

LOS DATOS MÉDICOS EN EL TRABAJO: PERSPECTIVA ITALO-ESPAÑOLA Y PROPUESTAS INTEGRADORAS

SONIA ISABEL PEDROSA ALQUÉZAR

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza

Extracto:

SOBRE la base de la Directiva 95/46/CE, este trabajo realiza un estudio comparativo entre los ordenamientos jurídicos español e italiano en relación con el tratamiento de datos relacionados con la salud para proponer mejoras en el primero. Datos de salud que tienen más riesgo que otros de ser utilizados por las empresas para la selección y control excesivo en perjuicio de los trabajadores si no se adoptan adecuadas medidas de seguridad en su tratamiento.

La argumentación lleva a unas conclusiones finales, en forma de protocolización, sobre la Utilización de la Información Médica de carácter Preventivo en el Trabajo que pretende ser un instrumento útil y eficaz que proporcione seguridad y certeza en el tratamiento de datos en la empresa en aras del respeto de los trabajadores pero, permitiendo, a su vez, el correcto ejercicio de las obligaciones de prevención y protección de riesgos que al empresario conciernen.

Palabras clave: salud de los trabajadores, protección de datos, estudio comparado España-Italia.

Sumario

1. Introducción.
2. El marco referencial: la Directiva 95/46/CE.
3. La interrelación de normas de protección de datos en España e Italia.
 - 3.1. El reconocimiento del derecho a la protección de datos relacionados con la salud en el trabajo.
 - 3.2. Ideas generales sobre los supuestos en los que se permite la recogida de datos relacionados con la salud en el ámbito preventivo.
 - 3.3 La protección específica en el tratamiento de los datos sobre salud.
4. Conclusiones.

NOTA: Este estudio, debidamente actualizado, trae causa de la estancia investigadora realizada por la profesora PEDROSA ALQUÉZAR –dentro del Grupo de investigación «Derecho del Trabajo de la Universidad de Zaragoza»– en la Universidad Roma Tre con una beca del Programa Europa CAI-Gobierno de Aragón en el año 2006.

1. INTRODUCCIÓN

No hay duda de que el desarrollo tecnológico, manifestación del progreso económico y social actual, contribuye a la calidad de vida de la ciudadanía. Si bien, también es cierto que un mal uso o una equivocada interpretación de ese desarrollo puede perjudicar los derechos de los ciudadanos. Así, en el ámbito laboral, el manejo incorrecto de utensilios de trabajo avanzados puede suponer un riesgo para la salud e incluso la vida del trabajador y, la incorporación de datos a los soportes informáticos que las nuevas tecnologías ofrecen, convertir la intimidad en un reducto del pasado y hacer que el trabajador llegue a ser un individuo especialmente vulnerable, sobre todo si la empresa tiene acceso indiscriminado a todo tipo de datos o los utiliza con finalidades ilícitas o diferentes a las que fueron obtenidas.

El riesgo que para el trabajador supone el manejo de máquinas adaptadas al desarrollo tecnológico ha intentado evitarse a través de normas de prevención de riesgos laborales que los distintos países integrantes de la Unión Europea han establecido tomando como referencia la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, del Consejo, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, conocida como Directiva Marco, y sus distintas Directivas de desarrollo.

La Exposición de Motivos de esta norma comunitaria ya señalaba que los empresarios tienen obligación de informarse de los progresos técnicos y de los conocimientos científicos sobre el diseño de los puestos de trabajo, habida cuenta de los riesgos inherentes para sus empresas, para alcanzar un mejor nivel de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores. Obligación que se proyecta en informar a los trabajadores de los riesgos para la seguridad y salud, así como de las medidas y actividades de protección o de prevención que afecten «tanto a la empresa y/o establecimiento en general como a cada tipo de puesto de trabajo o función» (art. 10) y en formar a los trabajadores de forma suficiente y adecuada cuando sean contratados, cuando cambien de funciones, cuando se introduzca o se cambie un equipo de trabajo o cuando se introduzca una nueva tecnología (art. 12). Esta formación deberá adaptarse al cambio y aparición de nuevos riesgos en relación con la evolución de la técnica (arts. 6 y 12).

El riesgo de reducir la intimidad a un derecho sin contenido con el uso desproporcionado de los datos incorporados a medios informáticos se soluciona con las limitaciones que imponen las normas relacionadas con la protección de datos que, en el ámbito comunitario, tienen su base, fundamentalmente, en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos y en la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre privacidad y las comunicaciones electrónicas. Aplicable a la protección de personas físicas o jurídicas como abonados de proveedores de comunicaciones electrónicas). Estas Directivas establecen como idea fundamental que los sistemas de tratamiento de datos deben contribuir al progreso económico y social y al desarrollo de los intercambios respetando los derechos fundamentales de las personas físicas.

Sobre la base de la Directiva 95/46/CE, este trabajo realiza un estudio comparativo entre los ordenamientos jurídicos español e italiano en relación con el tratamiento de datos relacionados con la salud para proponer mejoras en el primero. Datos de salud que tienen más riesgo que otros de ser utilizados por las empresas para la selección y control excesivo en perjuicio de los trabajadores si no se adoptan adecuadas medidas de seguridad en su tratamiento.

La argumentación llevará a unas conclusiones finales, en forma de protocolización, sobre la Utilización de la Información Médica de carácter Preventivo en el Trabajo, que pretende ser un instrumento útil y eficaz que proporcione seguridad y certeza en el tratamiento de datos en la empresa en aras del respeto de los trabajadores pero, permitiendo, a su vez, el correcto ejercicio de las obligaciones de prevención y protección de riesgos que al empresario conciernen.

2. EL MARCO REFERENCIAL: LA DIRECTIVA 95/46/CE

El instrumento jurídico más importante en el que se basan actualmente las medidas de protección de datos de carácter personal tanto en el ámbito europeo como nacional –por transposición de la norma– es la Directiva 95/46/CE que reafirma los principios de las Recomendaciones y Convenios del Consejo de Europa en la materia con el objetivo de armonizar las distintas legislaciones y llegar a una protección de mínimos, adecuada y suficiente, igual a todos los países miembros.

Forma parte de las medidas comunitarias necesarias para eliminar los obstáculos a la circulación de datos personales y, en consecuencia, a la libertad de circulación por el territorio de la Unión. Sus disposiciones se aplican tanto al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, como al tratamiento no automatizado de este tipo de datos contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero.

La Directiva distingue, por un lado, lo que son datos personales [art. 2 a)] y, por otro, lo que implica su tratamiento [art. 2 b)]. Esos datos son aquellos que facilitan cualquier información sobre una persona física identificada o identificable debiendo entender este último concepto como la infor-

mación sobre toda persona «cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social». Este concepto de datos personales ha sido desarrollado por el Grupo de Trabajo del artículo 29, como Grupo de carácter consultivo e independiente para mejorar la aplicación de la Directiva, en el año 2007, analizando cada uno de los conceptos que la integran e intentando llegar a unas conclusiones generales sobre cómo deben interpretarse para que sean respetados los derechos de los implicados y, a la vez, los derechos de los otros ¹.

Respecto del tratamiento, la Directiva señala que es cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, etc. Operaciones que, indudablemente, se utilizan en el mundo laboral con documentos que hacen referencia a datos personales del trabajador tales como formularios de solicitud y referencias laborales, información salarial y fiscal, información sobre prestaciones sociales, registros de enfermedad, registros de vacaciones, registros sobre permisos especiales o no remunerados, registros sobre evaluación anual, registros relativos a promociones, traslados, formación, sanciones disciplinarias, accidentes laborales o historias clínicas laborales ².

En relación con los datos sobre salud de los trabajadores, el artículo 8 de la Directiva señala que el tratamiento de estos datos, además de los que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos y los relativos a la sexualidad, solo podrán efectuarse en varios supuestos de los que para el ámbito laboral interesa el del consentimiento, –«explícito», subraya la Directiva–, o el de que sea necesario para respetar las obligaciones y derechos específicos del responsable del tratamiento en la medida en que esté autorizado por la legislación y esta prevea garantías adecuadas. Obligación, en este caso, de vigilar la salud de los trabajadores que, como se verá *infra*, exigen las legislaciones sobre prevención de riesgos laborales italiana y española.

Ahora bien, no basta solo con estos requisitos para calificar a un tratamiento de datos de salud en el ámbito laboral como legal. En el caso tratado tiene que realizarse en interacción con las normas preventivas del país respectivo con el fin de contribuir a la obtención de soluciones que protejan, de forma eficiente, los intereses de los trabajadores. Además, debe someterse a los principios regulados en el artículo 6 de la Directiva: finalidad determinada, explícita y legítima; adecuación, pertinencia y no exceso en relación a los fines para los que se recaben; exactitud, actualización y conservación limitada. Por otro lado, debe cumplir, también, con el respeto al derecho de acceso y sus implicaciones como el derecho de rectificación (art. 12). También debe proveerse al mismo de medidas de

¹ *Vid.*, Article 29 Data Protection Working Party: Opinión 4/2007 on the concept of personal data, (01248/07/EN. WP 136), en http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/index_en.htm (Habla, entre otros, de datos biométricos, de la distinción entre naturaleza de la información y contenido de la información e incluso de si los dibujos de los niños podrían o no considerarse información personal cuando dibujan a los padres poniendo de manifiesto lo que piensan de los mismos).

² *Vid.*, estos ejemplos de documentos laborales como soporte de datos personales en: Comisión Europea: «Resumen sobre el Dictamen del Grupo de Trabajo del artículo 29 sobre el tratamiento de datos personales en el contexto laboral», en <http://www.agpd.es>

seguridad adecuadas que garanticen, habida cuenta de los conocimientos técnicos existentes ³, un nivel de seguridad apropiado en relación con los riesgos que presente el tratamiento. Además, el cumplimiento de las disposiciones que protegen este derecho a la protección jurídica de datos de carácter personal debe tutelarse a través de una autoridad de control (art. 28). Por otro lado, su incumplimiento podrá dar lugar a responsabilidades de distinta índole, que podrán conllevar sanciones, y los Estados miembros deberán disponer de recursos judiciales para su defensa (arts. 22, 23 y 24).

Estas necesidades se reafirman en el Documento de trabajo sobre el «Tratamiento de datos personales relativos a la salud en los historiales médicos electrónicos», que hoy en día es, también, la forma más habitual de documentar los datos sobre la salud de los trabajadores ⁴. En él se habla de adoptar medidas de seguridad como la encriptación en la transferencia y almacenamiento de datos; medidas que forman parte de lo que se considera tecnologías de protección de la intimidad (PET –Privacy Enhancing Technologies–) como refuerzo a otras medidas de protección de datos ⁵.

Por otro lado, hay que señalar también que esta Directiva ha dado lugar a pronunciamientos judiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en relación con los datos tratados en el ámbito laboral. Así, entre otras, la Sentencia de 20 de mayo de 2003 ⁶ que confirma que «ninguna razón de principio permite excluir las actividades profesionales del concepto de vida privada» y pone límites a la divulgación de datos sobre los ingresos de los empleados de entidades públicas austriacas.

