



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Cardona Rubert, María Belén
EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA RELACIÓN LABORAL. INFORMACIÓN RELATIVA AL
TRABAJADOR

Ius et Praxis, vol. 4, núm. 2, 1998

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19740207>

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

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA RELACIÓN LABORAL. INFORMACIÓN RELATIVA AL TRABAJADOR

María Belén Cardona Rubert (*)

I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE INTIMIDAD

La construcción de un concepto de intimidad que proporcione una tutela eficaz a sus titulares ha constituido el objetivo de diversas decisiones judiciales y preceptos legales, a pesar de lo cual resulta difícil dar con una definición que pueda ser calificada de “unívoca y precisa”,¹ no es de extrañar que la doctrina la haya calificado como la “*definition introuvable*”.²

El concepto jurídico de intimidad ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, su origen puede ser situado a finales del siglo pasado. Será un asunto aparentemente irrelevante el que permitirá definir por primera vez las características técnico-jurídicas de la noción de *privacy*. En concreto, Samuel D. Warren, casado con la hija del Senador Bayard, se dedicó a conducir una vida tildada de dispendiosa y desordenada en la época. Así, D. Warren y Louis D. Brandeis ansiosos por evitar intromisiones en la esfera privada de aquél, por parte de la prensa, realizaron un estudio que culminó en su monografía “*The Right to Privacy*” (1890), donde la *privacy* aparece configurada como el derecho a la soledad, la garantía frente a cualquier invasión privada y doméstica.

(*) Profesora Titular de Escuela Universitaria. Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Valencia, España.

¹ Pérez Luño, A., **Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución**, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, p. 327.

² Vitalis, A., **Informatique, pouvoir et liberté**, Economica, París, 1981, p. 151.

Mucho tiempo ha pasado desde entonces, las condiciones políticas, sociales, económicas y tecnológicas han cambiado y junto a ellas han hecho su aparición nuevas amenazas para la esfera privada del individuo, que han originado la transformación del concepto de intimidad. Hay que esperar a los años sesenta para asistir a un cambio radical en la sensibilidad social respecto a la intimidad. Este cambio se debe, en gran medida, a la conciencia de que la informática abarca territorios cada vez más amplios, a través de una perfeccionada red que permite una fluida y rápida transmisión de datos. La rapidez de elaboración, la capacidad de selección así como la facultad de agregar y disgregar información del ordenador es tal que el ciudadano se alarma: la enorme cantidad de datos memorizados permitiría, a quien ostentase el poder, controlar a fondo cada actividad.

De todos modos, la acepción más arraigada de intimidad es la que la considera como la garantía de que nadie pueda sufrir intrusiones o investigaciones no deseadas sobre su vida privada y que tales investigaciones no puedan ser divulgadas. Así entendida, la intimidad serviría para preservar “el ámbito personal” donde cada uno, alejado del mundo exterior, “encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de la personalidad”.³ Es ésta una definición correcta, pero parcial que no sirve para hacer frente a los nuevos embates que para la intimidad conlleva la introducción de la informática.⁴ Desde esta perspectiva el derecho a la intimidad goza de un doble ámbito de poder, por una parte, la facultad de impedir la toma de conocimiento injustificada o intrusiva y, por otra, el derecho a oponerse a la instrumentalización de su conocimiento mediante la divulgación ilegítima.⁵

La principal dificultad para definir el concepto de intimidad radica en que no estamos, en modo alguno, ante un concepto hermético sino abierto a las circunstancias del tiempo y el espacio en el que se inserta, se trata de un concepto mutable que ha visto condicionada su configuración por el constante desarrollo tecnológico. Primero, las comunicaciones orales y escritas, luego la aparición de los primeros medios de comunicación de masas y las primeras telecomunicaciones por cable y, por último, la revolución que en materia de obtención y transferencia de datos ha supuesto la ciencia

³ Bajo Fernández, M., "Protección del honor e intimidad" en AA.VV., **Comentario a las leyes penales**, Madrid, 1982, Ed. Edersa, p. 101.

⁴ En este tipo de definiciones predomina un entendimiento preinformático de la intimidad, es decir, una concepción de la intimidad que no tiene en cuenta cómo las nuevas tecnologías y el desarrollo de las comunicaciones han ampliado los límites del derecho a la intimidad. Vid. Morales Prats, F., **La tutela penal de la intimidad: privacy e informática**, Ed. Destino, Barcelona, 1981, p. 95. Murillo de la Cueva, P.L., **El derecho a la autodeterminación informativa**, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 98.

⁵ Goñi Sein, J.L., "El SIDA y el lugar de trabajo", en *Relaciones Laborales*, Nº 17, 1997, p. 52.

informática, han ido dejando en el concepto de intimidad su huella, de manera que en estos momentos es imposible abordar en nuestros días la problemática de la protección de la intimidad sin contemplar las incidencias que las nuevas tecnologías tienen sobre la sociedad, hoy la informática, como ningún otro medio con anterioridad puede disipar la intimidad del individuo, mediante la conexión de diversas informaciones relativas al sujeto en cuestión.

Un concepto de intimidad más adecuado a la realidad presente será aquél que no se circunscriba, únicamente, a lo que sea inaccesible al conocimiento de otros sino, también, a lo que pudiendo ser conocido, no deba “ser propalado indiscretamente”.⁶ Se trataría de un concepto capaz de proporcionar una tutela eficaz a las personas frente a los actos divulgativos de cuanto les concierne, realizados abusivamente por otro individuo siempre que lo revelado tenga carácter confidencial o se refiera a la intimidad de la vida privada.⁷

El derecho a la intimidad ha sido considerado por la teoría jurídica tradicional, junto con el honor y la propia imagen, como manifestaciones de los derechos de la personalidad y, en el sistema actual de derechos fundamentales, como expresiones del valor de la dignidad humana. Esta última constituye uno de los pilares sobre los que se construye el sistema de garantías constitucionales de los derechos y libertades, de modo tal que los derechos fundamentales se erigen en instrumento para la plena realización de la dignidad humana, cuyo fin último es el libre desarrollo de la personalidad.⁸

La Constitución Española de 1978, en su art. 18, eleva al rango de fundamental el reconocimiento y tutela del derecho a la intimidad personal y familiar junto al derecho al honor y a la propia imagen, incluyendo en su apartado 4º una alusión expresa a la tutela de la intimidad frente al uso de la informática, prescribiendo que será la ley la encargada de limitar el uso de la informática para garantizar entre otras cosas, la

⁶ De Cupis, A., “I diritti della personalità” en **Trattato di Diritto Civile e Commerciale**, dirigido por Cicu, A., Messino, F., vol. IV, t. Y. Ed. Giuffrè, Milán, 1959, p. 311.

⁷ *Ibidem*, p. 317.

⁸ Por primera vez, el derecho a la protección de la vida privada fue reconocido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, proclamada en París el 10 diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Inspirándose en esta declaración universal, la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, firmada el 4 de noviembre de 1950, reconoce la protección de la vida privada como un derecho del hombre. Ambas normas son importantes porque mientras inicialmente se había reconocido la exigencia de defender al ciudadano frente a los abusos del poder estatal, ahora con los nuevos derechos del hombre se le protege también frente al poder que puede ejercitar un hombre contra otro por razón de su superioridad física, intelectual o económica.

intimidad personal y familiar. No es éste el único artículo de la Norma Fundamental dedicado a la intimidad sino que junto a otros preceptos (arts. 20.4 y 105.b) constituyen un “peculiar círculo hermenéutico”⁹ que interpone como límite a la facultad de información, informatizada o no, la intimidad entendida como reducto individual dotado de pleno contenido jurídico que ha de quedar preservado de todo tipo de intromisión extraña, según Jurisprudencia del Tribunal Supremo.¹⁰

Es así como el art. 18 de la Constitución Española recoge un contenido amplio de intimidad en el que al lado de una declaración general de la positivización de la intimidad, se sitúa el reconocimiento del derecho a la intimidad domiciliaria y a la libertad y confidencialidad de comunicaciones privadas, para acabar con la constitucionalización del *habeas data* o faceta informática de la intimidad.

