

EL DOCUMENTO DE IDENTIDAD DE LA GENTE DE MAR: SEGURIDAD EN LAS FRONTERAS Y DERECHO A LA INTIMIDAD

Dra. Olga Fotinopoulou Basurko, Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- El documento de identidad de la gente de mar y la política de inmigración española y comunitaria. 2.1.- El documento nacional de la gente de mar y la normativa de extranjería española. 2.2.- La política de inmigración comunitaria y la ratificación de este instrumento internacional por los Estados miembros de la UE. 3.- El contenido del Convenio de identidad de la gente de mar desde la perspectiva del derecho a la intimidad: datos biométricos y base electrónica de datos.

1.- Introducción.

Como es sabido, el pasado 23 de febrero vio la luz en Ginebra el Convenio o “Código” refundido sobre normas marítimas internacionales, que tiene por objeto homologar en el ámbito internacional una normativa mínima sobre los distintos aspectos de las condiciones de trabajo y de protección social de la gente del mar. De entre los distintos aspectos laborales que se pretendían regular, destacaba –en lo que a nosotros interesa- la proyectada regla 1.5 relativa al documento de identidad de la gente de mar. En efecto, el anteproyecto de Convenio refundido establecía una disposición específica –la antecitada regla 1.5- sobre el mecanismo de identificación de los marinos, que en el momento de su inclusión en la norma proyectada, carecía de contenido, muy probablemente porque en aquél momento, el Convenio nº 185 de 2003 *sobre los documentos de identidad de la gente de mar*, que revisa el instrumento anterior de 1958, se encontraba en proceso de aprobación. Por esta razón, y aunque era de esperar que el Código refundido hiciera alguna mención –bien mediante el establecimiento del contenido expreso de aquél, bien mediante la incorporación por remisión- al instrumento del año 2003; lo cierto es que - finalmente- el Convenio refundido no ha introducido ninguna norma al respecto.

Si bien ello es así, no debemos desechar la importancia que esta materia guarda para el correcto desenvolvimiento de la prestación de servicios en alta mar, ya que, entre otros, el documento de identidad de la gente de mar actúa a modo de “*visado*” para las autoridades del Estado del puerto, de tal manera que sin él, el marino, no puede bajar a tierra para embarcar a bordo de un buque y desembarcar de él al término del período de

servicio acordado. Sin despreciar, por tanto, la enorme utilidad y alcance que este documento presenta en la práctica, y los problemas que del mismo se derivan en materia de políticas de extranjería; el objeto de este trabajo es –asimismo- anotar los problemas que pudieran surgir de la incorporación al señalado documento de los datos biométricos del marino y su inclusión en una base electrónica de datos nacional con el derecho a la intimidad de la gente de mar, reconocida en nuestro país en el art. 18 de la Constitución.

Pues bien, este trabajo tiene como propósito analizar dos cuestiones diferenciadas, aunque atinentes al mismo objeto. Así, en primer lugar, se hará un comentario general al tratamiento que en España ha recibido el documento identificativo de la gente de mar a efectos de la normativa de extranjería. Asimismo, y en este orden de consideraciones, es necesario subrayar la notable incidencia que para los Estados miembros de la OIT -que también sean parte de la UE- representa el hecho de que la materia relativa a inmigración sea competencia general de la Comunidad Europea a los efectos de la ratificación de este instrumento. En segundo lugar, tendremos la ocasión de analizar los problemas que despierta la incorporación de determinados datos sensibles de estos trabajadores en una base electrónica de datos desde la perspectiva del Derecho fundamental a la intimidad reconocido en el artículo 18 de la Constitución española.

2.- El documento de identidad de la gente de mar y la política de inmigración española y comunitaria.

Como se ha anunciado, el Convenio refundido sobre normas marítimas finalmente no ha incluido mención alguna relativa al documento que facilite la identificación de la gente de mar a efectos, entre otros, de garantizar el equilibrio entre las condiciones de vida y trabajo y la seguridad del sector marítimo. Ello se debe a que el Convenio nº 185 de 2003 *sobre los documentos de identidad de la gente de mar*¹ que revisa el instrumento anterior de 1958, se encontraba en proceso de aprobación y ratificación, en el momento en el que se redactaba el proyecto de Código refundido de normas laborales marítimas.

Ello no es óbice, sin embargo, para que debamos realizar un análisis pormenorizado sobre esta materia, ya que el documento que acredita la condición de gente de mar no

¹ Fecha de adopción: 19 de junio de 2003. Fecha de entrada en vigor: 9 de febrero de 2005.

sólo tiene por objeto la mera identificación del trabajador del mar, sino que, además, es el título habilitante que deben portar y presentar a los efectos de que las autoridades nacionales de cada Estado donde el buque haga escala les faciliten la entrada a su territorio. El hecho de que este documento haga las veces de “pasaporte” o, para ser más exactos, funcione como un visado a los efectos de su tratamiento específico por las legislaciones de extranjería de cada Estado parte, conduce inevitablemente a analizar esta materia desde la delicada perspectiva de las reglamentaciones relativas a las políticas de inmigración. Asimismo, no debemos desdeñar la notable incidencia que para los Estados miembros -que también sean parte de la UE- representa el hecho de que la materia relativa a inmigración sea competencia general de la Comunidad Europea a los efectos de la ratificación de este instrumento.

2.1.- El documento nacional de la gente de mar y la normativa de extranjería española.