Y, además, siendo conscientes de que haría falta detallar cómo debería aplicarse la Directiva en el ámbito laboral, la Comisión Europea, conforme al artículo 138.2 del Tratado de Ámsterdam que establece que la Comisión consultará a los interlocutores sociales sobre las posibles orientaciones de la política social de la Unión Europea, realizó una consulta en 2001 ⁷ y una segunda en 2002 ⁸, analizando las respuestas de los interlocutores sociales a la primera, precisamente para intentar concretar unos principios básicos de aplicación de la Directiva en el ámbito tratado ante problemas como el propio progreso tecnológico, que está borrando cada vez más la frontera entre el trabajo y la vida privada y hace que la obtención de pruebas genéticas sea cada vez más barata; la globalización, que si bien supone una externalización de los recursos humanos de las grandes empresas dotando a estas de mayor eficacia organizativa que revierte en su propia producción, también puede acarrear proble-

³ Loable referencia al progreso técnico para obligar a cambios en esas medidas si no cumplen con la finalidad para la que fueron establecidas.

⁴ Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29: «Documento de trabajo sobre el tratamiento de datos personales relativos a la salud en los historiales médicos electrónicos (HME)», de 15 de febrero de 2007, (00323/07/ES WP 131), en http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/

⁵ *Vid.*, sobre este particular, Comisión Europea: *Communication from the Comisión to the European Parliament and the Council on Promoting Data Protection by Privacy Enhancing Technologies (PETS)* –COM (2007), 228 final, de 2 de mayo de 2007–.

⁶ En pronunciamiento para los asuntos acumulados C-465/00, C-138/01 y 139/01.

⁷ *Vid.*, European Commission-Article 29 Data Protection Working Party: «Opinión 8/2001 on the processing of personal data in the employment context», adopted on 13 september 2001. (5062/01/EN/Final WP 48), en http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/dataprot/wpdocs/index.htm

⁸ European Commission: «Second stage consultation of social partners on the protection of work personal data», en http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2002/oct/data_prot_en.html

mas si las leyes de protección de datos son radicalmente diferentes de una jurisdicción a otra; y la propia inseguridad tras atentados terroristas de gran magnitud como el 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos o, posteriormente, el de 11 de marzo de 2004 en España que puede fomentar que los Gobiernos soliciten a las empresas que supervisen a los trabajadores o a los demandantes de empleo como parte de un esfuerzo gubernamental más amplio para incrementar los controles de seguridad, esfuerzo al que si no se le ponen límites, puede ser aprovechado por las empresas en su propio interés y convertir al trabajador en una marioneta al capricho de los intereses productivos empresariales. En definitiva, la Comisión quiere ofrecer unos principios comunes que puedan facilitar la libertad de circulación de los trabajadores dentro del mercado interior asegurando un alto nivel de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores ⁹.

En relación con los datos relacionados con la salud en el trabajo, la Comisión señala ¹⁰ que para su tratamiento debe estarse a lo que digan las normas nacionales, que deben proveer a este tratamiento de datos sensibles de adecuadas medidas de seguridad. No obstante, su tratamiento debería realizarse solo para determinar si el trabajador tiene un estado de salud adecuado para desempeñar las funciones de un concreto puesto de trabajo; para cumplir con los requerimientos de la prevención de riesgos laborales y para determinar el derecho a pensiones de Seguridad Social. Además, debería ser realizado por personal médico o, en caso de que no fuera así, por personas a las que se les debe exigir el estricto cumplimiento de un deber de confidencialidad sobre estos datos médicos. Por otro lado, para evitar posibles atentados a esta confidencialidad, deberían mantenerse separados de cualquier otro dato de carácter personal y, para evitar posibles casos de discriminación en el empleo, el empleador solo debería conocer las conclusiones relevantes para tomar la decisión respecto de la finalidad para la que los recogió.

La Comisión deja claro, además, que deben acotarse adecuadamente los fines para los que van a ser destinados los datos, informando de ello a los trabajadores, y que su recogida debe ser legal. Es decir, debe realizarse sin engaño y si ha habido un proceso irregular, el trabajador debe disponer de medios adecuados de tutela.

En cuanto a los tests de detección de drogas, la Comisión advierte que estos solo deberían realizarse en trabajos con riesgo de poner en peligro la salud de terceros y/o en un contexto de puesta a disposición por parte de la empresa de programas de prevención, desintoxicación y rehabilitación ¹¹.

El problema de los tests genéticos requiere especial atención porque la información que de ellos se extraiga no solo está relacionada con el propio trabajador sino también con miembros de su familia y, además, su uso arbitrario puede dar lugar a una estigmatización y selección abusiva de trabajadores.

⁹ European Commission: «Second stage consultation of social partners on the protection of workers' personal data», *op. cit.*, pág. 8.

¹⁰ Siguiendo y analizando: European Commission: «Second stage consultation of social partners on the protection of workers' personal data», *op. cit.* pág. 13.

¹¹ European Commission: «Second stage consultation of social partners on the protection of workers' personal data», *op. cit.*, pág. 14.

En el estado actual de los conocimientos puede decirse, en general, que la información obtenida de la puesta en práctica del Proyecto Genoma Humano ¹² ha detectado que la susceptibilidad de una persona a una enfermedad no predice que vaya a contraer necesariamente dicha enfermedad ¹³. Además, una explicación equilibrada de la patología humana requiere prestar atención a los factores ambientales ¹⁴, en los que el individuo desarrolla su vida e interceden en la evolución de sus genes. La mayoría de la información obtenida por un test genético es solo predictiva y probabilística; por tanto, en principio, no es adecuado, necesario ni razonable utilizar pruebas genéticas en la vigilancia de la salud de los trabajadores porque no están destinadas a detectar una anomalía actual en el estado de salud del trabajador que le haga o pudiera convertirle en no apto para un determinado trabajo. Las pruebas genéticas simplemente predicen, no aseguran ¹⁵.

Ahora bien, lo que se acaba de afirmar es válido para un tipo de pruebas genéticas, los denominados *genetic screening*, o cribado genético que detectan, sobre la base de los genes del individuo, su predisposición al desarrollo de una determinada enfermedad ¹⁶. Pero dentro de los análisis genéticos puede distinguirse un segundo tipo: los *genetic monitoring* que tratan de detectar si un determinado riesgo de la empresa está produciendo o pudiera producir daños en el material genético de los trabajadores.

Respecto de los *genetic monitoring*, no puede objetarse que sean desproporcionados si cumplen, además, con los restantes requisitos recogidos en las diversas leyes de los Estados miembros ¹⁷. Pueden resultar adecuados para conseguir el objetivo de protección de la salud, incluso necesarios si realmente se acredita que un determinado riesgo tiene incidencia en el material genético y, a su vez, razonables, pues no supondrían en este caso una vulneración de los derechos fundamentales del trabajador. Tienen especial importancia en la prevención frente a daños para la función de procreación, desarrollo del feto o para el niño ya nacido.

¹² Este Proyecto aspira a establecer la secuencia nucleotídica de todos los genes que componen el genoma humano con el fin de determinar, entre otras cosas, cuáles son los responsables de las diferentes enfermedades hereditarias y de los distintos rasgos o caracteres del hombre (*Vid.*, concepto, finalidad y problemática, por todos en, VV.AA.: *El derecho ante el Proyecto Genoma Humano* (Volumen I, II, III y IV), Fundación BBV, Madrid, 1994).

¹³ ABRISQUETA ZARRABE, J.A.: «Genes y discriminación», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm 11, 1999, pág. 157.

¹⁴ Se entiende «ambientales» en un sentido amplio abarcando los agentes físico-químicos que inciden sobre las células, el entorno familiar y social y hasta la estimulación total que recibe el individuo, desde el momento de la concepción hasta su muerte (Cfr.: ABRISQUETA ZARRABE, J.A.: «Genes y discriminación», *op. cit.*, pág.158).

¹⁵ Como se indica en el *Dictamen sobre «Aspectos éticos de los test genéticos sobre el mundo del trabajo»*, de 28 de julio de 2003, del Grupo Europeo sobre Ética de las Ciencias y las Nuevas Tecnologías: «hasta la fecha no se han obtenido datos concluyentes sobre la pertinencia y fiabilidad de las pruebas genéticas existentes en el contexto laboral y su valor predictivo sigue siendo dudoso».

¹⁶ *Vid.*, ILO: *Conditions of Work Digest: Workers' privacy, Part.III: Testing in the workplace*. Vol 12, 2/1993, Ginebra, OIT, 1993, pág. 55.

¹⁷ «El monitoreo genético... puede ser considerado como una forma admisible de vigilancia médica siempre que siga los mismos criterios de aceptabilidad de todas las formas de vigilancia de la salud de los lugares de trabajo» (VOGEL, L.: «Vigilancia de la salud y derechos de los trabajadores», VV.AA., BOIX, P [Comp.]: *Vigilar la salud. Prevenir el riesgo. II Foro ISTAS de Salud Laboral*. Barcelona, ISTAS, 2000 (<http://www.istas.ccoo.es/foro>).

En cambio, los *genetic screening*¹⁸ resultan desproporcionados pues, como se ha afirmado, predicen una anomalía, no la aseguran y, desde este punto de vista, no tienen sentido dentro de una vigilancia preventiva¹⁹. Ahora bien, puede haber trabajos muy concretos en los que si esa probabilidad de desarrollar una determinada enfermedad se materializa podría ponerse en peligro no solo la salud de la propia persona sino la salud e incluso la vida de otros trabajadores o terceros relacionados con la empresa. Estos trabajos podrían justificar la práctica de pruebas genéticas de cribado o *screening* para quienes quisieran desempeñarlos, pero debe acreditarse que: efectivamente existe una alta probabilidad de contraer la enfermedad, no exista otra posibilidad de asegurar la salud del trabajador en beneficio de ese interés de terceros y, para que no exista arbitrariedad en la interpretación de estos extremos, deben estar acotados por ley²⁰, no bastando simplemente su consideración jurídica como factores de riesgo para el desarrollo de enfermedades profesionales²¹. Además, a ser posible, y aunque los integrantes encargados de realizarlas deben cumplir escrupulosamente con los imperativos de la normativa sobre vigilancia de la salud y ser absolutamente respetuosos con los principios éticos a los que deben estar sometidos, debe darse al trabajador la opción de elegir otro equipo médico diferente para su práctica²² en aras de evitar posibles dependencias que puedan repercutir en el respeto de los derechos fundamentales del trabajador, que en las pruebas genéticas –por tratarse de lo más íntimo del individuo, y porque pueden quedar al descubierto muchas características del mismo– debe extremarse todavía más.

En este sentido explicado se mueve la Comisión, proponiendo la creación de una Autoridad Supervisora en los Estados miembros que asesore sobre la realización de esas pruebas en determinados casos y cómo deben ejercerse los diversos derechos concurrentes en relación a las mismas. El Grupo de Trabajo del artículo 29 dio también su opinión específica sobre este particular, reafirmando las propuestas de la Comisión²³.

¹⁸ Que además pueden suponer, para los que lleguen a conocer el probable desarrollo de una determinada enfermedad, verdaderos problemas psicológicos, planteándose incluso algunos individuos en encuestas realizadas sobre el conocimiento de su patrimonio genético la idea límite del suicidio si esa probabilidad es muy alta. OIT: *Conditions of Work Digest: Workers' privacy, Part.III: Testing in the workplace, op. cit.*, pág 66.

¹⁹ Vigilancia preventiva cuyas implicaciones prohíbe al empresario «aventurar posibles desarrollos degenerativos» (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Pruebas genéticas en el derecho del trabajo*, Civitas, Madrid, 1999, pág.136). Además, «actualmente, existe la opinión general de que el cribado genético aplicado al trabajo constituye una violación desproporcionada de los derechos individuales», pues, «la presente situación de los conocimientos con respecto a ello no resulta suficiente para recomendar su utilización en la salud en el trabajo» (OIT: *Principios directivos técnicos y éticos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores*. OIT, Ginebra, 1998, punto 3.20).

²⁰ De hecho, la OIT ha establecido que la «selección de carácter genético debería estar prohibida, o limitarse a los casos explícitamente enunciados en la legislación nacional». OIT: *Repertorio de Recomendaciones prácticas sobre la protección de los datos personales de los trabajadores*, OIT, Ginebra, 1997.

²¹ Estas consideraciones son válidas tanto para antes de comenzar una relación laboral, cuya vigilancia de la salud debe entenderse con ciertas cautelas –practicada solo en el caso de que los riesgos lo hagan necesario–, como después de la misma, cuando los posibles nuevos riesgos que vaya generando el puesto de trabajo pongan de manifiesto el posible perjuicio para la salud de los otros.

²² Sobre la necesidad de que no sea un médico de la empresa quien realice estas pruebas genéticas, Resolución de 16 de marzo de 1989 del Parlamento Europeo sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética (DO núm C 96, de 17 de abril, pág. 165).

²³ Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29: Documento de trabajo sobre datos genéticos, de 17 de marzo de 2004 (12178/03/ES WP 91), en http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/

Por último, señalar que en estas propuestas de la Comisión, el consentimiento para el tratamiento de datos se toma con cautelas, pues aunque pueda resultar claro y debe ser informado, revocable y no genérico, no deja de ser peligroso en una relación que, de por sí, se asienta en una desigualdad originaria²⁴, aunque posteriormente se compense con las implicaciones del principio de igualdad, necesario para evitar los abusos originados, precisamente, por la conciencia de esa desigualdad²⁵. Se aconsejan, así, prioritariamente, las limitaciones legales.

Además, aboga por una adecuada interrelación entre normas de protección de datos y otras que no lo son para encontrar soluciones más acordes con el interés de los trabajadores.

3. LA INTERRELACIÓN DE NORMAS DE PROTECCIÓN DE DATOS EN ESPAÑA E ITALIA

3.1. El reconocimiento del derecho a la protección de datos relacionados con la salud en el trabajo.

Esa interrelación de normas por la que apuesta la Directiva analizada como garantía de respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores y que, al objeto de estudio, debe concretarse en interrelación protección-prevención, se ha hecho efectiva tanto en el ordenamiento italiano como en el español. Los dos reconocen, en transposición de la misma, el derecho a la protección de datos personales para hacer frente a un tratamiento automatizado de datos ilimitado que puede suponer que el perfil de una persona sea conocido por otros en cualquier momento y en cualquier lugar y, en consecuencia, configurar una determinada reputación o idea del individuo cuya valoración desfavorable afecte a sus más diversas actividades públicas o privadas –como puede ser la obtención de un empleo o la admisión a determinados colectivos– y, evitar, así, atentados directos a su intimidad, como ámbito propio y reservado de la propia persona frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad de vida, que se consigue no solo excluyendo del conocimiento ajeno todo lo que hace referencia a la propia persona sino, también, controlando por su titular los datos e información relativa al mismo.

3.1.1. Reconocimiento en España.

En España, este derecho tiene su base jurídica en el artículo 18.4 de la Constitución en el que se establece que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad

²⁴ «...que tiene su fundamento, no solo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula que es de dependencia o subordinación de uno respecto del otro» (DEL REY GUANTER, S.: «La aplicación de los valores superiores de la Constitución Española en el Derecho del Trabajo», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1988, pág. 373, haciendo referencia a la STC 3/1983, de 25 de enero).

²⁵ Una desigualdad así, como señala el Tribunal Constitucional español, que no justifica la prevalencia en todo caso de la libertad de empresa de modo tal que los trabajadores puedan soportar los despojos transitorios o limitaciones injustificadas en sus derechos fundamentales o libertades públicas (por todas, STC 106/1996, de 11 de julio).

personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. Base jurídica que antes de la sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, resultó ser un tanto controvertida, pues la Jurisprudencia de este Tribunal, si bien se había manifestado sobre el alcance de este derecho ²⁶, no establecía claramente las diferencias con el derecho a la intimidad lo que llevó a que algunos autores defendieran la separabilidad del mismo ²⁷ y, otros, una reformulación ²⁸.

La sentencia 292/2000 basándose, sobre todo, en la idea de que prácticamente todos los derechos de una persona pueden resultar afectados por el tratamiento indebido de datos, afirma la separabilidad del derecho a la intimidad, aunque su objeto sea parcialmente coincidente, y lo considera, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental ²⁹.

Esta consolidación del derecho a la protección jurídica de datos se hace especialmente necesaria en el ámbito empresarial en la medida en que, como se ha señalado, la informática otorga un gran poder de control de la prestación laboral a la empresa y, por tanto, la forma en que se traten los datos en la misma puede afectar de forma más agresiva a los derechos fundamentales del trabajador que puede llegar a convertirse en individuo vulnerable «en grado impredecible» ³⁰, especialmente si la empresa combina datos erróneos, inexactos y utilizados con finalidades ilícitas o diferentes a las que fueron obtenidas, o se transmiten arbitrariamente por el empresario ³¹.

La ley que transpone la Directiva 95/46/CE en España es la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) ³². Además, habrá que tener en cuenta el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de las medidas

²⁶ SSTC 254/1993, de 20 de julio, y 11/1998, de 13 de enero, entre otras.

²⁷ *Vid.*, GARCÍA GARNICA, C.: «La protección de los datos relativos a la salud de los trabajadores (A propósito de la STC 202/1999, de 8 de noviembre)», *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm 14, 2000, págs. 139-144, recogiendo pronunciamientos doctrinales sobre esta independencia del derecho a la intimidad.

²⁸ Entre otros, CARDONA RUBERT, B.: *Informática y contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, págs. 32 y ss.

²⁹ Señala el fundamento jurídico sexto de esta sentencia, entre otros argumentos que, «El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado». «De este modo, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual, que para ello está la protección que el artículo 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos».

³⁰ Por todos, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*. Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1997, pág. 107.

³¹ Especialmente peligroso cuando se refiere a datos relacionados con la salud del trabajador, pues las tendencias empresariales a medir todo en términos económicos pueden suponer que el trabajador tenga especiales dificultades en encontrar un trabajo por el mero hecho, por ejemplo, de su propensión a contraer afecciones gripales. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales...op. cit.*, pág. 108.

³² En el marco de esta ley, algunas Comunidades Autónomas han desarrollado sus propias leyes de protección de datos de carácter personal. *Vid.*, entre otras, la Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal en la Comunidad de Madrid o la Ley 5/2002, de 19 de abril, de la Agencia Catalana de Protección de Datos.

de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal (RMSFA), declarado vigente por la disposición transitoria tercera de la LOPD en lo que no se oponga a la misma. Este reglamento resulta de gran interés en lo que se refiere a la protección de datos relacionados con la salud, por ser considerados de especial sensibilidad, de modo que los ficheros que los contengan deben reunir las máximas garantías de seguridad para evitar el posible acceso o manipulación de los mismos en contra del derecho a la intimidad del trabajador.

La LOPD considera a los datos relacionados con la salud datos especialmente protegidos cuya obtención, tratamiento y cesión solo podrá realizarse cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente (art. 7.3). En la línea de interrelación solicitada por la Comisión Europea para dar mayor efectividad a la normativa de protección de datos en aras del respeto a los derechos fundamentales del trabajador, es la propia Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) la que, desde la interpretación conjunta de, fundamentalmente, sus artículos 22 y 23 junto al artículo 12.4 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (TRLISOS) –que considera falta grave no registrar ni archivar la información referida a la obligación preventiva de vigilancia de la salud– autoriza esa obtención, tratamiento y cesión para finalidades preventivas, sin necesidad de que exista un consentimiento específico del trabajador. Es así, que el consentimiento en relación con los datos de salud del trabajador para fines preventivos en España restringe su campo de actuación al sometimiento o no a determinadas pruebas, en un momento previo al tratamiento como tal que sería el de la recogida, y a la decisión de conocer o no la información sobre la salud de uno mismo o que la conozcan otros. No alcanza al posible tratamiento de datos –con las actividades que pueden derivarse del mismo, como la cesión– sobre la salud que podrá efectuarse sin el consentimiento del afectado ³³.

Esta inclusión en el ámbito de actuación de la normativa sobre protección de datos de aquellos recogidos en ficheros relacionados con la salud del trabajador para una finalidad preventiva requiere, no obstante, delimitar qué se entiende por datos sobre salud a esos efectos con el fin de conocer si pudiera excluirse algún dato de los incorporados en los resultados o en las conclusiones de los exámenes de salud derivados de la puesta en marcha de la vigilancia de la salud.

Para ello, debe acudirse a la definición de la Agencia de Protección de Datos ³⁴ que recurrió al concepto del apartado 45 de la Memoria explicativa del Convenio núm. 108, de 28 de enero de 1981, sobre la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de carácter personal ³⁵, y concluyó que los datos sobre salud hacen referencia a las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental de un individuo, pudiendo tratarse de informaciones concernientes a un individuo que goce de buena salud, enfermo o fallecido, incluyen-

³³ Así lo pone de manifiesto también la Jurisprudencia Constitucional que justifica la creación de ficheros con datos derivados de la vigilancia de la salud para fines preventivos sin necesidad de consentimiento por exigencia de los artículos 22 y 23 de la LPRL. (Vid., FJ 3.º y 4.º de la STC 202/1999, de 8 de noviembre).

³⁴ Vid., Agencia Española de Protección de Datos: «Informe Jurídico sobre Naturaleza de los datos psicológicos a efectos de su tratamiento», en <http://www.agpd.es>

³⁵ Ratificado por instrumento de 27 de enero de 1984 y publicado en el BOE de 15 de noviembre de 1985.

do las que se refieren al abuso de alcohol o al consumo de drogas, datos psicológicos, incluidos en historiales clínico-psiquiátricos o los que se deriven de las propias manifestaciones de los interesados en formularios o encuestas ³⁶, y datos genéticos.

Esta definición parece hacer referencia directamente a los datos personales referidos a la salud del trabajador derivados de la práctica de las diferentes pruebas a las que ha sido sometido para detectar el efecto que los riesgos de su puesto de trabajo provocan en su salud, a lo que el artículo 22 de la LPRL denomina resultados. Si bien, también incluiría las conclusiones de esos resultados pues, en cuanto determinan su aptitud para desempeñar un determinado puesto de trabajo –aunque no reflejen la concreta enfermedad o problema de salud que tiene por imposición, como se verá, del principio de confidencialidad, como garantía de respeto a los derechos fundamentales del trabajador en relación con el tratamiento de datos– pueden considerarse datos de salud a los que les serán de aplicación las disposiciones que la LOPD reserva para aquellos.

Así parece, además, deducirse de la definición dada por la Recomendación (97) 5 sobre Protección de Datos Médicos que incluye en estos términos los que tengan una clara y estrecha relación con la salud, y de las declaraciones de algunos autores que consideran que en el concepto de datos sobre salud hay que incluir aquellos datos administrativos, contables o fiscales que puedan tener relación con la misma ³⁷, para evitar conductas y actuaciones que, «eludiendo aspectos tangenciales, vulneren de manera flagrante la intimidad de las personas» ³⁸.

3.1.2. Reconocimiento en Italia.

En Italia, sin embargo, las propias palabras utilizadas para hacer referencia a datos de la salud en el ámbito de su protección, «dati idonei a rivelare lo stato di salute», determinan por sí la inclusión de esos datos tangenciales relacionados con la misma para poner trabas a su tratamiento.

³⁶ La Agencia justifica esa incorporación de las propias manifestaciones sobre salud psíquica –entendiendo que también quedarían incluidas las propias manifestaciones subjetivas sobre salud física e incorporadas a una historia clínica o documento– en evitar que se proceda al tratamiento de estos datos «con base en meras sospechas o apreciaciones subjetivas» que no presenten una constatación fáctica real, «generando una situación de riesgo que pudiera, con base en dichas sospechas, crear una situación social de prejuicio hacia las personas cuyos datos psicológicos negativos hubieran sido incorporados a un fichero automatizado». *Vid.*, comentario en ÁLVAREZ CIVANTOS, O.J.: *Normas para la implantación de una eficaz protección de datos de carácter personal en empresas y entidades*, Granada, Comares, 2001, págs. 116-117, advirtiendo, además, de la trascendencia que esto puede tener en situaciones en las que las empresas obtengan datos o realicen valoraciones psicológicas, con base en preguntas formuladas con finalidades no relacionadas directamente con la salud.

³⁷ ALONSO MARTÍNEZ, C.: «Aproximación a determinados conceptos del Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, sobre medidas de seguridad», *Actualidad Administrativa Aranzadi*, núm 35, 2000, pág. 11. Considera que en la definición sobre datos relativos a la salud se encontrarían los relativos a minusvalías a efectos del cálculo de IRPF, los datos relativos a las bajas por causas de enfermedad, los diagnósticos médicos realizados en empresas mediante concierto con entidades médicas, etc.

³⁸ FREIXAS GUTIÉRREZ, G.: *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español*, Barcelona, Bosch, 2001, pág. 146.

La transposición de la Directiva de protección de datos en el ordenamiento italiano se realizó por Ley, núm. 675, de 31 de diciembre de 1996³⁹. Esta ley fue desarrollada y completada por varios reglamentos en virtud de la delegación al Gobierno para la promulgación de disposiciones complementarias a la misma por Ley, núm. 676, de 31 de diciembre de 1996⁴⁰ y por Ley, núm. 127, de 24 de marzo de 2001⁴¹, que han llevado, con el fin de simplificar e integrar la distinta normativa, consecuencia de esas delegaciones, así como completar o perfeccionar la transposición de la Directiva y asegurar, de este modo, una mejor actuación en la tutela del derecho a la protección de datos de carácter personal en colaboración con otras normas que no se refieren a la protección de datos, a la elaboración del *Codice in materia di Protezione dei Dati Personali*, por Decreto Legislativo 30 de junio de 2003, núm. 196⁴², que ha sido, a su vez, completado por diversas normas, como las relacionadas con las autorizaciones para el tratamiento de algunos tipos de datos de la Autoridad que garantiza el derecho a la protección de datos en Italia, *il Garante per la protezione dei dati personali*.

Este Codice afirma en su artículo 1 que cualquiera tiene derecho a la protección de datos personales que le atañen, con lo que garantiza al propio individuo la posibilidad de mantener el control sobre su propia información y que le sean respetados derechos que adquieren rango constitucional como la intimidad y el derecho a la autodeterminación informativa⁴³ y, a la postre, la dignidad y la libertad en el trabajo que no se deben ver vulnerados por el derecho al desarrollo económico del empresario⁴⁴. Derechos que también el Estatuto de los Trabajadores Italiano se encarga de asegurar⁴⁵ y que constituyen un límite a la utilización abusiva de la información obtenida gracias al desarrollo tecnológico.

³⁹ Gazzeta Ufficiale de 8 de enero de 1997. (Legge 31 dicembre 1996, n.º 675. Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali).

⁴⁰ Puede encontrarse el texto en www.privacy.it/legge1996676.html (Legge 31 dicembre 1996, n.º 676 Delega al Governo in materia di tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali).

⁴¹ «Differimento del termine per l'esercizio della delega prevista dalla legge 31 dicembre 1996, n.º 676, in materia dei dati personali».

⁴² Gazzeta Ufficiale de 29 de julio de 2003. Debe resaltarse su función innovadora dentro de su finalidad hermenéutica y no meramente su función compilativa. («È importante sottolineare che il codice non ha solo un valore compilativo, bensì contiene tutta una serie di disposizione particolarmente innovative o quantomeno significative sotto il profilo delle indicazioni ermeneutiche che da esse derivano»), BELLAVISTA, A.: «La tutela dei dati personali nel rapporto di lavoro», en VV.AA., CARDARELLI, F.; SICA, S. y ZENO-ZENCOVICH, V. [Comps.]: *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, Milano, 2004, pág. 397).

⁴³ El artículo 2 de la Constitución de la República Italiana, de 1947 (GU 27-12-1947) señala que «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

⁴⁴ Conforme al artículo 41 de la Constitución de la República Italiana: «L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla dignità umana».

⁴⁵ *Id.*, artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 8 de la Ley de 20 de mayo de 1970, núm. 300, Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento, considerada el Statuto dei Lavoratori. Estos artículos se reconocen como el grupo de los mismos que tutelan la «privacy» o «riservatezza» de los trabajadores (*Id.*, TROISI, A.: «Statuto dei lavori e protezione della sfera privata del lavoratore», *Democrazia e Diritto*, 2004, fasc. 3, págs. 53-65; TORRICE, A.: «Il diritto alla riservatezza del lavoratore e la disciplina contenuta nel codice sulla protezione dei dati personali», *Rivista Critica di diritto del lavoro (D&L)*, núm. 2-3-Aprile-settembre, 2005, págs. 349-375; POLICELLA, E.O.: «Il controllo dei dipendenti tra Codice privacy e Statuto dei lavoratori», *Il Lavoro Nella Giurisprudenza* núm. 10, 2004; CHIECO, P.: *Privacy e lavoro. La disciplina del trattamento dei dati personali del lavoratore*, BARI, 2000, insistiendo en la importancia, sobre todo, del artículo 8, que señala que «é fatto divieto al datore di lavoro, ai fini dell'assunzione, come nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini, anche a mezzo di terzi, sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore» (*vid.*, págs. 23-45).

Para poder tratar datos idóneos para revelar el estado de salud, incluidos en la categoría de datos sensibles (art. 4), no es necesario consentimiento, simplemente la autorización del Garante ⁴⁶ a la que se refiere el artículo 26.4 d) del Códice. Este artículo señala que habrá que someterse a esta autorización cuando sea necesario para cumplir obligaciones o competencias previstas en la ley, reglamento o en la normativa comunitaria para la gestión del contrato de trabajo, incluido lo relacionado con la higiene y seguridad en el trabajo, así como la asistencia social y respetando las disposiciones del Código de Deontología y buena conducta a la que hace referencia el artículo 111 ⁴⁷ del Códice. La Autorización correspondiente, núm 2/2004, fue dada por Provvedimento de 30 de giugno de 2004, aplicándose también al tratamiento de datos para cumplir obligaciones derivadas de la negociación colectiva [art. 1.3 b)]. Debe complementarse con la Autorizzazione al trattamento dei dati sensibili nei rapporti di lavoro, núm 1/2004, también aprobada por Provvedimento de 30 de giugno de 2004. Y, además, para un correcto tratamiento de datos relacionados con la salud en el trabajo habrá que tener en cuenta la «Linee Guida in materia di trattamento di dati personali di lavoratori per finalità di lavoro alle dipendenze di datori di lavoro privati», aprobada por Deliberazione núm 53 de 23 de noviembre de 2006 ⁴⁸, como punto de referencia básico e integrado para orientar a los empresarios en el tratamiento de datos personales de los trabajadores.

3.2. Ideas generales sobre los supuestos en los que se permite la recogida de datos relacionados con la salud en el ámbito preventivo.

Excedería de los objetivos de este trabajo tratar en profundidad la cuestión de cuándo se pueden obtener datos de salud relativos al trabajador para fines de prevención de riesgos. Si bien sí que es necesario dar una visión general sobre la cuestión en los dos ordenamientos objeto de análisis.

3.2.1. Las posibilidades de recogida de datos en España.

En España, la recogida de datos relacionados con la salud del trabajador para fines preventivos y, en consecuencia, el sometimiento a las pruebas para obtener esos datos, es, en principio, una posibilidad que se deja a lo que determine el trabajador, garantizando la facultad del mismo de decidir sobre su salud como un valor integrante de su intimidad. Esta voluntariedad supone que el trabajador deberá dar su consentimiento con unos requisitos conformados a partir, en mi opinión, de la analogía *iuris* de normas civiles y normas relacionadas con los derechos fundamentales del trabajador –el Código Civil, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil al Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen y la Ley General de Sanidad o la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica–. Este consentimiento debe

⁴⁶ Se excluye el requisito del consentimiento que sí que es necesario para otros datos sensibles (*Id.*, otros apartados del art. 26).

⁴⁷ Los artículos 111 a 116 del Codice recogen disposiciones relacionadas con la protección de datos en la relación laboral.

⁴⁸ <http://www.garanteprivacy.it/> (Doc. Web, núm. 1364099).

ser, así, previo e informado⁴⁹ –con lenguaje claro y comprensible– sin actuación o conducta dolosa o intimidatoria para conseguirlo, reconocible, revocable y no genérico, sino para cada tipo de pruebas⁵⁰.

Ahora bien, existen tres supuestos en los que es obligatorio someterse a la realización de ciertas pruebas y, por tanto, necesariamente al tratamiento de datos derivados de las mismas⁵¹. Por un lado, la evaluación de los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores y la verificación de si el estado de salud de un trabajador puede suponer un peligro para él, otros trabajadores o terceros relacionados con la empresa. Ambos con dos requisitos comunes: el informe preceptivo, aunque no vinculante, de los representantes de los trabajadores que, a estos efectos, deben considerarse como tales, en mi opinión, los unitarios, los sindicales y los de prevención. Si la empresa concreta no tiene esa representación, la Negociación Colectiva podrá determinar cómo debe hacerse este informe y, si no existe regulación, parece que podría darse por los trabajadores de común acuerdo. Por otro lado, deben cumplir con el requisito de la imprescindibilidad de la medida obligatoria. Debe entenderse como lo que en cada momento justifica y habilita el examen de salud teniendo en cuenta las concretas circunstancias que determinan la necesidad de la inmisión en la persona del trabajador. En el primer supuesto, la imprescindibilidad se identifica con la inevitabilidad de la medida para conseguir información que permita integrarse en otras medidas preventivas en aras de una adecuada política de prevención en la empresa. En el segundo supuesto, lo imprescindible se relaciona con la hipótesis acreditada de peligro, de tal forma que si este no existe, no podría imponerse la vigilancia. En este caso, cuando el peligro afecte única y exclusivamente a la salud del trabajador, considero que sería razonable que este pudiera renunciar a la vigilancia, en la medida en que la decisión sobre su salud se relaciona con la autonomía del individuo, como manifestación de su libertad, para elegir entre las distintas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses, convicciones o preferencias⁵².

Por otro lado, la vigilancia de la salud será obligatoria cuando así venga establecido por ley o reglamento –conforme a las prerrogativas que la LPRL concede a esta modalidad de norma jurídica en su art. 6– en relación con riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. Para seleccionar un riesgo, regularlo normativamente y establecer la vigilancia de la salud obligatoria debe valorarse el perjuicio que ese riesgo puede tener en la salud del trabajador de forma tal que no sean

⁴⁹ El consentimiento informado reafirma el principio de libertad individual y la autonomía de la voluntad sobre la base del reconocimiento y respeto a la personalidad y a la vida humana. Tiene sus orígenes en la Jurisprudencia americana con casos como el de *Schloendorff vs. Society of New York Hospitals*, de 1914, en el que aparece por primera vez el término «autodeterminación» sobre la base de que se pudo considerar delito y negligencia no poseer el consentimiento del paciente o ir contra la voluntad del mismo: –Caso *Berkey vs. Anderson*, de 1962 o el caso *Truman vs. Thomas* de 1980–. Esta Jurisprudencia tuvo su proyección en el Código de Nüremberg y en las Declaraciones de Helsinki (*Vid.*, ROLDÁN GARRIDO, B., y PEREA PÉREZ B.: *El consentimiento informado en la práctica médica*, Madrid, SmithKline Beechman, 1996).

⁵⁰ *Vid.*, también sobre los requisitos del consentimiento la STSJ de Cantabria de 11 de junio de 1997, la STSJ del País Vasco –Sala Contencioso-Administrativo–, de 18 de febrero de 1998.

⁵¹ Sobre este particular, se hace un resumen de lo argumentado por la autora en PEDROSA ALQUÉZAR, S.I.: *La Vigilancia de la Salud en el Ámbito Laboral: regulación legal, límites y cuestiones problemáticas*, CES, Madrid, 2005, págs. 101-117.

⁵² Opinión, no obstante, de difícil encaje en la configuración del derecho a la vida en España (íntimamente relacionado con el derecho a la salud, en cuanto que la vulneración de ésta supone un atentado contra la integridad del ser humano y, por tanto, contra su vida) que tiene un contenido positivo y que prohíbe, por tanto, el derecho a la propia muerte (Por todas, *vid.*, STC 120/1990).

suficientes otras medidas para proteger su salud sino que deba practicarse también esta otra ⁵³. Por su parte, las actividades de especial peligrosidad serán aquellas que poseen un alto grado de probabilidad de que los riesgos se hagan efectivos y produzcan un daño para la salud del trabajador, como las reguladas en el Anexo I del Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP), aunque debe tenerse en cuenta que la proporcionalidad inherente a los riesgos que caracteriza a la vigilancia no siempre implicará la necesidad de poner en marcha esa medida preventiva para proteger la salud del trabajador ⁵⁴. Además, como ha puesto de manifiesto la Jurisprudencia, no todos los puestos de trabajo dentro de esa actividad peligrosa precisarán de una vigilancia obligatoria ⁵⁵.

La Negociación Colectiva, conforme al artículo 2 de la LPRL, solo podrá regular aspectos sobre la base de lo dispuesto por esas otras normas jurídicas, incluida la articulación de los supuestos obligatorios que están permitidos para la empresa ⁵⁶. Negociación Colectiva que puede, además, contribuir a un desarrollo más efectivo de la vigilancia de la salud, concretando aspectos de la misma en función de las características de las empresas sobre las que se proyecta esta medida preventiva.

El sometimiento obligatorio o voluntario a las pruebas de vigilancia de la salud se hará, conforme al artículo 22.1 de la LPRL, respetando el principio de proporcionalidad ⁵⁷, es decir, cumpliendo los requisitos de adecuación ⁵⁸, necesidad ⁵⁹ y razonabilidad ⁶⁰ que materializan los Protocolos médicos sobre distintos riesgos que elabora el Ministerio de Sanidad y Consumo y, también, la normativa específica sobre riesgos y la propia adaptación de esos Protocolos a las características particulares de la empresa, al propio puesto de trabajo y a las circunstancias del trabajador.

Este principio de proporcionalidad exige, también en España, una utilización muy estricta de determinadas pruebas como la del SIDA, genéticas o detección de drogas.

⁵³ *Vid.*, entre los reglamentos de riesgos especiales que regulan en España una vigilancia obligatoria el Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, que regula la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo (art. 6).

⁵⁴ Es así que puede considerarse necesario vigilar el estado de salud de los trabajadores en trabajos que produzcan concentraciones elevadas de polvo silíceo, pero no trabajos con riesgo eléctrico de alta tensión en los que pueda bastar una adecuada formación del trabajador. De hecho, algunos reglamentos sobre riesgos que podrían considerarse peligrosos, como el Real Decreto 681/2003, de 12 de junio, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores expuestos a los riesgos derivados de atmósferas explosivas en el lugar de trabajo, no contienen disposiciones específicas en materia de vigilancia de la salud.

⁵⁵ Así, entre otras, STSJ del País Vasco, de 19 de octubre de 1999 o STSJ Andalucía-Sevilla, –Sala Contencioso-Administrativa–, de 8 de septiembre de 2000, en la que se afirma que «los riesgos especiales no se refieren a la actividad, sino al puesto de trabajo».

⁵⁶ *Vid.*, sobre este particular, con una interpretación un poco más amplia, la STS de 28 de diciembre de 2006.

⁵⁷ *Vid.*, sobre el principio de proporcionalidad, entre otras, SSTC 292/2000, 119/2000 ó 27/2004.

⁵⁸ En cuanto a que se utilicen pruebas idóneas para conseguir el fin propuesto (una prueba oftalmológica para un trabajo de oficina y no una de detección de droga en sangre, por ejemplo).

⁵⁹ En cuanto a la esencialidad de esa prueba. Debe elegirse siempre la menos gravosa para el trabajador.

⁶⁰ Constatación de si el sacrificio del derecho fundamental se encuentra en una relación proporcionada con la importancia del interés que se trata de proteger. De alguna manera, puede decirse que sería la consecuencia de los dos requisitos anteriores.

Respecto de las primeras, la literatura especializada se ha encargado de señalar que el virus del SIDA es de escasa virulencia –una vez en el exterior es rápida su extinción y para su contagio debe existir cantidad suficiente de virus– y se transmite por tres vías fundamentales: relaciones sexuales, en cuanto que los fluidos genitales contienen el virus en cantidad suficiente como para transmitirlo; vía sanguínea, contacto de una piel no intacta con sangre contaminada o piel intacta pero que entra en contacto con esa sangre por pinchazos con agujas u otros objetos punzantes, y de la madre al hijo durante el estado de gestación y período de lactancia ⁶¹. No se transmite por apretones de manos, abrazarse o besarse, compartir utensilios o herramientas de trabajo, ni por compartir el mismo servicio ⁶². Esto supone que, en general, puede convivirse con personas seropositivas y en el ámbito laboral tan solo un accidente donde haya personas con heridas sangrantes podría suponer una situación de riesgo si no se afronta con las medidas adecuadas.

Estas afirmaciones implican que el hecho de exigir a los trabajadores el sometimiento a la prueba de VIH-SIDA en trabajos en los que no se deduzca la capacidad de transmisión intrínseca de la enfermedad, así como en aquellos en los que la naturaleza de la actividad laboral no es potencialmente propagadora del virus en el normal ejercicio de la misma ⁶³, es desproporcionado porque no reúne los requisitos de adecuación, necesidad y razonabilidad y atenta directamente contra su intimidad ⁶⁴, que engloba también el derecho a dejar fuera del conocimiento de otro datos de la persona, incluidos los biológicos ⁶⁵. Igualmente, atenta de forma directa contra su dignidad por la connotación negativa de esta enfermedad que puede dar lugar a una reclusión injustificada y, por tanto, humillante, y, a su vez, contra su derecho a la igualdad en las condiciones de acceso al empleo y en el desarrollo del mismo, pues las personas portadoras de VIH pueden ser estigmatizadas y dificultar su acceso a un puesto de trabajo o, una vez en él, ser despedidas, no por riesgo de contagio a terceros, sino por prejuicios. Además, la prueba de detección de VIH ni siquiera puede considerarse prueba de aptitud porque los trabajadores contagiados pueden realizar su trabajo con normalidad hasta estadios avanzados de la enfermedad.

Respecto de las pruebas de detección de drogas y sobre la base del artículo 22 de la LPRL, puede afirmarse que, en el caso de España, deben seguirse los mismos criterios que los estableci-

⁶¹ Vid., entre otros, VV.AA.: *VIH-SIDA: Prevención en el mundo del trabajo. Guía Sindical*, Barcelona, ACTUA, CTJ-CONC, USCOB, 2000, págs. 3-25. OIT: *Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo*, Ginebra, OIT, 2001, pág. 23. (<http://www.ilo.org>).

⁶² VVAA.: *VIH-SIDA: Prevención en el mundo del trabajo...*, op. cit., págs. 17 y 22.

⁶³ En este sentido, la OIT ha señalado qué tipo de actividades son las que tienen riesgo de transmisión: el personal de hospitales, atención de salud y paramédico; los dentistas y sus auxiliares; la policía; los bomberos; los que se dedican a operaciones de rescate; los guardias de prisión; los funcionarios de instituciones penitenciarias; los encargados de custodiar los campos de juego; los trabajadores de las instituciones psiquiátricas; los operarios de laboratorios y los empleados de funerarias (OIT: *Su salud y su seguridad en el trabajo*. Proyecto INT/97/MO/ITA, 1999, en CD-ROM) y ha afirmado que aun en estas actividades puede evitarse el riesgo de contagio si se adaptan las medidas universales de precaución en lo que atañe a la sangre y líquidos corporales (OIT: *Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo*. op. cit., pág. 27).

⁶⁴ A mayor abundamiento, las pruebas de detección de VIH en el lugar de trabajo «no representan tampoco un método apropiado de lucha contra el SIDA» (Conclusiones del Consejo y de los Ministros de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, el 15 de diciembre de 1988 relativas al SIDA y el lugar de trabajo (89/C 28/02) DO, n.º C 28, de 3 de febrero de 1989, págs. 1 a 3).

⁶⁵ STC 20/1992, de 14 de febrero.

dos por la Comisión Europea y, por tanto, su realización solo será proporcionada al riesgo y, en consecuencia, lícita, si se practican en trabajos que por sus especiales características, el consumo pueda repercutir, objetivamente, en la salud de otros trabajadores o terceras personas relacionadas con la empresa, como podría ser un conductor de autobús o un piloto, «cuando la ingestión de drogas por el trabajador incida de forma directa en la prestación laboral»⁶⁶ de tal forma que pueda ponerse en peligro otros intereses constitucionalmente protegidos, que van a prevalecer en este caso sobre la libertad del individuo para consumir o no drogas⁶⁷.

Por otra parte, en el marco de una política preventiva pueden adoptarse acciones orientadas a lograr cambios de actitud de los trabajadores entre los que pueden establecerse programas de prevención de toxicomanías en la empresa que permitan utilizar mecanismos como la formación, información y apoyo sin discriminación para trabajadores que se encuentren en situación de dependencia de esas toxicomanías, pero la inclusión de pruebas de detección tiene que estar justificada en un riesgo objetivo de daño a terceros pues, en otro caso, la intimidación prevalece sobre la necesidad de realizar esas pruebas⁶⁸. De hecho, las leyes de las Comunidades Autónomas sobre prevención, asistencia y reinserción social en materia de drogodependencias insisten en la necesidad de servicios de apoyo más que en la detección del consumo en sí⁶⁹.

Respecto de las pruebas genéticas, siguiendo las orientaciones europeas analizadas *supra*, solo se aceptan las *genetic monitoring*, justificadas, además, en el artículo 25.2 de la LPRL.

⁶⁶ ROMERO RÓDENAS, M.J.: *Sida y Toxicomanías: un análisis jurídico laboral y de seguridad social*. Madrid, IBIDEM, 1995, pág. 164. Necesidad de incidencia directa sobre la que también se ha manifestado la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (*Vid.* STC 196/2004, de 15 de noviembre. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional reconoce la vulneración del derecho a la intimidad personal de la recurrente porque su despido por falta de aptitud estaba fundamentado en un reconocimiento médico de empresa donde se detectó el consumo de cannabis y este tipo de pruebas, en relación con la categoría que ella desempeñaba, que era la de auxiliar administrativo con funciones específicas de facturación de billetes y equipaje, no estaba justificada, era una prueba desproporcionada en relación con los riesgos que generaba ese concreto puesto de trabajo).

⁶⁷ Pues, ningún derecho, ni aun los de naturaleza o carácter constitucional, pueden considerarse ilimitados (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ. 7.º; STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 5.º). Como ha puesto de manifiesto el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, los derechos fundamentales pueden ser sometidos a restricciones, siempre y cuando estas respondan efectivamente a objetivos de interés general y no constituyan, en lo que respecta al fin perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos garantizados (STJCEE de 8 de abril de 1992, Comisión/Alemania, C-62/90, Rec. pág. I-2575, aptdo. 23).

⁶⁸ *Vid.* Principios Rectores para pruebas destinadas a detectar el consumo de alcohol y de drogas en el lugar de trabajo adoptados por la Reunión interregional tripartita de expertos celebrada del 10 al 14 de mayo de 1993 en Oslo, Noruega, en OIT: *Tratamiento de cuestiones relacionadas con el alcohol y las drogas en el lugar de trabajo*, Ginebra, OIT, 1996, pág. 55.

⁶⁹ Así, la Ley 3/2001, de 4 de abril, de prevención, asistencia y reinserción social en materia de drogodependencias de Aragón (BOA de 11 de abril) promueve la adopción de medios necesarios para evitar cualquier discriminación en el empleo por este problema; la necesidad de incluirlo en la evaluación de riesgos; acuerdos entre organizaciones empresariales y sindicales tendentes a la reserva del puesto de trabajo de las personas drogodependientes durante su proceso de rehabilitación y al desestimiento del ejercicio de las potestades disciplinarias que reconoce la legislación laboral en casos de problemas derivados del abuso de drogas; y, a su vez, el desarrollo de programas de prevención (art. 25).

3.2.2. El caso italiano.

En Italia, sin embargo, el Decreto Legislativo, núm. 626, de 19 de septiembre de 1994 –que supone la transposición en este país de la Directiva Marco y otras Directivas desarrollo de la misma⁷⁰ con lo que, a diferencia de España, la normativa de prevención de riesgos está casi toda integrada en un solo texto–, no admite la vigilancia de la salud de carácter voluntario.

Es obligatoria en los casos de trabajos con, en la terminología española, «riesgos específicos». Así, conforme al Decreto Legislativo citado *supra*, es obligatoria en trabajos con riesgos relacionados con agentes cancerígenos y mutagénicos (art. 69), con agentes químicos (72 decies) o con agentes biológicos (art. 86), pero también lo es en otros casos recogidos en normativa distinta al Decreto Legislativo 626/1994⁷¹ y en todos los casos en los que, en función del riesgo, el médico competente considere que es un medio eficaz para tutelar la salud de los trabajadores (art. 16.3)⁷². Todo ello aplicado tanto para los reconocimientos médicos anteriores al trabajo que se utilizan para constatar la ausencia de contraindicación para la función específica, que constituyeron motivo de reflexión doctrinal⁷³ y de pronunciamientos judiciales⁷⁴, como para los reconocimientos periódicos con la finalidad de controlar el estado de salud del trabajador en aras de dictaminar o confirmar un juicio de idoneidad o de aptitud para la función específica. Por tanto, a la obligación del empresario de poner en marcha la vigilancia de la salud en los casos legislativamente previstos o que lo serán, se une el poder de utilizarla donde la evaluación de los riesgos haya evidenciado un riesgo relevante para la salud de los trabajadores, aunque no esté expresamente contemplado por el legislador⁷⁵.

Llama la atención, en el ordenamiento italiano, la importancia que tiene y la libertad de que dispone el médico competente para realizar la vigilancia de la salud. En España la vigilancia se lleva a cabo por especialistas en Medicina del Trabajo y Enfermería de Empresa que se integran en los Servi-

⁷⁰ Decreto Legislativo 19 settembre 1994, núm. 626: Attuazione delle direttive 89/655/CEE, 89/655/CEE, 90/269/CEE, 90/270/CEE, 90/394/CEE, 90/679/CEE, 93/88/CEE, 95/63/CE, 97/42/CE, 99/38/CE, 99/92/CEE e 2001/45/CE, riguardanti il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro.

⁷¹ Como señala SOPRANI, el Decreto Legislativo 626/1994 no cierra la posibilidad de que la vigilancia de la salud se extienda o se considere obligatoria a través de otras normas (SOPRANI, L: *Sicurezza e prevenzione nei luoghi di lavoro*, Milano, 2001, pág. 23).

⁷² Efectivamente, el artículo 16 de la referenciada normativa de prevención italiana establece que: «1. La sorveglianza sanitaria è effettuata nei casi previsti dalla normativa vigente. 2. La sorveglianza di cui al comma 1 è effettuata dal medico competente e comprende: a) accertamenti preventivi intensi a constatare l'assenza di controindicazioni al lavoro cui i lavoratori sono destinati, ai fini della valutazione della loro idoneità alla mansione specifica; b) accertamenti periodici per controllare lo stato di salute dei lavoratori ed esprimere il giudizio di idoneità alla mansione specifica. 3. Gli accertamenti di cui al comma 2 comprendono esami clinici e biologici e indagini diagnostiche mirati al rischio ritenuti necessari dal medico competente.»

Vid., además, DEL NEVO, «Quando è necessario nominare il medico competente: gli obblighi reali in tema di sorveglianza sanitaria», *ISL*, 2001, pág. 301. *Vid.*, LAI, «La sicurezza del lavoro nelle nuove tipologie contrattuali», *DPL*, 2003, pág. 165.

⁷³ Entre otros, LAZZARI, C.: «Visite preasuntive e privacy», *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, núm.85, 2000, pág. 123-154.

⁷⁴ Cass., 12 dicembre 2005, núm. 26.238.

⁷⁵ DEL NEVO, «Quando è necessario nominare il medico competente: gli obblighi reali in tema di sorveglianza sanitaria», *op. cit.*, pág. 302.

cios de Prevención, como órganos encargados de gestionar y hacer efectiva la prevención en la empresa, que deben someterse a todos los límites jurídicos establecidos en el artículo 22 de la LPRL ⁷⁶, límites que no están tan claros para el médico competente del ordenamiento jurídico italiano que, en la elección de las pruebas médicas en función del riesgo, dispone de plena libertad, facultad que puede acarrear abusos de poder en perjuicio del trabajador.

En Italia, la figura del médico competente, que también debe estar especializado en Medicina del Trabajo o en otras relacionadas con esta ⁷⁷, es una figura independiente del Servicio de Prevención, aunque con deber de colaborar con ese Servicio en distintos aspectos de la prevención [art. 17.1 h)], que puede ejercer la actividad de vigilancia como profesional liberal, como trabajador del empresario o como trabajador de una estructura externa pública o privada concertada por el empresario (art. 17.5) y que, además de las funciones en relación con la vigilancia, le competen también otras funciones que lo introducen, a diferencia del caso español, activamente en la política preventiva ⁷⁸, como la de colaborar con la formación e información en materia preventiva, proponer medidas preventivas que el empresario debe adoptar bajo riesgo de sanción penal (art. 89) o asumir responsabilidades no solo por incumplimiento de sus deberes preventivos, sino también por incumplimiento de obligaciones relacionadas con la protección de datos de la salud del trabajador (art. 98) ⁷⁹. Si en el ordenamiento jurídico español la responsabilidad por incumplimientos va a recaer, fundamentalmente, en la empresa ⁸⁰, Italia parece «distribuir» las responsabilidades preventivas entre varios sujetos «onerati dal dovere di sicurezza» ⁸¹.

Al igual que en España, en Italia también hay limitaciones para realizar pruebas del SIDA, genéticas o de detección de drogas.

⁷⁶ El artículo 22 de la LPRL española habla de proporcionalidad, imprescindibilidad en los casos obligatorios, respeto al derecho a la intimidad y a la dignidad, no discriminación, etc., límites que no recoge la normativa italiana que se limita a resaltar que los exámenes de salud deben realizarse de acuerdo a los riesgos específicos del concreto puesto de trabajo para determinar la idoneidad en relación con la concreta actividad.

⁷⁷ Conforme al actual artículo 2 de la Ley de Prevención Italiana referenciada, por médico competente debe entenderse médico en posesión de uno de los siguientes títulos:

1. Specializzazione in medicina del lavoro o in medicina preventiva dei lavoratori o psicotécnica o in tossicologia industriale o in igiene industriale o in fisiología ed higiene del lavoro o in clinica del lavoro o in...
2. Docenza o libera docenza in medicina del lavoro o in medicina preventiva dei lavoratori e psicotécnica o in tossicologia industriale o igiene industriale o in fisiología ed higiene del lavoro.
3. Autorizzazione di cui all' art. 55 del decreto legislativo 15 agosto, 1991, núm. 277.

⁷⁸ La doctrina italiana resalta la importancia del médico competente en el sistema preventivo empresarial y sus peculiaridades en comparación con los integrantes de los Servicios de Prevención (BORTONE, L.: «La sorveglianza sanitaria», in MONTUSCHI (coord.): *Ambiente, salute e sicurezza: per una gestione integrata dei rischi di lavoro*, Torino, 1997, págs. 149-156; STOLFA, F.: *Diritto della sicurezza nel lavoro: Apunti per una ricostruzione critica e sistematica*, Bari, 2001, págs. 64-71)

⁷⁹ Sobre las obligaciones del médico competente en materia de protección de datos. *Vid.*, CHIECO, P.: *Privacy e Lavoro, op. cit.*, págs. 177-187.

⁸⁰ Por todos, GARCÍA MURCIA, J.: *Responsabilidades y sanciones en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 2003.

⁸¹ Sobre responsabilidades del médico competente, *vid.*, TULLINI: «La responsabilità civile del médico competente verso la azienda», *RIDL*, 2002, I, pág. 220 y ss. Señala este autor que, en los casos de error en la práctica de la vigilancia del que derive un daño para el trabajador, su culpa es valorada con mayor rigor que la de un médico general (Ibidem, pág. 226).

En relación con la prueba del SIDA, Italia tiene legislación específica. En 1990, y con la finalidad de evitar discriminaciones para los individuos seropositivos, elaboró una Ley de intervención urgente para la prevención y la lucha contra el SIDA, la Legge 5 giugno 1990, núm. 135. En el artículo 5.3 de esta norma se establece que ningún individuo puede ser sometido, sin su consentimiento, a la prueba del SIDA, salvo por motivos de necesidad clínica. De ello se derivaba la prohibición absoluta en el ambiente de trabajo de la realización de esta prueba, con lo que se ignoraba la protección de trabajadores que, de forma habitual, podían exponerse a riesgo de contagio⁸². Prohibición que rompió la Corte Constitucional Italiana al declarar inconstitucional este artículo 5.3 por no prever reconocimientos médicos obligatorios en relación con la infección del VIH como condición para el desarrollo de actividades que comporten riesgo para la salud de terceros⁸³.

Respecto de las pruebas genéticas, con base en el artículo 90 del Códice y las prescripciones de la opinión que el Grupo Europeo sobre Ética en relación con la Ciencia y las Nuevas Tecnologías publicó el 28 de julio de 2003 sobre el tema «Aspectos éticos de los tests genéticos sobre el mundo del trabajo», ya citado, la doctrina italiana⁸⁴ llega a las mismas conclusiones que la española y prohíbe los *genetic screening*. Solo se autorizan si así lo dispone una ley y para trabajos muy concretos en los que, si la probabilidad de desarrollar una determinada enfermedad se materializa, podría ponerse en peligro, no solo la salud de la propia persona, sino la salud e incluso la vida de otros trabajadores o de terceros relacionados con la empresa.

Y en cuanto a las pruebas de detección de drogas, el artículo 15 de la Ley de 30 de marzo de 2001, núm. 125, autoriza su realización cuando así lo determine el médico competente.

Una vez señalados los supuestos en los que es lícito recoger datos relacionados con la salud de los trabajadores, se pasa a analizar cómo se protegen esos datos en el momento de su tratamiento.

3.3. La protección específica en el tratamiento de los datos sobre salud.

3.3.1. La protección en España.

En España, los órganos encargados de la vigilancia de la salud deben tener en cuenta el principio de confidencialidad en relación con los datos derivados de su práctica, como manifestación

⁸² Como señaló FALERI, C.: «Si tratta di un sistema di protezione che è da ritenere eccessivamente garantista, instaurato da un legislatore troppo preoccupato ad evitare fenomeni di emarginazione e discriminazione nei confronti del soggetto malato, e poco attento alla posizione di chi, ignaro, si espone quotidianamente al rischio di contagio», (En «Poteri di Controllo del Datore ed Accertamenti Sanitari sul Prestatore di Lavoro», *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, núm. 24, 2000, pág. 43).

⁸³ En sentencia 2-6-1994, núm. 218. Para conocer un análisis de esta sentencia y de sus consecuencias, *vid.*, CARUSO, B.: «Le nuove frontiere del diritto del lavoro: AIDS e rapporto di lavoro» en *RIDL*, I, 1998, págs. 105 y ss.; BELLAVISTA, A.: *Il controllo sui lavoratori*, Torino, 1995, págs. 197 y ss. y AIMO, M.: «Aids e lavoro alla luce della recente giurisprudenza italiana e comunitaria», *Lavoro e Diritto*, 1996, núm. 2, págs. 350 y ss.

⁸⁴ Por todos, BORGHI, P. y MIELI, G.: *Guida alla privacy... op. cit.*, págs. 181-183.

del derecho a la intimidad y especialmente importante para que cualquier sistema de tratamiento de datos en relación con esa vigilancia no vulnere los derechos fundamentales del trabajador.

Para los resultados, entendidos como los documentos que contienen los datos personales referidos a la salud del trabajador derivados de la práctica de las diferentes pruebas a las que ha sido sometido para detectar el efecto que los riesgos de su puesto de trabajo provocan en su salud, la confidencialidad es máxima y solo pueden tener acceso a ellos el concreto personal médico o psicosocial o autoridades sanitarias que la hayan llevado a cabo, salvo que el trabajador dé su consentimiento para que sean entregados a otras personas o que exista un interés legítimo que haya que preservar, como el daño para terceros si no se comunican, o para supuestos de requerimientos por parte de las Autoridades Laborales⁸⁵ o Sanitarias⁸⁶. Respecto de las conclusiones, como documentos extraídos de los resultados única y exclusivamente en relación con la aptitud del trabajador en relación con el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de mejorar o introducir medidas de prevención o protección, la confidencialidad es mínima puesto que pueden tener acceso a las mismas el empresario y otros sujetos relacionados con la vigilancia si así lo disponen las normas preventivas, como los delegados de prevención o el comité de seguridad y salud, o si a juicio de los concretos sujetos que la realizan es necesario para el correcto desempeño de sus funciones, como los auxiliares de clínica. Considero que esa decisión sobre la aptitud que contienen las conclusiones no debe darse en términos generales. Debe proyectarse sobre una determinada tarea y tener en cuenta que puede ser temporal⁸⁷.

Pero el principio de confidencialidad no solo debe regir en la fase de entrega de resultados o conclusiones para adoptar las medidas preventivas adecuadas sino, también, en la fase de elaboración, archivación y puesta a disposición de todos estos datos para su custodia y tutela. En este sentido, debe diferenciarse claramente quién se hace cargo de todas esas fases, a efectos, no solo de garantía de los derechos de los trabajadores relacionados con el particular sino, también, a efectos de imputar responsabilidades.

De la fase de elaboración de los datos se van a hacer cargo, en todo caso, sean resultados o conclusiones, los Servicios de Prevención. En la de archivación y custodia se harán cargo, por un lado, estos Servicios de Prevención respecto a los resultados –frente a los que el empresario tiene, salvo excepciones, prohibido el acceso– y, respecto a las conclusiones, una vez ya entregadas al empresario, y aunque consten en los ficheros de los Servicios de Prevención como consecuencia de los resultados, la empresa. Así, podrían identificarse dos bases de datos: una de resultados a cargo de los Servicios de Prevención, aunque con alguna responsabilidad de la empresa, y otra más de conclusiones a cargo directo de la empresa.

⁸⁵ *Vid.*, artículo 23.1 d) de la LPRL.

⁸⁶ Entendiendo por Autoridades sanitarias, a estos efectos, las que tengan competencia en materia de prevención de riesgos laborales y, en determinados supuestos, las competentes en materia de salud pública cuando se trate de enfermedades de declaración obligatoria o cuando la información derivada de la vigilancia de la salud tenga trascendencia en el ámbito de sus competencias. Este acceso es necesario para el correcto funcionamiento del Sistema de Información en Salud Laboral y para obtener datos de vigilancia epidemiológica y, por tanto, limitado a los datos imprescindibles para que dichas Autoridades puedan ejercer correctamente sus responsabilidades (*Vid.*, sobre este particular, BLASCO PELLICER, A.: «El deber empresarial de vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad del trabajador», VV.AA. BORRAJO DACRUZ, E. [Dir].: *Trabajo y libertades públicas*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1999, pág. 275).

⁸⁷ *Vid.* *Principios Directivos Técnicos y Éticos relativos a la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores*, OIT, Ginebra, 1998.

A todas estas bases de datos se aplicará, como se ha afirmado *supra*, la legislación de protección de datos y, además, se crearán sin necesidad de que el trabajador dé su consentimiento, al ser un supuesto de datos sensibles permitido por las propias normas preventivas (art. 7 de la LOPD en relación con los arts. 22 y 23 de la LPRL y 12.4 del TRLISOS). No obstante, pueden plantearse dudas en relación a si este consentimiento sería exigible para los casos de cesión de datos entre empresas de un mismo grupo o en supuestos en los que una empresa cambia de Servicio de Prevención. En mi opinión, sobre la base del artículo 11.2 c) de la LOPD y el Informe 381/2003 de la Agencia Española de Protección de Datos, si esta cesión es necesaria para la correcta aplicación de la medida preventiva no requerirá consentimiento. No obstante, esta posibilidad de prescindir de consentimiento no debe excluir, conforme al artículo 5 de la LOPD, la información detallada al trabajador afectado por el tratamiento sobre la existencia del fichero o la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación, entre otros extremos.

Para evitar posibles filtraciones de datos, los ficheros que los contienen deben contener medidas de seguridad catalogadas de nivel alto por la normativa de protección de datos en aras de la protección de la intimidad, el honor y el pleno ejercicio de los derechos personales –en este caso, de los trabajadores– frente a su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado. Su regulación se encuentra en el artículo 9 de la LOPD y en el RMSFA. Este reglamento las define como aquellas de índole técnica y organizativas necesarias para garantizar la seguridad que deben reunir los ficheros automatizados, los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas, programas y las personas que intervengan en el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Entre estas medidas pueden citarse: los sistemas de autenticación e identificación, gestión de soportes informáticos, procedimiento de notificación, gestión y respuesta ante las incidencias, etc.

Además, las bases de datos relacionadas con la vigilancia de la salud deben cumplir con los principios de finalidad, respecto del cual la utilización de datos para otros fines compatibles debe interpretarse de forma extremadamente restrictiva por las implicaciones de la vigilancia con los derechos fundamentales⁸⁸; pertinencia, en cuanto a la adecuación de los datos al fin pretendido; veracidad, en cuanto a la exactitud de los datos, de especial interés para un diagnóstico adecuado sobre la aptitud del trabajador; y licitud, en cuanto prohibición de toma de datos por medios fraudulentos, como espiar los hábitos de vida de un trabajador que pueden influir en su salud.

Por otro lado, el empresario debe tener en cuenta que esos ficheros de vigilancia de la salud generan unos derechos para el trabajador que deben ser respetados. Así, el de acceso a los datos, articulado a través de la comunicación de resultados y conclusiones pero, también, a través de la posibilidad de pedir información sobre los datos que han podido ser cedidos o solicitar copia de datos específicos de los resultados, por ejemplo; el derecho de rectificación y cancelación, inherentes al principio de veracidad; y el derecho de conservación limitada, en cuanto que los datos derivados de la práctica de la vigilancia de la salud solo podrán estar en los ficheros durante el tiempo estrictamente necesario para el cumplimiento de sus fines; es así que si tras un nuevo examen de salud care-

⁸⁸ *Vid.*, sobre este particular, la STC 202/1999 donde se establece que vulnera la intimidad la utilización de un fichero de datos no para preservar la salud del trabajador, como fue la finalidad en su origen, sino para controlar el absentismo laboral.

cen de utilidad los datos del anterior, deberán ser cancelados⁸⁹. Principios y derechos que suponen, en definitiva, una garantía de respeto a los derechos de los trabajadores y que demuestran que un fichero no es algo arbitrario o una simple recogida de datos, sino un almacén al que hay que dotar de todas las garantías precisas para realizar una vigilancia de calidad.

3.3.2. *La protección en Italia.*

En Italia las posibilidades de recogida de datos relacionados con la salud de los trabajadores es mucho más amplia que en España, pero no por ello el tratamiento de estos se somete a mínimas medidas de seguridad. Estas son estrictas y, como se verá *infra*, más detalladas y más acordes a la evolución de las nuevas tecnologías que en España. Ello puede ser debido a los cinco años de diferencia que separan a la normativa española del actual *Codice in materia di Protezione dei Dati Personali italiano*.

El artículo 31 del Codice señala que las medidas de seguridad deben adecuarse al progreso técnico, a la naturaleza de los datos y a las específicas características del tratamiento con el objetivo de evitar el riesgo de destrucción, pérdida, acceso no permitido o finalidad distinta. El artículo 34 establece como medidas mínimas a adoptar, entre otras, las siguientes: autenticación informática, puesta al día del documento de seguridad, adopción de procedimientos para la custodia de copias de seguridad y para el restablecimiento de la disponibilidad de los sistemas y de los datos, etc. Unas medidas cuyo contenido se concreta, de forma exhaustiva, en el Anexo II del Codice, cosa que no sucede en el ordenamiento jurídico español, que se limita a señalarlas pero no a concretarlas⁹⁰. Además, debe advertirse que, conforme a las Líneas Guía en materia de tratamiento de datos personales señaladas, los datos sanitarios deben quedar separados de cualquier otro dato relacionado con el trabajo.

La interpretación conjunta de los apartados 3.3, 6.1 y 8.1. de estas Líneas Guía no dejan del todo claro si el médico competente es el titular o el responsable –en términos italianos–⁹¹ de las

⁸⁹ *Vid.*, artículos 13 a 19 de la LOPD.

⁹⁰ Así, en el control de acceso y en los casos de identificación y autenticación, recogidos en los artículos 11 y 12 del RMSFA, se señala que cuando el mecanismo de autenticación se base en la existencia de contraseñas, existirá un procedimiento de asignación, distribución y almacenamiento que garantice su confidencialidad e integridad. Previsión que en el Anexo II del Codice italiano se concreta en cómo debe ser la contraseña, qué sucede en caso de ausencia prolongada del titular de los datos, etc.

⁹¹ El artículo 4 del Codice define titular como «la persona física, la persona jurídica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo cui competono, anche unitamente ad altro titolare, le decisioni in ordine alle finalità, alle modalità del trattamento di dati personali e agli strumenti utilizzati, ivi compreso il profilo della sicurezza». Por otro lado, establece que por responsable debe entenderse «la persona física, la persona jurídica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo preposti dal titolare al trattamento di dati personali». Y por encargado «le persone fisiche autorizzate a compiere operazioni di trattamento dal titolare o dal responsabile». Aunque el resultado es muy similar, el artículo 3 de la LOPD no recoge la figura del titular, sino solo la del responsable y la del encargado. Tal y como está regulado en Italia, parece que el encargado sea el concreto especialista en el tratamiento y el responsable es una delegación del titular, delegación que obvia la legislación española y hace responsable a lo que en Italia se llama titular. Los apartados 3.3 y 6.1 se complementan y la interpretación podría ser entender que en relación con la salud de carácter preventivo, el titular es el médico competente. Si bien, la duda surge en la literalidad del artículo 8.1, que considera titular al empresario a efectos de adoptar medidas de seguridad.

bases de datos relacionados con la salud preventiva. Si bien, el hecho de que deba adoptar las medidas que sean necesarias para custodiarlos dentro de la empresa [art. 17, c.1 lett. d) del Decreto Legislativo núm. 626/1994] preservando la confidencialidad de los mismos y siendo responsable en caso de incumplimiento⁹², salvo que deba comunicar los datos para finalidad, comprobación o represión de delitos o por exigencia de tutela a terceros⁹³, hace que así haya venido considerándolo la Doctrina Jurídica⁹⁴.

La comunicación de los datos se hará, al igual que en España, en función de si son resultados o conclusiones⁹⁵. De los apartados 1 c) y 1 f) del artículo 17 del Decreto Legislativo 626/1994 se deduce que solo podrá comunicar al empresario la idoneidad del trabajador para un concreto puesto de trabajo sin mencionar los concretos datos médicos que llevan a considerarlo apto o no apto. Además, esta comunicación de conclusiones sobre aptitud se hará de forma anónima a los delegados de prevención (representanti per la sicurezza) en las reuniones periódicas de prevención y protección de riesgos a las que obliga, al menos una vez al año para empresas de más de 15 trabajadores, el artículo 11 del Decreto Legislativo 626/1994. Los trabajadores, obviamente, tendrán derecho a conocer los resultados de sus exámenes de salud, resultados que, como se ha señalado *supra*, solo podrán revelarse a otros en casos excepcionales.

Esta comunicación, de acuerdo con el artículo 84 del Codice y el apartado 3.º del Provvedimento de 30 de giugno de 2004, que aprueba la Autorizzazione núm 2/2004, deberá realizarse en sobre cerrado –el ordenamiento jurídico español nada dice al respecto– o con otro medio idóneo que evite el conocimiento de los datos por sujetos no autorizados.

Este Provvedimento, autoriza expresamente el tratamiento de datos para la finalidad de prevención de enfermedades y accidentes en el ámbito laboral (apartado 1), como ya se ha referenciado, y señala que los datos deben conservarse por un período no superior a lo necesario para cumplir con las funciones específicas y que, por ello, deben revisarse los bancos de datos de forma periódica.

4. CONCLUSIONES

Como conclusiones se recogen un elenco de propuestas para la mejora de la protección de datos relacionados con la salud de los trabajadores extraídos del estudio conjunto y comparado de la normativa europea y de lo establecido en los ordenamientos español e italiano que, como se ha señalado *supra*, quiere conformar un Protocolo básico sobre la «Utilización de la Información Médica de

⁹² Recuérdese artículo 98 del Decreto Legislativo 626/1994. *Vid.*, sobre esta afirmación, el apartado 3.3 de las Líneas Guía.

⁹³ Cfr. FANTINI, L. Y GIULIANI, A.: «Salute e Sicurezza», en *Il Diritto di Lavoro*, Milano, 2006.

⁹⁴ Por todos, CHIECO, P.: *Privacy e Lavoro*, op.cit., pág. 177.

⁹⁵ *Vid.*, sobre este particular, la obra: VIOLANTE, F.S.; MONTUSCHI, L.: *Le basi giuridiche della sorveglianza sanitaria*, Parma, 2006.

carácter preventivo en el trabajo» y que puede ser de utilidad a los interlocutores sociales en la negociación de las cláusulas de los convenios colectivos relacionadas con la protección de datos ⁹⁶:

- La interacción entre la legislación de protección de datos y la de prevención de riesgos laborales es necesaria y valiosa y debe contribuir al desarrollo de soluciones que protejan adecuadamente los intereses de los trabajadores.
- Los datos relacionados con la salud de los trabajadores deben ser recogidos con fines concretos, claros y legítimos, y no ser tratados posteriormente de manera incompatible con los mismos.
- Los datos deberán ser adecuados, necesarios y razonables en relación con esos fines para los que se recaben. Es decir, deben ser proporcionales a la finalidad a la que van destinados.
- La información ocupa un lugar fundamental en el ámbito de la protección de datos. Los trabajadores deben saber qué datos recoge el empresario sobre ellos (directamente o de otras fuentes) y cuáles son los fines de las operaciones de tratamiento previstas o realizadas con estos datos en la actualidad o en el futuro.
- Para garantizar la finalidad y la información adecuadas, además del posible control ejercido por las Autoridades de Protección de Datos, la Negociación Colectiva debería preocuparse por crear órganos específicos en las empresas o sectores de aplicación de los convenios que ejercieran, también, funciones de control.
- En este sentido, debe resaltarse que la Negociación Colectiva ocupa un papel importante en la acotación de derechos y deberes derivados de esa interacción «prevención-protección de datos» y, siempre desde el respeto a esas legislaciones, podría articular, entre otras cuestiones, un elenco de concretas infracciones y sanciones por sectores de actividad o empresas o, al menos, recordar las ya recogidas en los ámbitos citados. Además, debería fomentar la creación o plasmar en los distintos convenios Códigos de Deontología y de Buena Conducta para el tratamiento de datos en la relación de trabajo.
- Las bases de datos deben recoger datos exactos y, en este sentido, deben actualizarse cuando sea necesario. El empresario deberá adoptar medidas para garantizar que los datos inexactos o incompletos, con respecto a los fines para los que fueron recogidos, sean suprimidos o rectificadas.
- En la comprobación de esa exactitud ocupa un lugar fundamental garantizar el derecho de acceso de la persona a quien los datos conciernen y las consecuencias del mismo, como el derecho de rectificación.

⁹⁶ En algunas de estas conclusiones se ha tomado en consideración un resumen de los principios fundamentales de la protección de datos en el mundo del trabajo, que se incluye en el «Dictamen del Grupo de Trabajo del artículo 29 sobre el tratamiento de datos personales en el contexto laboral», citado *supra*.

- Deben ponerse límites a la recogida de ciertos datos sobre salud como los relacionados con la seropositividad o no del trabajador, el consumo de drogas o sus datos genéticos. Estos límites deben valorar el posible perjuicio a la salud de terceros relacionados con el trabajador.
- El empresario deberá implantar medidas adecuadas en el lugar de trabajo para garantizar la seguridad de los datos personales relacionados con la salud de sus trabajadores. Deberá preverse una protección especial en lo que respecta al acceso o difusión no autorizados. En este sentido, los convenios colectivos deberían concretar explícitamente qué medidas se van a adoptar y las características que deben reunir.
- Las personas que gestionen y se encarguen de las bases de datos personales de los trabajadores deberán tener conocimientos sobre protección de datos y recibir una formación adecuada. Si el personal encargado del tratamiento no recibe una formación adecuada, no podrá garantizarse el respeto de la vida privada de los trabajadores en el lugar de trabajo.