

CAPÍTULO 45

IMPACTO DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS SOBRE LAS PRUEBAS DEL USO DE DROGAS ENTRE EMPLEADOS. UNA PERSPECTIVA PARA ANÁLISIS COMPARATIVO

Alvin GOLDMAN *

SUMARIO: Introducción. Primera parte. Impacto de la Constitución sobre métodos empleados para la investigación del consumo de drogas entre trabajadores. I. Fondo. II. Marco de aplicación constitucional. III. Medidas de la Corte Suprema respecto a las provisiones de la cuarta enmienda respecto al registro y prendimiento. IV. Otras estipulaciones constitucionales. V. Las pruebas de drogas como registro y prendimiento. VI. Tasa de desarrollos judiciales. VII. Impacto de normas constitucionales sobre trabajadores no empleados por el gobierno y sometidos a pruebas. Segunda parte. Una perspectiva comparada. Apéndice.

INTRODUCCIÓN

La Constitución de los Estados Unidos de América se dirige casi exclusivamente a la relación entre el individuo y el gobierno. Se diferencia de la Constitución mexicana, sin embargo, al hacer lo más mínimo por definir la condición de los trabajadores; no establece derechos básicos que deriven de esa condición, y no provee una estructura que elabore las relaciones entre patrón y obrero. Más allá de la enmienda trece a la Constitución norteamericana, que de hecho prohíbe la servidumbre involuntaria y que contiene algunas provisiones respecto a nombramientos y a estabilidad y a la autoridad de ciertos oficiales del gobierno, la Constitución de los Estados Unidos no intenta inmiscuirse directamente en asuntos que conciernan el trabajo. Sin embargo, al limitar el alcance del poder gubernamental, la Constitución no tiene impacto alguno sobre la “sustancia”, o meollo, ni sobre el “proceso” de aquellas leyes que se han formulado para regular el trabajo y las relaciones entre patrones y trabajadores.¹

* Universidad de Kentucky, Lexington, Kentucky.

¹ Para un panorama del impacto de la Constitución sobre la formación de derecho y proceso en relaciones obrero-patronales, véase A. Goldman, *The Supreme Court and Labor-Management Relations Law* (1976).

La primera sección de este trabajo provee un ejemplo específico de la manera en que la Constitución de los Estados Unidos, al limitar el poder gubernamental, puede a veces afectar el contorno de las relaciones del trabajo. Esa ilustración examina el impacto que tiene la Constitución sobre el auge actual de parte del gobierno hacia la lucha contra el abuso de drogas, exigiendo que el empleado se someta a pruebas de sangre y de orina que pretenden determinar si ese empleado abusa del consumo de esas sustancias.

La segunda parte del trabajo ofrece un modelo con el que analizar las diferencias entre las dos Constituciones, de México y de los Estados Unidos, y además sugiere cómo se relacionan las diferencias de las respectivas personalidades nacionales de los dos países.

PRIMERA PARTE

IMPACTO DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE MÉTODOS EMPLEADOS PARA LA INVESTIGACIÓN DEL CONSUMO DE DROGAS ENTRE TRABAJADORES

I. FONDO

La Ley norteamericana regula o prohíbe el consumo de la mayoría de drogas que cambien la capacidad de percepción, la disposición y el comportamiento en el ser humano. A pesar de estas reglas, o quizás a causa de ellas, la importación ilegal, más la fabricación y venta de tales drogas, es una de las más grandes industrias en los Estados Unidos,² —industria cuyo funcionamiento altera muchos aspectos de la sociedad norteamericana; industria que en gran manera influye sobre los contornos de la política exterior de los Estados Unidos—.

Hay suficientes pruebas de que el consumo ilegal de drogas y el uso legal en exceso de drogas constituyen un costoso y extenso problema para la economía norteamericana. El abuso de aquellas sustancias que alteran el bienestar, el juicio y la conducta del individuo, da paso a la incrementación de accidentes, y de ausencias y cargos médicos y a la disminución de productividad.³ Por tanto, no sorprende notar que en una reciente encuesta de un enorme

² Aun cuando varían los presupuestos, claramente, la cantidad de dinero que se ha involucrado hasta ahora sobrepasa el producto nacional bruto de muchas naciones más pequeñas. El presupuesto más bajo declara que el valor anual de esta "empresa" sobrepasa los \$30,000,000,000. Véase, E. Adams, "Random Drug Testing of Government Employees", 54 *U Chi. L. Rev.*, 1335, 1336 (1987).

³ E. Adams, antedicho, en 1337; nota, "Behind the Hysteria of Compulsory Drug Screening in Employment", 25 *Duquesne L. Rev.* 597, 610 (1987).

grupo de gerentes de relaciones industriales, más de un tercio de ellos señalaron el abuso de drogas entre obreros o trabajadores como uno de los tres mayores problemas con que se enfrenta la nación entera en el año 1988.⁴ Para los propósitos de este trabajo, resulta de gran significado que la respuesta prevalente a este supuesto problema sea que, en mayores números, los administradores requieran, de parte del empleado, ciertas pruebas que determinen si de hecho consume drogas —acercamiento que se ha fomentado animadamente por la administración del presidente Reagan—. ⁵

Las pruebas principales de que se valen los patronos para la determinación del consumo de drogas (exceptuando el alcohol) están basadas en el urinalisis del sujeto. Este análisis determina la presencia de los “metabolitos”, o excreciones metabólicas que resultan al exponerse el cuerpo a un gran número de sustancias. Estos “metabolitos” se producen en el cuerpo, por el sistema digestivo, el sistema de oxidación y otros procesos que ocurren dentro del corto tiempo en que se expone el cuerpo a estas sustancias, y permanecen en el cuerpo de uno o dos días, y en algunos casos hasta varias semanas. Bajo condiciones ideales, el urinalisis puede tener gran éxito en la determinación de evidencia que señale si el cuerpo se ha expuesto a aquellas sustancias que más se abusan. Sin embargo, la detección mediante estos exámenes presenta un sinnúmero de problemas, entre ellos el costo de aplicación. La prueba más frecuentemente empleada para la determinación preliminar cuesta entre \$5 a \$20 cada una; y las pruebas más precisas generalmente cuestan entre \$30 y \$100 cada una.⁶ De tal modo, la aplicación de estas pruebas se ha convertido, de por sí, en una empresa de enormes proporciones en los Estados Unidos, factor que influye no poco en los acercamientos al problema, ya que las empresas que producen y efectúan estas pruebas han destinado grandes cantidades de dinero para fomentar el uso de sí mismas.

Aun cuando el urinalisis da resultados confiables cuando se efectúa apropiadamente, dos problemas sugieren la necesidad de tener precaución al aceptarse los resultados de estas pruebas. En primer lugar, los resultados que indican que el cuerpo ha sido expuesto al abuso de drogas, también pueden

⁴ 2 BNA, *Indiv. Emplmt. Rts.*, No. 16 p. 2 (Dec. 8, 1987).

⁵ 2 BNA, *Indiv. Emplmt. Rts.*, No. 16 p. 2 (Dec. 8, 1987). Una encuesta de entidades con 50 o más empleados mostró que el 14% de ellas requerían que se tomara una prueba del uso de drogas por parte de los que solicitaban empleo, y un 25% imponían tal requisito sobre aquellos trabajadores que, en casos de “probable causa”, se les sospechaba de maleficiencia. Una encuesta de 245 negocios indicó que el 26% de éstos emplean pruebas del uso de drogas antes de emplear. BNA, *Recruiting and Selection Procedures*, p. 17 (1988).

⁶ M. Rothstein, “Drug Testing in the Workplace”, 63 *Chi. Kent L. Rev.* 684, 691-99 (1987); nota, ya citado, 25 *Duquesne L. Rev.* en pp. 614-619.

⁷ A. Hoffman, *Steal this Urine Test* en p. 179 (1987). Se ha proyectado que el volumen de negocios en esta empresa alcanzará \$250,000,000 para el año 1990.

generarse por una variedad de drogas legales, y hasta por ciertos alimentos que no son sustancias de abuso. Por ejemplo, alimentos como semillas de amapolas, y medicinas como antihistaminas, producen los mismos resultados en estas pruebas que drogas tales como la heroína, la morfina, y otras sustancias que figuran en el abuso de drogas. Por tanto, antes de llegar a cualquier conclusión respecto al análisis, sería necesario asegurarse de que el individuo sometido a la prueba no haya consumido una de esas otras sustancias. Tampoco muestran estas pruebas cuándo y bajo qué circunstancias o condiciones el sujeto se ha expuesto a esas sustancias. Por ejemplo, los resultados que aparecen después de fumarse un cigarrillo de marihuana tres horas antes de la prueba, resultan los mismos que si el sujeto permaneciera en el mismo lugar donde otros individuos (y no él mismo) estuvieran fumando la droga tres días antes.⁸

Segundo, aunque las pruebas pudieran resultar muy correctas en la determinación de la presencia de "metabolitos", bajo las condiciones prácticas del análisis de laboratorio de las muestras, varios errores o problemas se podrían presentar: equipo de análisis inapropiado, incorrecta disposición de las muestras de orina, y el incompleto entrenamiento de los técnicos encargados de efectuar las pruebas. Esta última, en razón del gran costo que se destina para el entrenamiento total de esos técnicos. De manera que los laboratorios o sus técnicos, a veces suelen tratar de economizar tiempo y esfuerzo. También, las tareas técnicas resultan aburridas, lo cual puede causar errores: una calibración errónea, errores en el análisis mismo, y hasta errores al apuntarse los resultados. También se sabe de laboratorios y de técnicos que falsifican información, sustituyen datos para así economizar esfuerzos o para disminuir el costo debido de la obra.⁹

Igualmente, el urinalisis se puede emplear para reunir datos que normalmente no vienen a ser base legítima para llevar a cabo decisiones respecto al empleo del individuo. Entre estos datos se incluyen los que determinan el embarazo, la diabetes, la epilepsia, y la recién participación en el acto sexual.

