efectuó el CES se expresaba que “el apartado 8.2.b) parece contradictorio con los objetivos declarados por el Anteproyecto de proteger a las personas no fumadoras a la exposición del humo del tabaco el hecho de que se establezca que las zonas habilitadas para fumar no deberán ser de obligado paso para las personas no fumadoras “salvo que éstas tengan la condición de trabajadores o empleadas en aquéllas”. Llama la atención que, en relación a la prohibición total de fumar en los centros de trabajo que establece el artículo 7.a) no sea relevante la condición de trabajador en estos casos” (pág. 10).

[3] A este respecto la claridad del CMCT-OMS es reseñable, cuanto apunta en su Preámbulo que los cigarrillos y algunos otros productos que contienen tabaco están diseñados de manera muy sofisticada con el fin de crear y mantener la dependencia, que muchos de los compuestos que contiene y el humo que producen son farmacológicamente activos, tóxicos, mutágenos y cancerígenos, y que la dependencia

del tabaco figura como un trastorno aparte en las principales clasificaciones internacionales de enfermedades”.

[4] En este punto, el Dictamen 2/2005 del Consejo Económico y Social, sobre el Anteproyecto de la Ley reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos de tabaco (16/03/2005) “por lo que se refiere al entorno laboral en su conjunto y, especialmente en los centros de trabajo, el CES considera que la regulación contemplada en el Anteproyecto puede ser fuente de importantes conflictos, suponiendo una distorsión en los cauces regulatorios y de participación que le son propios. Cabe recordar a este respecto los buenos resultados que se vienen obteniendo en diversas experiencias ya desarrolladas por los agentes sociales en el campo de la prevención del tabaquismo en el lugar de trabajo, así como otras áreas similares, como el alcoholismo”, pág. 6.

[5] De forma análoga a lo que sucede con la prestación por desempleo en cuanto al rechazo de una oferta de empleo o la negativa a participar en trabajos de colaboración social, programas de empleo o en acciones de promoción, formación o reconversión industrial.