

LA PROTECCION DE LOS DATOS RELATIVOS A LA SALUD DE LOS TRABAJADORES (A propósito de la STC 202/1999, de 8 de noviembre)

M.^a DEL CARMEN GARCIA GARNICA
Doctora en Derecho
Profesora Asociada de Derecho Civil
Universidad de Granada

SUMARIO: I. PRELIMINAR: RESEÑA DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO DE LA STC 202/1999. II. APROXIMACION A LA PROBLEMÁTICA DEL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES Y LA CONSTITUCIONALIZACION DE SU TUTELA. 1. La necesidad de tutela frente al tratamiento de los datos personales y su constitucionalización. 2. El controvertido deslinde del derecho a la intimidad y el derecho a la protección de los datos personales. III. TRASCENDENCIA DE LA PROTECCION DE LOS DATOS PERSONALES EN EL AMBITO LABORAL. IV. LA PROTECCION DE LOS DATOS PERSONALES RELATIVOS A LA SALUD. ESPECIALIDADES DEL CONTROL DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES. 1. Aproximación a la problemática del tratamiento de los datos relativos a la salud. 2. El tratamiento de los datos de la salud en la normativa vigente.

I. PRELIMINAR: RESEÑA DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO DE LA STC 202/1999

Con fecha de 8 de noviembre de 1999, el Tribunal Constitucional ha abordado un interesante aspecto de la eficacia del derecho consagrado en el art. 18.4 de la CE y usualmente conocido como libertad informática o autodeterminación informativa. Se trata de su aplicación al tratamiento de una categoría particular de datos personales como

son los relativos a la salud que, junto a otros también ligados singularmente a la dignidad e intimidad de las personas, entran dentro de los que se conocen como "sensibles", siendo objeto de una protección reforzada respecto a la que goza el resto de datos personales. Además, el tratamiento de estos datos que motiva el recurso de amparo tuvo lugar en el marco de una relación laboral, lo cual trae a colación la eficacia y particular problemática de los derechos fundamentales, y concretamente del consagrado en el apartado 4.º del art. 18 de la CE, en el ámbito laboral. Este ámbito se caracteriza, precisamente, por un paradigmático recurso a la recopilación y tratamiento de informaciones sobre las personas como instrumento para la adopción de decisiones relativas a su acceso o continuación en un empleo, cuya legitimidad quedará supeditada en cada caso concreto al respeto de los derechos y libertades fundamentales de las personas y, destacadamente, al respeto del contenido esencial del derecho a la protección de los datos personales.

El fichero cuya existencia y contenido centra el debate tenía por objeto el seguimiento del "absentismo con baja médica" de los empleados de la entidad crediticia que lo había creado, dejando constancia para ello de los períodos de baja laboral por incapacidad transitoria de los trabajadores, así como de los diagnósticos médicos que justificaron en su día el otorgamiento de la baja. La legitimidad de su llevanza era sustentada por la entidad crediticia en su condición de colaboradora voluntaria de la Seguridad Social en la gestión de las prestaciones por incapacidad transitoria de sus trabajadores y en la circunstancia de que la normativa reguladora de la gestión de la incapacidad laboral prevé que se facilite al empresario el diagnóstico médico del trabajador en el parte médico por el que se declara la baja.

Frente a ello, el recurrente entendía lesionados sus derechos fundamentales por la constancia de sus datos sanitarios en dicho fichero por varias razones. En primer lugar, porque el fichero no se encontraba individualizado sino incluido dentro de la base de datos general de la empresa y porque, al no haberse notificado su creación a la Agencia de Protección de Datos, no existía un responsable oficial del fichero y se veían entorpecidos el ejercicio de los derechos de acceso y rectificación, que integran el contenido esencial de la "libertad informática". Además, porque en el fichero se dejaba constancia de los períodos de baja laboral por incapacidad transitoria de los empleados del Banco, junto al diagnóstico médico acreditativo de la incapacidad, sin informar al afectado ni contar para ello con su consentimiento y sin que, a juicio del recurrente, existiera fundamento legal o interés contractual

acreditado que legitimara el archivo de estos datos. También porque su pretensión de que los datos relativos a su salud obrantes en el fichero fueran cancelados había sido sistemáticamente desatendida. Así como por entender que el fichero adolecía de falta de garantías adecuadas para preservar la confidencialidad que merecen los datos relativos a la salud de las personas, toda vez que no sólo tenían acceso a él los facultativos que prestaban la asistencia sanitaria al personal de la entidad crediticia, sino también un empleado de la misma encuadrado funcionalmente en la Jefatura de Personal, dentro de la Sección de Recursos Humanos; el cual, como administrador único de informática, era el encargado de suministrar la clave de acceso al fichero a los facultativos. Y, finalmente, por entender que la asunción por el Banco de la colaboración voluntaria con la Seguridad Social en la gestión de las prestaciones económicas y sanitarias derivadas de las contingencias de enfermedad común y accidente no laboral no justificaba que mantuviera los diagnósticos médicos relativos a sus empleados durante toda la vigencia de la relación laboral de los mismos, en el marco de su facultad de controlar la autenticidad de las causas de la incapacidad transitoria para evitar el fraude. Tal afirmación no superaba el juicio de necesidad y proporcionalidad que podría legitimar el tratamiento de los datos en cuestión, ya que el control del empresario debería realizarse durante el período de baja, pero no después, y versar sobre la autenticidad de la causa y no sobre el diagnóstico, en tanto dato inserto en la confidencialidad médica.

No es ésta la primera ocasión en la que nuestro Tribunal Constitucional ha abordado el tema de los límites del imparable fenómeno de acceso y tratamiento automatizado de datos personales con respecto a los derechos fundamentales de la persona y, especialmente, a la denominada "libertad informática" o "derecho de autodeterminación informativa" (1). Ni tampoco es la primera en la que advierte su singular

(1) La primera ocasión en la que nuestro Tribunal Constitucional se pronunció sobre la "libertad informática", fue en la S. 254/1993, de 20 de julio [cfr. ORTI VALLEJO, "El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática (a propósito de la STC 254/1993, de 20 de junio)", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 2, enero-abril 1994, pp. 305 y ss.; VILLAVARDE MENENDEZ, "Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993 (RTC 1993\254)", *Esp. Derecho Const.*, núm. 41, mayo-agosto 1994, pp. 187 y ss.].

De nuevo, el TC se pronunció al respecto en la S. 143/1994, de 9 de mayo, al resolver el recurso de amparo promovido por el Consejo General de Colegios de Economistas de España contra la STS de 7 de octubre de 1992 (RJ 1992\8023), que declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo formulado contra la normativa

virtualidad en el ámbito laboral, confirmando la precedente apreciación del delicado equilibrio existente en este ámbito entre la libertad informática y las facultades de control del empresario (2). Pero, el nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la virtualidad de la libertad informática en relación al manejo y tratamiento por el empresario de los datos relativos a la salud de los trabajadores presenta un singular interés por la complejidad y la gran trascendencia práctica de la concreta problemática que aborda.

Dejando a un lado aquellas cuestiones estrictamente atinentes al Derecho laboral y de la Seguridad social que suscita esta resolución del Tribunal Constitucional y centrándonos en el análisis de la libertad

reguladora del Número de Identificación Fiscal (NIF) y la tarjeta acreditativa del mismo, por entender que el uso de la información obtenida a través de las operaciones identificadas con el NIF no estaba rodeado de garantías adecuadas y vulneraba el art. 18.4 CE. En esta ocasión el TC desestimó el amparo, destacando que, como todos los derechos fundamentales, el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad informática no son absolutos, sino que pueden ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que hayan de experimentar sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo, respetuoso con el contenido esencial del derecho que resulta limitado y, en relación al riesgo concreto que supone el incremento de medios técnicos de tratamiento de la información, siempre que se atribuyan al afectado garantías adecuadas para el conocimiento y control de sus datos personales que sean objeto de tratamiento técnico (FFJJ 6 y 7).

(2) Cfr., sobre el mismo supuesto de hecho, las SSTC 11/1998, de 13 de enero [analizada por MARCO MARCO, "Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1998, de 13 de enero: la vulneración de los derechos fundamentales mediante el uso de datos informáticos automatizados", *RGD*, año LIV, núm. 645, junio 1998, pp. 7159 a 7165; y DE VICENTE PACHES, F. "Vulneración del derecho a la libertad sindical por uso indebido de la empresa de datos informativos relativos a afiliación sindical (Comentario a la Sentencia 11/1998, de 13 de enero, de la Sala 1.ª del Tribunal Constitucional)", *AS*, Pamplona, Vol. V, 1998, pp. 473 a 498]; 33/1998, de 11 de febrero; 35/1998, de 11 de febrero; 45/1998, de 24 de febrero; 60/1998, de 16 de marzo; 77/1998, de 31 de marzo; 94/1998, de 4 de mayo; 104/1997, de 18 de mayo; 105/1998, de 18 de mayo; 106/1998, de 18 de mayo; 123/1998, de 15 de junio; 124/1998, de 15 de junio; 125/1998, de 15 de junio.

En aquella ocasión, convocada una huelga, la empresa (RENFE) se valió de los datos de afiliación sindical de sus trabajadores, de los que tenía constancia al sólo objeto de gestionar el pago de las cuotas sindicales de sus empleados a los respectivos sindicatos, para practicar las deducciones del salario correspondiente a las jornadas de huelga a los trabajadores afiliados al sindicato convocante de la misma, sin comprobar si efectivamente la habían secundado o no. Ello determinó que se practicaran indebidamente tales deducciones a trabajadores que no habían participado en la huelga, por medio de la utilización de los datos sindicales de los trabajadores para fines diversos a los que habían legitimado su recogida y archivo. Infracción que fue sancionada por la Agencia de Protección de Datos como muy grave, *ex art.* 43.4 c) de la LORTAD, y determinó que el TC estimara el amparo solicitado frente a las resoluciones de la jurisdicción ordinaria que no apreciaron la lesión de los derechos fundamentales de los trabajadores.

de los datos personales consagrada en la Constitución desde la particular óptica de los datos relativos a la salud, la indiscutible pertenencia de estos datos al reducto más íntimo de una persona trae a colación, en primer lugar, el ya clásico debate acerca de si la tutela frente al tratamiento de los datos personales se logra a través del derecho a la intimidad o a través de un derecho fundamental nuevo y diverso.