Las normas que han dado desarrollo legislativo a este precepto son dos: la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo,¹¹ y posteriormente, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.¹² Esta última norma es particularmente importante porque marca un antes y un después en la concepción de la intimidad al dar cabida, con acierto, a la protección de la persona ante los nuevos riesgos e intimidaciones originados por el uso indiscriminado de la informática y que constituyen una amenaza potencial, antes desconocida.¹³ A partir de esta norma la protección de la intimidad deja de estar estrictamente ceñida a la esfera “en la que desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona, el domicilio donde se realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo”. Ahora, se extiende a las facetas de su personalidad que aisladamente consideradas “carezcan de relevancia” pero “que coherentemente enlazadas entre sí”, por obra y gracia de las técnicas informáticas, puedan construir “un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado”.¹⁴

⁹ Pérez Luño, A., **Derechos humanos...Op. cit.**, p. 341.

¹⁰ STS de 19 de julio de 1989, Aranzadi 5875.

¹¹ BOE de 14 de mayo.

¹² BOE de 31 de octubre.

¹³ Exposición de Motivos de la LO 5/1992, de 29 de octubre, de regulación de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

¹⁴ *Ibidem*.

II. PECULIARIDADES DE LA RELACIÓN LABORAL

Las especiales circunstancias que concurren en la relación laboral pueden llegar a modalizar el derecho a la intimidad del trabajador. La empresa se configura como una formación social en la que confluyen una pluralidad de intereses, igualmente relevantes, entre los cuales no existe un punto de encuentro predeterminado y fijo, sino simplemente un equilibrio precario entre intereses contrapuestos. En este contexto el poder de dirección, entendido como conjunto de facultades que definen la posición jurídica del empresario en el seno de la relación laboral, encuentra su fundamento constitucional en el art. 38 de la Constitución Española, en el que se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, al tiempo que se recoge el compromiso de los poderes públicos de garantizar y proteger su eficacia y defender la productividad.

El poder de dirección del empresario forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa y, como tal, ha de constar de las facultades que permitan llevar a cabo la iniciativa económica de la empresa y la defensa de los intereses legítimos, reconocidos en la Constitución. La empresa considerada como estructura técnica de medios y de personas, utilizada para obtener un resultado goza de toda la consideración por parte del ordenamiento y jurisprudencia españoles.

En el contrato de trabajo los derechos del trabajador encuentran un límite insoslayable en el respeto al interés empresarial y, a su vez, el poder del empresario aparece como un poder limitado, como un derecho potestativo, subordinado a la existencia de otros derechos.

La celebración de un contrato de trabajo no puede comportar, en modo alguno, la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución Española le reconoce como ciudadano, pues “ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa legitima que quienes presten servicios en aquéllas, por cuenta y bajo dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional”,¹⁵ sin que la invocación de un derecho fundamental pueda servir para justificar el incumplimiento de los deberes laborales que incumben al trabajador.¹⁶

¹⁵ STC 88/1985, de 19 de julio, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional (BJC)*, N° 52, 1985, p. 1003.

¹⁶ STC 88/1985, de 19 de julio; STC 6/1988, de 21 de enero, BJC, 1988, N° 82, p. 174; STC 129/1989, de 17 de julio, en *BJC*, N° 100, 1989, p. 1303.

Es posible distinguir en el contrato de trabajo dos tipos de derechos: los derechos laborales y los derechos de la persona. Los derechos laborales son aquellos cuya realización típica se ha de producir en el seno de la relación de trabajo, mientras que los personales son los inherentes a toda persona, cuyo reconocimiento y ejercicio se puede producir tanto en el desenvolvimiento estrictamente privado del individuo, como cuando éste se inserta en una relación laboral. Los derechos de la persona, como el derecho a la intimidad, son derechos que el individuo, en cuanto persona, lleva siempre consigo y que puede ejercitar o reclamar con independencia del lugar o situación en la que se encuentre, incluso, durante el desenvolvimiento de la relación de trabajo.

Los derechos fundamentales aparecen, además, caracterizados por el Tribunal Constitucional como “permanentes e imprescriptibles”¹⁷ e “irrenunciables”,¹⁸ de forma que “toda restricción a los mismos ha de estar justificada”,¹⁹ aunque esto no signifique que sean derechos ilimitados ya que por las especiales características de la relación, su ejercicio podrá ser objeto de una cierta modalización y podrá ceder ante otros derechos o bienes constitucionales, siempre que el interés contrapuesto sea de mayor trascendencia. En cualquier caso, las limitaciones a los mismos han de ser entendidas de acuerdo con “criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos”.²⁰

III. EL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR EN EL ORDENAMIENTO LABORAL ESPAÑOL

La declaración solemne del derecho a la intimidad del trabajador en el ordenamiento laboral español se halla en el art. 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) que establece el derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, mientras que el art. 20.3 ET reconoce y delimita las facultades de control y vigilancia del empleador, cuando establece que éste podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y

¹⁷ STC 7/1983, de 14 de febrero, en *BJC*, N° 23, 1983, p. 237. Vid. también: STC 8/1983, de 18 de febrero, en *BJC*, N° 23, 1983, p. 242; 13/1983, de 23 de febrero, en *BJC*, N° 23, 1983, p. 281.

¹⁸ STC 11/1981, de 8 de abril, en *BJC*, N° 2, 1981, p. 83.

¹⁹ STC 62/1982, de 15 de octubre, en *BJC*, N° 19, 1982, p. 919.

²⁰ STC 254/1988, de 21 de diciembre, en *BJC*, N° 93, 1989, p. 82.

aplicación la consideración debida a su dignidad humana. También en los arts. 18²¹ y 20.4 ET, en los que el legislador ha regulado los derechos empresariales de registro sobre la persona y bienes del trabajador y de comprobación de su situación patológica, aparece aquélla como único límite a las facultades potestativas del empresario.

Otros artículos del Estatuto de los Trabajadores que hacen referencia más indirectamente a la cuestión son los artículos 50.1.a) y el art. 96.11. De un lado, el art. 50.1.a) ET establece entre las causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato, aquellas modificaciones sustanciales que redunden en menoscabo de su dignidad. De otro lado, el art. 96.11 ET califica como infracción muy grave del empleador y como tal sancionable administrativamente los actos del empresario contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores.

La *ratio* del art. 20.3 ET y de los otros artículos que establecen cortapisas a las facultades del empresario no es la de impedir el control empresarial, sino la de defender la privacidad del trabajador de aquellos ataques intrusivos y desproporcionados en su esfera privada.

El art. 20.3 ET delimita las facultades del empresario y lo hace sometiéndolo a dos límites insoslayables.

El primero de ellos se encuentra en la misma finalidad del control ya que éste no puede sino tender a la estricta verificación del cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales. La facultad de control no es ilimitada sino que, al igual que las otras facultades del empresario, nacidas del contrato de trabajo queda condicionada a los límites de aquél, de forma que no pueda alcanzar más que a los extremos que guarden directa relación con el trabajo, prestación básica de aquella relación contractual. Cualquier extralimitación de tal potestad deviene ilegítima y como tal no sólo fuera del amparo jurisdiccional, sino de su inmediata coercitiva exigencia²².

El segundo de los límites es la dignidad del trabajador, en la que puede considerarse incluida una posible tutela a la intimidad del trabajador, puesto que la dignidad de la

²¹ Literalmente el art. 18 ET establece que “sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador en sus taquillas y efectos particulares, cuando sea necesario para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible”.

²² STCT de 12 de enero de 1982, Aranzadi 26.

persona, consagrada constitucionalmente en el art. 10.1, se halla presente en todos los derechos fundamentales y, por supuesto, en el derecho a la intimidad (arts. 18 CE y 4.2 ET).

