N/REF: 161905/2017

Se presenta a informe un proyecto de Orden Ministerial por el que se establece el modelo y las normas reguladoras del expediente de aptitud psicofísica del personal de la Guardia Civil.

El contenido de esta Orden trae causa de las previsiones establecidas en la ley 29/2014, de 28 de noviembre, de régimen del personal de la Guardia Civil, cuyo artículo 53 considera el expediente de aptitud psicofísica como parte del historial profesional individual de cada guardia civil, junto con la hoja de servicios, la colección de informes personales y su expediente académico.

El art. 57 de dicha ley 29/2014 dice así:

Expediente de aptitud psicofísica.

En el expediente de aptitud psicofísica figurarán los resultados de los reconocimientos médicos y de las pruebas psicológicas y físicas que se realicen, con el contenido y periodicidad que se establezca reglamentariamente según el empleo, escala, edad y circunstancias personales. Estos reconocimientos y pruebas se podrán realizar en cualquier momento a iniciativa fundamentada del propio interesado o del jefe de su unidad, centro u organismo, que será documentada por escrito y encabezará el correspondiente expediente. También figurarán todos aquellos que se realicen con objeto de determinar si existe insuficiencia de condiciones psicofísicas, a los efectos establecidos en la presente Ley.

Los reconocimientos y pruebas podrán comprender análisis y comprobaciones con carácter obligatorio, encaminados a detectar los estados de intoxicación etílica y el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Los resultados de los reconocimientos médicos y pruebas psicológicas quedarán salvaguardados por el grado de confidencialidad que la legislación en materia sanitaria les atribuya.

Como puede observarse, se trata de datos de salud, resultado de los reconocimientos ordinarios o extraordinarios que se produzcan, así como de aquellos reconocimientos que se puedan realizar para determinar si existe una insuficiencia de condiciones psicofísicas que pueda dar lugar al retiro del guardia civil.

Desde el punto de vista de la protección de datos, los datos de salud tienen un tratamiento específico en la normativa reguladora, y en concreto el art. 9.1 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos, RGPD), determina que queda prohibido el tratamiento de datos personales relativos a la salud, si bien en su apartado 2 establece que dicha prohibición no será de aplicación cuando concurra alguna de las circunstancias que se contienen el mismo. Entre estas circunstancias se incluyen cuando el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social (letra b) o cuando el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial (letra g). No cabe olvidar que, entre otras circunstancias a las que alude la ley 29/2014, se trata de una normativa "de personal" de la guardia civil, encuadra hablé en un sentido amplio dentro de la protección social a los guardias civiles, así como contiene la regulación básica relativa a la relación de personal entre los guardias civiles y la organización de la que forman parte. Así, la exposición de motivos recoge que *[e]sta Ley configura el régimen de personal basándose en las normas antes citadas y tiene en cuenta e incorpora a su legislación específica y reglamentaria, con las necesarias adaptaciones, las normas de aplicación general al resto de los funcionarios públicos que se recogen, fundamentalmente, en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.* Lo que se explicita en el artículo 2 de la ley 29/2014.

Cabe razonablemente considerar que en principio cualquiera de estas causas podría considerarse base jurídica legitimadora para el tratamiento de

los datos psicofísicos del guardia civil, por cuanto esta normativa forma parte de la ley de régimen de personal de la guardia civil, que regula con carácter general las condiciones de acceso y de mantenimiento en el empleo de la guardia civil, o bien porque existe un interés público esencial en la existencia y mantenimiento en la guardia civil de un personal cuyas condiciones psicofísicas estén acordes con la alta responsabilidad de mantenimiento de la seguridad y del orden público que la legislación les impone.

La propia Exposición de motivos hace referencia además al artículo 7 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Ello refuerza la consideración de datos de salud que se incluyen en el expediente de aptitud psicofísica.

Cabe mencionar igualmente que la exposición de motivos del proyecto de orden expresa que esta es a su vez desarrollo de un determinado real decreto sobre determinación de la aptitud psicofísica del personal de la Guardia Civil, que no ha sido proporcionado a esta AEPD, ni tampoco, al parecer, ha sido aprobado. En consecuencia, se hace constar que los comentarios al proyecto de orden sometido a consulta se efectuarán sin tener a la vista el proyecto de real decreto citado en la exposición de motivos de la orden.

El art. 3 del proyecto consagra el uso confidencial del expediente de aptitud psicofísica, lo que es una concreción positiva del carácter confidencial que ya le confiere el propio art. 57 de la ley 29/2018 citada, así como el también reiterado artículo 7 de la ley 41/2002, en tanto que datos de salud.

