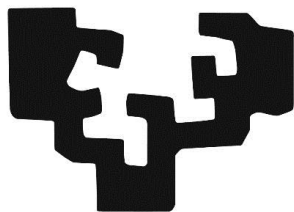


eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

TESIS DOCTORAL

**PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES E INTIMIDAD DE
LAS PERSONAS TRABAJADORAS: PROBLEMÁTICA ANTE EL USO
DE TIC EN EL TRABAJO Y PERSPECTIVAS PARA UNA DEFENSA
EFECTIVA**

Autora:

KRUPSKAYA VILLENA HUERTA

Director:

Dr. JOSÉ IGNACIO CUBERO MARCOS

2022

«Por tanto, os pediré que escribáis toda clase de libros, que no titubeéis ante ningún tema, por trivial o vasto que parezca».

(Virginia Wolf, 1929)

«Shorn of the cloak of privacy that protects him, an individual becomes transparent and therefore manipulable. A manipulable individual is at the mercy of those who control the information held about him, and his freedom, which is often relative at best, shrinks in direct proportion to the extent of the nature of the options and alternatives which are left open to him by those who control the information».

(Joseph A. Cannataci, 1987)

*A Illari y Jhonatan, por su amor
expresado de mil maneras.
A mis padres, siempre.
A mi maestra, Dra. Dolly, porque este
trabajo no hubiese germinado sin sus
enseñanzas y ejemplo.*

AGRADECIMIENTOS

Sirvan estas líneas para expresar mi profundo agradecimiento a todas aquellas personas que, de una u otra manera, me han empujado a sacar adelante este trabajo. Todas han sido, son y seguirán siendo, sinónimo de apoyo, motivación, comprensión, amistad, sabiduría, enseñanza y compañía enriquecedora.

Especial agradecimiento a José Ignacio Cubero Marcos, mi director de tesis, por haberme acompañado desde el inicio y durante toda la etapa de estudios de Posgrado. Han sido su confianza, motivación, reconocimiento, observaciones formuladas y amplio criterio, los que han resultado de vital importancia para iniciar este camino y lograr el cierre de esta tesis doctoral. Sin todo ello y su constante guía, este trabajo no hubiera sido posible.

También a aquellas personas compañeras de pasillos que se han convertido en amigas. A Julie Aguirre, por abrirme la puerta de este mundo de las ideas y de la escritura desde las emociones y el acompañamiento. A César Alcázar y Alejandra Martínez, por las sugerencias, charlas y aportes académicos. A Alazne González, por los comentarios, las atentas correcciones y motivación infinita. A todas, por haberme brindado la oportunidad de crecer a vuestro lado en esta etapa.

Por último, a mi familia: a Jhonatan, sin tu apoyo, el camino hasta aquí hubiese sido más difícil. A mis padres, a pesar de la distancia, por su apoyo incondicional, siempre. A la Dra. Dolly, por su interés constante en el desarrollo de esta tesis, por las palabras de aliento para que alcanzara la luz y por hacer suya mi alegría y satisfacción.

Muchas gracias.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	7
ÍNDICE	9
ABREVIATURAS	17
INTRODUCCIÓN.....	19

PRIMERA PARTE

PAPEL DE LAS TIC EN LA SOCIEDAD ACTUAL

CAPÍTULO I

LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA Y LA CONFIGURACIÓN DE LA SOCIEDAD ACTUAL	31
I. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE TIC	32
II. LA CONFIGURACIÓN DE UNA NUEVA ERA.....	34
III. LAS NUEVAS DIMENSIONES DEL PODER CON LAS TIC.....	37
IV. LA PRESENCIA DE LAS TIC, LOS PODERES Y CONTRAPODERES.....	39
V. CONSIDERACIONES FINALES.....	42

SEGUNDA PARTE

CUESTIONES CLAVES SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO LABORAL

CAPITULO II

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: NOTAS CONCEPTUALES CON PERSPECTIVA ACTUAL	45
I. APROXIMACIÓN A LA IDEA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	45
I.1. De las primeras Declaraciones de derechos a la idea de derechos fundamentales.....	45
I.2. El intento de universalización de los derechos subjetivos	47
I.3. Algunas precisiones sobre el actual concepto de los derechos humanos	48
I.4. El sistema internacional de derechos humanos y sus garantías.....	52
I.5. La dimensión supranacional de los derechos humanos: Europa	53

I.5.A. El Consejo de Europa y el Convenio europeo de Derechos Humanos.....	54
I.5.B. La Unión Europea y su Carta de derechos fundamentales	57
II. EL SISTEMA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO ESPAÑOL	62
II.1. Cuestiones previas: la idea actual de los derechos fundamentales	62
II.2. Los derechos fundamentales en el ámbito español	65
II.3. La Constitución y el Estado de Derecho como punto de partida para la protección de derechos fundamentales.....	66
II.4. Los «valores superiores» del ordenamiento y su importancia respecto de los derechos fundamentales.....	69
II.4.A. Libertad e igualdad como piezas para un verdadero equilibrio	70
II.4.B. La eficacia jurídica de los valores en el contexto del modelo de Estado de Derecho	74
II.5. La dignidad humana como fundamento del ordenamiento constitucional	76
II.5.A. La persona humana y su dignidad.....	76
II.5.B. Dignidad en la CE: bien jurídico fundamental.....	78
II.6. Los derechos fundamentales en la CE.....	84
II.6.A. Su caracterización a través de su fundamentalidad y su materialización en el catálogo de derechos.....	85
II.6.B. La vinculación de los poderes públicos: fundamentalidad vía resistencia.....	89
II.6.C. La nota de esencialidad de los derechos como expresión de su fundamentalidad	91
II.6.D. Estructura de los derechos fundamentales	93
II.6.D.a. Delimitación del contenido de los derechos fundamentales	94
II.6.D.b. La apertura constitucional para la interpretación multinivel de los derechos fundamentales....	99
III. CONSIDERACIONES FINALES.....	102

CAPÍTULO III

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES LABORALES

I. LA PLENA VIGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PRIVADOS	105
I.1. El punto de partida: su radio de validez en las relaciones entre privados	105
I.2. Eficacia de los derechos fundamentales derivada de su validez propia	110
I.2.A. La resistencia al embate de los derechos fundamentales	110
I.2.B. El reconocimiento de su efecto en las relaciones de ámbito privado	112

I.2.C. Fundamentos de una eficacia inmediata como característica general	115
II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL SENO DE LAS RELACIONES LABORALES EN EL ÁMBITO ESPAÑOL.....	119
II.1. Cuestiones generales sobre el Derecho del Trabajo y las relaciones laborales	119
II.2. La relación laboral en clave de derechos fundamentales en el ámbito estatal	120
II.2.A. Constitucionalización del Derecho del Trabajo y relación laboral	124
II.2.A.a. Derechos fundamentales específicos de carácter laboral en la CE	124
II.2.A.b. Derechos fundamentales inespecíficos o de la persona del trabajador	126
II.2.B. Vigencia de los derechos fundamentales en la relación laboral	128
II.3. Los efectos de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales	129
II.3.A. La autonomía privada en las relaciones laborales y la posición de derechos fundamentales	130
II.3.B. La desigualdad propia de la relación laboral.....	133
II.4. Poderes empresariales y derechos fundamentales de las personas trabajadoras.....	136
II.4.A. Las facultades derivadas del derecho a la libertad de empresa.....	136
II.4.B. La presunción de legitimidad de las órdenes empresariales, diligencia y buena fe contractual..	139
III. APUNTES SOBRE EL EJERCICIO ADECUADO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES LABORALES	142
III.1. La conjugación de los derechos fundamentales de las partes de la relación	143
III.2. La especial necesidad de regular el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores	145
III.3. El papel de la autonomía colectiva en la delimitación de los derechos.....	149
III.4. La particular trascendencia en la protección de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad.....	152
III.4.A. Libertad de expresión <i>versus</i> deber de buena fe contractual	157
III.4.B. Tutela jurisdiccional efectiva y relación laboral	159
III.4.C. Libertad religiosa y contrato de trabajo	161
IV. CONSIDERACIONES FINALES	163

TERCERA PARTE

LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD Y A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS Y LA UTILIZACIÓN DE TIC EN EL ÁMBITO LABORAL

CAPITULO IV

LOS ASPECTOS DE LA INTIMIDAD Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL DESARROLLO DE LAS RELACIONES LABORALES

I. PERSONA, FENÓMENO SOCIAL Y PROTECCIÓN SUPRANACIONAL.....	169
I.1. La <i>privacy</i> : la base para la construcción de derechos	169
I.2. La consolidación de ambos derechos en el ámbito internacional	173
I.2.A. Las referencias a la vida privada en el ámbito de protección universal	173
I.2.B. La protección jurídica de la vida privada de los trabajadores en el ámbito europeo.....	178
I.2.B.a. La protección desde el CdE y el CEDH	178
I.2.B.b. La protección desde la UE y la CDFUE.....	182
I.2.C. La protección de los datos personales de trabajadores en el ámbito europeo	183
I.2.C.a. La ausencia de protección específica en el CEDH	183
I.2.C.b. El derecho autónomo a la protección de datos personales desde la UE	187
II. LA INTIMIDAD EN LA CE Y SU CONSIDERACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL.....	194
II.1. Aspectos generales del derecho la intimidad como derecho fundamental inespecífico	194
II.1.A. El ámbito material del derecho a la intimidad	196
II.1.B. El ámbito jurídico del derecho a la intimidad	200
II.2. El despliegue del derecho a la intimidad en el ámbito laboral	204
II.2.A. El poder de dirección empresarial y el derecho a la intimidad de los trabajadores	206
II.2.B. Los poderes de control y vigilancia empresarial frente al derecho a la intimidad de los trabajadores	212
II.2.C. Especial referencia al control de la salud del trabajador por personal médico	217
II.2.D. La alegada «inviolabilidad» de la persona del trabajador.....	219
III. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DE LOS TRABAJADORES	223
III.1. El diálogo entre normativa, jurisprudencia y doctrina a favor del derecho a la protección de datos como derecho autónomo	224

III.1.A. El ámbito material del derecho a la protección de datos personales	225
III.1.B. El ámbito jurídico de la protección constitucional de los datos personales	227
III.2. El despliegue del derecho a la protección de datos de la persona trabajadora	229
III.2.A. Cuestión previa: el principio de responsabilidad proactiva del empresario	230
III.2.B. El tratamiento lícito de los datos de las personas trabajadoras	231
III.2.B.a. ¿El consentimiento como norma general para la licitud?	232
III.2.B.b. El tratamiento lícito de datos personales de carácter sensible más allá del consentimiento explícito.....	235
III.2.B.c. El catálogo de bases jurídicas para la licitud del tratamiento de datos personales no sensibles	238
III.2.B.d. Especial referencia a la satisfacción de «intereses legítimos»	239
III.2.C. Límites a la actuación empresarial: finalidad y proporcionalidad del tratamiento	243
III.2.D. La lealtad y transparencia como requisito nuclear del adecuado tratamiento	247
III.2.D.a. El deber de informar y la configuración del derecho autónomo a la información.....	248
III.2.D.b. La puerta abierta al ejercicio de los derechos específicos relativos al tratamiento	252
IV. CONSIDERACIONES FINALES	260

CAPÍTULO V

USO DE TIC EN EL ÁMBITO DEL TRABAJO Y LA GARANTÍA DE LA INTIMIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS DE LOS TRABAJADORES

I. EL USO DE TIC Y LAS NUEVAS DINÁMICAS EN LAS RELACIONES LABORALES	263
II. MARCO LEGAL ACTUAL PARA EL USO DE LAS TIC EN EL ENTORNO LABORAL.	269
II.1. El ET y la protección de la intimidad de los trabajadores en el entorno digital	270
II.2. La intimidad de los trabajadores y el uso de TIC de propiedad del empleador	273
II.2.A. La cesión de dispositivos digitales de propiedad del empleador	275
II.2.A.a. La cesión de ordenadores en el lugar de trabajo	276
II.2.A.b. Los dispositivos portátiles dentro y fuera del lugar de trabajo	277
II.2.A.c. Otros dispositivos portátiles cedidos por el empleador.....	280
II.2.B. Los usos de dispositivos y el alcance de la protección a la intimidad.....	285
II.2.C. El despliegue de las facultades empresariales, la intimidad y el uso de TIC	288
II.2.C.a. La habilitación legal para acceder a contenidos derivados del uso de TIC	288
II.2.C.b. La referencia al uso de «medios digitales» y su contenido	290

