

EL TRATAMIENTO DE DATOS DE SALUD EN EL AMBITO LABORAL

Alejandro Borché.

Caracterización.

1-En la presente ponencia aludiremos a los datos de la salud de la persona que son sometidos a tratamiento a causa o en ocasión del contrato o relación laboral o una prestación de seguridad social.-

Régimen de tratamiento de los datos personales de los trabajadores

2-“Los datos que los empleadores recaban acerca de los trabajadores y de los candidatos a un puesto de trabajo atienden varios propósitos: acatar la legislación; respaldar la selección de candidatos, la formación y promoción del personal; salvaguardar la seguridad personal y laboral, el control de calidad, el servicio que se presta a la clientela y la protección de los bienes”, dentro de estos datos un número importante son datos de salud.

3-El concepto de datos de salud es un problema en sí mismo, no obstante a los efectos del presente trabajo tomaremos el concepto incluido en el Reglamento de desarrollo de la LOPD 15/1999 que define “datos relacionados con la salud “como “las informaciones concernientes a la salud presente pasada o futura, física o mental, de un individuo. En particular se consideran datos relacionados con la salud de las personas los referidos a su porcentaje de incapacidad y a su información genética”.

En distintas manifestaciones la AGPD se ha pronunciado específicamente sobre algunos tipos de datos, si pueden considerarse datos de salud, en su inf. 182/2004 se manifestó sobre si los datos sobre drogodependencia pueden considerarse datos de salud, se manifestó también sobre los datos de tabaquismo, los datos psicológicos, y respecto de datos genéticos.

4- En el caso de los datos laborales hay que considerar para su análisis, además de su característica de datos personales, el que se traten en el ámbito de una relación de trabajo.

Como bien lo señala el Repertorio de Recomendaciones prácticas de la Organización Internacional del Trabajo sobre “Protección de Datos Personales de los trabajadores” (fs.9), “... la eficacia de un conjunto de normas o de principios depende en gran medida de que se consiga solventar los problemas típicos de una labor dada de tratamiento de datos”. - Por tanto,

deben considerarse además los principios y normas que rigen las relaciones laborales.-

5-El mismo documento de OIT analiza específicamente como aplica cada uno de los principios de protección de datos en el ámbito laboral, también realiza un desarrollo en el mismo sentido el Grupo del Art. 29 en su documento.- Por tanto deben re dimensionarse los principios clásicos de protección de datos, a saber:

- a) legalidad;
- b) veracidad;
- c) finalidad;
- d) previo consentimiento informado
- e) seguridad;
- f) reserva; y
- g) responsabilidad;

a la luz del ámbito particular en que se aplican, en este caso el ámbito de las relaciones laborales.-

6-La solución recogida tanto en la legislación española como en las principales legislaciones latinoamericanas en materia de protección de datos es que durante la vigencia del contrato o relación laboral estos datos se traten sin necesidad de consentimiento del trabajador, con todas las limitaciones que surgen de los demás principios de protección de datos verbigracia Art. 6.2 de la LOPD “No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal...”se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial laboral.”

7º) La LOPD considera como sensibles aquellos datos que refieren a: “...la privacidad de las personas, entendiéndose por éstos, aquellos datos referentes al origen racial y étnico de las personas, así como sus preferencias políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical o información referente a su salud física o a su sexualidad y otra zona reservada a la libertad individual” tiene una protección especial de la ley.

El grupo de trabajo sobre protección de datos Art. 29 de la Unión Europea en su “Documento de trabajo sobre el tratamiento de datos personales relativos a la salud en historiales médicos electrónicos” adoptado el 15 de

febrero de 2007 se manifestó el sentido de que: “ Los datos contenidos en documentos médicos, en historiales médicos electrónicos... son “ datos personales sensibles”. Por tanto, no sólo están sujetos a todas las normas generales sobre protección de datos especiales que rigen el tratamiento de la información sensible” exigiendo parámetros más exigentes de seguridad en su tratamiento. El consentimiento debe darse libremente, específico, con conocimiento de causa, explícito y en principio expresado por escrito.

8-Así lo ha sostenido específicamente para datos laborales la Organización Internacional del Trabajo en su Recomendación sobre servicios de salud médicos, en su párrafo 14 “... 3) Los datos personales relativos a la evaluación del estado de salud solo deberían comunicarse a terceros previo consentimiento del trabajador informado”

La Organización Internacional del Trabajo ha establecido en su Repertorio algunas limitaciones al tratamiento de datos de salud en el ámbito laboral, en relación al **acopio** de información médica dice: “6.7. sólo debería recabarse datos médicos de conformidad con la legislación nacional, el respeto del secreto médico y los principios generales de la salud y seguridad en el trabajo, y únicamente para:

- a) determinar si el trabajador puede ocupar un puesto de trabajo específico;
- b) cumplir con los requisitos en materia de salud y seguridad en el trabajo;
- c) determinar el derecho a prestaciones sociales y su disfrute”

En el 6.11 se expresa: “Las pruebas de personalidad o exámenes análogos deberían efectuarse de conformidad con las disposiciones del presente repertorio, con la condición de que el trabajador tenga la posibilidad de rechazarlo”. Y en el 6.12 indica que “los exámenes genéticos deberían prohibirse, o limitarse a los casos explícitamente autorizados por la legislación nacional” y en el 6.13. “Los exámenes toxicológicos deberían realizarse solamente de conformidad con la legislación y la práctica nacionales o las normas internacionales...”

Con respecto a la **conservación**

El art. 8.2 manifiesta que “Los datos personales protegidos por el secreto médico solo deberían ser conservados por un personal obligado por este secreto y guardarse separadamente de los demás datos personales”

En el mismo sentido la Recomendación en el sub párrafo 1 del párrafo 14 número 171 de la OIT expresa: “Los servicios de salud en el trabajo deberían consignar los datos relativos a la salud de los trabajadores en expedientes de salud personales y confidenciales”

Con respecto a la **comunicación**

En los Comentarios al Repertorio se expresa: “Los datos relativos a la salud de los trabajadores deberían recopilarse con propósitos justificados y de conformidad con los principios generales de la salud y seguridad en el trabajo. La finalidad última de la recopilación de información sobre la salud de los trabajadores debería ser mejorar la protección de la salud de los trabajadores y del público en general, de conformidad con los objetivos que figuran en la definición de la salud en el trabajo”.

En el numeral 10.8 “En el caso de los exámenes médicos solo deberían comunicarse al empleador las conclusiones que guarden relación con la decisión de que se trate relativa al empleo y el 10.9 “Estas conclusiones no deberían contener información de naturaleza médica, podrían, cuando corresponda, indicar aptitud para desempeñar la tarea propuesta, o especificar los tipos y las condiciones de trabajo que temporariamente o permanentemente están contraindicados”

En el numeral 10 de los Comentarios se indica que “solo se deberían comunicar datos cuando estos sean necesarios para la realización de una tarea determinada de la cual es responsable el destinatario (10.6). Esto también es aplicable a los representantes de los trabajadores, cuyas actividades por importantes que sean –no los autoriza acceder de modo ilimitado a los datos personales de los trabajadores (10.10).”

“Se requieren igualmente reglas especiales en el caso de datos médicos. Las disposiciones del repertorio, reflejan al respecto las propuestas incluidas en la Recomendación sobre los servicios de salud en el trabajo de la OIT En lo que se refiere a datos médicos en el párrafo 14 (num.171) se dice:

“En materia de derechos individuales: además de los derechos de información, de acceso, de rectificación y eliminación,” el 11.6 establece una especialidad de los datos de salud: “Los trabajadores deberían tener el derecho de acceder a sus datos médicos por conducto de un profesional de la medicina que haya elegido”

En materia de derechos colectivos el Comentario hace una manifestación muy importante, el art. 12.1 manifiesta “Con el fin de reducir al mínimo los riesgos que corren los trabajadores, el repertorio indica que todas las negociaciones colectivas que tengan consecuencias para el tratamiento de los datos personales de los trabajadores deberían orientarse por los principios enunciados en el repertorio y, por tanto proponer ante todo la mejor protección posible de esos datos”

Lo interesante del desarrollo de OIT es que la norma madre en materia de tratamiento de datos es el Convenio 111 contra la discriminación, y la Recomendación 111 sobre el mismo tema. El Repertorio al enumerar los

principios generales además de los principios clásicos de protección de datos incluye en el art. 5.9 “El tratamiento de los datos personales no debería conducir a una discriminación ilícita en materia de empleo u ocupación”. Esto es especialmente relevante como principio tratándose de datos de salud.

Respecto del convenio N° 111 de la OIT se precisa “Las medidas de protección de la vida privada de los trabajadores influyen en la aplicación del principio de la igualdad de oportunidades y trato en el empleo en virtud del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (num111). La Comisión de expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones se ocupa del tema en su Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 111) y a la Recomendación (num.111), desde el punto de vista de la protección contra la discriminación en materia de acceso al empleo y la ocupación y de las condiciones de empleo. Los ejemplos citados en el estudio general refieren al abuso en la utilización de los datos de los expedientes personales, a diversos exámenes o pruebas y a la indagación de las creencias y opiniones de los trabajadores”

9-Un aspecto esencial para la protección de los datos sensibles de salud es la necesidad de consentimiento para efectuar su tratamiento

Pero el consentimiento es frágil en el caso de los datos laborales ya que se parte de la desigualdad entre los sujetos y la posibilidad de que se presione para obtenerlo peligrando aún el propio trabajo. Por tanto se indica que el mismo solo es operativo si se puede ser revisado.

10-no obstante existen por la propia naturaleza de los datos médicos múltiples excepciones al consentimiento

En sistema europeo el grupo de trabajo sobre protección de datos Art. 29 de la Unión Europea en su “Documento de trabajo sobre el tratamiento de datos personales relativos a la salud en historiales médicos electrónicos” adoptado el 15 de febrero de 2007 nos recuerda que:

“El art. 8, apartado 1 de la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos prohíbe el tratamiento de datos personales relativos a la salud. Lo mismo hace el art. 6 del Convenio N° 108 del Consejo de Europa. Esta protección especial contenida en el art. 8 apartado 1, complementa las otras disposiciones de la Directiva, en especial el art. 6 sobre los principios relativos a la calidad de los datos, y el Art. 7 sobre los principios relativos a la legitimación del tratamiento de datos.”

“Sin embargo teniendo en cuenta la importancia de utilizar la información sobre el paciente para tratarlo médicamente como corresponde hay excepciones a la prohibición general de tratamiento de datos médicos. La

Directiva sobre protección de datos establece unas excepciones obligatorias en el art. 8, apartados 2 y 3, y una excepción opcional en el apartado 4.

Todas estas excepciones son limitadas, exhaustivas y deben interpretarse de forma restrictiva”

Se trata de: apartado 2 letra a) Consentimiento explícito, apartado 2 letra c “interés vital del demandado, apartado 4 excepciones por motivos de interés publico.

La legislación española se manifiesta sobre el punto en el art. 7 y 8 de la LORTAD, existe una serie de excepciones al principio del consentimiento previsto por las leyes:

1-La LOPD en su Art. 8 nos precisa que pueden tratar datos de salud sin necesidad de consentimiento las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales respecto a la salud de las personas que ellos acudan sean tratados por un profesional de la salud para efectuar un tratamiento.-

2-Tratamiento amparado en la Ley 31/1995 de 8 de Noviembre de Seguridad e higiene en el trabajo y Prevención de Riesgos Laborales. Art. 22. 1 “El empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo. Esta vigilancia sólo podrá llevarse a cabo con el consentimiento de los trabajadores. De este carácter voluntario solo se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores, los supuestos en que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo para la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un riesgo para el mismo, o para los demás trabajadores, o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así este establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. En todo caso se deberá optar por la realización de aquellos reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo”

No obstante el Art. 22.4 precisa la cuestión al decir “Los datos relativos a la vigilancia de salud los trabajadores no podrá ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador. El acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador”.