El art. 4 establece la estructura y el contenido del expediente de aptitud psicofísica. Destaca en dicho contenido del apartado b), que hace referencia a que el mismo contendrá los datos de identificación sanitaria y huella genética, lo que comprende, según el texto del proyecto de orden, aquellos datos antropométricos y biológicos en el marco del real decreto 2394/2004, de 30 de diciembre de, por el que se aprueba el protocolo para la recuperación identificación traslado e inhumación de los restos mortales de los miembros de las fuerzas armadas, guardia civil el cuerpo nacional de policía fallecido en operaciones fuera del territorio nacional. En el anexo I del proyecto de orden se incluyen dentro de estos conceptos de identificación sanitaria y huella genética la ficha morfológica, la ficha dental la ficha de huellas dactilares, así como, en el apartado 2.6, la tarjeta de huella genética (FTA), que incluye la toma de una

gota de sangre. No hay que perder de vista que la normativa de protección de datos establece, como se ha dicho, un régimen específico para las categorías especiales de datos personales. El art. 4.13) del RGPD define «datos genéticos» como los datos personales relativos a las características genéticas heredadas o adquiridas de una persona física que proporcionen una información única sobre la fisiología o la salud de esa persona, obtenidos en particular del análisis de una muestra biológica de tal persona. La utilización de dicha información genética, en cuanto que constituye la utilización de un dato personal especialmente sensible, habrá de estar limitada al objetivo establecido en la norma a la que se refiere el proyecto objeto de consulta, como es el de favorecer la identificación, traslado e inhumación de los restos mortales de los miembros de las Fuerzas Armadas, Guardia Civil y Cuerpo Nacional de Policía, fallecidos en operaciones fuera del territorio nacional.

El anterior comentario tras su razón de ser en que la normativa de protección de datos establece como principio esencial el principio de proporcionalidad en el tratamiento de los datos personales, de manera que los datos no sólo habrán de ser tratados de manera lícita, legal y transparente, sino que además habrán de ser exclusivamente los adecuados, pertinentes ilimitado salón necesario en relación con los fines para los que son tratados (art. 5 RGPD). Ello es aplicable a cualquier tratamiento de datos personales, de manera que no será suficiente con que una ley establezca que un determinado tratamiento podrá ser llevado a cabo, sino que el mismo habrá de ser en todo caso conforme con los principios que conforma la normativa de protección de datos. El proyecto de orden, en desarrollo de la ley 29/2014, establece ya desde su exposición de motivos que “entre otros procesos de gestión de personal, la información contenida en el expediente de aptitud psicofísica extiende también sus efectos” a la “evaluación” de los guardias civiles. El concepto de evaluación que contiene el artículo 59 de la ley 29/2014 es muy amplio e incluye la aptitud para el ascenso al empleo superior, la selección de un número limitado de asistentes a los cursos en que así se establezca, la insuficiencia de facultades profesionales y la insuficiencia de condiciones psicofísicas. El art. 60 proclama que “en cada evaluación se analizarán las circunstancias de los interesados en los aspectos de su personalidad, aptitudes, condiciones psicofísicas, competencia y actuación en el ejercicio de su profesión, relacionados con el objeto de la misma, considerando la siguiente documentación”. Y dentro de la documentación que habrá de tenerse en cuenta se incluye en el apartado a) “el historial profesional”, que comprende el informe de aptitud psicofísica, lo que de acuerdo con una interpretación extensiva del

concepto de evaluación podría significar que para evaluar la selección de los asistentes a un determinado curso podría teóricamente acudirse a la huella genética custodiada en el expediente de aptitud psicofísica. Ciertamente no parece ser ese el objeto de la recogida y custodia de la información genética, y por eso se hace hincapié en el presente informe en que la información contenida en el expediente de aptitud psicofísica no podrá usarse para finalidades diferentes para las que hubiera sido recogidas salvo que la finalidad fuera "compatible", tal y como este término se define en la normativa de protección de datos. Es decir, bajando al ejemplo concreto, no parece que la utilización de la información contenida en la huella genética custodiada en el expediente de aptitud psicofísica sea un fin compatible con la selección de alumnos a un curso académico de perfeccionamiento o similar. Por ello, se considera positivamente lo establecido en la letra c) del apartado 1 del artículo 5 del proyecto de orden, en cuanto que respecto del contenido del expediente de aptitud psicofísica en relación con los expedientes administrativos y disciplinarios "se facilitará exclusivamente la información relacionada con el objeto del expediente". Sin embargo, dicha determinación restrictiva debería constar con carácter general en todas las finalidades y efectos del expediente de aptitud psicofísica a que hace referencia al artículo cinco del proyecto, de manera que se cumpla con el principio de minimización recogido en la normativa de protección de datos de modo que para las distintas finalidades se facilite exclusivamente la información necesaria para el objeto del concreto proceso de gestión de personal, sin que pueda extenderse el conocimiento de datos del expediente de aptitud psicofísica que sean innecesarios a los efectos de dicho concreto proceso de gestión de personal de la Guardia Civil.

En el apartado 2 del art. 5 es necesario sustituir la referencia que se hace a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, dado que la misma ha sido desplazada, en la materia confluyente, por el RGPD. Habida cuenta de que en la actualidad existe un proyecto de ley orgánica de protección de datos personales en tramitación en las Cortes resultaría conveniente hacer una referencia genérica (en este y otros párrafos que se refieren a la LOPD) a "la normativa vigente en materia de protección de datos".

