

PODER DE DIRECCIÓN Y DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR EN RELACIÓN A SU SALUD

Luz Pacheco Zerga*

La salud es un bien fundamental y, por esa razón, la Constitución reconoce el derecho a su protección (art. 7). El Tribunal Constitucional (TC), ha precisado que este derecho conlleva «el deber de contribuir a su promoción y defensa»¹. Por salud, sigue diciendo el TC, se entiende «la facultad inherente a todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica, así como de restituirlo ante una situación de perturbación del mismo»².

Este derecho, al igual que los demás contenidos en la Constitución impone una doble dimensión: subjetiva y objetiva. La primera se refiere al necesario espacio de libertad de ejercicio. La segunda, al ámbito de actuación positiva del poder público, que le obliga a poner en marcha políticas serias de promoción de los derechos³.

El TC también ha precisado que, si bien el derecho a la salud no está contenido en el capítulo de derechos fundamentales, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida (art. 2°), a la integridad (art. 2°) y al principio de dignidad (art. 1° y 3°), que lo configura como un derecho fundamental indiscutible, pues, constituye «condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo» (art. I, Título Preliminar de la Ley N.° 26842, General de Salud)⁴.

* Doctora en Derecho, optado en la Universidad de Navarra, España.

¹ Exp. 1429-2002- HC/TC, del 19 noviembre 2002, f.j. 12.

² *Ibidem*.

³ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*, Palestra, Lima, 2005, p. 344.

⁴ Cfr. Exp. 1429-2002- HC/TC, del 19 noviembre 2002, f. j, s 14.

Más aún, el derecho a la salud «constituye uno de los derechos constitucionales de mayor importancia»⁵. Por tanto, si el derecho a la salud es un bien fundamental directamente emparentado con la dignidad de la persona y ésta, a su vez, incluye el derecho a la intimidad⁶, podemos afirmar que cuando nos referimos al derecho a la intimidad en relación a la salud, éste comprende tanto el ser titular de unas facultades negativas o de exclusión para impedir intromisiones no deseadas en la propia salud, como positivas para controlar los datos personales que a ella se refieren, que pueden ser comunicados en la vida social y constituyen el «derecho informático a la intimidad»⁷.

En el ámbito laboral tiene importancia delimitar los alcances de este derecho para que el empresario ejercite su poder de dirección en armonía con el del trabajador. La facultad de organizar el trabajo y exigir el cumplimiento del servicio pactado, debe ejercitarse con respeto a la dignidad y a la intimidad del trabajador, puesto que ninguna relación laboral puede «limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad» de éste⁸. Por tanto, las facultades de dirección y control que le competen al empresario –para lograr los fines del contrato– se encuentran delimitadas por el derecho a la intimidad en relación a la salud.

La protección de la intimidad de la salud del trabajador comprende tanto los aspectos físicos como los psíquicos y el empresario no puede violar –en relación a ellos– «aquél ámbito del derecho cuya revelación pública implica un grado de excesiva e irreparable aflicción psicológica en el individuo»⁹. Delimitar ese ámbito exige analizar las escasas normas laborales que regulan los poderes del empleador en relación a la salud del trabajador. En primer lugar rigen, como marco general hermenéutico, las disposiciones de la Ley 26842, Ley General de Salud (LGS), que establece las obligaciones genéricas del empresario en relación a la salud e higiene¹⁰ y las específicas, sobre el derecho a la intimidad de

⁵ Exp. 1429-2002- HC/TC, del 19 noviembre 2002, f.j. 15. La Ley General de Salud (Nº 26842) califica su protección como «de interés público» (Título Preliminar, II).

⁶ Sobre la relación entre dignidad e intimidad remito a lo escrito en PACHECO ZERGA, LUZ, *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2007, Capítulo III.

⁷ Para una explicación más amplia ver PACHECO ZERGA, LUZ, «El poder de control empresarial y el respeto a la intimidad en la utilización de los recursos electrónicos: un estudio de derecho comparado», en *Laborem*, Nº 6, 2006, pp. 26 y ss.

⁸ Cfr. Constitución del Perú (CP), art. 23.

⁹ Exp. 011-2004-AI/TC, 21 septiembre 2004, f.j. 37.

¹⁰ Los arts. 100 a 102 se refieren a las obligaciones que competen a quienes conduzcan o administren centros de trabajo de proteger la salud de los trabajadores y de los terceros en sus actividades, así como de proveer de las adecuadas medidas de higiene y seguridad en los locales que utilicen.

cualquier usuario de un servicio de salud¹¹. Por su parte, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) ha previsto como causal de despido la negativa a someterse a un examen médico previamente convenido o establecido por la ley¹², y la nulidad del despido producido en cualquier momento de la gestación o dentro de los noventa días posteriores al parto, si no se acredita la existencia de causa justa y la trabajadora hubiera notificado «documentalmente» al empresario su estado¹³. Complementa esta disposición la Ley 28048, que faculta a una mujer gestante a solicitar un cambio de labor cuando ésta afecte su salud y/o el desarrollo normal del embrión y feto. La LPCL, además, ha calificado como falta grave la negativa del trabajador a someterse a una prueba médica para determinar si se encuentra en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas o sustancias estupefacientes¹⁴. Por último, ha establecido como causales de suspensión del contrato de trabajo, tanto la enfermedad y el accidente comprobados, como la maternidad durante el descanso pre y postnatal¹⁵. Finalmente, el Reglamento de Seguridad e Higiene en el Trabajo (D.S. 009-2005-TR) recoge la obligación del empresario de practicar exámenes médicos a sus trabajadores antes, durante y al término de la relación, acordes con los riesgos a los que están expuestos¹⁶.

Debemos, por tanto, dilucidar cómo opera el deber de respeto a la intimidad de la salud del trabajador en estos supuestos, a la luz de la doctrina académica y de la jurisprudencia nacional y de derecho comparado. Para ello, dividiremos el presente estudio en tres apartados: a) La intimidad informática y la utilización de datos de salud del trabajador b) El derecho a la intimidad en los casos de maternidad y; c) El derecho a la intimidad de la salud en los casos de control empresarial.

1. LA «INTIMIDAD INFORMÁTICA» Y LA UTILIZACIÓN DE DATOS PERSONALES DEL TRABAJADOR

El derecho a la intimidad del trabajador se extiende a los datos personales que el empresario conozca por los procesos de selección y contratación de personal

¹¹ Ley 26842: Artículo 150.- Toda persona, usuaria de los servicios de salud, tiene derecho:
a) Al respeto de su personalidad, dignidad e intimidad;
b) A exigir la reserva de la información relacionada con el acto médico y su historia clínica, con las excepciones que la ley establece.

¹² Art. 23 c).

¹³ Art. 29 e).

¹⁴ Art. 25 e).

¹⁵ Art. 12 b) y c) . Dejamos fuera de este análisis la invalidez temporal y la absoluta permanente por exceder los objetivos previstos para esta investigación.

¹⁶ Art. 39 d).

o por otras circunstancias anejas a la celebración o ejecución del contrato de trabajo, como pueden ser una solicitud de crédito, la afiliación a determinado sindicato, una enfermedad, etc. El uso que puede hacer de esta información debe ser conforme al art. 2.6 de la Constitución del Perú¹⁷: disposiciones semejantes se encuentran en el Derecho comparado, que nos servirán de referencia para nuestro análisis¹⁸.

La jurisprudencia y la doctrina académica españolas se refieren al derecho a «la intimidad informática del trabajador»¹⁹, resultante de la extensión del empleo de computadoras y ficheros electrónicos en las empresas, que si bien son una fuente de progreso constituyen, a la vez, un riesgo adicional a la protección de los datos personales²⁰. La intimidad informática constituye un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental: «el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento automatizado de datos»²¹. En este sentido el derecho a impedir la intromisión en la intimidad, no sólo tiene un aspecto pasivo, de repeler la injerencia, sino activo, de controlar los datos personales que se hayan tenido que comunicar por exigencias de la relación laboral.

En este sentido el TC peruano ha declarado que «el derecho a la intimidad no importa, *per se*, un derecho a mantener en el fuero íntimo toda información que atañe a la vida privada, pues sabido es que existen determinados aspectos referidos a la intimidad personal que pueden mantenerse en archivos de datos, por razones de orden público (vg. historias clínicas). De allí la necesidad de que

¹⁷ «Toda persona tiene derecho: (...) A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar».

¹⁸ Cfr. del REY GUANTER, Salvador, «Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo», en *Relaciones Laborales*, II, 1993, 138. Por ejemplo, la Constitución Española (CE) establece en su art. 18.4: «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». En este país ha sido desarrollada legislativamente el alcance de esta protección por la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), que al proteger los datos de carácter personal, lo que hace es proteger a personas concretas.

¹⁹ Ver las reflexiones y referencias bibliográficas citadas por DE VICENTE PACHÉS, Fernando, *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1998, pp. 135 y ss.

²⁰ Si según el Parlamento Europeo, sólo una 'sociedad informatizada puede ser democrática', entonces «sólo con unas relaciones laborales informatizadas puede profundizarse en los valores superiores que nuestra Constitución consagra». del REY GUANTER, «Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo», p. 160.

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional español (STCe) 254/1993 (RTC1993, 254), f.j. 6.

la propia Carta Fundamental establezca que el acceso a dichas bases de datos constituyan una excepción al derecho fundamental a la información, previsto en el primer párrafo del inciso 5 del artículo 2º de la Constitución»²².