II.2.C.c. Inconvenientes derivados de la regulación sobre el acceso a contenidos.....	294
II.2.D. Los usos adecuados de los dispositivos propiedad de la empresa	297
II.2.D.a. Aspecto previo: los «estándares mínimos de intimidad»	298
II.2.D.b. La participación de los representantes de los trabajadores	302
II.2.D.c. El deber de informar sobre los criterios de utilización.....	303
II.3. La protección de datos personales y el uso de TIC de propiedad del empleador	305
II.3.A. Operaciones de tratamiento en el uso de TIC por parte de los trabajadores	306
II.3.B. Operaciones de tratamiento relacionadas con el control del uso de las TIC	310
II.4. La intimidad y protección de datos de los trabajadores frente a la videovigilancia y grabación de sonidos en el ámbito laboral	316
II.4.A. Aplicación de la normativa de protección de datos en el uso de estos sistemas	317
II.4.B. El despliegue legítimo de los poderes empresariales en relación con dichos sistemas.....	319
II.5. La intimidad y protección de datos personales de las personas trabajadoras frente al uso de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral	325
II.5.A. Los datos de geolocalización, también como datos personales	325
II.5.B. Despliegue de las facultades de control mediante geolocalización.....	327
III. LAS MEDIDAS CONCRETAS PARA UN ADECUADO TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN LAS RELACIONES LABORALES	331
III.1. Actuaciones empresariales de acuerdo al riesgo para los derechos de los trabajadores.....	332
III.1.A. La necesidad previa de llevar a cabo un análisis de riesgos	332
III.1.B. Evaluación de Impacto relativa a la protección de datos y la intervención de la Agencia de Control.....	336
III.1.C. Protección de datos de los trabajadores desde el diseño y por defecto: la «nueva» normalidad organizativa de la empresa	342
III.1.D. La figura del Delegado de protección de datos	345
III.1.E. La llevanza de registro de actividades	346
IV. LA TRANSPARENCIA Y LEALTAD REFORZADAS EN LAS RELACIONES LABORALES CON LA PRESENCIA DE LAS TIC.....	348
IV.1. Información sobre operaciones de tratamiento en relación con el uso de TIC.....	350
IV.2. El deber de información sobre el uso de sistemas de videovigilancia y grabación de sonidos.....	353
IV.3. El deber de información sobre el uso de sistemas de geolocalización	359

IV.4. Requisito determinante del tratamiento adecuado: el deber de información previa a los trabajadores como regla general.....	362
V. CONSIDERACIONES FINALES: PROBLEMÁTICA VIGENTE DERIVADA DE LA NORMATIVA Y EL USO DE LAS TIC EN LA EMPRESA	363
V.1. Problemática derivada a partir de la cesión de TIC de propiedad de la empresa	363
V.2. Aspectos inexistentes en relación a los sistemas de grabación y geolocalización.....	367
V.3. Inseguridad derivada de la ausencia de garantías específicas ante el uso de TIC en el ámbito del trabajo.....	368
V.4. Ausencias fundamentales sobre la participación de los representantes de los trabajadores	370
V.5. Cuestiones adicionales que pueden escapar a la aplicación de la normativa.....	378

CUARTA PARTE

PROPUESTAS DE ACTUACIÓN PARA LA EFICACIA EN LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD Y LOS DATOS PERSONALES DE LOS TRABAJADORES ANTE LA IMPLANTACIÓN DE TIC EN EL TRABAJO

CAPÍTULO VI

PROPUESTAS Y SOLUCIONES POSIBLES FRENTE AL USO DE TIC EN LA EMPRESA

I. CUESTIONES PREVIAS	387
II. LA ACTUACIÓN EN EL ÁMBITO INTERNO.....	388
II.1. Criterios de mejora en relación con la delimitación de los derechos.....	389
II.1.A. En lo que respecta al artículo 87 de la LOPDGDD	389
II.1.B. En lo relativo a la implantación de sistemas de videovigilancia, grabación de sonidos y sistemas de geolocalización en el trabajo	393
II.2. Criterios generales para el refuerzo de garantías de ambos derechos.....	396
II.3. Criterios para una estrategia de promoción de la intimidad y protección de datos personales desde la Administración	401
II.3.A. Las vías de mejora desde el Ejecutivo	402
II.3.B. La inmersión de la AEPD en aspectos de uso de TIC en el ámbito laboral.....	404
II.3.C. La participación activa de las Asociaciones de empleadores (mejor representantes de los trabajadores o sindicatos)	406
II.4. La participación de los representantes de los trabajadores. La negociación colectiva	406
III. LA VÍA DE LOS CRITERIOS SUPRANACIONALES SOBRE TIC Y RELACIONES LABORALES	408

CONCLUSIONES	411
BIBLIOGRAFÍA	423

ABREVIATURAS

ACPD	Agencia Catalana de Protección de Datos
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
ATS	Auto del Tribunal Supremo de España
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CdE	Consejo de Europa
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución española de 1978
CEDH	Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CEPD	Comité Europeo de Protección de datos
CP	Código Penal
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DPD	Delegado de Protección de Datos
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
EIPD	Evaluación de Impacto relativa a la Protección de Datos
FD	Fundamento de Derecho de sentencias
FJ	Fundamento Jurídico de sentencias
GT 29	Grupo de Trabajo sobre protección de datos del Artículo 29
LOPDGDD	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales
LOTIC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales

ONTSI	Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y Sociedad de la Información
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RGPD	Reglamento General de Protección de Datos UE
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional de España
STS	Sentencia del Tribunal Supremo de España
TC	Tribunal Constitucional de España
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TIC	Tecnologías de la información y la comunicación
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea

INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo se centra en el análisis de la utilización de las Tecnologías de la información y comunicación (TIC) en el ámbito de las relaciones laborales de naturaleza privada y el impacto que puede significar sobre los derechos fundamentales a la intimidad y protección de datos de las personas trabajadoras.

Puesta la mirada en el ámbito de las TIC, resulta innegable constatar que en los últimos años viene desarrollándose una vertiginosa evolución tecnológica que ha traído consigo el nacimiento de una era digital transformadora. A causa del abaratamiento de los costos de los dispositivos y herramientas, se ha alcanzado un mayor acceso y utilización de los mismos y, por ende, su masificación. En el mismo sentido, ha surgido una nueva realidad desarrollada en un entorno digital donde cada vez más personas actúan como creadores y consumidores de información, mientras forman parte e interactúan en diversos tipos de procesos comunicativos.

Sin embargo, lo que se viene configurando en este entorno virtual se muestra como desconocido e infinito, lejano a un control efectivo. Mientras aquellas nuevas herramientas tecnológicas se sitúan y ocupan los espacios de interacción, ocurre una auténtica redefinición de estos y de la forma en que se desenvuelven las relaciones personales. Lo que en épocas pasadas significó la invención de herramientas con el propósito práctico declarado de mejorar la comunicación y el intercambio de información, en la actualidad se trata de un proceso de redefinición radical del funcionamiento de las sociedades. No solo en el ámbito social o económico, sino en todos los aspectos del desarrollo humano.

Ciertamente, uno de los escenarios donde las nuevas tecnologías han cobrado una especial importancia y un gran impulso es en el ámbito laboral. Aunque la irrupción de las herramientas tecnológicas en el ámbito laboral comenzara hace más de tres décadas, en la actualidad, es incuestionable que la revolución tecnológica y la incorporación de las TIC al ámbito de la gestión empresarial han proporcionado una nueva dimensión en la configuración de la organización y los procesos. Además de su contribución a un aumento productivo a través de la sustitución de mano de obra, con la disminución de los costes o la minimización de los riesgos, facilitan el cumplimiento de las obligaciones laborales. Paralelamente, permiten abrir para el empleador un abanico de posibilidades de ejercer de forma más cómoda y eficaz sus facultades de dirección y de controlar la actividad laboral y de la persona misma de forma menos visible.

Así, en el mismo contexto en el que la humanidad vive en un mundo interconectado donde las barreras del tiempo y del espacio se han ido diluyendo y donde la dependencia de la infraestructura tecnológica seguirá en aumento, se abren las puertas para el conocimiento, para el intercambio o manejo de información también en el ámbito de las relaciones laborales. De ahí, la sobrexposición al trabajador puede conducir a intromisiones nunca antes imaginadas, que podrían significar la vulneración de sus derechos fundamentales vinculados a su esfera personal, no solo por parte del empleador, sino por terceros. En ese caso, la utilización de estas herramientas produciría un impacto personalizado, no separado del ámbito profesional o laboral, que podría traer consigo diversos y siempre nuevos escenarios conflictivos. En ese sentido, las relaciones entre trabajadores y empresarios podrían entenderse modificadas desde un inicio.

Desde la esfera jurídica, en el ámbito general, las organizaciones internacionales europeas han constatado que los esquemas de protección tradicionalmente establecidos pueden haberse visto superados por la modernización de las tecnologías y que no han sido suficientes para garantizar el respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos. En esa línea, han venido asumiendo un papel activo como entes reguladores del fenómeno de la utilización de las TIC en relación a la garantía de la privacidad de las personas físicas. Como respuesta, nos encontramos en los últimos años con un abundante trabajo de documentación sobre este derecho desde las Naciones Unidas, el Consejo de Europa o la Unión Europea. Particular es el caso del Reglamento General de Protección de datos (UE) 2016/679, sobre protección de datos personales que ha comportado la elaboración, aprobación y entrada en vigor de la reciente Ley orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Estos textos jurídicos se sustentan en la pretensión de contribuir a la plena realización de un espacio de libertad, seguridad y justicia, así como al bienestar de las personas físicas. Asimismo, los aspectos que componen esta nueva normativa vienen mereciendo sendos análisis y comentarios que se materializan en poco tiempo en una apabullante aportación doctrinal. Aun así, no se trata de una normativa de carácter específico para el ámbito de las relaciones laborales, que, en todo caso, debe otorgar especial atención a tres aspectos. Por un lado, la posición de la persona trabajadora inmersa en una relación de subordinación. Por otro, el empleador quien, en ejercicio de sus derechos y su poder de control y fiscalización de la actividad laboral, puede gozar de legitimidad y validez en determinadas actuaciones que incluyan el uso de las nuevas tecnologías. Y, en tercer lugar, la incidencia del uso de las nuevas tecnologías dentro de las relaciones laborales puede plantear para la intimidad y protección de datos de las personas trabajadoras uno de los peligros más sutiles, reales y graves que los identificados en la normativa de carácter general. Por ello merecen una mayor atención.

Al hilo, consideramos tres hipótesis:

Primera. Cada una de las TIC presenta matices, características y posibilidades que son capaces de redimensionar las dinámicas de las relaciones laborales, y cada una de ellas puede contribuir de una forma distinta al ejercicio del poder empresarial y a un mayor desequilibrio en la relación laboral. Se configuran como un factor que puede llegar a marcar la diferencia de forma significativa sobre las tradicionales pugnas.

Segunda. El Derecho laboral no se ha adaptado al uso masivo de las TIC en las relaciones laborales. Las garantías que se presentan como novedosas y actualizadas para el ámbito general resultan insuficientes, lo que ocasiona que no exista un sistema jurídico capaz de delimitar y garantizar la protección de los derechos fundamentales a la intimidad y protección de datos de los trabajadores, ante este fenómeno.

Tercera. Para afrontar el impacto que puede ocasionar el uso de TIC sobre los derechos de las personas trabajadoras que estarán bajo estudio, debe dotarse con una protección jurídica más adecuada a esta nueva realidad, a estas nuevas dinámicas, mediante una adaptación, mejora y precisión normativa, dada la naturaleza de las relaciones laborales, que en la actualidad no se ha producido.

¿Tienen los trabajadores realmente la titularidad de los derechos a la intimidad y protección de datos personales en el desempeño de la relación laboral?, ¿debe garantizarse su protección en el seno de la relación laboral? Todo ello invita a reflexionar sobre el alcance de los derechos a la intimidad y protección de datos personales de las personas en su calidad de trabajadores. Asimismo, ¿puede el uso de las nuevas tecnologías dentro de la relación laboral provocar intromisiones en los ámbitos personales de los trabajadores? Si es así, ¿existe un esquema de protección jurídico adecuado para prevenir la vulneración de estos derechos en este escenario y desde la esencia misma de este tipo de relaciones? ¿Y para restituirlos?

En ese sentido, con este trabajo pretendemos alcanzar dos objetivos generales:

Primero. Analizar el grado de protección de los derechos fundamentales a la intimidad y protección de datos personales de los trabajadores ante el uso de TIC en el ámbito de las relaciones laborales, en relación con el eventual impacto que puedan ocasionar.

Segundo. Proponer un sistema de protección jurídico adecuado que garantice los derechos a la intimidad y protección de datos de los trabajadores ante el uso de las TIC en las relaciones laborales.

A partir de ahí, nos planteamos los siguientes objetivos específicos:

Uno. Analizar la protección de los derechos fundamentales en el seno de las relaciones laborales, como un ámbito regido por el Derecho privado.

Dos. Reconocer y profundizar sobre la vigencia y protección actual de los derechos fundamentales a la intimidad y protección de datos personales en las relaciones laborales.

Tres. Profundizar sobre el impacto que pudiera generar el uso de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral sobre los derechos fundamentales a la intimidad y protección de datos de los trabajadores.

Cuatro. Examinar y reflexionar sobre el sistema jurídico de protección y la respuesta del derecho frente a posibles vulneraciones de estos derechos fundamentales afectados con motivo del uso de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales.

Cinco. Plantear posibles soluciones para garantizar adecuadamente el respeto de los derechos fundamentales a la intimidad y protección de datos personales de los trabajadores en el seno de las relaciones laborales, ante el uso de las TIC en el trabajo.

