

**“PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y AGENTES INTERMEDIARIOS DE
COLOCACIÓN: LA TUTELA DE LA LIBERTAD INFORMÁTICA-INTIMIDAD DEL
DEMANDANTE DE EMPLEO”**

Dr. Fernando de Vicente Pachés

*Profesor T.U. de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universitat Jaume I de Castellón*

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE FONDO CONTROVERTIDA

En los últimos años el profuso desarrollo de la informática ha alcanzado a todos los sectores sociales y entre ellos, cómo no, al ámbito laboral. La utilización de la informática en las distintas esferas y relaciones sociales se ha extendido vertiginosamente en el transcurso de los años, alcanzando unas posibilidades de procesamiento, almacenamiento y transmisión de información que en otros tiempos parecía impensable. El empleo del ordenador hace posible recopilar una amplia información sobre cada persona, reuniendo un conjunto de datos que aisladamente nada dicen, pero que al ser presentados en forma sistematizada, aportan una información del afectado inimaginable¹. Los grupos de poder, públicos o privados, ejercen su control social, cada vez más difuso, a partir del dominio y el manejo de datos personales del individuo. El conocimiento centralizado y sistemático de datos personales se traduce en el sistema de vigilancia y control de la sociedad más rápido y eficaz².

En el año 2009, un informe constató que el 45% de los empleadores utilizaron Internet para contratar personal, de los cuales el 35% rechazó a posibles candidatos basándose en la información que sobre ellos encontró en redes sociales, en la que aparecían fotos inapropiadas, insultos contra antiguos jefes o comentarios relacionados con la orientación sexual, convicciones políticas, creencias religiosas, costumbres y hasta consumo de drogas.

Una iniciativa alemana en 2010, pretendía prohibir a los empresarios a utilizar con fines selectivos de personal la información de la cuenta de *Facebook* de los candidatos³, salvo las informaciones de los aspirantes en otras redes de carácter profesional (tipo *Linkedin* o *Xing*), en las cuales –lógicamente- el usuario pretende, precisamente, difundir lo máximo posible sus experiencias de trabajo con el fin de lograr un empleo. Y es que no cabe duda que, en la práctica, resulta casi imposible poder demostrar que la negativa a ser contratado para un determinado puesto tiene su fundamento en el contenido de la cuenta en una red social tipo *Facebook*, *MySpace*, *Tuenti*, o *Twitter*⁴.

¹ PÉREZ LUÑO, A. E. (1989): "Los derechos humanos en la sociedad tecnológica", en LOSANO, M. G., PÉREZ LUÑO, A. E. y GUERRERO MATEUS, M. F., *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Madrid, (CEC) p. 138.

² MORALES PRATS, F. (1984): *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona, (Destino), p. 31 y 40.

³ La iniciativa del ejecutivo alemán se produjo después de una serie de escándalos relacionados con la privacidad ocurridos en los últimos años y que afectaban a conocidas empresas alemanas como la cadena de supermercados *Lidl* (por prácticas de espionaje contra sus empleados en al menos 219 sucursales) o la operadora *Deutsche Telekom* (quien vigiló las comunicaciones entre miembros del Consejo de Vigilancia y periodistas para identificar a las personas que filtraban información a la prensa, contratando los servicios de la empresa de detectives berlinesa, *Desa*, fundada por antiguos miembros de la *Stasi*).

⁴ Esta iniciativa alemana no pasó desapercibida para los diputados españoles, lo que llevó a un Grupo Parlamentario a presentar una pregunta escrita ante el Congreso, en la que se planteaba al Gobierno si éste consideraba necesario promover un marco legal que protegiese y garantizase a las personas que la información relativa a ellas contenida en redes sociales, tipo *Facebook*, no sería usada por los empleadores a la hora de tomar decisiones laborales que afectasen a tales personas. Un análisis del tema, vid. CALVO GALLEGU, F.J. (2012): "TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales", *Aranzadi Social*, nº9.

Como es sabido, la normativa laboral considera infracción muy grave el *solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado* (art. 16 LISOS).

Como podemos comprobar, la polémica está servida, pues estamos frente a uno de los supuestos en los que hay un trasfondo ético y jurídico importante, debiéndonos cuestionar este tipo de prácticas de seguimiento invasivas en la Red. Por consiguiente, como candidato a un empleo ¿se considera adecuado que las agencias de colocación puedan juzgar en base a lo que aparece publicado en el perfil de las personas en las redes sociales?⁵

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

Ahora bien, la intimidad del trabajador no sólo corre riesgos frente al empresario sino que otros sujetos en cuanto que intervienen, de una forma más o menos directa, en la relación de trabajo o previa a la constitución de ésta, adquieren datos del trabajador o candidato a un puesto de trabajo, y en cuanto poseedores de dicha información, se convierten en potenciales agentes lesivos de su esfera privada⁶. Este es el caso, entre otros, de los agentes intermediarios en la colocación: agencias –públicas y privadas- de colocación, empresas de selección de personal⁷, empresas de trabajo temporal. Y tras la aparición de la última reforma laboral en virtud del RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, las empresas de trabajo temporal han sido autorizadas a operar como agencias de colocación⁸, medida ésta, que pone de manifiesto una apuesta por el reforzamiento de la gestión privatizada de la colocación e intermediación laboral.

Por lo que respecta a los agentes intermediarios en la colocación, podemos pensar en la abundante cantidad de datos personales que almacenan y pueden llegar a procesar estas organizaciones, y más

⁵ Lo que un empleador tiene vedado es solicitar “amistad virtual” a un solicitante de empleo y luego utilizar su condición de “amigo” para acceder a datos privados y utilizar las informaciones en contra del aspirante.

⁶ Vid. *STSJ Cataluña 12 julio 2006*.

⁷ En multitud de ocasiones, la empresa recurre a gabinetes de selección externos que permiten eludir el control de los representantes de los trabajadores o de la propia Inspección de Trabajo, quienes de este modo, se ven impedidos a poder conocer unos cuestionarios inexistentes en la empresa o de actuar en salvaguarda de los derechos de los afectados, pues, como es sabido, el “derecho de resistencia” del aspirante o candidato equivale simple y llanamente a la no contratación. RODRIGUEZ ESCANCIANO, S. (2009): *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas*, Albacete (Bomarzo), p. 13.

⁸ “Asimismo podrán operar como agencias de colocación, siempre y cuando presenten una declaración responsable mediante la cual se manifieste que cumple con los requisitos establecidos en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, y su normativa de desarrollo al servicio público de empleo competente” (nueva redacción art. 16.3 ET y art. 1 Ley 14/1994 que regula ETT).

aún, cuando el principal interesado en aportar esos datos es un sujeto –el solicitante o candidato a un puesto de trabajo- que lo que busca es, precisamente, la obtención de un empleo, por lo que aportará – si se le requiere- el máximo número posible de datos e información sobre su trayectoria personal y laboral al objeto de conseguir a “cualquier precio” el ansiado empleo con el que poder subsistir⁹. Y, más, con una situación como la que vivimos actualmente con más de cinco millones de parados.

El impacto de la tecnología informática, al igual que en otros sectores sociales, ha tenido y tiene sus repercusiones en el ámbito laboral. Y en una doble faceta, en lo que es el tratamiento de datos (automatizados o no) en la fase de contratación, y sobre todo en lo relativo a los procesos de selección de personal, y en el desarrollo de la relación de trabajo. De manera que la utilización de la informática en el contrato de trabajo va a suponer el reforzamiento del poder de control empresarial¹⁰.

En virtud del principio de libertad empresarial de contratación, que rige en nuestro sistema de colocación, es el empresario quien va a decidir qué trabajadores van a concertar con él un contrato de trabajo. Para ello, previamente, el empresario necesita información. Precisaré contar con un medio que le proporcione en su búsqueda el mayor número de datos posibles del candidato y además obtenerlos, en consonancia con las exigencias que impone el actual mercado laboral, de una forma rápida, segura y fiable. Uno de los medios que reúne estas notas características es la informática. Con ella se amplía enormemente la capacidad de acumulación y transmisión de información permitiendo al empresario – por si mismo o a través de la agencia de intermediación- un conocimiento completo del perfil de sus trabajadores, en el que se incluyen desde aspectos estrictamente profesionales a características individuales pertenecientes al ámbito de la privacidad del aspirante o candidato a un puesto de trabajo¹¹.

El uso de la informática en la empresa no se caracteriza únicamente por la capacidad de almacenamiento y transmisión de datos por medio del ordenador, sino también en la capacidad de transformación de informaciones, pues éstas dispersas en diversos archivos, en datos organizados que por agregación a la información-base, almacenada y procesada en el ordenador, permiten recabar ulteriores informaciones. De esta forma, se pueden reconstruir las actividades de una persona o tener conocimiento de sus creencias, opiniones políticas, preferencias sexuales..., a partir de registros simples por conexión a otros datos, obteniéndose nueva información, denominada, de segundo grado. La utilización de pruebas psicológicas, de test de aptitud o inteligencia en la fase de acceso al empleo en conexión con la nueva tecnología informática facilita la creación de los denominados *perfiles sociales*, útiles para detectar aquellos comportamientos “*anormales*” o “*desviados*” respecto a las normas del sistema¹².

⁹ Es característico del momento de ingreso en la empresa la exhaustividad en la información habitualmente exigida, permaneciendo los datos obtenidos en poder de la entidad a la cual ha sido solicitado el trabajo aun cuando el ingreso fuera denegado, vid. *STSJ Cantabria 14 de noviembre 2005*.

¹⁰ Sobre la “(re)configuración” del poder empresarial como consecuencia del control informatizado, vid. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (1997): *Utilización y control de datos laborales automatizados*, Madrid, (Agencia de Protección de Datos), pp. 80-97.

¹¹ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S. (2009): *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas*, Albacete (Bomarzo), p. 5.; RODRIGUEZ ESCANCIANO, S. (2007): “La potencialidad lesiva de la informática sobre los derechos de los trabajadores” *Revista Española de Protección de Datos*, nº 2, pp. 95 y ss.

¹² Sobre la aplicación de la “técnica de perfiles”, vid. LUSSATO, B. (1982): *El desafío informático*, Barcelona, p. 177.

De lo descrito, podemos constatar que nos encontramos ante el desarrollo en el ámbito laboral del llamado "poder informático" entendido como "capacidad propia del responsable de agregar datos y de establecer las comparaciones más diversas entre ellas, hasta el punto de transformar informaciones dispersas en una información organizada y remontarse así de los actos más banales del individuo a sus más íntimos secretos, y la posibilidad de encontrar inmediatamente y de comunicar las informaciones así obtenidas a quien lo requiera"¹³

II.- INTERMEDIACIÓN LABORAL Y PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD INFORMÁTICA DEL SOLICITANTE DE EMPLEO

En el capítulo IV de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, también conocida con el nombre de Reforma Laboral 2010, quedan contempladas las "Medidas para la mejora de la intermediación laboral", (en particular, las agencias de colocación) que tiene como especial objetivo: "fomentar las oportunidades de acceder a un empleo por parte de las personas desempleadas".

En desarrollo de lo dispuesto en la Ley 35/2010, se publicó a final del año 2010 el Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación. Mediante este Real Decreto se procede al desarrollo reglamentario de la mencionada Ley 35/2010, regulando el régimen de autorización y la actividad de las agencias de colocación que realicen actividades de intermediación laboral.

Posteriormente, el RD-Ley 3/2011, de 18 de febrero¹⁴, modificando la Ley 56/2003, de Empleo (art. 24), vino a establecer los nuevos principios generales de las políticas activas de empleo, a los cuales, quedan sometidos tanto los servicios públicos de empleo como las entidades colaboradoras de estos servicios. Entre este catálogo de principios se contempla el de "igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al empleo", no pudiendo establecer discriminación alguna, directa o indirecta, basada en motivos de origen, incluido el racial o étnico, sexo, edad, estado civil, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social, lengua dentro del Estado y discapacidad.

Una novedad fundamental llevada a cabo por la Ley 35/2010 ha sido la introducción de la agencias de colocación con ánimo de lucro, eliminando la prohibición existente (art. 16.2 ET). La Ley 35/2010 provoca una transformación en la forma de entender la intermediación laboral en nuestro ordenamiento jurídico, potenciando la intervención privada en un campo como el de la colocación de los trabajadores. El procedimiento de apertura a la colaboración público-privada en materia de intermediación laboral, que es la base de la reforma operada en la Ley de Empleo, tiene como instrumento clave a las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro.

El RD 1796/2010, recoge la distinción entre agencias de colocación autorizadas que actúan de forma autónoma pero coordinada con los servicios públicos de empleo, con las que actúan como entidad colaboradora de los mismos mediante la suscripción de un convenio de colaboración. Y, además, se recoge la obligatoriedad de que las agencias de colocación obtengan para poder realizar su actividad autorización de los servicios públicos de empleo.

¹³ GIACCI, G. (1991): "Problemi e iniziative in tema di tutela dei dati personali, con particolare riguardo ai dati sanitari", *Revista Política del Diritto*, nº 4, p. 672.

¹⁴ Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo.

Por su parte, el modelo de colocación en la Unión Europea viene configurado como un modelo cuya gestión puede ser completamente pública o contar con la intervención de los sujetos privados. En consecuencia, las agencias privadas de colocación están plenamente aceptadas, lo que ha supuesto que la actividad de colocación quede reducida en el ámbito de la Unión Europea a una simple actividad económica regulada por las reglas del mercado¹⁵.

En este sentido, se elimina cualquier límite o restricción a la creación de empresas de colocación con fines lucrativos, sin sometimiento a ningún tipo de control público, y ello con el pretexto defendido por la jurisprudencia del TJCE según el cual, “la liberalización de los mercados contribuye a aumentar el bienestar de los ciudadanos”; si bien en la práctica “por las características que presenta el mercado de trabajo, corremos el riesgo de que esta liberalización quede reducida sin más a la consideración de los trabajadores simplemente a mano de obra necesaria para el funcionamiento del mercado”¹⁶.

Estas agencias de colocación deberán garantizar, en su ámbito de actuación, los principios de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo, en los términos establecidos en el artículo 16.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) y en el 22 bis de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo. Asimismo, deberán garantizar el respeto a la intimidad y dignidad de las personas trabajadoras en el tratamiento de sus datos, sometiendo la actuación en esta materia a la normativa aplicable de protección de datos de carácter personal, temática objeto de estudio en este breve trabajo.

Por consiguiente, los actores –públicos y privados- que intervienen en el proceso de colocación, deberán garantizar que en su actuación respeten determinados principios y derechos constitucionales, como el principio de igualdad de trato (igualdad de oportunidades en el acceso al empleo) y no discriminación. Asimismo, habrá de prestarse particular atención al derecho a la intimidad (art. 18 CE) en el tratamiento de los datos personales de los solicitantes de empleo por parte de los servicios públicos y de las agencias privadas de colocación.

III. LA TUTELA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: EL DERECHO A LA LIBERTAD INFORMÁTICA DEL DEMANDANTE DE EMPLEO

Identificamos así un nuevo derecho, el derecho del candidato a un empleo a la libertad informática o el derecho a la autodeterminación informativa, configurándolo como aquel que tiene por objeto "garantizar la facultad de las personas para: *conocer* y *acceder* a las informaciones que le conciernen archivadas en bancos de datos (lo que se denomina *habeas data* por su función análoga en el ámbito de la libertad de información a cuanto supuso el tradicional *habeas corpus* en lo referente a la libertad personal); *controlar* su calidad, lo que implica la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o

¹⁵ “Lo que redundaría en una pérdida progresiva de la función tuitiva que al Derecho Social del Trabajo le corresponde desarrollar”, tal y como se pone de manifiesto en AA.VV. (2011): *Manual de política y derecho del empleo*, Madrid (Tecnos), p.174.

¹⁶ AA.VV. (2011): *Manual de política y derecho del empleo*, Madrid (Tecnos), p.174.

indebidamente procesados, y *disponer* sobre su transmisión¹⁷. En definitiva, este derecho entraña una facultad de disponer sobre la revelación y el uso de los datos personales, en todas las fases de elaboración y utilización de estos datos, es decir, su acumulación, su transmisión, su modificación y cancelación¹⁸.