Pero, el empresario y los demás órganos con responsabilidad en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven del reconocimiento relativas a la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de prevención, a fin de que puedan desempeñar correctamente sus funciones en materia preventiva.

3-Tratamientos amparado en la legislación del IRPF Real decreto 214/199 e 5 de febrero que aprueba el Reglamento del Impuesto a la renta de las Personas Físicas establece la obligación de comunicar determinados datos de los preceptores de renta, “Los contribuyentes deberán comunicar al pagador la situación personal o familiar que influya en el aporte excepcionado de retener, en la determinación del tipo de retención o en las regularizaciones de este, quedando obligado asimismo, el pagador a conservar la comunicación debidamente firmada El contenido de las comunicaciones se adecuará al modelo que se apruebe por Resolución del Departamento de Gestión Tributaria “En esto modelos aprobados por Resolución de 29 de diciembre de 1999 del. Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Tributaria se determina la forma en que se debe realizar la comunicación. Debe declarar como circunstancias personales el grado de incapacidad propia y/o de los hijos o descendientes.

4-Tratamientos efectuados por Mutuas de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social dispensan la asistencia sanitaria en su condición de entidades colaboradoras del régimen de la Seguridad Social estas atribuciones surgen del art. 68 y 118 de la Ley General de Seguridad social /1974 y el Real Decreto 1993/1995 de fecha 7 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de colaboración de las Mutuas de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

5-Tratamiento de datos por la autoridad Sanitaria a los efectos del control de la calidad de las prestaciones las autoridades sanitarias pueden acceder a datos de salud de acuerdo a lo que surge del art. 124.2 del Decreto 2065/1974 de 30 de mayo por el que se aprueba el texto refundido de la ley general de Seguridad Social, señalando que “los inspectores médicos y farmaceuticos del cuerpo de inspeccion sanitaria de la administración de la seguridad social tendrán la consideración de autoridad publica en el desempeño de tal función y recibirán de las autoridades y de sus agentes la colaboración y el auxilio que aquellas se deben”. - Asimismo el art. 16 de la ley 41/2002 de 14 de noviembre en su apartado 5 establece: “El personal sanitario debidamente acreditado que ejerza funciones de inspección evaluación, acreditación y planificación, tiene acceso a las historias clínicas en el cumplimiento de sus

funciones de comprobación de la calidad de la asistencia, el respeto a los derechos de los pacientes o cualquier otra obligación del centro en relación con los pacientes y usuarios o la propia administración sanitaria”. Queda sujeto al deber de secreto.-

10-Un párrafo especial merece la consideración de los datos genéticos y de su posible tratamiento en el contexto laboral por su potencial de discriminación. Distintas legislaciones a nivel internacional han seguido la línea dictada por la Declaración Universal de la UNESCO y a nivel europeo por la Carta de Oviedo, entre otras: la Carta Europea de Derechos ha prohibido su utilización con fines discriminatorios en su art, 21 y los Estados Unidos de América cuenta con una importante Genetic Non discrimination Act. que impide la utilización de estos datos por las compañías de seguro y los empresarios

La conclusión a la que se arriba después de trazar un somero panorama de la reglamentación internacional (O.I.T.), europea y española, sin perjuicio de que la realidad latinoamericana es en general de menor nivel de protección, es que las características especiales del tratamiento de datos de salud en el contexto laboral abonan la consideración de los datos sensibles no ya solamente para preservar la intimidad sino para impedir posibles discriminaciones. En tal sentido, compartimos la inquietud del Prof. Rodotà que considera la protección de datos “como una condición preventiva para poder ejercer de modo efectivo otros derechos y libertades fundamentales, como la libertad de expresión, de organización política y sindical, el derecho a la salud”. - Y que vincula la protección de los datos sensibles con las normas constitucionales sobre la igualdad considerando que “el test impacto privacidad es imprescindible para juzgar el efectivo nivel de democracia de un sistema político”