En aras de alcanzar estos objetivos, esta tesis doctoral se desarrolla en tres núcleos de análisis: las relaciones laborales de naturaleza privada, la vigencia de los derechos fundamentales dentro de aquellas y a la presencia de las TIC en el ámbito de dichas relaciones. A partir de ahí, la tesis se aglutina formalmente en cuatro partes diferenciadas, aunque con notas de complementariedad. En la primera, nos acercamos a la idea de TIC, debido al protagonismo que adquieren estas herramientas como elemento determinante en la eventual vulneración de la intimidad y protección de datos personales de los trabajadores. En la segunda, profundizamos en la estructura del sistema de derechos fundamentales y su configuración y despliegue en las relaciones de Derecho privado, como es el caso de las relaciones laborales de naturaleza privada. En la tercera, entramos al ámbito de protección específico de ambos derechos fundamentales para, luego, reconocer los medios tuitivos que se han dispuesto para su protección ante la presencia de las TIC en el ámbito laboral. Y, por último, en la cuarta parte, presentamos un ejemplo de reajuste que podría tomarse en cuenta para afinar la defensa efectiva de estos derechos fundamentales, a partir de las carencias de protección que se hayan podido identificar a lo largo del trabajo. Con más detalle, veamos:

La primera parte consta únicamente de un capítulo, a modo de pincelada, sobre los aspectos de la revolución tecnológica de este siglo, dado que no nos resulta serio afrontar, desde el punto de vista analítico, un trabajo de este tipo sin adquirir unas ideas claras, al menos generales, sobre este fenómeno. De ese modo, este trabajo se inicia en una visión actual sobre el fenómeno de la irrupción de las TIC en el contexto global, que incluye una aproximación

sobre este tipo de tecnologías, las características que las definen como TIC y que las diferencian del resto. Asimismo, nos aproximamos a la realidad de esta revolución tecnológica centrándonos en el papel que ocupan las TIC en la nueva realidad informativa y comunicativa que ponen en evidencia a aquellas dimensiones de poder clásico (re)definido por las TIC que luego servirán para analizar aquellas dimensiones del poder empresarial que podrían verse potenciadas a partir de su utilización.

En la segunda parte, que consta de dos capítulos, conectamos las cuestiones claves de los derechos fundamentales con el ámbito de las relaciones laborales, a través de una visión panorámica de lo que está escrito en la literatura académica. El análisis jurídico de la cuestión se inicia con el fortalecimiento de los conocimientos teóricos en el ámbito de los derechos fundamentales, siempre en clave de derechos humanos, pues que es así como se podrían detectar y comprender con mayor fortuna el alcance de eventuales vulneraciones de los derechos de las personas trabajadoras en el ámbito de las relaciones laborales. En el que sería el segundo capítulo del trabajo, teniendo en cuenta que la estructura importa tanto como la sustancia, conectamos la esencia misma del Estado de Derecho reconocido por la Constitución española de 1978 con el sistema de derechos fundamentales que se despliega. Por un lado, el Estado de Derecho posee un importante papel en la protección de los derechos fundamentales de las personas y se hace necesario comprender y desgranar, en lo que pueda ser relevante a este trabajo, la arquitectura del mismo. Partiendo de la proyección de la Constitución en todo el ordenamiento jurídico, de los pilares sobre los que se apoya, nos ocupamos de las generalidades del sistema de derechos fundamentales que se despliega en el ámbito estatal con el afán de identificar su alcance de protección diseñado en una sociedad de la segunda mitad del siglo XX que debe hacer frente a una realidad social del siglo XXI. Tratamos, en todo caso, de iniciar el enfoque de desarrollo en términos de derechos fundamentales de la persona que despliega obligaciones de comportamiento principalmente de los poderes públicos, toda vez que el Estado es una pieza fundamental en la defensa eficaz de los derechos fundamentales de las personas.

En el tercer capítulo, conectamos la vigencia y el ejercicio de los derechos fundamentales en las relaciones laborales. En primer lugar, realizamos algunas puntualizaciones sobre la función e influencia de estos derechos en las relaciones entre privados. Manteniéndonos en el plano sustantivo de la cuestión, dedicamos unas líneas a los fundamentos de la validez de los derechos fundamentales en estas relaciones, así como a su eficacia y las características de la misma vinculada a su aplicabilidad. En segundo lugar, nos ocupamos del Derecho del Trabajo, como ámbito diferenciado dentro del Derecho privado y escenario del objeto de estudio, que está sujeto a los principios, valores y derechos recogidos en la Constitución que son los que

han de orientar también el desarrollo de las relaciones entre empresarios y trabajadores. De todas sus características, nos centramos en las repercusiones que el Estado de Derecho ha tenido sobre las relaciones laborales, en particular, en la consagración de derechos constitucionales vinculados en mayor o menor medida a la propia relación laboral. Es decir, gracias a la estructura del modelo de Estado de Derecho y el sistema de derechos fundamentales que se desarrolla en el capítulo anterior, puede afianzarse la naturaleza y reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona cuando se encuentra en calidad de trabajador. A continuación, desarrollamos las particularidades de la relación que influyen en la eficacia de esos derechos fundamentales, pero en una relación donde la parte empleadora también ejercita su libertad de empresa. Por último, buscamos los criterios que han de tenerse en cuenta para la configuración de unas relaciones laborales privadas legítimas, es decir, que cumplan con la salvaguarda tanto de los derechos fundamentales de la persona trabajadora como del empleador. Aludimos, por ello, a la cuestión del ejercicio y garantía de los derechos fundamentales para terminar de perfilar la esencia y el valor de los derechos fundamentales en las relaciones laborales.

La tercera parte de este trabajo está dedicada al comentario y análisis de los derechos a la intimidad y protección de datos de las personas trabajadoras, en un capítulo, y a su ejercicio ante la presencia de TIC en la empresa, en otro. Esta tercera parte representa la base de respuesta del Derecho a este fenómeno: se hace necesario analizar en este ámbito las condiciones generales vigentes sobre estos derechos, así como las oportunidades y riesgos existentes en los casos regulados para aclarar las posibilidades y necesidades de regulación. En el cuarto capítulo, se afronta una visión con toques de temporalidad de los antecedentes de los derechos a la intimidad y protección de datos personales como derechos fundamentales y la forma que han adquirido en su reconocimiento en el ámbito supraestatal. Asimismo, se analiza el ámbito de protección vigente de cada uno de estos dos derechos en el ámbito estatal, haciendo hincapié en el alcance que dicha protección ha tenido en el ámbito de las relaciones laborales. En lo relativo al derecho a la intimidad, utilizamos como esquema de comentario aquellas referencias del Estatuto de los Trabajadores sobre este derecho que se ve modulado por el poder empresarial. Dedicamos muchas líneas al derecho a la protección de datos personales, puesto que utilizamos la normativa europea reciente como guía para determinar el alcance del derecho, teniendo en cuenta que brinda un mayor desarrollo y más precisiones que el derecho a la intimidad. Para estas puntualizaciones nos centramos en los deberes del empleador, dada su efectiva vigencia en el ámbito de las relaciones laborales en lo relativo al adecuado tratamiento de datos personales de los trabajadores.

En el quinto capítulo, partiendo de la nueva normativa estatal sobre protección de datos personales en la era digital, que alcanza al derecho a la intimidad, afrontamos el análisis más importante de este trabajo en términos de aplicación práctica. El análisis sobre estas cuestiones merece afrontarse desde dentro de las propias dinámicas de las relaciones laborales, y teniendo en cuenta las posibilidades concretas que las TIC ofrecen. A continuación, realizamos un comentario crítico sobre la disposición normativa de la protección de la intimidad de los trabajadores en el entorno digital incluido en el artículo 20 *bis* del ET que nos permita reflexionar sobre una eventual interpretación del alcance del derecho a la intimidad de los trabajadores en los entornos digitales en términos de protección de datos, y como eventual límite al tratamiento de información de carácter personal de aquellos por parte de los empleadores. Seguidamente, con el objeto de acercarnos a la garantía del derecho a la intimidad y protección de datos en las relaciones laborales ante la presencia de las TIC en las empresas, nos centramos en los matices técnicos detrás de los dispositivos digitales. También desarrollamos las cuestiones pertinentes sobre la posible utilización de aquellos en la empresa, de modo que puedan configurarse como intenciones lícitas del empleador aquellas referidas a la cesión de dispositivos a los trabajadores, a la instalación de sistemas de vigilancia, grabación de sonidos o sistemas de geolocalización en el trabajo. A continuación, desde la norma general, buscamos los criterios que se establecen en aras de alcanzar la finalidad y proporcionalidad de aquellas medidas que quieran tomarse en relación con el uso de TIC en la empresa que involucre a las personas trabajadoras, así como aquellas medidas que se han establecido para garantizar el respeto de estos derechos, poniendo especial énfasis en la intervención preventiva del empleador. Del mismo modo, ponemos especial atención en el deber de información a los trabajadores como parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos y como requisito determinante para acceder a información personal de los trabajadores, mencionamos las precisiones que se han incluido en la norma al respecto y realizamos un pequeño comentario de resoluciones judiciales que se han referido a la naturaleza de este elemento. Por último, efectuamos una crítica sobre las carencias de la normativa que podrían evitar una garantía eficaz de los derechos a la intimidad y protección de datos de las personas trabajadoras. En particular, identificamos y comprobamos el origen de la problemática que se desprende de la normativa vigente desde las características propias de la relación laboral y de sus integrantes.

Finalmente, la tesis recoge una última parte, compuesta de un único capítulo. El capítulo sexto del presente trabajo debe reflejar la intención de contribuir a que se alcancen unas dinámicas laborales lo más respetuosas posibles con los derechos a la intimidad y protección de datos personales de los trabajadores, en su calidad de personas con dignidad ante el uso de TIC. Se plantea como una visión de futuro en el desarrollo de la protección de la intimidad y de la

protección de datos de las personas trabajadoras. En concreto, pretendemos contribuir con posibles vías de reforzamiento a la protección desplegada en la normativa que, entendemos, no alcanza a garantizar de forma eficaz el respeto de estos derechos de las personas trabajadoras en relación a la implantación de las TIC en el trabajo. Vías germinales que traspasan la mera regulación y que ponen el foco en otras vías de actuación transversal que encaminen los objetivos de respeto exigidos: la supranacional, la estatal y la de las actuaciones individuales y coordinadas de las partes de la relación laboral y sus representantes.

Como apartado final de esta investigación se incluyen las conclusiones, a través de las cuales se ha procurado dar una respuesta adecuada a la problemática que se ha condensado a partir de las hipótesis y a las cuestiones previamente formuladas en torno a la temática de este trabajo.

Para finalizar, el apartado de bibliografía que recoge las fuentes a las que se ha recurrido para la elaboración de este trabajo. Con respecto al criterio de referencia, se puede observar que se utiliza un estilo no del todo reconocible a los estilos de referencias bibliográficas publicadas. Más bien, hemos seguido las recomendaciones conforme a las últimas tendencias en el área. Respecto a aquellos documentos a los que hemos accedido desde páginas abiertas en Internet, hemos especificado el servidor y el último día de consulta.

Como se puede observar la presente investigación es básicamente de tipo analítico-descriptiva, de corte deductivo. Según los métodos elegidos, se realiza el análisis sobre la base de material documental, tanto en formato de papel como en versión electrónica. Acceso a documentación doctrinal, como obras bibliográficas o artículos doctrinales, tanto de carácter general como de contenido específico, vinculado al ámbito jurídico y al técnico en materia de TIC. Asimismo, a documentos, guías, directrices o informes de organismos internacionales o estatales sobre la materia, o revisión de fallos de Tribunales internacionales y nacionales que hayan resultado de especial trascendencia en la interpretación normativa que nos ocupa.

En un primer momento, hemos acudido a material bibliográfico referido a las TIC, a la gesta de la nueva era y la configuración de la sociedad de la información, a su influencia sobre las dinámicas sociales, los poderes económicos y la transposición de todo ello a las relaciones laborales. A partir de ahí, hemos podido definir un hilo conductor que nos permitiera crear un marco general basado en la defensa de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, pero con la mirada siempre puesta en las nuevas características que presenta la revolución tecnológica de este siglo.

Luego, se han llevado a cabo sendas lecturas en relación a los aspectos doctrinales sobre la protección y vigencia de los derechos fundamentales, desde un contexto supranacional que

aterrija en el ámbito estatal. Asimismo, para alcanzar una visión global sobre la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales a la intimidad y protección de datos personales en las relaciones laborales, lo que ha requerido acceso tanto a material bibliográfico de sustento histórico como al referido al contexto de las relaciones laborales en el ámbito español, normativa específica, pronunciamientos jurisprudenciales específicos sobre estos derechos en las relaciones laborales. Han sido necesarias muchas horas de dedicación a este objetivo, teniendo en cuenta que la formación universitaria de la investigadora ha sido realizada en ámbito territorial distinto al que se analiza.

En tercer lugar, hemos procurado ahondar en lecturas técnicas que nos permitieran establecer un nexo entre el funcionamiento de algunas herramientas tecnológicas concretas, su utilización en el ámbito laboral y su eventual impacto sobre la intimidad y protección de datos de las personas trabajadoras. Especial fuente de información, el material compuesto por obras bibliográficas, artículos doctrinales, jurisprudencia supranacional y nacional, así como también a las directrices y recomendaciones de organizaciones internacionales abocadas a la defensa de la privacidad de las personas físicas que, incluso, han hecho referencia a situaciones concretas de aplicación de las TIC en el ámbito de las relaciones laborales. Nos han servido también los Informes estadísticos de instituciones del Estado referidos al tejido empresarial estatal y la presencia de TIC en las empresas para darnos una idea, en números, de este fenómeno.

Por último, para hacer frente a las propuestas, hemos recurrido a un acercamiento de la estructura de ciertos órganos del Estado a través de las páginas web oficiales y su normativa orgánica y funcional. Asimismo, hemos consultados algunos Convenios Colectivos a través del Boletín Oficial del Estado y las páginas web de los Sindicatos.

PRIMERA PARTE

PAPEL DE LAS TIC EN LA SOCIEDAD ACTUAL

CAPÍTULO I

LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA Y LA CONFIGURACIÓN DE LA SOCIEDAD ACTUAL

En las últimas décadas el panorama mundial ha sufrido una vertiginosa transformación. La generalización del acceso a la información sobre cualquier tema, su fácil acceso en diferentes formatos, el aumento de canales de comunicación inmediata, la automatización de tareas o la globalización económica, podrían ser buenos ejemplos de aquellos cambios que no dejan de producirse.

Muchas de las tendencias que se identifican en nuestra actual sociedad son fenómenos interrelacionados entre sí y que se influyen mutuamente¹. Podemos destacar, al menos, dos factores como la raíz de aquellas tendencias comunes a escala mundial: por un lado, un incesante avance tecnológico que ha dado lugar a las denominadas Tecnologías de la información y comunicación (en adelante, TIC); y por el otro, la apertura sucesiva y acelerada para el movimiento de mercancías y capitales dentro de un mercado único a nivel mundial². En este inicio del siglo XXI, el mundo de la tecnología se presenta muy dinámico, cambia con mucha rapidez, pero, además, está marcado por la consolidación de una nueva forma de organización social a escala global³.

A efectos del análisis que queremos llevar a cabo, nos interesa centrarnos en ese avance tecnológico y esbozar un marco descriptivo general sobre la posición que ocupan las TIC, las variaciones en las dinámicas sociales que se vienen produciendo a partir de su existencia y en la configuración del nuevo marco organizativo social a escala global que alcanza a las relaciones laborales.

¹ MARQUÈS, P. y MAJÓ, J., *La revolución educativa en la era Internet*, CISSPraxis, Barcelona, 2002, p. 55.

² *Loc. cit.*

³ *Vid.* CASTELLS, M., «Informacionalismo, redes y sociedad: una propuesta teórica», en CASTELLS, M. (Ed.), *La sociedad red: una visión global*, Alianza, Madrid, 2006, pp. 40-41, También, MARQUÈS, P. y MAJÓ, J., *La revolución... cit.*, 2002, p. 27.

I. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE TIC

La definición de TIC no ha sido ejemplo de consenso. Existen innumerables definiciones que pueden llegar a ser muy diferentes entre sí⁴. Dado que no es objetivo de este trabajo profundizar en el debate o alcanzar una definición única sobre las mismas, a efectos del análisis central del fenómeno que nos interesa, bastará con recoger algunas ideas generales que sirvan como idea base para nuestras posteriores reflexiones.

El tránsito necesario hacia allí se inicia en el concepto de «tecnología», entendida como el «uso del conocimiento científico para especificar modos de hacer cosas de una manera *reproducible*»⁵. Es decir, como la aplicación práctica del conocimiento producido por la ciencia para facilitar la realización de actividades del ser humano⁶. Más allá, se ha entendido como una vinculación intrínseca de la terna conceptual «práctica social/conocimiento/artefacto» que la entiende como un sistema (material o conceptual) producto de esa actividad, en base al conocimiento determinado⁷. Todo ello incluiría el diseño y la creación de medios, productos, instrumentos, lenguajes o métodos, con el objeto de lograr la satisfacción de determinadas necesidades humanas⁸. En ese sentido, estamos de acuerdo con que el término se encuentra ligado a la idea de transformación, a un cambio del escenario en el que se desenvuelve el ser humano, a manos del propio ser humano⁹.

A modo de delimitar una primera frontera, observamos que la diferencia entre la actual revolución tecnológica y las anteriores puede encontrarse en la vinculación de la tecnología con la información y comunicación. Por «información» aceptamos la referencia al «proceso de

⁴ Se ha tenido en cuenta el estudio realizado sobre este concepto por COBO ROMANÍ, J. C., «El concepto de tecnologías de la información. Benchmarking sobre las definiciones de las TIC en la sociedad del conocimiento», *ZER: Revista de Estudios de Comunicación*, vol. 14, nº 27, 2009, pp. 295-318.

⁵ CASTELLS, M., *La era de la información: Economía, sociedad y cultura. Volumen I: La sociedad Red*, Alianza, Madrid, 1997, p. 56. Concepto que el autor comparte con Harvey Brooks y Daniel Bell.

⁶ Desde los anteriores procesos de mecanización, su incentivo ha residido «en los mayores beneficios que podían sacarse mediante la potencia y la eficiencia de la máquina», MUMFORD, L., *Técnica y civilización*, Alianza, Madrid, 2002, p. 42, trad. AZNAR DE ACEVEDO, C.

⁷ Aunque se diga también que «en el artefacto está cristalizada, tanto la acción como el conocimiento, de ahí la natural reducción social del concepto de *tecnología* al artefacto». RODOLFO HERRERA, J., «Tecnología/ingeniería: un resumen de conceptos», *Ingeniería: Revista de la Universidad de Costa Rica*, vol. 21, nº 2, 2011, p. 47 (41-52).

⁸ Tesis doctoral de ALTUNA URDIN, J., *Integración de Internet en la didáctica de la asignatura «conocimiento del medio» en el tercer ciclo de Primaria: posibilidades y análisis de la situación en un centro educativo*, UPV/EHU, 2010, p. 77, en referencia a MARQUÈS, P. y MAJÓ, J., *La revolución...*, cit., 2002.

⁹ STIEGLER, B. *La Técnica y el Tiempo. El pecado de epimeteo*, Tomo I, Cultura Libre, Hondarribia, 2002, p. 145. Aceptamos que el propio término nos permite establecer una primera y primordial frontera de análisis: «la naturaleza está totalmente mezclada con la tecnología», esta última no puede entenderse desligada totalmente de la primera. WILLIAMS, R., *Cultura y cambio tecnológico: el MIT*, Alianza, Madrid, 2004, p. 35. Además, la relación entre ser humano y tecnología se observa del hecho evidente «de que la existencia de una herramienta tecnológica hecha por el ser humano es una evidencia concreta de la presencia de inteligencia operando en momento de la fabricación». PROWN, J. D., «Mind in Matter: An Introduction to Material Culture Theory and Method», *Winterthur Portfolio*, vol. 17, nº 1, 1982, p. 1. Al hilo, STIEGLER decía que «las comprensiones dominantes de la técnica contemporánea, atrapadas en el juego de las oposiciones heredadas de la metafísica, están al mismo tiempo constreñidas por la falsa alternativa del antropocentrismo y del tecnocentrismo -y reducidas a oponer hombre y técnica». STIEGLER, B. *La Técnica...*, cit., 2002, p. 147.

transmisión asimétrica, donde los mensajes emitidos carecen de retornos», un proceso de datos a los que podemos acceder, más allá de la mayor o menor comprensión que podamos tener de dicha información. Por su parte, por «comunicación» nos basta la referencia al «intercambio dialéctico de mensajes, donde los polos dialogantes puedes hacer reversible la dirección de flujo»¹⁰. De ese modo, como fruto de un desarrollo científico y tecnológico continuo iniciado en la década de los cincuenta del siglo XX, estamos ante herramientas tecnológicas que «nos proporcionan información, herramientas para su proceso y canales de comunicación»¹¹.

Dada la rapidez con la que suceden los cambios y se reinventan estas herramientas — evitando referencias concretas y de forma nada exhaustiva—, nos acercamos al concepto de TIC que señala que son un «conjunto convergente de tecnologías de la microelectrónica, la informática (máquinas y *software*), las telecomunicaciones/televisión/radio y la optoelectrónica» integradas ahora en sistemas de información dentro de los cuales las clásicas trayectorias tecnológicas se vuelven prácticamente indistinguibles¹².

Sus principales características pueden centrarse en permitir la generación, edición, el procesamiento, almacenamiento, intercambio o transmisión de enormes cantidades de información, además de posibilitar su rápida distribución a través de redes de comunicación no solo bidireccional, sino también multidireccional¹³.

De hecho, la revolución en la información y comunicación que ofrecen estas tecnologías se encuentra ligada a la lógica de fusión y convergencia en sistemas de redes¹⁴. Redes, como

¹⁰ Ambos, conceptos de PASCUALI, A., *Comprender la comunicación*, cit., 1979, utilizado por COBO ROMANÍ, J. C., «El concepto de tecnologías...», cit., 2009, pp. 310-311.

¹¹ MARQUÈS, P. y MAJÓ, J., *La revolución...*, cit., 2002, p. 33.

¹² CASTELLS, M., *La era de la información...*, cit., 1997, p. 56 y 88, incluyendo «la ingeniería genética y su conjunto de desarrollos y aplicaciones en expansión». También COBO ROMANÍ, J. C., «El concepto de tecnologías...», cit., 2009, p. 305.

Innovaciones tecnológicas proporcionadas básicamente por «las telecomunicaciones, la informática y las tecnologías audiovisuales», según MARQUÈS, P. y MAJÓ, J., *La revolución...*, cit., 2002, p. 33. Donde la informática «es la ciencia que estudia el tratamiento automático y racional de la información». ALCALDE, E. y GARCÍA, M., *Informática básica*, 2.^a ed., Mc Graw Hill, Madrid, 1997, p. 1. El tratamiento es automático dado que es la máquina la que realizan los trabajos de captura, proceso y presentación de la información, y el tratamiento es racional por estar todo el proceso definido a través de programas que siguen el razonamiento humano (p. 2).

Que, a modo de ejemplo, comprenden desarrollos «desde los hipertextos, los multimedia, Internet, la realidad virtual, o la televisión por satélite», CABERO ALMENARA, J., BARROSO OSUNA, J., ROMERO TENA, R. y otros, *Nuevas Tecnologías Aplicadas a la Educación*, McGraw-Hill Interamericana de España, 2006. Utilizado por COBO ROMANÍ, J. C., «El concepto de tecnologías...», cit., 2009, p. 305. Por su parte, MARQUÈS, P. y MAJÓ, J., *La revolución...*, cit., 2002, p. 34, explican que comprenden aquellos desarrollos relacionados, por ejemplo, respecto de la informática, a la robótica, el hipertexto, bases de datos, edición electrónica; respecto a las telecomunicaciones, los móviles o satélites; y, respecto del sonido-imagen, a los vídeos o TDT.

¹³ COBO ROMANÍ, J. C., «El concepto de tecnologías...», cit., 2009, p. 312.

¹⁴ «Una red es un conjunto de nodos interconectados. Los nodos pueden tener mayor o menor relevancia para el conjunto de la red (...). Los nodos aumentan en importancia para la red cuando absorben más información importante y la procesan más eficientemente». CASTELLS, M., *Comunicación y poder*, Alianza, Madrid, 2009, p. 45.

COBO ROMANÍ recalca que «las TIC tienden a la convergencia e hibridación de sus canales y funcionalidades», COBO ROMANÍ, J. C., «El concepto de tecnologías...», cit., 2009, p. 310.

Internet, que han permitido un gran avance en estos procesos e impulsado la eliminación de las tradicionales barreras informativas y comunicativas¹⁵. Aquellas que han sido denominadas como «autopistas» de información o «redes de inteligencia distribuida» que permiten poner en práctica las capacidades propias que ofrecen las TIC de compartir, conectar y comunicarse a escala global¹⁶.

Así, se trata de tecnología que posee una gran capacidad de recombinación basada en la digitalización y en la comunicación recurrente e interactiva, y, a su vez, de reconfiguración en función de los cambios del entorno digital, pudiendo reducir su tamaño o expandirse a todo el ámbito global¹⁷. Poseen una gran flexibilidad de distribución mediante aquellas redes interactivas y digitalizadas en los diferentes contextos y aplicaciones, siendo cada vez más eficientes¹⁸. Estamos ante elementos, herramientas o dispositivos con capacidad autoexpansiva de procesamiento de información y comunicación en términos de volumen, complejidad y velocidad. No se trata solo de herramientas que generan conocimiento o información, sino que ese conocimiento o información son aplicados a dichos aparatos, «en un círculo de retroalimentación acumulativo entre innovación y sus usos»¹⁹.

II. LA CONFIGURACIÓN DE UNA NUEVA ERA

Estamos ante la consolidación de una nueva era que ha recibido el nombre de «era de la información». El nuevo paradigma tecnológico de aumento de la capacidad de procesamiento de la información y la comunicación humana que caracteriza esta revolución tecnológica ha servido como base material para el actual modelo de sociedad²⁰. Ciertamente, sin el uso intensivo de las TIC la actual realidad social no se habría configurado.

No obstante, su existencia no es, por sí sola, la única fuente del actual modelo de sociedad²¹. El otro factor que podemos considerar importante en la configuración del actual orden ha germinado a partir de la existencia de un mercado único de ámbito mundial ligado a la idea de globalización, que no puede concebirse únicamente ligada al punto de vista económico²². Más bien, se trata de un «concepto espacial que hace referencia a un conjunto de

¹⁵ Por ejemplo, «las redes de distribución de información permiten ofrecer en cualquier lugar en el que haya un terminal (ordenador, teléfono móvil, televisor...) múltiples servicios relacionados con la información», decían MARQUÈS, P. y MAJÓ, J., *La revolución...*, cit., 2002, p. 22.

¹⁶ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, E. M.^a, «Globalización de la información», en CARIDAD SEBASTIÁN, M. (Dir.), *La Sociedad de la Información. Política, Tecnología e Industria de los contenidos*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, p. 61.

¹⁷ Vid. LESSIG, L., *El código y otras leyes del ciberespacio*, Taurus, 2001, p. 49, trad. ALBEROLA, E.

¹⁸ Vid. CASTELLS, M., «Informacionalismo...», cit., 2006, pp. 35-36.

¹⁹ CASTELLS, M., «Informacionalismo...», cit., 2006, p. 31.

²⁰ Denominado por CASTELLS como «informacionalismo». CASTELLS, M., «Informacionalismo...», cit., 2006, p. 34. Además, CASTELLS, M., *Comunicación...*, cit., 2009, p. 49.

²¹ CASTELLS, M. y otros, *La transición a la sociedad red*, Ariel, Barcelona, 2007, p. 11.

²² De hecho, aunque la idea de globalización está ligada a la identificación de un proceso no uniforme, complejo y hasta contradictorio, mediante el que se observan «profundos cambios en la estructura nacional e internacional

procesos sociales que transforman el presente estado actual de nacionalidad convencional en otro de globalidad»²³, cuyo impacto en las personas se materializa en una creciente interconectividad entre lo local y lo mundial²⁴.

Las TIC se consolidan como un eslabón fundamental en el funcionamiento de interdependencia que acompaña a la globalización²⁵. Y junto con la morfología de las redes digitales que proporcionan las actuales TIC, el actual proceso de globalización se «diferencia en tamaño, velocidad y complejidad» de otras formas de globalización en anteriores épocas históricas»²⁶. En esa línea, la convergencia de las TIC en un sistema altamente integrado de redes globales dentro de un escenario consolidado por la globalización, potencian la utilización geográficamente expandida de las primeras, «avaladas por su marcada tendencia de costes decrecientes y por la alta productividad que conlleva su uso»²⁷.

Desde hace algunas décadas se ha utilizado el término de «sociedad de la información»²⁸, aunque se ha reconocido también como «un concepto en plena evolución, que ha alcanzado en el mundo diferentes niveles, como reflejo de diferentes etapas de desarrollo»²⁹. También se ha hecho referencia a una forma específica de organización social más bien «informacional», «en la que la generación, el procesamiento y la transmisión de información se convierten en las fuentes fundamentales de la productividad y el poder, debido a las nuevas condiciones tecnológicas que surgen en este periodo histórico»³⁰. Algunos la han denominado como «sociedad del conocimiento», en tanto parece captar de una mejor manera el dinamismo característico del mundo actual, que incluye una «dimensión social, cultural, económica,

contemporánea». GOIG MARTÍNEZ, J. M., «La OCDE en un contexto de globalización. Su influencia en la política económica mundial: en flujo de la OCDE en España», en GARCÍA GUERRERO, J. L. y MARTÍNEZ ALARCÓN, M.^a L. (Dir.), *Constitucionalizando la globalización*, vol. II, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 1233.

²³ STEGER, M. B., *Globalización: una breve introducción*, Antoni Bosch editor, Barcelona, 2019, pp. 21-22, trad. SOLER CHIC, J.

²⁴ STEGER, M. B., *Globalización...*, cit., 2019, p. 22.

²⁵ Las TIC han sido «decisivas en la última fase de globalización». NOYA, J. y RODRÍGUEZ, B., *Teorías sociológicas de la globalización*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 194.

«En los noventa, globalización se convirtió en la palabra de moda, pues captaba la naturaleza cada vez más interconectada de la vida social en el planeta, algo en lo que intervienen decisivamente la revolución de las TIC y la integración global de los mercados. Veinticinco años después, la globalización sigue siendo un tema candente. De hecho, es posible encontrar millones de referencias al término en el espacio tanto virtual como impreso.» STEGER, M. B., *Globalización: una breve introducción*, Antoni Bosch editor, Barcelona, 2019, p. 14, trad. SOLER CHIC, J.

²⁶ CASTELLS, M., *Comunicación...*, cit., 2009, p. 51.

²⁷ MARQUÈS, P. y MAJÓ, J., *La revolución...*, cit., 2002, p. 26. Idea también comentada por CASTELLS, M., «Informacionalismo...», cit., 2006, p. 31, en referencia a MOKYR, J., *The Lever of Riches: Technological Creativity and Economic Progress*, Oxford University Press, Oxford, 1990, y MAZLISH, B., *The Fourth Discontinuity: The Co-evolution of Humans and Machines*, Yale University Press, 1993.

²⁸ Esta concepción tiene su influencia en el sociólogo Yoneji Masuda quien en 1981 publicó el libro «The information society: as post-industrial society». Puede consultarse su versión en castellano, MASUDA, Y., *La sociedad informatizada como sociedad post-industrial*, Fundesco, Madrid, 1984, trad. OLLERO, J.

²⁹ UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES, *Plan de Acción adoptado en la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información*, Ginebra, 2004. D. Disponible en: <https://www.itu.int/net/wsis/docs/geneva/official/poa-es.html>

³⁰ CASTELLS, M., *La Era de la Información...*, cit., 1997, p. 47.

política y de transformación institucional, más plural y con una perspectiva de desarrollo»³¹. O, incluso, olvidando las nociones anteriores, reemplazándolas por el concepto de «sociedad red»³², se la ha calificado como una estructura social³³ que «está compuesta de redes activadas por tecnologías digitales de la comunicación y la información basadas en la microelectrónica»³⁴. Una sociedad red que, gracias a las TIC disponibles, «puede desplegarse plenamente, trascendiendo los límites históricos de las redes como forma de organización e interacción social»³⁵. Así, estaríamos ante una idea de sociedad constituida a partir de tecnología de redes que dispone de una organización también de redes y, de eso modo, con posibilidades de ser global³⁶.

La realidad describe unos cambios incuestionables a partir de los dos factores comentados. La existencia y utilización de las TIC ha provocado una serie de cambios en los modelos organizativos industrial, educativo, comercial, laboral o financiero, que contribuyen con tendencias hacia la deslocalización y modificación de aquellas actividades antes vinculadas a espacios físicos, así como hacia la provisión de servicios basados en la información³⁷. El fenómeno de la globalización, considerado como la consecuencia de la caída sucesiva y acelerada de una serie de barreras que dificultaban el movimiento de cosas, personas o dinero, ahora involucra también la eliminación de las barreras en la movilidad de información. Por su parte, se identifica usos alternos y prácticas diferentes en la organización e interactividad cultural que representan cambios también en la percepción humana de determinado espacio, tiempo, conciencias o de los propios procesos de comunicación³⁸. En ese sentido, podemos hablar de una reconfiguración entre economía, cultura y sociedad, potencialmente capaz de traspasar fronteras³⁹.

³¹ Incluyendo la idea de la «sociedad de la información» como piedra angular de este nuevo concepto. Puede encontrarse esta explicación en ALTUNA URDIN, J., *Integración de Internet...*, cit., 2010, p. 80, en referencia a WAHEED KHAN, A., «Towards Knowledge Societies. An Interview with Abdul Waheed Khan», *World of Science*, vol. 1, nº 4, 2003.

³² CASTELLS, M., «Informacionalismo...», cit., 2006, p. 73.

³³ CASTELLS entiende por estructura social a «aquellos acuerdos organizativos humanos en relación con la producción, el consumo, la reproducción, la experiencia y el poder expresados mediante una comunicación significativa codificada por la cultura», en CASTELLS, M., *Comunicación...*, cit., 2009, pp. 50-51.

³⁴ CASTELLS, M., *Comunicación...*, cit., 2009, pp. 50-51.

³⁵ *Ibid.*, p. 50.

³⁶ *Vid. Ibid.*, p. 51.

³⁷ Se da paso, por ejemplo, al *e-learning*, *e-commerce*, *e-working* o al *e-government* como nuevas formas de interacción que utilizan, justamente, a la morfología de redes globales.

³⁸ WILLIAMS, R., *Cultura y cambio...*, cit., 2004, pp. 32-33.

Por ejemplo, ha llegado a provocar variaciones en las prácticas de «organización e interactividad cultural y en las elaboraciones simbólicas de nuevas identidades e identificaciones de la subjetividad social». *Vid. SANDOVAL FORERO, E. A.*, «Cibersocioantropología de comunidades virtuales», *Revista argentina de Sociología*, nº 9, 2007, p. 66, o SANTOS CORRAL, M. J., *Cien mil llamadas por el ojo de una aguja*, México, UNAM, Plaza y Valdés, 2000.

³⁹ Hablamos de potencialidad, y no a la probabilidad, en tanto se ha reconocido que no todas las personas del mundo pueden llegar a participar en las redes inteligentes. Como todo cambio acarrea también consecuencias antagónicas, para la mayoría de la población mundial aquellos beneficios llevan, por diversas razones, consigo

III. LAS NUEVAS DIMENSIONES DEL PODER CON LAS TIC

A lo largo de la historia, al menos en las sociedades occidentales, la información y el conocimiento se han considerado como «fuentes de poder, riqueza y significado»⁴⁰. Ahora bien, se ha explicado que lo que caracteriza a esta sociedad actual no es el carácter central de la información y del conocimiento por sí mismos, porque «la información no tiene mucho valor en sí misma sin el conocimiento para recombinarla en un propósito»⁴¹.

Las TIC poseen el poder de generar información, procesarla, transmitirla, almacenarla y generar nueva información a partir de la anterior. De hecho, estas herramientas tecnológicas se han catalogado como «tecnologías para actuar sobre la información, no sólo información para actuar sobre la tecnología, como era el caso en las revoluciones anteriores»⁴². Además, su estructura se encuentra altamente adaptada para una compleja y creciente interacción y para pautas de desarrollo impredecible surgidas del propio poder creativo de tal interacción⁴³.

En tal caso, la actual revolución tecnológica se caracteriza también por el poder inherente que poseen las TIC⁴⁴. Así es que no debe considerarse que las TIC sean inocuas, es decir, que son herramientas neutrales en sí mismas, sino que siempre son capaces por sí solas de generar distintos tipos de efectos de acuerdo a su estructura⁴⁵. Nótese que partimos de una referencia a unos efectos propios de la herramienta, distintos de aquellos ocasionados por la aplicación de sus productos.

Aquí nos interesa reconocer otro factor como determinante. Desde una óptica ideal, el avance tecnológico debiera estar vinculado a la idea del progreso, adelanto o mejora, a la de la satisfacción de metas definidas desde el punto de vista de las necesidades humanas que motivan la invención⁴⁶. Sin embargo, el actual proceso de innovación tecnológica también es definido «más por las reglas del mercado y por el funcionamiento interno de la propia

mayores desigualdades y mayores diferencias socioeconómicas, culturales o comunicacionales entre individuos y países. Es lo que se ha conocido como «brecha digital».

Se ha catalogado a Zygmunt BAUMAN como el autor que más atención ha puesto a las infraclases globales y las nuevas formas de exclusión social que acompañan a la globalización, y como uno de los autores posmodernos que se toma más en serio las desigualdades en la sociedad global. Puede consultarse su obra BAUMAN, Z., *Globalización: consecuencias humanas*, Fondo de Cultura Económica, 2.ª ed., México, 2001.

⁴⁰ CASTELLS, M., «Informacionalismo...», *cit.*, 2006, p. 31, en referencia a MOKYR, J., *The Lever of Riches: Technological Creativity and Economic Progress*, Oxford University Press, Oxford, 1990, y MAZLISH, B., *The Fourth Discontinuity: The Co-evolution of Humans and Machines*, Yale University Press, 1993.

⁴¹ «Y el conocimiento, por supuesto, es algo relativo a cada cultura y sociedad». CASTELLS, M., «Informacionalismo...», *cit.*, 2006, pp. 31-32.

⁴² CASTELLS, M., *La era de la información...*, *cit.*, 1997, p. 88.

⁴³ *Loc. cit.*

⁴⁴ *Vid. Ibid.*, p. 32.

⁴⁵ Ninguna tecnología es neutral, dado que «todas tienen efectos políticos sociales y ambientales identificables», en VV. AA., *Cambiar las gafas para mirar el mundo. Una nueva cultura de la sostenibilidad*, Libros en Acción, Madrid, 2015, p. 109, en referencia a MANDER, J., *En ausencia de lo sagrado. El fracaso de la tecnología y la supervivencia de las naciones indígenas*, Cuatro Vientos, Santiago de Chile, 1994, p. 41 y ss., trad. MEDINA, E. y CORREA, P.

⁴⁶ *Vid. WILLIAMS, R., Cultura y cambio...*, *cit.*, 2004, p. 30.

tecnología que por los propósitos humanos»⁴⁷. Sigue vigente la idea de MUMFORD que señalaba que, aunque el capitalismo y la técnica deben distinguirse claramente en cada etapa, una condiciona a la otra y repercute sobre ella⁴⁸. De ese modo, el fenómeno de la actual revolución tecnológica en su conjunto, protagonizado por las TIC y su expansión vertiginosa, no pueden entenderse sin tener en cuenta el incentivo adicional del beneficio económico⁴⁹.

Históricamente la titularidad del poder ha requerido «el fomento del comercio y de la producción», y esta última se ha encaminado «hacia la adquisición de mayores beneficios para obtener más dinero y, con ello, más poder», siendo que cada abstracción ha ido reforzando a la otra⁵⁰. A partir de ahí, en este escenario actual, la información y el conocimiento que se puede obtener a partir de las TIC adquieren una nueva y creciente relevancia económica. En la elaboración de estas herramientas, en su diseño, se concentran métodos de información y comunicación que están destinados a generar mercancía informacional y producir demandas informacionales a través de los instrumentos tecnológicos. La información vinculada a aquellas actuaría como factor de producción y su uso aumentaría la productividad. No obstante, la información también podría actuar como mercancía, permitiendo a las TIC ofrecer, por ejemplo, servicios de acceso a la información con diversas posibilidades⁵¹, que a su vez, generan más información.

La innovación tecnológica se encuentra al servicio de ciertos intereses de clase y bajo un control elitista altamente especializado⁵². Si dicha innovación se guía por las reglas del mercado y por el funcionamiento interno de las propias tecnologías, resulta lógico que las TIC sean impulsadas también desde el sector privado⁵³. El poder inherente de las TIC está diseñado

⁴⁷ «La innovación no se convierte necesariamente en el progreso humano (...) La ideología actual de la historia como innovación tecnológica convierte al mercado -el motor de la adquisición capitalista- en el motor de la propia historia y a la tecnología en su agente». WILLIAMS, R., *Cultura y cambio...*, cit., 2004, p. 30.

Por su parte, MUMFORD señalaba: «El capitalismo utilizó la máquina no para fomentar el bienestar social, sino para incrementar el beneficio particular: los instrumentos mecánicos se utilizaron para la elevación de las clases dominantes», MUMFORD, L., *Técnica y civilización*, cit., 2002, p. 43. Sobre la técnica, MUMFORD decía que «los beneficios humanos de la técnica no han sido cumplidos por una desviación en los intereses de la economía pecuniaria» (p. 388).

⁴⁸ MUMFORD, L., *Técnica y civilización*, cit., 2002, p. 42.

⁴⁹ «Es extremadamente dudoso que las máquinas se hubieran inventado tan rápidamente y hubieran penetrado con tanta fuerza sin el incentivo adicional del beneficio», MUMFORD, L., *Técnica y civilización*, cit., 2002, p. 42.

⁵⁰ Vid. MUMFORD, L., *Técnica y civilización*, cit., 2002, p. 40.

⁵¹ Vid. MARQUÈS, P. y MAJÓ, J., *La revolución...*, cit., 2002, p. 26. En esa línea, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, E. M.^a, «Globalización...», cit., 1999, p. 75.

⁵² «Esa etapa posterior al capitalismo está dominada por nuevas clases sociales que han tomado el lugar de los industriales capitalistas y han otorgado el control a los técnicos y profesionistas; los ingenieros y los científicos son ahora quienes ocupan la jerarquía más alta en la escala social de la SI», en MURIEL, D., «(In)transitabilidades hacia la sociedad del conocimiento: una lectura crítica de la producción sociológica moderna», *Confines* 2, agosto-diciembre, n° 24, 2005. Cita extraída de SANDOVAL FORERO, E. A., «Cibersocioantropología...», cit., 2007, p. 69.

⁵³ Así lo reconoce también la Asamblea General de las ONU en su documento *El derecho a la privacidad en la era digital. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, Consejo de Derechos Humanos, 39° periodo de sesiones, 3 de agosto de 2018. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/39/29> (última revisión: 30 de marzo de 2022).

para ser capaz de generar información y utilizarla en beneficio de los creadores para elevar sus potencialidades. Dado que dentro de esta nueva dinámica social la gran cantidad de información es poder, quien la posee en determinado momento y lugar, tiene el poder sobre el titular de esa información. Y quien ostenta el poder, controla y decide qué información es valiosa y cuál no de acuerdo a sus intereses. Es evidente que, como se ha dicho, «una de las características más significativas de la última década del siglo XX ha sido la tremenda pugna y la reestructuración de las relaciones de poder en todos aquellos sectores económicos y tecnológicos involucrados en la construcción del tercer entorno»⁵⁴.

Del mismo modo, si las TIC poseen un poder inherente a la propia tecnología, nos parece de suma importancia reconocer que su diseño tiene que ver con la configuración de ese poder, y su creación responde a motivos específicos. Efectivamente, cada herramienta posee una estructura, un código diferente, que puede variar de un tiempo a otro y que cambia también de una a otra en un momento concreto⁵⁵. Y la estructura del entorno digital⁵⁶, de cada herramienta y de cada uno de sus componentes tienen algo en común: son escritos en el seno de empresas comerciales, configurados por unos sujetos privados, «arquitectos» o «autores del código»⁵⁷.

Incluso los estándares de innovación tecnológica son producto de la competencia entre las empresas en cuestión, y aquellos vinculados a grupos dominantes, poseen ventajas competitivas⁵⁸. Dado que son esos estándares los que determinan las reglas que hay que aceptar cuando se está en las redes, el poder se ejerce por dicha imposición de las reglas de inclusión⁵⁹. Por ejemplo, los protocolos o los procesos de estandarización de las TIC surgen en el seno de los institutos tecnológicos en connivencia con empresas del sector privado.

IV. LA PRESENCIA DE LAS TIC, LOS PODERES Y CONTRAPODERES

Visto el objeto que motiva la incesante innovación tecnológica y el escenario de la nueva sociedad, propicio para su creciente desarrollo, la manipulación que pueden ejercer los nuevos

⁵⁴ ECHEVERRÍA, J., *Telépolis*, 2.ª ed., Destino, Barcelona, 2000, p. 365.

⁵⁵ Vid. LESSIG, L., *El código...*, cit., 2001, p. 207.

⁵⁶ Puede consultarse a ECHEVERRÍA, J., *Telépolis*, cit., 2000, p. 48, donde el autor explica su concepto de tercer entorno, como un nuevo espacio social posibilitado por una serie de innovaciones tecnológicas.

⁵⁷ «El ciberespacio no es un lugar; es muchos lugares. No todos esos lugares tienen la misma naturaleza; los lugares del ciberespacio tienen muchas «naturalezas». Estas naturalezas no vienen dadas, sino que se construyen. Son configuradas -al menos en parte- por las arquitecturas que constituyen los diferentes espacios. Estas arquitecturas, a su vez, tampoco vienen dadas; las arquitecturas del código son configuradas por los arquitectos del ciberespacio: los autores del código». Vid. LESSIG, L., *El código...*, cit., 2001, pp. 159-160.

⁵⁸ Decía MUMFORD que estamos en «una época en la que el código tiene un carácter corporativo, en el sentido comercial del término, y dejando atrás otra época en la que el código era corporativo en otro sentido del término». *El código...*, cit., 2001, p. 378.

⁵⁹ El autor lo denomina «el poder de la red». CASTELLS, M., *Comunicación...*, cit., 2009, p. 74.

centros de poder a partir de la arquitectura de los códigos, de hecho, constituye una grave amenaza para las libertades de las personas⁶⁰.

No parece excesivo decir que las TIC son instrumentos de liberación y de represión, pero mucho más peligrosas que las tecnologías del pasado. Entre otras cosas, a través de ellas se puede realizar una vigilancia masiva a través de la cual el poder pretende actuar, controlando y corrigiendo el comportamiento de los miembros de la sociedad global conectada a una red. Las TIC pueden considerarse, en realidad, como «una fuerza, probablemente más que nunca bajo el paradigma tecnológico actual, que penetra en el núcleo de la vida y de la mente»⁶¹. Es por ello que se hace referencia a un modo de forma de gobierno innovador que dirige los comportamientos y estructuras basado en algoritmos, preocupante en cuanto a la intencionalidad de gestionar los riesgos o alterar los comportamientos con el fin de alcanzar algún objetivo preestablecido⁶².

Estas herramientas y su masiva utilización no solo han traído consigo nuevas oportunidades. Cuando están en cada vez más espacios, omnipresentes y obvias, se pierde la noción de su existencia, «se convierten en el marco de nuestra conciencia»⁶³. Además, la estructura de la red y las tecnologías en red pueden ser diseñadas para la manipulación clasista de los sistemas de información y comunicación con el objeto de rentabilizar el control sobre la vida y la actividad de las personas. La información forma parte integral de toda actividad humana y todos los procesos de existencia y pensamiento individuales y colectivos pueden ser directamente moldeados por el medio tecnológico⁶⁴. Cuanto más se utilizan, más pueden definir las interacciones y los perímetros de cada existencia, de la visión individual y colectiva.

Ocurre que en la actual era de la información el manejo de los efectos globales que puedan ocasionar las propias TIC o su masiva utilización tampoco tienen el carácter de prioritarios o simplemente no son tenidos en cuenta. Dos características podrían provocar o coadyuvarían a mantener este escenario.

Por un lado, el actual modelo de sociedad se caracteriza por lo que se ha llamado el «imperativo tecnológico», es decir, que se pretende seguir sosteniendo la máxima de que tanto la fabricación como la utilización de las TIC se reconocen como factor dominante del progreso de la humanidad. De ahí que se insista en aceptarlas y reconocerlas como instrumentos

⁶⁰ Recordaba LESSIG que «(...) si, a la mitad del siglo XIX, fueron las normas las que amenazaban la libertad, a comienzos del siglo XX lo fue el poder del Estado para suprimir la libertad de expresión, y durante casi todo el siglo a lo fue el mercado, entonces, en mi opinión, a finales del siglo XX y comienzos del XXI debería preocuparnos un regulador diferente: el código», en LESSIG, L., *El código...*, cit., 2001, pp. 164-165.

⁶¹ CASTELLS, M., *Comunicación...*, cit., 2009, pp. 34-35.

⁶² YEUNG, K., «Algorithmic regulation: A critical interrogation», *Regulation & Governance*, vol. 12, nº 4, 2018, p. 507.

⁶³ Vid. MANDER, J., *En ausencia de lo sagrado...*, cit., 1994, p. 41 y ss.

⁶⁴ CASTELLS, M., *Comunicación...*, cit., 2009, p. 56.

modernos inevitables. Por otro lado, —y creemos que esto motiva la primera— el fenómeno de la globalización económica se sostiene sobre un modelo ideológico político-económico también «de corte neoliberal que considera positiva la globalización económica y del mercado, pero no ve tan necesaria la globalización política, ya que considera que el mejor funcionamiento de la economía es aquel en el que hay pocas interferencias políticas»⁶⁵.

Estamos de acuerdo con que «la innovación tecnológica siempre ha sido una estrategia de mercado y de poder adoptada por el capital»⁶⁶. Que amenazas a la libertad ha habido a lo largo de la historia y sus fuentes también han variado de acuerdo al tiempo y lugar concretos. Pero también estamos de acuerdo con que se trata de un escenario completamente diferente a los anteriores y que puede que, se haga lo que se haga, se obtengan consecuencias inesperadas⁶⁷.

El gran desafío en la actual era de la información no es solo responder a la pregunta de qué o quién es lo que amenaza a la libertad, sino más que nunca cómo podemos resistirnos a ello⁶⁸.Cuál ha de ser la estrategia de contrapoder para minimizar el impacto sobre la dignidad y los derechos de las personas, teniendo en cuenta que el cambio tecnológico no es homogéneo y que requiere de una consideración especial de las diferentes formas de innovación que tienen un efecto diferenciado sobre la cantidad y naturaleza de las tareas individuales⁶⁹.

En cualquier caso, es de suma importancia tener en cuenta los factores que juegan un papel importante en las dinámicas de poder con el uso de las TIC, así como identificar las concretas amenazas que sobre determinada libertad ciernen determinada tecnología o la utilización de la misma. Esto quiere decir que resulta necesario realizar una valoración «objetiva y completa» de las propias tecnologías y del papel que desempeñan en las dinámicas sociales de esta nueva era⁷⁰. Veremos más adelante si los elementos de los juegos de poder con el uso de las TIC sufren una trasposición en el ámbito que nos importa: el de las relaciones laborales.

Nuestras hipótesis se plantean alrededor de ello: las TIC y su utilización provocan en el ámbito laboral un ambiente disruptivo importante que parece reconfigurar a su paso las

⁶⁵ MARQUÈS, P. y MAJÓ, J., *La revolución...*, cit., 2002, p. 27.

⁶⁶ BECK, U., *Poder y contrapoder en la era global*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2004, p. 31.

⁶⁷ Tal como afirma BECK, quien compara en este punto la Primera Modernidad con esta Segunda. En la primera se podían construir objetos y universos técnicos *sin* consecuencias inesperadas y estos objetos podían sustituir a los antiguos y deficientes. BECK, U., *Poder y contrapoder...*, cit., 2004, p. 154.

⁶⁸ Recogemos las preguntas que se planteaba Stuart Mill, según las palabras de LESSIG: «¿qué es lo que amenaza a la libertad y cómo podemos resistirnos a ello? En lugar de limitarse a preguntar: ¿cuál es la amenaza que *el Estado* supone para la libertad? (...) Mill, por consiguiente, no se preocupaba por la procedente de las amenazas, sino por la libertad». En LESSIG, L., *El código...*, cit., 2001, p. 164.

⁶⁹ Vid. OIT, *Los cambios tecnológicos y el trabajo en el futuro: cómo lograr que la tecnología beneficie a todos*. Nota informativa n° 1, 2016, p. 2. Disponible en: <http://www.oitcinterfor.org/node/6968>

⁷⁰ «El alumbramiento de una nueva tecnología no necesariamente guarda relación con su posible utilidad práctica, así como tampoco suele tener en cuentas los efectos perjudiciales que su desarrollo o implantación puede llegar a ocasionar». Vid. VV. AA., *Cambiar las gafas...*, cit., 2015, pp. 108-110.

tradicionales dinámicas laborales y son capaces de definir nuevas vías de empoderamiento del empleador sobre los trabajadores. Desde ahí, provocan una especie de revulsivo en la problemática tradicional de la conjugación de los derechos fundamentales y el ejercicio de las potestades empresariales, produciendo aún más complicaciones en la tarea de lograr la compatibilidad entre aquellos extremos⁷¹.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Las TIC se sitúan como elementos diferenciados y diferenciadores de las actuales dinámicas de información y comunicación, cuyo impacto trasciende al ámbito digital. Su estructura se encuentra altamente adaptada para una compleja y creciente interacción y para pautas de modificación impredecible de la realidad y de las interacciones surgidas del propio poder creativo de tal interacción.

Para alcanzar un análisis adecuado consideramos importante partir de la aceptación de que estamos ante un nuevo escenario donde las reglas del juego han cambiado y que las TIC podrían influir también en el despliegue del poder empresarial. El escenario actual comprende el de su presencia, y la idea de continua mejora económica a través de la facilitación de estas herramientas, es una realidad.

El reto de afrontar este nuevo escenario requiere también de un fortalecimiento en la estrategia de análisis, desde un grado de comprensión más general acerca de cómo funciona la regulación protectora de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras en este mundo globalizado y dentro del Estado. Requiere abordar la cuestión desde un punto de vista más genérico, pero que no se reduzca a esta visión. Que se entiendan las adaptaciones a sus justificaciones o el campo de actuación del empleador, pero que se aborde en clave de derechos fundamentales sin lugar a sacrificio alguno⁷², en un escenario de protección que requiere más que nunca la consonancia protectora desde el ámbito supranacional.

Nuestro siguiente capítulo supone el inicio conceptual sobre aquella estructura. La estructura normativa representa el pilar para alcanzar el logro de los valores más esenciales de la vida en sociedad, más aún en esta nueva realidad. Constituye el portal innegable para entender el necesario entramado jurídico que requiere la defensa efectiva de la intimidad y la protección de datos de las personas trabajadoras a partir del reequilibrio de posiciones de ambas partes en la relación laboral.

⁷¹ DEL REY GUANTER, S., «Sobre el futuro del trabajo: modalidades de prestaciones de servicios y cambios tecnológicos», *IUSLabor*, nº 2, 2017, p. 2.

⁷² BALLESTEROS LLOMPART decía que «la reducción de la importancia del proletariado o su desaparición en la sociedad actual no reduce en modo alguno la importancia del carácter protector del derecho en relación con los más menesterosos». En «Los derechos de los nuevos pobres», en BALLESTEROS LLOMPART, J. (Ed.), *Derechos humanos: concepto, fundamentos, sujetos*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 143.

SEGUNDA PARTE

**CUESTIONES CLAVES SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL
ÁMBITO LABORAL**

CAPITULO II

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: NOTAS CONCEPTUALES CON PERSPECTIVA ACTUAL

Empezamos recordando que el modelo normativo del Estado debe ser capaz de afrontar los radicales cambios que se viven y se vivirán en el futuro.

Este no tan nuevo escenario ha puesto a los Estados y a los modelos constitucionales bajo presión, no solo forzando a aquellos a ser parte activa y brindar cooperación en el seno de las organizaciones internacionales⁷³, sino a evaluar el sistema de protección interno de derechos fundamentales⁷⁴. Si la creación de las TIC y su masiva utilización se mueven en un marco de desregulación en los mercados globales que se ve extendida al ámbito empresarial, y la preocupación por los problemas sociales que puede ocasionar sigue siendo débil o inexistente, las amenazas latentes no solo lo serán para las libertades individuales, sino que el modelo de Estado será el que haya perdido efectividad para asegurar la libertad, seguridad o igualdad de los individuos.

Se hace necesario afrontar en este capítulo, en líneas generales, aquellas cuestiones sobre el modelo de ordenamiento jurídico constituido en España y el sistema de derechos fundamentales que se ha erigido para, de ese modo, entender las herramientas que se dispensan para su protección e identificar las formas de combatir la nueva realidad.

I. APROXIMACIÓN A LA IDEA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

I.1. De las primeras Declaraciones de derechos a la idea de derechos fundamentales

Algunos acontecimientos históricos sucedidos durante el siglo XVIII son imprescindibles para identificar la actual idea de derechos subjetivos. De hecho, serán sus efectos los que irán

⁷³ Vid. GOIG MARTÍNEZ, J. M., «La OCDE en un contexto de globalización...», *cit.*, 2019, p. 1233.

⁷⁴ Dice GARCÍA GUERRERO que el fenómeno de la globalización «no solo ataca la democracia sino, más ampliamente, al propio concepto racional normativo de Constitución. A medida que se intensifica la globalización resultan afectados, en mayor o menor medida, los valores y los derechos fundamentales, los derechos constitucionales y entre ellos, muy especialmente, los de los trabajadores [...]». GARCÍA GUERRERO, J. L., «Los embates de la globalización a la democracia», en GARCÍA GUERRERO, J. L. y MARTÍNEZ ALARCÓN, M.^a L. (Dir.), *Constitucionalizando la globalización*, *cit.*, 2019, p. 1335.

expandiéndose a través de un proceso de generalización a partir del siglo XIX y reforzando la base para lo que ahora se entiende por «derechos humanos» y por «derechos fundamentales»⁷⁵.

En particular, en el marco histórico-político de vigencia de un modelo de Estado absolutista, Europa se configuraba como un conjunto de territorios en los cuales la economía se encontraba sometida al poder político. La respuesta a tal absolutismo provocaba unos procesos de resistencia abanderados por la burguesía fortalecida, incluso en forma de verdaderas revoluciones, con la finalidad de proteger a los particulares del Estado, dando paso, luego, al surgimiento de un Estado liberal⁷⁶.

Una de las armas más importantes fue el reconocimiento de unos derechos abstractos como naturales y universales vinculados al ser humano⁷⁷. Unos derechos descubiertos por la razón humana, como propios e inherentes a la naturaleza misma de las personas. Incluso, los frutos de este proceso histórico se materializaron como los primeros modelos de positivación⁷⁸

⁷⁵ Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III/BOE, Madrid, 1999, p. 117. El proceso de generalización sucede hasta la actualidad.

⁷⁶ Debe tenerse en cuenta que estos acontecimientos no suceden de la misma manera en todo el mundo. No todos los Estados sufrieron estos cambios en el mismo momento, sino que cada uno vivió un proceso distinto. Por ejemplo, en el siglo XIX, la Revolución industrial, al llegar a Francia e Inglaterra, se encontró con una estructura bastante estable integrada por leyes burguesas, con presencia importante del individualismo. Interesante desarrollo en CROSSMAN, R. H. S., *Biografía del Estado Moderno*, 3.ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1974, trad. FERNÁNDEZ DE CASTRO, J. A.

Por otro lado, la transición lenta del feudalismo al capitalismo va a suponer un profundo cambio en la situación económica y social vivida hasta ese momento. El capitalismo comercial, como primera etapa del capitalismo, va a suponer, principalmente, un desarrollo del sistema de producción comercial, la organización de la burguesía comercial como grupo socialmente independiente y la formulación progresiva de principios filosóficos, políticos, económicos, jurídicos, religiosos y morales. Puede verse sobre esto, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos...*, cit., 1999, pp. 116-117. Sobre la transición mencionada, vid. HILTON, R., *La transición del feudalismo al capitalismo*, Crítica, Barcelona, 1977, trad. BERGADÀ, D. Esta transformación tendrá su paralelo en el ámbito político donde las estructuras del poder político medieval serán sustituidas por el Estado absoluto como forma de poder racional centralizado y burocrático donde, además, la aparición del derecho, como instrumento para acabar con los poderes locales del antiguo modelo, jugará un papel importante para la consolidación de aquél. Así, primero, se desarrollará un Estado estamental, con factores y elementos propios del Estado medieval; y, luego, se consolidará el Estado Absoluto. A partir de ello, la nueva estructura integrada por leyes burguesas y el nuevo orden económico van a favorecer e impulsar una cultura individualista —contraria a la cultura objetivista y comunitaria de la Edad Media— donde el individuo es el centro del mundo. Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Tránsito a la modernidad y derechos Fundamentales», en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (Dir.), *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 21.

⁷⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos...*, cit., 1999, p. 113 y ss. Este autor, sobre este tema, hace hincapié en dos modelos para la configuración del modelo de Estado: el continental, en términos generales, más racionalista, más ahistórico, fundado en la idea de los derechos naturales del iusnaturalismo racionalista y de la Ilustración; y, el modelo inglés, más pragmático, más historicista, más conectado con las transformaciones concretas del poder político y con su limitación.

⁷⁸ Tres son los modelos de positivación más relevantes en la historia de los derechos humanos fundamentales: por un lado, desde el siglo XVII, se podrá hablar de un modelo inglés fuertemente vinculado a la historia, con la supremacía de la Constitución sobre el Parlamento y con la idea de la tolerancia como base de la transición y resultado de la revolución; por otro lado, el modelo francés, a partir del siglo XVIII, con rechazo de las Leyes monárquicas y con el fundamento de los derechos vinculado a la razón, sin apoyo de convicciones religiosas ni tradicionales; y, por último, el modelo americano, mixto, como un matiz de la tradición inglesa y francesa, que pasará de los derechos históricos de las colonias a los derechos naturales previos a cualquier orden social, a causa de la influencia del iusnaturalismo racionalista. Vid. TALAVERA, P., «Historia de su nacimiento», en MEGÍAS QUIRÓS, J. J. (Coord.), *Manual de derechos humanos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 75-76. También APARISI MIRALLES, A., «Los derechos humanos en la Declaración de Independencia americana de 1776» en BALLESTEROS, J. (Ed.), *Derechos humanos: concepto, fundamentos*,

que alcanzaron su auténtica culminación con la proclamación solemne en Francia de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁷⁹.

En términos muy simplificados puede decirse que, aunque teóricamente los derechos naturales eran válidos para todos dentro de los territorios proclamados, en realidad eran incipientes, elitistas y desigualitarios⁸⁰. Las ideas que sostenían a los movimientos liberales se centraban en la inclusión del entramado de valores tales como la propiedad, libertad, igualdad jurídica y universalidad desde el ámbito privado-mercantil al ámbito público, como expresión de las necesidades de la burguesía para participar en el Estado o conformarlo.

Aun así, al margen de las condiciones por las que se regulasen, estos derechos se convirtieron en derechos subjetivos entendidos como límites al poder estatal, como derechos públicos subjetivos que garantizaban un ámbito propio de inmunidad que el poder estatal no podía traspasar o solo podía hacerlo en determinadas situaciones.

Con ello se destacan, al menos, dos cuestiones: por un lado, una fuerte vinculación entre individuo y Estado como fundamento de todo el orden jurídico-político de ese momento; y, por otro, la consolidación de la burguesía como clase social determinante. De la mano de esta correlación entre el triunfo del liberalismo político y la hegemonía social de la burguesía debe entenderse esta nueva articulación en el ejercicio del poder estatal⁸¹ que tiene como base un pacto entre las personas que deciden delegar la protección de sus derechos naturales al Estado —anteriores y superiores a este—, que justifica su actuación para defenderlos.

I.2. El intento de universalización de los derechos subjetivos

Con el final de la Segunda Guerra Mundial, el largo proceso de positivación en diferentes territorios quedaba marcado por la internacionalización de los derechos de los individuos. A través de la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH), se materializaba un intento de afrontar la gran catástrofe humanitaria y alcanzar una protección integral y generalizada común para todos los pueblos y naciones⁸². Este documento recogía un conjunto de principios en los que se consagraron unos derechos y libertades

sujetos, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 224-242. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos...*, cit., 1999, pp. 146-154.

⁷⁹ También la Declaración de los derechos del hombre, en Estados Unidos de 1776. Vid. TALAVERA, P., cit., 2006, p. 71.

⁸⁰ PECES-BARBA señala que sin ese robusto poder del Estado absoluto no hubiera aparecido tan nítida la primera función que se atribuye a los derechos: limitar el poder del Estado. Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Tránsito a la modernidad...», cit., 1998, pp. 16-22. Por otro lado, algo más importante va a surgir: la filosofía de los derechos humanos fundamentales como uno de los elementos esenciales del espíritu moderno, con vocación de remodelar desde las nuevas bases individualistas, la organización social y política (pp. 66-67).

⁸¹ Dice APARICIO PÉREZ que «la soberanía de la nación ocupa el lugar de la soberanía divina del monarca» y «se instaura la división funcional y orgánica de los tres poderes (legislativo, ejecutivo, judicial)». APARICIO, PÉREZ, M. A., «Formación y constitucionalización del Estado», en APARICIO, PÉREZ, M. A. y BARCELÒ I SERRAMALERA, M. (Coord.), *Manual de Derecho constitucional*, 2.^a ed., Atelier, Barcelona, 2012, p. 52.

⁸² Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de la ONU, del 10 de diciembre de 1948.

fundamentales del ser humano, reconocidos por dicha comunidad y fundamentados en la dignidad e igualdad del género humano. Establecía, por primera vez, unos derechos de las personas considerados fundamentales y merecedores de máxima protección en el mundo entero y para todos los seres humanos.

Aunque el de los derechos humanos es un sector del ordenamiento internacional relativamente reciente, la DUDH supuso un importante avance en el problema de su reconocimiento, pues los «derechos del hombre» dejaron de ser una cuestión de Estado para tener, a partir de entonces, un protagonismo especial en el panorama internacional⁸³. Este documento constituye el primer instrumento jurídico mundial que, proclamado con un alcance moral, ha ido legitimando progresivamente su alcance político y jurídico ante la comunidad internacional⁸⁴.

Del mismo modo, ha señalado la dirección para toda la labor ulterior en el campo de los derechos humanos y ha sentado las bases filosóficas de muchos instrumentos internacionales obligatorios, encaminados a proteger los derechos y libertades que proclama⁸⁵.

I.3. Algunas precisiones sobre el actual concepto de los derechos humanos

Actualmente, el término «derechos humanos» es uno de los más utilizados tanto en debates jurídicos, políticos, científicos o filosóficos como en discusiones entre individuos cuando se pretende hacer referencia a los derechos de todos los seres humanos ligados a esa condición humana y sobre la base de su dignidad.

⁸³ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Derechos humanos: historia, fundamento y realidad*, Egido, Zaragoza, 1997, p. 42.