En España, el TC ha negado la posibilidad de que el empresario cuente con un fichero informatizado, no individualizado, en el que consten las incapacidades temporales de los trabajadores. Ese Tribunal otorgó el amparo a un trabajador que solicitó la destrucción del expediente que tenía la empresa conteniendo sus datos de salud, dentro de una base de datos que contenía las revisiones periódicas realizadas por los servicios médicos de la empresa y empresas médicas subcontratadas, así como los certificados por incapacidad temporal extendidos por los facultativos de la Seguridad Social, argumentando que no había otorgado su consentimiento expreso para que existiera tal fichero²³. Él trabajador desempeñaba en ese momento la Presidencia del Comité de Empresa y solicitó a la empresa la relación de los datos relativos a su salud contenidos en el fichero médico. De este modo pudo comprobar que estaban consignadas las «bajas» (ausencias subsidiadas) temporales que había causado desde abril de 1988 hasta agosto de 1995. El trabajador consideró vulnerado su derecho a la intimidad y demandó al empresario. El Juzgado de lo Social y el Tribunal de los Social de Justicia (TSJ) de Cataluña consideraron que no se había producido tal vulneración porque el fichero era manejado sólo por los médicos, que guardaban el sigilo profesional, se había entregado copia de los mismos únicamente al interesado y que la existencia del fichero era una obligación del empresario, de acuerdo a las normas vigentes²⁴. No obstante, ambas instancias, advirtieron al reclamante de la posibilidad de dirimir en la jurisdicción contencioso administrativa el cumplimiento de la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal (LORTAD) o de dirigirse a la Agencia de Protección de Datos, para realizar el reclamo correspondiente.

El fichero, según consta en los hechos probados recogidos en la sentencia, era «no individualizado» y había sido rotulado como de «absentismo por baja médica», aunque no se hubiese probado la función controladora de absentismo. No obstante, la sentencia del TC parte de este supuesto y concluye que se trataba de un instrumento controlador de bajas del empresario, por lo que constituía

²² Exp. 011-2004-AI/TC, 21 septiembre 2004, f.j. 35.

²³ STCe 202/1999 (RTC 1999, 202).

²⁴ Resume la normativa aplicable a este caso y comenta crítica y detalladamente esta sentencia MONTROYA MELGAR, Alfredo, «Sentencia 202/1999, de 8 de noviembre. Ficheros de datos automatizados sobre la salud del trabajador y derechos a la intimidad y la libertad informática», en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, vol. XVII, ALONSO OLEA, Manuel / MONTROYA MELGAR, Alfredo (eds.), Civitas, Madrid, 1999, pp. 300-07.

una «medida inadecuada y desproporcionada», contraria al derecho a la intimidad y a la «libertad informática», porque la ley no faculta al empresario a controlar el absentismo, mediante el almacenamiento informático de los datos relativos a la salud, sin el consentimiento de los trabajadores²⁵. No obstante, cabe preguntarse ¿cómo es posible delimitar la obligación del pago de subsidios por el empresario si no se lleva un registro de los días de ausencia (baja) médica por Incapacidad Temporal originada por riesgos comunes²⁶? La necesidad de contar con un documento en el que consten estos datos no sólo es una necesidad material indispensable para cumplir con la obligación legal, sino también un derecho del trabajador, que puede exigir a las instituciones públicas de sanidad, una «constancia por escrito de todo su proceso»(art. 10.11 Ley General de Sanidad²⁷). Por tanto, resulta intrascendente el soporte material del documento, ya que éste tiene necesariamente que existir.

A mayor abundamiento, la doctrina laboral española hizo notar que, en este caso y a la vista de los hechos probados, el objetivo del fichero era aún más amplio porque tendía a «garantizar la salud del trabajador en el marco constitucional del derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE)»²⁸. De allí, que las conclusiones a las que llegó el Alto Tribunal sobre la vulneración a la intimidad por considerar que la medida era desproporcionada y la utilización de los datos desviada, no parece tener asidero en los hechos probados²⁹. Al empresario le

²⁵ STCe 202/1999 (RTC 1999, 202).

²⁶ En España el empresario es responsable de las prestaciones por Incapacidad Temporal derivada de riesgos comunes desde los días cuarto al decimoquinto (art. 131 Ley General de Seguridad Social). En el Perú, de acuerdo con el artículo 15° del D.S. N° 009-97, Reglamento de la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, el subsidio por incapacidad temporal se otorga en dinero, con el objeto de resarcir las pérdidas económicas de los afiliados regulares en actividad, derivados de la incapacidad para el trabajo ocasionada por el deterioro de su salud. Equivale al promedio diario de las remuneraciones de los últimos cuatro meses inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia, multiplicado por el número por el número de días de goce de la prestación. El derecho a subsidio por cuenta del Seguro Social de Salud se adquiere a partir del vigésimo primer día de incapacidad. Durante los primeros 20 días de incapacidad, la entidad empleadora continúa obligada al pago de las remuneraciones o retribución. Para tal efecto, se acumulan los días de incapacidad remunerados durante cada año calendario.

²⁷ Ley 14/1986, de 25 abril.

²⁸ MONTROYA MELGAR, «Sentencia 202/1999, de 8 de noviembre. Ficheros de datos automatizados sobre la salud del trabajador y derechos a la intimidad y la libertad informática», p. 305.

²⁹ La sentencia anuló las resoluciones impugnadas, declaró contraria al derecho a la intimidad la existencia de diagnósticos médicos en la base de datos y ordenó su eliminación. No obstante, la única infracción que realmente cometió el empresario fue la de no inscribir el fichero en el registro de la Agencia de Protección de Datos, una obligación que no estaba

queda como opción, luego de este pronunciamiento, rotular ese tipo de archivo de modo tal que no siembre dudas sobre su finalidad o solicitar expresamente el consentimiento del trabajador para almacenar la información sobre su salud, especificando el objetivo de tal control.

En nuestro país, el TC al analizar los alcances del secreto bancario ha declarado que «determinadas manifestaciones del derecho a la intimidad no importan conservar en conocimiento privativo del titular la información a ella relativa, sino tan sólo la subsistencia de un ámbito objetivo de reserva que, sirviendo aun a los fines de la intimidad en tanto derecho subjetivo constitucional, permitan mantener esa información reservada en la entidad estatal que corresponda, a fin de que sea útil a valores supremos en el orden constitucional, dentro de márgenes de razonabilidad y proporcionalidad»³⁰. Por tanto, *mutatis mutandi* podemos afirmar que el empresario puede utilizar la información reservada de la salud del trabajador dentro de esos mismos márgenes y, en todos los casos, para fines constitucionales y lícitos. Por tanto, es conforme a los valores de la Constitución tener un fichero electrónico de datos de salud que sean empleados con la reserva establecida en la LGS y para los fines previamente determinados por las partes.

2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LOS CASOS DE MATERNIDAD

Hemos visto que el poder de control o dirección del empresario puede verse afectado cuando despide a una mujer embarazada, o cuando ésta solicita el descanso pre o post natal, así como un cambio de labores porque las que realiza afectan su salud y/o constituyen un riesgo para el embrión o feto.

En la legislación nacional se exige que la trabajadora haya comunicado «documentalmente» su estado al empresario para que proceda la protección del despido nulo (LPCL, art. 29 e). En el Derecho comparado encontramos posturas diversas sobre la exigencia de comunicar el estado de embarazo para que proceda la protección contra el despido arbitrario. Sin embargo, la tendencia dominante es la de no exigir esa comunicación, como se aprecia en Ley de Conciliación de la vida familiar y laboral de España, Ley 29/1999, de 5 de noviembre, que supera la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992,

tipificada como falta administrativa en la LORTAD, pero sí en la LOPD, en el art. 44.2 c) y 3 k). En este mismo sentido se pronuncia *Ibid.*, 307., Otro sector de la doctrina no cuestiona esta sentencia, Cfr., por todos, MERCADER UGUINA, Jesús R., «Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?», en *Relaciones Laborales*, N° I, 2001, p. 676.

³⁰ Exp. 011-2004-AI/TC, 21 septiembre 2004, f.j. 38.

relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de trabajadora embarazada³¹.

En consecuencia, la prueba documental a que se refiere el inciso e) del art. 29 de la LPCL resulta anacrónica y debe interpretarse en forma sistemática y teleológica, teniendo en cuenta las disposiciones de la CEDM y las normas supranacionales imperativas *-ius cogens-*, ante las cuales no es lícito oponer las normas de derecho interno para eximirse de su cumplimiento. De allí que los jueces deban brindar a la mujer embarazada una tutela más enérgica. Parece más conforme con el respeto debido a la intimidad de la trabajadora, el dispensarla «de la carga de acreditar los indicios de discriminación y singularmente el conocimiento por el empresario del embarazo, prueba muy difícil y posiblemente atentatoria a la dignidad de la mujer que no tiene porqué participar su estado para salvaguardar su puesto de trabajo»³². Lo cual, indudablemente, exige una reforma de la actual normativa.

En los casos en que la trabajadora gestante invoque la protección que le otorga la Ley 28048 por existir riesgos para la propia salud o la de su hijo por nacer la normativa el empresario debe cambiar de labores a la solicitante, a la presentación del certificado médico particular que ella presente³³. En consecuencia, el empleador no puede exigir, como requisito para cumplir con el mandato legal, que ese certificado sea extendido o convalidado por un médico de la empresa. Y la trabajadora tiene derecho a dejar de trabajar en la labor que haya sido calificada como riesgos³⁴. Por tanto, la legislación le reconoce un derecho

³¹ El texto vigente en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, modificado por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, contiene dos reglas que operan sobre ámbitos diferentes y con un alcance distinto. La primera se refiere a la nulidad de los despidos que respondan a un móvil que implique discriminaciones prohibidas por la Constitución o la ley, o violen derechos fundamentales o libertades públicas de los trabajadores, abstracción hecha de su sexo, son nulos. La segunda, es la contenida en el apartado b) del mismo precepto, que declara nulo el despido de las trabajadoras embarazadas desde el inicio del embarazo hasta el comienzo de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad. «La primera idea que sugiere la lectura de ambos pasajes del artículo 55.5 es la de que el «móvil» en el despido de la trabajadora embarazada, a diferencia de lo que sucede en el anterior supuesto, resulta indiferente, en cuanto no se alude a móvil alguno que determine la conducta empresarial; de lo que se trata es de proteger la maternidad en sí misma, con independencia de las razones que puedan llevar al empresario a prescindir de los servicios de la trabajadora gestante». IGLESIAS CABRERO, Manuel, *Garantías de las trabajadoras embarazadas frente al despido. Una cuestión que sigue suscitando dudas*, Thomson Reuter, II, 2009 [cited 767], p. 19.

³² Voto Particular firmado por siete Magistrados de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo español en la Sentencia en Casación del 19 de julio de 2006 (RJ 2006\6653).

³³ D.S. N° 009-2004-TR, art. 7.

³⁴ D.S. N° 009-2004-TR, art. 12.

de exclusión de acciones que considera negativas para su salud y la de su hijo por nacer. Asimismo, tiene el derecho de que se mantenga la confidencialidad de los daños que puedan seguirse a la exposición que haya tenido a los agentes físicos o químicos calificados como dañinos para ella y/o su hijo (a).

3. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LOS CASOS DE CONTROL EMPRESARIAL

El control de la salud del trabajador es una obligación para el empresario y un deber para el trabajador, que se encuentra regulado en las normas específicas a las que nos hemos referido en los apartados anteriores³⁵. A su vez, la LPCL califica como causa de suspensión del contrato la enfermedad o el accidente comprobados (art. 12 b) y de despido «la negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes» (art. 23 c).

Las finalidades de estas disposiciones son diversas. La primera de ellas se ordena a que el empresario pueda verificar el estado de salud del trabajador ante las faltas de asistencia al trabajo y comprobar si éstas son justificadas o injustificadas y reorientarlas a las medidas disciplinarias que corresponda³⁶. La segunda, se encuadra dentro del deber de vigilancia de la salud del trabajador, en relación a los riesgos inherentes al trabajo, y persigue poner los medios adecuados para garantizarla³⁷.

En relación al primer supuesto, no existe disposición legal alguna que faculte al empresario, a verificar el estado de salud del trabajador enfermo por medio de médicos designados por la empresa. Sin embargo, esta potestad puede estar recogida en el Reglamento Interno de Trabajo o en el Convenio Colectivo, al no haber ninguna disposición legal al respecto. En estos casos, es frecuente que las

³⁵ Ley General de Salud, Reglamento de Seguridad y Salud en el trabajo, Ley de Protección de la Madre Gestante.

³⁶ LUQUE PARRA, Manuel / MARTÍNEZ FONS, Daniel, «La determinación de la prestación de servicios», en *Tratado práctico de Derecho del trabajo y Seguridad Social*, MARTÍN VALVERDE, Antonio / GARCÍA MURCIA, Joaquín (dir. y coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 711.

³⁷ Desarrolla *in extenso* el alcance de este precepto en el Derecho español: PEDROSA ALQUÉZAR, Sonia Isabel, *La Vigilancia de la Salud en el Ámbito Laboral*, Consejo Económico Social, Madrid, 2005. Se puede consultar también DE VICENTE PACHÉS, *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, pp. 265-94., MARTÍNEZ FONS, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, pp. 343-65, BLASCO PECILLER, Ángel, «El deber empresarial de vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad del trabajador», en *Trabajo y libertades públicas*, BORRAJO DACRUZ, Efrén (dir.), La Ley, Madrid, 1999, pp. 249-79.

empresas supediten el reconocimiento de la suspensión imperfecta del contrato de trabajo a la verificación del estado de enfermedad. De ser así, el empresario se encuentra obligado a enviar el médico al domicilio del trabajador si éste no pudiera acercarse al consultorio médico y no podrá alegar carecer de personal suficiente para realizar esta función para descalificar la suspensión del contrato de trabajo, ni puede obligar al trabajador a trasladarse si esto perjudica su salud. Lo contrario constituiría un abuso del derecho, no amparado ni por la Constitución ni por el Ordenamiento jurídico en general³⁸, que atentaría contra el deber de buena fe que obliga al empresario con la misma fuerza que al trabajador³⁹ y contra el derecho fundamental a la intimidad.

En caso que el trabajador se encontrase en su domicilio, se debe respetar la inviolabilidad del domicilio y, reiteramos, no se le puede obligar a desplazarse a otro lugar, con detrimento de su salud. A lo sumo, si el empresario duda de la veracidad del estado de incapacidad temporal y, por tanto, sospecha que se ha quebrantado de la buena fe laboral, podrá contratar los servicios de detectives privados, cuyo testimonio será válido como prueba testifical⁴⁰.

En relación al segundo supuesto, –los controles periódicos de salud– nos encontramos con una medida de control y vigilancia del empleador dirigida a proteger al trabajador y, a su vez, a deslindar su responsabilidad en caso de enfermedad profesional. El trabajador tiene derecho a negarse a ser sometido a un examen médico no convenido previamente ni exigido por la legislación vigente: su negativa no puede ser empleada para efectos disciplinarios porque forma parte del derecho a la intimidad. Por el contrario, cuando esa negativa desconoce un pacto previo o un mandato legal, la sanción prevista legalmente es el despido justificado. La razón es evidente: se incumple un deber nacido de la voluntad de las partes o del Ordenamiento vigente y, además, se quebranta el deber de obrar de buena fe, es decir, con veracidad y lealtad respecto a los compromisos asumidos con el contrato de trabajo⁴¹.

No obstante, en ningún caso es lícito realizar un examen médico contra la voluntad del trabajador: lo contrario sería desconocer su derecho a resguardar un espacio de intimidad, aún cuando ejercite esa facultad indebidamente. Negársela equivaldría a negar su condición personal y el respeto integral que

³⁸ CP, art. 103 y art. II del Título Preliminar del Código Civil.

³⁹ Para un estudio más amplio de esta cuestión remito a lo ya expresado en PACHECO ZERGA, *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, pp. 54-58.