Ante la amenaza de los riesgos que las técnicas informáticas implica, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos personales (LOPD) y el Real Decreto 1729/2007, de 21 de diciembre, de desarrollo de la LOPD, pretenden la protección de la privacidad de la personas. La LOPD se convierte en la norma destinada a impedir los perjuicios que el uso incontrolado de la informática puede ocasionar a las personas, al objeto de limitar y racionalizar su utilización. La norma obedece a una *ratio* preventiva, al implantar los mecanismos cautelares para prevenir las posibles violaciones que del tratamiento de la información pudieran derivarse para la privacidad del individuo. Si bien en la práctica, según previsiones de la propia Agencia de Protección de Datos, son varios millones las empresas que en nuestro país no cumplen la legislación específica en materia de protección de datos personales¹⁹.

La materialización de estas medidas preventivas se realiza poniendo en práctica los principios generales que en la misma ley se establecen y que deben regir en el tratamiento automatizado de datos personales (congruencia y racionalidad y consentimiento o autodeterminación), así como por medio del reconocimiento al afectado de un conjunto de garantías y derechos que refuerzan su posición (como garantías: deber de seguridad de los datos, deber de secreto profesional, deber de control de cesión a terceros; como derechos: derecho de información, acceso, rectificación y cancelación).

En donde cobra una relevancia especial la aplicación de esta normativa es en la fase de contratación y sobre todo en el momento específico del proceso de selección de personal. Los demandantes de empleo están inmersos en una situación de mayor indefensión y debilidad y esto hace que estén especialmente expuestos a los riesgos que implica una utilización incontrolada de la informática. La LOPD se ha hecho eco de la necesaria protección del tratamiento de datos de carácter personal en la fase previa a la contratación laboral, lo que pone de manifiesto que en la regulación de esta materia el legislador haya tenido presente la precaria situación, en cuanto al ejercicio de derechos se refiere, de quienes demandan empleo.

Legítimo se considera el derecho del empresario a procurarse la mayor información posible del candidato. Información que le permita evaluar en el candidato si este reúne las aptitudes y la capacidad profesional necesaria para el puesto que quiere que ocupe. En ocasiones, la información alcanzará incluso a rasgos de la propia personalidad del sujeto, información que vendrá justificada, en determinados casos, por las características y naturaleza de la propia prestación de trabajo. Por lo tanto, en condiciones normales la finalidad a la que debe responder la recogida de información del

¹⁷ PÉREZ LUÑO, A. E. (1987): *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho*, Madrid, (Fundesco), p. 85 ss. y 123 ss.

¹⁸ VICENTE PACHÉS, F. de (2004): "Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo", *Tribuna Social*, nº 157, p. 30.

¹⁹ TASCÓN LÓPEZ, R. (2005): *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*, Madrid (Cívitas), p. 153.

demandante de empleo es la valoración de la capacidad profesional del candidato. El peligro radica en que en esa búsqueda de datos puede llegar más lejos de lo necesario y alcanzar aspectos de la vida de los solicitantes de empleo irrelevantes o no influyentes para la determinación de su aptitud y capacidad profesional. Por consiguiente, la ley no prohíbe al empresario los innumerables beneficios que en la gestión de personal el uso de la informática le proporciona, sino que su utilización sea razonable y evite que se violen ámbitos de la privacidad de las personas que solicitan un trabajo.

El art. 3 LOPD, siguiendo la definición que recoge el Convenio del Consejo de Europa de 1981, nos indica que se entenderán por datos de carácter personal "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables". Con tan amplia definición, y dada la necesaria implicación personal del trabajador en la relación laboral (*intuitio personae*), prácticamente todos los datos referidos al mismo que puedan interesarle al empresario, podemos decir que son "personales", incluidos los profesionales. Por lo tanto, la cuestión controvertida no está en determinar qué datos son personales, sino, delimitar, "lo que es difícilmente delimitable, qué datos son los que necesita el empresario respecto al trabajador, teniendo en cuenta que, en esa prestación personal, en que consiste el trabajo definido en el art. 1.1 del ET, lo referente a la persona del trabajador en cuanto tal penetra evidentemente al trabajador en cuanto persona"²⁰.

1. Aplicación de la normativa de protección de datos en la fase de acceso al empleo: principios básicos a respetar por las agencias de colocación e intermediación laboral

Los principios fundamentales en torno a los que ha de estructurarse todo tratamiento de datos, contemplados en el art. 4 de la LOPD (principios relativos a la calidad de los datos), pueden reducirse a los siguientes: a) principio de legalidad: que el tratamiento de datos personales se efectúe de manera leal y lícita; b) principio de finalidad: en virtud del cual, se exige, además, que el tratamiento de datos se realice para unos fines determinados y legítimos; c) principio de pertinencia: el cual implica que los datos tratados sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el fin para el cual se hayan registrado; d) principio de veracidad: los datos deberán ser exactos y estar actualizados; e) principio de cancelación: los datos sólo podrán ser conservados un tiempo no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos; f) principio de accesibilidad: los datos serán almacenados de forma que permitan el ejercicio del derecho de acceso por el afectado.

Si hacemos traslación de estos principios al proceso de selección de trabajadores, (y básicamente los de legalidad, finalidad y pertinencia), podríamos llegar a las conclusiones siguientes:

En primer lugar, el principio de legalidad, prohíbe que la obtención y tratamiento de los datos de los candidatos se realice por medios fraudulentos, desleales o ilícitos (prohibición expresamente contemplada en el art. 4.7 LOPD). Ello significa, que la recogida de datos, (de informaciones que fueran de interés del empresario y que éste los obtuviera por su propia cuenta o por sujetos extraños a la estructura organizativa de la empresa), no debe realizarse por medios de investigación, vigilancia y control de los candidatos ilícitos y contrarios al principio de la buena fe. Podemos hacer referencia, a título ejemplificativo, las investigaciones privadas mediante detectives, utilización de instrumentos de

²⁰ DEL REY GUANTER, S. (1993): "Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo", *Relaciones Laborales*, nº 15, pp. 17 y 18.

grabación o escucha de conversaciones privadas, tomar conocimiento fraudulento de las manifestaciones hechas por carta u otra forma de información perteneciente a su vida privada, presiones para que se viole el secreto profesional...o cualquier otro mecanismos en los que se oculte el verdadero propósito de la recogida de los datos. Estamos, obviamente, ante actuaciones que incluso pudieran ser constitutivas de delito, y en las que el bien jurídico protegido, la intimidad, queda claramente vulnerada y lesionada. Recabar datos e informaciones por estos métodos no sólo determina el riesgo de lesión de los derechos de la persona, como la intimidad, sino que en base a las mismas se facilite la posibilidad de un tratamiento discriminatorio en la fase de contratación de trabajadores, no permitida por nuestro ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, en el proceso de selección de personal, el principio de finalidad y congruencia exige, además de que los datos se obtengan y traten de manera leal y lícita, que se realice para unos fines concretos y legítimos. Sin ninguna duda, y así lo hemos mencionado repetidas veces, la finalidad legítima en un proceso de selección es la valoración de la capacidad profesional de los candidatos. Excepcionalmente, el empresario tiene la facultad de indagar sobre la vida privada, en razón de que tal información pudiera ser relevante para el cumplimiento de la prestación de trabajo. Por tanto, todo registro de datos personales que en un proceso de selección no vaya dirigido a la comprobación o valoración de las aptitudes y capacidad profesional del trabajador, deberá reputarse como prohibida. A estos efectos, “los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos” (art. 4.2 LOPD). La dificultad surge a la hora de determinar cuáles son “fines compatibles”, a diferencia de lo que se recogía de forma más explícita en la redacción anterior de la LO 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (LORTAD) que no permitía que los datos de carácter personal objeto de tratamiento se usasen para finalidades “distintas” a aquellas para las que fueron recogidos.

Pero no sólo es suficiente que la obtención de esa información personal vaya dirigida formalmente a dicha valoración, sino que en virtud del principio de pertinencia y proporcionalidad, el dato recogido tiene que ser adecuado a esa finalidad, quedando prohibido el recoger datos innecesarios en la determinación de la valoración de la capacidad profesional del candidato. En ocasiones, aún quedando claro cual va ser el objetivo para el que se obtienen y acumulan datos, se suelen solicitar o manejar informaciones que nada tienen que ver o que sirven muy poco para la comprobación de la capacidad profesional del candidato, produciéndose entonces lo que podríamos llamar desviaciones injustificadas en el tratamiento de datos.