En la relación laboral no cabe invocar el derecho de la persona a la conservación incondicional de la intimidad.²³ Las especiales características del contrato de trabajo convierten en legítima una cierta reducción de la zona protegida por la norma puesto que la misma idea del ingreso en “una organización implica una cierta compresión de los derechos de que el individuo es titular, sin esa compresión y armonización, simplemente la organización no sería posible”²⁴ sin que, en ningún momento y por ninguna razón, puedan justificarse medidas incompatibles con la dignidad de la persona del trabajador. La norma impide todo control o fiscalización de la vida privada del trabajador desvinculada de los aspectos técnico-organizativos del trabajo, y toda vigilancia que elimine el espacio de libertad de la persona que está en la propia esencia del derecho a la intimidad.²⁵ Además, de que en caso de “hipotética colisión entre el derecho a la libre organización productiva que la legislación ordinaria reconoce al empresario (art. 20 ET) y el contenido esencial del art. 18.1 de la Constitución Española, lógicamente debe resolverse a favor del segundo”.²⁶

IV. LA INFORMACIÓN EN EL CONTRATO DE TRABAJO

El interés de los empleadores en obtener información que les permita realizar una gestión eficiente de sus empresas justifica el afán por obtener datos de los trabajadores, cuanto más completos y precisos, mejor. El interés del empresario no reside únicamente en la consecución de una mayor eficiencia y rentabilidad; están en lid otras consideraciones a tener en cuenta por el empresario como el cumplimiento de la legislación, ofrecer respaldo a la selección de candidatos, salvaguardar la seguridad personal y laboral, controlar la calidad de la prestación laboral y del servicio que se presta a la clientela y proporcionar protección a los bienes de la empresa. Son éstas algunas de las razones en las que se pretende hallar la respuesta a la creciente necesidad de acopiar

²³ En este mismo sentido la STC 110/1984, de 26 de noviembre, proclama que “el derecho a la intimidad no es un derecho ilimitado”, en *BJC*, N° 44, 1984, p. 1421.

²⁴ Fernández López, M.F., “Libertad ideológica y prestación de servicios” en *Relaciones Laborales*, N° 7, 1985, p. 65.

²⁵ Goñi Sein, J.L., *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Ed. Civitas, Madrid, 1988, pp. 116 y 117.

²⁶ STC 170/1987, de 30 de octubre, en *BJC*, N° 79, 1987, p. 1539.

información personalizada del trabajador. Todo ello junto a la utilización de técnicas informáticas de recuperación y tratamiento de datos, la vigilancia electrónica y la realización de innovadores exámenes genéticos y toxicológicos redundan en la imperiosa necesidad de articular un sistema de protección de los datos del trabajador, a través de disposiciones que garanticen la salvaguarda de la dignidad de los trabajadores y la protección de su vida privada.²⁷

En los últimos años el desarrollo irrefrenable de la informática ha alcanzado a todos los sectores sociales y entre ellos al ámbito laboral. La potencialidad de la tecnología informática, tanto bajo el aspecto de tecnología de producción, es decir, aplicada directamente al proceso de trabajo operativo, como bajo el aspecto de tecnología de gestión, utilizada para la elaboración de decisiones, dirección del trabajo y resolución de problemas, ha supuesto una profunda transformación de la organización de trabajo.

Si la introducción de la informática en el mundo laboral, conlleva una serie de ventajas organizativas y de gestión, al mismo tiempo, supone un riesgo para determinados derechos fundamentales de la persona y, en especial, para el derecho a la intimidad del trabajador.²⁸ Con la informática se multiplica la capacidad de acumulación de información y se permite al empresario reconstruir, a partir de datos aparentemente inocuos, el perfil del trabajador. Perfil susceptible de ser utilizado con los fines más diversos.

La tecnología electrónica permite reelaborar una gran cantidad de datos simples o fragmentarios, aparentemente inocuos, que combinados entre sí ofrecen un cuadro complejo de la personalidad del trabajador. Dicho cuadro puede llegar a incluir desde aspectos estrictamente profesionales a características individuales, pertenecientes al ámbito de la privacidad del trabajador.

La gestión informatizada del personal permite que todos los datos concernientes al desarrollo del contrato de trabajo, desde la constitución del vínculo contractual hasta el momento en el que el trabajador rescinde su contrato con la empresa, sean incluidos

²⁷ Vid. "Recomendaciones de la OIT para proteger datos personales del trabajador" en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 115, N° 5, 1996, pp. 629 y ss. Es interesante remarcar el interés de este repertorio de recomendaciones, elaborado por la OIT, que sin tener carácter obligatorio, ni pretender suplir la legislación nacional, normas internacionales del trabajo ni otras normas, proporciona orientaciones para la protección de los datos personales del trabajador, que pueden ser utilizadas para la elaboración de leyes, reglamentos, convenios colectivos, directivas y políticas laborales.

²⁸ Cfr. Ichino, P., *Strategie di comunicazione e Statuto dei lavoratori*, Ed. Giuffrè, Milán, 1992, pp. 131-132.

en los bancos de datos de la empresa. Además de que la incorporación de la persona del trabajador en la organización del empresario favorece, por sí sola, la continua adquisición de datos personales de distinta naturaleza y una minuciosa puesta al día de los mismos.

Estamos ante el desarrollo en el ámbito laboral del llamado "poder informático" entendido como "capacidad propia del responsable de añadir datos y de establecer las comparaciones más diversas entre ellos, hasta el punto de transformar informaciones dispersas en una información organizada y remontarse así de los actos más banales del individuo a sus más íntimos secretos, y la posibilidad de encontrar inmediatamente y de comunicar las informaciones así obtenidas a quien lo requiera".²⁹

No todos los datos personales susceptibles de ser tratados informáticamente merecen la misma consideración por el legislador. Entre ellos ocupan una posición diferenciada los datos sensibles, a los que la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (en adelante LORTAD) otorga una especial protección. Se trata de datos estrechamente vinculados a la dignidad y personalidad humanas, que se encuentran ya garantizados a través de otros derechos fundamentales, en especial, a través de los arts. 16 y 18 de la Constitución Española, pero a los que esta Ley añade un plus de protección al establecer garantías frente a su tratamiento informatizado.

La Ley se ocupa de ellos en su art. 7, bajo el epígrafe "datos especialmente protegidos". Son éstos, datos que en función de su propia naturaleza contienen información de cuyo uso incontrolado pueden derivarse consecuencias especialmente negativas para la persona a la que se refieren. Este perjuicio para los derechos de las personas deriva no tanto del contenido de los datos en sí mismo considerado como del ámbito o contexto en el que se utilicen.

Para el legislador español gozan de esta especial protección los siguientes datos: 1) datos sobre la ideología, religión o creencias (art. 7.1); 2) datos relativos al origen racial, la salud y la vida sexual (art. 7.3); y, por último, 3) datos personales referentes a infracciones penales o administrativas (art. 7.5). Para todos ellos, datos de carácter personal se establece la prohibición de crear ficheros con la única finalidad de almacenarlos (art. 7.4).

Esta especial protección surge del hecho de que se trata de datos que en función

²⁹ Ciacci, G., "Problemi e iniziative in tema di tutela dei dati personali, con particolare riguardo ai dati sanitari" en *Politica del Diritto*, N° 4, 1991, p. 672.

de su propia naturaleza contienen información de cuyo uso incontrolado pueden derivarse consecuencias especialmente negativas para los derechos de la persona a la que se refieren; consecuencias perjudiciales que derivan no tanto del contenido de los datos en sí mismo considerado como del ámbito o contexto en el que se utilicen.

Si esto es así con carácter general, este riesgo se reconoce mucho más fácilmente en la relación laboral la cual, por definición, sitúa a sus protagonistas, empresario y trabajador, en una posición jurídica desigual, en la que el trabajador tiene que soportar el condicionamiento estructural y permanente respecto a gran parte de sus derechos fundamentales.

IV.1. Datos sobre la ideología, religión y creencias.

Los datos relativos a la ideología, religión o creencias del afectado, son datos relacionados entre sí, que se encuentran recogidos conjuntamente en los arts. 16.1 y 14.1 de la Constitución Española, que consagran el principio de no discriminación, entre otras causas, por razón de religión, opinión o cualquier otra circunstancia o condición personal o social. Se trata de datos relacionados con el art. 18.1 puesto que suministran informaciones sensibles estrictamente ligadas a la persona del afectado, por lo que no resulta extraño que el tratamiento automatizado de aquéllos pueda repercutir en amenazas a la misma intimidad del individuo.