En este sentido, ha de indicarse –basándonos en nuestra normativa sobre extranjería - que el documento de identidad de la gente de mar ha sido el requisito que las autoridades españolas han exigido para el acceso de los trabajadores del mar extracomunitarios al empleo en buques matriculados en el segundo registro sito en Canarias, sustituyendo así el preceptivo permiso de trabajo por un documento que hasta el momento podía ser fácilmente objeto de falsificación². Así, la LOEx 7/1985, de 1 de julio³ y el RD 1119/86, de 26 de mayo⁴ excluían la necesidad de cumplir con tal requisito a los marinos al servicio de buque extranjero en situación de estadía dentro del territorio español⁵. La excepción fue ampliada a través del art. 20 de la Ley 55/1999, de

² OIT: *El impacto en las condiciones de vida y de trabajo de la gente de mar de los cambios en la estructura de la industria naviera*, Documento JMC/29/2001/3, p. 58. Para evitar esta situación, la OIT proyectó el establecimiento de un documento uniforme por el que cada Estado expide un documento de identidad a los marinos de su nacionalidad de acuerdo al Convenio n° 108, sobre los documentos de identidad de la gente de mar; actualmente plasmado en el Convenio n° 185. El iter seguido para la adopción de esta norma puede consultarse en OIT: Reunión de consulta sobre la mejora de la Seguridad de la documentación de identidad de la gente de mar. CMISSI/2002/BR, Ginebra 9 y 10 de mayo de 2002. Sobre esta materia ha informado la ISF a la OIT en el siguiente documento: *Submission by the International Shipping Federation (ISF) to the Consultation Meeting on improved Security of Seafarers' Identification*, 9-10 may 2002. Doc. CMISSI-S-2002-05-0038-1-EN.Doc/v1. También, *Submission by Australian Government to the Consultation Meeting on improved Security of Seafarers' Identification*, 9-10 may 2002. Doc. CMISSI-S-2002-05-0037-1-EN.Doc/v1.

³ BOE de 3 de julio de 1985.

⁴ BOE de 12 de junio de 1986.

⁵ De acuerdo con el art. 43.2 del Reglamento de ejecución de la LOEx 7/85 que establece que “*en los casos en que circunstancias especiales así lo aconsejen, la Dirección General del Instituto Español de*

29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social que establecía que “*el enrole de personal extracomunitario en buques españoles inscritos en el Registro especial de Buques y empresas navieras que realicen exclusivamente navegaciones de cabotaje insular tendrá la consideración de permiso de trabajo*”⁶.

La actual Ley de extranjería, constituida por la LO 4/2000, de 11 de enero⁷, modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁸ y reformada por la LO 14/2003, de 20 de noviembre⁹, así como el reglamento de ejecución de la LO 4/2000: el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre¹⁰, no ha variado el régimen de acceso a un empleo marítimo en un buque registrado en el primer registro o en el registro especial canario para los supuestos de navegación comercial, exterior o extranacional y de cabotaje¹¹. Ello así, con independencia de que el actual reglamento de desarrollo haya introducido una mención –art. 6- por la cual se excepciona la necesidad de visado a los miembros de las tripulaciones de barcos de pasaje y comerciales extranjeros durante la escala del barco o cuando se encuentre en tránsito para embarcar hacia otro país, que viene a ampliar la excepción contenida en el art. 79.1.d) del RD 864/2001, de 20 de julio –reglamento de desarrollo recientemente derogado por el actual del año 2004¹²-. En efecto, en la

Emigración podrá conceder validez como permiso de trabajo a los documentos oficiales o privados que expresamente reúnan las condiciones que se determinen”. Para un estudio de esta materia concreta, AGÍS DASILVA, M: “El segundo registro español de buques y su repercusión...”, loc. cit. pp. 40-51. MOLINA GARCÍA, M: “El contrato de trabajo de extranjeros enrolados en buques españoles...”, loc. cit. pp. 297-324.

⁶ BOE de 30 de diciembre de 1999. Dictamen CES, en sesión ordinaria del Pleno de 29 de septiembre de 1999, p. 6.

⁷ BOE de 12 de enero de 2000.

⁸ BOE del 23 de diciembre de 2000.

⁹ BOE nº279, de 21 de noviembre de 2003.

¹⁰ BOE nº 6, de 7 de enero de 2005 que deroga en atención a lo dispuesto en la Disposición derogatoria única el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio [BOE de 21 de julio de 2001] para adaptarse a las modificaciones que la LO 4/2000 ha sufrido según lo dispuesto en la D.A 3ª de la LO 14/2003.

¹¹ Por navegación de cabotaje se entenderá “*servicios de transporte marítimo dentro de un Estado miembro (cabotaje marítimo), los servicios que se presten normalmente a cambio de una remuneración e incluyan en particular a) el cabotaje continental: el transporte por mar de pasajeros o de mercancías entre puertos situados en la parte continental o en el territorio principal de un solo y mismo Estado miembro sin escalas en islas; c) el cabotaje insular: el transporte por mar de pasajeros y mercancía entre: -puertos situados en la parte continental y en una o más islas de un solo y mismo Estado miembro, -puertos situados en las islas de un solo y mismo Estado miembro. Ceuta y Melilla serán tratadas de la misma manera que los puertos de las islas*”, artículo 2.1.a) y c) del Reglamento (CEE) nº 3577/92, de 7 de diciembre de 1992 “*por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo)*”, DOCE L364, de 12 de diciembre de 1992, p. 7 y ss.