El art. 6 hace referencia las medidas de seguridad, y para ello se remite a la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal, particularmente en lo que se refiere a la seguridad. El texto del presente artículo, en su apartado 1, parece hacer remisión a las medidas de seguridad

contenidas en el Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que contiene en su Título VIII la regulación de las medidas de seguridad. No se hace una referencia explícita a ello, pero en todo caso deberían de aplicarse las medidas de nivel "alto" ya que el tratamiento de datos personales en cuestión se refiere a datos de salud.

En cualquier caso, tras la entrada en vigor del RGPD, el estándar en medidas de seguridad es otro. Los arts. 32 y siguientes del RGPD, al determinar la seguridad del tratamiento de los datos personales, no establece una lista cerrada de medidas de seguridad que el responsable haya de adoptar, de manera que, adoptándolas, habría cumplido con sus obligaciones en materia de seguridad, sino que en virtud del principio de responsabilidad proactiva, establece que el responsable del tratamiento *"teniendo en cuenta el estado de la técnica, los costes de aplicación, y la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento, así como riesgos de probabilidad y gravedad variables para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable y el encargado del tratamiento aplicarán medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo", que en su caso incluya, entre otras: a) la seudonimización y el cifrado de datos personales; b) la capacidad de garantizar la confidencialidad, integridad, disponibilidad y resiliencia permanentes de los sistemas y servicios de tratamiento; c) la capacidad de restaurar la disponibilidad y el acceso a los datos personales de forma rápida en caso de incidente físico o técnico; d) un proceso de verificación, evaluación y valoración regulares de la eficacia de las medidas técnicas y organizativas para garantizar la seguridad del tratamiento*". En consecuencia, corresponde al responsable del tratamiento determinar las medidas de seguridad necesarias para el tratamiento de datos personales que ser pretende realizar, y ello ha de incluir una reflexión sobre la necesidad de realizar una evaluación de impacto relativa a la protección de datos, habida cuenta de lo dispuesto en art. 35.3, letra b), ya que debería analizarse si con el tratamiento de los expedientes de aptitud psicofísica se realiza un tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos, en este caso datos de salud. Todo lo anterior, por supuesto, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica.

En el apartado 2 del art. 6 sería necesario sustituir la referencia a la ley orgánica 15/1999 por una referencia a "la normativa de protección de datos" tal y como ya se ha mencionado respecto del apartado 2 del artículo 5.

En cuanto al acceso a la información contenida en los expedientes de aptitud psicofísica, hay que reiterar lo ya ha expuesto anteriormente acerca del contenido de la información. En virtud del principio de minimización no toda la información contenida en los expedientes debería servir para todos los procesos de gestión de personal. Por ello, el acceso de las diferentes personas que deban intervenir en los procesos de gestión de personal deberá estar limitado a la información necesaria para la gestión de dichos procesos, sin que pueda entenderse que en todo caso dicho acceso lo será a toda la información contenida en el expediente de aptitud psicofísica.

Artículo 8, segundo párrafo del apartado 4; la referencia que se hace al ejercicio de los derechos de los interesados (rectificación y cancelación) recogidos en la LOPD habrá de ser rectificada para referirse a los derechos de los interesados relacionados en la normativa vigente de protección de datos (ya que la LOPD ha sido desplazada, al menos en parte, por el RGPD).

Las disposiciones adicionales primera a tercera contienen la posibilidad de determinadas relativas a los datos relevantes para el expediente de aptitud psicofísica de aquellos guardias civiles que antes hubieran sido alumnos de la Academia General Militar y continúan su formación en la Academia de Oficiales de la Guardia Civil, en centros docentes de formación por acceso directo o cuando procediesen de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional. Cabe entender que dichas cesiones (tratamientos de datos) estarían amparadas en la misma base jurídica legitimadora que el tratamiento de los datos que realiza la Jefatura de Personal de la Guardia Civil por cuanto existiría un interés público esencial en el conocimiento por parte del responsable del tratamiento de aquellas circunstancias, incluso anteriores en el tiempo, que puedan determinar el comportamiento, la aptitud psicofísica o la salud, en general, de quienes, como ya se ha mencionado anteriormente, tienen por objetivo hacer cumplir la ley y pueden ser portadores de armas. Ello significa, por supuesto, que, y tal y como establece el articulado de la Orden sometida a consulta, respecto de dichos datos previos los guardias civiles podrán ejercitar los derechos establecidos en el RGPD (acceso, limitación, supresión etc.), los cuales serán atendidos o no, según que concurran las circunstancias específicas relativas a cada una de estas situaciones (véanse artículos 6 y 8.4, segundo párrafo, del proyecto de Orden).

En la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN) se contiene en la página 7 una referencia a la LOPD que habría que adecuarla al actual momento legislativo en que el texto que rige es el RGPD.

Del mismo modo, en el párrafo siguiente de la propia página 7 se hace referencia a las medidas de seguridad “que la normativa de protección de datos les otorga”. Tal y como ya se ha tenido ocasión de exponer, dichas medidas de seguridad, de conformidad con lo establecido en el RGPD, llana bien establecidas por la normativa, sino que en virtud del principio de responsabilidad proactiva corresponde al responsable del tratamiento o determinar las medidas de seguridad adecuadas para los tratamientos de los datos que lleva a cabo en su actividad.

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS