

LA CONFIDENCIALIDAD EN LA GESTIÓN DE PERSONAL. BREVE ANÁLISIS JURÍDICO

Victoriano Gallego Arce

INTRODUCCIÓN

Quizás habría que dejar para la psicología u otras disciplinas, las razones por las que queremos ver, oír, conocer cosas que nos están vedadas. Sin embargo sí podemos decir que la información facilita el poder, y sabiendo cosas sobre los demás e introduciéndonos en esa esfera prohibida, hemos conseguido por un lado, la conquista de una parte de la persona y por otro podemos establecer con más seguridad una estrategia para lograr la sumisión.

Por otra parte, si la información la obtenemos sobre una empresa o sobre una institución, esa información nos lleva directamente al poder, pues sobre la espiada se puede ejercer cualquier tipo de dominio, llevar a cabo una venganza o bien puede surgir el lucro con la información obtenida. Y todos tenemos la conciencia de que la peor agresión es aquella que sólo puede sospecharse. De cuya existencia sólo nos enteramos cuando es tarde. Cuando percibimos el daño que se ha causado, o lo que es mucho peor, cuando por ello nos enfrentamos a consecuencias jurídicas disciplinarias, civiles e incluso penales.

Este trabajo sólo pretende enmarcar un problema dentro del Derecho, analizar brevemente las bases filosófico-jurídicas sobre las que se apoya y ofrecerlo a quienes en el ámbito militar trabajan con datos personales, sobre todo aquellos que tienen la misión dentro de las pequeñas Unidades de la Gestión de Personal, del tratamiento y elaboración del historial mili-

tar y las evaluaciones. Pues, tanto en el artículo 97 de la *Ley 17/99, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas*, como en la muy reciente reglamentación que viene a desarrollarlo, se insiste en un claro mandato, que es el aseguramiento de la confidencialidad. Esto es, tener la certeza de que no se revela ni hace pública esa noticia reservada o íntima (*confidentia*) que sobre la persona, se conoce con motivo del cargo o puesto que se ocupa. Lo contrario viene a suponer un atentado a la esfera íntima y a los derechos personalísimos del ser humano.

JUSTIFICACIÓN HISTÓRICO-FILOSÓFICA

La fundamentación filosófica de los Derechos Humanos siempre ha resultado difícil e incluso ha dado lugar a distintos modelos de pensamiento. No obstante, el núcleo más clásico se caracteriza por señalar la propia naturaleza del ser humano, como raíz explicativa y justificadora de la existencia y reconocimiento de tales derechos. La teoría de origen medieval, de los derechos naturales (*iusnaturalismo*) y primarios fue el primer paso de los que después ha recibido la denominación de «Derechos Humanos» o «Derechos del Hombre» (1).

Dentro de aquellos, y desde los tiempos más antiguos, surgió un primer grupo de derechos a proteger y que son los llamados «Derechos Civiles» o «Individuales», que intentan proteger la esfera más íntima y personal del hombre. Podemos afirmar que bajo esta denominación se encuentran los derechos individuales del hombre en cuanto persona. Es decir, los que protegen la vida, la seguridad, la libertad personal, así como los que se refieren a la dignidad y a la intimidad del individuo. Una de sus características esenciales es la universalidad y por eso afectan a todos los hombres, es decir, son universales. Otorgan a los individuos un ámbito de libertad, un señorío o autonomía de la voluntad que no puede ser perturbada ni por el poder público, ni por otros grupos, ni por los particulares. Y vendría determinado por el derecho de todo ser humano a que se proteja su vida y su integridad contra cualquier ataque. Esto es, tiene el derecho fundamental a no ser privado de su vida. Y, en torno al derecho a la vida giran otra serie de derechos cuya misión es garantizar, no ya la puramente biológica del individuo, sino una vida auténticamente digna como vida humana. El derecho a la vida no se agota en la mera conservación de ésta. El hombre

(1) BENITO DE CASTRO CID. *El problema de la fundamentación racional de los derechos humanos*.

siempre ha luchado además por su significación social como individuo, su intimidad, vida privada, honor, fama prestigio, nombre..., su *dignidad o integridad moral* en definitiva. Y dentro de esta dimensión el primer lugar lo ocupa el derecho a la intimidad (2).

Lo cierto es que, a pesar de la dilatada historia de los Derechos del Hombre, de la grandiosidad de las proclamaciones y declaraciones, y de la incesante actividad legislativa y de control que, sobre todo en el mundo occidental se lleva a cabo, con la exclusiva finalidad de la realización y efectividad de los derechos de los individuos, en cada época aparecen formas nuevas y específicas de violación de los derechos humanos.

Y así, la que nos toca vivir ahora, es el riesgo que corre el derecho a la intimidad. De aquí su especial relevancia.

PROBLEMÁTICA SOCIAL

La convergencia de las telecomunicaciones con los recursos informáticos ha lanzado a la sociedad a un mundo que, hasta hace unos días, sólo era una ficción. Al unir informática y comunicaciones surge un cambio social de gran impacto generado por las redes telemáticas, que viene a calificarse como la nueva revolución industrial. «...no todo el mundo va a entender que estamos ante un cambio igual o semejante al vivido en la revolución industrial ...», se dijo en el Senado el día 18 de mayo de 1998.

La sociedad tiende a una nueva organización porque las nuevas tecnologías son accesibles y de carácter universal, y configuran la información como un nuevo valor fundamental. Se va abandonando una forma de vida asentada en los bienes físicos, hacia una centrada en el conocimiento y la información, y aparece una nueva mercancía que es el intercambio de datos. Si algo representa hoy nuestra cultura y nuestra convivencia son las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) y así surge la sociedad de la información como modelo de organización industrial, cultural y social (3).

En esta «sociedad postindustrial» (4) en la que a los datos se les considera «sangre del sistema» o «moderna energía», puesto que en ellos están contenidos nuestras transacciones financieras, el consumo de drogas, las compras en un supermercado, la situación familiar, nuestra solvencia

(2) Narciso Martínez Morán. *Los Derechos de Libertad*.

(3) Herminia Campuzano Tomé. *Vida privada y Datos Personales*.

(4) El profesor Velásquez Bautista atribuye esta expresión al profesor Masuda.

económica, las creencias religiosas, la salud, los procesos y condenas, las sanciones, nuestra raza, la profesión, los títulos y grados académicos, el comportamiento sexual, las aficiones, las ideas políticas, nuestro salario, etc. Esta producción de datos, y la interconexión de los ficheros que los contiene, permiten describir con absoluta claridad nuestro pasado, nuestro presente y hacer una prospectiva sobre nuestra vida. Podemos coincidir en que el tratamiento de los datos y la creación de perfiles puede ser utilizado para lesionar los derechos y cercenar las libertades (5).

El hecho de que todos los que trabajamos o intervenimos de alguna manera en la Gestión de Personal conozcamos datos concernientes a los componentes de la Unidad, y que esos datos se plasmen habitualmente en los expedientes personales, motiva que el legislador insista en el deber de asegurar la confidencialidad. Nos dice, en definitiva, que conocido el riesgo, conocido el contenido esencial de los derechos de la persona, profundicemos en la legislación y apliquemos las medidas necesarias para evitar la posible lesión de la dignidad de un militar. A pesar de la existencia de voces pesimistas al respecto (6).

La propia Declaración de los Derechos del Hombre deja claro el alcance de estos derechos (art. 12 al 18). Conforme a ellos nuestra Constitución (CE) los interpreta (art. 10.2 CE). Reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar, junto al derecho al honor y a la propia imagen (art. 18.1 CE) para después ordenar al legislador que los garantice limitando el uso de la informática (art. 18.4 CE).

Mandato este último, que se vio cumplido con la entrada en vigor de la *Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal —LORTAD—*.

No obstante, para acomodar nuestro ordenamiento a la Directiva 95/46/CE se dictó la *Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal*, que deroga la anterior. Esta nueva norma, que necesitará la aprobación de disposiciones reglamentarias que la desarrollen, mantiene en vigor transitoriamente algunas normas existentes que desarrollaron la Ley derogada, y entre otros cabe citar el RD 428/1993; RD 1332/1994; RD 994/1999.

Pero no sólo los datos informatizados y automatizados gozan de la protección constitucional, pues el artículo 20.4 de la Norma Suprema, viene

(5) Rafael VELÁSQUEZ Bautista en «*Protección Jurídica de Datos Personales Automatizados*».

(6) «proteger la vida privada en la era del ordenador es como intentar cambiar una rueda de un coche en movimiento». Herminia Campuzano: *op. cit.*

a garantizar el derecho al honor e intimidad y para ello la *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al Honor, a la Intimidad personal y Familiar y a la propia Imagen* protege contra cualquier ingerencia o intromisión ilegítima, además de la protección penal y preferente por ello, contenida en la *Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal*.

HISTORIAL MILITAR Y CONFIDENCIALIDAD

Aquel citado artículo 97 de la Ley 17/1999 establece, que todas las vicisitudes profesionales del militar (afectando por tanto a militares de carrera, de complemento y profesionales tropa) deben quedar reflejadas en su historial militar individual, de uso confidencial. Y tras ordenar que no se anoten en él ningún dato que pudiera constituir causa de discriminación, señala que las normas que se dicten para su elaboración, custodia y utilización, deben asegurar la confidencialidad de los cuatro documentos que componen aquel historial y que son:

- Hoja de Servicios
- Colección de Informes Personales.
- Expediente Académico.
- Expediente de Aptitud Psicofísica.

La Hoja de Servicios queda regulada en el artículo 98 de la Ley 17/99, y en cuanto a su forma establecida en la OM 50/1997, en la que se separan los datos administrativos de los datos biológicos. Es un documento objetivo en el que se exponen los hechos y circunstancias de cada militar desde su ingreso en las Fuerzas Armadas, hasta el pase a retiro, o baja por cualquier motivo.

Incluye los ascensos y destinos, descripción de hechos notables y actos meritorios, recompensas y felicitaciones personales y colectivas, así como los delitos, faltas y las penas y sanciones correspondientes que no hayan sido canceladas.

¿Por qué su uso debe ser confidencial? Pues, primero porque supone una recogida y tratamiento de datos personales, en cuanto a información concerniente a las personas, y después debe gozar de la necesaria protección, porque en definitiva esos datos van a configurar el prestigio profesional del militar, esto es, la repercusión que dentro de su ámbito social tiene su actividad realizada en una determinada área profesional.

Un conocimiento indebido de todos o algunos de los datos que aquí se recogen, en particular sanciones entre otros, puede suponer un duro golpe al prestigio del militar, una pérdida de honorabilidad y enorme perjuicio moral.

El honor de las personas viene determinado por la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la persona (7), esto es, la reputación social y su autoestima. Se lesiona el honor cuando el individuo se siente vejado y efectivamente se le rebaja ante la colectividad (8) y no existe justificación para el deshonor, el hecho de haber llevado a cabo un comportamiento ético o técnico inadecuado o reprochable. El prestigio, por su parte, se entiende como derecho fundamental, al margen de los llamados personalísimos entre los que se encuentran el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, como patrimonio espiritual de la persona enmarcada en el ámbito profesional en el que la persona agraviada desarrolla su actividad habitual (7).

Y es ya, la emblemática Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de diciembre de 1992, la que llega definitivamente a la cuestión de estimar que un ataque al prestigio profesional puede ser un ataque al honor. Y así pone de relieve que siendo el concepto del honor cambiante y dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, sin embargo, hoy como ayer son la honradez y la integridad el mejor ingrediente del crédito personal en todos los sectores, siendo el trabajo el elemento que a través del tiempo ha ido ganando terreno,(...) añade, que el prestigio ha de considerarse incluido en el núcleo protegible y protegido constitucionalmente del derecho al honor, y por ello digno de ser amparado (7).

Por tanto, se impone la necesidad de prevenir el conocimiento impropio de los datos contenidos en la hoja de servicios más allá de quienes tienen el deber de trabajar con ellas, y así evitar que un militar identificado bien con su nombre o a través de datos que lo hagan identificable, pueda sufrir una posible difamación o desmerecimiento en la consideración ajena.

Debe tenerse en cuenta que, en el caso de que el órgano de gestión de las hojas de servicios utilice un fichero automatizado de datos, deberá tener en cuenta el RD. 994/1999 de 11 de junio, en particular, para la aplicación de los distintos niveles de seguridad.

Colección de Informes Personales.- El tema de este trabajo parece apartarse al llegar a los informes personales, pues si hasta ahora se trataba de profundizar en la confidencialidad, y buscar los motivos por los que el legislador ordena un uso confidencial, en este caso por fuerza de ley (*iuris et de iure*) es el IPEC cumplimentado, es decir, donde se contiene el informe, el que goza de la clasificación de confidencial y por tanto sujeto a las normas de protección de documentos.

(7) STS 1270/1998 de 31 diciembre 1998.

(8) Ana Laura Cabezuelo Arenas. «Derecho a la Intimidad».

Su regulación nace en el artículo 99 de la Ley 17/99 y su forma en la OM 47/1993, de 8 de julio. Para la protección y custodia se rige por las normas de materias clasificadas, y rigen sus disposiciones específicas en cuanto al tratamiento automatizado de datos (9).

El hecho de que en ellos se plasmen las apreciaciones de cualidades, méritos, aptitudes, competencias y formas de actuación del militar, incluso aspectos relativos al consumo de drogas o alcohol, justifica la necesidad de su clasificación y hace válido todo cuanto se dijo relativo al prestigio. No obstante, el hecho de ser evaluado por sí solo, hace necesaria la reserva de los resultados, pues aún cuando no se comprometa el buen nombre de la persona, su desprotección puede llegar a suprimir la espontaneidad. El creernos observados no nos ayuda a comportarnos libremente, sino como creemos que es más conveniente para que los demás modifiquen o mantengan, según el caso, el juicio que ya han hecho sobre nosotros. Las relaciones profesionales deben desarrollarse sobre la base de la espontaneidad y la libertad, y nunca pueden quedar en meras cajas de resonancia que traten de sustituir la esencia por la apariencia.

Expediente Académico.- Junto al expediente de aptitud psicofísica, son los documentos del historial de más reciente regulación. Sobre la base del artículo 100 de la Ley 17/99, se ha publicado la OM 209/2001, de 3 de octubre, en la que se reglamenta la elaboración custodia y utilización de los expedientes académicos militares y que viene a sustituir a la anterior OM 16/1993. En ella se establecen las medidas de seguridad de los ficheros y el nivel de seguridad de los distintos documentos (10). En todo caso este documento afecta en menor grado a la gestión de personal dentro de una pequeña Unidad.

No así el Expediente de Aptitud Psicofísica que origina y contiene datos personales que permanecen en la Unidad. Los artículos 101 y 107 de la Ley de personal, hacía necesaria la reglamentación para la determinación de la aptitud psicofísica del militar, que se materializa en el RD 944/2001, de 3 de agosto. Y dentro de aquella aptitud y en íntima conexión, la regulación de las bajas temporales para el servicio, así como la concreción de las competencias para establecerlas. Son reguladas en la Instrucción 169/2001 de 13 de julio, y en ella viene a señalarse a propósito del tema que nos ocupa, que en todo el proceso regulado para la determinación y seguimiento de la baja temporal, así como en las notificaciones que se originan, quedará salvaguardado el grado de confidencialidad que la legislación en materia sanita-

(9) Artículo 2.3.c de la LO 15/1999 de Protección de Datos Personales.

(10) De acuerdo con el RD 994/1999. se establecen tres niveles: básico, medio y alto.

ria le atribuya. Expresión que también encontramos en el citado art. 101 *in fine* y que tiene su base en el artículo 10.3 de la Ley 14/1986 General de Sanidad de 14 de abril, en el que se garantiza el derecho del paciente a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y su estancia en cualquier institución sanitaria, ya sea pública o privada.

Precepto que puede hacer surgir algún problema de interpretación, pues es lógico que el paciente y el médico que le atiende, son los más próximos en conocer la información referente a la salud de aquél. Pero la complejidad de la gestión del personal y la vinculación que el estado de salud tiene con la prestación del servicio, requiere que gran parte de la información se mantenga dentro de un circuito de personal autorizado, a quien alcanza igualmente el deber de guardar el más escrupuloso sigilo. Así, en opinión del que escribe, el Jefe de la Unidad puede recabar del oficial médico de la misma, toda la información necesaria para la fundamentación de sus decisiones. El caso extremo surge cuando estas vayan dirigidas a preservar la salud del resto de sus subordinados, pero la situación normal para poder acordar el alta o baja, reconocimientos médicos necesarios para el seguimiento de la incapacidad, o incluso solicitar reconocimientos médicos o pruebas psicológicas no periódicas, exige tener acceso a datos relativos a la salud, contenidos en los correspondientes dictámenes, así como el asesoramiento que en cada caso pueda solicitar del médico de la Unidad.

Además, el Registro de Bajas Temporales para el Servicio, que desde el día 14 de agosto debe existir en los Órganos de Gestión de Personal de las Unidades, y la obligatoriedad del archivo de notificaciones en el expediente de aptitud psicofísica del militar (11), amplía el círculo de personas que conocerán los datos relativos a la salud de los componentes de la unidad; recordando una vez más el deber de guardar secreto.

Y no sólo, aquellas notificaciones se recogen en este documento del Historial Militar, sino cualquier informe médico y psicológico fruto de los reconocimientos y pruebas respectivas, así como los resultados de las pruebas físicas, asegurándose la confidencialidad (12). Teniéndose en cuenta que los ficheros que contengan datos de carácter personal relativa a la salud, y esos datos estén automatizados, deberán adoptar las medidas de seguridad calificadas como de nivel alto (13).

(11) Disposición Undécima. Instrucción 169/2001 Normas determinación y control bajas temporales.

(12) Art. 8.1 RD 944/2001 Reglamento para la determinación de la aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas.

(13) Art. 4.3 del RD 994/1999 Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados.

CONSECUENCIAS JURÍDICAS

El ordenamiento reacciona contra la inobservancia de estos principios previendo responsabilidades de tipo disciplinarias, civiles e incluso penales.

Las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas en su artículo 45 señalan que el militar «guardará discreción sobre todos los asuntos relativos al servicio.(...)», por lo que su incumplimiento puede dar lugar a la comisión de una falta leve contemplada en el artículo 7.34 de la Ley Disciplinaria (14), puesto que puede suponer una inobservancia no ya del precepto mencionado, sino de distintas disposiciones que rigen la Institución Militar y que han sido citadas con anterioridad.

Si la gravedad de los hechos lo requiere, puede ser considerada como un incumplimiento de las normas de obligada reserva sobre asuntos del servicio, sin causar perjuicio grave a la seguridad militar, supuesto de hecho contemplado en el artículo 8.10 de nuestra citada Ley Disciplinaria y tipificado de falta grave.

La comisión de estas faltas requiere una acción de distinta gravedad, según los casos, en los que puedan difundirse, revelarse o cederse datos.

Tal vez la novedad a señalar sea que la iniciación de actuaciones disciplinarias puede proceder de una propuesta del Director de la Agencia de Protección de Datos a la Autoridad militar con competencia para sancionar; cuando aquella Autoridad civil tiene conocimiento de alguna de las conductas descritas como infracciones en la Ley Orgánica 15/1999 (15).

En cuanto a la protección penal del derecho a la intimidad, se contempla en los artículos 197 al 201 del Código Penal que castiga a quienes:

— Se apoderen, utilicen y manipulen datos de carácter personal, que se hallen en Registros.

— Difundan, revelen o cedan datos reservados, con especial agravación de penas si se trata de personas encargadas o responsables de su custodia; se haga con fines lucrativos, por autoridad o funcionario público, o por razón del oficio o relación laboral.

Las penas máximas pueden alcanzar, en algunos casos, los cinco años de prisión, y doce de inhabilitación.

Se trata de delitos perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada, excepto en el caso en que se cometa por autoridad o funcionario

(14) Ley Orgánica 8/1998 Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Art. 7.34 Es falta leve «*las demás que, no estando en los apartados anteriores, supongan inobservancia leve de alguno de los deberes que señalan las Reales Ordenanzas, reglamentos y demás disposiciones que rigen la Institución Militar*».

(15) ver art. 44 y 46.2 LO de Protección de Datos Personales citada anteriormente.

público, en el que el delito es público y por tanto perseguible de oficio. El perdón del ofendido, extingue la acción penal o la pena impuesta.

Por otra parte, la protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se encuentra garantizada en la referida Ley Orgánica 1/1982, de 5 mayo. En el que frente a las injerencias e intromisiones ilegítimas, el perjudicado podrá recabar la tutela judicial con el fin lograr el cese de la intromisión ilegítima de que se trate, restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como la condena a indemnizar los perjuicios materiales y morales causados. Todo ello mediante un proceso declarativo denominado juicio ordinario, según la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, cuando se produce el menoscabo del prestigio de la personas, el marco legal que ampara la defensa de tales intromisiones no es la Ley 1/1982, sino la denominada culpa extracontractual (*o aquiliana*) recogida en el artículo 1902 del Código Civil.

En los casos en que exista protección penal, tendrá ésta preferente aplicación, por ser sin duda la de más fuerte efectividad, sin bien la responsabilidad civil derivada del delito se deberá fijar de acuerdo con la Ley de protección civil (16).

Para finalizar, quizás resaltar las palabras del Director de la Agencia de Protección de Datos: «Las medidas que generalmente más se incumplen no son las técnicas, sino las organizativas que son las más simples. Intentar dejar cerrado el ordenador si nos ausentamos, por ejemplo. Son quizás las que más se incumplen, y las que mayores problemas crean.» (17).

(16) Exposición de motivos de la citada Ley Orgánica 1/1982.

(17) entrevista publicada en la revista *Abogacía Española*, julio-agosto 2001.