¹² El régimen general en España viene delimitado por el nuevo apartado 2 del art. 4 LOEx (LO 14/2003, que establece la obligación de los extranjeros de proveerse de una “tarjeta de identidad”, que deben solicitar personalmente en un plazo de un mes desde su entrada en España o desde que se les conceda un

actualidad existen varias disposiciones internas que establecen con carácter expreso este extremo¹³, de tal manera que se ha de seguir considerando que el documento de enrole de un marino extracomunitario en buques registrados en Madrid o en Canarias concederá validez de autorización para trabajar en aquellas Empresas navieras que se dediquen a la navegación comercial o de de cabotaje, exterior o extranacional, sin perjuicio de lo establecido en la D.A 15.6 LPEMM¹⁴; todo ello en aplicación de las normas internacionales y comunitarias aplicables sobre la materia.

Ciertamente, la no exigencia de permiso de trabajo a este colectivo de trabajadores se ha amparado -según lo dispuesto en la Resolución de 3 de mayo de 1990, de la Dirección

visado o autorización para permanecer por un período superior a 6 meses -las comisarías de policía o las oficinas de extranjeros-. La tarjeta de identidad de extranjero es, por tanto, el documento acreditativo de la autorización administrativa para residir, que exime de la obtención de visado, sin que éste, por el contrario, exima de la obligación de obtener aquélla (arts. 25.2 y 27.2b) LOEx). Es el documento que identifica al extranjero a los efectos de acreditar su situación legal en España (art. 105.2 RELx), de la que aquél no puede ser privado salvo en los supuestos y con los requisitos de la LOEx y de la LO 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la seguridad ciudadana (art. 4.3 LOEx). Esa obligación -el incumplimiento de las obligaciones relativas a la tarjeta de identidad del extranjero determina la aplicación del régimen sancionador de la LOEx -que viene impuesta por el Reglamento comunitario 1030/2002, del consejo, de 13 de junio.

¹³ Ya que sólo existe una mención al personal navegante en los artículos 63 y ss del Reglamento de ejecución de la LO 4/2000 precisamente para excluir a este colectivo del procedimiento de autorización de residencia y trabajo en los supuestos de desplazamientos temporales en el marco de una prestación de servicios transnacional. A estos efectos, y sin pretender profundizar sobre esta materia, ha de señalarse que la excepción, en principio, es lógica, ya que la gente de mar está excluida del ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva 96/71/CE y de su norma de transposición a nuestro Derecho, la Ley 45/1999 sobre desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Ello no es óbice, sin embargo, para considerar que existen supuestos de desplazamiento temporal que afectan a la gente de mar. Particularmente ello se produce en los supuestos de movilidades en el marco de la prestación de servicios marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo). De ahí que, en mi opinión, hubiera sido conveniente regular esta cuestión de manera más amplia y no ciñéndose exclusivamente a los supuestos que contemplan la Directiva anteriormente citada.

¹⁴ *De las dotaciones de los buques. La dotación de los buques inscritos en el Registro especial deberá reunir las siguientes características: a) Nacionalidad: El Capitán y el primer oficial de los buques deberán tener, en todo caso, la nacionalidad española. El resto de la dotación deberá ser de nacionalidad española o de algún otro Estado miembro de la Comunidad Europea, al menos, en su 50%. No obstante lo anterior, cuando no haya disponibilidad de tripulantes de nacionalidad española o de algún otro Estado miembro de la Comunidad Europea, cuando medien razones de viabilidad económica del servicio del transporte, o por cualquier otra causa que pudiera tener una incidencia fundamental en la existencia del servicio, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes podrá autorizar a las empresas solicitantes el empleo de tripulantes no nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea en proporción superior a la expresada anteriormente, siempre que quede garantizada la seguridad del buque y la navegación. b) Composición mínima: A instancia de la empresa naviera, que en todo caso deberá acompañar solicitud de inscripción del buque en el registro, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes fijará, antes de que se formalice la matrícula del buque en el mencionado registro, la tripulación mínima del mismo, en función del tipo de buque, de su grado de automatización y del tráfico al que esté destinado, ajustándose al mínimo compatible con la seguridad del buque y de la navegación y a los compromisos internacionales asumidos por España. A estos efectos se determinarán las homologaciones profesionales precisas para cubrir puestos que requieran una especial cualificación técnica y se tendrá en cuenta la posible polivalencia funcional de las tripulaciones derivadas de una adecuada cualificación de las mismas”.*

general del Instituto español de emigración “*sobre extranjeros enrolados en buques españoles al amparo de convenios internacionales*”¹⁵-, en la existencia de regulaciones similares dentro del Derecho comparado. Además, el art. 3 de la LOEx establecía que lo dispuesto en la misma se entiende sin perjuicio de Tratado internacional suscrito por España (actual art. 1.2 LO 8/2000¹⁶). De esta manera, la no exigencia del preceptivo permiso de trabajo, que faculta al extranjero para prestar servicios en España, se fundamentaba en el art. 6 del Convenio n° 108 de la OIT “*sobre los documentos nacionales de identidad de la gente de mar*”¹⁷, revisado en la nonagésima primera reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada el 19 de junio de 2003, dando lugar a la aprobación del actual Convenio n° 185. En éste último se sigue manteniendo el permiso de entrada a los países que lo ratifiquen en los supuestos de permisos para bajar a tierra durante la escala del buque, así como para el caso de tránsito, embarco y reembarco en su buque u otro. El objeto de la revisión del Convenio no se dirige esencialmente a modificar las causas por las cuales un marino puede entrar en un país sin necesidad de solicitar el permiso de trabajo y/o de residencia en coherencia con la temporalidad de los supuestos, sino a establecer sistemas de control rigurosos sobre la documentación de identidad de la gente de mar -ya que normalmente son objeto de falsificación- y la necesidad de establecer una base electrónica nacional de datos.