Otro de los principales problemas que suscita la virtualidad de la "libertad informática" respecto a los datos sobre la salud de las personas es el relativo a los límites de este derecho. Desde este punto de vista, se trataría de precisar en qué supuestos y con qué garantías es posible acceder al conocimiento y tratamiento de la información clínica de una persona prescindiendo de su consentimiento, sin que ello suponga un atentado frente a sus derechos fundamentales. Ello, en la medida en que la tutela del interés particular de reserva y autodisposición de los datos relativos a la salud por parte de su titular en ocasiones ha de ceder ante otros intereses legítimos, a pesar del carácter sensible y del especial ligamen a la intimidad de la persona que caracteriza a estos datos.

Concretamente, en el marco de las relaciones laborales la respuesta de este interrogante esta condicionada por dos factores peculiares. De un lado, por la necesidad de ponderar el interés estrictamente individual del trabajador afectado, con la pluralidad de intereses legítimos que concurren en dicha relación (del empresario, de los demás trabajadores y de la Seguridad Social), imponiendo indagar hasta qué punto éstos pueden superponerse y relativizar el interés del afectado al respeto de su intimidad y su "libertad informática". De otro, por la incidencia que puede tener en la resolución del tema la existencia de una normativa sectorial relativa a las facultades del empresario en orden a la protección de la salud de sus trabajadores y la prevención de riesgos laborales, así como a su eventual colaboración en la gestión de las prestaciones económicas y sanitarias de la Seguridad Social, cuya concurrencia con la normativa reguladora del tratamiento de datos personales en general conviene clarificar.

Al hilo de esta alusión a la normativa reguladora del tema, resulta oportuno precisar que el Tribunal Constitucional examinó la legitimidad del tratamiento de datos impugnado a la luz de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (en adelante, LORTAD) (3), por la que se desarrolló lo dispuesto en el art. 18'4 de la CE. No obstante, esta Ley ha sido recientemente derogada y reemplazada por la Ley Orgánica

(3) BOE núm. 262, de 31 de octubre de 1992.

15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante, LOPD) (4), por la que se incorporan a nuestro Derecho interno las exigencias impuestas por la Directiva 95/46/CE (5). Lo que nos impondrá hacer las oportunas remisiones a la nueva normativa.

Todo ello, sin perjuicio, de recoger unas consideraciones preliminares acerca de la razón de ser y trascendencia de la "libertad informática".

II. APROXIMACION A LA PROBLEMÁTICA DEL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE SU TUTELA

1. *La necesidad de tutela frente al tratamiento de los datos personales y su constitucionalización*

La utilidad e irrenunciabilidad del progreso tecnológico es un hecho indubitado y, en este sentido, hay que hacer especial mención al protagonismo adquirido por la informática (6). Esta despliega su eficacia en todos los ámbitos de las relaciones sociales, de forma tal, que no es una hipérbola atribuirle una auténtica y nueva revolución del sistema económico y social (7). Buena prueba de ello la constituye el hecho de que la informática está logrando desplazar y superponerse en un breve espacio de tiempo a las formas tradicionales de comunicación, de contratación, de trabajo y, sobre todo, de almacenamiento y gestión de información. Nuestra vida cotidiana (en el trabajo, en la investigación, en el ocio, en el consumo, en nuestras relaciones con los demás) se ve cada día más íntimamente ligada a la informática.

(4) BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999.

(5) DOCE, núm. L 281, de 23 de noviembre de 1995.

(6) Como destaca ROPPO (*Informatica, tutela della privacy e diritti di libertà*, Giuffrè ed., Milano, 1985, pp. 18 y 19), la informática resulta irreversible como instrumento de acceso a la cultura, de progreso científico y de tecnología para el desarrollo de las modernas organizaciones sociales.

(7) Se ha destacado que la información es para la tercera revolución industrial, lo que la energía fue para la primera y la segunda (CASTELLS y otros, *El Desafío Tecnológico-España y las Nuevas Tecnologías*, Madrid, 1986, p. 14). A mayor abundamiento, se precisa que la revolución informática y la genética constituyen las bases tecnológicas del nuevo período que está superando las pautas ya tradicionales de la economía industrial clásica (CASTELLS ARTECHE, "La limitación informática", en *Estudios sobre la constitución Española en homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*, II, *De los derechos y deberes fundamentales*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 907 y ss.)

Las causas del éxito del fenómeno informático han sido múltiples. A título meramente indicativo, baste destacar la inigualable capacidad de almacenamiento de datos que ofrece la informática, sin las exigencias de espacio ni el coste de las formas tradicionales de documentación; la rapidez y comodidad en la manipulación de la información; así como la sencillez en la selección, cruce y transmisión de los datos almacenados que la singulariza.

Ahora bien, no todo son ventajas en relación a la informática. Como contrapartida de su progresivo desarrollo y expansión en todos los ámbitos sociales, tanto públicos como privados, los individuos se sienten paulatinamente más vulnerables y violentados, más "transparentes" (8), por una accesibilidad y asequibilidad del conocimiento y manejo de sus datos, hábitos y actividades, que cada vez parece escapar más a su control, poniendo en peligro sus derechos y libertades fundamentales (9).

En consecuencia, la vertiginosa implantación de la informática en la vida social y laboral fue rápidamente secundada por la convicción de que el tratamiento de los datos personales (desde los aparentemente más baladíes hasta los especialmente sensibles por su conexión a la intimidad y dignidad humanas) puede condicionar decisiones que afectan al futuro personal, social y laboral de una persona, convirtiéndose en una peligrosa herramienta de abusos y discriminaciones que al Derecho le compete racionalizar. De tal forma que si el comienzo de la que podemos calificar como "revolución informática" se puede cifrar en la década de los sesenta, ya en los setenta los distintos ordenamientos jurídicos sentían la necesidad de articular formas de protección de los ciudadanos frente al riesgo de abuso de la informática (10).

(8) Acogiendo la expresión de la celebre STC federal alemán de 15 de diciembre de 1983, por la que se aborda por primera vez esta problemática al resolver el recurso presentado contra la Ley de 25 de marzo de 1982 sobre el censo de población por excederse en el número de informaciones que solicitaba a sus ciudadanos, destinadas a ser elaboradas informáticamente.

(9) Al respecto, cfr. ROPPO, "I diritti della personalità", en *Banche dati telematica e diritti della persona*, Ed. Cedam; Padova, 1984, pp. 81 y 82; MARTINEZ DE PISON CAVERO, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 151; PEREZ LUÑO, "Los derechos humanos en la sociedad tecnológica", en *Libertad informática y leyes de protección de datos personales, Cuadernos y Debates*, núm. 21, CEC, Madrid, 1989, p. 138.

(10) Entre las primeras iniciativas legislativas podemos citar, el proyecto británico de la *Data Surveillance Bill*, de 1969; la Ley alemana de Hesse (*Datenschutz*) de 1970, seguida de otras iniciativas legislativas que culminarían en la *Datenschutz* federal, de 1977; la *Data Lag* sueca, de 1973, y la estadounidense *Privacy Act*, de 1974; la Ley francesa (*Loi sur l'informatique et les libertés*), de 1978. En otros países, como Bélgica, Grecia o

Ello permitió que nuestra Constitución, promulgada en pleno auge del debate acerca de los riesgos que entrañaba el acceso y uso incontrolado de los datos personales, tuviera presente esta problemática y consagrara la tutela de los ciudadanos frente a la indebida recopilación y tratamiento de sus datos al más alto nivel normativo, en el apartado 4.º del artículo 18 de la CE (11). En él se dispone que "la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

Al margen de la imprecisión con la que haya sido consagrada la tutela de la persona frente al tratamiento de sus datos por terceros, la sede normativa escogida para ello le confiere la máxima protección jurídica. Esta se concreta, de un lado, en la sujeción de su desarrollo a reserva legal, en todo caso con respeto a su contenido esencial, y, de otro, en la posibilidad de que sus lesiones sean susceptibles de amparo por el Tribunal Constitucional (12).

2. *El controvertido deslinde del derecho a la intimidad y el derecho a la protección de los datos personales*

La parca y ambigua redacción del precepto constitucional, su inoportuna remisión a una Ley de desarrollo pareciendo cuestionar la eficacia directa y no meramente programática de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Magna, han sido algunas de las críticas vertidas por la doctrina frente al art. 18.4 de la CE (13). Pero,

Italia, habrá que esperar a los años noventa para encontrar una Ley que regule específicamente esta cuestión.

(11) Otra Constitución moderna, la portuguesa de 1976, tuvo la ocasión de consagrar al máximo nivel normativo la tutela frente al tratamiento de los datos personales. De forma más exhaustiva que el art. 18'1 de la CE, su art. 35 dispone lo siguiente: "1. Todos los ciudadanos tienen derecho a tener conocimiento de lo que consta en registros mecanográficos respecto a ellos y del fin a que se destinan las informaciones, pudiendo exigir la rectificación de los datos y su actualización. 2. La informática no puede ser utilizada para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate de procesamiento de datos no identificativos con fines estadísticos. 3. Está prohibida la atribución de un número nacional único a los ciudadanos".

(12) Cfr. los arts. 53.1, 81.1 y 161.1.a) de la CE.

(13) A título ilustrativo, cfr. el análisis crítico de este precepto de PEREZ LUÑO, *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 338 y ss.; CASTELLS ARTECHE, "La limitación...", *cit.*, pp. 913 y ss.; BASILE, "Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades", en *La Constitución espa-*

sobre todo, su redacción abre el interrogante acerca de qué es lo tutelado cuando se protegen los datos relativos a una persona frente a su tratamiento por terceros. Ya que el elemento finalista consagrado en la redacción del apartado 4.º del artículo 18 de la Constitución y su misma ubicación hace dudar acerca de si se ha consagrado un nuevo derecho fundamental, con sustantividad propia, o una mera garantía de los derechos fundamentales ya formulados, y en particular de la intimidad personal o familiar, frente a los riesgos que suponen para ellos las nuevas tecnologías.

Precisamente, el ya clásico debate acerca del deslinde entre el derecho a la intimidad y la libertad de los datos personales subyace en el caso resuelto por la STC de 8 de noviembre de 1999, toda vez que los datos relativos a la salud, cuyo tratamiento informático se impugna, pertenecen a la esfera de la intimidad personal (14). Se observa así que el recurrente rehuye calificar el derecho que entiende lesionado, limitándose a sostener en sus alegaciones una genérica vulneración del "art. 18 (especialmente, en su apartado cuarto)" de la CE. Lo que impone hacer alguna precisión en relación a esta cuestión, sobre la que ya han arrojado luz autorizados pareceres doctrinales (15).

A) Argumentos en contra de la autonomía de un derecho a la tutela de los datos personales

La concepción de la libertad *informática* o autodeterminación informativa como mero apéndice o garantía del derecho a la intimidad y, por ende, el rechazo de su autonomía y sustantividad, ha contado con firmes apoyos.