En línea de principio, es jurídicamente irrelevante la concepción ideológica del trabajador en orden a la constitución, desarrollo o extinción de una relación laboral, estando prohibida toda indagación del empresario sobre datos a ella relativos. Este postulado quiebra, sin embargo, en las organizaciones “cuya finalidad es realizar programas ideológicos o de creencia; las empresas con fines políticos, religiosos, sindicales o culturales o cuya actividad es indisoluble de un determinado postulado ideológico; empresas o actividades que implican la defensa o, como mínimo, el acatamiento de unos determinados principios ideológicos, las empresas creadoras o sustentadoras de una determinada ideología en función de la cual existen y cuya propia estructura organizativa no es sino una forma de manifestación de aquélla y también las empresas privadas que suministran bienes o servicios de componente casi exclusivamente ideológico”,³⁰ es decir, lo que se ha designado como empresas ideológicas o de tendencia (*Tendenzbetrieb*).

³⁰ Blat Gimeno, F.R., **Relaciones laborales en empresas ideológicas**, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986, p. 66.

En las empresas ideológicas, dadas sus peculiares características y finalidades, las informaciones relativas a la ideología, creencias o religión del trabajador poseen una inmediata y directa relevancia en la valoración de su idoneidad para desarrollar determinadas funciones. Por ello, es posible proceder a una cierta modulación de los derechos fundamentales del trabajador que permita la “gestión ideológica de la entidad y garantice su autonomía y existencia”.³¹ En consecuencia no estará prohibido al empresario recabar datos personales del trabajador relativos a estos extremos, siempre que se trate de datos que permitan calibrar la aptitud profesional y capacidad del trabajador para desempeñar las actividades a las que sea destinado.

La cuestión estriba en saber si en estas empresas, el empresario posee una licencia absoluta para recabar esos datos, sea en el momento de la contratación, en el que el trabajador se encuentra en una posición especialmente frágil y la adhesión de éste al ideario de la empresa puede resultar determinante, sea durante su vida laboral, en la que el empresario puede exigir la identificación total con los fines perseguidos por la empresa. La respuesta a esta pregunta ha de ser negativa y ello por dos razones.

En primer lugar, porque aun tratándose de empresas de tendencia no puede extenderse la exigencia de comunión con el ideario de la empresa a todos los puestos de trabajo, sino que resulta preciso distinguir entre prestaciones según su mayor o menor conexión con el ideario de la empresa.³² Surge así la diferenciación entre tareas de tendencia³³ y tareas neutras.

Serían del primer tipo aquéllas en las que las convicciones ideológicas del trabajador estén intrínsecamente vinculadas al cumplimiento de su actividad laboral; mientras que entre las segundas se incluyen aquellas en las que “el contenido de la prestación exigible es tal que la orientación ideológica del trabajador queda al margen, como por ejemplo funciones meramente ejecutivas o técnicas”.³⁴ El empresario, únicamente, podrá proceder al tratamiento automatizado de estos datos sensibles

³¹ Calvo Gallego, F.J., **Contrato de trabajo y tutela de la tendencia**, Ed. CES, 1995, Madrid, p. 151.

³² Fernández López, M.F., refiriéndose a la necesidad de esta distinción, literalmente, dice: “es necesario proceder a una graduación de las distintas tareas según su nivel de conexión con la difusión de ideología”. **Libertad ideológica y...** Op. cit., p. 76.

³³ El derecho germánico ha elaborado la figura del *tendenztraeger* o portador de tendencia para designar a quien desarrolla tareas directamente encaminadas a realizar la específica finalidad de la organización.

³⁴ Blat Gimeno, F.R., **Relaciones laborales en empresas...**, Op.cit., p. 49.

cuando, por la naturaleza del puesto, el trabajador deba realizar tareas cargadas de un elevado contenido ideológico, mientras que habrá que entender excluida esta posibilidad en el caso de tratarse de tareas neutras ya que la aptitud para ejecutar dichas prestaciones no depende de la participación del trabajador en la tendencia o línea ideológica de la empresa y, por tanto, son ilícitas todas las indagaciones realizadas por el empresario dirigidas a obtener información relativa a la ideología, creencias religiosas, afinidad política o sindical del candidato al empleo o del trabajador en plantilla que tenga que desarrollar o que desarrolle actividades ideológicamente neutras. Incluso en el caso de que el trabajador tenga que realizar tareas ideológicas, sólo podrán recabarse datos que tengan “directa conexión funcional con la prestación”³⁵ que desempeñe; teniendo en cuenta, además, que no todos los trabajos o puestos ideológicos tienen la misma carga ideológica ni exigen el mismo nivel de compromiso con el ideario de la empresa por lo que, quizás, la actitud más conveniente sea la de comprobar, caso por caso, si la investigación sobre la ideología del trabajador encuentra, verdaderamente, su fundamento en que la misma garantiza el mejor cumplimiento de su prestación o si obedece a criterios arbitrarios e injustificadamente discriminatorios.

En segundo lugar, en virtud del art. 7.2 LORTAD siempre será necesario el consentimiento expreso y escrito del trabajador. Y serán aplicables, con carácter general, los principios que sobre la calidad de los datos rigen en la recogida y tratamiento de éstos, en especial, los relativos a la pertinencia y finalidades legítimas para las que se obtengan (art. 4.1). La norma admite el tratamiento de datos relativos a la ideología, religión y creencias, cuando resulten relevantes a la hora de valorar la aptitud profesional del trabajador. Entre los datos y el objetivo de la función a desempeñar por el trabajador debe existir una inmediata correlación, debiendo limitarse el empresario a tratar datos que proporcionen una garantía razonable del cumplimiento de la prestación.

IV.2. Datos relativos al origen racial y nacional del trabajador.

En cuanto a las informaciones relativas a la nacionalidad del trabajador, se trata éste de un dato que necesariamente va a ser manejado, tanto por el empresario como por la Administración, a efectos de la concesión y renovación de los permisos de trabajo y residencia.

³⁵ *Ibidem*, p. 49.

La nacionalidad de origen puede hacer aparecer indirectamente el origen racial, así como las convicciones religiosas de los interesados, pudiendo originar actitudes racistas difícilmente verificables.³⁶ Se trata de un dato que, debido a sus peculiares características, va a dificultar el cumplimiento de las garantías que la Ley establece para evitar un uso abusivo del mismo, puesto que en la mayoría de los casos resulta relevante para la constitución del vínculo contractual. Más discutible es que en el caso de trabajadores que hayan obtenido la nacionalidad española sea necesario incluir datos como la nacionalidad de origen o la fecha de obtención de la nacionalidad española. No parece que, en principio, el conocimiento de tales informaciones sea imprescindible para la constitución y normal desarrollo de la relación laboral, sin perjuicio de su contemperamiento con los intereses legítimos del empresario.

IV.3. Datos relativos a la vida sexual del trabajador

Con respecto a la vida sexual del trabajador le está absolutamente prohibido al empresario indagar, acceder y, por supuesto, someter a tratamiento automatizado informaciones relativas a los comportamientos sexuales de sus empleados.

Cabe preguntarse si estamos ante una prohibición absoluta o sería posible individualizar alguna excepción. Un caso en el que podrían plantearse dudas es en determinadas enfermedades infecciosas de transmisión sexual, en concreto el SIDA, que afecta especialmente a los llamados grupos de riesgo, entre los que se encuentran los homosexuales. Pues bien sería posible que un empresario, en un exceso de celo por el cumplimiento de su deber de tutelar la salud de sus empleados, pudiera recabar informaciones sobre sus preferencias sexuales a fin de individualizar las personas sometidas a dicho factor de riesgo. Con independencia del móvil del empresario, se trataría de una práctica difícilmente encuadrable en el marco constitucional ya que, al contrario del caso anterior, no existe duda alguna sobre su pertenencia a la esfera más íntima y reservada del ser humano. Además, la práctica de este tipo de conductas

³⁶ Un ejemplo de cómo la nacionalidad puede proporcionar informaciones relativas a la raza y religión del afectado, nos lo sirve la Commission Nationale de l' informatique et des libertés - CNLI -, la cual tuvo que atender a una pretensión de un miembro de la comunidad musulmana francesa, M. Kaberseli, que protestaba contra la creación de un fichero destinado a incluir datos relativos a personas provenientes de Argelia con el fin de concederles una ayuda institucional. Alegaba que la creación de este fichero no respetaba el contenido del art. 31 de la Loi du 6 janvier 1978 que prohíbe tratar o conservar informáticamente, salvo acuerdo expreso del interesado, los datos nominativos que, directa o indirectamente, hagan aparecer los orígenes raciales o las opiniones filosóficas o religiosas o la afiliación sindical de las personas. En su opinión vulneraba tal precepto porque hacía aparecer las opiniones religiosas de las personas interesadas. El CNLI desestima la petición por considerar que la creación de este fichero no entra en las previsiones del art. 31 de la ley. C.E. Sect. 5 juin 1987, M. Kabersali, req. n° 59674, en *L' Actualité Juridique - Droit Administratif*, 20 octubre de 1987.

contribuiría a la estigmatización de este grupo social, consagrando los prejuicios que contra los mismos existen.³⁷

Por supuesto, cualquier actuación del empresario que se derivase de la información resultante de las indagaciones practicadas sobre aquellas informaciones y que incidiese sobre el status del trabajador en la empresa o sobre el candidato al empleo de que se trate atentarían contra la legalidad existente y contra los fundamentos de nuestra Carta Magna.

IV. 4. Datos relativos a la salud del trabajador.

Las informaciones relativas a la salud son especialmente sensibles a las que el legislador español ha proporcionado una especial protección en diversas normas. Desde la Ley General de Sanidad (14/1986, de 25 de abril) que establece entre los derechos de los pacientes, el derecho al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad y a que se mantenga la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias (art. 10, apartados 1 y 3, respectivamente); a la LORTAD (Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Tratamiento automatizado de datos) que establece la prohibición de recabar o tratar informáticamente este tipo de datos salvo que su titular otorgue su consentimiento o que por razones de interés general una ley así lo disponga; a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995, de 8 de noviembre) que en su art. 22 establece los términos en los que dicha información debe de ser manejada.

Con respecto a los datos relativos a la salud del trabajador, el legislador español hace recaer sobre el empresario la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, exigiendo de su actuación la inexistencia de consecuencias negativas para la persona del trabajador y constituyendo a aquél en garante último de su seguridad y salud (arts. 19 ET y 14.2 LPRL;³⁸ como correlato al derecho de los trabajadores de ser protegidos eficazmente durante la prestación de trabajo (arts. 4.2.d. y 19.1 ET).

En cumplimiento de ese deber genérico la Ley de Prevención de Riesgos Labora-

³⁷ Son de este tipo algunos pronunciamientos preconstitucionales que consideraban “los actos de homosexualidad... una mácula en el orden moral, una ofensa y una desviación de las buenas costumbres... trascendente al prestigio de la empresa, causa de disgusto e incomodidad en los compañeros de trabajo forzados al roce con el desprestigiado”, STS, Sala 6ª, de 27 de octubre de 1965 (Aranzadi 4816).

³⁸ LPRL, siglas correspondientes a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, publicada en BOE de 10 de noviembre de 1995, en vigor desde el 11 de febrero de 1996.

les, prevé, en su art. 22, medidas de vigilancia y la realización de controles periódicos sobre el estado de salud del trabajador, cuya realización permitirá alcanzar el resultado final, es decir, proporcionar una protección eficaz en materia de seguridad y salud del trabajador en el trabajo, responsabilizando al empresario de su efectivo cumplimiento.

La información que sobre la salud del trabajador se obtiene a través de la realización de controles pertenece a su esfera privada y el uso que de la misma se haga puede tener repercusiones negativas para su situación personal y profesional.

Al empresario le está permitida una intromisión dirigida a ese aspecto de la esfera privada del individuo. Lógicamente, esta autorización [arts. 4.2.d) y 20.4 ET] no puede entenderse como absoluta sino que estará estrictamente limitada a las informaciones que encuentren razonable justificación en el cumplimiento de los deberes contractuales y en la garantía de la salud de los trabajadores.

El art. 22 de la LPRL fija los términos en los que deben realizarse la vigilancia y controles sobre la salud del trabajador, los derechos y obligaciones de las partes implicadas, los límites y condiciones para su puesta en práctica, así como el uso que de las informaciones obtenidas permite realizar.

1. Restricción de la vigilancia de la salud a “los riesgos inherentes al trabajo”

El primer límite a la vigilancia de la salud se hace pender en la LPRL de los riesgos que comporte la realización de la actividad de que se trate. Esta previsión sirve para garantizar que la vigilancia de la salud del trabajador sólo vaya dirigida a los riesgos laborales que entraña el empleo y no a otros.

Esta previsión tiene un doble efecto, por una parte, sirve para delimitar la extensión del control que deba realizar el empresario, fijando el alcance de la obligación empresarial³⁹ y, por otra, sirve para garantizar la intangibilidad de una parcela de la intimidad del trabajador que no podrá verse sometida a intromisiones injustificadas por parte del empresario, salvo que tenga que ver con los riesgos que entraña el empleo.

2. Periodicidad de la vigilancia

El control se llevará a cabo con carácter inicial para continuar realizándose periódicamente, en función del riesgo del trabajo pudiendo, incluso, prolongarse “más

³⁹ González Ortega, S., Aparicio Tovar, J., *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Ed. Trotta. Madrid, 1996, p. 150.

allá de la finalización de la relación laboral, en los términos que reglamentariamente se determinen” (ap. 5 del art. 22 LPRL).⁴⁰

Aparte de un control inicial que se llevará a cabo tras la incorporación al trabajo o tras la asignación de nuevas tareas que conlleven riesgos específicos para la salud, se distingue el control de la salud de aquellos trabajadores que se reincorporen a su puesto de trabajo, tras una ausencia prolongada por motivos de salud. En relación a la realización de este último tipo de controles a los trabajadores que se hayan ausentado de su puesto por motivos de salud, con carácter general, el art. 20.4 ET permite verificar el estado de enfermedad alegado por el trabajador como causa de sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento del personal médico; pudiendo comportar la negativa del trabajador a someterse a dichos reconocimientos, la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario.

De la salud del empleado se derivan consecuencias, en términos de intereses financieros, para la economía de la empresa, de ahí el interés del empresario en verificar la realidad de la enfermedad, ante las ausencias repetidas del trabajador. La cuestión es delimitar el alcance de esta facultad de verificación. Aunque la *ratio* del precepto no sea sino la de facilitar al empresario el control de la excesiva morbilidad en la empresa, no se pretende otorgar al empresario facultades que corresponden exclusivamente a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (competencias relativas a la declaración, seguimiento, control de la situación de enfermedad del trabajador y al reconocimiento del derecho a prestaciones). El empresario tiene derecho a constatar a través de personal médico, durante períodos de Incapacidad Temporal, el estado real de salud del asalariado; sin que por el hecho de que el empresario sea responsable del pago de determinadas cantidades económicas (art. 131.1 de la Ley General de la Seguridad Social) le esté permitido perturbar el derecho a la intimidad que asiste al trabajador.

3. Proporcionalidad al riesgo

En cuanto al modo en el cual los controles deben realizarse, la Ley precisa que éstos serán proporcionales al riesgo, es decir, que deberán ser verdaderamente precisos, sin que puedan realizarse por mero capricho del empresario, contribuyendo a la obtención de dicho fin que en la determinación del riesgo sean utilizados criterios objetivos de

⁴⁰ Esta cuestión ha sido ya abordada por la normativa específica con respecto a determinadas enfermedades o actividades profesionales. Así, por ejemplo, la Ley 25/1964, de 29 de abril, reguladora de la energía nuclear (BOE de 4 de mayo), dispone que “las personas que trabajen en actividades nucleares dentro de zonas controladas serán sometidas antes de iniciar su trabajo en dichas zonas a un examen médico, que posteriormente será periódico, hasta diez años después de cesar su trabajo en las mismas” (art. 39).

valoración “según los conocimientos técnicos existentes o consensuados con los trabajadores” (art. 5 RSP⁴¹); procurando, al mismo tiempo, causar las menores molestias al trabajador y respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona (art. 22 LPRL).