De este modo, el artículo 6 del Convenio revisado permite la entrada a cualquier marino en el territorio de un Estado miembro cuando sea portador de válido documento de identidad de la gente de mar, en el caso de entrada temporal “*en tierra por el tiempo que dure la escala del buque*”, así como cuando la entrada tenga por fin “*el embarco en su buque o el reembarco en otro buque*” y cuando la entrada tenga por fin “*el tránsito para embarcarse en su buque en otro país o para su repatriación*”. La diferencia fundamental con el Convenio revisado es que el anterior de 1958 permitía la entrada a cualquier marino en el territorio de un Estado miembro por “*cualquier otro fin aprobado por las autoridades del Estado miembro interesado*”. Este último párrafo del art. 6 del Convenio otorgaba una amplia discrecionalidad a las autoridades de los

¹⁵ BOE n° 123, de 23 de mayo de 1990, que aunque tiene como objetivo el contrato de tripulantes extranjeros en buques españoles al amparo de convenios internacionales *de pesca*, la exposición de motivos no distingue entre éstos y la marina mercante.

¹⁶ No modificado por la LO 14/2003.

¹⁷ Aprobado en 1958, ratificado por España el 8 de abril de 1971 (BOE 24 de mayo de 1972).

Estados para establecer los casos en los que se permite la entrada en su territorio a cualquier marino, únicamente aceptando el enrole en el navío en lugar del permiso de trabajo. No obstante, es probable que cuando el art. 6.2.c) del Convenio nº 108 OIT se refería a otros fines, estuviera pensando en la escasa relevancia del periodo en el que el trabajador se podría encontrar en el país de referencia¹⁸, y no como fundamento para amparar una desviación a la aplicación de la legislación de extranjería¹⁹. Ello induce a pensar que la elusión de las normas de extranjería sobre régimen de entrada de los extranjeros en nuestro país se ha amparado en una interpretación interesada de la normativa de la OIT²⁰. Lo peor de todo es que ese resultado pretendía facilitar la contratación de nacionales de terceros países para prestar servicios bajo condiciones de trabajo y de seguridad social muy inferiores a las dispuestas por la reglamentación sustantiva laboral española²¹.

Precisamente por las razones que apuntamos, la OIT se ha visto en la necesidad de revisar el Convenio sobre documentos de identidad de la gente de mar de 1958,

¹⁸ La tarjeta de identidad del marino es uno de los requisitos de entrada en territorio español (art. 25 LO 8/2000 modificado por LO 14/2003), pero no puede entenderse como sustitutivo del preceptivo permiso de trabajo.

¹⁹ A juicio de IRIARTE ANGEL, J.L en El contrato de embarque..., op. cit. p. 39, la D.A. 15ª “*implica una transgresión flagrante de la legislación de extranjería en lo que se refiere al acceso de los extranjeros al trabajo en España*” que aunque se refería a la anterior normativa de extranjería, esta misma aseveración es trasladable a la actual.

²⁰ Corroborada por el hecho de que la resolución en texto mencionada parece querer referirse a los trabajadores que prestan servicios en buques bajo un acuerdo internacional pesquero, pero mencionando el Convenio nº 108 que se refiere a la “gente de mar”, es decir, en nomenclatura de la OIT, la marina mercante. En este sentido, los Acuerdos de pesca a nivel europeo presentan problemas distintos y específicos, aunque en algunos casos puedan ser similares a los de la marina mercante. Así, sobre los pabellones de conveniencia en materia de pesca véase *La política de convenios pesqueros de la Unión Europea*, Colección Informes CES, pp. 45-47.

²¹ Esta elusión de las normas sustantivas de los países desarrollados se reproduce en las regulaciones sobre segundos registros europeos. Véase la nota a una sentencia de la pretura de Genova de 26 de marzo de 1999 de MENGHINI, L: “*Specialità del diritto della navigazione e ingresso nel territorio nazionale del marittimo extracomunitario*” aparecida en la *Rivista Giuridica del lavoro e della previdenza sociale* nº 2, anno LI, 2000, pp. 218-226, que versaba sobre la entrada de un trabajador extracomunitario a prestar servicios en un buque matriculado en el segundo registro italiano y en la que se declara la ilegitimidad de expulsar un marino extracomunitario embarcado en buque italiano que atraca en un puerto italiano sin la tarjeta de ingreso. En el comentario a esta sentencia este autor declara que “*La conclusione cui è pervenuto il pretore di Genova è molto rilevante in quanto il caso sottoposto al suo giudizio era esemplare, dato che proprio grazie alle recenti innovazioni legislative agli armatori che abbandonano i registri stranieri (spesso di comodo) e iscrivono le loro navi nel registro internazionale è concesso di avvalersi di un gran numero di marittimi extracomunitari. Se tutti questi marittimi dovessero munirsi presso la autorità diplomatiche e consolari italiane situate nel loro Paesi dei visti di ingresso ogni volta in cui la nave dovesse attraccare in un porto italiano, magari in presenza di viaggi che toccano molti porti in tempi diversi, vi sarebbe un notevole ostacolo al loro utilizzo sulle navi italiane e di conseguenza gli armatori vedrebbero svanire l’incentivo ad abbandonare i registri esteri con conseguente fallimento della normativa che punta a far rivivere la marineria italiana attraverso l’abbandono dei registri stranieri e il ritorno a quelli nazionali*”, loc. cit. p. 226.

endureciendo las exigencias relativas al contenido, forma y al control de estas licencias, obligando a los Estados parte a crear una base electrónica de los datos de identificación de la gente de mar. Todo ello con la finalidad de asegurar el empleo no fraudulento de estos documentos, evitar que los armadores o responsables de los buques que enarbolan pabellones abiertos puedan utilizarlos como instrumento de restricción de la movilidad de estos trabajadores sino acceden a realizar –por ejemplo- horas extraordinarias u otro tipo de actividades, así como para impedir la posible elusión de las normativas de extranjería de cada Estado²².

2.2.- La política de inmigración comunitaria y la ratificación de este instrumento internacional por los Estados miembros de la UE.

Ahora bien, en el caso de los Estados miembros de la UE que también lo sean, a su vez, de la OIT, la situación que se les plantea de cara a la ratificación de este instrumento es relativamente compleja, ya que, como es sabido, el Título IV del Tratado "*Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas*" introduce una competencia comunitaria general en relación con todos los elementos que constituyen la política de visados, para las estancias de corta y larga duración (letra b) del apartado 2 del artículo 62 y apartados 3 y 4 del artículo 63 del Tratado, respectivamente). En particular, el inciso i) de la letra b) del apartado 2 del artículo 62 dispone que las medidas relativas a la lista de los terceros países cuyos nacionales tengan la obligación de ser titulares de visado para cruzar una frontera exterior y de aquéllos cuyos nacionales estén exentos de esa obligación son competencia de la Comunidad Europea.

La Comunidad ya ha ejercido su competencia en esta materia al adoptar el Reglamento (CE) del Consejo nº 539/2001, de 15 de marzo de 2001²³, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esta obligación. Además, desde su entrada en vigor, el Tratado de

²² El art. 6 del actual Reglamento de extranjería es fiel reflejo de la revisión del Convenio de la OIT sobre documentos de identidad de la gente de mar; lo cual ha de valorarse positivamente.

²³ DO nº L 081 de 21.03.2001, modificado por los Reglamentos (CE) nº 2414/2001 del Consejo, de 7.12.2001, y nº 453/2003 de 6 de marzo de 2003.

Amsterdam ha incorporado el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea²⁴. El acervo de Schengen incluye disposiciones en materia de política de visado de corta duración que tienen su base jurídica en la letra b) del punto 2 del artículo 62 del Tratado²⁵. En particular, los apartados 6.5.2 y 6.5.4 de la parte II del Manual común de las fronteras exteriores²⁶ se refieren, respectivamente, a las condiciones en las que la gente de mar puede bajar a tierra y a la entrada en el territorio de los Estados miembros de la gente de mar en situación de tránsito, reembarco y repatriación. De hecho, según la jurisprudencia AETR del Tribunal de Justicia sobre competencias exteriores²⁷, los Estados miembros ya no son libres para ratificar por propia iniciativa el Convenio de la OIT n° 185 sobre los documentos de identidad de la gente de mar, ya que las disposiciones de éste sobre la exención de visado en la bajada a tierra de la gente de mar y la referencia a las condiciones de entrada de la gente de mar en el territorio de los Estados miembros a efectos de tránsito, reembarco o repatriación afectan al ejercicio de la competencia comunitaria en este ámbito.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, es conveniente, por una parte, mantener la aplicación de las normas comunitarias en materia de visados y, por otra, permitir a los Estados miembros que también sean Estados parte de la OIT realizar los objetivos del Convenio. En este sentido, según las normas de funcionamiento de la OIT, el proceso de firma previo a la ratificación que existe en otras organizaciones ha sido sustituido por un procedimiento de votación que equivale a la firma. La Comisión no ha participado en estas negociaciones, ya que como tal no es parte de la OIT, y por lo tanto,

²⁴ Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea, adjunto al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, DOCE C 340 de 10 de noviembre de 1997.

²⁵ Decisión 1999/435/CE del Consejo, de 20 de mayo de 1999, sobre la definición del Acuerdo de Schengen a efectos de determinar, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado sobre la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen dicho acervo, DOCE L 176, de 10 de julio de 1999, p. 1, y la Decisión 1999/436/CE del Consejo, de 20 de mayo de 1999, por la que se determina, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen el acervo de Schengen, DOCE L 176, de 10 de julio de 1999, p. 17. De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 1 de la Decisión 1999/435 del Consejo, los textos que constituyen el acervo de Schengen han sido publicados (DOCE L 239, de 22 de septiembre de 2000).

²⁶ Decisión SCH/Com-ex (99)13, de 28 de abril de 1999, relativa a las versiones definitivas del Manual común y de las Instrucciones Consulares Comunes dirigidas a los representantes diplomáticos y consulares de carrera (DO L 239 de 22.9.2000, p.317). Una versión actualizada del Manual – a excepción de algunos anexos confidenciales – se publicó en el DO C 313 de 16.12.2002, p. 97.

²⁷ STJCE de 31 de marzo de 1971, Comisión *versus* Consejo, AETR, asunto 22/70. El efecto AETR viene a decir que una vez que la Comunidad ejercita sus competencias internas adoptando actos normativos, asume una competencia externa implícita y complementaria.

no tiene capacidad para representar a los Estados miembros en el proceso de adopción y ratificación de un instrumento internacional acordado por esta organización. De este modo, sólo los Estados pueden adherirse a este Convenio.

Precisamente para poder conciliar ambos propósitos, esto es, la ratificación del Convenio nº 185 y el cumplimiento de las obligaciones que los Estados miembros han contraído con la Unión Europea, la Comisión de las Comunidades Europeas ha presentado una propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Comunidad Europea, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre los documentos de identidad de la gente de mar (Convenio nº 185)²⁸. Se trata de una excepción al ejercicio normal de la competencia comunitaria con arreglo al artículo 300 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que se justifica por el interés que reviste el Convenio para la gente de mar y por la necesidad de que su entrada en vigor se produzca lo antes posible. Ahora bien, a pesar de lo loable de la iniciativa comunitaria, ésta debe considerarse excepcional y no puede constituir en modo alguno un precedente para el futuro²⁹.

En este sentido, el que la Comunidad Europea haya dictado una decisión en tal sentido reviste problemas añadidos a los ya mencionados. Ciertamente, otra cuestión íntimamente conectada con la anterior es determinar en qué medida las instituciones comunitarias tienen atribuida una competencia “*ad extra*” -basada en el denominado efecto AETR-, capaz de supeditar la decisión de un Estado miembro en ratificar un Convenio de la OIT a la autorización de la Comisión; tal y como ocurre en este caso. Entendemos que en la medida en que un Convenio de la OIT regule una materia que recaiga en el ámbito de las competencias compartidas o concurrentes entre la UE y los Estados miembros, éstos últimos deben considerar si parte o la totalidad del contenido del instrumento internacional es contrario a la regulación que, en su caso, se haya establecido en algún acto comunitario. Si este supuesto se produjera, existen

²⁸ Documento COM (2004) 530 final. 2004/0180 (CNS). Dirección de página electrónica donde puede consultarse: http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/es/com/2004/com2004_0530es01.pdf

²⁹ Con arreglo al artículo 1 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda, adjunto al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Irlanda y el Reino Unido no intervienen en la adopción de la presente Decisión. En consecuencia, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4 del Protocolo anteriormente citado, la presente Decisión no se aplica a Irlanda ni al Reino Unido. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca, adjunto al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Dinamarca es destinataria de la presente Decisión.

mecanismos jurídicos -por ejemplo, cláusulas de descuelgue- que, posibilitan al Estado miembro la ratificación del Convenio internacional respetando, al mismo tiempo, el principio de primacía que ostenta el Derecho comunitario.

Por lo anterior, creemos que no hubiera sido necesario que la Comisión emitiera una autorización en sentido estricto para la suscripción del Convenio nº 185 de la OIT. En este sentido, a título ejemplificativo hemos de citar el caso francés que ratificó el presente Convenio el 27 de abril de 2004, esto es, tres meses antes de la fecha de la decisión de 30 de julio de 2004; sin que, por ello, se le hubiera impuesto algún tipo de sanción por parte de las instituciones comunitarias. Ahora bien, ello no impide que éstas informen debidamente a los Estados miembros en aquellos supuestos en los que el contenido de dos instrumentos –uno de la OIT y otro de la UE- entren en conflicto. Todo ello con el fin de facilitar a las autoridades competentes de cada Estado miembro la ratificación del instrumento internacional coordinando la pertenencia de los Estados miembros a organismos internacionales con los objetivos del proceso de integración europeo.

3.- El contenido del Convenio de identidad de la gente de mar desde la perspectiva del derecho a la intimidad: datos biométricos y base electrónica de datos.

Como se ha avanzado, otro de los asuntos que se nos antojan problemáticos en relación con el Convenio de identidad de la gente de mar trae causa en lo establecido en los artículos 3 y 4 del mismo, que prescriben el contenido y la forma del documento en cuestión, y la apertura de una base electrónica donde se incorporen los datos del marino, respectivamente. Y ello así, porque el tratamiento indebido de datos sensibles relativos al trabajador del mar puede dar lugar a la vulneración del derecho a la intimidad de aquél, entre otros derechos fundamentales.

En este sentido, puede decirse, con carácter general, que el tratamiento de datos por parte del empresario es una realidad muy frecuente en la dinámica normal de las organizaciones productivas, una de sus manifestaciones cuantitativamente más importantes viene dada, sin duda, por aquellas operaciones realizadas en el marco del denominado poder de control empresarial.

Como es sabido, la celebración de un contrato de trabajo otorga al empresario un poder de dirección para ordenar las prestaciones debidas y el normal funcionamiento de la empresa³⁰, del cual derivan, a su vez, un amplio haz de facultades; entre otras, y por lo que ahora nos interesa, la posibilidad del empresario para adoptar “*las medidas que estime más oportunas para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana*” (art. 20.3 ET).

Este poder de control derivado del de dirección concede un amplio margen de actuación al empresario, si bien viene limitado –a grandes rasgos- tanto por el deber de utilizar medios respetuosos con los derechos fundamentales del trabajador³¹; como por la necesidad de circunscribir la actividad de control, salvo excepciones justificadas, a la comprobación de aquellas cuestiones estrictamente vinculadas con la prestación de trabajo³².

El control empresarial se ha visto fuertemente influido por la introducción de nuevas tecnologías en la empresa que permiten intensificar³³ aquél de manera espectacular, y en muchas ocasiones, de manera ilícita³⁴. De entre éstas, cabe destacar, los sistemas de captación de imágenes y sonidos mediante cámaras de vídeo; controles dirigidos a controlar la verificación de la utilización del PC que la empresa pone a disposición del trabajador -particularmente correo electrónico –e-mail-, teléfono y páginas web. De entre todas estas nuevas fórmulas de control empresarial destaca, a nuestros efectos, la introducción de los denominados datos biométricos de los trabajadores, tales como huellas dactilares, registros de voz, iris o retina.

³⁰ Por todos, LUQUE PARRA, M: *Los límites jurídicos de los poderes empresariales*, Bosch editorial, Barcelona, 1999, pp. 16 y ss.

³¹ Sobre esta cuestión, entre otros, DE VICENTE PACHÉS, F: *El derecho del trabajador al respeto a la intimidad*, CES editorial, Madrid, 1998. GARCÍA NINET, J.I y VICENTE PALACIO, A: “Los derechos fundamentales como límite a las facultades organizativas del empresario (libertad sindical y movilidad funcional). La tutela de la libertad sindical ¿la afiliación sindical como señuelo de mejoras profesionales o como causante de la degradación?”, *Aranzadi Social* 1999-IV, pp. 687 y ss. CARDONA RUBERT, M^aB: *Informática y contrato de trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Aranzadi editorial, Pamplona, 2003, pp. 34 y ss; y 61 y ss.

³² Por todos, MARTÍNEZ FONS, D: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, CES editorial, Madrid, 2002.

³³ CONLON, K.J: “Privacy in the workplace”, *Labor law journal*, vol. 48, n° 8, 1997, p. 444; LLOYD, I.J: *Legal aspects of the information society*, Butterworths editorial, London, 2000, p. 340.

En este sentido, el Convenio n° 185 de la OIT ha incorporado la inclusión dentro del documento identificativo de la gente de mar la inclusión de huellas dactilares con el fin de permitir la identificación del titular del documento de identidad de la gente de mar. Ahora bien, el que el nuevo Convenio haya introducido tal requerimiento que tiene por objeto, entre otras, el de permitir la verificación de la identidad del trabajador del mar y su aptitud para prestar servicios a bordo puede, en algunos casos, vulnerar el derecho a la intimidad si aquélla es utilizada de manera indebida o, lo que es lo mismo, si las facultades empresariales de control legítimas dentro del reconocimiento de la libertad de empresa y sus inherentes poderes organizacionales atenta contra el derecho a la intimidad del ciudadano, que no desaparece por el hecho de su integración en el entorno laboral³⁵.

La articulación entre estos contenidos y las facultades empresariales es siempre complicada y depende en la mayor parte de las ocasiones de juicios de proporcionalidad. El propio legislador es quien delimita de forma singular el enfrentamiento entre las facultades de organizativas del empresario y contenidos como la intimidad (art. 18 y 20.4 ET), señalando límites y potestades. Evidentemente, en aquellos casos en los que la norma no opere estas demarcaciones será la actividad jurisdiccional la responsable de practicarlas. Ahora bien, las anotadas dificultades para elevar reglas fijas, capaces de proyectarse sobre estos supuestos, cuando no incluso algunos excesos de prudencia protagonizados por el TC, traen como consecuencia una gran dosis de inseguridad para los operadores implicados, apenas mejorada tras más de 25 años de vigencia de la CE.

³⁴ TASCÓN LÓPEZ, R: “El poder de control empresarial en la era tecnológica: visión panorámica de una cuestión inacabada”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social – Centro de estudios financieros* n° 267, 2005, pp. 19 y ss.

³⁵ STC 98/2000, F.J. 6º: “*Debe por ello rechazarse la premisa de la que parte la Sentencia recurrida, consistente en afirmar que el centro de trabajo no constituye por definición un espacio en el que se ejerza el derecho a la intimidad por parte de los trabajadores, de tal manera que las conversaciones que mantengan los trabajadores entre sí y con los clientes en el desempeño de su actividad laboral no están amparadas por el art. 18.1 C.E. y no hay razón alguna para que la empresa no pueda conocer el contenido de aquéllas, ya que el referido derecho se ejercita en el ámbito de la esfera privada del trabajador, que en el centro de trabajo hay que entenderlo limitado a los lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, lavabos o análogos, pero no a aquellos lugares en los que se desarrolla la actividad laboral.*”

Dentro de este apartado, tal y como reza el epígrafe principal, se trata el caso de la introducción de datos biométricos en el Convenio de identidad de la gente de mar, que si bien no ha sido objeto de resolución específica por el TC; existe algún otro pronunciamiento del mismo tribunal que implica un asunto similar al anotado, como el relativo a los reconocimientos médicos (STC 196/2004), que además resaltaba el problema de la protección de los datos del paciente en un fichero; tal y como ocurre con el Convenio de la OIT n° 185 que insta a las autoridades nacionales a crear una base de datos con los documentos de identidad de la gente de mar.

En este sentido, el derecho fundamental a la intimidad del empleado determina la entrada en juego de la regla de indispensabilidad, manifestación singular del principio de proporcionalidad, que autoriza la lesión del derecho fundamental cuando esta es la única forma de asegurar un objetivo de mayor relevancia, como era en aquél caso la salud colectiva y lo es, a nuestros efectos, la seguridad marítima. No obstante, el sacrificio anotado habrá de limitar sus consecuencias al mínimo indispensable, sin que resulte admisible perjudicar su ejercicio más allá de lo exigido por las circunstancias. Por tanto, cuando de lo que se trata es de verificar que el trabajador del mar tiene esa condición, o la de proteger los mares y océanos, de eventuales riesgos derivados de su ineptitud o ausencia de capacitación para llevar a cabo su actividad ordinaria, no resulta necesario introducir en el documento nacional de la gente de mar los datos biométricos de aquél, quedando el objetivo plenamente satisfecho con la expedición por parte de la autoridad nacional competente de un documento en el que se acredite que el trabajador del mar ha superado los exámenes necesarios para la obtención del título correspondiente, que le habilita para prestar servicios a bordo de un buque.

Por su parte, y por lo que se refiere al mecanismo de protección de datos, éste viene regulado desde la Ley de Prevención de Riesgos laborales para el supuesto del reconocimiento médico a que esa norma alude, pero caben otras eventuales problemáticas, como las que aquí tratamos. Esto es, algunas empresas puede hacerse con datos de los trabajadores gracias a mecanismos de colaboración voluntaria con las entidades gestoras de la Seguridad Social. Es el caso resuelto por la STC 202/1999, referido a un empleador de estas características. Se trata de una entidad bancaria que había confeccionado una base de datos en la que constaban detalles relativos a las bajas por Incapacidad Temporal de sus empleados, información a la que accedía

pacíficamente gracias a su modelo de colaboración con la Seguridad Social. El TC resolverá la cuestión en dos momentos, ya que a la mencionada STC 202/1999, que resuelve lo sustantivo, tuvo que añadirse una secuela (STC 153/2004) ésta relativa al modo de ejecutar el fallo de la primera resolución (borrado efectivo de los datos). La cuestión no era sencilla, toda vez que la empresa, entidad colaboradora de la SS, sostenía la conveniencia del fichero en fundamentos legales de aparente razonabilidad. Aludía a la necesidad de reflejar cualquier atención clínica recibida por sus empleados, algo, por otra parte, impuesto por la Ley 14/1986, general de Sanidad. La STC 202/1999, en una línea muy parecida a la STC 11/1998 (intimidación sindical), establece la imposibilidad de que la empresa almacene tales datos.

Nuevamente se imponía el principio de indispensabilidad, que excluye sacrificios sobre el derecho superiores a los meramente necesarios para asegurar los objetivos principales. El mecanismo de la colaboración voluntaria en la gestión de las IT exige que la empresa conozca las enfermedades que en cada momento puedan padecer sus empleados, si bien esta necesidad material queda limitada a la mera gestión de las prestaciones, quedando desautorizada cualquier otra consecuencia. No se acepta la excusa planteada al TC por la empresa, toda vez que el fichero agotaba su propósito en proporcionar una base de datos relativa al absentismo laboral (de hecho se denominaba *fichero de absentismo*), careciendo sus entradas de detalles relativos al proceso de curación, ni a las terapias administradas, tal y como sería lo lógico de ajustarse a la finalidad esgrimida por la empresa³⁶.

³⁶ STC 202/1999, F.J. 4º: “A fin de elucidar la cuestión ahora planteada debemos comenzar precisando que el fichero automatizado de que trae causa el presente proceso constitucional no es un compendio de historiales clínico-sanitarios, esto es, de reseñas circunstanciadas de los datos y antecedentes relativos a la salud de los afectados, sino, sencillamente, una relación de partes de baja, como resulta del propio relato de hechos probados (apartado cuarto) de las Sentencias impugnadas.

En ellos se consignan las correspondientes fechas de baja y alta laboral, el motivo de la baja (enfermedad común o accidente laboral), los días durante los cuales se prolongó la situación de incapacidad temporal y el diagnóstico médico.

A la vista del contenido del fichero, forzoso resulta convenir que su mantenimiento no se dirige a la preservación de la salud de los trabajadores, sino al control del absentismo laboral, lo que, por otra parte, resulta plenamente acorde con la denominación «absentismo con baja médica» que recibe el fichero. Consecuentemente, la creación y actualización del fichero, en los términos en que se ha llevado a efecto, no puede ampararse, frente a lo sostenido por la empresa, en la existencia de un interés general (art. 7.3 L.O.R.T.A.D. y, por remisión, arts. 10.11 y 61 L.G.S.), que justificaría la autorización por ley, sin necesidad del consentimiento del trabajador, para el tratamiento automatizado de los datos atinentes a su salud, ni tampoco en lo dispuesto en los arts. 22 y 23 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, habida cuenta de que en el fichero en cuestión no se reflejan los resultados arrojados por la vigilancia periódica -y consentida por los afectados- del estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes a su actividad laboral, sino tan sólo la relación de períodos de suspensión de la relación jurídico-laboral dimanantes de una situación de incapacidad del trabajador.”

El tratamiento de datos vuelve a sostenerse sobre la regla del consentimiento, completada por excepciones residuales amparadas desde el interés general, que en determinados momentos podría exigir el conservar ciertos datos. Siempre que ello sea así, la conservación y tratamiento de los datos habrá de limitarse a satisfacer ese interés, sin que quepan ampliaciones oportunistas al servicio de quien deba custodiar esos archivos.

Trasladadas estas consideraciones generales al caso que nos ocupa, parece del todo necesario afirmar que la causa por la cual el derecho a la intimidad aparece lesionado es el de garantizar al trabajador del mar la posibilidad del tránsito, embarco y desembarco en los puertos en los que el buque atraque, así como el de proteger los mares y océanos. A estos efectos, puede resultar razonable el que las autoridades competentes recaben los datos necesarios del trabajador, como ha sido menester hasta el momento. Si bien ello es así, el que entre los datos que se pretendan recabar –huellas dactilares- u otros que pudieran introducirse en el futuro –iris, etc.- por mor del interés de la comunidad internacional en protegerse frente al “terrorismo internacional” (el gran paladín de este siglo) puedan llegar a manos del empresario -lo cual no es del todo extraño en una industria empeñada en desproteger los derechos socio-laborales de los trabajadores en ella empleados- podría propiciar fórmulas de vulneración de este derecho fundamental, difícilmente contenibles en los Estados que suministran mano de obra.