ñola de 1978 (Estudio sistemático dir. por Predieri, A. y García de Enterría, E.), Ed. Civitas, Madrid, 1980, p. 301.

(14) En este sentido, cfr. la STS de 13 de marzo de 1989 (RAJ. 2040); las SSTC 20/1992, de 14 de febrero; 37/1989, de 15 de febrero; 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio; 57/1994, de 28 de febrero; y la propia STC 202/1999, FJ 2.º.

(15) Para mayor abundamiento, cfr. DAVARA RODRIGUEZ, *Derecho informático*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1993, p. 56; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, "Informática y protección de datos personales (estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)", *Cuadernos y Debates*, núm. 43, CEC, Madrid, 1993; ID., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990; ORTI VALLEJO, "El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática (a propósito de la STC 254/1993, de 20 de julio)", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 2, 1994, pp. 305 y ss.; PEREZ LUÑO, "Intimidad y protección de datos personales: del Habeas Corpus al Habeas Data", en *Estudios sobre el Derecho a la intimidad*, coord. por García San Miguel, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, pp. 36 y ss.

El primero de ellos, lo encuentra en la propia redacción y sede escogida para la consagración constitucional de la tutela de las personas frente al tratamiento de sus datos, precisamente, en el precepto donde se consagra el derecho a la intimidad personal y familiar, así como la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones (16), como manifestaciones concretas de aquél (17). Tal apreciación resultaba reforzada por el hecho de que hasta que el art. 18'4 de la CE fue desarrollado por el legislador en 1992, la tutela de la persona frente al tratamiento de sus datos se articuló por medio de la Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (18).

Tampoco la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional ha zanjado la cuestión por completo. Por el contrario, en la sentencia 254/1993, tras afirmar que "estamos ante un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama *la informática*", observa que en el art. 18'4 "nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona" (FJ 6.º). En términos similares, la STC 202/1999, que motiva estas líneas, señala que se trata de "un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos" (FJ 2.º).

Asimismo, como se constata en el supuesto de hecho que nos ocupa, es indiscutible que el tratamiento informático de los datos de las personas puede conculcar el derecho a la intimidad, por el que se protege —en palabras del Tribunal Constitucional— un ámbito propio y reservado, necesario según las pautas de nuestra cultura para mante-

(16) Cfr., respectivamente, los apdos. 2.º y 3.º del art. 18 de la CE.

(17) Por todos, cfr. CASTELLS ARTECHE, "La limitación informática", *cit.*, pp. 913 a 915.

(18) Su DT 1.ª disponía que "en tanto no se promulgue la normativa prevista en el artículo 18, apartado 4, de la Constitución, la protección civil del honor y la intimidad personal y familiar frente a las intromisiones ilegítimas derivadas del uso de la informática se regulará por la presente Ley" (LO 1/1982, de 5 de mayo; BOE núm. 115, de 14 de mayo).

ner una calidad mínima de la vida humana, frente a las intromisiones inconsentidas de otras personas (19).

Estos datos han llevado a parte de la doctrina a sostener que la protección de la persona frente al archivo y tratamiento de sus datos no implica un nuevo derecho fundamental, sino tan sólo la reformulación del derecho a la intimidad. Su adecuación a una nueva forma de lesionarla, que pone de relieve que no es suficiente su concepción negativa, como facultad de exclusión, sino que además hay que reconocerle un contenido positivo, de control del uso que se hace de los datos de los que disponen otras personas. Pero sin que ello permita afirmar la sustantividad propia de la tutela de la persona frente a la informática, ya que ello supondría confundir la garantía con el derecho protegido (20).

B) Argumentos a favor de la autonomía del derecho a la tutela de los datos personales

Frente a las precedentes consideraciones, razones de peso sustentan la oportunidad de destacar que la tutela de la persona frente al tratamiento de sus datos, íntimos o no, e incluso frente a su tratamiento automatizado o no (21), constituye un nuevo derecho fundamental con contenido sustantivo propio, que protege un ámbito objetivo distinto al tutelado por la intimidad, aunque parcialmente concurrente. Derecho que preferimos denominar como "derecho a la protección de los datos personales" o "libertad de los datos personales", en lugar de

(19) Cfr. STC 209/1998 (FJ 3.º).

(20) Entre otros, presuponen que el peligro de la informática es para el derecho a la intimidad, CAVANILLAS MUGICA, "El tratamiento automatizado de datos procedentes de fuentes accesibles al público (A propósito de la STSJ de Madrid de 30 de septiembre de 1998 y el proyecto de ley de reforma de la LORTAD)", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 13, 1999, p. 159; CARDONA RUBERT, *Informática y contrato de trabajo*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 32 y ss.; FERNANDEZ COSTALES, "La aplicación y la incidencia de la informática en el ámbito del Derecho civil", *RGLJ*, 1985, p. 520; DE MIGUEL CASTAÑO, "Derecho a la intimidad frente al derecho a la información. El ordenador y las leyes de protección de datos. Estudio de derecho comparado", *RGLJ*, 1983, p. 320; HERRERO TEJEDOR, *Honor, intimidad y propia imagen*, Ed. Colex, Madrid, 1990, p. 40.

(21) Haciéndose eco de la Directiva 95/46/CE, así lo pone de relieve la LO 15/1999 que, frente a su antecesora (ceñida al tratamiento automatizado de datos personales), se aplica a todas las "operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias" de los datos personales.

“libertad informática”, para hacer hincapié en el bien jurídico tutelado, sin prejuzgar el cauce a través del cual puede resultar lesionado (22).

La diversidad del ámbito tutelado se advierte, de un lado, teniendo en consideración que las lesiones de este derecho no se ciñen al tratamiento indebido de datos pertenecientes al reducto de lo íntimo, sino de cualquier dato ligado a una persona determinada o determinable; puesto que es un hecho fácilmente constatable que por baladí que pueda parecer un dato, combinado con otros o simplemente descontextualizado, puede dar una determinada imagen de la persona que posteriormente sea utilizada y le condicione en sus relaciones sociales. Así lo advirtió tempranamente la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de diciembre de 1983 (23) y lo ha secundado nuestro legislador, al no ceñir la aplicación de la normativa reguladora del tratamiento de datos personales a aquéllos que entran en la esfera de la intimidad (24). De otro, porque no sólo la intimidad, sino prácticamente todos los derechos (fundamentales o no) de una persona pueden resultar afectados por el tratamiento indebido de sus datos (25). Todo lo cual, lleva a concluir que la pretensión de ence-

(22) La Directiva 95/46/CE destaca que la protección de los datos personales no debe depender de las técnicas utilizadas, porque ello daría lugar a graves riesgos de elusión (cdo. 27), extendiéndose tanto a su utilización informática, como manual o por medios auditivos o visuales.

(23) Se advierte en ella que a través de su informatización “un dato carente en sí mismo de interés puede cobrar un nuevo valor de referencia y, en esta medida, ya no existe, bajo la elaboración automática de datos, ninguno *sin interés*” (cfr. la traducción de la sentencia de DARANAS, en el *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 33, 1984, pp. 126 y ss.).

(24) La Exposición de Motivos de la LORTAD destacó, expresamente, que la protección de la persona frente al tratamiento automatizado de sus datos ampara una esfera más amplia que la tutelada por la intimidad. Mientras ésta “protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona — el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo—. Aquélla protege “un conjunto más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca, pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado” (cfr. el párr. 2.º de su apartado 1.º).

En coherencia con ello y al igual que la LORTAD [cfr. el art. 2.1, en relación con el art. 3.a)], la LOPD extiende su ámbito de aplicación al tratamiento de cualquier “dato de carácter personal”, entendiendo como tal “cualquier información concerniente a las personas físicas identificadas o identificables” [cfr. el art. 2.1, en relación con el art. 3.a)]. Sin perjuicio de que los datos personales que pertenecen a la esfera de lo íntimo (los relativos a la ideología, la religión, la raza, la salud, la vida sexual) sean objeto de una tutela reforzada (cfr., los arts. 7 y 8, tanto de la LORTAD, como de la LOPD).

(25) En este sentido, cfr. ORTI VALLEJO (“El nuevo derecho...”, *cit.*, p. 323), haciendo

rrar la tutela frente al tratamiento automatizado de los datos personales en el derecho a la intimidad entrañaría la paradoja, bien de que este derecho incurriera en una clara *contradictio in terminis* en su relación con las nuevas tecnologías al proteger datos íntimos y no íntimos, bien de que lo que se resguardara del peligro informático fuera bastante poco (26).

En segundo lugar, la objeción de que la afirmación de la sustantividad de la libertad informática supone confundir la garantía con el derecho, lo adjetivo con lo sustantivo, cede ante la evidencia de que aquélla cuenta con un contenido sustancial y con medios de defensa propios y singulares respecto a los de otros derechos fundamentales. Particularmente interesante resulta, a este respecto, la doctrina que ha establecido el Tribunal Constitucional respecto al contenido esencial del derecho a la protección de los datos personales, centrándolo no tanto en facultades negativas o de exclusión de su conocimiento y tratamiento por terceros, como en facultades de información y control acerca del tratamiento que otros hacen de nuestros datos. Es decir, en lo que se ha dado en denominar *habeas data* (27), concretado en las

especial énfasis en la lesión que supone para el libre desarrollo de la persona, en general, el hecho de sentir que sus datos están sujetos a una constante inspección; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA ("Informática...", *cit.*, pp. 17 y 18); el párr. 5.º del apartado 1.º de la E. de Mot. de la LORTAD; así como el art. 1 de la LOPD, al afirmar que su objeto se concreta en "garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar".

El tenor de este precepto es prácticamente coincidente con el de su antecesor, que concretaba el objeto de la Ley en "limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos". No obstante, no deja de llamar la atención (aparte de la supresión de toda referencia al medio a través del cual se lleve a cabo el tratamiento de los datos) el nuevo orden en que indica los derechos amparados por la tutela de los datos personales, sin duda tributario de una nueva concepción o jerarquización de lo garantizado a través de aquélla: primero las libertades públicas, seguidas por los demás derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, pero en segundo término, el honor y la intimidad.

(26) En este sentido, *cfr.* LUCAS MURILLO, "Informática...", *cit.*, pp. 29 y ss.; GONZALEZ MURUA, "El derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa y la LO 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos personales", *Working Papers*, núm. 96, Barcelona, 1994, pp. 21 y ss.

(27) Recogiendo la doctrina sentada en sus pronunciamientos precedentes acerca del art. 18'4 de la CE, la STC 202/1999 destaca que "la llamada *libertad informática* es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas data*) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquél legítimo que justificó su obtención (SSTC 254/1993, FJ 7.º; 11/1998, FJ 4.º; 94/1998, FJ 4.º)" (*cfr.* FJ 2.º).

facultades de conocer la existencia, los fines y los responsables de los ficheros automatizados, y tutelado por las facultades de acceso, rectificación y cancelación de los datos, cuando sean incorrectos o su tratamiento sea ilícito o no reúna las debidas garantías; así como por la posibilidad de impugnar ese tratamiento indebido ante un órgano creado *ad hoc*, la Agencia de Protección de Datos, y, en último término, instar el amparo del Tribunal Constitucional (28).

Atendido ese contenido esencial se comprende por qué no puede prosperar la objeción mantenida tanto por el titular del fichero impugnado como por el Ministerio Fiscal frente a la oportunidad del amparo solicitado, estimando que no hubo vulneración de ningún derecho fundamental del recurrente al no haberse acreditado ningún uso de los datos del recurrente desviado del fin que justificó su obtención (29). Es cierto que el uso desviado de los datos personales podrá lesionar sus derechos y libertades fundamentales (generalmente, la intimidad y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión ni ninguna otra condición o circunstancia personal o social), mostrando en este sentido la "libertad informática" su faceta o función mediata como garantía de otros derechos. Pero, también lo es que el contenido esencial e inmediato del derecho a la tutela de los datos personales puede resultar vulnerado, sin necesidad de que tal lesión conlleve la de ningún otro derecho fundamental, y que esa lesión sea susceptible de amparo (30). Bastaría para ello, por ejemplo, que habiendo obtenido legítimamente los datos personales y sin utilizarlos para fines diversos a los que justificaron su obtención (sin existir, por tanto, lesión a la intimidad ni al derecho de igualdad, ni a las libertades del afectado), se conservaran sin las debidas garantías de seguridad, se denegara al afectado el acceso a los mismos o su pretensión de actualizarlos o se mantuvieran una vez desaparecida la razón que justificó su obtención, denegándose su cancelación (31).

(28) A favor de la apreciación de un contenido esencial propio de este derecho, cfr. ORTI VALLEJO, "El nuevo derecho...", *cit.*, pp. 331 y 332; así como LUCAS MURILLO, "Informática...", *cit.*, pp. 31 y ss., 49 y ss. Asimismo, para un análisis detallado de los elementos subjetivos y objetivos de este derecho subjetivo cfr. LUCAS MURILLO, *últ. loc. cit.* y ORTI VALLEJO, *Derecho a la intimidad e informática (Tutela de la persona por el uso de ficheros y tratamientos informáticos de datos personales. Particular atención a los ficheros de titularidad privada)*, Ed. Comares, 1994, pp. 109 y ss.

(29) Cfr. la STC 202/1999, FJ. 1.º

(30) Cfr. ORTI VALLEJO, "El nuevo derecho...", *cit.*, p. 332; SSTC 254/1993, FJ 7º.

(31) De ahí que se señale que "lo significativo no es sólo que haya quien disponga de información acerca de nuestras personas y la ofrezca a terceros sino también y sobre todo que ésto ocurra sin que dispongamos de medios para conocer esa circunstancia y,

Finalmente, tampoco parece suficiente para negar sustantividad al derecho a la tutela de los datos personales argumentar que a menudo el ámbito de protección de esta nueva libertad concurre con el de otros derechos fundamentales (usualmente, la intimidad, la igualdad, o bien, la libertad sindical, como en los recursos resueltos por el Tribunal Constitucional en 1998). Ello no es más que consecuencia del hecho de que tras todos los derechos fundamentales late una misma *ratio*, un referente común, que se concreta en la salvaguarda de la dignidad de la persona, en sus diferentes manifestaciones, tanto individuales como sociales (32). Dicho referente alimenta su esencia y hace que no sean realidades contrapuestas, ni estancas, sino complementarias y, además, históricas. Por lo que lejos de constituir categorías cerradas y definitivas, los derechos fundamentales se hacen eco de las necesidades humanas y de las distintas modalidades de amenaza y agresión a los seres humanos que se suceden en el tiempo (33). En virtud de todo lo cual, como señala LUCAS MURILLO, “no es ajeno al proceso evolutivo experimentado por los derechos fundamentales deducir, a partir de elementos propios de alguno o algunos de los ya reconocidos, nuevas categorías que adquieren sustantividad propia y facilitan, al permitir que sobre ellos se articulen mecanismos específicos de protección, la satisfacción de necesidades materiales concretas” (34).

En conclusión, como afirmó el Tribunal Constitucional en la sentencia 254/1993, en el art. 18'4 “nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una

por tanto, para defendernos de los riesgos que pueda depararnos” (LUCAS MURILLO, “Informática...”, *cit.*, p. 18).

(32) En este sentido, vid. LUCAS MURILLO, “Informática...”, *cit.*, p. 36; ALVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ, *La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 103.

(33) Siguiendo a PEREZ LUÑO (“Los derechos humanos...”, *cit.*, pp. 142 y ss.), basta confrontar los derechos consagrados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la Asamblea constituyente de la Revolución francesa; en la Declaración Universal de los Derechos Humanos promulgada por las Naciones Unidas; y en nuestra Constitución, para constatar que cada uno de esos importantes textos ha sido deudor de su tiempo, dando lugar a otras tantas “generaciones” de derechos fundamentales. De suerte, que la “libertad informática” entraría en una “tercera generación”, por medio de la cual se trata de atender a lo que la doctrina anglosajona alude como fenómeno de “contaminación de las libertades” (*liberties pollution*). La erosión de los derechos fundamentales por determinados usos de las nuevas tecnologías y la respuesta al hecho de que la revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones del ser humano con su marco de convivencia.

(34) Cfr. LUCAS MURILLO, *últ. ob. cit.*, p. 31; *Id.*, *El derecho a la autodeterminación informática*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pp. 33 y ss. y 115 y ss.

nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, *de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales*", de suerte que "estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, *en sí mismo, un derecho o libertad fundamental*, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la constitución llama 'la informática'" (FJ 6.º).

III. TRASCENDENCIA DE LA PROTECCION DE LOS DATOS PERSONALES EN EL AMBITO LABORAL

Advertidas las implicaciones que conlleva el ingente acopio y manejo de datos personales, obtenidos y acumulados a lo largo de la vida de las personas, existente en la actualidad, se ha destacado que "en las sociedades informatizadas del presente, el poder ya no reposa sobre el ejercicio de la fuerza física, sino sobre el uso de informaciones que permiten influir y controlar la conducta de los ciudadanos sin necesidad de recurrir a medios coactivos; por ello la libertad personal y las posibilidades reales de intervenir en los procesos sociales, económicos o políticos se hallan determinadas por el acceso a la información; y de ahí que pueda afirmarse que la protección de datos personales constituya un importante criterio de legitimación política de los sistemas democráticos tecnológicamente desarrollados, es decir, *se trata de una garantía básica para cualquier comunidad de ciudadanos libres e iguales*" (35).

Pero si hoy más que nunca es evidente que la información es poder, también lo es que esta afirmación no se restringe al poder político, siendo igualmente predicable de las relaciones privadas y, entre ellas, destacadamente en las laborales, ya que éstas constituyen uno de los ámbitos especialmente sensibles a la recopilación y utilización abusiva de los datos personales. De un lado, la implicación de la propia persona del trabajador en la ejecución de las obligaciones contractuales asumidas en virtud de la relación laboral y, de otro, la relación de dependencia que cualifica a dicha relación, comportan un condicionamiento estructural y permanente respecto a gran parte de los derechos

(35) PEREZ LUÑO, "Los derechos humanos...", *cit.*, pp. 138 y 139; ORTI VALLEJO, "El nuevo derecho...", *cit.*, p. 329.

fundamentales de la persona y, en particular, erigen este ámbito en el escenario perfecto para el desarrollo del poder informático (36). En última instancia, para comprender la trascendencia del tema en esta sede basta reparar en la considerable información personal que voluntariamente facilita todo demandante de empleo, bien directamente al posible empleador, bien a las empresas y organismos destinados a mediar entre la oferta y la demanda de empleo.

Esta circunstancia fue tempranamente advertida por el ordenamiento jurídico italiano, donde las primeras manifestaciones acerca de la necesidad de tutelar los datos personales se advirtieron, precisamente, a raíz del afán de acopio de datos personales de los trabajadores que mostraban los empleadores (37). A nivel internacional, ha sido la Organización Internacional del Trabajo (OIT) la que ha puesto de manifiesto la necesidad de que la vertiente laboral del tratamiento de datos personales sea objeto de atención normativa específica, dictando una serie de recomendaciones orientativas de la posible actividad futura de los legisladores nacionales o de la negociación colectiva y, en su defecto, de la práctica empresarial (38). Y, por lo que se refiere a las normativas nacionales, cada día son más las voces que reclaman la conveniencia de completar las leyes tuitivas de los datos personales en general, con normativas sectoriales que den respuesta a las particulares problemáticas y demandas que la práctica viene mostrando en ciertos ámbitos (39).

(36) En este orden de consideraciones, cfr. CARDONA RUBERT (*Informática..., cit.*, p. 39), la cual destaca que "ha sido considerado por la doctrina el paralelismo conceptual entre el gobierno de la empresa y del Estado precisando que el primero sufre muchos de los defectos prácticos del segundo" (*ibidem*, p. 34, n. 47); LOPEZ GANDIA (en el prólogo a la obra precedente, p. 22); DEL REY GUANTER ("*Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo. Una aproximación a la intimidad informática del trabajador*", *Relaciones Laborales*, núm. 15, 1993, p. 22).

(37) El *Statuto dei Lavoratori*, de 20 de mayo de 1970, dedicó dos artículos a la tutela de los datos personales del trabajador. El art. 8, estableciendo la prohibición general de indagación por el empleador sobre las opiniones políticas, religiosas o sindicales del trabajador o *sobre hechos irrelevantes a efectos de valorar su aptitud profesional*; y el art. 4, prohibiendo el control por medio de instalaciones audiovisuales y de otros aparatos con finalidades de control a distancia, salvo que ese control viniera impuesto por "exigencias organizativas y productivas o seguridad del trabajador" [cfr. AAVV, *Banche dati telematica e diritti della persona*, a cura di ALPA y BESONE, Ed. Cedam, Padova, 1984, pp. 5 y ss.; CARDONA RUBERT, *Informática y contrato de trabajo, cit.*, pp. 58 y 59].

(38) Cfr. el *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre protección de los datos personales de los trabajadores*, publicado por la OIT, Ginebra, 1997.

(39) PEREZ LUÑO ("*Los derechos humanos...*", *cit.*, p. 152) advierte que ésta es una

Por lo que se refiere a nuestro ordenamiento, hay que destacar que aunque el tratamiento de los datos personales en el ámbito laboral no ha sido objeto de una específica atención normativa, no cabe duda de que lo dispuesto en el art. 18'4 de la CE y su normativa de desarrollo extienden a él su eficacia. No sólo quedan muy atrás los recelos acerca de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (40), sino que además no podemos olvidar que las dos Leyes Orgánicas que se han sucedido en la labor de proteger los datos personales han extendido su ámbito de aplicación indistintamente a los ficheros públicos y privados. Dentro de los cuales es preciso entender incluidos los ficheros creados en el ámbito laboral, toda vez que no se encuentran entre los expresamente excluidos de esta normativa (41).

Ya en la Exposición de Motivos de la LORTAD el legislador hacía notar la singular incidencia de la informática en el ámbito de las relaciones laborales y de la Seguridad Social, al advertir expresamente que el manejo y combinación de los datos relativos a una persona conforman una imagen de la misma que, entre otras cuestiones de gran trascendencia, puede condicionar su acceso a un empleo (a lo que cabe añadir que no sólo el acceso, sino incluso el mantenimiento del puesto

de las cuestiones a las que se enfrenta la que denomina "tercera generación" de las leyes de protección de datos, entendiendo como tales aquéllas que han de dar respuesta a los problemas que plantea la generalización del fenómeno informático, de la mano de la creación y abaratamiento de los ordenadores personales. Destacando que, a su juicio, la opción más conveniente es la de combinar una norma general con disposiciones sectoriales. En esta línea, cabe destacar el decidido estímulo de los códigos sectoriales de conducta que realiza, en su art. 27, la Directiva 95/46/CE, recogido en el art. 32 de la LOPD. Cfr., también, DEL REY GUANTER, "Tratamiento...", *cit.*, p. 140.

(40) Por todos, nos remitimos a la interesante síntesis de la evolución y estado actual del tratamiento de los derechos fundamentales en el marco de la relación laboral de VALDES DAL-RE, "Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador", *Relaciones Laborales*, núm. 8, 1990, pp. 8 y ss. Destacando, en particular, que las facultades de control y los poderes directivos del empresario (aunque también cuentan con amparo constitucional, en el art. 38 de nuestra Carta Magna) cuentan como límite infranqueable los derechos y libertades fundamentales de los trabajadores.

(41) Cfr. el art. 2 de la LOPD, así como de la LORTAD. A lo sumo en esta última cabría destacar como exclusión relevante en el ámbito laboral la relativa a los ficheros elaborados por los sindicatos respecto a los datos de sus miembros [art. 2.2 e)]. No obstante, la vigente LOPD no sólo ha suprimido esta excepción, sino que incluso hace mención expresa a los datos reveladores de la afiliación sindical entre los datos especialmente protegidos o "sensibles", no sólo en coherencia con los pronunciamientos del TC que precedieron de cerca la promulgación de esta Ley, sino por expresa disposición de la Directiva 95/46/CE [art. 2.3, en relación al art. 7.2].

En la misma línea, cfr. DEL REY GUANTER, "Tratamiento...", *cit.*, p. 146; CARDONA RUBERT, *Informática...*, *cit.*, pp. 98 y ss.

de trabajo puede ser el resultado de una decisión adoptada a la vista de cierta información que se disponga del candidato o trabajador). Sin embargo, la conciencia de ese peligro ha sido debidamente ponderada con la necesidad y utilidad que en este ámbito entraña el acceso a determinadas informaciones personales. Ello ha llevado a nuestro legislador a prever expresamente la existencia de un contrato o pre-contrato de índole laboral, como causa legitimadora del tratamiento de aquellos datos personales *que sean necesarios* para su mantenimiento o cumplimiento, aún sin consentimiento del afectado (42). Puesto que, como hemos destacado precedentemente, la libertad de los datos personales —al igual que los demás derechos fundamentales— no es un derecho absoluto, ni su esencia se ciñe a un contenido negativo o de exclusión del acceso de otras personas a nuestros datos (sin perjuicio de que el consentimiento o autodeterminación del afectado sea uno de los pilares básicos de la tutela de los datos personales), sino fundamentalmente al control de la legitimidad de ese tratamiento. Tal legitimidad se cifra básicamente en la adecuación, necesidad y proporcionalidad de los datos recabados en relación a la finalidad para la que hayan sido obtenidos. Parámetros que, como veremos a continuación, precisamente constituyen la *ratio decidendi* de la STC 202/1999.

Insistiendo en la aplicabilidad de la normativa reguladora de la protección de los datos personales al ámbito laboral, tampoco es aventurado pensar que éste ha sido uno de los supuestos que latían en la mente del legislador al afirmar la conveniencia de que el uso de la informática sea objeto de normas sectoriales de autorregulación (43). Su promulgación es especialmente idónea y viable en el ámbito laboral, a través del cauce de la negociación colectiva (44); al tiempo que ciertas peculiaridades de la relación laboral hacen insuficientes algunas de las previsiones de la LOPD para asegurar una adecuada tutela de los datos de los trabajadores, revelando la oportunidad de introdu-

(42) Cfr. el art. 6.2 de la LORTAD y de la LOPD, el cual añade la importante y obvia exigencia de que con ello “no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado”.

(43) Cfr. el art. 32 LOPD, parafraseando básicamente lo que ya dispusiera el art. 31 LORTAD.

(44) Pese a esa abstracta idoneidad, viene siendo una constante en la doctrina laboral la apreciación de cierta desidia por parte de los convenios colectivos en orden a la tutela de los derechos fundamentales en general y, por ende, de la “libertad informática” en particular (cfr. DEL REY GUANTER, “Tratamiento automatizado...”, *cit.*, p. 145; VALDES DAL-RE, “Poderes del empresario...”, *cit.*, p. 18). Más optimista de cara al futuro, al menos por lo que se refiere al control de los datos relativos a la salud de los trabajadores, se muestra CARDONA RUBERT (*Informática...*, *cit.*, p. 193).

cir ciertas especialidades en este ámbito. Básicamente, y a título meramente indicativo, hay que destacar que en este marco el peso de la tutela de los datos personales debería hacerse descansar sobre los principios de congruencia y racionalidad, relativizando la significación que la Ley da al consentimiento o autodeterminación del afectado como criterio legitimador del tratamiento de sus datos. Al encontrarnos ante una relación marcada por la dependencia de una de las partes respecto a la otra, el consentimiento de aquélla pierde su efectividad como instrumento de tutela frente al acopio y tratamiento indebido de sus datos y en especial de los "sensibles", resultando preferible establecer la irrenunciabilidad a algunas de las garantías que prevé la Ley (45). Asimismo, sería preciso reforzar la confidencialidad de los datos (46), exigiendo para ello las medidas organizativas y técnicas que sean precisas para evitar que la circulación de la información de los trabajadores en el seno de la empresa pueda ser utilizada al margen de las razones que justificaron su recogida, lesionando sus legítimos intereses. Elemental sería, por ejemplo, evitar que quien se ocupa del tratamiento de los datos esté encuadrado entre los sujetos encargados de la contratación de personal, tal y como ocurría en el supuesto resuelto por la sentencia de 8 de noviembre de 1999. DEL REY GUANTER añade a estas consideraciones la conveniencia de flexibilizar en este ámbito los plazos de ejercicio del derecho de acceso, dada la rapidez con la que suele revisarse y modificarse la información relativa a los empleados en el seno de las empresas (47).

En cualquier caso, las dudas acerca de la eficacia del art. 18'4 de la CE y de su normativa de desarrollo en el ámbito laboral que pudiera suscitar la normativa vigente o la escasa sensibilización a los problemas que entraña el tratamiento de los datos personales con respecto a los derechos fundamentales de los trabajadores mostrada hasta el momento por la jurisdicción ordinaria y la negociación colectiva, han quedado zanjadas por la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional. Ello, tanto en la sentencia que motiva estas líneas, respecto al tratamiento de los datos relativos a la salud de los trabajadores, como en las dictadas en 1998 a raíz del uso indebido por parte de una empresa de los datos relativos a la afiliación sindical de sus trabajadores (48).

(45) En este sentido, cfr. el comentario de la OIT a sus Recomendaciones para la protección de los datos personales de los trabajadores, *cit.*, p. 34; DEL REY GUANTER, "Tratamiento...", *cit.*, pp. 150 a 153 y 159; CARDONA RUBERT, *Informática...*, *cit.*, p. 180.

(46) DEL REY GUANTER, *ob. cit.*, pp. 148 y 157.

(47) *Ibidem*, pp. 154 y ss.

(48) Se confirma así, una vez más, la reiterada apreciación de que, en contraste con

IV. LA PROTECCION DE LOS DATOS PERSONALES RELATIVOS A LA SALUD. ESPECIALIDADES DEL CONTROL DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES

1. *Aproximación a la problemática del tratamiento de los datos relativos a la salud*

Consciente de que el daño a la persona puede provenir del tratamiento, combinación o descontextualización tanto de los datos más estrechamente ligados a su intimidad como de los más baladíes, el ámbito de protección del art. 18⁴ de la CE y de su normativa de desarrollo se extiende a todos los datos relativos a una persona identificada o identificable, sin distinción (49). Ello no es óbice para que la Ley preste una especial atención a aquellos datos cuyo tratamiento, por su pertenencia a la esfera más íntima de la persona, entraña un mayor riesgo potencial para los derechos y libertades fundamentales de su titular y les dote de una protección reforzada. Dentro de esta categoría de datos, expresivamente conocidos como "sensibles", encajan los relativos a la salud (50). Con la lógica excepción de que hayan sido

la desatención mostrada respecto a la virtualidad de los derechos fundamentales en el marco de la relación laboral por el Estatuto de los Trabajadores, por la negociación colectiva e, incluso, por la jurisdicción ordinaria, "pertenece al mérito del Tribunal Constitucional el haber llevado la iniciativa en la protección de los derechos fundamentales del trabajador, elaborando construcciones de signo abiertamente garantista y que han tenido un claro efecto de irradiación en la jurisprudencia ordinaria y, probablemente y por encima de ello, una labor de pedagogía social" (por todos, VALDES DALRE, *ob. cit.*, pp. 21 y ss.). Concretamente en relación a la STC 11/1998, MARCO MARCO (RGD, núm. 645, 1998, p. 7165) lamenta que los tribunales ordinarios no hubieran sido capaces de apreciar la lesión de los derechos fundamentales del trabajador, con ocasión del tratamiento realizado de sus datos personales en claro contraste con el art. 18⁴ y la LORTAD.

(49) Vid. *supra*.

(50) La Ley distingue tres grupos de "datos sensibles": a) los relativos a la ideología, religión o creencias, a los que la LOPD de 1999 añade la afiliación sindical; éstos son objeto de la máxima protección, supeditándose su tratamiento al consentimiento escrito del afectado y prohibiéndose la creación de ficheros exclusivamente destinados a su almacenamiento, excepción hecha de los mantenidos por partidos, sindicatos, iglesias y confesiones, asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, respecto a los datos de sus miembros o asociados (art. 7.1^o, 2^o, 4^o y 6.º LOPD); b) los relativos al origen racial, la salud y la vida sexual; cuyo tratamiento sólo procederá cuando así lo disponga una ley por razones de interés general, medie el consentimiento expreso del afectado o sean precisos para su asistencia sanitaria o para salvaguardar su interés vital o el de otra persona (cfr. art. 7.3^o y 6^o; art. 8 LOPD); y c) los relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas, cuyo tratamiento se permite exclusivamente a las Administraciones

desvinculados de la identidad de su titular, en cuyo caso podrán utilizarse libremente para fines estadísticos, científicos o de otra índole, sin sujeción a la normativa reguladora de la protección de los datos personales.

Pero, a pesar de su carácter sensible y de su pertenencia al ámbito más reservado e íntimo de las personas, los datos relativos a la salud presentan una intensa problemática, en atención a que el interés de su conocimiento y control a menudo excede de su titular. La conservación y el acceso a los antecedentes patológicos de una persona, aún sin consentimiento, pueden ser necesarios para la tutela de su propio interés vital; pero también pueden ser precisos para salvaguardar el derecho de todos los ciudadanos a la tutela de su salud consagrado en el art. 43 de la CE y, en particular, la de quienes se encuentran en el entorno social y laboral del afectado; y, centrándonos en el ámbito laboral, no cabe duda de que el propio empresario estará interesado en conocer el estado de salud de sus trabajadores, tanto para conocer su aptitud para el empleo de que se trate, como para llevar a cabo una adecuada política de prevención en materia de seguridad e higiene en el trabajo, así como para verificar la realidad del estado de enfermedad o accidente alegado por el trabajador para justificar sus faltas de asistencia al trabajo. Esta confrontación de intereses legítimos determina que, en ocasiones, deba ceder el afán del titular de los datos de restringir su conocimiento, conservación y tratamiento por terceros, sin que ello entrañe una lesión a los derechos fundamentales del afectado, y en particular a la libertad de los datos personales, sino tan sólo un ejemplo paradigmático de una cualidad común a todos ellos reiteradamente destacada por el Tribunal Constitucional: la de no ser absolutos.

Ahora bien, para que un derecho fundamental ceda frente a otro interés constitucionalmente legítimo, esa restricción ha de superar un juicio de proporcionalidad. Este, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, exige constatar que la medida adoptada cumple tres requisitos o condiciones, expresamente consagrados en el art. 4.1 de la LOPD: a) que sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto (*juicio de idoneidad*); b) que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (*juicio de necesidad*); c) y, finalmente, que sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (*juicio de proporcionalidad en sentido*

Públicas competentes, en los supuestos previstos por sus normativas reguladoras (art. 7.5º LOPD).

estricto) (51). La garantía que este juicio de proporcionalidad entraña para los derechos fundamentales se refuerza por la precisión adicional de que la restricción de los mismos, en todo caso, deberá haber sido acordada por Ley, rechazando la posibilidad de que sea autorizada por la vía reglamentaria, o por una resolución judicial (52).

La referida ponderación constituye, precisamente, la *ratio decidendi* del fallo de la sentencia de 8 de noviembre de 1999, al resolver acerca de la legitimidad del mantenimiento por un empresario de un fichero informático para el control del “absentismo con baja médica” —conforme a su propia denominación— en el que constaban los datos relativos a los períodos de baja por incapacidad laboral transitoria de sus trabajadores, así como sus diagnósticos médicos. Destaca el Tribunal Constitucional que en la medida en que la finalidad del fichero no se dirigía ni a la preservación de la salud de los trabajadores ni a la prevención de riesgos laborales, sino al control del absentismo laboral, “no puede ampararse su creación y actualización en un interés general (7.3 LORTAD y 10.11 y 61 LGS) (53), que justificaría la autorización por ley, sin necesidad del consentimiento del trabajador para el tratamiento automatizado de los datos atinentes a su salud, ni tampoco en lo dispuesto en los arts. 22 y 23 de la LPRL (54)”. “La realización de dichas actividades sin consentimiento del afectado ha de calificarse como *medida inadecuada y desproporcionada* que conculca por ello el derecho a la intimidad y a la libertad informática del titular de la información” (55).

Además, el titular del fichero infringió otras previsiones de la LORTAD que garantizan el respeto del derecho al *habeas data*, cuya apreciación refuerza a modo de *obiter dicta* la estimación del amparo. Básicamente, la creación del fichero no fue notificada a la Agencia de Protección de Datos, ni se informó de ella a los afectados, dificultándoles el posible ejercicio de las facultades que integran el contenido esencial de su libertad informática; se rechazó sistemáticamente al trabajador recurrente el acceso a los datos y la cancelación de los mismos; y se mantuvieron los datos en unas condiciones de seguridad cuestiona-

(51) Por todas, cfr. las SSTC 69/1999, 207/1996, 66/1995, 128/1995, 37/1989, 141/1988.

(52) Cfr. la STC 207/1996 y las citadas en ella.

(53) Ley 14/1986 General de Sanidad, de 25 de abril (BOE núm. 102, de 19 de abril).

(54) Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, de 8 de noviembre (BOE núm. 269, de 10 de noviembre).

(55) Cfr. los FFJJ 4.º y 5.º, respectivamente.

bles, en atención a la pertenencia a la Jefatura de Personal del encargado del fichero y de facilitar las claves de acceso al mismo.

2. *El tratamiento de los datos de la salud en la normativa vigente*

En consideración a lo expuesto, el principal interrogante que suscita el análisis de la eficacia de la libertad de los datos personales con respecto a los datos relativos a la salud, en particular en el ámbito laboral, es el de determinar cuándo es legítimo el acopio y tratamiento de tales datos. Por lo que resulta oportuno esbozar el *status quo* de la cuestión conforme a la normativa vigente.

A) El tratamiento de los datos relativos a la salud en la normativa reguladora de la protección de los datos personales

Los datos de carácter personal relativos a la salud, en principio, sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos legítimamente cuando el afectado así lo consienta expresamente. Pero, primero la LORTAD y actualmente la LOPD permiten prescindir del consentimiento del titular de los datos cuando por razones de interés general así lo haya previsto una Ley (56).

En particular, la Ley de 1999 ha precisado que podrá prescindirse del consentimiento del titular de los datos (ya no sólo los relativos a su salud, sino también a otros datos sensibles como su religión y creencias, origen racial y vida sexual) "cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto"; así como "cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento" (57). Además, como ya lo hiciera la LORTAD, prevé expresamente que "las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al

(56) Cfr. art. 7.3, tanto de la LORTAD como de la LOPD.

(57) Cfr. art. 7.6 de la LOPD. En términos análogos, cfr. el art. 8 de la Directiva 95/46/CE.

tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad”, sin perjuicio de la sujeción de las cesiones de datos entre dichas instituciones o profesionales a las previsiones del art. 11 de la Ley. El cual, al margen de otros supuestos, permite expresamente que se puedan ceder datos relativos a la salud al margen del consentimiento de su titular cuando ello sea preciso “para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica” (58).

Trasladando estas consideraciones al supuesto que nos ocupa, la determinación de la legitimidad del fichero llevado por el empresario para controlar el absentismo de sus trabajadores, con inclusión de sus datos médicos, impone indagar si esa posibilidad encuentra amparo en alguno de esos supuestos en los que la normativa vigente admite el tratamiento de los datos relativos a la salud al margen del consentimiento de su titular. Y, más aún, determinar si esa eventual excepción supera el juicio de proporcionalidad que legitima la invasión de los derechos fundamentales de las personas.

B) En general, el control de los datos relativos a la salud en la legislación sobre sanidad

La normativa sobre sanidad contempla una pluralidad de supuestos en los que cabe el registro, tratamiento y conservación de los datos relativos a la salud de las personas al margen de su voluntad. Unos, en aras a la tutela del propio interés vital de su titular y, otros, del derecho de todos los ciudadanos a la protección de su salud consagrado en el art. 43 de la CE; sin que quepa duda de que tales supuestos superan los criterios que integran el juicio de proporcionalidad que legitima la invasión de la intimidad y la libertad de los datos personales del afectado.

A título ilustrativo, en orden a la tutela del interés general a la tutela de la salud, el art. 8.1 de la LGS, así como la Ley Orgánica 3/1986 (59) permiten tratar los datos relativos a la salud de las personas, aún sin su consentimiento, para la realización de estudios epide-

(58) Cfr. art. 11.2 f), tanto de la LORTAD como de la LOPD.

(59) Ley Orgánica de medidas especiales en materia de salud pública, de 14 de abril de 1986 (BOE de 29 de abril).

miológicos que permitan una mayor eficacia en la prevención de los riesgos para la salud, así como en la evaluación y planificación sanitaria. En la misma línea, el art. 23 de la LGS señala que las Administraciones Sanitarias, de acuerdo con sus competencias, están autorizadas para crear los registros y elaborar los análisis de información necesarios para el conocimiento de las distintas situaciones de las que puedan derivarse acciones de intervención de la autoridad sanitaria". Y los arts. 98, 96 y 85.5 de la Ley del Medicamento (60) señalan que las recetas y órdenes médicas del Sistema Nacional de Salud estarán sujetas a tratamiento informático, declarando de dominio público el resultado de dicho procesamiento, al objeto de que las Administraciones Públicas Sanitarias evalúen las prescripciones por áreas, zonas, terapias, grupos poblacionales y otras circunstancias.

En orden a la protección ya no tanto del interés general de todos los ciudadanos a la tutela de su salud, sino del particular del afectado, cuyo tratamiento será más certero y satisfactorio si se conocen sus antecedentes patológicos, el art. 61 de la LGS dispone que "en cada área de salud debe procurarse la máxima integración de la información relativa a cada paciente, por lo que el principio de historia clínico-sanitaria única y por cada uno deberá mantenerse, al menos dentro de los límites de cada institución asistencial".

La consecución de los objetivos expuestos entra en claro conflicto con la libertad informática del individuo afectado, al excepcionar la necesidad de su consentimiento para el tratamiento de sus datos, así como su facultad de cancelación de los mismos. Pero, en la medida en que tales previsiones encuentran amparo en una Ley en orden a la tutela de intereses constitucionalmente legítimos y superan el oportuno juicio de proporcionalidad, no cabe estimarlas lesivas a sus derechos fundamentales. Por el contrario, satisfacen claramente los requisitos de legitimidad de la finalidad perseguida (amparada en los arts. 15 y 43 de la CE), de necesidad y adecuación para el logro de aquélla, así como el de proporcionalidad *strictu sensu*, ya que el derecho a la intimidad y a la libertad informática no se invaden más allá de lo estrictamente necesario. De un lado, porque el acceso a los datos de la salud de una persona, así como a su estancia en instituciones sanitarias públicas o privadas, queda restringido a personal sanitario (en particular, a los facultativos directamente implicados en el diagnóstico y el tratamiento del enfermo y, cuando ello sea preciso, a la inspección médica o para su utilización con fines científicos) y bajo una rigurosa exigencia de confi-

(60) Cfr. Ley 25/1990, de 20 de diciembre (BOE núm. 306, de 22 de diciembre).

dencialidad (61). De otro, porque la libertad informática del afectado sólo queda recortada en la medida necesaria, pero no excluida por completo, ya que a excepción de la relevancia de la voluntad del titular de los datos para el tratamiento o cancelación de los que sean necesarios para las finalidades expuestas, ese tratamiento habrá de sujetarse a las demás exigencias de la LOPD y al resto de facultades del interesado, tales como su facultad de acceso a toda la información relativa a él (reconocida por la propia LGS, en su art. 61), así como la de rectificar la información incompleta o incorrecta y la de cancelar la excesiva.

En cualquier caso, dado que estas previsiones restringen estrictamente su extensión al personal facultativo y a las Administraciones Sanitarias, ninguna de ellas ampara el acceso y, mucho menos aún, el tratamiento de los datos relativos a la salud de los trabajadores por parte del empresario. Por lo que es preciso continuar indagando si tal facultad encuentra amparo en alguna otra disposición legal sectorial.

C) En particular, el control de los datos relativos a la salud en el ámbito laboral

La legislación laboral prevé, efectivamente, ciertas facultades del empresario en orden al control de la salud de sus trabajadores en dos supuestos: uno, para lograr una adecuada política de prevención de riesgos laborales y, otro, para controlar el absentismo laboral. El *quid* de la cuestión radica en precisar el alcance de las facultades del empresario en tales supuestos, para determinar si alcanzan a legitimarle para conocer y registrar los diagnósticos médicos relativos a la salud de sus trabajadores, tal y como lo sostenía la entidad crediticia demandada en el caso que nos ocupa.

a) Régimen jurídico del control de la salud del trabajador para la prevención de riesgos laborales

Uno de los derechos de los trabajadores en el marco de la relación laboral es el relativo a la tutela de su integridad física y a una ade-

(61) Estas exigencias, destinadas a lograr que la invasión de los derechos fundamentales del paciente no vaya más allá de lo estrictamente necesario, están consagradas en el art. 10 de la LGS (al que se remite expresamente el art. 85.5 de la Ley del Medicamento) y se reproducen en el art. 61 de la LGS y en el art. 15 del Código de ética y deontología médica.

cuada política de seguridad e higiene (62). Como contrapartida, el empresario tiene la obligación de garantizar “la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio *en todos los aspectos relacionados con el trabajo*”, mediante las medidas que sean necesarias para la protección de su seguridad y, en particular, mediante la “vigilancia de su salud” (63). De modo que, con tal objeto, al empresario le está permitida cierta intromisión en la esfera privada del individuo, pero no absoluta, sino estrictamente limitada a las informaciones razonablemente ligadas al cumplimiento de los deberes contractuales del trabajador y la garantía de su salud.

Los preceptos básicos para precisar el alcance de las facultades del empresario en relación a los datos relativos a la salud de sus trabajadores, en materia de prevención de riesgos laborales, son los arts. 22 y 23 de la LPRL.

El art. 22 de la LPRL faculta al empresario para llevar a cabo una vigilancia periódica del estado de salud de sus trabajadores, pero no de forma ilimitada. De entrada, establece un límite causal, sólo podrá vigilar la salud de aquéllos *en función de los riesgos inherentes al trabajo* (art. 22.1). En segundo lugar, esta vigilancia se supedita al consentimiento del trabajador. Sólo cabrá prescindir de él, previo informe de los representantes de los trabajadores (aunque no se precisa si será o no vinculante), en aquellos supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si su estado de salud puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa,

(62) Cfr. el art. 4.2. d) del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET (aprobado por el RDLeg. 1/1995, de 24 de marzo; BOE núm. 75, de 29 de marzo)

(63) La Ley no predetermina qué controles ha de realizar el empresario. Se limita a exigir un control previo del estado de salud del trabajador en el que se compruebe su aptitud para el puesto de trabajo en cuestión, que se realizará teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad, con particular atención a aquellos puestos que estén expuestos a riesgos especiales; y prever su actualización, en atención al caso concreto, con carácter periódico o, al menos, cuando cambien las condiciones de trabajo o sea preciso con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido o por la existencia de otros indicios de que las medidas de prevención adoptadas son insuficientes [cfr. art. 14.2 y 18 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, en adelante LPRL, de 8 de noviembre (BOE núm. 269 de 10 de noviembre); desarrollada por el Reglamento de Servicios de Prevención de Riesgos Laborales —en adelante, RSP—, aprobado por el RD 39/1997, de 17 de enero (BOE núm. 27 de 31 de enero); y art. 196 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en adelante TRLGSS, aprobado por el RDLeg. 1/1994, de 20 de junio (BOE núm. 154, de 29 de junio)].

o bien, cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. En tercer lugar, se sujetan tales controles a un requisito de proporcionalidad, exigiendo que se opte por la realización de aquellos reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador y sean proporcionales al riesgo.

Por lo que se refiere a la incidencia de esta facultad de vigilancia de la salud del trabajador en su "libertad informática", hay que añadir que el art. 23.1 d) de la LPRL habilita al empresario para preparar y conservar, a disposición tanto de la autoridad laboral como de las autoridades sanitarias (64), la documentación relativa a la "práctica de los controles del estado de salud de los trabajadores previstos en el art. 22 de esta Ley y conclusiones obtenidas en los mismos en los términos recogidos en el último párrafo del apartado 4 del citado artículo".

En una primera aproximación podría parecer, y así lo sostiene la titular del fichero en el supuesto que nos ocupa, que el empresario está legitimado para el tratamiento de los diagnósticos médicos de sus trabajadores en ciertos supuestos, concretamente, cuando éstos tengan relación con su actividad de prevención de riesgos laborales. Pero, esta apreciación decae al contrastar esta facultad con lo dispuesto en el art. 22 de la LPRL, precepto esencial para fijar el alcance de las facultades del empresario en la materia.

El legislador ha mostrado una especial preocupación por proteger la intimidad y la dignidad de la persona del trabajador, así como la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud, con ocasión de las actividades del empresario en materia de prevención de riesgos laborales (65). En coherencia con ello, el art. 22.6 de la LPRL y el art. 37.3 del RSP exigen que las medidas de vigilancia y control de la salud se realicen por personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada; y el art. 11 del RSP prohíbe que el empresario asuma personalmente la actividad de prevención en lo que se refiere a las actividades relativas a la salud de los trabajadores. Se prevé que los diagnósticos médicos, obtenidos con ocasión de la vigilancia de la salud realizada a instancia del empresario, serán comunicados a los trabajadores afectados y no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador (66). Pero, sobre todo, se destaca que sólo podrán acceder a la información

(64) Cfr. apdos. 2 y 4 del art. 23 de la LPRL, respectivamente.

(65) Cfr. la E. de Mot., arts. 22.2, 30.3, 35 y 48.5 de la LPRL.

(66) Cfr. art. 22.3 y 4 de la LPRL.

médica de los trabajadores el personal médico y las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de su salud, excluyéndose terminantemente que se pueda facilitar dicha información al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador. Al empresario y a los demás encargados de las labores de prevención sólo se les facilitarán las conclusiones que se deriven de los reconocimientos médicos en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño de su puesto de trabajo (resultado de capacidad) o aquéllas que revelen la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva.

Hay que concluir, por tanto, que aunque la prevención de riesgos laborales legitima al empresario para realizar un seguimiento de la salud de sus trabajadores, tal control es consagrado por nuestro ordenamiento jurídico en términos sumamente respetuosos con la intimidad y la libertad informática de aquéllos. Sin alcanzar a permitir al empresario el conocimiento y registro de los diagnósticos médicos de sus trabajadores sin contar con su consentimiento.

b) Régimen jurídico del control de la salud para el control del absentismo laboral

En otro orden de consideraciones, dentro de las facultades de dirección y control de la actividad laboral del empresario, el art. 20.4 del ET contempla la de verificar el estado de enfermedad o accidente alegado por el trabajador para justificar sus faltas de asistencia al trabajo. Precisamente, en el caso que nos ocupa, la empresa titular del fichero impugnado pretendía basar la legitimidad de la constancia en él de los diagnósticos médicos de sus trabajadores en esta facultad de control, reforzada a su juicio por su condición de colaboradora de la Seguridad Social en la gestión de las prestaciones económicas y de asistencia sanitaria que procedieran a favor de sus trabajadores, en caso de incapacidad laboral temporal por contingencias comunes (es decir, por enfermedades comunes y accidentes no laborales) (67).

(67) Las prestaciones económicas y de asistencia sanitaria que procedan a favor del trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral temporal podrán ser satisfechas por las entidades gestoras de la Seguridad Social (en estos supuestos, el Instituto Nacional de la Seguridad Social o el Instituto Nacional de la Salud), o bien, haber sido asumidas por una Mutua Patronal a la que esté inscrita la empresa en la que el trabajador desempeña su actividad (sólo en el caso de las contingencias derivadas de

No obstante, al indagar hasta dónde alcanza la facultad del empresario de controlar el estado de salud que justifica las bajas laborales de sus trabajadores, se observa que ni el art. 20.4 del ET, ni el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, TRLGSS) ofrecen una base legal suficiente para justificar el tratamiento de los diagnósticos médicos de los trabajadores por parte del empresario prescindiendo de su consentimiento, cuya apreciación habría determinado la desestimación del amparo solicitado por el trabajador en el supuesto que nos ocupa. Por el contrario, y al igual que en el caso anterior, prevén que esta facultad de control de la salud del trabajador deberá ejercitarse a través de personal médico y no personalmente por el empresario.

Las dudas acerca de los límites de las facultades del empresario colaborador de la Seguridad Social, en realidad, son suscitadas por la normativa reglamentaria por la que se desarrollan determinados aspectos de la gestión y control de la incapacidad temporal (68), con la primordial preocupación de que “exista un mayor rigor en la constatación de la enfermedad y de su incidencia en la capacidad de trabajo del interesado” y de “dotar de una mayor eficacia y transparencia a la gestión de incapacidad temporal, evitando los riesgos de abusos y fraudes de la protección social”. Aunque no sin añadir que “el acceso a determinados datos reservados se supedita a lo establecido en la Ley 5/1992, sobre tratamiento automatizado de los datos de carácter personal [remisión que actualmente hay que entender referida a la LOPD], asegurando la confidencialidad de los datos derivados de las actuaciones médicas” (69).

Conforme al art. 1 del RD 575/1997 la baja por incapacidad deberá ser declarada por el facultativo del Servicio Público de Salud que haya reconocido al trabajador. Su declaración se hará constar en un modelo oficial que permitirá su gestión informatizada con participación coordinada de los servicios públicos de salud, las entidades gestoras de la

enfermedad profesional o accidente laboral) o directamente por la propia empresa, en calidad de colaboradora de la Seguridad Social (colaboración que, a diferencia del supuesto anterior, puede extenderse tanto a las contingencias profesionales como a las comunes). Cfr. los arts. 57 y 68 a 77 del TRLGSS.

(68) Cfr. el RD 575/1997, de 18 de abril (BOE núm. 98, de 24 de abril), parcialmente reformado por el RD 1117/1998, de 5 de junio (BOE núm. 145, de 18 de junio); desarrollado por la O. del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 19 de junio de 1997 (BOE núm. 150, de 24 de junio), parcialmente modificada por la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 18 de septiembre de 1998 (BOE núm. 230, de 25 de septiembre), por la que se aprueban los partes médicos de las bajas y altas por incapacidad temporal.

(69) Cfr. el preámbulo del RD 575/1997.

Seguridad Social, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (en adelante MATEPSS) y las empresas (70).

La sujeción de la declaración de baja a un reconocimiento médico tiene la finalidad de que la incapacidad del trabajador para desempeñar su actividad profesional habitual quede acreditada de forma objetiva. Satisfecha esta exigencia no parece necesaria, adecuada ni proporcionada ninguna otra invasión de la intimidad del trabajador por lo que se refiere a su salud, y menos aún por personal no facultativo, bajo el pretexto de prevenir el fraude a las prestaciones sociales. En coherencia con lo cual, se observa que tanto la Orden de 19 de junio de 1997 como la de 18 de septiembre de 1998 prescinden de la inclusión del diagnóstico en el modelo oficial del ejemplar del parte médico de baja y confirmación de la baja por incapacidad temporal destinado a la empresa, debiéndose indicar sólo las conclusiones alcanzadas en el reconocimiento médico respecto a la capacidad laboral del trabajador.

Ello no es óbice para que en caso de disconformidad con esta declaración las entidades gestoras o colaboradoras de la Seguridad Social, a través de sus servicios médicos y bajo apercibimiento de instar la declaración de alta, o el empresario en los términos del art. 20.4 del ET, puedan instar al trabajador a someterse a nuevos reconocimientos médicos (71). Pero, también en esta hipótesis el RD 575/1997 se cuida de señalar que los datos derivados de estas actuaciones médicas tendrán carácter confidencial y no podrán ser utilizados con fines discriminatorios en perjuicio del trabajador, ni para otras finalidades distintas del control de los procesos de incapacidad temporal; quedando protegidos por lo dispuesto por la LORTAD (en la actualidad, por la LOPD de 1999) (72).

En realidad, el problema radica en que el art. 1.2 del RD 575/1997 prevé, literalmente, que el original del parte médico de baja y la copia a remitir "a la Entidad Gestora o, en su caso, a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social deberán contener el diagnóstico y la descripción de las limitaciones en la capacidad funcional del trabajador, así como una previsión de la duración del proceso patológico" (73). Por lo que se refiere a las empresas

(70) Así lo prevé el art. 1.7 del RD 575/1997.

(71) Cfr. los arts. 3 a 6 del RD 575/1997 (con las modificaciones introducidas por el RD 1117/1998); así como la Orden de 18 de septiembre de 1998.

(72) Cfr. el art. 3 del RD 575/1997.

(73) Los modelos oficiales de los partes médicos de baja y confirmación de la baja incluyen el diagnóstico médico en el ejemplar destinado al Servicio Público de Salud, a

que hayan asumido labores de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, se observa que ni el precepto reglamentario ni los modelos oficiales de los partes señalan expresamente si, a estos efectos, deben recibir el mismo tratamiento que las Entidades Gestoras y las otras entidades colaboradoras de la Seguridad Social, como podría parecer oportuno por estrictas razones de coherencia. Pero en la práctica, tal y como lo acredita el supuesto de hecho analizado por la sentencia del Tribunal Constitucional, así viene ocurriendo. De forma que por esta vía indirecta la empresa logra tener acceso a los diagnósticos de sus trabajadores a los que en principio, con toda lógica, no podía acceder sin contar con su aquiescencia (sin perjuicio de remitirnos a lo ya expuesto en cuanto a la relatividad que merece el principio de autodeterminación en el marco de una relación, como la laboral, caracterizada por la nota de dependencia).

A nuestro juicio, la comunicación de los diagnósticos médicos de los trabajadores al margen de su consentimiento a esta pluralidad de sujetos, carentes todos ellos de la condición de facultativos, y en particular al empresario, aunque pretenda justificarse en el afán de asegurar una mayor eficacia en la asignación de los recursos públicos y evitar el fraude, entraña una innecesaria lesión a la intimidad y libertad de los datos personales de los afectados. El respeto a estos derechos, por el contrario, impone restringir el conocimiento del diagnóstico médico al personal facultativo y a las Administraciones Sanitarias, facilitando sólo las conclusiones o resultados al empresario, aún cuando haya asumido la colaboración con la Seguridad Social (74).

Varios argumentos avalan esta conclusión. De un lado, la lesión de los derechos fundamentales del trabajador que entraña el conocimiento de su diagnóstico médico por el empresario bajo el pretexto de comprobar la realidad de su incapacidad y evitar el fraude, no es una

la entidad gestora de la Seguridad Social o Mutua y, desde 1998, también en el destinado al trabajador.

(74) En apoyo de esta afirmación, cabe destacar que tanto la Recomendación del Consejo de Europa sobre la protección de los datos médicos, de 13 de febrero de 1997, como las Recomendaciones de la OIT para la protección de los datos personales de los trabajadores, de 7 de octubre de 1997, señalan que los datos personales sobre la salud sólo deberían ser recogidos y tratados por profesionales del sector de la salud, con el amparo del secreto médico. Más concretamente, la OIT destaca que al empresario sólo deberían facilitársele las conclusiones de los exámenes médicos del trabajador, desprovistas de la información de naturaleza médica propiamente dicha.

En nuestro Derecho positivo, destacan expresamente el carácter confidencial de los datos relativos a la salud de los trabajadores, los art. 3.3º y 4º y art. 6.2º del RD 575/1997, así como el art. 14.4 de la Orden de 19 de junio de 1997.

medida proporcionada, imprescindible, ni tampoco la más idónea, ya que esa finalidad puede alcanzarse por otras vías más respetuosas con los derechos fundamentales del trabajador (75). En particular, parece suficiente y adecuado para prevenir el fraude en materia de incapacidad laboral confiar su declaración al personal facultativo perteneciente a nuestras Administraciones Públicas Sanitarias; reforzándose la objetividad de tal declaración por la facultad concedida tanto a las entidades gestoras y colaboradoras de la Seguridad Social como al propio empresario de someter al trabajador a actos de comprobación de su estado de salud por otros facultativos, igualmente sujetos a un estricto deber de secreto profesional respecto al diagnóstico del trabajador. Por otra parte, carece de toda lógica que mientras en materia de prevención de riesgos laborales, la tutela de intereses tales como la salud del propio trabajador, de los demás trabajadores y de las terceras personas que tengan relación con la empresa, no basta para legitimar ni el conocimiento ni el registro de los diagnósticos médicos de los trabajadores por parte del empresario; se le faculte a ello por razones legítimas, pero en última instancia económicas, como la de evitar el absentismo laboral y el fraude a las prestaciones sociales. Finalmente, no parece que una norma reglamentaria sea idónea para justificar una lesión a los derechos fundamentales de las personas, carente del oportuno amparo legal (76).

Esta interpretación la entendemos corroborada por el propio RD 575/1997, en sus arts. 3.3 y 4.2, al declarar que los datos referentes al estado sanitario del trabajador tendrán la consideración de confidenciales, restringiendo el acceso a los informes y diagnósticos relativos a las situaciones de incapacidad temporal, a fin de que ejerciten las funciones que le son propias, a los servicios médicos del Sistema Nacional de Salud, los médicos adscritos a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, así como los de las MATEPSS. Facultad de acceso que entendemos ha de hacerse extensiva, aunque no se mencionen expresamente, a los facultativos, pero sólo a ellos, adscritos a las empresas que colaboran en la gestión de la Seguridad Social. Además, nuestro

(75) Al respecto, cfr. LOPEZ GANDIA, "La situación sanitaria del trabajador y sus controles", *Revista de Seguridad Social*, núm. 8, 1980, pp. 151 y ss.

(76) Cfr. LUCAS MURILLO, "Informática...", *cit.*, p. 98; así como la Recomendación del Consejo de Europa sobre datos médicos, en la que se destaca la conveniencia de que el régimen jurídico del tratamiento de los datos médicos quede sujeto a reserva de ley en sentido estricto, especialmente cuando se trate de establecer excepciones a la necesidad del consentimiento del paciente para el tratamiento de su información clínica.

Derecho positivo (77) sólo faculta expresamente al empresario para dejar constancia en el Libro de Matrícula, en el que serán inscritos los datos de afiliación a la Seguridad Social de sus trabajadores desde el momento en que inicien la prestación de sus servicios, de las fechas de los períodos de baja de los mismos, pero no del estado de salud que motivó su declaración; obligándole a conservar dicha documentación a disposición de las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social por un período mínimo de cinco años.

Por todo lo cual, hay que concluir que tampoco el control del absentismo laboral y del fraude al sistema de la Seguridad Social legitima el tratamiento de los diagnósticos médicos del trabajador sin su consentimiento por parte del empresario. Lo que sustenta la estimación del amparo instado por el trabajador en el supuesto de hecho resuelto por la sentencia de 8 de noviembre de 1999.

(77) Cfr. los arts. 51 y 52 del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social (BOE núm. 50, de 27 de febrero).