4. Consentimiento del trabajador

La puesta en marcha de las medidas de vigilancia y control, previstas en la Ley, dependen, al menos en principio, de la voluntad del trabajador. Es éste quien tiene la última palabra, al exigir el legislador que preste su consentimiento. Se trata de un límite tan contundente como aparente ya que se prevé una lista de excepciones lo suficientemente amplia como para permitir incluir en ellas la mayoría de los supuestos más frecuentes.

No será necesario recabar el consentimiento del trabajador, en primer lugar, cuando los reconocimientos médicos aporten información fundamental para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o cuando determinados aspectos de la salud del trabajador puedan constituir un riesgo para su propia salud, la de los otros trabajadores o para terceros. Por último, tampoco será obligatorio el consentimiento del trabajador cuando así esté establecido por una disposición legal “en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad”.

Existe otra vía a través de la cual es posible imponer la obligatoriedad del sometimiento a los controles médicos, se trata de la negociación colectiva, de manera que resultan perfectamente admisibles cláusulas negociales que impongan al trabajador la obligatoriedad de someterse a los controles médicos siempre que las mismas asuman una función evaluadora de los efectos que provocan las condiciones de trabajo, así como las circunstancias para verificar la adecuación del trabajador a su puesto de trabajo o función, considerándose en estos casos que con las mismas no se contradice el tenor del art. 22.1 LPRL.

La cuestión es más compleja y delicada de lo que pudiera parecer, a primera vista, ya que son varios los intereses que entran en juego. Por una parte, el legítimo interés del empresario de acceder a las informaciones que sean necesarias para cumplir efectivamente su obligación de proteger la salud de sus trabajadores y evitar su

⁴¹ Siglas correspondientes al Reglamento de los Servicios de Prevención, aprobado por el RD 39/1997, de 17 de enero, BOE, de 31 de enero de 1997.

exposición a riesgos derivados del puesto de trabajo; así como el derecho de los trabajadores a ser protegidos eficazmente de dichos riesgos; además del interés más abstracto de la salud pública (art. 43 CE) y, por otra parte, el interés individual del trabajador de proteger su intimidad de las consecuencias negativas que pueda acarrearle el conocimiento de determinados aspectos de su salud y su derecho a asumir el riesgo que para la misma puede implicar su negativa al reconocimiento médico.⁴²

Evidentemente, el trabajador no ostenta un derecho absoluto a mantener los datos relativos a su salud en un estado de opacidad tal que asegure su ignorancia por el empresario y que dificulte el cumplimiento de la obligación del art. 22 LPRL, pero tampoco resulta defendible, *a priori*, la postura contraria, es decir, la realización indiscriminada e injustificada de tales controles, anteponiendo automáticamente el interés colectivo al individual.

El problema radica, principalmente, en que la amplitud del supuesto puede dejar sin contenido el principio de consentimiento, consentimiento que en momentos como el de la contratación, en el que la desigualdad real entre el empresario y el trabajador se hace más evidente, se ve suficientemente mediatizado como para que la introducción de amplias excepciones lo invalide definitivamente.

En cualquier caso, sólo será posible exceptuar la realización de los controles de la exigencia del consentimiento del trabajador, previo informe de los representantes de los trabajadores (ap. 1 art. 22 LPRL), aunque nada se dice en la ley sobre el carácter vinculante o no de tal informe. Parece, pues, que, en última instancia, será el empresario quien decida, con independencia de que *a posteriori* tal decisión sea susceptible de ser impugnada judicialmente.

5. Confidencialidad de los datos sanitarios

El art. 22 LPRL se propone garantizar la confidencialidad de la información relacionada con el estado de salud del trabajador limitando, para ello, el acceso a los datos sobre los resultados de las medidas. Únicamente, el personal médico, las Autoridades Sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores y el propio trabajador interesado, tendrán acceso directo a la información completa, sin que sea posible ceder tal información sin el consentimiento expreso del trabajador

⁴² Con carácter general, el art. 10 de la Ley General de Sanidad establece el derecho del paciente de no someterse a los tratamientos médicos prescritos, entre los que se encontraría la realización de pruebas médicas como análisis de sangre, etc.

afectado.⁴³ No obstante, se permite al empresario y a los responsables en materia de prevención el acceso parcial a tales informaciones, esto es, se les facilitará el conocimiento de las conclusiones, sólo, en cuanto se refieran a la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo, a la necesidad de mejorar o introducir las medidas de protección y prevención y al desarrollo correcto de las funciones en materia de prevención.

Asimismo, se prohíbe el uso de tales informaciones con fines discriminatorios o en perjuicio del trabajador, extremos difícilmente verificables en la relación laboral, máxime cuando no se considerarán dentro de esa categoría aquellas acciones o decisiones del empresario, emprendidas o tomadas, como consecuencia de informaciones que revelen “la ineptitud del trabajador, su incompatibilidad por razones de salud o seguridad con el desempeño de su actividad laboral habitual o el que su estado de salud”⁴⁴ suponga riesgos para otros trabajadores o terceros.

El mayor empeño de la Ley reside no tanto en evitar el conocimiento de los datos como en evitar el uso desviado de los mismos, limitando las personas que pueden intervenir en el control y vigilancia de la salud del trabajador.

El papel fundamental en las tareas de vigilancia y control lo desempeñan, indudablemente, los médicos. A ellos corresponde realizar los exámenes, poseen la información completa de las características y estado de salud del trabajador y de sus conclusiones se derivan decisiones empresariales de enorme importancia sobre el futuro laboral del trabajador en cuestión. Es así como el médico se convierte en el sujeto sobre el que recae la mayor cantidad de información, al tiempo que es él quien decide qué parcela de ésta debe dar a conocer al empresario y demás sujetos “u órganos con responsabilidad en materia de prevención”.

La LPRL limita el acceso a la información médica de carácter personal a las Autoridades Sanitarias y al médico que intervenga en la vigilancia de la salud. No podrán facilitar dicha información al empresario u otros, salvo consentimiento expreso del trabajador y, en cualquier caso, únicamente, les serán facilitadas “las conclusiones” (art. 22.4, inciso 3º), es decir, que no dará cuenta de todos los detalles sobre el estado de salud del trabajador, sino de su aptitud o idoneidad para el puesto que esté ocupando

⁴³ Esta previsión recuerda el art. 11.1 LORTAD, relativo a la cesión de datos, según el cual “los datos de carácter personal objeto del tratamiento automatizado sólo podrán ser cedidos para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y cesionario con el previo consentimiento del afectado”.

⁴⁴ González Ortega, S., Aparicio Trovar, J., **Comentarios a la Ley 31/1995 de...**, Op. cit., p. 155.

o que vaya a ocupar, así como de las secuelas o mellas que dicho puesto haya podido o pueda causar en la salud del empleado.

6. Un supuesto especial: el trabajador seropositivo o enfermo de SIDA

La información sobre la condición del trabajador de estar afectado por el SIDA, en poder del empresario, puede influir de manera negativa tanto en la constitución del vínculo contractual como en el curso de la vida laboral del trabajador.

Se trata de datos cuyas repercusiones en las decisiones empresariales son difícilmente verificables. Será prácticamente imposible demostrar que un trabajador no es contratado porque el empresario ha tenido acceso a una información relativa a su estado de seropositividad o que un empleado es despedido por el mismo motivo. La posibilidad de excluir al trabajador del círculo de empleados pasa por la habilidad del empresario o de su asesor para motivar el despido; mientras que en el caso de la no contratación ni siquiera necesita encontrar una justificación.

Intereses en conflicto

En principio, no parece que sea exigible al empresario renunciar al interés legítimo de contratar a la persona que reúna las mejores aptitudes físico-psicológicas y, en consecuencia, renunciar a la prerrogativa que le atribuye el ordenamiento de interesarse por tales condiciones siempre que sean relevantes para la función que el trabajador debe desempeñar; ni que sea exigible, *a priori*, y en función del principio de buena fe, al trabajador que revele ser portador del SIDA, en aras del efectivo respeto a su intimidad.

Resulta, por ello, imposible abordar la cuestión desde una única perspectiva siendo necesario considerar todos los aspectos de la misma. El SIDA es un problema social que alcanza a la empresa, ámbito en el que confluye un triple miedo: - el de la persona afectada por la enfermedad a que la divulgación de su estado de salud entrañe consecuencias negativas para él; - el del empresario que teme que el empleado enfermo no pueda desempeñar normalmente sus funciones y, en consecuencia, pueda afectar la organización del trabajo y a la relación que la empresa mantiene con terceros (clientes); - el miedo de los otros empleados al contagio.

Delimitación conceptual

Al hablar de SIDA o de sus implicaciones jurídicas suele incurrirse en inexactitudes que conducen a graves errores conceptuales. Uno de los más frecuentes es la tendencia, bastante común, a globalizar bajo el mismo término dos estadios de este

fenómeno, absolutamente diversos en cuanto a sus características y consecuencias, sobre el sujeto contagiado con el VIH.

Se habla indistintamente de enfermo de SIDA tanto para designar al sujeto portador del VIH como para referirse al individuo que padece la enfermedad, cuando en realidad se trata de dos momentos o etapas distintas del SIDA. Considero, por ello, más apropiado referirse a “afectados” y no a “enfermos”.

En la primera fase o momento del SIDA, condición de seropositivo, el sujeto ha desarrollado los anticuerpos del virus, convirtiéndose en portador del VIH, transmisible a los otros, sólo a través de determinadas modalidades, sin que ello le convierta en un enfermo ya que no sufre alteraciones inmediatas sobre su organismo; tardan frecuentemente de 7 a 8 años en desarrollar la enfermedad incluso, a veces, pueden tardar hasta 10 años. La segunda etapa es aquella en la que el sujeto comienza a sentir los efectos de la enfermedad y se convierte ya en un enfermo de SIDA.

En general los afectados por el VIH, en las diversos estadios de manifestación de la enfermedad, hasta no llegar a la fase terminal de la misma, son perfectamente capaces de ejecutar con normalidad su prestación de trabajo, salvo eventuales periodos de crisis en los que se agudizan los síntomas.

El empresario, en principio, no tiene que introducir exigencias distintas ante un trabajador seropositivo; aquello a lo que tendrá que atenerse es al requisito de la idoneidad psico-física del trabajador respecto al puesto a cubrir, no a la infección salvo en el caso en el que el estadio de la enfermedad incida sobre la capacidad laboral del afectado. Así pues, no resulta imprescindible el conocimiento del empresario de que el trabajador padece tal enfermedad.

Cumplimiento de la obligación empresarial de garantizar la tutela de la salud laboral

La vertiente de las posibles discriminaciones no es la única a abordar en el estudio de las consecuencias de la enfermedad en el ámbito laboral. No hay que olvidar que el ordenamiento español hace recaer sobre el empresario la obligación de propiciar y garantizar la eficaz tutela de la salud de sus trabajadores y, por tanto, no sólo del trabajador seropositivo, sino también del resto de sus empleados contra los riesgos de contagio. Si el empresario desconoce la existencia de la enfermedad en alguno de sus trabajadores, difícilmente podrá adoptar las medidas tendentes tanto a beneficiar al trabajador afectado mediante una mejora en sus condiciones de trabajo, a efectos de evitar en la medida de lo posible la agravación de su estado, como a evitar contagios

de terceros, ya sean otros empleados u otras personas que se sirvan de los servicios de la empresa. La pregunta es si justifica la defensa de un interés privado, el derecho al respeto a la intimidad del trabajador, la desatención del interés general a la salud de la colectividad, sea ésta el colectivo de los trabajadores o la sociedad en abstracto.

No existe una respuesta absoluta. En el caso de la empresa parece necesario individualizar características de la enfermedad, tales como la naturaleza del riesgo, las modalidades de transmisión de la enfermedad, la duración de la fase infecciosa, el daño que podría causar a terceros, las probabilidades de transmisión; en resumidas cuentas, realizar la evaluación de riesgos a la que se refiere la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (art. 16). Si se tienen en cuenta los mecanismos de difusión del VIH, puede excluirse que el cumplimiento de la prestación de trabajo pueda considerarse fuente de contagio y, en consecuencia, poner en peligro el derecho a la salud de los trabajadores no afectados.

Con carácter general, en el ámbito laboral no existen mayores riesgos de contagio que en otros ámbitos, es más éstos se minimizan; al tiempo que las personas contaminadas con el VIH o afectadas por el SIDA, no constituyen un riesgo para sus compañeros de trabajo, salvo que nos encontremos ante colectivos profesionales bien definidos. No resulta por ello aceptable la postura de aquellos que defienden la realización sistemática de tests de detección de la seropositividad de los trabajadores y la supuesta obligación de éstos de someterse a los mismos.

Obligatoriedad de sometimiento del trabajador a la prueba de detección del VIH

Sobre el carácter obligatorio o no de la realización de la prueba del SIDA la Dirección General de Trabajo, en fecha de 10 de agosto de 1989, tuvo la ocasión de pronunciarse a través de un informe, en el que se reúnen criterios coincidentes en gran medida con los expuestos.

En primer lugar, nada justifica un comportamiento distinto ante la enfermedad. Para la realización de los reconocimientos médicos o pruebas del estado de salud de los trabajadores, los criterios a aplicar deben de ser los mismos. La solución laboral de las cuestiones que surjan en la empresa pasan por la conciliación del derecho de organización empresarial (art. 20.1 ET) con el derecho del trabajador al respeto a su intimidad (art. 4.2 ET) y a no recibir trato discriminatorio (art. 17 ET). Seguramente, abundarán los supuestos conflictivos por lo que lo más aconsejable es la resolución individual, caso por caso, realizando un balance o juicio ponderado de los intereses en conflicto y procurando atenerse, en la medida de lo posible, a razones objetivas.

Por último, asiste al trabajador el derecho de rechazar, sin consecuencias negativas para él ni su posición en la empresa, la realización de pruebas que hagan referencia a circunstancias relativas a su estado físico salvo que éstas puedan generar riesgos para su propia salud, la de otros trabajadores o para la salud colectiva en general (art. 22.1 LPRL). Es decir, la excepción a la voluntariedad de la realización de los controles viene dada por la existencia de situaciones que ponen en peligro otros derechos como el derecho de la salud, siempre que ese peligro sea real, quiere decirse, que esté científicamente comprobado.

No debe ser exigida, con carácter general, la realización de pruebas de detección del SIDA como método válido para determinar la aptitud del trabajador para el empleo. En cualquier caso, corresponde a los médicos y autoridades sanitarias decidir sobre la oportunidad de la realización de pruebas de detección de anticuerpos del SIDA, valorando el potencial riesgo que para la salud de los terceros pueda existir. Tanto unos como otros deben de garantizar, en todo momento, la confidencialidad de los resultados de las pruebas así como de cualquier otra información con ellas relacionada. Éstos habrán de ser especialmente cautelosos en sus decisiones ya que no se trata solamente de proteger la salud del trabajador, sino que sus decisiones estarán constantemente acompañadas por el riesgo de vulneración del derecho a la intimidad [art. 4.2.e) ET] y de discriminación (art. 17 ET).

Trabajadores del sector sanitario

En el estadio actual de los conocimientos científicos sobre la enfermedad se ha establecido que, únicamente, es posible su transmisión por vía sexual o sanguínea. Una eventual contaminación profesional sólo sería posible en supuestos muy limitados ya que el contacto infeccioso debería producirse a través de una herida, un pinchazo o lesión cutánea; estarían sometidas a estos riesgos categorías concretas y determinadas de profesionales, se trataría de personas que trabajasen con líquidos biológicos infectados, lo que estrecha considerablemente el círculo: personal sanitario, investigadores científicos y trabajadores de laboratorios, en todos estos medios, por sus especiales características, es más probable el contagio.

El caso más patente lo protagonizan los trabajadores del sector sanitario (médicos, odontólogos, enfermeros), quienes por la naturaleza de su profesión pueden entrar en contacto con la sangre del paciente, teniendo así ocasión de transmitir la infección. En este caso ¿a qué interés hay que dar más relevancia, a la intimidad del trabajador o a los intereses generales? Parece que ante un conflicto de este tipo el interés individual decae ante el general, por lo que en esta situación y en función del principio de buena fe

contractual sería exigible al trabajador que diese noticia al empresario de la afección que padece, independientemente de consideraciones sobre su capacidad para seguir desempeñando el empleo para que así éste pueda establecer las medidas oportunas de prevención, ante el riesgo de contagio, que le son exigidas.