⁴⁰ En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo español en una sentencia del 23 enero 1990 (RJ 1990/198).

⁴¹ Cfr. PACHECO ZERGA, LUZ, «Respeto a la dignidad humana y deber de buena fe», en *Análisis Laboral*, N° 354, 2006, pp. 7-9.

merece todo ser humano. No se puede olvidar que *lo digno* en el ser humano «no es sólo su razón, sino también su naturaleza corporal»⁴². El deber de mutuo respeto que caracteriza la relación jurídico-laboral no se agota en el que se le debe al cuerpo y a su integridad, pero es el punto de partida de las relaciones humanas.

El derecho a la intimidad permite excluir a terceros de cualquier intromisión en la esfera íntima, así como prohibirles hacer uso de lo que puedan conocer de ese ámbito⁴³. Los terceros tendrán acceso a la privacidad de la persona cuando exista una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada⁴⁴ o cuando el interesado otorgue un consentimiento eficaz, porque, en definitiva, «corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno»⁴⁵.

En consecuencia, el control sobre la salud del trabajador que legítimamente puede realizar el empresario, quedará en la esfera externa de la conducta de aquél. Si el trabajador se niega a ser examinado por el médico que determine la empresa, no es posible imponerle por la fuerza ese control. Si la negativa del trabajador fuera irrazonable y obstruccionista, el empresario estará facultado a imponer las sanciones disciplinarias que crea conveniente, de acuerdo al quebranto de la buena fe que implique esa conducta⁴⁶.

El examen médico puede ser equiparado a una forma de registro personal. Por eso resulta útil conocer una acción de amparo resuelta por el TC español⁴⁷. Este Tribunal amparó la demanda de un recluso, que se negó a obedecer la orden de desnudarse y hacer flexiones para que el vigilante pudiera comprobar si se

⁴² GONZÁLEZ, Ana Marta, «La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica», en *Bioteología, Dignidad y Derecho: bases para un diálogo*, EUNSA, Pamplona, 2004, p. 30.

⁴³ Ver art. 15 b) de la Ley 26842 y art. 120, que establece: Toda información en materia de salud que las entidades del Sector Público tengan en su poder es de dominio público. Queda exceptuada la información que pueda afectar la intimidad personal y familiar o la imagen propia (...).

⁴⁴ Así lo reconocen las SSTCe 44/1999 (RTC 1999, 44); 207/1996 (RTC 1996, 207); 292/2000 (RTC 2000, 292) y 70/2002 (RTC 2002, 70).

⁴⁵ STCe 83/2002 (RTC 2002, 83).

⁴⁶ Sobre el poder sancionador del empresario en este aspecto y las soluciones que aporta la doctrina ante la disconformidad entre el informe médico privado y el público, ver LUQUE PARRA / MARTÍNEZ FONS, *La determinación de la prestación de servicios*, pp. 711-12. En similar sentido opina SALA FRANCO, Tomás, «El derecho a la intimidad y a la propia imagen las nuevas tecnologías de control laboral», en *Trabajo y libertades públicas*, BORRAJO DACRUZ, Efrén (dir.), La Ley, Madrid, 1999, pp. 226-27. En el Perú es suficientemente claro el art. 23 c) de la LPCL.

⁴⁷ STCe 57/1994 (RTC 1994, 57).

había introducido droga en el cuerpo. En este caso, aún cuando la orden estuviese encaminada a la seguridad y buen orden del centro, no se justificaba porque no se coonestaba con el derecho a la intimidad del recluso⁴⁸. La dignidad humana es título suficiente para no ser sometido a un trato degradante, como sería violentar el sentimiento de pudor personal, que está protegido por el ordenamiento y por la jurisprudencia constitucional del Perú y del derecho comparado⁴⁹.

De lo afirmado hasta ahora se puede concluir que el derecho a la intimidad se extiende tanto al ámbito *corporal* como al *personal*. Esta distinción es importante porque permite proteger de injerencias sobre el propio cuerpo y de aquellas que se realicen sobre la esfera no física pero igualmente privada o íntima de la persona. El derecho a la intimidad corporal no se agota en la realidad física del cuerpo humano, sino que la trasciende y se integra en una valoración cultural, que se concreta en el sentimiento de pudor y de recato personal. Estos sentimientos protegen ese *minimum* inviolable de la dignidad de la persona, reafirmado por la jurisprudencia constitucional peruana⁵⁰, en el que se desarrolla un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás y que resulta necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima en la vida humana⁵¹.

⁴⁸ STCe 57/1994 (RTC 1994, 57). La sentencia afirma que de haberse acreditado la necesidad de la medida por las circunstancias del centro penitenciario, la orden hubiera sido lícita y la sanción impuesta al recluso que se negó a obedecerla, justificada. El TC, siguiendo su criterio de jerarquización de derechos, en base a límites externos y no internos, afirma que «la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto» (STCe 37/1988 (RTC 1988, 37)). La amplitud de este pronunciamiento vulnera el carácter inviolable que tienen los derechos inherentes a la dignidad (art. 101.CE), entre los cuales se encuentra el de la intimidad corporal, que, sin razón suficiente y contra toda lógica, la S. desvincula de la dignidad personal, al afirmar que un acto puede atentar contra la intimidad corporal pero no por eso ser vejatorio, como si el cuerpo no fuera la expresión de la persona. Hubiera sido deseable que el TC reconociera que un registro de este tipo sólo es procedente cuando esté en juego la vida e integridad física del grupo social, pero salvaguardando siempre y en todos los casos, el respeto a la dignidad personal de la persona sospechosa de conducta fraudulenta.

⁴⁹ STCe 57/1994 (RTC 1994, 57). Este derecho delimita también la facultad del empresario de realizar registros en la persona del trabajador cuando sospecha que tiene en su poder bienes de la empresa.

⁵⁰ Ver, por todos, Exp. 0010-2002, A1/TC del 3 enero 2003, f.j. 214.

⁵¹ En este sentido se han pronunciado, en el Derecho comparado entre otras, las SSTCE 231/1988 (RTC 1988, 231); 197/1991 (RTC 1991, 197); 57/1994 (RTC 1994, 57); 143/1994 (RTC 1994, 143); 207/1996 (RTC 1996, 207); 98/2000 (RTC 2000, 98); 156/2001 (RTC 2001, 156) y 127/2003 (RTC 2003, 127).

Por tanto, el consentimiento del trabajador resulta esencial para la licitud del control. Consideramos que sólo sería posible obviar ese consentimiento, cuando estuviese en riesgo la vida del trabajador o de sus compañeros de trabajo, siguiendo un criterio establecido por la jurisprudencia constitucional española⁵². Por otro lado, no serían suficientes, para considerar otorgado el consentimiento, el que unas determinadas pruebas hayan sido pactadas en el convenio colectivo, ni que se encuentren en los protocolos o manuales internos aprobados por la Dirección de la empresa. En todos los casos es necesario que el trabajador conozca el tipo de prueba que se le hacen y los fines para los cuales se emplearán esos resultados. No convalida el consentimiento el hecho de entregar una muestra de materia orgánica: la información ha de ser específica y el consentimiento expreso, aunque no necesariamente por escrito⁵³.

La finalidad de este control, como ya hemos dicho, es la de proteger la salud del trabajador, por tanto la información que se obtenga mediante uno de estos controles no puede utilizarse para fin distinto del establecido en la ley de la materia, de hacerlo se vulneraría la intimidad del trabajador afectado y sería una utilización discriminatoria⁵⁴. En consecuencia, ese reconocimiento

⁵² La STCe 196/2004 (RTC 2004, 196) ha restringido los alcances de la sustitución del consentimiento del trabajador, por el de sus representantes legales sólo a estos casos extremos. En estas situaciones habrá de observarse, lo que establece el art. 22.1 Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) in fine, según el cual se «realizarán los reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo».

⁵³ STCe 196/2004 (RTC 2004, 196). Lo difícil, en estos casos, sería la prueba.

⁵⁴ Por esta razón, en España le fue concedido el amparo a una trabajadora a la que se le detectó un consumo de *cabbanis* superior al permitido en los estándares de la empresa y, por esta razón, no se le renovó el contrato de trabajo. Atendiendo a que se le habían renovado los anteriores contratos temporales por tres años consecutivos, el TC concluye, al margen de otras consideraciones, que se utilizaron los resultados del control para un fin distinto al previsto, esto es, la extinción del contrato de trabajo, en lugar de orientarlo a una mejora de la salud. STCe 196/2004 (RTC 2004, 196). Sobre la necesidad de probar la habitualidad y la repercusión negativa en el trabajo para reconducir un dato que revela el consumo de estupefacientes o alcohol hacia la causa de despido del art. 54.2 f) ET, ver MARTÍNEZ FONS, Daniel, «Intimidad y vigilancia de la salud del trabajador en la relación de trabajo (Iberia). Comentario a la STCO 196/2004, de 14 de noviembre», en *IUSLabor*, Nº 2, 2005. En el Perú, esta limitación al empleo de la información que obtenga el empresario está expresamente señalada en el art. 68 b. del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el trabajo, que establece como un derecho del trabajador el ser informado a título personal, «sobre los resultados de los informes médicos previos a la asignación de un puesto de trabajo y los relativos a la evaluación de su salud. Los resultados de los exámenes médicos al ser confidenciales, no son pasibles de uso para ejercer discriminación alguna contra los trabajadores en ninguna circunstancia o momento».

médico no es «un instrumento del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores, como tampoco una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar»⁵⁵. Así lo establece claramente nuestra legislación en el art. 68, b) del Reglamento de Seguridad y Salud en el trabajo.

Sin embargo, esto no impide que el empresario realice otros controles médicos para determinar la aptitud del trabajador para un puesto determinado. En este caso, no debe incluir el resultado de esas pruebas en la carta de despido, por la protección debida a la intimidad: será suficiente la remisión al resultado de esos controles, que son siempre de dominio del trabajador. El Tribunal Supremo español considera que, en estos despidos, la falta de precisión de la causa extintiva no vulnera el derecho de defensa del trabajador (art. 53.1 a) ET) porque no se puede prescindir «de la terminante reserva de toda información médica que impone la LPRL»⁵⁶. Entendemos que nuestra legislación nos lleva a la misma conclusión.

