
ENMIENDA CONSTITUCIONAL N° 115/2022 Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES

CONSTITUTIONAL AMENDMENT N° 115/2022 AND THE PROTECTION OF PERSONAL DATA IN THE FIELD OF EMPLOYMENT RELATIONS

Nelson MANNRICH

Máster, Doctor, Habilitación en Derecho y Profesor de Derecho del Trabajo (jubilado), Facultad de Derecho, Universidad de San Pablo. Presidente de Honor y miembro de la Academia Brasileña de Derecho del Trabajo. Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Coordinador del GETRAB-USP. Abogado asociado de Mannrich e Vasconcelos Advogados.

nelsonmannrich@mannrichvasconcelos.com.br

Alessandra BARICHELO BOSKOVIC

Maestría y Doctorado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Paraná (Brasil), con pasantía doctoral en la Facultad de Derecho, Universidad de Fordham (Estados Unidos). Profesor de Derecho Laboral, carrera de Derecho, Universidad Presbiteriana Mackenzie (Brasil). Investigador del GETRAB-USP. Socio de Mannrich e Vasconcelos Abogados.

alessandraboskovic@mannrichvasconcelos.com.br

Fecha de envío: 24/07/2023

Fecha de aceptación: 30/08/2023

ENMIENDA CONSTITUCIONAL N° 115/2022 Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES

Nelson MANNRICH

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Alessandra BARICHELO BOSKOVIC

Universidad Presbiteriana Mackenzie (Brasil)

Resumen: La protección de datos personales, en Brasil, comenzó a ser discutida con miras a una Ley General recién a fines de 2010. Desde entonces, se han dado pasos importantes: en abril de 2014, se promulgó la Ley N° 12.965/14, conocida como Marco de Derechos Civiles para Internet; en agosto de 2018 se publicó la Ley N° 13.709/18, conocida como Ley General de Protección de Datos – LGPD; Más recientemente, en febrero de 2022, entró en vigencia la Enmienda Constitucional N° 115, que consagró en la Constitución el derecho fundamental a la protección de datos personales. Este importante marco normativo es aplicable a las relaciones laborales, aunque sin disposición expresa: como la CLT y la escasa legislación no regulan la protección de datos de carácter personal, las mismas normas se aplican tanto a las relaciones contractuales comunes, como a las de consumo, laborales o de cualquier otra índole. A partir de la fase de reclutamiento y selección, el empleador ocupa el cargo de responsable del tratamiento de los datos personales, no solo de quienes se convertirán efectivamente en sus empleados, sino también de otros candidatos no contratados y despedidos con posterioridad. Y no hay manera de ser diferente. La recogida de determinados datos personales es inherente al proceso de toma de decisiones que culminarán o no con la contratación del trabajador.

Palabras clave: Datos personales - LGPD - CE N° 115/2022

Sumario: 1. Introducción. 2. Evolución regulatoria en Brasil: del PL N° 4.060/2012 a la LGPD. 3. CE N° 115/2022: el derecho constitucional a la protección de datos. 4. Protección de datos personales en las relaciones laborales. 5. Consideraciones finales.

Abstract: The discussion on a General Law for the protection of personal data in Brazil only began at the end of 2010. Since then, important steps have been taken: in April 2014, Law No. 12,965/14, known as the Internet Act, was enacted; in August 2018, Law No. 13,709/18 (General Data Protection Law – LGPD) was published; more recently, in February 2022, Constitutional Amendment No. 115 came into force, which enshrined the fundamental right to the protection of personal data. This important regulatory framework is applicable to labor relations, although there is no express provision for this: as the CLT and sparse labor legislation do not regulate the protection of personal data, the same rules apply to common contractual relations, as well as to those of consumer, labor or any other nature. It is worth remembering that, from the recruitment and selection phase, until the effective employment contract, the employer acts as a controller of personal data, not only of those who will effectively become their employees, but also of the other non-hired candidates. And it can't be any different. The collection of certain personal data is inherent in the decision-making process itself that will culminate or not in the admission of the worker.

Keywords: Personal data - LGPD - Constitutional Amendment No. 115/2022

Summary: 1. Introduction. 2. Regulatory evolution in Brazil: from PL No. 4.060/2012 to the LGPD. 3. CE No. 115/2022: the constitutional right to data protection. 4. Protection of personal data in labor relations. 5. Final considerations.

1. Introducción

La Enmienda Constitucional N° 115, de 10 de febrero de 2022, modificó la Constitución Federal para incluir la protección de datos personales entre los derechos y garantías fundamentales y establecer la competencia exclusiva de la Unión para legislar sobre la materia. Agregó el inciso LXXIX al artículo 5, así como el inciso XXVI al artículo 21, y el inciso XXX al artículo 22.

En consecuencia, el derecho a la protección de datos personales asume un *estado* de un derecho fundamental autónomo, sin conexión normativa con el derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones (incisos X y XII, respectivamente, del artículo 5 de la Constitución Federal).

La trayectoria que culminó con la constitucionalización del derecho a la protección de datos personales comenzó mucho antes. En la legislación infraconstitucional, se pueden mencionar el Marco de Derechos Civiles en Internet y la Ley General de Protección de Datos – LGPD (Leyes N° 12.965/2014 y 13.709/18, respectivamente). A nivel internacional, destacan aún antes la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2012, el Reglamento 2016/679 y la Directiva 2016/680, del Parlamento Europeo y del Consejo.

Este marco normativo tiene una relevancia significativa en el contexto de las relaciones laborales. Esto se debe a que el empleador o proveedor de servicios inevitablemente recopilará una serie de datos personales del trabajador y, en su caso, de sus dependientes y terceros.

2. Evolución regulatoria en Brasil: del PL N° 4.060/2012 a la LGPD

Vivimos tiempos de grandes transformaciones y nos encontramos en medio de una nueva revolución, la denominada Cuarta Revolución Industrial, debida en particular a la robótica y la inteligencia artificial, así como a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, donde nuevos sistemas inteligentes y nuevas formas de trabajar determinan el surgimiento de la denominada economía colaborativa. Llama la atención la espectacular base de datos recopilada –*grandes datos*– y su tratamiento casi simultáneo.

Este tema de la recolección y tratamiento de datos personales lleva al Derecho del Trabajo a repensarse en nuevas dimensiones y abre una terrible paradoja: al mismo tiempo que se refuerzan y revisitan los principios que sustentan la dignidad del trabajador como persona humana, su intimidad y vida privada se encuentran más vulnerables que nunca, como si fueran meras mercancías. Los límites entre la vida personal y profesional son cada vez más difusos.

Las discusiones académicas sobre la protección de datos personales no son nuevas, pero el debate sobre una *ley General*, en Brasil, solo comenzó a fines de 2010. El primer proyecto de ley del Poder Ejecutivo (Ministerio de Justicia) ofrecido para consulta pública puede considerarse el punto de partida.

Según Mariana Marques Rielli, la falta de una regulación general para la protección de datos personales dejó a Brasil fuera de sintonía con otros países, provocando un doble efecto: “al mismo tiempo, no protegía a los ciudadanos contra el uso abusivo de sus datos personales y creaba un escenario de inseguridad jurídica por la ausencia de normas estandarizadas para los más diversos sectores que manejan datos”¹.

Por eso mismo, el proyecto de ley buscó estructurarse en un listado de principios de protección de datos personales compatibles con la regulación internacional en la materia: finalidad, necesidad, proporcionalidad, calidad, transparencia, seguridad y libre acceso. La base legal del consentimiento recibió gran énfasis.

En julio de 2012, la Asamblea Legislativa propuso un nuevo proyecto (PL N° 4060/2012). En 2013, a raíz del escándalo de espionaje revelado por el exanalista de la Agencia de Seguridad Nacional estadounidense, Edward Snowden, se intensificaron las discusiones sobre la protección de datos personales. Se creó la CPI - Comisión de Investigación del Espionaje Parlamentario y se presentaron en el Senado dos nuevos proyectos de ley: PL N° 131/2014 y PL N° 330/2013. El primero, derivado del CPI, estableció reglas y

¹ RIELLI, Mariana Marqués. El proceso de construcción y aprobación de la Ley General de Datos Personales: bases jurídicas para el tratamiento de datos en un debate multisectorial. Revista de abogados, São Paulo, SP, año XXXIX, N° 144, p. 7-14 de noviembre 2019.

restricciones a la circulación de datos personales; el segundo, introdujo normas más amplias².

Aprobado en 2014, el Marco de Derechos Civiles para Internet (Ley N° 12.965/2014) estableció un “microsistema” para la protección de datos personales en el entorno virtual.

Casi un año después, el Ministerio de Justicia realizó una nueva consulta pública sobre su proyecto de ley. Con ello, los debates sobre las propuestas aún en curso en la Cámara y el Senado cobraron nuevo ímpetu. En 2016, la entonces Presidenta de la República, Dilma Rousseff, envió al Congreso Nacional el PL N° 5.276/2016, que pasó a trámite junto con el PL N° 4.060/12.

El 14 de agosto de 2018 se promulgó la Ley General de Protección de Datos, conocida como LGPD (Ley N° 13.709/18). Publicada en el DOU (Diario Oficial) el 15 de agosto, inicialmente se esperaba que la ley entrara en vigor 18 meses después, es decir, en febrero de 2020. Sin embargo, la Medida Provisional (MP) N° 869/18 (convertida en Ley N° 13.853/2019) modificó la redacción del art. 65, de la LGPD, para aplazar la fecha de entrada en vigor de parte de sus dispositivos³. Posteriormente, la MP 959/20 (convertida en Ley N° 14.058/20) y la Ley N° 14.010/20 modificaron nuevamente la redacción de este artículo. Según la redacción final del artículo 65, que se transcribe a continuación, la LGPD entró en vigor en 3 fechas distintas, según la materia:

Art. 65. Esta Ley entra en vigencia: (Redacción proporcionada por la Ley N° 13.853, de 2019)

I - 28 de diciembre de 2018, en cuanto a los arts. 55-A, 55-B, 55-C, 55-D, 55-E, 55-F, 55-G, 55-H, 55-I, 55-J, 55-K, 55-L, 58-A y 58-B; y (Incluido por la Ley N° 13.853, de 2019)

I-A – 1 de agosto de 2021, respecto de los arts. 52, 53 y 54; (Incluido por la Ley N° 14.010, de 2020)

² RIELLI, Mariana Marqués. Transmisión exterior. cit.

³ Art. 65. Esta Ley entra en vigor: (Redacción dada por la Medida Provisional N° 869, de 2018)
I - 28 de diciembre de 2018, en cuanto a los arts. 55-A, 55-B, 55-C, 55-D, 55-E, 55-F, 55-G, 55-H, 55-I, 55-J, 55-K, 55-L, 58-A y 58-B; y (Incluido por la Medida Provisional N° 869, de 2018)
II - 24 (veinticuatro) meses después de la fecha de su publicación, respecto de los demás artículos. (Incluido por la Medida Provisional N° 869, de 2018)

II - 24 (veinticuatro) meses después de la fecha de su publicación, respecto de los demás artículos. (Incluido por la Ley N° 13.853, de 2019)

Según Patricia Peck Pinheiro, en términos de la realidad brasileña, el plazo previsto por la LGPD para que las empresas, el gobierno y la sociedad civil conozcan e implementen las medidas necesarias para cumplir con sus disposiciones puede considerarse corto⁴. Esto explica los sucesivos aplazamientos de la fecha de entrada en vigor de disposiciones de la ley, al contrario de lo ocurrido con el RGPD, de la Unión Europea⁵.

La LGPD brasileña se basa en: “respeto por la privacidad; autodeterminación informativa; libertad de expresión, información, comunicación y opinión; la inviolabilidad de la intimidad, el honor y la imagen; desarrollo económico y tecnológico e innovación; libre iniciativa, libre competencia y protección al consumidor; y los derechos humanos, el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad y el ejercicio de la ciudadanía por las personas naturales” (art. 2).

La norma se aplica a cualquier operación de tratamiento realizada por una persona física o jurídica de derecho público o privado, independientemente del medio, del país de su sede o del país donde se encuentren los datos, siempre que: la operación de tratamiento se realice en territorio brasileño; la actividad de procesamiento tiene como objetivo la oferta o suministro de bienes o servicios o el procesamiento de datos de personas físicas ubicadas en el territorio brasileño; o los datos personales objeto del tratamiento hayan sido recogidos en el territorio brasileño⁶ (artículo 3).

No está amparado por ley, sin embargo, el tratamiento de datos personales (i) realizado por una persona física, con fines exclusivamente privados y no económicos; (ii) realizadas exclusivamente con fines periodísticos, artísticos, académicos, de seguridad pública, de defensa nacional, de seguridad

⁴ PINHEIRO, Patricia Peck. Protección de Datos Personales: Comentarios a la Ley n. 13.709/2018 (LGPD). 3ra ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 52

⁵ El Parlamento Europeo y el Consejo Europeo aprobaron el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) el 27 de abril de 2016, tras cuatro años de debates. La regulación entró en vigencia solo dos años después, el 25 de mayo de 2018. Este es un período razonable para que las instituciones encargadas del procesamiento de datos se adapten al nuevo marco regulatorio.

⁶ Los datos personales cuyo titular se encuentra en el territorio brasileño en el momento de la recogida se consideran recogidos en el territorio brasileño.

del Estado o actividades de investigación y represión de infracciones penales; (iii) fuera del territorio brasileño y que no sean objeto de comunicación, uso compartido de datos con agentes de procesamiento brasileños ni objeto de transferencia internacional de datos con un país distinto del país de origen, siempre que el país de origen proporcione un grado de protección de datos personales adecuado al previsto en la LGPD (art. 4).

Como se puede apreciar, la LGPD ampara el tratamiento de datos personales que se realice en el marco de las relaciones laborales. Debe, por tanto, observar los siguientes principios: buena fe, finalidad, idoneidad, necesidad, libre acceso, calidad de los datos, transparencia, seguridad, prevención, no discriminación, responsabilidad y rendición de cuentas (art. 6).

La ley limita las hipótesis que autorizan el tratamiento de datos personales. A efectos de las relaciones laborales, nos interesan las siguientes situaciones de tratamiento de datos⁷: (a) con el consentimiento del titular, proporcionado por escrito o por otro medio que demuestre su expresión de voluntad; (b) para cumplir con una obligación legal o reglamentaria del controlador; (c) cuando sea necesario para la ejecución de un contrato o procedimientos preliminares relacionados con un contrato en el que el interesado sea parte, a petición del interesado; (d) para el ejercicio regular de los derechos en procedimientos judiciales, administrativos o arbitrales; (e) para la protección de la vida o la integridad física del titular o de un tercero; y (f) cuando sea necesario para atender intereses legítimos del responsable del tratamiento o de un tercero, salvo que prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del titular que requieran la protección de datos personales.

3. CE N° 115/2022: el derecho constitucional a la protección de datos

Dada la relevancia del tema, en febrero de 2019, se presentó en el Senado Federal la Propuesta de Reforma Constitucional (PEC) N° 17/2019, por iniciativa

⁷ La LGPD también trae otras hipótesis, que no fueron mencionadas aquí por no tener relación con el Derecho del Trabajo. Para acceder a la lista completa, véase el artículo 7 de la Ley N° 13.709/2018.

del Senador Eduardo Gomes. El proyecto inicial preveía la inclusión de un inciso XII-A, en el artículo 5, y un inciso XXX, en el artículo 22, de la Constitución Federal, con la siguiente redacción:

Art. 5, XII-A – en los términos de la ley, se garantiza el derecho a la protección de datos personales, incluso en medios digitales.

Art. 22, XXX – protección y tratamiento de datos personales.

En la justificación, la PEC señaló que si, por un lado, el avance de la tecnología brinda empleabilidad, prosperidad y una mejor calidad de vida, por otro lado, mal utilizada, puede causar daños inconmensurables a los individuos y a la sociedad, “dando lugar, incluso, a la concentración de los mercados”⁸.

Es cierto que la privacidad ha sido el punto de partida de las discusiones sobre el tema. Pero, considerando las peculiaridades de la protección de datos personales, se verifica “autonomía valorativa [...] merecedora de convertirse en un derecho constitucionalmente garantizado”⁹. Ante ello, a pesar del alcance legal de la LGPD, se propuso una Reforma Constitucional para instituir el *derecho fundamental a la protección de datos*. Pero, como puede verse, el texto inicial de la PEC trajo la protección de datos personales como resultado del derecho al secreto de las comunicaciones, establecido en el inciso XII, del artículo 5, de la Constitución Federal.

En cuanto al establecimiento de la competencia constitucional para legislar sobre la materia, la justificación de la PEC destacó que existen varios proyectos de ley estatales y municipales sobre la materia, y argumentó:

No hay racionalización en esto: se debe evitar la fragmentación y pulverización de un tema tanpreciado por la sociedad. El ideal, al igual que con otros derechos fundamentales y cuestiones generales relevantes, es que la Unión tiene la competencia legislativa central. De lo contrario, se puede correr el riesgo de, inclusive inconstitucionalmente, haber decenas -tal vez miles- de conceptos legales sobre lo que es "dato personal" o sobre quiénes son los "agentes de tratamiento" sujetos a la norma legal¹⁰.

⁸ SENADO FEDERAL. Propuesta de Reforma Constitucional N° 17, de 2019 – Justificación. p. 4.

⁹ Ídem.

¹⁰ Ídem.

Así, ante las ventajas de una legislación uniforme, la PEC propuso la competencia exclusiva de la Unión para legislar en materia de protección de datos.

En mayo de 2019, la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía del Senado Federal presentó el Dictamen No.¹¹, sobre la PEC N° 17. Según el dictamen, el derecho a la protección de datos ya encuentra tutela refleja en la Constitución Federal, en particular por la interpretación conjunta de los artículos 1, inciso III¹²; 3º, incisos I e IV¹³; de 5º, inciso 10, 12 de 772¹⁴. A pesar de esto, señaló:

Sin embargo, debido a la constante evolución de los asuntos relacionados con la protección y tratamiento de datos personales y la naturaleza de este tipo de relaciones en un escenario donde las desigualdades no solo se encuentran en la relación Estado/individuo, sino también entre los propios individuos, en las relaciones privadas, se hace imperativo agregar, de manera inequívoca, la protección de datos personales a la lista de garantías individuales, junto a los derechos fundamentales consagrados¹⁵.

Según el Dictamen, al incluir la protección de datos personales en la lista de derechos fundamentales, la PEC N° 17 acoge, en el ámbito constitucional, el

¹¹ Informe de la senadora Simone Tebet.

¹² Constitución Federal, art. 1er. “La República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y el Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y se funda en: [...] III - la dignidad de la persona humana; [...]”.

¹³ Constitución Federal, art. 3er. “Son objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil: I - construir una sociedad libre, justa y solidaria; [...] IV - promover el bien de todos, sin perjuicio de origen, raza, sexo, color, edad y cualquier otra forma de discriminación”.

¹⁴ Constitución Federal, art. 5to. “Todos son iguales ante la ley, sin distinción alguna, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos: [...]X - la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las personas son inviolables, asegurando el derecho a la reparación del daño material o moral resultante de su violación; [...] XII - el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telegráficas, de datos y telefónicas es inviolable, salvo, en este último caso, por orden judicial, en los casos y en la forma establecidos por la ley para los fines de investigación criminal o de instrucción procesal penal; [...] LXXII - se concederá “tienes datos”: a) asegurar el conocimiento de información relativa a la persona del peticionario, contenida en registros o bases de datos de entidades gubernamentales o públicas; b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo a través de un proceso confidencial, judicial o administrativo; [...]”.

¹⁵ SENADO FEDERAL. Opinión CCJ No. 45/2019. p. 6.

espíritu de las Leyes N° 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) y 3.709/2018 (Ley General de Protección de Datos).

En vista de ello, el Voto opinó para la admisibilidad y aprobación de la PEC, con la siguiente redacción:

Art. 5, XII - es inviolable el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telegráficas, de datos y telefónicas, salvo, en este último caso, por orden judicial, en los casos y en la forma establecidos por la ley para los fines de la investigación criminal o de la instrucción procesal penal, así como se asegura el derecho a la protección de los datos personales, incluso en medios digitales, en los términos de la ley.

En agosto de 2019, dictamen de la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía de la Cámara de Diputados¹⁶ consideró adecuada la inserción de la protección de datos personales como un derecho fundamental, “si bien puede considerarse amparado por el principio de protección de la intimidad expresado también en diferentes dispositivos (arts. 5º, X y LV; 93, IX de la Constitución)”. También consideró necesario atribuir a la Unión la competencia de legislar en privado sobre la materia, como medio de evitar conflictos normativos e inseguridad jurídica.

En diciembre de 2019 se publicó el dictamen de la Comisión Especial de la Cámara de Diputados. El documento destacó la participación de la sociedad civil y autoridades públicas en cada una de las seis audiencias públicas realizadas¹⁷.

Se destaca la audiencia realizada el 22 de octubre de ese año, con la participación de Sergio Paulo Gallindo¹⁸ y Laura Schertel Mendes¹⁹, así como otros representantes de la sociedad civil.

En la oportunidad, Sérgio Gallindo sugirió la inclusión del derecho a la protección de datos en el texto constitucional a través de un artículo separado,

¹⁶ CAMARA DE LOS DIPUTADOS. Opinión de la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía sobre la PEC N° 17-A, del Senado Federal. p. 2.

¹⁷ Las audiencias públicas se llevaron a cabo en 2019, los días 22 y 29 de octubre, y los días 5, 12, 19 y 26 de noviembre.

¹⁸ Presidente Ejecutivo de la Asociación Brasileña de Empresas de Tecnologías de la Información y la Comunicación – BRASSCOM.

¹⁹ Profesor adjunto de la Universidad de Brasilia – UnB.

argumentando que la protección de datos no depende del secreto de la comunicación establecido por el inciso XII, del artículo 5. Para Laura Schertel, del mismo modo, el derecho a la intimidad es insuficiente: mientras este tiene un carácter individual, el otro tiene un carácter colectivo. Así, también recomendó su inclusión constitucional en un artículo separado, en virtud de su autonomía.

Siguiendo en esa dirección, el Relator ponderó, en su voto, que el derecho a la protección de datos personales reúne las principales características de los derechos fundamentales: “es un derecho universal, aplicable a todas y cada una de las personas y es un derecho inalienable o indisponible”, además de “esencial para la formación de la personalidad”²⁰. Es, por tanto, esencial a la dignidad de la persona: “la fundamentalización del derecho a la protección de datos no sólo es posible, sino indispensable para la autodeterminación informativa, limitando las posibilidades y formas de actuación del individuo en los tiempos actuales”²¹.

Sin embargo, la Opinión de la Comisión Especial reconoció que el derecho a la protección de datos trasciende el derecho a la privacidad y no puede confundirse simplemente con el derecho al secreto de las comunicaciones. Así, consideró conveniente que la protección de datos personales tuviera *estado* de un derecho fundamental por medio de una disposición constitucional en su propio inciso, desligado del inciso XII, del artículo 5. Propuso la inserción de un dispositivo autónomo al final del art. 5º, mejorando sólo la redacción del texto aprobado por el Senado Federal, sin alterar el contenido. El primer suplente del Relator fue presentado en los siguientes términos:

Art. 5, LXXIX – se garantiza el derecho a la protección de datos personales, incluso en medios digitales, en los términos de la ley;

Art. 21, XXVI - organizar y supervisar la protección y el tratamiento de datos personales, en los términos de la ley, que dispondrá la creación de un órgano regulador y otros aspectos institucionales.

Art. 22, XXX – protección y tratamiento de datos personales.

²⁰ CAMARA DE LOS DIPUTADOS. Dictamen de la Comisión Especial sobre PEC N° 17-B, del Senado Federal - Oficio N° 521/19-SF. p. 6.

²¹ CAMARA DE LOS DIPUTADOS. Dictamen de la Comisión Especial sobre PEC N° 17-B, del Senado Federal - Oficio N° 521/19-SF. p. 6.

Según el texto, también, para los efectos del inciso XXVI, del art. 21, el ente regulador debe ser una entidad independiente, parte de la administración pública federal indirecta, sujeta a un régimen autárquico especial.

Luego de la lectura del voto del Relator, la Comisión Especial ofreció varios aportes, lo que motivó la segunda sustitución del Relator, cambiando la redacción propuesta para el inciso XXVI, del art. 21: “ordenar y supervisar la protección y el tratamiento de los datos personales, en los términos de la ley, que dispondrá la creación de un organismo regulador independiente”.

Con fecha 10 de diciembre de 2019, la Comisión Especial resolvió aprobar, con supletoria, el Proyecto de Reforma a la Constitución N° 17/2019, en los siguientes términos:

Art. 5, LXXIX – se garantiza el derecho a la protección de datos personales, incluso en medios digitales, en los términos de la ley;

Art. 21, XXVI - organizar y supervisar la protección y el tratamiento de datos personales, en los términos de la ley, que dispondrá la creación de un órgano regulador independiente.

Art. 22, XXX – protección y tratamiento de datos personales.

El 31 de agosto de 2021, el Pleno de la Cámara de Diputados aprobó, en primera vuelta, la Sustitución a la PEC de la Comisión Especial. Se destacó el énfasis propuesto por el Partido Nuevo, para votar por separado la expresión “que dispondrá la creación de un organismo regulador independiente”, contenida en el inciso XXVI, del artículo 21, y, en consecuencia, del artículo 4 de la Sustitutiva, con miras a su supresión.

El diputado Vinícius Poit criticó la inclusión, en el texto constitucional, de una autoridad de gestión independiente. Para él, asfixiaría el modelo y cualquier cambio futuro exigiría una nueva PEC. Además, si se mantuviera esa expresión en el texto, la Agencia Nacional de Protección de Datos habría estado superiores a otros Organismos Reguladores, creados por normas infraconstitucionales.

En la misma sesión plenaria, se aprobó el Requerimiento N° 1760/2021, prescindiendo del intersticio regimental entre la primera y segunda vuelta de deliberación de la PEC en la Cámara de Diputados. En segunda vuelta, fue aprobada la redacción final, con la supresión del texto resaltado, determinando la devolución de la PEC N° 17-C al Senado Federal, con la siguiente redacción:

Art. 5, LXXIX – se garantiza el derecho a la protección de datos personales, incluso en medios digitales, en los términos de la ley;

Art. 21, XXVI - organizar y supervisar la protección y el tratamiento de datos personales, en los términos de la ley.

Art. 22, XXX – protección y tratamiento de datos personales.

El artículo 4 del texto original – según el cual, para los efectos del inciso XXVI, del art. 21, el ente regulador sería una entidad independiente, parte de la administración pública federal indirecta, sujeta a un régimen autárquico especial – se eliminó de la redacción final.

En el Senado Federal, el Pleno N° 242/2021 fue por la constitucionalidad, legalidad y reglamentación de la PEC N° 17-C, y, en el mérito, por su aprobación. Así, se promulgó la Enmienda Constitucional N° 115, del 10 de febrero de 2022²², agregándose el inciso LXXIX al art. 5, inciso XXVI, al art. 21, y el inciso XXX, al art. 22:

Art. 5 Todos son iguales ante la ley, sin distinción de ningún tipo, garantizándose a los brasileños y extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos: [...]

LXXIX - Se garantiza el derecho a la protección de datos personales, en los términos de la ley, incluso en medios digitales.

Art. 21. Corresponde a la Unión: [...]

XXVI - organizar y supervisar la protección y el tratamiento de datos personales, en los términos de la ley.

Art. 22. Corresponde exclusivamente a la Unión legislar sobre: [...]

XXX- protección y tratamiento de datos personales.

De esta manera, la protección de datos personales ha logrado *estado* de derecho fundamental, material y formalmente constitucional²³.

²² Diario Oficial de la Federación del 11/02/2022. Disponible en: <[Página 2 del Diario Oficial de la Federación - Sección 1, número 30, del 11/02/2022 - Prensa Nacional](#)>. Consultado el: 13 de junio. 2022.

²³ Sobre el concepto de derechos fundamentales constitucionales formales y materiales, George Marmelstein aclara: “Además del contenido ético (aspecto material), los derechos fundamentales también tienen un contenido normativo o institucional (aspecto formal). Desde un punto de vista jurídico, no es cualquier valor que pueda encuadrarse en el concepto de derechos fundamentales. Jurídicamente, los derechos fundamentales son sólo aquellos valores que el pueblo (léase: el poder constituyente) reconoció formalmente como merecedores de especial protección normativa, aunque sea implícitamente. Este reconocimiento formal se produce a

4. Protección de datos personales en las relaciones laborales

La Constituyente derivada hizo bien en incluir la protección de datos personales en la Constitución Federal a través de un artículo autónomo. Si bien dicho derecho puede entenderse como una *dimensión* del derecho a la intimidad, compartiendo los mismos fundamentos -la protección de la personalidad y la dignidad de la persona- su alcance es más amplio.

Según Laura Mendes, la protección de datos personales ahora se entiende como un fenómeno colectivo. Esto se debe a que cualquier daño causado por un tratamiento inadecuado es, por naturaleza, difuso y requiere una protección jurídica colectiva. Además, la privacidad, que hasta entonces se entendía como “el derecho negativo a ser dejado en paz (*derecho a ser dejado solo*)”, adquiere un sentido positivo, significando también “el control de los datos personales por parte del propio individuo, quien decide cuándo, cómo y dónde deben circular sus datos personales”²⁴.

El autor también destaca otro tema importante en cuanto a la protección de datos personales: el tema de la igualdad. Para Laura Mendes, la vigilancia realizada por entidades públicas y privadas, a partir de información obtenida de bases de datos, puede conducir a la selección, clasificación e incluso discriminación -indebida, obviamente- de las personas, afectando sus posibilidades de vida en sociedad. Los datos personales a menudo “determinan 'abrir o cerrar las puertas de oportunidades y acceso’”²⁵.

Por tanto, desde la perspectiva de las relaciones laborales, la protección de datos personales va más allá de proteger la privacidad de los trabajadores.

través de la positivización de estos valores a través de normas jurídicas. Para ser aún más precisos, se puede decir que, bajo el aspecto jurídico-normativo, sólo pueden ser considerados como derechos fundamentales aquellos valores que fueron incorporados al orden constitucional de un determinado país. Dentro de esta concepción, se puede decir que no existen derechos fundamentales derivados de la ley. La fuente primaria de los derechos fundamentales es la Constitución. La ley, a lo sumo, densificará, es decir, disciplinará el ejercicio del derecho fundamental, nunca lo creará directamente”. (MARMELSTEIN, George. Curso de Derechos Fundamentales. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p.17).

²⁴ MENDES, Laura S. Privacidad, protección de datos y protección al consumidor: líneas generales de un nuevo derecho fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 35-37

²⁵ MENDES, Laura S. Ob. ciudad pp. 35-37.

También logra la igualdad de oportunidades y salvaguardas contra conductas discriminatorias basadas en la información personal de cada individuo.

Esta garantía se observa en otros ordenamientos jurídicos. En la Unión Europea existen varios documentos sobre el tema: Carta de los Derechos Fundamentales de la UE²⁶, Reglamento General de Protección de Datos (GDPR - Reglamento No. 2016/679²⁷²⁸, Directiva sobre Protección de Datos en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (o Directiva JAI)²⁹ y Reglamento N° 2018/1725³⁰.

En Brasil, la Ley General de Protección de Datos (LGPD – Ley N° 13.709/18) va más allá de la garantía de la privacidad. Garantiza la autodeterminación informativa, la libertad de información y la inviolabilidad de la intimidad, el honor y la imagen, entre otros derechos (art. 2).

Aun sin disposición expresa, la ley alcanza el trabajo y las relaciones laborales. Como la Consolidación de las Leyes Laborales (CLT) y la escasa legislación no regulan la protección de datos personales, las mismas reglas se aplican tanto a las relaciones contractuales comunes, como a las de consumo, laborales o de cualquier otra índole.

²⁶ Artículo 8 - Protección de datos personales. "1. Todas las personas tienen derecho a la protección de los datos personales que les conciernen. 2. Estos datos deberán ser tratados de forma leal, para finalidades específicas y con el consentimiento del interesado o con otra base legítima prevista en la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recabados que le conciernen ya obtener la respectiva rectificación. 3. El cumplimiento de estas normas está sujeto a la supervisión de una autoridad independiente."

²⁷ Con rectificación publicada en el Diario Oficial de 23 de mayo de 2018.

²⁸ Sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (incluida la rectificación publicada en el Diario Oficial de 23 de mayo de 2018). Entró en vigor el 24 de mayo de 2016 y es aplicable desde el 25 de mayo de 2018.

²⁹ De la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales con el fin de prevenir, investigar, detectar o reprimir infracciones penales o ejecutar sanciones penales. En otras palabras, la Directiva tiene como objetivo garantizar que los datos personales de las víctimas, testigos y sospechosos de delitos estén debidamente protegidos y facilitar la cooperación transnacional en la lucha contra la delincuencia y el terrorismo. Entró en vigor el 5 de mayo de 2016.

³⁰ Establece las normas aplicables al tratamiento de datos personales por parte de las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea, en línea con lo dispuesto en el Reglamento General de Protección de Datos y la Directiva de Protección de Datos en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. También se crea el Supervisor Europeo de Protección de Datos (AEPD). Esta autoridad es un organismo independiente de la UE, responsable de controlar la aplicación de las normas de protección de datos en las instituciones europeas y de dar seguimiento a las quejas. Entró en vigor el 11 de diciembre de 2018.

A partir de la fase de reclutamiento y selección, el empleador ocupa el cargo de interventor³¹ de datos personales, no solo de quienes se convertirán efectivamente en sus empleados, sino también de otros no contratistas, incluidos los trabajadores de terceros. Y no hay manera de ser diferente. La recogida de determinados datos personales es inherente al proceso de toma de decisiones que culminarán o no en el ingreso del trabajador o que resulten de las relaciones con otros empleadores.

En el curso de la relación contractual, el empleador también tratará necesariamente los datos personales del empleado. Para celebrar un contrato o completar el *eSocial*³², la ley exige, como mínimo, nombre completo, fecha de nacimiento, número de RG, número de CPF y CTPS del trabajador. Para otorgar beneficios como el subsidio de transporte y el subsidio familiar, también debe proporcionar su dirección de residencia, además de información sobre sus dependientes o familiares, como el número de hijos y sus edades. Para cumplir con obligaciones tales como exámenes médicos de ingreso, periódicos y despido, entre otros, el empleador tendrá acceso a datos relacionados con la salud ocupacional de sus trabajadores. Y no termina ahí: la biometría y las imágenes son datos recogidos de forma rutinaria con fines de acceso al lugar de trabajo y/o control de jornada, e incluso con fines de seguridad de la propiedad y de terceros, recogidos a través de cámaras y otros instrumentos de vigilancia.

Como puede verse, el tratamiento de los datos personales de los empleados por parte del empleador es necesario e inevitable. Esto debe hacerse de conformidad con la LGPD y en cumplimiento del derecho fundamental a la protección de datos personales. Estas son precauciones muy recomendables: recopilar solo los datos estrictamente necesarios, evitar obtener datos sensibles³³, adoptar las mejores prácticas de seguridad de la información,

³¹ Según el artículo 5, VI, de la LGPD, un controlador es la “persona física o jurídica, pública o privada, responsable de las decisiones relativas al tratamiento de datos personales”.

³² El *eSocial* es un sistema informático de la Administración Pública, a través del cual se debe informar de todas las relaciones laborales que mantienen las personas físicas o jurídicas.

³³ Según el artículo 5, II, de la LGPD, son datos personales sensibles “los datos personales sobre el origen racial o étnico, las convicciones religiosas, las opiniones políticas, la afiliación a un sindicato u organización de carácter religioso, filosófico o político, los datos referentes a la salud o la vida sexual, los datos genéticos o biométricos, cuando se vinculen a una persona física”. Al respecto, Luciano Martínez aclara: “Durante la negociación preliminar no se deben recabar datos

restringir el acceso interno a los datos y disponer su adecuada disposición cuando ya no sean necesarios³⁴.

El aspecto más delicado de esta dinámica descansa en las hipótesis jurídicas que autorizan el tratamiento de datos. A pesar del protagonismo del consentimiento, en la LGPD, este elemento genera debilidades en el contexto de las relaciones laborales.

Esto se debe a que, en particular, se observa, en las relaciones laborales, desigualdad entre los sujetos contratantes. Con excepción de la figura del trabajador hipersuficiente, prevista en el artículo 444, párrafo único, de la CLT³⁵, la Ley del Trabajo brasileña presupone irrestrictamente la condición de hiposuficiencia del trabajador³⁶.

personales sensibles del entrevistado [...]. Si la recopilación de datos de esta naturaleza es esencial para la contratación —lo que puede ocurrir porque el empleador es una institución de moda, por ejemplo— el tratamiento, bajo las sanciones y bajo las responsabilidades previstas en la citada Ley n. 13.709/2018, sólo se dará mediante la prestación del consentimiento por escrito del titular, en cláusula resaltada, o por otro medio que demuestre la manifestación de su voluntad". (MARTÍNEZ, Luciano. Curso de Derecho del trabajo. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 116.)

³⁴ "En términos prácticos, sus obligaciones se traducen en prácticas internas, procesos, procedimientos y capacitaciones que involucran a los departamentos que participarán en el proceso de selección. Establecer un proceso de selección serio, juicioso, detallado y, sobre todo, razonado, incluso antes de dar a conocer la vacante al mercado, es fundamental para cumplir con lo establecido en la LGPD en esta etapa. Cabe señalar que tal cuidado debe ser redoblado en el caso de crear una "base de datos de currículums" interna, utilizando herramientas tecnológicas para seleccionar candidatos —que ya han sido blanco de diversas críticas en las redes sociales, así como objeto de demandas legales en los últimos tiempos—, así como procesar los datos de otros candidatos que ni siquiera fueron elegidos para un puesto determinado. En términos generales, entre las recomendaciones realizadas a las empresas en relación con la LGPD, se destacan las siguientes: (i) solicitar información exclusiva y estrictamente necesaria para la evaluación y selección del candidato para determinada vacante y función; (ii) definición de un proceso interno de acceso a los archivos curriculares; (iii) información clara y transparente al candidato sobre el tratamiento que recibirán los datos personales contenidos en los currículos presentados; (iv) consulta sobre la intención y autorización de mantener el currículo enviado en bases de datos para futuras oportunidades; entre otras". (SILVA, Airton José; ZAVANELLA, Fabiano; KRUG, Pamela; CASTRO E SERPA, Patricia Oliveira; RIBEIRO, Viviane Licia. Impactos de la Ley General de Protección de Datos en las Relaciones Laborales. En: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. La Ley General de Protección de Datos de Brasil: Análisis Sectorial (Tomo II). São Paulo: Almedina, 2021. pp. 113-114.)

³⁵ Un empleado que tiene un diploma de educación superior y recibe "salario mensual igual o superior al doble del límite máximo de prestaciones del Sistema General de Seguridad Social" (según el artículo 444, párrafo único, de la CLT). En julio de 2022, cuando se estaba elaborando este artículo, el techo en el RGPS es de BRL 7.087,22. Por lo tanto, para ser clasificado como hipersuficiente, el empleado debe recibir un salario igual o superior a R\$ 14.174,44.

³⁶ Al respecto, se menciona la doctrina de Guilherme Guimarães Feliciano: "El principio de protección cumple, pues, una función general de carácter constitucional (derivada, en Brasil, del artículo 7 de la CRFB), que es la de reequilibrar materialmente las posiciones jurídicas de las partes generalmente antagónicas en los conflictos laborales (empleado y empleador). Debido a

El artículo 5, XII, de la LGPD, define el consentimiento como la “manifestación libre, informada e inequívoca por la cual el titular está de acuerdo con el tratamiento de sus datos personales para una finalidad específica”. En el ámbito de la relación laboral, considerada la hiposuficiencia del trabajador, es bastante cuestionable cuán libre, informado e inequívoco es su consentimiento para el tratamiento de datos personales.

Selma Carloto y Livia Clozel aclaran: “el consentimiento debe ser una elección libre, un acto positivo por parte del titular. De esta forma, si el trabajador no tiene la posibilidad de negarse, el consentimiento no será válido, especialmente si éste es una condición del contrato”³⁷.

Sin embargo, como ya se mencionó, no existen reglas específicas de protección de datos en el sistema legal brasileño para las relaciones laborales. Por lo tanto, se aplican las reglas generales de la LGPD -y, en los términos del artículo 7, I, de la ley, el tratamiento de datos es legítimo con el consentimiento de su titular.

Por eso mismo, las cláusulas por las que el trabajador manifiesta su conformidad con el tratamiento de sus datos personales por parte del empleador. De conformidad con el artículo 8, párrafo 1, el consentimiento debe prestarse por escrito, en cláusula separada, o por otro medio que demuestre la voluntad del titular.

Pero, buscando una mayor seguridad jurídica, las empresas deben buscar otras fuentes que legitimen el tratamiento de los datos personales, además del consentimiento. Hay circunstancias, previstas por la ley, en las que el procesamiento de datos puede ocurrir independientemente del consentimiento. Se destacan, por su relevancia para el presente análisis: para el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria por parte del responsable del tratamiento; cuando sea necesario para la ejecución de un contrato o trámites

la especial protección legal, se minimiza la vulnerabilidad de los trabajadores, producto de la llamada “hiposuficiencia económica”, que en el contexto legal se manifiesta como subordinación”. (FELICIANO, Guilherme Guimaraes. Curso Crítico de Derecho del Trabajo: Teoría General del Derecho del Trabajo. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 245.)

³⁷ CARLOTO, Selma; CLOZEL, Livia. LGPD y el Derecho a la Privacidad de los Trabajadores. En: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. La Ley General de Protección de Datos de Brasil: Análisis Sectorial (Tomo I). São Paulo: Almedina, 2021. pp. 254-257.

previos relacionados con el contrato en el que el titular sea parte, a solicitud del titular de los datos; y cuando sea necesario para atender los intereses legítimos del responsable del tratamiento (artículo 7, incisos II, V y IX)³⁸. No se puede negar que el empleador tiene intereses económicos y sociales legítimos para justificar el procesamiento de los datos personales de sus empleados.

Esto significa que el tratamiento de datos personales no sensibles recogidos durante el proceso de reclutamiento y selección, en la fase de contratación o en el curso del contrato, cuando sea necesario para el cumplimiento de deberes legales impuestos al empleador, no depende del consentimiento expreso y específico del trabajador.

Para Silvia Vale y Rosangela Lacerda, esta autorización legal no debe servir como oportunidad para vulnerar el derecho a la autodeterminación informativa del interesado. La recogida de datos deberá, en todo caso, ceñirse a lo estrictamente necesario para la ejecución del contrato y el cumplimiento de las obligaciones legales del empleador, y no podrá apartarse de estos fines. “Obviamente, el empleador no puede utilizar los datos personales del trabajador para fines ajenos a la relación laboral”³⁹.

En aras de la seguridad jurídica, se recomienda cautela en la formalización del contrato de titular siempre que sea posible, pero su ausencia no implica infracción legal por parte del empleador⁴⁰.

³⁸ En ese sentido, menciona Flávia Alcassa: “En las relaciones laborales, de acuerdo con la Ley General de Protección de Datos (LGPD) el trabajador figura como titular de los datos y el empleador como responsable del tratamiento [...]. Excepcionalmente se podrá renunciar al consentimiento del titular (empleado) en caso de relación societaria, siempre que por la obligación de cumplimiento legal, tal como ordena la propia LGPD en su art. 7º, V y IX [...]. Si bien se renuncia al consentimiento en los casos de “ejecución de un contrato o trámites relacionados con un contrato en el que sea parte el titular de los datos del trabajador”, su tratamiento merece aún más cautela, para no lesionar la intimidad del trabajador, causando daño a la imagen, daño de carácter moral, además del daño material al empleador”. (ALCASSA, Flávia. La Ley General de Protección de Datos Personales (LGPD) y la exposición de datos sensibles en las relaciones laborales. Revista TRT - 10ª Región, Brasília, DF, v. 24, núm. 2, pp. 145-151, julio/diciembre. 2020.)

³⁹ VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do; LACERDA, Rosangela Rodrigues Dias de. Ley General de Protección de Datos y relación laboral: controversias. Revista Magíster en Derecho del Trabajo, Porto Alegre, a. 17, n. 99, p. 125-147, nov./dic. 2020.

⁴⁰ Esta es la lección de Carlos Henrique Bezerra Leite: “[...] ad cautela, sobre todo porque el consentimiento en las relaciones laborales sigue siendo objeto de discusiones en cuanto a su validez, se recomienda recabar el consentimiento aunque se base en otras bases jurídicas, en caso de que su tratamiento pueda implicar riesgo para el titular de los datos, ya sea en el ámbito material o fuera de balance, ya que la propia legislación busca proteger los derechos

En relación con los datos personales sensibles, la empresa debe tener especial cuidado, incluso con respecto a posibles prácticas discriminatorias. Esto se debe a que, en gran medida, involucran datos relacionados con el origen racial o étnico, la convicción religiosa, la opinión política, la vida sexual y la afiliación a organizaciones religiosas, filosóficas o políticas, entre otros. Se exceptúan los datos sensibles que efectivamente requerirán tratamiento por parte del empleador, para lo cual se requiere consentimiento, sujeto a las hipótesis del art. 11, inciso II, de la Ley N° 13.709/2018⁴¹.

Bajo los términos del artículo 18, párrafo 2, de la LGPD, el titular de los datos personales podrá oponerse al tratamiento respectivo, con base en uno de los supuestos de renuncia al consentimiento, en caso de incumplimiento de lo dispuesto en la Ley N° 13.709/2018⁴².

Después de la finalización del contrato de trabajo, las empresas también deben actuar de acuerdo con la LGPD, previendo la disposición de los datos de

fundamentales de libertad e intimidad, así como el libre desarrollo de la personalidad de la persona natural. Es claro que el uso del consentimiento en las relaciones laborales, por sí solo, no está prohibido y puede ser utilizado como base para el tratamiento de datos personales de los empleados, siempre que: el consentimiento sea realmente libre; la negativa no implica ninguna consecuencia negativa para el titular; existe una necesidad imperiosa del consentimiento para la ejecución del contrato de trabajo o para garantizar algún beneficio al titular". (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Derecho del trabajo. 14ª edición. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 38.)

⁴¹ LGPD, art. 11. El tratamiento de datos personales sensibles sólo podrá ocurrir en los siguientes casos: [...] II - sin el consentimiento del titular, en los casos en que sea indispensable para:

- a) el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria por parte del responsable del tratamiento;
- b) tratamiento compartido de datos necesarios para la ejecución, por parte de la administración pública, de políticas públicas previstas en leyes o reglamentos;
- c) realizar estudios por un organismo de investigación, asegurando, siempre que sea posible, la anonimización de los datos personales sensibles;
- d) el ejercicio regular de los derechos, incluso en los contratos y en los procedimientos judiciales, administrativos y arbitrales, estos últimos de conformidad con la Ley N° 9.307, de 23 de septiembre de 1996 (Ley de Arbitraje);
- e) protección de la vida o integridad física del titular o de terceros;
- f) la protección de la salud, exclusivamente, en procedimientos realizados por profesionales de la salud, servicios de salud o autoridades sanitarias; o (Redacción prevista por la Ley N° 13.853, de 2019)
- g) garantía de prevención del fraude y la seguridad del titular, en los procesos de identificación y autenticación de registro en sistemas electrónicos, salvaguardando los derechos mencionados en el art. 9 de esta Ley y salvo que prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del titular que requieran la protección de datos personales.

⁴² En este sentido, la lección de VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do; LACERDA, Rosangela Rodrigues Dias de. Ob. Cit.

los ex empleados. La ley no fija plazo para ello, pero la interpretación de su artículo 16, fracción I, faculta a las empresas a conservarlos en el transcurso del plazo prescriptivo, para efectos de la eventual producción de prueba⁴³.

Fabiano Zavanella *et al.* reconocen que la disposición de datos personales en la fase post-contractual puede enfrentar desafíos, incluso culturales: “la disposición [...] genera malestar y miedo, especialmente para los abogados, pero no desecharlo después de un cierto período, por ejemplo, la prescripción, también puede causar no solo malestar, sino la aplicación de sanciones y multas por almacenamiento indebido o innecesario”⁴⁴. En cualquier caso, existe una base legal para conservar los datos durante, al menos, el plazo de prescripción. No existe posición jurisprudencial al respecto, aún porque la legislación es reciente.

La CE N° 115 y la LGPD son hitos importantes en la construcción de una cultura de protección de los datos personales de los trabajadores. Además de exigir las mejores prácticas empresariales, contribuye a la seguridad jurídica.

5. Consideraciones finales

El tratamiento de datos personales afecta directamente a las relaciones laborales. Su regulación legal tiene un doble propósito: garantizar la protección del titular de los datos y brindar seguridad jurídica a los responsables del tratamiento, ya que aclaran las normas que rigen esta dinámica.

⁴³ En este sentido, Silvia Vale y Rosangela Lacerda: “Los datos personales, una vez cumplida su finalidad o extinguida su necesidad, deberán ser eliminados de manera expedita, de conformidad con el art. 15, inciso I junto con el art. 16, ambos de la Ley N° 13.709/2018. Hay, sin embargo, excepciones a esta regla general, disciplinadas en los artículos del art. 16, entre las que se encuentra la posibilidad de conservar información personal para cumplir con una obligación legal, como la emisión de recibos y términos de terminación de un contrato de trabajo, por ejemplo. Por otra parte, en caso de judicialización de cualquier conflicto en torno a la relación laboral, también existe la necesidad de que el empleador produzca prueba, siendo admisible la conclusión de que estos datos podrán ser conservados, al menos, durante el plazo de prescripción bienal, en la fase poscontractual, incluso sin el consentimiento del interesado, destacando, una vez más, la posibilidad de su oposición al tratamiento, en caso de incumplimiento de la ley”. (VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do; LACERDA, Rosangela Rodrigues Dias de. RIELLI, Mariana Marques. Ob. Cit.)

⁴⁴ SILVA, Airton José; ZAVANELLA, Fabiano; KRUG, Pamela; CASTRO E SERPA, Patricia Oliveira; RIBEIRO, Viviana Licia. Ob. Cit.

Dado que no existen normas específicas sobre protección de datos en la legislación laboral, las disposiciones de la Ley General de Protección de Datos - LGPD (Ley N° 13.809/18) se aplican a las relaciones laborales. Si bien la ley fue promulgada en 2018, el inicio de su vigencia fue prorrogado sucesivamente. En consecuencia, parte de sus disposiciones recién entraron en vigor el 1 de agosto de 2021. Se trata, por tanto, de una regulación bastante reciente, aún sujeta a interpretación jurisprudencial y acomodaciones por parte del empleador.

La reciente Reforma Constitucional N° 115, del 10 de febrero de 2022, a su vez, dio a esta materia *estado* formalmente derecho fundamental. Por eso, no puede ser limitado o extinguido ni siquiera por una nueva reforma constitucional (según el artículo 60, §4, IV, de la Constitución Federal) – salvo, por supuesto, la ponderación en caso de colisión con otro derecho fundamental.

Con respecto a los datos personales necesarios para la ejecución del contrato (o los procedimientos preliminares relacionados con el mismo) o para satisfacer los intereses legítimos del responsable del tratamiento –en este caso, el empleador–, la LGPD renuncia a la necesidad de consentimiento del interesado. Por tanto, en cuanto a los datos estrictamente necesarios para la marcha contractual y el cumplimiento de las obligaciones legales del empresario, no existen mayores controversias. La empresa está autorizada para su tratamiento, siempre que cumpla con los requisitos legales.

Una mayor dificultad radica en datos que van más allá de este ámbito, o incluso con datos sensibles, incluso cuando son necesarios para el progreso contractual, como la afiliación sindical y la información sobre salud ocupacional. En estos casos, deberá existir el consentimiento libre, informado e inequívoco del interesado. Sin embargo, en relaciones típicamente desiguales, como el empleo, presenta un verdadero desafío.

En todo caso, las empresas deben recabar únicamente los datos estrictamente necesarios, evitar la obtención de datos sensibles, adoptar las mejores prácticas de seguridad de la información, restringir el acceso interno a los datos y disponer su adecuada disposición cuando ya no sean necesarios.

No cabe duda de que, incluso después de la extinción de la relación laboral, el empleador está autorizado a conservar los datos del trabajador

durante todo el plazo de prescripción. No hay claridad, sin embargo, sobre la seguridad jurídica de la disposición o mantenimiento de los datos después de dicho período.

En todo caso, el reciente inciso LXXIX, del artículo 5, de la Constitución de la República, y la LGPD representan avances importantes en la construcción de un código para la protección de la privacidad de los trabajadores, definición de buenas prácticas empresariales y promoción de la seguridad jurídica.

En tiempos en que la tecnología señala para dominar la sociedad y someterla al imperio de la máquina, incluso a través de la inteligencia artificial, el hombre afirmará cada vez más su supremacía en la defensa de su dignidad. La protección de sus datos personales señala en esta dirección, cuando la ética parece debilitarse.

Bibliografía

- ALCASSA, F. (2020). “La Ley General de Protección de Datos Personales (LGPD) y la exposición de datos sensibles en las relaciones laborales”. *Revista TRT - 10ª Región, Brasília, DF*, v. 24, núm. 2.
- CARLOTO, S. y CLOZEL, L. (2021). “LGPD y el Derecho a la Privacidad de los Trabajadores”. En: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *La Ley General de Protección de Datos de Brasil: Análisis Sectorial*. Tomo I. São Paulo: Almedina.
- FELICIANO, G. G. (2013). *Curso Crítico de Derecho del Trabajo: Teoría General del Derecho del Trabajo*. São Paulo: Editora Saraiva.
- LEITE, C. H. (2022). *Curso de Derecho del trabajo*. 14ª edición. São Paulo: Editora Saraiva.
- MARMELSTEIN, G. (2019). *Curso de Derechos Fundamentales*. 8. ed. São Paulo: Atlas.
- MARTÍNEZ, L. (2021). *Curso de Derecho del trabajo*. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva.
- MENDES, L. S. (2014). *Privacidad, protección de datos y protección al consumidor: líneas generales de un nuevo derecho fundamental*. São Paulo: Saraiva.
- PINHEIRO, P. P. (2021). *Protección de Datos Personales: Comentarios a la Ley n. 13.709/2018 (LGPD)*. 3ra ed. São Paulo: Saraiva Educação.
- RIELLI, M. M. (2019). “El proceso de construcción y aprobación de la Ley General de Datos Personales: bases jurídicas para el tratamiento de datos en un debate multisectorial”. *Revista de abogados*. Año XXXIX. Nº 144. São Paulo.
- SILVA, A. J.; ZAVANELLA, F.; KRUG, P.; CASTRO E SERPA, P. O. y RIBEIRO, V. L. (2021). “Impactos de la Ley General de Protección de Datos en las Relaciones Laborales”. En TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *La Ley General de Protección de Datos de Brasil: Análisis Sectorial*. Tomo II. São Paulo: Almedina.

VALE, S. I.; LACERDA, R. R. (2020). “Ley General de Protección de Datos y relación laboral: controversias”. *Revista Magíster en Derecho del Trabajo*, Porto Alegre, a. 17, n. 99.