Hacer extensible el riesgo de contagio del profesional al paciente a todo el personal sanitario en conjunto no resulta demasiado riguroso. En realidad es mucho más frecuente el caso contrario además de que el riesgo de contagio del profesional sanitario que realiza técnicas terapéuticas o de diagnóstico al paciente que a ellas se somete es prácticamente nulo. El riesgo de transmisión del VIH al paciente únicamente existe cuando se realicen técnicas “invasivas específicas que provocan un riesgo de autolesión con sangrado”. Los profesionales que desarrollen tales técnicas y que, en consecuencia, tengan riesgo de infección con VIH deben de tener conocimiento en todo momento de si son potenciales fuentes de infección para sus pacientes, conocimiento que alcanzarán mediante el sometimiento periódico a análisis. Si de la práctica de tales exámenes se desprende un resultado positivo, el profesional en cuestión no debe seguir realizando tales técnicas, sin que ello implique que deba abandonar el ejercicio de su profesión sino que, muy al contrario, el resto de técnicas o intervenciones pueden ser realizadas sin reserva.

En cualquier caso, nunca podrán ser practicados controles indiscriminados, en masa o por categorías de sujetos; se realizarán a aquellos profesionales en cuyas actividades exista riesgo importante de contagio para terceros y las pruebas, únicamente, se hallarán encaminadas a verificar la idoneidad de los mismos para desempeñar tales funciones. Por otro lado, se insiste en la absoluta reserva sobre tales exámenes y en evitar conductas de marginación social y laboral del empleado seropositivo o enfermo de SIDA.

Defensa de la propia salud del trabajador afectado

Ciertos puestos de trabajo son particularmente peligrosos para los trabajadores portadores de VIH, al multiplicarse en ellos los efectos perniciosos de los mismos. Es el caso de los puestos de trabajo que exigen al empleado desarrollar sus funciones sometido a determinadas sustancias que pueden conllevar problemas hematológicos y/o de inmunodeficiencias, exposición a sustancias químicas como el benceno u otras, que pueden producir afecciones cancerígenas y que para los seropositivos puede tener consecuencias más peligrosas. Asimismo, los trabajos sometidos a radiaciones ionizantes permiten hablar de una potenciación del riesgo o de un riesgo suplementario para los trabajadores portadores del VIH. También, ciertas exposiciones profesionales de estos

trabajadores a determinados microorganismos o microbacterias, como las que pueden tener lugar en un ambiente sanitario o en un laboratorio bacteriológico, son potencialmente peligrosas.

En éstas y otras situaciones similares el empresario debe garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que por sus propias características personales o estado biológico conocido sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo (art. 25.1 LPRL). El Reglamento de desarrollo de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales abunda más en este sentido, al referirse a cuál debe de ser el contenido de la evaluación de los riesgos de los puestos de trabajo. Para su realización debe ser tenido en cuenta el “estado biológico conocido” del trabajador cuando éste lo haga especialmente sensible a alguna de las circunstancias del puesto de trabajo, en sí inocuas pero que para el trabajador pueden convertirse en nocivas para su salud. Es más, con posterioridad a la evaluación inicial, y una vez incorporado el trabajador especialmente sensible al puesto de trabajo, está prevista la realización de otros controles (art. 4).

IV.5. Datos sobre infracciones penales y administrativas del trabajador.

La última categoría de datos personales a los que el legislador ha querido otorgar una protección especial, incluyéndolos entre el resto de datos sensibles son los datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas (art. 7.5 LORTAD).

Con respecto a los otros datos sensibles parece que el legislador concibe estos datos como de segundo orden. Por una parte, reconoce su carácter especialmente sensible y cercano a la intimidad del afectado pero, por otra, el ánimo que guía al legislador no es el de ofrecer un tratamiento exhaustivo que evite la especulación sobre la posibilidad de proceder a su tratamiento, a diferencia de la técnica utilizada con los otros datos sensibles. Por contra, se incluye una única garantía genérica, la prohibición de que estos datos sean incluidos en otros ficheros que no sean los propios de las Administraciones Públicas; garantía para cuya concreción la norma nos remite a “las respectivas normas reguladoras”.

Con respecto a las implicaciones que estos datos pueden tener en el ámbito laboral qué duda cabe que dichas circunstancias pueden jugar un papel determinante en el ánimo del empresario, sobre todo, en el momento de la contratación del candidato al empleo. No se trata, por tanto, de datos inocuos sino que su conocimiento puede generar actitudes discriminatorias sobre la persona del trabajador.

La LORTAD es tajante al excluir la posibilidad de que dichos datos estén incluidos en ficheros privados, como los ficheros empresariales y, por tanto, de detectar su presencia en ellos estaríamos ante una incuestionable contravención del tenor de la ley.

Por otra parte, aunque la Ley no hace referencia a las infracciones estrictamente laborales del trabajador, sancionadas en base al poder disciplinario del empresario, a falta de mención expresa puede entenderse permitido su tratamiento informático.⁴⁵ En apoyo de esta tesis, la Directiva 95/46/CE⁴⁶ aunque no hace mención expresa a las infracciones laborales sí se refiere a la posibilidad de proceder al tratamiento de datos relativos a sanciones administrativas o procesos civiles, previendo que dichos tratamientos se realicen bajo el control de los poderes públicos,⁴⁷ por lo que sería posible realizar una interpretación amplia de esta previsión y entender incluidas las infracciones cometidas en el orden laboral.

IV.6. Otros datos.

El legislador español no ha agotado mediante la regulación en la LORTAD del tratamiento automatizado de datos personales, el universo de los datos de carácter personal susceptibles de ser incluidos en ficheros automatizados; prescindiendo, incluso, de la simple mención de alguno de ellos.

La LORTAD no hace referencia, entre otras, a las informaciones que es posible obtener a través de los números de identificación personal como es el caso de las correspondientes al documento nacional de identidad, al permiso de conducir vehículos de motor, a la cartilla militar, el número de identificación fiscal o el de afiliación a la Seguridad Social. Y esto con independencia de que con posterioridad a la promulgación de la LORTAD las normas que en su desarrollo se han ido aprobando hayan regulado, en algunos casos aspectos puntuales, como es el caso de las informaciones derivadas de los datos del afiliado a la Seguridad Social.

Aunque la Ley no los considere como datos sensibles, no hubiese estado de más

⁴⁵ En igual sentido Del Rey Guanter, S., "Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo: una aproximación a la "intimidad del trabajador"" en *Relaciones Laborales*, Nº 15, 1993, p. 24.

⁴⁶ Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo de la Unión Europea, de 24 de octubre de 1995, sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, DOCE Nº L 281, de 23 de noviembre de 1995.

⁴⁷ Art. 8.5, párrafo 2º.

alguna mención a los mismos puesto que los números de identificación constituyen un medio eficaz para adquirir e integrar la información relativa a un individuo, no haciendo falta recurrir a su prohibición como efectivamente hace la Constitución de Portugal (artículo 35) bastando con establecer en la ley algún tipo de medidas especiales de protección en este campo.⁴⁸

La Directiva 95/46/CE, por su parte, sí tiene en cuenta el peligro que, desde el punto de vista de la protección de datos, implican los números de identificación de las personas. En su art. 2.a), a la hora de definir lo que se ha de entender por “datos personales”, dice que “se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular **mediante un número de identificación...**”. Mientras que en el art. 8.7 los incluye entre las categorías especiales de tratamiento, disponiendo que son los Estados miembros los encargados de determinar, en su legislación, en qué condiciones podrá ser objeto de tratamiento el número nacional de identificación o cualquier otro identificador de carácter general.

⁴⁸ En igual sentido, Murillo de la Cueva, P.L., "Informática y protección de datos personales. Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento automatizado de los datos de carácter personal" en *Cuadernos y Debates*, Nº 43, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 73.