El alcohol, droga que se metaboliza rápidamente en el cuerpo humano, se detecta en el aliento y en pruebas de sangre. Estas, determinan la cantidad de alcohol en el cuerpo, y a más altos niveles de absorción (.1 o más) constituye un índice que determina si el sujeto se encuentra incapacitado en el desempeño de su labor.¹⁰

⁸ M. Rothstein, ya citado, en pp. 698-99; nota, 25 *Duquesne L. Rev.* en pp. 624-25; K. Stern, "Government Drug Testing and Individual Privacy Rights", 5 *Yale L. & P. Rev.* 235, 246-67 (1986); nota, "Drug Testing in the Workplace", 48 *OH. S. L. J.* 877, 881-84 (1987).

⁹ *Ibid.*

¹⁰ A niveles de alcohol más bajos, como el .05, a lo más se podría decir que la incapacitación sería "probable" ya que en casos particulares la absorción varía y podría

Por más que existan pruebas respecto a la relación entre la presencia del alcohol y la incapacitación del individuo, sea en la disminución de la facultad de coordinación o en el índice de reacciones físicas del sujeto, no existe prueba alguna que muestre las correlaciones entre la presencia de "metabolitos" en la orina a causa del abuso de drogas, y la incapacitación del sujeto frente a la mano de obra o la función asignada al individuo.¹¹

El entorpecimiento en la coordinación motora, la agudeza visual, la fuerza, y las reacciones, y otros más, se pueden medir de manera menos costosa y más rápida. Se pueden emplear métodos sencillos y variados, tales como exigir que el individuo salte sobre una pierna; que se toque la punta de la nariz a la vez que cierra los ojos; que atrape una pelota que se le tira, y otras pruebas similares.

La incapacitación del juicio o del bienestar del individuo son más difíciles de definir, medir y de probar. Es, además, muy difícil establecer relaciones entre estos cambios y la capacidad para efectuar competentemente su labor.

Existe una gran hipocresía y prejuicio cultural dentro de estos sistemas de investigación para la determinación del consumo de drogas, ya que no todas las sustancias debilitantes o adictivas se prohíben en los lugares de trabajo. Los patronos si apoyan el uso de ciertas drogas que realzan la capacidad del trabajador y su mejor funcionamiento, aunque sean también drogas adictivas, o aunque el uso prolongado de éstas perjudique la salud del empleado. Por ejemplo, la nicotina es una sustancia adictiva, un estimulante simple y leve, que suprime el apetito y que contribuye a la mayor concentración y a actividades creativas en los que se habitúan a su uso. En otros tiempos, el consumo de nicotina se permitía y se fomentaba a través del recinto de trabajo por las máquinas de venta de cigarrillos. Aunque en los últimos años en los Estados Unidos se ha visto una notable restricción o prohibición del hábito de fumar en el trabajo, sería justo afirmar que esa campaña contra el cigarrillo ha recibido menos atención y apoyo del gobierno. Mientras que las drogas ilegales se han señalado responsables por la muerte de cerca de 3,500 personas al año, la nicotina se ha juzgado responsable por la muerte de al menos 200,000 o 300,000 personas al año.¹²

El consumo de la cefeína, otra sustancia adictiva, y un leve estimulante, generalmente se fomenta y hasta se subsidia en forma de café o de té, de sodas

variar de vez en cuando hasta en el mismo individuo. (Entrevista telefónica con el Dr. Charles Gorodetsky, Burroughs Wellcome Corp., el 28 de abril de 1988. El Dr. Gorodetsky es una autoridad nacional sobre sustancias que se abusan.

¹¹ M. Rothstein, ya citado, en la p. 694; nota, 25 *Duquesne L. Rev.* en p. 614-24; nota, "Employee Privacy v. Business Needs", 22 *New Eng. L. Rev.* 413, 420-21 (1987); "Search for 'Alternatives' to Drug and Alcohol Testing", 127 *BNA, LRR* 10, 11-12 (1988).

¹² A. Hoffman, *Steal this Urine Test* en pp. 28, 53 (1987).

y de barras y postres de chocolate. Sin embargo, la cafeína se ha asociado con los infartos y con la alta presión, dos causas mayores de la mortalidad en los Estados Unidos. Se puede afirmar lo mismo respecto al consumo del azúcar, sustancia que algunos hallan adictiva, y que contribuye en gran manera a la enfermedad, la mala salud y la mortalidad. El consumo del azúcar se fomenta en casi todos los lugares de trabajo de Norteamérica.

Incluso, el consumo del alcohol se tolera y a veces se fomenta, siempre y cuando sirva para realzar las habilidades de los que trabajan en ventas y en cargos ejecutivos. Sin embargo, el alcohol se reconoce como la sustancia responsable por la muerte de más de 120,000 personas al año.¹³

Claro está, entonces, que algo más que los intereses de los trabajadores se ha inmiscuido en el asunto, ya que se da más énfasis al consumo de drogas como la cocaína y la marihuana que al de la nicotina, la cafeína, el abuso del azúcar, y, aun siendo el alcohol la sustancia más nociva de entre todas las sustancias controladas, se le trata con mayor tolerancia que otras drogas comúnmente consumidas, incluso las menos dañinas como la marihuana.

Existen posiblemente cinco consideraciones que sirvan de base al patrón que desee desterrar el abuso de drogas en los empleados. Una es la preocupación por la seguridad dentro del trabajo; otra es la preocupación por la producción; la tercera tiene que ver con la salud personal y el bienestar de los empleados; la cuarta, con asegurar que el lugar de trabajo no se convierta en marco para actividades ilegales, y quinta, el subrayar y condenar moral y legalmente el consumo de los narcóticos prohibidos. Las más de las personas probablemente no estarían en desacuerdo con que las primeras cuatro serían apropiadas. Estas preocupaciones se pueden satisfacer en gran manera poniendo en ejecución medidas de prevención y de rehabilitación que generalmente proceden de forma eficaz sin exigir las pruebas obligatorias para la detección.

Las técnicas empleadas en la detección obligatoria se efectúan a menudo en conjuntos con un sistema de acción punitiva. Aun cuando estas medidas punitivas sirvan para la prevención, y ocasionalmente para la rehabilitación, la condena moral y legal del consumo de drogas, la quinta preocupación, queda al centro de toda acción punitiva. El hecho de que esos casos punitivos inevitablemente reflejan juicios morales, señala percepciones penetrantes sobre las distinciones entre el patrón tolerante en general, o el patrón interesado en la rehabilitación y la reacción gubernamental hacia el abuso de la nicotina, la cafeína y el alcohol, frente a la reacción punitiva típica hacia el abuso de sustancias que son menos aceptadas por los valores de esas subculturas que dominan la sociedad norteamericana. No obstante, un gran sector de la opi-

¹³ *Id.* en la p. 29.

nión pública en los Estados Unidos se pregunta si es apropiados o no añadirle sanciones en el trabajo a los otros castigos y penas impuestas por el gobierno al efectuar la condena oficial norteamericana hacia las sustancias controladas. Por consecuencia, el acudir a la investigación forzada del uso de drogas se ha enfrentado ante la recusación legal.

II. MARCO DE IMPLICACIÓN CONSTITUCIONAL

Como antes se ha notado, la Constitución de los Estados Unidos hace muy poco por regular directamente las leyes de empleo o las leyes de relaciones laborales. Sin embargo, en la medida en que los trabajadores del gobierno se han de someter a las pruebas para determinar el uso de drogas, las limitaciones impuestas por la Constitución sobre la autoridad gubernamental, indirectamente, proveen principios para su control. Además, estos mismos principios constitucionales se aplican a aquellos casos donde las investigaciones o pruebas respecto al uso de drogas en los empleados del sector privado (los que no están empleados por el gobierno) están asignadas por mandato judicial, sea por leyes federales, estatales, o locales. Finalmente, algunas constituciones estatales proveen un fondo de principios legales generales, como el derecho a la privacidad, que se aplica a disputas de este género, cuando un patrón, y no del gobierno, somete a sus empleados a pruebas obligatorias que determinen el uso de drogas.

La enmienda cuarta a la Constitución de los Estados Unidos declara que:

El derecho del pueblo a asegurarse sus personas, casas, documentos y sus efectos, contra los registros y prendimientos ilegales, no se habrá de violar y no se ordenarán citaciones sino sólo con probable causa, apoyada por juramento o por afirmación y particularmente describiendo el lugar por registrarse y las personas o efectos por prenderse.

La quinta enmienda, entre otras cosas, prohíbe la obligatoria autoincriminación y el ataque a la vida, la libertad o la propiedad "sin el debido proceso legal". Y la decimocuarta enmienda igualmente prohíbe a los estados que se priven los privilegios y las inmunidades de la ciudadanía, o se quite la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso de ley. Finalmente, se debe notar que esta estipulación de la decimocuarta enmienda se ha juzgado capaz de hacer que las protecciones de la enmienda cuarta se apliquen a los gobiernos estatales y locales.

III. MEDIDAS DE LA CORTE SUPREMA RESPECTO A LAS PROVISIONES DE LA CUARTA ENMIENDA RESPECTO AL REGISTRO Y PRENDIMIENTO

Aunque, en el sentido más tradicional del término, exigir que un trabajador del gobierno se someta a un urinalísis, o a un examen de sangre, no se le considere un registro o prendimiento (es decir, los formuladores de la Declaración de Derechos no tuvieron en mente la posibilidad de extraer información por tales métodos), la Corte Suprema de los Estados Unidos siempre ha interpretado que la Constitución es un documento vital cuyos principios no deberían detenerse ni por la tecnología ni por el ambiente del siglo XVIII. De tal manera, al juzgar si se aplica a estas situaciones, los tribunales se han apoyado en los subyacentes principios de las estipulaciones.

En el caso *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966), la Corte Suprema decidió que la enmienda cuarta se dirige al obligatorio examen de sangre extraído por un médico para determinar si un individuo es culpable del delito de conducir un vehículo bajo la influencia del alcohol. Sin embargo, según el resultado en el caso *Schmerber*, concluir que la enmienda cuarta se dirige al registro no quiere decir, necesariamente, que está constitucionalmente prohibido. La letra de la enmienda prohíbe registros y prendimientos solamente si no están apoyados por un fallo de probable causa, o si el registro y prendimiento en sí fueran razonables. Bajo las circunstancias del caso *Schmerber*, donde el acusado se vio implicado en un accidente de automóvil después de salir de una taberna, la Corte falló que había probable causa, puesto que era un modo de “gran efectividad” para determinar si el acusado estaba embriagado, ya que se le fue administrado de modo que no perjudicara al acusado ni le impusiera aflicción o temor alguno. La Corte explicó: “La función de la enmienda cuarta es la de restringir, no todas las intrusiones de por sí, sino aquellas intrusiones que no estén justificadas por las circunstancias, o que se hayan llevado a cabo de modo inapropiado” (384 U.S. at 768).

La decisión en el caso *Schmerber* no resuelve claramente la duda de si la prueba de sangre se puede forzar por el gobierno para determinar si un empleado se encuentra incapacitado por el alcohol. Hay dos bases importantes sobre las que el caso típico podría distinguirse, basado en los hechos, del caso *Schmerber*. En primer lugar, a *Schmerber* se le consideraba sospechoso de cometer un delito (aunque fuera un delito menor y no un delito mayor). En segundo lugar, existía prueba de que *Schmerber* de hecho había consumido demasiado alcohol.

Al examinarse más detalladamente la primera base para distinguir entre la prueba para determinar el uso de drogas en el empleado (que en adelante se denotará “prueba de, o para drogas” para abreviar) y la prueba del índice alcohólico en el conductor, se debe notar que en casi todos los casos el em-

pleado no se le aplica la prueba para determinar si ha cometido un delito, sino, se supone, para la imposición gubernamental menor de descubrir si el sujeto ha violado un reglamento del lugar de trabajo y si necesita rehabilitación. Si a esa necesidad gubernamental se le llega a caracterizar como menos apremiante que al interés gubernamental en la ejecución de la ley criminal, se podría concebir que la necesidad no es lo suficiente como para justificar las pesquisas obligatorias; es decir, que cuando se lleva a cabo con ese propósito, el registro constituye una irrazonable intrusión en contra de la privacidad y la autonomía del empleado. Por otra parte, también se puede sostener que ya que las consecuencias del registro serían menos severas que una sanción criminal (aunque exista duda si es menos severo perder un empleo que perder la licencia de conductor, o la multa que se paga al cometerse un delito) la intrusión a la privacidad y la autonomía se puede justificar más fácilmente.

Examinando la segunda base de la distinción entre la prueba contra las drogas y la prueba del conductor ebrio, hallamos que en muchas ocasiones la prueba obligatoria de empleados se efectúa de vez en cuando, o al azar, o como condición para obtener un empleo o un ascenso. En tales casos, la prueba resulta obligatoria, aunque exista cualquier razón para sospechar que el sujeto sometido a la prueba es un drogadicto o abusa de cualquier sustancia, o si está bajo la influencia de una sustancia controlada mientras trabaja. Se podría argüir que, por eso, la decisión en el caso *Schmerber* no apoya las pruebas reguladas o anunciadas sino que sólo justifica las que resultan de alguna evidencia razonable que apoye la idea de que la prueba contra drogas habría de producir evidencia del abuso de drogas en el trabajo.

Igualmente se debe notar que la decisión *Schmerber* dice poco respecto al impacto de la enmienda cuarta sobre el urinalisis. Se ha declarado que siempre que el método de conducir la prueba no se imponga directamente sobre el cuerpo humano, no llega a constituir ni registro ni prendimiento.¹⁴ Por otra parte, se ha sostenido que el urinalisis resulta ser una mayor intrusión en la dignidad humana que una prueba de drogas, en casos que requieren que el técnico u otro testigo esté presente para asegurar que las muestras no se sustituyan.

Finalmente, el caso *Schmerber* se distingue del proceso de prueba contra la droga, basado en el hecho que, a diferencia de los exámenes del alcohol en la sangre, el urinalisis sólo indica contaminación anterior y no indica si el sujeto estuviera en ese momento bajo la influencia de narcóticos.

Se podría suscitar una duda en cuanto a lo siguiente: ¿Hasta qué punto podría declarar un empleado sus protecciones constitucionales mientras esté ocupado en su labor? El papel de la cuarta enmienda al proteger los intereses

¹⁴ Véase Adams, ya citado, en los pp. 1343-1356.

de los empleados del gobierno se exploró por la Corte Suprema en una reciente decisión, *O'Connor v. Ortega*, 94 L. Ed.2d. 714 (1987). Ese caso trataba de una situación donde a un siquiatra del gobierno se le había otorgado una licencia, o permiso de ausencia de sus cargos administrativos, mientras se investigaban ciertas denuncias de mala conducta de su parte. Durante este tiempo los investigadores confiscaron ciertos efectos de las gavetas de su escritorio y de cajones de archivos asignados a él, aun cuando contenían, en su mayoría, efectos y papelería personal. Los efectos confiscados se emplearon más tarde contra los intereses del siquiatra en una audiencia disciplinaria de parte de la administración. Al aplicar la cuarta enmienda a este caso, la Corte Suprema rehusó restringir su impacto en casos criminales, y falló que “las pesquisas y prendimientos por patronos del gobierno y sus supervisores, de propiedad privada de sus empleados [...] se han de someter a las restricciones impuestas por la cuarta enmienda” (94 L. Ed.2d at 721).

En su mayoría, la Corte también opinó que el bufete de un empleado del gobierno, su escritorio y sus archivos, supuestamente están dentro de la orbe de privacidad protegida por la cuarta enmienda. Sin embargo, cuatro miembros de la Corte opinaron que este asunto debería ser resuelto por separado en cada caso, basándose en determinar si las reglas y la conducta acostumbrada del trabajo brindan al empleado la razonable expectativa de privacidad respecto a ese lugar de trabajo.

De mayor significado, una mayoría de cinco jueces concluyó que la necesidad del gobierno para la supervisión, control y funcionamiento eficiente justificaba que se le sometiera a una norma menos rigurosa que la de probable causa o a la exigencia de que las pesquisas se hagan conforme a una orden o citación judicial. Más bien, ya mayoría falló que en casos de empleos del gobierno, que no tratan de investigaciones criminales, bajo la cuarta enmienda, basta que la intrusión esté justificada al principio, basada en causas razonables, para sospechar que “un registro pondrá al descubierto una prueba de mala conducta de parte del empleado respecto a su trabajo, o que el registro sea necesario, no con propósito relacionado al trabajo, sino para recobrar un archivo que se necesite” (94 L. Ed.2d at 729). Además, la mayoría notó que la investigación que de ahí resultara debería relacionarse en forma razonable con su propósito y no debería hacer intrusión excesiva en cuanto al carácter de la sospechada mala conducta. Los jueces Blackmun, Brennan, Marshall y Stevens declararon, al disentir, que ellos consideraban el lugar de trabajo como el segundo hogar del empleado. Ya que no había peligro de que las pruebas desaparecieran, los que disintieron concluyeron que no había excusa alguna para conducir registros sin antes obtener una orden legal de parte de la Corte. Además, sostuvieron que la mayoría no había logrado justificar la suplantación

de una prueba de la que constituía ser “razonable” para establecer normas constitucionales de “probable causa”.

IV. OTRAS ESTIPULACIONES CONSTITUCIONALES

Los empleados que recusan las pruebas obligatorias de drogas han buscado otras protecciones, más de las que ofrece la cuarta enmienda. De tal manera, en un número de casos los trabajadores han declarado que el urianálisis y otras pruebas semejantes constituyen una autoincriminación en violación de las prohibiciones de la quinta enmienda. Esta aserción no ha logrado éxito ya que se ha establecido que la protección constitucional se limita a la prueba de carácter testifical, y no brinda protección con respecto a otras formas de información sustraídas del sujeto, como las huellas digitales, las pruebas de voz, de sangre, y demás (*Schmerber v. California*, U.U. 757, 763-64 1966).

Las recusaciones ante las pruebas de drogas obligatorias se basan, al igual, en la norma de justicia fundamental impuesta por las cláusulas de debido proceso legal en las enmiendas quinta y decimocuarta. Sin embargo, este argumento generalmente se rechaza o se ignora basado en la proposición de que la cuestión de justicia fundamental se subsume en la discusión de la Corte sobre las medidas razonables de la cuarta enmienda. Por el contrario, los tribunales a veces resuelven la recusación ante el debido proceso, simplemente invocando esencialmente los mismos fallos y razones dirigidas en discusiones de lo que constituye el término “razonablemente” bajo la cuarta enmienda. Las declaraciones de los empleados respecto a la violación de las protecciones constitucionales implícitas de privacidad y autonomía, generalmente se determinan de semejante manera.

Finalmente, algunos empleados se han quejado de que las pruebas de drogas no se han aplicado por igual a todos, y que, por tanto, esta situación viola los requisitos constitucionales de igual protección. Los tribunales han resuelto en relación a este argumento, diciendo que no es necesario aplicar a cada empleado el mismo criterio si las situaciones no son las mismas y tienen razón al utilizar diferentes sistemas.

Por consiguiente, este trabajo se enfoca hacia esas recusaciones ante los sistemas de pruebas de drogas que se han basado en la cuarta enmienda.

V. LAS PRUEBAS DE DROGAS COMO REGISTRO Y PRENDIMIENTO

El choque de la cuarta enmienda sobre el gobierno ha forzado que se examinen los procesos de determinación del uso de drogas entre empleados, y se han examinado por los tribunales de casi la mitad de las cortes federales de

apelación, y hoy día aguardan el fallo de la Corte Suprema.¹⁵ El punto en disputa también ha recibido la atención de varios tribunales estatales de apelación. Hasta esta fecha, estas cortes de apelación, de manera uniforme, reconocen que la cuarta enmienda se dirige a tales casos. A pesar de eso, hay divisiones respecto a las normas que se pueden aplicar bajo la cuarta enmienda y a la apropiada respuesta a los datos subyacentes respecto a las características de los métodos empleados en las pruebas de drogas. En parte, estas diferencias probablemente reflejan las diversas situaciones implicadas en estos casos. No cabe duda que también reflejan diferencias en los datos y disputas presentadas a los diferentes tribunales.

Parte de este trabajo se enfocará hacia la investigación y discusión de los análisis de tribunales de apelación con respecto a las varias dimensiones dentro del aspecto de la cuarta enmienda del problema constitucional. Se ha incluido aquí un apéndice que recapitula los análisis de las cortes en los casos apelados más importantes. Las citas entre paréntesis de nombres de casos en la próxima exposición se refieren a casos apuntados y descritos en el apéndice.

Como ya se ha notado, los tribunales de apelación tratan de manera uniforme las pruebas de drogas como casos de "registro y prendimiento" dentro de la definición de la cuarta enmienda. Pero solamente algunos tribunales dan una explicación para esta conclusión más allá de apuntar varias citas de casos análogos. Una de las explicaciones especificadas es que en la cultura norteamericana los individuos estiman que el acto de orinar es un acto privado. Por tanto, ellos suponen que la información contenida dentro de esa excreción del cuerpo se deberá tratar como asunto igualmente personal. Esta suposición pone los resultados de ese proceso tan personal dentro del círculo de protección de la privacidad de la cuarta enmienda. Además, se ha demostrado que las pruebas para drogas dan entrada al tipo de información personal que la gente normalmente trata de mantener confidencialmente, y estas pruebas pueden arrojar más información de tipo confidencial, incluyendo tales como enfermedades, o impedimentos que no tengan relación alguna con las responsabilidades del trabajo de ese empleado. Las cortes han razonado que la cuarta enmienda protege contra las invasiones de tales datos confidenciales (*Jones, Burnley, Von Rabb*). Así también, como se discutió en el caso *Schmerber*, el propósito de la cuarta enmienda es el de proteger al individuo de indebidas intrusiones en su vida privada: la extracción y análisis de líquidos excrementicios del cuerpo está prohibida, a menos que no haya suficiente justificación pública para que se cometa esa intrusión y que el método para la determinación no sea indebidamente oneroso en relación con los beneficios que se obtengan de él.

¹⁵ *National Treasury Employees Union v. Von Rabb*, 816 F. 2d 170 (5th Cir. 1987), cert. otorgado 108 S. Ct. 1072 (1988). Véase el apéndice de repasos de casos.

1. Requisito de una orden judicial de carácter de “probable causa”

En un número de casos la Corte Suprema ha relajado el requisito en la cuarta enmienda que exige se muestre “probable causa” ante un juez antes de proceder a un registro forzado. Así, se permite una excepción en casos en que el carácter de la actividad que se investiga está, por necesidad, tan totalmente regulado (por ejemplo, la venta de licor y de armas de fuego, y la industria minera) que la intervención gubernamental es normal.¹⁶ Una segunda excepción diseñada por la Corte Suprema se aplica en casos donde, como en el de *Schmerber*, no hay necesidad razonable para obtener supervisión judicial sobre el registro y prendimiento debido al carácter transitorio de la evidencia. Finalmente, existe la excepción adoptada por la Corte en el caso antes mencionado de *O'Connor*, donde se falló que las expectativas del trabajador del gobierno respecto a la privacidad de su escritorio y sus archivos no impiden que el director de la planta haga un registro basado en una “razonable sospecha”, ni un registro basado en su esfuerzo rutinario para recopilar información de carácter no investigatorio.

Al intervenir con el proceso de determinación obligatoria de pruebas de drogas, instituido por el gobierno mismo, los tribunales han desechado el requisito de la citación judicial. Además, en la medida en que han decidido que debe mostrarse justificación individual para que tal intrusión, los tribunales han mantenido que basta con mostrar “sospecha razonable”, una norma que permite más fácilmente esta forma de registros que la norma de “probable causa”. Las cortes no han explicado por qué se desechó ese procedimiento constitucional (la citación ordenada por la corte) y la normativa (probable causa), y solamente se han limitado a declarar que el balance entre el individuo contra los intereses del gobierno, y el carácter de registro no exigen el mismo grado de protección como requiere el de una típica pesquisa criminal. Tal vez lo que los tribunales implícitamente expresan sea que está efectuándose un acuerdo entre una interpretación escueta de la cuarta enmienda, que no brindaría protección alguna contra las pruebas obligatorias de drogas en los empleados del gobierno, y una amplia interpretación que ofrezca protección contra esta técnica de investigación.

La mayor parte de los casos de pruebas de drogas decididos en los tribunales federales hasta hoy, implican situaciones donde los peligros extraordinarios causados por la incapacitación del empleado al desempeñar el trabajo, disputablemente justifican la constante inquisición o reglamentación de parte del sector administrativo hacia el trabajador y el lugar del empleo, con la consecuencia de que se podría decir que el trabajador no puede contar con priva-

¹⁶ *Marshall v. Barlow's, Inc.*, 436 U.S. 307 (1978).

cidad en el desempeño de sus labores. Por tanto, en muchos de los casos se ha sostenido que la intrusión ocasionada por pruebas de drogas contra los intereses privados del empleado están justificadas por la apremiante urgencia de mantener un sistema de investigación diseñado para refrenar el peligroso comportamiento perjudicial (*Rushton, Shoemaker, Von Raab, McDonell*).

Se podría disputar que todos los casos de investigación de drogas que decidieron los tribunales federales de apelación hasta ahora están, en parte, implícitamente basados en esta excepción de “trabajo reglamentado excesivamente” al requisito de la cuarta enmienda, que manda que debe haber una citación jurídica que se haya justificado por la norma de probable causa. Estos casos no han implicado a los trabajadores corrientes de oficina, de producción o de administración. Al contrario, los empleados implicados han desempeñado cargos tales como guardias de prisión, investigadores de narcóticos, bomberos, oficiales de policía, ingenieros de centrales nucleares, y encargados del funcionamiento del ferrocarril, todos cargos muy peligrosos y susceptibles.

Por otra parte, el mero hecho de que un empleo conlleve la posibilidad de ser peligroso o que se relacione con asuntos susceptibles de interés oficial, no justifica en sí que se permita emplear métodos de investigación que invadan la privacidad o la autonomía individual sin que igualmente se muestre que no existen otros métodos que resulten menos invasivos al juzgar la incapacidad con que se desempeña una labor. De hecho, en las discusiones de estos casos, las cortes han hecho muy poco por explorar si existen otras alternativas.

También, para justificar la eliminación del requisito de la orden judicial de probable causa, el tribunal generalmente no se ha atendido a la posible caracterización del trabajo bajo los términos “reglamentado por completo” o “excepcionalmente peligroso”. A su vez, los tribunales regularmente determinan la intrusión de los sistemas de pruebas de drogas haciendo un balance entre los intereses privados y el carácter del propósito gubernamental, y concluyen que una citación u orden judicial de probable causa no es requisito antes de hacerse las pruebas. Aunque el carácter del trabajo que se desempeña ya se ha considerado en algunas cortes al presuponerse la importancia que debe darse al propósito del gobierno, en las más de las decisiones los tribunales se abstienen de subrayar determinadamente este aspecto. A consecuencia de ello, el precedente en las decisiones de estos casos puede extenderse a aquellos asuntos que investigan el abuso de drogas en trabajos que no exigen un alto grado de investigación administrativa o que no presentan peligros extraordinarios inherentes en el mal comportamiento del empleado.

En algunas ocasiones las cortes también han justificado la eliminación del requisito de orden judicial en casos de pruebas de drogas basadas en la impracticabilidad de buscar con anticipación esa autorización al tratarse de evidencia de carácter transitorio (*Burnley*). Esta declaración, no obstante, rechaza

los datos tecnológicos. Con la excepción del alcohol, que se mide con una prueba fidedigna, los indicios de narcóticos permanecen en el organismo, por lo menos uno, o generalmente, más días después de haberse ingerido la droga. Así que la “urgencia” de la situación no parecería justificar que se acudiera a un urinalisis sin una citación de la corte, procedimiento que sustrae un poco más de confianza en que el alcance de la prueba se limite a datos pertinentes para así evitar las innecesarias invasiones de autonomía y privacidad del individuo.

2. Pruebas al azar o programadas

A medida que han analizado el asunto, las cortes de apelación se han dividido en sus opiniones sobre si es conducta apropiada la suministración de pruebas conducidas al azar o a base de programación. Algunos tribunales han aceptado que estos métodos amplios de hacer pruebas están justificados por el grado de peligro planteado por los que abusan de drogas mientras tratan de llevar a cabo sus responsabilidades en el trabajo, o mantienen su acceso a los lugares de empleo (*Rushton, Jones*). Otros han justificado las pruebas al azar o las programadas, basados en el respeto total de los reglamentos gubernamentales (*Shoemaker*). Sin embargo, en dos casos que trataban de pruebas programadas, la frecuencia de las pruebas se había limitado mucho. En un caso, la prueba se requirió solamente cuando el empleado solicitó un cambio de plaza hacia una de carácter mucho más delicado en asuntos de seguridad (*Von Rabb*). En otro, se exigía la prueba como parte del examen médico anual para empleados (*Jones*).

Por contraste, varias cortes fallaron o indicaron que la prueba de drogas es permisible solamente después de mostrarse específicamente la sospecha razonable del abuso de drogas por parte del empleado que se somete a la prueba (*Burnley, Copeland, Patchogue-Metford*).

En gran medida, la diferencia en la respuesta judicial al sistema de pruebas, sea al azar o programado, probablemente refleja las diferencias en las actitudes judiciales respecto a la propensidad de parte de los administradores de tratar de inmiscuirse excesiva e insensatamente en la privacidad y libertad del empleado. Aquellos que tienen más confianza en la integridad, objetividad y responsabilidad de los administradores están mucho más propensos a aceptar la proposición de que tales sistemas se llevarán a cabo imparcialmente, y que se hará lo posible por inmiscuirse solamente lo necesario al llevar a cabo los objetivos administrativos. De aquellos jueces que tienen más dudas respecto a estas cualidades, se espera que insistan más en la adherencia a los requisitos formales de una orden judicial basada en la muestra de causa probable de la específica investigación.

3. *Método investigador de forma razonable*

Probablemente el aspecto que más polémica suscita en el asunto de pruebas es la cuestión de determinar si la información tomada mediante este examen justifica la intrusión en la privacidad. En la mayor parte, parece que las cortes no han examinado a fondo esta cuestión porque hay pocos indicios de que se haya revisado cuidadosamente la información disponible que trata de los niveles de confiabilidad o pertinencia de los datos provenientes de pruebas. Varias cortes, sin discusión alguna, han supuesto que los resultados son confiables y pertinentes a la tasa de parte de administradores de la conducta de los empleados (*Copeland, Rushton, McDonnell, Shoemaker*).

La carencia de discusión judicial extensa respecto a la metodología y pertinencia de las pruebas puede deberse, al menos en parte, a la falta de los litigantes de traer la información a la atención de la corte. No sorprende que, dado el carácter de esta información, en los pocos casos en que las cortes han considerado explícitamente la cuestión de la confiabilidad y pertinencia de los datos, ellas hayan adoptado un acercamiento más restrictivo ante la imposición de pruebas obligatorias sobre los empleados (*Burnley, Jones*).

Además de las pruebas para dorgas, las formas razonables de conducir estas pesquisas en términos de confiabilidad y pertinencia de la impuesta intrusión, una tercera prueba que emplean las cortes al tratar este asunto de “razonabilidad” constitucional, es la de examinar si hay alternativas disponibles a la recusada conducta que no se impongan tanto sobre los intereses protegidos por la Constitución.¹⁷ La disposición de tales alternativas debe ser de gran importancia al determinarse si la recusada imposición —la prueba de drogas— constituye una manera razonable de registro. Sin embargo, así como han considerado muy poco los datos técnicos al tasar la confiabilidad de las pruebas o la pertinencia de los resultados, las cortes igualmente se han descuidado de explorar métodos alternos para asegurar si el empleado está incapacitado para efectuar sus faenas.

VI. TASA DE DESARROLLOS JUDICIALES

La Constitución de los Estados Unidos es un pacto social. Como tal, está basada en la determinación de que cada individuo, por naturaleza, tiene su soberanía, pero que ese individuo rinde lo requerido de esa soberanía según le sea necesario para recibir beneficios de una sociedad civilizada. Bajo la toría del pacto social, el gobierno es un instrumento creado por el pueblo: es la responsabilidad de gobierno, por tanto, servir al pueblo y no lo contrario. El concepto

¹⁷ Para ejemplos, véase L. Tribe, *American Constitutional Law* pp. 127, 335, 410, 780, 846.

implícito en ese pacto social está, igualmente, en reconocer la igual dignidad de cada individuo, como miembro de ese contrato, y la responsabilidad del gobierno de respetar la dignidad de sus creadores —nosotros, el pueblo—. Finalmente, según es inherente al pacto social, el preámbulo a la Constitución, que declara los propósitos ante los que nosotros, el pueblo, hemos sometido parte de nuestra soberanía, incluye expresamente el propósito de asegurar “las bendiciones de la libertad”.

Un sistema legal basado en la teoría del pacto social y dedicado al propósito de asegurar las bendiciones de la libertad debe aplicarse cautelosamente al invadir la privacidad personal y la autonomía. No sorprende, por consiguiente, que las cortes reconozcan prontamente que la cuarta enmienda limita aquellas circunstancias que el gobierno puede emplear para forzosamente someter al individuo al examen de sangre u orina, para así averiguar la posibilidad de conducta ilegal. Lo sorprendente es que las cortes hayan fallado en lograr un escrutinio intenso, en términos de los datos recopilados y de las justificaciones propuestas por ese proceso obligatorio de pruebas para determinar la presencia de drogas.

Las cortes han aceptado la proposición de que el propósito de los exámenes obligatorios no es el de aumentar el cumplimiento general de las leyes de delito criminal que prohíben el abuso de drogas. La preocupación declarada o implícita de las cortes es proveer al gobierno, a manera de patrón o regulador de empleos, los medios razonables con que asegurarse contra el mal comportamiento a causa del abuso de drogas que perjudique al individuo, a la propiedad y a la producción. Pero, ¿es que este método de aprobar provee los medios apropiados a la Constitución para lograr ese propósito?