Por último, el despido fundamentado en la enfermedad del trabajador que incapacita para desarrollar adecuadamente las labores pactadas no es ni atentatorio al derecho a la intimidad ni discriminatorio porque la causa del despido no es la enfermedad en sí misma sino la falta de aptitud para el trabajo⁵⁷.

⁵⁵ STCe 196/2004 (RTC 2004, 196). Ver el comentario a esta sentencia realizado por GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz, «Sentencia 196/2004, de 15 de noviembre. Vigilancia de la salud del trabajador y derecho a la intimidad», en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, vol. XX, OLEA, Alonso / MONTOYA MELGAR, Alfredo (eds.), Civitas, Madrid, 2004, pp. 391-412.

⁵⁶ «El derecho a la oportunidad de defensa del trabajador frente a la decisión extintiva del contrato de trabajo no puede considerarse gravemente afectado en el presente caso, por la ineludible limitación de su expresión causal, ya que, al haberle hecho saber que tal decisión venía determinada por el dictamen del Servicio de Vigilancia de Salud de la Mutua de Accidentes de Trabajo, consecuente al reconocimiento médico practicado en virtud de lo dispuestos en la LPRL, el trabajador pudo recabar de dicho servicio la comunicación del «resultado» del reconocimiento, cuyo derecho le viene conferido por el artículo 22.3 de dicha Ley». STS de 22 julio 2005, (Recurso num. 1333/2004).

⁵⁷ En España se ha dilucidado esta cuestión con un criterio formalista y positivista: considerar que la enfermedad no está tipificada como factor de discriminación en el art. 14 de la Constitución y que, por tanto, el despido es válido. Un comentario sobre esa Sentencia (STCe 62/2008 de 26 mayo) se encuentra en RODRÍGUEZ-PIÑERO / BRAVO FERRER, Miguel, «Despido por enfermedad y discriminación», en *Relaciones Laborales*, N° 20, 2008, pp. 1-21.

BIBLIOGRAFÍA

BLASCO PECILLER, Ángel, «El deber empresarial de vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad del trabajador», en BORRAJO DACRUZ, Efrén (dir.), *Trabajo y libertades públicas*, La Ley, Madrid, 1999, pp. 249-79.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*, Palestra, Lima, 2005.

DE VICENTE PACHÉS, Fernando, *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1998.

DEL REY GUANTER, Salvador. «Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo», en *Relaciones Laborales*, II, 1993, pp. 135-60.

GONZÁLEZ, Ana Marta, «La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica», en *Biotecnología, Dignidad y Derecho: bases para un diálogo*, EUNSA, Pamplona, 2004, pp. 17-41.

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz, «Sentencia 196/2004, de 15 de noviembre. Vigilancia de la salud del trabajador y derecho a la intimidad», en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, OLEA, Alonso / MONTOYA MELGAR, Alfredo (eds.), vol. XX, Civitas, Madrid, 2004, pp. 391-412.

IGLESIAS CABRERO, Manuel, *Garantías de las trabajadoras embarazadas frente al despido. Una cuestión que sigue suscitando dudas*, Thomson Reuter, II, 2009 [cited 767), p. 19.

LUQUE PARRA, Manuel / MARTÍNEZ FONS, Daniel, «La determinación de la prestación de servicios», en *Tratado práctico de Derecho del trabajo y Seguridad Social*, MARTÍN VALVERDE, Antonio / GARCÍA MURCIA, Joaquín (dir. y coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 699-712..

MARTÍNEZ FONS, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002.

– «Intimidad y vigilancia de la salud del trabajador en la relación de trabajo (Iberia). Comentario a la STCO 196/2004, de 14 de noviembre», en *IUSLabor*, Nº 2, 2005.

MERCADER UGUINA, Jesús R., «Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?», en *Relaciones Laborales*, Nº I, 2001, pp. 665-85.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, «Sentencia 202/1999, de 8 de noviembre. Ficheros de datos automatizados sobre la salud del trabajador y derechos a la intimidad y la libertad informática», en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, ALONSO OLEA, Manuel / MONTOYA MELGAR, Alfredo, vol. XVII, Civitas, Madrid, 1999, pp. 300-07.

PACHECO ZERGA, Luz, «El poder de control empresarial y el respeto a la intimidad en la utilización de los recursos electrónicos: un estudio de derecho comparado», en *Laborem*, N° 6, 2006, pp. 19-56.

– *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2007.

– «Respeto a la dignidad humana y deber de buena fe», en *Análisis Laboral*, N° 354, 2006, pp. 7-9.

PEDROSA ALQUÉZAR, Sonia Isabel, *La Vigilancia de la Salud en el Ámbito Laboral*, Consejo Económico Social, Madrid, 2005.

RODRÍGUEZ-PIÑERO / BRAVO FERRER, Miguel, «Despido por enfermedad y discriminación», en *Relaciones Laborales*, N° 20, 2008, pp. 1-21.

SALA FRANCO, Tomás, «El derecho a la intimidad y a la propia imagen las nuevas tecnologías de control laboral», en BORRAJO DACRUZ, Efrén (dir.), *Trabajo y libertades públicas*, La Ley, Madrid, 1999, pp. 201-30.