El principio de pertinencia, por tanto, nos delimitará aún más sobre que circunstancias personales se podrá indagar y recabar información. Los datos personales que se quieren conocer deben tener relación con la capacidad profesional del solicitante de empleo (pertinentes), ser útiles para la comprobación de

esa capacidad (adecuados) y además de adecuados y pertinentes, no implicarán un abuso o intromisión en la esfera privada del individuo (no excesivos)²¹.

En resumen, del juego de los principios de finalidad y pertinencia, podemos concluir que habrá que concebir como prohibida toda recepción de datos, realizada en un proceso de selección de personal de trabajadores, que no sea esencial para el normal desarrollo del empleo para el que se hace la selección²².

En conexión con los principios anteriores, no podemos dejar a un lado los principios de veracidad y cancelación de datos. Por lo que se refiere al principio de veracidad en el proceso de selección de trabajadores, el art. 4.3 LOPD señala que "los datos serán exactos y puestos al día de forma que responda con veracidad a la situación real del afectado". Parece lógica la necesidad que los datos que se obtengan y se sometan a procesamiento sean exactos y estén actualizados. Cuando la información la aporte el propio candidato se entiende que ésta, en beneficio propio, estará de lo más completa y actualizada, como consecuencia del interés del mismo a ocupar el puesto que se ofrece. Si las informaciones se obtienen por otras fuentes, indirectas, pudiera producirse traslados de datos que no se corresponden con la realidad, o contener errores y/o no estar actualizados, circunstancias que menoscabarán el legítimo interés del candidato o solicitante de empleo.

Por lo que afecta a la forma de almacenar los datos, se establecen los principios de accesibilidad y cancelación. Estos principios habrá que tenerlos muy presentes por las repercusiones de los mismo en los procesos de selección de personal. El mismo está haciendo referencia a la prohibición del uso de criterios clasificatorios en la selección de trabajadores tendentes a prácticas ilícitas, por ejemplo, a un trato discriminatorio en el acceso al empleo, basados en algunos de los motivos que contempla el art. 14 CE y 17 del ET. Que se clasificaran en orden a criterios de raza, sexo, ideología, afiliación sindical o "cualquier otra circunstancia personal" pudiéndose incluir aspectos referentes a la esfera privada del individuo: la forma de conducir su vida privada, orientación sexual, el uso del tiempo libre o de ocio... El empresario o el agente de intermediación, al contar con un elemento tan importante como es el ordenador, puede procesar la información que posee almacenada con el objetivo de configurar perfiles de trabajadores con un fin de características²³.

²¹ Que el nivel de recogida y acumulación de los datos personales no debe ser "excesivo" respecto a la finalidad perseguida, ha llevado a conceptualizar otro principio de protección de datos, el de "proporcionalidad". vid., DEL REY GUANTER, S. (1993): "Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo", *Relaciones Laborales*, nº 15, p. 20.

²² Se recoge así, en nuestro ordenamiento, en el art. 4 LOPD, lo previsto con anterioridad en la Recomendación número R(89)2 del Consejo de Europa sobre protección de datos personales usados con fines de empleo, adoptada por el Consejo de Ministros el 18 de junio de 1989. En el art. 4.3 de la Recomendación previene que en el proceso de selección los datos recogidos han de limitarse a los que sean necesarios para evaluar la aptitud de los eventuales candidatos y sus perspectivas de promoción.

²³ Legítimo será que el empresario al querer concretar el perfil idóneo o que más se acomode a sus intereses, éste puede utilizar una serie de criterios que le sirvan para configurar la selección de la persona más capacitada para el desempeño de una determinada actividad. Pero entramos en una zona especialmente conflictiva y difícil de detectar, si los criterios de clasificación de los datos a los que se acoge el empresario fueran irrelevantes para la valoración de la capacidad profesional del candidato.

Por otra parte, y en relación también al principio de accesibilidad, el legislador español previene que los datos serán almacenados de forma que permitan el ejercicio del derecho de acceso por parte del afectado (art. 4.6 LOPD). En nuestra opinión este derecho de acceso a los datos que se otorga al afectado, debe entenderse como una garantía de comprobación que las informaciones que versan sobre el candidato son veraces, actualizadas y delimitadas al fin para el cual fueron registradas.

Por su parte, el principio de cancelación supone que los datos almacenados no pueden ser mantenidos por tiempo ilimitado, de manera, que se deberán guardar únicamente para el tiempo estrictamente imprescindible. En cualquier caso, en la práctica, es comprensible que si los datos recabados con ocasión del proceso de selección siguen siendo útiles al empleador o la agencia de colocación, pudiera estar justificado conservar su tratamiento informático, pues sería absurdo exigirle que cancele unos datos que ya tiene y que pudiera necesitar para un nuevo pero idéntico fin: la colocación o selección de trabajadores. En cualquier caso, el derecho de cancelación de la información debe quedar debidamente garantizado siempre.

2. El principio de consentimiento o autodeterminación informativa del candidato a un empleo

En virtud de este principio, a los demandantes de empleo se les otorga la facultad de asegurarse un "nivel de protección de los datos a ella referentes", esto es, la facultad de disponer sobre la revelación y uso de datos personales. El reconocimiento de este principio se localiza en los arts. 7 de la Directiva y en el art. 6 LOPD, en donde se señala que "el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa"²⁴. La cuestión controvertida aparece en el apartado segundo del mismo precepto, al exceptuar la necesidad de consentimiento del afectado "cuando los datos se refieren a las partes de un contrato o precontrato de una relación laboral y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento" (art. 6.2 LOPD).

De esta manera, se excluye en la relación laboral la exigencia de consentimiento del trabajador para la constitución de un fichero de datos personales. Pero la LOPD no clarifica si tal excepción es aplicable al momento de la selección de trabajadores, dado que habla de "contrato o precontrato" de una relación laboral y la fase de selección pudiera interpretarse que "no forma parte de la relación laboral *stricto sensu*, sino que corresponde más bien a la fase preliminar del contrato, por lo que no sería admisible prescindir del consentimiento del interesado en esa fase preliminar"²⁵. La Directiva comunitaria resolverá tal extremo, y así, entre las condiciones de licitud en el tratamiento de datos destacan las relativas a que los datos sean necesarios "para la ejecución de un contrato en el que el interesado sea parte o para la aplicación de medidas precontractuales adoptadas a petición del interesado" [art. 7 b)]. De ello se desprende que el empresario puede prescindir del consentimiento del trabajador tanto para tratar

²⁴ En lo referente al derecho a la autodeterminación informativa vid., MURILLO DE LA CUEVA, P. L. (1993): *Informática y protección de datos personales* (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal), Madrid, (CEC), p. 47 y ss.

²⁵ Una defensa, aunque matizada, de esta interpretación se describe en, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A. (1994): "Tratamiento automatizado de datos personales en los procesos de selección de trabajadores", *Relaciones Laborales*, nº 11, pp. 14 y 15.

aquellos datos personales de éste que sean necesarios para el desarrollo de la relación laboral²⁶, como para proceder a la selección de candidatos en la fase previa del contrato (medidas precontractuales adoptadas a petición del interesado). Como consecuencia de la apreciación que hace la normativa comunitaria, habrá de interpretarse esta exclusión como aplicable también en la fase precontractual de la relación laboral.

En cualquier caso, cabrá advertir, que en el ámbito laboral, desgraciadamente, el requisito del consentimiento queda relegado a un segundo plano, ya que el interesado (en los términos de la Directiva), candidato a un empleo, se encuentra en una situación de desigualdad respecto del responsable del tratamiento, originada en su necesidad de obtención de un puesto de trabajo, que hace indiferente –en la práctica- la necesidad o no de que aquél manifieste su consentimiento. El candidato, mediatizado por la necesidad de obtener un empleo, estará dispuesto en numerosas ocasiones a prestar su consentimiento, aún sin las garantías mínimas. El legislador comunitario consciente de que esta exigencia no es la garantía absoluta del interesado, ha accedido a que la relevancia del mismo haya descendido considerablemente, circunstancia que se constata en el texto normativo²⁷.