Ya que el urianálisis y los análisis de sangre constituyen una intrusión contra los derechos constitucionales de privacidad y autonomía, ha de esperarse que las cortes primeramente investiguen si existen métodos fidedignos y discretos que protejan contra la incapacitación del empleado o el menoscabo del cumplimiento del trabajo. Como se ha notado, en la mayoría de casos probablemente la respuesta sería afirmativa. Es decir, la habilidad para conducir un automóvil se menoscaba por algunos tipos y niveles del abuso de drogas, pero no por otros. Esa misma habilidad puede incapacitarse por la falta de sueño, o a causa de infecciones del oído, o por medicamentos de alergias y muchas otras causas que no tienen que ver con el abuso de drogas, y que no se pueden describir con esas pruebas para drogas. No obstante, un examen sencillo, que no resulte caro, que mida las capacidades del individuo sin estorbar su privacidad, puede descubrir cualquier desarreglo, no importa la causa. Por esto, depender de las pruebas para drogas parece ser poco razonable a menos que el gobierno puede demostrar circunstancias especiales que exijan que se determine la presencia de drogas, aunque no ocurra ninguna incapacitación durante el curso del trabajo

(como, por ejemplo, en el caso de un policía narcómano, cuyo vicio podría incapacitarle en su función oficial) o el gran temor de perjudicarse el trabajo de manera que no se pueda descubrir por métodos que no se impongan ante la privacidad (como, por ejemplo, en caso de un piloto que se exponga a arriesgar el juicio, afectado por el abuso de ciertas sustancias).

Asimismo, al considerar si se deben permitir las pruebas de drogas sin antes recibir autorización judicial, mediante la orden de probable causa, una detallada comprensión de las características de los métodos de hacer pruebas podría ocasionar que las cortes decidan que en la mayoría de casos no hay razón para desechar este requisito acostumbrado de supervisión jurídica de esta pesquiza. Con excepción del uso del alcohol, el urinálisis es suficientemente susceptible como para permitir que pase suficiente tiempo antes de pedir una orden judicial, antes que se corra el peligro de dejar desaparecer la evidencia. Y en la mayoría de los casos en que se sospecha que el alcohol es la causa de la incapacitación, la prueba menos invasiva del aliento, o los varios tipos de pruebas sencillas como la de coordinación entre la mano y los ojos, o pruebas del tiempo que le toma el individuo en reaccionar, o pruebas que miden la condición del equilibrio, probablemente bastarían para obtener la prueba necesaria para efectuar la prevención, disciplina o rehabilitación. Así, si los tribunales dieran total consideración a las alternativas disponibles para denotar incapacitación, tendrían más tendencia a hallar que la justificación del caso *Schmerber* para tomar pruebas de sangre se ha cumplido solamente en caso de un accidente en que el sujeto bajo sospecha no puede someterse a tales pruebas, o una situación cuando la investigación exija alguna prueba que satisfaga el examen en un juicio criminal “más allá de cualquier duda”.

Finalmente, parece haber necesidad de parte de los tribunales de apelación para juzgar detenidamente si las propuestas para drogas son lo suficientemente confiables y pertinentes al propósito como para satisfacer la necesidad constitucional de protección de la privacidad. Tal vez por diferir excesivamente ante los adornos científicos de un documento experimental, las cortes de apelación a menudo rechazan este aspecto del asunto (*Schoemaker, McDonell, Copeland*). Aún, en pocas ocasiones la prueba de determinación de drogas suministra datos adecuados a los propósitos de la administración, ya que los resultados generalmente no muestran si el trabajador, de hecho, está incapacitado.

Sin embargo, se debe reconocer que aun cuando las cortes han prestado atención a los problemas de confiabilidad de la prueba y la limitada pertinencia que estas pruebas tengan que ver con la capacidad de desempeñar el trabajo, se pueden emplear para corroborar otras pruebas de conducta nociva (*Burnley*). Entre tanto, la corte, en ese caso, no discutió si este limitado uso fuera suficiente para justificar la intrusión sobre la privacidad del individuo.

En otro caso, después de repasar los límites de las pruebas, la corte rechazó emplearlas con propósitos disciplinarios a menos que, de hecho, mostraran la posesión de drogas en el lugar de trabajo, uso o incapacitación (que, exceptuando el alcohol, hoy día está aún más allá de probarse dentro de la capacidad de la prueba), pero permitió que se empleara el urinalisis en los reconocimientos médicos anuales. Aunque la corte no expresa sus propósitos al permitir este uso, quizás tuvo en mente el valor de conocer los resultados para mayor vigilancia de los trabajadores, o quizás, como manera de identificar aquellos empleados que necesitarán ayuda de parte de consejeros o de programas de rehabilitación (*Jones*).

VII. IMPACTO DE NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE TRABAJADORES NO EMPLEADOS POR EL GOBIERNO Y SOMETIDOS A PRUEBAS

Las restricciones constitucionales sobre las pruebas para drogas obligatorias se le aplican a aproximadamente el 15 por ciento de los trabajadores empleados por el gobierno, y quizás otro 5 a 12 por ciento a empleados por industrias probablemente sometidas a los mismos requisitos obligatorios impuestos por el gobierno para probar obligatoriamente el uso de drogas. Con la excepción de una teoría constitucional basada, a su vez, en la teoría de privacidad que está disponible en varias jurisdicciones,¹⁸ casi ninguno de los empleados del gobierno puede esperar protección federal o estatal contra las pruebas obligatorias solicitadas por patronos. No obstante esta carencia de protección, los nuevos acontecimientos dentro de las leyes constitucionales a este respecto podrían posiblemente influir en el contorno general de las relaciones entre obrero y patrón en general.

La Corte Suprema de los Estados Unidos en el curso de formular un pronunciamiento de doctrina constitucional, tiene la oportunidad de instruir a los líderes y amoldar a los valores culturales de formas que extiendan más allá del poder de decreto judicial. Aunque no es posible evaluar el papel que desempeña la Corte Suprema al amoldar las expectativas normativas de los norteamericanos, y, aunque muchos duden si exista esa capacidad de amoldar, la atención prestada a ciertas decisiones de la Corte de parte del público fuera de las cortes, como escritores y oradores, en la prensa y en debate público, sugiere que la mayoría de los que tienen gran influencia en el sector público en la Corte una gran fuerza en la sociedad americana. De tal manera, si la Corte permite, sin recusar, que se llevan a cabo esas pruebas con cautela, sacando a relucir las deficiencias del método y las limitaciones de los datos obtenidos, esto podría influir grandemente sobre la determinación por parte de los gerentes y adminis-

¹⁸ E. G., *Cordle v. General Hugh Mercer Corp.*, 116 LRRM 344 (W. Va. 1984).

tradores de proseguir con estos medios costosos de inmiscuirse en la vida de los empleados.

SEGUNDA PARTE

UNA PERSPECTIVA COMPARADA

En los años de la década de 1970, una escuela de psicoterapia llamada Análisis Transaccional (AT), alcanzó gran popularidad. Una de las razones de su popularidad es que emplea un modelo fácilmente reconocido de personalidad e interacción, haciendo que su método resultara accesible a los que buscaran mejor comprensión de su propio comportamiento y de sus relaciones con otros. Aunque el AT ya no domina la atención popular como ocurrió en la década de 1970, el modelo todavía continúa ofreciendo técnicas invaluable para lograr una penetración en los tipos de comportamiento.

Un concepto central del modelo AT es que toda personalidad se compone de dimensiones emotivas y racionales caracterizadas por tres divisiones básicas: "Padre-Adulto-Niño".¹⁹ Las dimensiones "Padre-Niño" se dividen en varias categorías más. Para los propósitos de este trabajo, las divisiones pertinentes son: "el Padre Crítico", que es el aspecto de la personalidad que acepta ciertos valores particulares y que se atiene a ciertas reglas de comportamiento. Esta es la parte autoritaria de la personalidad —la dimensión que reconoce entre el bien y el mal, que exige cierto comportamiento de parte de otros y que se indigna si no lo recibe—. Es también la parte de la personalidad que se adhiere a aquellas reglas de comportamiento que se consideran "correctas", "educadas", o "rectas".

Otra dimensión de la personalidad "paterna" es la del "Padre que Nutría". Este es el elemento que imparte cariño y crianza, que acepta responsabilidad por el bienestar de otros —o, al menos, de algunos otros—.

El "Niño Natural" es la parte diferente de la personalidad. Es el aspecto juguetón, que no tiene inhibiciones, que es creador, y egoísta en el comportamiento.

Aún sin agotar la lista de subdivisiones de las dimensiones "Padre-Adulto-Niño", para nuestros propósitos, el aspecto final que requiere explicación es la parte "Adulta". El Adulto es la parte del comportamiento humano que es ló-

¹⁹ Para una introducción general al Análisis Transaccional y la extensión del perfil de análisis de personalidad de grandes grupos, véase, E. Berne, *The Structure and Dynamics of Organizations and Groups*; E. Berne, *Games People Play* (1964); E. Berne, *What Do You Say After You Say Hello?* (1972); T. Harris, *I'm Ok., You're OK.* (1967); J. White & T. White, "Cultural Scripting", *Trans. An. J.* 12 (1975).

gica, que tiene objetividad y que calcula. Tiene que ver con hechos y no con especulaciones; evalúa con base en el raciocinio y no de la emoción.

Una de las premisas del modelo AT es que las personalidades, hasta cierto grado, exhiben cada una de las dimensiones de “Padre-Adulto-Niño”. Las diferencias entre las personalidades individuales se explican en el enfoque que el individuo, en particular, pone sobre las respectivas dimensiones. Por ejemplo, algunas personas tienden más fuertemente hacia la dimensión “Adulto”. Por contraste, aquellos en que la dimensión “Niño Natural” domina, son personas característicamente espontáneas, emotivas y de variable humor.

Muchas veces nuestras percepciones propias son muy diferentes a la manera en que otros nos ven. El valor principal del modelo AT en la psicoterapia es el de proveer un marco para la introspección y para que otros expliquen sus percepciones de nosotros. Así, el sistema nos permite ganar una mejor comprensión de nosotros mismos y de nuestras interacciones con otros. Los países, como las personas, tienen sus personalidades particulares. Quizás el modelo AT podría facilitar una comprensión más realista y acertada de nuestras personalidades nacionales y de las interacciones nacionales.

Si comparamos la Constitución mexicana y la de los Estados Unidos tenemos oportunidad para un análisis semejante. Si suponemos que una Constitución abraza los más importantes valores de quienes establecen y perpetúan ese documento, entonces deberíamos aprender sobre la personalidad de esa nación al examinar las características únicas de su Constitución. Por ejemplo, el enfoque constitucional que se ha dado a los detallados aseguramientos de protecciones fundamentales de varios aspectos del bienestar del empleado, que se halla en el artículo 123 de la Constitución mexicana, sugiere que la dimensión de la personalidad llamada “Padre que Nutría” desempeña un gran papel en la personalidad nacional de los mexicanos. La falta de un semejante enfoque de parte de la Constitución de Estados Unidos sugiere que la personalidad nacional de los norteamericanos queda relativamente menos orientada hacia esa función de “criar” y “nutrir” del “padre”.

Consiste con esa observación el hecho de que entre las naciones industriales más desarrolladas, Estados Unidos queda entre las últimas en adoptar en forma legislativa, el seguro de compensación de trabajadores, el seguro de empleo, y los requisitos del salario mínimo.

Por contraste, una gran porción de la Constitución de los Estados Unidos trata de las restricciones sobre la autoridad gubernamental y de estructurar la autoridad gubernamental para prevenir un exceso de concentración sobre el poder de un oficial particular, o un grupo de oficiales. En los términos analógicos del Análisis Transaccional, se puede decir que estas provisiones, diseñadas para reducir los constreñimientos impuestos sobre la libertad nacional, reflejan un enfoque sobre la dimensión “Niño Natural” de la personalidad nacional. De

acuerdo con esta observación es el hecho de que entre las naciones de más desarrollo industrial, Estados Unidos ha llevado la delantera en adoptar sistemas eficaces para asegurar la igualdad de empleo y combatir los abusos del poder colectivo.

El Análisis Transaccional no ofrece ninguna jerarquía en las dimensiones personales; ni ofrece juicios que caracterizan unos tipos de personalidades como buenos o malos. Así también, no hay propósito alguno de tratar de efectuar tales juicios al compararse las personalidades nacionales según reflejadas en las respectivas constituciones. Al contrario, cada una es un reflejo de los móviles geofísicos y económicos que crearon el ambiente de cada nación y de la histórica evolución de su cultura. Eso no quiere decir que no existan preferencias ni que el perfil nacional no se pueda amoldar de nuevo. Desde el punto de vista individual, el propósito de la psicoterapia es el de facilitar que el individuo reajuste su comportamiento para mejor enfrentar sus necesidades. Así también, el estudio comparativo de las Constituciones puede ayudarnos a comprender las opciones que existan y proveer oportunidad para la reflexión en cuanto al punto hasta el cual esta declaración principal de voluntad nacional sirva como instrumento para el amoldamiento del perfil de personalidad nacional.

El enfoque escueto presentado sobre el asunto en la primera parte de este trabajo demuestra algunas de esas opciones. Una personalidad nacional donde el "Padre Crítico" domina, no es probable que ponga inconveniente ante los esfuerzos efectuados en el cumplimiento de los "no se harán. . .", del sistema. De tal forma, en esa nación los principales conceptos de derecho y el sistema legal o jurídico establecido por la Constitución, puede esperarse que, por su propia voluntad, pasen por alto los problemas de confiabilidad y el posible uso erróneo de métodos de investigación como los urinálisis. Por contraste, de una nación cuya personalidad refleja el modelo "Niño Natural", primordialmente, de ella se puede esperar que, debido al peligro que corren la privacidad y la autonomía, se impongan barreras legales contra tales investigaciones, por lo menos, en cuanto al peligro del mal uso de los resultados o de la confiabilidad de la información recopilada. No sorprendería, además, si la personalidad nacional difundida en la dimensión "Niño Natural", tratara la intrusión contra la privacidad y la autonomía del individuo como consecuencia tan onerosa que debería ser totalmente rechazada.

APÉNDICE

Rushton:

In *Rushton v. Nebraska Public Power District*, 844 F. 2d 562 (8th Cir. 1988), a government operated nuclear power plant terminated two engineers

who visited the plant several hours a month because they refused to submit to drug screening tests under a program requiring employees with access to protected areas of the plant to be tested periodically, upon random selection, and upon giving cause for suspicion. The engineers asserted that the testing violated their constitutional rights. The court, based on an earlier decision, determined that mandatory urinalysis is a "search" within the meaning of the 4th Amendment. Also based on the prior decision, the court applied a test of "reasonableness" rather than "probable cause" to decide whether the 4th Amendment permitted the testing. In express agreement with the Fifth Circuit's statement in *Von Raab*, the court observed that the need for protection against intrusion is diminished if the purpose of testing is not directed at producing a criminal charge. The court then resolved the issue of reasonableness by weighing the competing privacy and governmental interests. In so doing, it noted that the method of test administration allowed the employee to produce the urine sample in privacy. Also, it emphasized the fact that in taking their jobs, these employees knew that they would be working in a highly regulated industry in which individual conduct is closely scrutinized. Without discussing the reliability of the testing method or the relationship between test results and the expressed concern for preventing malfunctions of the plant, the court concluded that the tests were constitutionally permissible.

Copeland:

Copeland v. The Philadelphia Police Department, 840 F.2d 1139 (3rd Cir. 1988) also held that the 4th Amendment applies to compulsory urinalysis of a government employee. Copeland was a police officer whose police officer girlfriend, in anger, had accused him of drug use, an assertion she later withdrew. Although a two month investigation produced no evidence to support the accusation, Copeland was required to submit three urine samples. When confronted with the laboratory reports showing evidence of some marijuana exposure, he asserted that it must have resulted from passive inhalation while he worked the preceding weekend as a security guard at a hotel in which the halls were filled with marijuana smoke. (Expert testimony discounted but did not wholly refute this possibility). The court upheld Copeland's discharge saying that the reasonable suspicion test was appropriate in a case of this sort and that the girlfriend's accusation was a basis for such suspicion. Reasonable suspicion, it explained, "must be directed at a particular individual". The court listed four factors to weigh in determining whether suspicion is reasonable: 1) the nature of the information received, 2) the reliability of the source of information, 3) the degree of corroboration, and 4) any other factors

supporting suspicion or nonsuspicion. It did not discuss the reasonableness of using test results of questionable reability in determining whether Copeland's exposure involved drug use as contrasted with passive exposure.

Burnley:

Regulations adopted by the Federal Railroad Administration required railroad employees to submit to blood and urine tests after certain types of incidents occur involving either: a) employee fatalities or b) train accidents accompanied by extensive property damage, fatalities, or injury or evacuation due to release of hazardous substances. The regulations also required railroad employees to submit to breath or urine tests if two supervisors determine that there is reasonable suspicion that the employee is under the influence of or impaired by alcohol or drugs or violated certain safety rules. In *Railway Labor Executives' Ass'n v. Burnley*, 839 F.2d 575 (9th Cir. 1988), the court explained that the 4th Amendment is applicable to urine as well as blood and breath tests because "people have reasonable expectations of privacy in the personal information body fluids contain". (839 F.2d at 580). Relying on the precedent of the *Schmerber* decision, the court held that because of the need for prompt investigation, a warrant is not a prerequisite for this type of search. It also rejected the need to apply the probable cause test but instead concluded that balancing the individual privacy interest against the public interest in safe, efficient railroad operations justifies using a test that permits the search if there is "reasonable grounds for suspecting the search will turn up evidence the employee has violated the . . . regulation . . . prohibiting possession or use of alcohol and controlled substances on the job and prohibiting working under the influence of alcohol or drugs". (839 F.2d at 587). Although the testing required an observer to be present when the urine sample was produced, the court discounted the impact of this aspect upon the worker's privacy on the ground that the observer would be from a medical staff. On the other hand, the court found the regulations deficient to the extent that they permitted testing of all employees connected to the incident or accident. It held that before an employee is tested, the grounds for substance abuse suspicion must be directed at the individual to be tested. The burden of this requirement, the court stated, is a proper balance in giving protection to the employee's privacy interest. Nor was the court satisfied with the regulation's assertion that continued employment under the regulation implied consent to the testing program. Since the effect of this provision was to confront the worker with a choice between "implied consent" to an unreasonable search and quitting his employment, the court concluded that the implied consent "choice" was not a reasonable condition of employment. Additionally the court noted the lack of a relationship between the justifying safety

interest and the information gained by the tests. It observed: "Blood and urine tests intended to establish drug use other than alcohol are not reasonably related to the stated purpose of the tests because the tests cannot measure current drug intoxication or degree of impairment" (839 F.2d at 588). However, rather than conclude from this that the nonalcohol tests violate the 4th Amendment reasonableness requirement, the court merely cited it as justification for requiring that there be corroborating evidence of the employee's violation because only "the combination of observable symptoms of impairment with a positive result on a drug test would provide a sound basis for appropriate disciplinary action." (839 F.2d at 589.) Therefore, it enjoined use of the testing program except for those situations in which "specific articulable facts give rise to a reasonable suspicion that a test will reveal evidence of current drug use or alcohol impairment."

One member of the three judge panel in the *Burnley* case dissented on the grounds that railroad workers realize that they are working in an industry that is extensively regulated with respect to safety, that concern respecting substance abuse is justified because it has been involved in several very serious railroad accidents, and that the challenged investigative program is a balanced approach to assure that medical personnel will be able to obtain fleeting information that is essential to enforcing the safety regulations. He further noted that the testing regulations required the railroads to inform the workers of the need to opt to take a blood, rather than a urine test, if the worker ingested drugs anytime within the previous 60 days. Quoting the regulation, he reasoned that a blood test provides information "pertinent to current impairment" and, therefore, the testing program gave the employee an opportunity to assure that the test was relevant to the investigatory goal. It should be noted that the dissenting judge seems to have read the regulation's phrase "pertinent to current impairment" as though it said "determinant of current impairment". While the first phrase is factually accurate, the second is not.²⁰

²⁰ La ausencia de una sustancia química en la sangre es señal de que no se ha ingerido. La presencia de una sustancia química en la sangre indica que hay buena posibilidad de que se haya ingerido. De manera que es pertinente a la cuestión de su actual probable incapacitación. Sin embargo, la presencia de indicios de alguna sustancia en la sangre no significa que de hecho se esté absorbiendo por los neurones críticos, o la medida de tal absorción, o si este índice de absorción es lo suficiente para incapacitar el trabajo. Aun cuando los científicos hayan colectado datos respecto a la absorción del alcohol, y hayan establecido índices confiables, dentro del marco definido para relacionar contenido de sangre y la incapacitación, tales datos todavía han de establecerse en casos de abuso de otras sustancias. (Entrevista con el Dr. Gorodetsky, nota 10, ya citado.)

Everett:

Everett v. Napper, 833 F.2d 1507 (11th Cir. 1987), arose when Everett, a firefighter, was discharged for refusing to take a urinalysis test administered as part of a disciplinary investigation that was conducted after another firefighter, who was discovered selling drugs, named Everett as a customer. The court, in upholding the compulsory testing of the firefighter, emphasized the public safety need for firefighters to react and make decisions quickly. It also ruled that the accusation by a confirmed drug dealer was sufficient to reasonably require Everett to take the test. The court did not discuss the question of whether a court warrant was needed nor the possible problems respecting the reliability or relevance of the test data, nor the relationship between the particular type of drug and performance impairment.

Jones:

Jones v. McKensie, 833 F.2d 335 (D.C. Cir. 1987) addressed a situation in which a public agency responsible for bussing school children, upon discovering evidence of bizzare behavior by many employees and finding drug use related items on the premises, adopted a requirement that as part of the annual medical examination, all drivers, mechanics, and bus attendants submit a urine sample for substance abuse screening. The procedure called for the sample to be produced without a witness present. The appellate court deemed this a "search" within the meaning of the 4th Amendment because it enabled the government to inquire into the worker's private life. Moreover, the court stated that the standard urinalysis test result could not be used as a basis for disciplining an employee for violating the rules against on the job drug possession, use or impairment because the test data is not relevant to such matters. Nevertheless, the court upheld the agency's right to require a drug test as part of a routine medical examination because it "has a nexus to the employer's legitimate safety concern". (833 F.2d at 341.) It emphasized, though, that any drug test used "in the future must be one that validly detects the activity with which the School System is legitimately concerned." (Ibid.) It did not discuss whether such a test in fact exists.

Von Raab:

The U.S. Supreme Court has agreed to review the appellate court's decision in *National Treasury Employees Union v. Von Raab*, 816 F.2d 170 (5th Cir. 1987), cert. granted 108 S. Ct. 1972 (1988). There the challenge was to a urinalysis testing program applied to employees seeking to transfer into federal

Customs Service jobs involving carrying weapons, having access to classified information, or intercepting illegal drug shipments. Under this program the urine sample is produced in privacy. The court ruled that the test is a 4th Amendment search because of our cultural treatment of the act of passing urine as highly personal conduct and because it is a source of discovering very private information about a person. Without discussion, the court applied the reasonableness test and decided that given the manner of testing, the safeguards against testing errors (employees can resubmit samples and make their own laboratory selection), the special need to assure a very high degree of employee integrity, the extraordinary exposure to substance abuse temptations, and the fact that these employees are requesting the particular type of job opportunity, the test is not unreasonable. One judge dissented on the ground that the program accomplishes so little to detect or deter substance abuse by customs agents as to be an inadequate justification for imposing this privacy. He additionally noted the failure of the majority to justify discarding the usual 4th Amendment requirement of judicial supervision in the form of a warrant or to justify the need to show individualized grounds for suspicion as a condition for subjecting a person to a search.

McDonell:

McDonell v. Hunter, 809 F.2d 1302 (8th Cir. 1987) concerned a state prison authority that required workers to agree to submit to a urinalysis or blood test whenever requested by the prison administration. After announcing that urinalysis is a 4th Amendment "search", the court weighed the relatively unintrusive nature of this type of search against the need for prison personnel in medium and maximum security prisons to be alert at all times. It also noted the danger of personnel who are drug users smuggling drugs into prison for inmates and the need to rigorously protect against the introduction of drugs into the prison environment. From this it concluded that it was reasonable to resort to urinalysis as the least intrusive method of reducing these dangers. It further stated that testing can be based on reasonable suspicion resulting from objective facts indicating that an employee is under the influence of or has abused a controlled substance within the past 24 hours, or can be based on a program of uniform or systematic random testing of prison employees. The court also outlined additional required safeguards such as informing the person to be tested of the reasons for the test, limiting to the highest official present the decision concerning tests administered "for cause", protecting the reliability of test procedures and confidentiality of test results, and minimizing the accompanying personal embarrassment to the employee. The court did not explain why it was extending the time factor beyond the assigned work hours. In a par-

tial dissent, one member of the court panel explained that he would limit testing to situations in which there is evidence of on the job impairment from substance abuse.

Shoemaker:

A state agency responsible for regulating horse racing required jockeys to take a breath test each racing day and required them to participate in a system of daily random selection of three to five jockeys who must submit urine samples at the end of their last race each day. The testing was designed to determine if the jockeys have violated regulations against their use of controlled dangerous substances except upon prescription of a physician. Citing the temptations for criminal influence of the racing industry and the resulting pervasive degree of government regulation of that industry, the court, in *Shoemaker v. Handel*, 795 F.2d 1136 (3d Cir. 1986), concluded that the testing program was an even-handed, reasonable means of assuring the integrity of horse racing. Because of the highly regulated nature of the industry and the jockeys' prior knowledge that they will be subjected to such tests, the court found that the screening program did not unduly encroach upon the jockey's privacy expectations. The court did not explore the problems related to the reliability of testing methods or the fact that the urinalysis test is designed to establish exposure, not impairment.

Suscy:

In an opinion that largely summarized the court's conclusions and offered little exploration of the facts respecting drug screening methods or the underlying judicial rationale, regulations were upheld that required blood and urine testing of transit authority personnel involved in serious accidents or suspected of being under the influence of alcohol or narcotics. *Amalgamated Transit Union v. Suscy*, 538 F.2d 1264 (7th Cir. 1976).

Patchogue-Medford:

The New York high court, in this case, rejected the blood screening of school teachers except when there is reasonable suspicion of that the individual to be tested is a drug abuser. The court emphasized the traditional constitutional goal of insulating privacy from unreasonable and excessive intrusions. *Patchogue-Medford Congress of Teachers v. Board of Education*, 510 N.E. 325 (1987).