Cuestión distinta a la exigencia del consentimiento para la constitución de un fichero de datos personales, es la relativa a la información sobre la creación y existencia del mismo. Con carácter general se establece que siempre que se requieran datos personales del afectado, es necesario su consentimiento, para lo cual se le informará previamente de modo expreso, preciso e inequívoco de una serie de extremos contenidos en el art. 5.1 LOPD, que en caso de usarse cuestionarios, habrán de constar en los mismos de forma claramente legible (art. 5.2 LOPD). Estos extremos son los siguientes: a) Existencia de un fichero automatizado, finalidad de la recogida de los datos y destinatarios de la información; b) Carácter facultativo u obligatorio de la respuesta a las preguntas que les sean planteadas; c) Consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos; d) Posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; e) Identidad y dirección del responsable del fichero o tratamiento.

Aunque se detallan los extremos acerca de los cuales habrá de ser informado quien suministra la información -en nuestro objeto de estudio, el candidato sometido a un proceso de selección- la Ley exime de la obligación de dar esta información cuando el contenido de la misma se deduzca claramente de las circunstancias en que se recaben los datos o de la naturaleza de los mismos (art. 5.3 LOPD). Esta matización significa que en un proceso de selección, al candidato se le podría dejar de informar, al

²⁶ En ocasiones, se entiende que el consentimiento va implícito en la perfección del contrato, tal y como se reconoció en la *STSJ Madrid 30 junio 2008*.

²⁷ Es más, recientemente, el Tribunal Supremo, en sentencia de la Sala de lo Contencioso –Administrativo (Sección sexta), de 8 de febrero de 2012, ha avalado el tratamiento de datos de carácter personal sin necesidad de que el interesado dé su consentimiento si existe un interés legítimo por parte de la empresa que quiera tratar los datos, anulando el art. 10.2 b) del RD 1720/2007, por exceder de lo previsto en el art. 7 de la Directiva 95/46/CE (*STJCE 24 noviembre 2011 asunto Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito*). De manera, que las empresas que quieran tratar datos personales sin consentimiento siempre se verán limitadas a demostrar que lo hacen con un interés legítimo y sin vulnerar los derechos de los particulares, si bien el problema es que parece difícil que las empresas lo ponderen objetivamente, por lo que será, finalmente, la Justicia la que determine cada caso concreto. El director de la AEPD ya ha advertido que “la mera invocación de un interés legítimo no es suficiente para el tratamiento de datos sin consentimiento”.

considerarse que son sobrentendidos por el mismo, entre otros extremos, la finalidad, el destinatario de los datos o la identidad y dirección del responsable del fichero cuando éste sea el propio empresario o una empresa de selección en cuyo ámbito espacial se realicen los cuestionarios o pruebas pertinentes.

No tendría sentido informar al candidato sobre la finalidad de los datos recogidos, cuando éste sabe perfectamente con que objetivo y pretensión los aporta, ni el destinatario o la identidad del responsable del fichero cuando el cuestionario, por ejemplo, se lleva a cabo en una determinada organización productiva o empresa. A veces el destinatario de la información puede ser difícil de concretar, dada la imposibilidad de determinar a priori la empresa a la que se pueden ceder esos datos. En cualquier caso, al adaptar esta disposición al Derecho comunitario, no cabe la exención que señala la LOPD, en consecuencia, el interesado, candidato a un empleo, y suministrador de sus datos personales, no podría dejar de estar informado sobre la identidad del responsable del fichero y los fines del tratamiento [art. 10 a) y b) de la Directiva 95/46/CE].

Sí parece preciso informar al candidato *afectado* de la existencia de un fichero, sobre el carácter obligatorio o facultativo de las respuestas y sus consecuencias al no suministrarlos, así como que tenga la posibilidad de ejercer derechos tan esenciales como los de acceso, rectificación y cancelación. Carecería de sentido que la empresa o agencia de selección quedara liberada de la obligación de informar de extremos que juegan un papel tan significativo en un proceso de selección de personal. Parece que legislador en la redacción del precepto está pensando en las diversas modalidades de recabar información²⁸, entre otras: la entrevista, el uso de cuestionarios, los distintos tipos de tests²⁹... advirtiendo de la obligatoriedad o no de la respuesta a dar según la pregunta formulada. La exigencia que se refiere a las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos implica la obligación del empleador o del agente mediador de clarificar al solicitante de empleo de qué modo van a incidir en la valoración de su capacidad profesional los datos que se le piden y cómo será valorada su negativa a proporcionarlos. Si es necesario que las personas afectadas den su consentimiento, éste ha de ser un consentimiento informado, con conocimiento de todas las circunstancias y de las consecuencias que la prestación del mismo pueda ocasionar a la persona que lo proporciona o facilita³⁰.

Para el primer supuesto, es decir cuando los datos se solicitan al propio interesado, la norma comunitaria se mueve en parecidos términos a los ya comentados en nuestro Derecho interno, pues la norma comunitaria establece la obligación del responsable del tratamiento, por sí mismo o a través de un representante, de proporcionar las siguientes informaciones: a) la identidad del responsable del

²⁸ Un estudio pormenorizado de estos métodos de indagación sobre aspectos personales o pertenecientes a la vida privada del trabajador vid. VICENTE PACHÉS, F. de (1998): *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid (CES), p. 108 y ss.

²⁹ En la actualidad existen distintos programas informáticos de ayuda a la selección de personal, siendo uno de los más conocidos el sistema experto "*Sigmund*", vid. RODRIGUEZ ESCANCIANO, S. (2009): *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas*, Albacete (Bomarzo), p. 11, quien remite a un estudio de este sistema de cuestionarios realizado por RAY, J. (1992) "Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination", *Droit Social*, nº 6, p. 532.

³⁰ La Directiva comunitaria, también establece, en sus arts. 10 y 11, la obligación de informar al interesado, distinguiendo entre los casos en que se obtienen datos referentes a una persona acudiendo al propio afectado (art. 10), de aquellos en que se recurre a otros medios (art. 11).

tratamiento y, en su caso, de su representante; b) los fines del tratamiento de que van a ser objeto los datos; c) cualquier otra información, tal como los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos, el carácter obligatorio o no de la respuesta y las consecuencias que tendría para la persona interesada una negativa a responder, o la existencia de derechos de acceso y rectificación de los datos que la conciernen³¹.

En el segundo supuesto, en los casos en que los datos no son obtenidos directamente del interesado, también pesa sobre el responsable del tratamiento un deber de información. El empresario o agencia dedicada a la selección puede acudir a las informaciones de que dispongan otros empresarios o entidades que hayan contratado al trabajador con anterioridad (las popularmente conocidas como “referencias”) o a las distintas bases de datos en las que puedan estar incluidas informaciones relativas al mismo (por ejemplo, tratamiento realizado por un banco de los datos de las personas a las que se haya concedido un crédito o, incluso, bases creadas por una empresa dedicada, específicamente, a facilitar informes sobre trabajadores)³²

3. Datos personales del demandante de empleo merecedores de especial protección

No todos los datos personales con posibilidad de ser tratados informáticamente merecen la misma protección por el legislador, comunitario y nacional. Sino que por el contrario, existen unos datos a los que se les ha querido dar un trato diferenciado. El fundamento de esa especial protección estriba en que se trata de datos directamente vinculados a la dignidad e intimidad de la persona. Datos que a pesar de estar garantizados en nuestro texto constitucional como derechos fundamentales (arts. 16 y 18 CE), gozan, aún más, de mayor protección. Esta protección especial se consagra en el art. 7 LOPD, al establecer este precepto que sólo pueden ser recabados y tratados cuando exista consentimiento expreso del afectado y para determinadas categorías de datos –excepcionalmente- cuando medie autorización legal en función de su interés general.

La LOPD (art. 7) agrupa a este tipo de datos, también denominados "datos sensibles", en tres categorías: a) datos sobre la ideología, religión o creencias; b) datos relativos al origen racial, a la salud y a la vida sexual; c) datos referentes a infracciones penales o administrativas. Asimismo, existe la prohibición de crear ficheros con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico o vida sexual (art. 7.4

³¹ Algunos de los problemas más representativos del tratamiento automatizado de datos en un proceso de selección de personal consisten, fundamentalmente, en: 1) que las informaciones recogidas en los cuestionarios no suelen hacer referencia a ninguna Ley o a posibles derechos de los encuestados; 2) Los interesados no disponen en la mayoría de las ocasiones de ningún derecho a conocer los resultados de las pruebas a las cuales han sido sometidos, ni las valoraciones al respecto efectuadas, ni el destino de los datos; 3) la información obtenida es conservada por un tiempo superior al estrictamente necesario; 4) se conservan de manera residual o a modo de “reserva” abundante información detallada sobre el pasado, aptitudes del aspirante, resultados de los test de personalidad y de las pruebas médicas, vid. RODRIGUEZ ESCANCIANO, S. (2009): *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas*, Albacete (Bomarzo), p. 11, quien remite a un estudio realizado por LENOIR, Ch. y WALLON, B. (1998): “Informatique, travail et libertés”, *Droit Social*, p. 216.

³² Las fuentes de recogida y captación de información en que pudiera apoyarse un empresario pueden ser múltiples, desde historiales académicos, médico-clínicos, declaraciones de impuestos, registros de operaciones en entidades bancarias o en entidades de crédito, censos, Registro Civil, servicios públicos de estadística, informes profesionales de trabajo, hasta los datos que pueden obrar en la Administración de Justicia, policía o en la Administración militar.

LOPD) y que todos estos datos sensibles están protegidos con el nivel más alto de seguridad (art. 81 RD 1720/2007).

Con carácter general, existe, para el empleador, una prohibición de indagación sobre estas materias. La misma prohibición se establece, lógicamente, cuando la información sobre estas categorías va a ser susceptible de ser tratada informáticamente. Esta prohibición cuenta con la salvedad, según la LOPD, de que podrán recabarse y tratarse este tipo de datos cuando exista consentimiento expreso del afectado, o para alguno de ellos (raza, salud, vida sexual), cuando sea autorizado por ley en base a su interés general.

Pasemos a hacer un análisis más detallado de cada una de las categorías de datos y la incidencia de los mismos en la fase de acceso al empleo y su repercusión en el proceso de gestión por las agencias de colocación e intermediación laboral.

3.1. Ideología, afiliación sindical, religión y creencias

Existe en nuestro texto constitucional (art. 16.2) una prohibición de indagar respecto a estas circunstancias, "nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias", prohibición que tiene su traslación al ámbito laboral (arts. 4.2.c) y 17.1 del ET), en cuanto a las posibles consecuencias discriminatorias que puedan derivarse del uso que de tales informaciones pudiera hacer el empleador o agente mediador en la colocación.

Tenemos que partir de la base que la esfera ideológica, es decir, el conjunto de opiniones, ideas, creencias de la persona, forma parte de la vida privada³³ debiendo considerarse como ilegítimas aquellas intromisiones en la esfera personal del candidato que no guarden relación directa con el puesto de trabajo que va a desempeñar.

Tal y como se ha expuesto, es coherente admitir el interés del empresario en conocer quien es la persona que contrata en lo que respecta a su capacidad profesional, pero es inadmisibles que quiera entrometerse en aspectos y circunstancias personales que nada tienen que ver con la actividad que va a ejecutar³⁴. De esta forma se introduce un límite a la libertad contractual empresarial en la misma fase de admisión dado que el empleador no podrá dejar de tener presente la protección y respeto de la esfera personal del candidato. Toda información que recabe el empresario sobre aspectos personales

³³ "A nuestro juicio, la libertad de conciencia (art. 16) se encuentra extraordinariamente próxima desde el punto de vista de su fundamento. ¿Qué puede haber más íntimo que las creencias religiosas o las concepciones que se profesen sobre el mundo y sobre la vida?. La evidente y capital transcendencia de este derecho fundamental explica que sea objeto de una regulación específica, de acuerdo con la tradición constitucional. Ahora bien, esta circunstancia no quita su conexión con la intimidad", MURILLO DE LA CUEVA, P (1990): *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, (Tecnos), p. 80.

³⁴ "En general, el empresario suele tener gran interés por conocer del aspirante el modo en que ocupa su tiempo libre, cuáles son sus aficiones, la vida social, la forma como conduce su propia vida, cuestiones en principio intrascendentes que sirven para deducir o delatar la laboriosidad o la tendencia al absentismo del trabajador", GONI SEIN, J. L. (1988): *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid, (Cívitas), p. 48.

sin sentido alguno en relación con el puesto³⁵ debe interpretarse como una injerencia injustificada en la vida privada o íntima de la persona.

El empresario estará legitimado para conocer los antecedentes laborales, en qué empresas trabajó con anterioridad y qué categorías desempeñó, cuál es el grado de preparación del aspirante para el desempeño de la tarea, e incluso si se da el caso, la razón por la cual cesó en el empleo o empleos anteriores. Habrá que entender como contrarias a derecho la confección de listas negras por las repercusiones de las mismas en la vida futura del trabajador.

Llegados a este punto se hace necesaria una referencia a los trabajadores que van a integrarse en las denominadas empresas ideológicas o de tendencia. Por las características de dichas empresas, que desarrollan un objetivo ideológico o de creencia, requieren que el personal que se integre en este tipo de empresa comulgue con el ideario ideológico de la misma. Y es esta circunstancia la que justifica la realización de indagaciones sobre las opiniones personales de los candidatos con la finalidad de comprobar la coincidencia de su ideología con la tendencia de la organización.

En estas instituciones el empresario está facultado para llevar a cabo las averiguaciones pertinentes sobre las opiniones del aspirante, lo que supone una excepción a la prohibición de indagar sobre la ideología. En este sentido, no deben entenderse ilícitas, pues no comportan violación del derecho del trabajador al respeto de su intimidad, no sólo las preguntas sobre las creencias e ideología o afiliación sindical del candidato, sino aquellas otras que indirectamente persiguen esos fines: *hobbies* del candidato, inscripción en clubs culturales o recreativos, tipo de lecturas, películas u obras de teatro últimamente vistas, cómo pasa su tiempo en general, opinión sobre las organizaciones sindicales o sobre temas políticos de actualidad, etc...

La razón se encuentra, en que "la aptitud profesional se aproxima en esos casos al área de opiniones y creencias del trabajador hasta el punto de integrarse en la prestación exigida, siendo lícito que el empresario solicite la manifestación de circunstancias de la vida del trabajador que no serían relevantes en relaciones laborales ordinarias³⁶.

³⁵ Podemos preguntarnos cuándo estaría justificada la obtención de información empresarial por guardar tal información relación con el trabajo a desempeñar. La respuesta a esta cuestión tiene, en algunos supuestos, una respuesta ambigua, pues dependerá del nivel contractual exigido, es decir, del mayor o menor nivel de confianza a depositar en la persona que se desea contratar o las responsabilidades que ésta debe asumir.

³⁶ DE OTADUY GUERÍN, J.(1991): "Libertad religiosa y contratación del profesorado en centros concertados", *Actualidad Laboral*, nº 33, p.. 410. En opinión de este autor, y en relación, en particular, a la contratación de profesores en centros privados dotados de carácter propio, ya sean confesionales o de inspiración religiosa "cabe el recurso a cuestionarios y entrevistas que permitan calibrar el modo de concebir la tarea educativa por parte del candidato, no estando fuera de lugar la solicitud de opinión, por ejemplo, acerca de las implicaciones que pueda tener el carácter propio en su labor docente; el modo de entender la libertad de cátedra; la aportación, positiva o negativa, de la fe religiosa en la educación integral de la persona; la función que haya de desempeñar la enseñanza confesional en la sociedad actual; los objetivos y valores que considera prioritarios para la educación de los alumnos, etc..." e incluso preguntas más directas "relativas a su formación religiosa: si ha cursado las disciplinas que opcionalmente se ofrecen en las Escuelas del Profesorado o ha realizado por su cuenta otros estudios sobre esas materias; cuál es su disposición para colaborar en las clases de religión y en otras actividades que en centro se organicen para los alumnos, como actos litúrgicos, etc..."

Con independencia de estas premisas, entendemos, que en estas entidades, deberán de respetarse siempre unos ciertos límites en la indagación que se quiera llevar a efecto, pues lo que se presenta un tanto más polémico, a nuestro parecer, es que se permita la posibilidad de inquirir sobre determinadas conductas o comportamientos que forman parte de la vida privada del candidato (por ejemplo, si esta casado o vive como pareja de hecho, si está separado o divorciado, cuál es su orientación sexual...) siendo más que discutible que sea necesario su conocimiento por su escasa relevancia puesto en conexión con la futura prestación de trabajo o se pretenda su conocimiento porque pudieran suponer una repercusión negativa o desfavorable en la imagen o prestigio de la entidad ideológica o "considerarse contraria al ideario propio del centro".

Es de notar, también, que la facultad indagatoria permitida no debe generalizarse, sino que por el contrario, se limita sobre aquellos trabajadores que van a desempeñar tareas cuyo contenido implican necesariamente la adhesión a las concepciones de tendencia de la empresa.

Con independencia de todo lo expuesto, para que el candidato suministre datos que revelen la ideología, religión o creencias y que estos sean objeto de tratamiento, es necesario que éste preste su consentimiento expreso y por escrito. Con anterioridad se le debió advertir acerca del derecho a no prestarlo. Posiblemente el legislador no esté pensando en la aplicación de la LOPD en la relación laboral, pues dadas las circunstancias particulares que esta relación comporta, y más en el momento de la contratación, y que ya pusimos de manifiesto, el consentimiento carece de relevancia, y queda, en ocasiones, vacío de contenido.

La prohibición de indagar sobre estos extremos viene justificada por la aplicación del principio de pertinencia. Si el fin legítimo en la fase precontractual de selección de trabajadores no es otro que la valoración de la capacidad profesional de los candidatos, el principio de pertinencia no otorga potestad para la indagación y tratamiento de los datos sobre ideología, religión o creencias de los demandantes de empleo, irrelevantes para aquella legítima finalidad, con la salvedad de las empresas ideológicas o de tendencia, tal y como, brevemente, se ha expuesto.

De otro lado, es interesante la mención expresa que hace la Directiva y la LOPD a la pertenencia a sindicatos como un dato de categoría especial o dato sensible, a diferencia con la LORTAD que guardaba silencio en este aspecto, aunque entendíamos perfectamente subsumible esta categoría dentro de los datos relativos a la ideología, tal y como la entiende integrada el propio Tribunal Constitucional.³⁷ Debemos concebir como prohibida la indagación sobre la afiliación sindical a los solicitantes de empleo, dado que el conocimiento de esta información por parte del empresario podía fácilmente conducir a actitudes discriminatorias. Información, a todas luces, nada esencial para determinar la capacidad del candidato y el cumplimiento de obligaciones contractuales. En este sentido, cabría defender la prohibición de todo

³⁷...siendo los sindicatos formaciones con relevancia social, integrantes de la estructura pluralista de la Sociedad democrática, no puede abrigarse duda alguna que la afiliación a un sindicato es una opción ideológico protegida por el art. 16 de la CE, que garantiza al ciudadano el derecho a negarse a declarar sobre ella", STC 292/1993, de 18 de octubre (FJ5º)

tratamiento informatizado de estos datos, sin mediar el consentimiento expreso del afectado, solicitante de empleo.

Llegados a este punto es interesante hacer referencia a la conocida STC 11/1998, de 13 de enero, dado que estamos ante un caso de vulneración del derecho a la libertad sindical por uso indebido de la empresa de datos informáticos relativos a afiliación sindical. Se vulnera la libertad sindical desde el momento en el que el empresario lleva a cabo una detracción de salarios de un trabajador afiliado a un sindicato durante una huelga que no secundó. El descuento de las retribuciones al trabajador se realiza sin otro criterio que el de su afiliación a un sindicato, dato éste que conocía la empresa por figurar en su nómina la clave informática para descontar la cuota sindical, de manera que éste dato personal del trabajador -su afiliación a un sindicato- es utilizado para un fin distinto de aquel legítimo que justificó su obtención (con quiebra del principio de finalidad), lo que implica, a su vez, un atentado al derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona (libertad informática)³⁸.

3.2. Origen racial o étnico, salud, vida sexual y condición de víctima de violencia de género

También estos datos para ser recogidos, tratados automatizadamente y cedidos, es necesario que el afectado otorgue su consentimiento expreso, si bien la LOPD, no matiza que tenga que ser éste por escrito, a diferencia de los datos relativos a la ideología, religión y creencias. Pero hay una diferencia, más importante, y es que se prevé la posibilidad de que para los datos relativos a la raza, la salud y la vida sexual, por razones de interés general, se permita su tratamiento sin necesidad de consentimiento (art. 7.3 LOPD). La condición de víctima de violencia de género -que ha sido un supuesto adicionado por el RD 1720/2007- corresponde al ámbito más íntimo de la vida de una persona, además de que la publicidad de tal situación pudiera afectar a la seguridad y a la integridad física y moral de la mujer víctima de ésta violencia de género.

Por lo que respecta al origen racial o étnico son datos que aparentemente no dicen nada en cuanto a la conveniencia o no para la constitución del vínculo contractual. En un principio parecen datos irrelevantes al interés empresarial en cuanto a su conocimiento, pero no se puede negar, que el indagar sobre la raza o etnia a la que una persona pertenece puede aportar otras informaciones conexas, como las convicciones religiosas, costumbres, nacionalidad de origen...que pueden ser determinantes, desde el punto de vista del interés empresarial, sobre la conveniencia o no en el momento de contratar; por ejemplo, si la práctica de la religión que profesa puede resultar incompatible con su ámbito organizativo, si sus hábitos de origen puedan producir fricción con los de otros compañeros de trabajo provocando un ambiente enrarecido en el entorno de la empresa... En cualquier caso, estos datos son totalmente innecesarios para la comprobación de la capacidad profesional de una persona y, por lo tanto, y en virtud del principio de finalidad y pertinencia, su almacenamiento, tratamiento y cesión resultará

³⁸ Un comentario a la misma, vid. VICENTE PACHÉS, F de. (1998): "Vulneración del derecho a la libertad sindical por uso indebido de la empresa de datos informáticos relativos a afiliación sindical", Revista *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 7, p. 17-50.

injustificado y prohibido, a salvo de las consideraciones hechas y sus posibles repercusiones, aunque fueran “colaterales”, en las empresas de tendencia.

En cuanto a los datos relativos a la salud del solicitante de empleo-trabajador, el tema cambia considerablemente, dado que éste, no disfruta de un derecho ilimitado a mantener en secreto los datos sobre su salud y en consecuencia la imposibilidad de informatizarlos³⁹. El empresario, tiene la obligación de conocer determinados aspectos de la salud de sus trabajadores, ya que viene obligado a prevenir los riesgos laborales y adoptar distintas medidas orientadas a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. El empresario necesita recoger y tratar las informaciones necesarias de la salud de sus trabajadores, tanto para atender a las exigencias de su organización de trabajo como para el cumplimiento de su deber de tutela de la seguridad y salud de sus trabajadores, de conformidad con lo previsto en la normativa de prevención de riesgos laborales⁴⁰.

Un tema ligado a los datos relativos a la salud es el relativo a la información sobre el patrimonio genético. Los nuevos avances de la ciencia, a la vez que extienden las posibilidades de mejorar la existencia humana, suponen para la persona nuevos riesgos. Esto es lo que está sucediendo en el campo de la genética, pues en virtud de un análisis del código genético, de los genes de la persona, podemos llegar a tener un conocimiento muy preciso de las características de la misma, por lo que el ser humano debe contar con los mecanismos jurídicos de protección, para estar a salvo frente a las agresiones que pueda sufrir como consecuencia de una utilización indebida de los avances tecnológicos en este campo.

Por medio del análisis del genoma se pueden obtener datos acerca de cual es la capacidad física, mental o estado de salud de los aspirantes a un empleo. Además se puede llegar a tener conocimiento de cuales son las enfermedades futuras que va a sufrir el trabajador o el solicitante de empleo. Los test genéticos permitirán al empresario adquirir con facilidad tipos distintos de informaciones. Informaciones dirigidas a establecer si el candidato al empleo es portador de enfermedades o simplemente detectar anomalías hereditarias. Informaciones que permiten comprobar si el sujeto está genéticamente predispuesto a desarrollar o contraer enfermedades, informaciones sobre la esterilidad de la mujer, informaciones sobre la predisposición genética del individuo a contraer enfermedades degenerativas no hereditarias y no profesionales como la diabetes, la hipertensión, el infarto, muchas formas de cáncer e, incluso, enfermedades o disfunciones psíquicas como la esquizofrenia o la depresión, muchas de las cuales manifiestan sus efectos en fases avanzadas de la vida laboral... en el momento en el que los avances en la carrera profesional del trabajador proporcionen máximos beneficios al empresario.

³⁹ El informe 445/2009 del Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos ha reconocido que la realización de tests psicotécnicos implica el tratamiento de datos de salud.

⁴⁰ Sobre la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales y su incidencia en el tratamiento informático de datos referentes a la salud del trabajador, vid., entre otros muchos autores que han abordado esta temática, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A. (1997): “Vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 82; VICENTE PACHÉS, F. de (1988): “Vigilancia de la salud y derecho a la intimidad del trabajador”, *Tribuna Social*, nº 68, pp. 64 y ss.; SÁNCHEZ PEGO, J. (1997): “La intimidad del trabajador y las medidas de prevención de riesgos laborales”, *Actualidad Laboral*, nº 2.; GOÑI SEIN, J. L. (1999): Límites constitucionales a los reconocimientos médicos obligatorios establecidos como medida de prevención de riesgos laborales”, *Revista de Derecho Social*, nº 5.

Con toda esta información tan específica de la persona que nos aportan los genes, el empleador, a la hora de contratar, cuenta en sus manos con un instrumento idóneo para discriminar en el acceso al empleo, seleccionando únicamente a los que se ha comprobado que reúnen unas cualidades genéticas "tolerables" para su contratación, (por ejemplo, contar con menos probabilidades de padecer futuras enfermedades), y postergando a todos aquéllos a los que se les han detectado hipotéticas "taras" en sus rasgos genéticos.

Los genes no son determinantes de la capacidad profesional requerida por el empleador para la prestación de trabajo. Es cierto que existen rasgos genéticos relacionados con determinadas enfermedades en el trabajo y que el empresario tiene la obligación de velar por la seguridad y salud en la empresa, pero ello no es argumento válido para justificar una utilización arbitraria del análisis genético. Los genes nos informan de prácticamente todo, de nuestras características físicas y psíquicas, de futuras enfermedades que puede contraer el trabajador, si el empleador conoce los resultados de una prueba genética practicada sobre un candidato donde se constatan las futuras enfermedades que va a sufrir el mismo estamos poniendo una condición insuperable a su contratación⁴¹.

Por lo que se refiere a la vida sexual, se establece la prohibición de indagar o investigar sobre la vida sexual del candidato, prohibición que, por supuesto, se hace extensiva al tratamiento de informaciones relativas a los comportamientos sexuales del demandante de empleo. Estos datos, hay que tener en cuenta que pueden estar en conexión a otros datos sensibles, como es el caso de la ideología⁴² o la salud⁴³, de ahí la razón de que gocen también de esta especial protección. Indiscutiblemente la vida sexual pertenece a la esfera íntima de la persona, de ahí esta especial protección respecto al tratamiento de datos sobre la misma.

La importante protección de este tipo de informaciones se refuerza en la misma LOPD, resaltando la prohibición de crear ficheros con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, origen racial o vida sexual (art. 7.4).

3.3. Datos referentes a infracciones penales o administrativas

Otros datos sobre los que se prevé una especial protección son los relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas, los cuales solamente podrán figurar en los ficheros de las Administraciones Públicas competentes (art. 7.5 LOPD). La consecuencia inmediata de este precepto es la prohibición en el ámbito de la empresa de ficheros cuyo contenido verse sobre los antecedentes penales o administrativos del candidato al empleo.

⁴¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. (1999): *Pruebas genéticas y Derecho del Trabajo*, Madrid, (Cívitas).

⁴² La preferencia o no por determinadas prácticas o comportamientos sexuales, manifestar la conformidad o disconformidad sobre la heterosexualidad o la homosexualidad pueden ser signos que sirvan para identificar la ideología o las creencias de la persona.

⁴³ Lamentablemente el homosexualismo se identifica con personas que han adquirido la enfermedad del sida, o el hecho de ser partidario de relaciones sexuales abiertas o en grupo, entender que por ello, las mismas, sufren todo tipo de enfermedades de transmisión sexual.

Por medio de esta prohibición se quiere evitar que el conocimiento de la referida información repercuta negativamente en el candidato, en el momento de su contratación, o en el trabajador, durante su vida laboral⁴⁴. No es una cuestión que queda clara, por silencio de la Ley, qué pasa cuando el empresario obtiene esta información por medio de preguntas directas al candidato, por lo que nos remitimos a lo ya expuesto sobre lo mismo. En el mismo sentido, nada dice la Ley respecto a lo que ocurre con las infracciones de naturaleza laboral. Disentimos de quienes opinan que a falta de mención expresa en la ley pudiera interpretarse como que la misma esté permitiendo el tratamiento informático de este tipo de infracciones⁴⁵. Si hemos definido como prohibidas la inclusión en ficheros de antecedentes penales o administrativos, que son datos de una mayor entidad en cuanto a sus conocimiento y repercusiones negativas para poder acceder a un empleo, y son en definitiva sanciones impuestas por un poder público, no entendemos cómo las posibles sanciones basadas en el poder disciplinario del empresario, que es un poder de naturaleza privada, sí puedan ser susceptibles de tratamiento. A nuestro parecer, el silencio de la ley evidencia que el hecho de la prohibición del tratamiento de infracciones penales y administrativas, hace innecesario, por quedar sobreentendidas, las de naturaleza laboral.

Tampoco hay referencia en la LOPD a las informaciones que es posible obtener a través de los números de identificación personal (Documento Nacional de Identidad, Numero de Identificación Fiscal, afiliación a la Seguridad Social...) razón por la cual no debemos considerarlos datos sensibles. Hubiera sido deseable, aunque fuera somera, una regulación de este tema en nuestra normativa nacional, por lo menos dejando entrever algo de preocupación por parte del legislador, pues los mismos constituyen un medio eficaz para adquirir y completar la información relativa a un individuo. La Directiva europea, no obstante, sí ha reparado atención a estos números de identificación personal, si bien vuelve a dejar en manos de la normativa de cada Estado en qué condiciones podrá utilizarse *el numero nacional de identificación o cualquier otro identificador de carácter general*.

La doctrina laboralista pone también de relieve que la LOPD tampoco contempla las informaciones relativas al grado de drogadicción o alcoholismo del aspirante a un empleo o trabajador, por lo que surge la cuestión de si el empleador o agencia de colocación al servicio de éste puede lícitamente indagar sobre tales extremos. Consideramos que indagar sobre estas circunstancias –salvo que la actividad a desempeñar por el trabajador pudiera poner en peligro su vida o la de terceras personas (piloto, transportista, cirujano) y justificara la necesaria verificación de su estado de salud, conforme a los postulados de la LPRL– se incurriría en una intromisión injustificada en la intimidad personal del

⁴⁴ Un interesante estudio del tema puede consultarse en DEL CARPIO FIESTAS, V (2005): "Divulgación de antecedentes penales y protección del derecho al honor y a la intimidad", *Aranzadi Civi-Mercantil*, nº 1.

⁴⁵ DEL REY GUANTER, S. (1993): Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo", *Relaciones Laborales*, nº 15, p. 25.; CARDONA RUBERT, M. B. (1994): "Tratamiento automatizado de datos personales del trabajador", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 16, p. 109.

demandante de empleo o trabajador⁴⁶, y susceptible de considerarse una discriminación prohibida por los arts. 14 CE y 4.2 c) y 17.1 ET⁴⁷.

⁴⁶ El informe 182/2004 del Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos ha reconocido a los datos sobre drogodependencia el carácter de datos relativos a la salud y, en consecuencia, merecedores de especial protección.

⁴⁷ CARDONA RUBERT, M^a. B. (1994): "Tratamiento automatizado de datos personales del trabajador", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 16, p. 83 y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S. (2009): *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas*, Albacete (Bomarzo), p. 58 y 59.