⁸⁴ VILLÁN DURÁN, C., «La Declaración Universal de los Derechos Humanos en la práctica de las Naciones Unidas», en BLANC ALTEMIR, A. (Coord.), *La protección internacional de los Derechos Humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 51-61. También puede consultarse a MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Derechos humanos...*, cit., 1997, p. 42. Goza hoy de una autoridad moral, política y jurídica indiscutibles. Esta autoridad solo puede verse superada por la propia Carta de las Naciones Unidas. En la primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos en 1968 se aprobó la «Proclamación de Teherán» refrendada por más de 120 Estados. En esa oportunidad, se afirmó *inter alia* que la DUDH «enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables [...] y la declara obligatoria para la comunidad internacional». Con esta frase se subraya el carácter jurídico y vinculante emergente de la DUDH, pero no respecto de los Estados, sino respecto a la comunidad internacional organizada en el marco de las organizaciones internacionales intergubernamentales de cooperación, *vid.* GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Manual de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 80.

⁸⁵ MUELLE GÓNGORA, E., *Derechos Humanos en el derecho internacional*, Författares Bokmaskin, Suecia, 1997, p. 21.

Este es su gran mérito y valor jurídico, el mismo que no se afirma solamente cuando la norma es directamente vinculante y está organizada jurisdiccionalmente. *Vid.* LASAGABASTER HERRARTE, I., «Preámbulo: La Declaración Universal de los Derechos Humanos: un mito a preservar y repensar», en ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dir. Coord.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos: ayer, hoy y mañana*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 22-27.

La DUDH consta de treinta artículos de diferente significación que pueden encuadrarse, algunos, dentro de derechos civiles y políticos y, otros, dentro de los derechos económicos sociales y culturales, aunque la misma carece de derecho de reclamación de los particulares ante instancias internacionales ni establece ningún otro mecanismo jurídico de control.

Desde las primeras Declaraciones se arrastran algunos elementos definitorios básicos que los identifican como derechos que poseen los seres humanos en razón de su nacimiento o su pertenencia a la especie humana, es decir, como característica natural y con carácter previo a la intervención legislativa, que solo puede reconocerlos y no crearlos⁸⁶. Su inclusión en el documento internacional implica que no se les considere como meros principios morales. Todo ello reforzaría, por un lado, su aspecto moral reflejado en la idea de que las todas las personas gozan de una libertad y dignidad; y, por otro lado, su aspecto jurídico se referiría a que tal pretensión deba ser garantizada y aplicada⁸⁷.

Ahora bien, la producción de este documento a escala internacional, que ha intentado reflejar un cierto consenso, no ha significado que se tenga una concepción unánime sobre el término «derechos humanos»⁸⁸. Desde ese momento y hasta la actualidad la comunidad jurídica continúa inmersa en la ardua tarea de definirlos, encontrar su fundamento o determinar sus contenidos⁸⁹. El debate tiene un abanico de matices, aunque algunas veces podrá verse inclinada hacia una visión moralizante de los derechos humanos y otras veces, más jurídica. A pesar de las diversas aportaciones al respecto, no se ha llegado a un acuerdo sobre su concepto y se ha reconocido que poseen unos contornos amplios e imprecisos⁹⁰.

Por ejemplo, la defensa ahistórica, según la cual, se reconoce la existencia de un núcleo de derechos humanos básicos que poseen una especie de «validez eterna» para todos los seres humanos, con independencia del tiempo y del espacio. En consecuencia, aquellas normas jurídicas, debidamente promulgadas y socialmente eficaces, que son incompatibles con el núcleo de los derechos humanos básicos, son extremadamente injustas y, por tanto, no son derecho⁹¹. También, los derechos humanos representan derechos que «el hombre posee por el

⁸⁶ Esta afirmación da origen a la justificación ética de los derechos humanos. Vid. TOMÁS MALLEN, B. «La justificación de los derechos humanos», en DURÁN Y LALAGUNA, P. (Coord.), *Manual de derechos humanos*, Comares, Granada, 1993, p. 75. También, GIMBERNAT, J. A., «Consideraciones histórico-argumentativas para la fundamentación ética de los derechos humanos», en MUGUERZA, J. y PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, pp. 171-178.

⁸⁷ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Derechos humanos...*, cit., 1997, pp. 13-14. Esas dos versiones se superan a través de la concepción dualista de los derechos humanos que sostiene la existencia de un plano axiológico de los valores al servicio de la persona humana y otro que alude al plano de inserción de esos valores en normas jurídico-positivas. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos...*, cit., 1999, pp. 108-112.

⁸⁸ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10.^a ed., Tecnos, Madrid, 2010, p. 26.

⁸⁹ En ese sentido, han surgido debates, incluso, semánticos. El meollo del problema parece sostenerse, para algunos, en las dos cosas radicalmente irreconciliables que se pretenden unir. Para PECES-BARBA, por ejemplo, el uso del término «derechos humanos» resulta ambiguo porque implica dos cosas distintas y contradictorias al unir el punto de vista positivista y el iusnaturalista que en la historia del pensamiento jurídico han expresado un enfrentamiento permanente. Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones...*, cit., 2004, p. 21. En sentido contrario, RODRÍGUEZ MANCINI, al sostener que, añadir «humano» a la expresión «derecho», implica subrayar la jerarquía del derecho, mostrando su fundamento, es decir, por tratarse de atributos *del hombre*, que merece por ser tal, porque tiene naturaleza y jerarquía única, RODRÍGUEZ MANCINI, J., *Derechos fundamentales y relaciones laborales*, Astrea, Buenos Aires, 2004, pp. 9-12.

⁹⁰ PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 42-47.

⁹¹ La defensa de ALEXY se basa en unos derechos humanos ahistóricos que, aunque existentes en todos los tiempos, no son siempre reconocidos por la conciencia humana. Basa su teoría en la fórmula de Radbruch: el

mero hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por esta consagrados y garantizados»⁹².

Por otro lado, desde una definición explicativa e historicista, los «derechos humanos son un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad, la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional»⁹³. En sentido parecido, se entiende que los derechos humanos son producto de conquistas históricas en momentos determinados que materializan conceptos éticos como libertad, igualdad, dignidad. Son así expresión codificada o positivada de dichos valores que constituyen poderosos argumentos a favor de instituciones cuando estas inspiran en ellos su estructura y sus actuaciones⁹⁴.

Su principal característica está vinculada a su reconocimiento en la esfera supranacional por representar exigencias morales y reflejar ciertas necesidades de los seres humanos que deben ser cubiertas para llevar una vida digna⁹⁵. Del mismo modo, exigencias morales

derecho extremadamente injusto es no-derecho. Sobre las tesis de Alexy, véase su obra *La institucionalización de la justicia*, 2.^a ed. Ampl., Comares, Granada, 2010, p. 66, trad. SEOANE, J. A. y otros. Sobre la explicación y fundamentación de la séptima tesis, *vid.* ALEXY, R., *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, pp. 63-95, trad. VILLAR BORDA, L.

También RADBRUCH, G., «Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes», en RADBRUCH, G., SCHMIDT, E. y WELZEL, H., *Derecho injusto y Derecho nulo*, Aguilar, Madrid, 1971, trad. RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.

⁹² TRUYOL Y SERRA, A., *Los Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 11.

⁹³ Son históricos porque cambian con el tiempo y las circunstancias. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos...*, *cit.*, 2010, pp. 50-53. Para otros, los derechos fundamentales o humanos no pueden depender de criterios históricos porque cuando tales circunstancias históricas desaparecieran, los derechos también. Otra cuestión es que las circunstancias históricas y sociales delimiten de algún modo la forma externa de configurarlos. TOMÁS MALLEN, B. «La justificación...», *cit.*, 1993, pp. 71-72.

⁹⁴ En esta medida, si la legitimidad del Estado deriva de una justificación adecuada basada en esos argumentos y valores éticos, no cabe duda que esa justificación —y, por tanto, la legitimidad misma— aumentará cuanto más se emplee los derechos del hombre como fundamento. *Vid.* MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Derechos humanos...*, *cit.*, 1997, p. 40.

⁹⁵ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Derechos humanos...*, *cit.*, 1997, pp. 15-16. Por ejemplo, para algunos, el acuerdo solo alcanza a los aspectos más superficiales y, aunque las declaraciones proclamen los derechos humanos como propios al género humano y a su dignidad, no resulta claro que se entiende por dignidad o naturaleza humana. Puede consultarse sobre esto a RODRÍGUEZ PUERTO, M. J., «Algunas precisiones en torno a los derechos humanos», en MEGÍAS QUIRÓS, J. J. (Coord.), *Manual...*, *cit.*, 2006, p. 14. *Vid.* también, ARA, I., «El concepto de derechos fundamentales», en SAUCA, J. M.^a (Ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III/BOE, Madrid, 1994, pp. 147-148. Para otros, que el ser humano sea portador de dignidad quiere decir que no puede nunca transformarse en medio para conseguir un fin. Es fin en sí mismo. Es un valor en sí mismo, y no una cosa o una utilidad al servicio de otras realidades *Vid.* ROBLES, G., «Algunas precisiones en torno a los derechos humanos», en MEGÍAS QUIRÓS, J. J. (Coord.), *Manual...*, *cit.*, 2006, pp. 40-41. En cualquier caso, la dignidad es un concepto histórico propio del mundo moderno y, aunque haya estado presente antes, no se concibe la realización de esta sin el concepto de derechos fundamentales. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Tránsito a la modernidad...», *cit.*, 1998, p. 15.

recogidas en las Declaraciones internacionales que les han dotado de carácter jurídico, se han desprendido de las vaguedades que puedan tener como meros principios morales⁹⁶.

Cualquier eventual problema sobre el fundamento de los derechos humanos se convierte en uno prácticamente superfluo. Lo escrito ya goza de reconocimiento, reviste importancia y constituye un pilar básico en defensa de la persona humana. Otro será el debate sobre lo que no está escrito⁹⁷. En cualquier caso, se les reconoce como derechos universales, inalienables e imprescriptibles⁹⁸.

Con todo, como categoría ética, cultural y también histórica, los entendemos desde una concepción abierta que permite dar lugar a nuevas acepciones y desarrollos que sean adecuados en cada momento en tanto mejor satisfaga los valores morales que están detrás de ese concepto. Basados en la protección del individuo, podrán reconocerse nuevos derechos específicos que se ajusten a los avances tecnológicos, a los cambios y mayores sensibilidades sociales, sin necesidad de modificar la idea general de los derechos humanos⁹⁹.

Sin ser exhaustivos ni generalistas, diremos que encontramos importante el reconocimiento de su exigencia iusnaturalista respecto de su fundamentación, así como las técnicas de positivación y protección que dan cabida a su ejercicio. De ese modo, se hace

⁹⁶ Asimismo, su fundamentación puede asentarse en el despliegue multilateral y consciente de las necesidades humanas, que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica. Esas necesidades, como datos social e históricamente vinculados a la experiencia humana, poseen una objetividad y una universalidad que posibilitan su generalización, a través de una discusión racional y el consenso, y su concreción en postulados axiológico-materiales. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos...*, cit., 2010, p. 184. Se refuerza la idea del consenso como justificación de los derechos humanos (o fundamentales) en ARA, I., «El concepto...», cit., 1994, pp. 148-151.

⁹⁷ Puede existir un cierto acuerdo sobre la urgencia de la protección de los derechos, como de hecho lo hay; pero, al mismo tiempo, se es consciente de que su protección y realización no son posibles sin una fuerte justificación, sobre todo en los casos de los derechos sociales y de los nuevos derechos cuyas categorías son puestas continuamente en cuestión.

⁹⁸ REY PÉREZ, J., *El discurso de los derechos. Una introducción a los derechos humanos*, UPC, Madrid, 2011, p. 20.

En primer lugar, la universalidad, que implica la aceptación de que los derechos pertenecen a todos los seres humanos con independencia de cualquier contexto y que son predicables respecto de todos ellos, precisamente porque dicha adscripción se realiza al margen de cualquier circunstancia temporal, espacial, política o cultural. BLANC ALTEMIR, A., «Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los Derechos Humanos», en BLANC ALTEMIR, A. (Coord.), *La protección internacional...*, cit., 2001, pp. 15-16. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ, M.^a E., «Los derechos humanos de segunda y tercera generación», en MEGÍAS QUIRÓS, J. J. (Coord.), *Manual...*, cit., 2006, p. 117.

En segundo lugar, la indivisibilidad, que implica que los derechos humanos forman un «bloque único y no pueden ser situados uno sobre otro en una escala jerárquica». Vid. VAN BOVEN, T., «Criterios distintivos de los derechos humanos», en VASAK, K., (Ed.), *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, vol. I, Serbal/UNESCO, Barcelona, 1984, pp. 77 y 78.

En tercer lugar, la interdependencia, que pone el acento en la interrelación, común juridicidad y dependencia recíproca entre las diferentes categorías; es decir, todos ellos se interrelacionan y dependen recíprocamente unos de otros, sin que sea aceptable relegar alguno de ellos con la finalidad de conceder prioridad a otros. Vid. BLANC ALTEMIR, A., «Universalidad...», cit., p. 31.

Sobre tales notas características de los derechos humanos reconocidas por una parte generalizada de la comunidad jurídica puede consultarse a LACALLE NORIEGA, M., *La persona como sujeto de derecho*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 90.

⁹⁹ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pp. 91-93.

inevitable una cierta comunicación entre el debate jurídico y el moral¹⁰⁰ con el objetivo de que los derechos humanos sean concebidos como el resultado de la lucha constante por la dignidad humana, como su fundamento último y como principio supremo del derecho internacional de los derechos humanos, que ha de ser garantizado por los Estados¹⁰¹.

I.4. El sistema internacional de derechos humanos y sus garantías

El de los derechos humanos es un sector del ordenamiento internacional relativamente reciente. La creación de las Naciones Unidas (en adelante, la ONU), supone, sin duda, una innovación en el Derecho Internacional al proclamar (a través de la Carta de Naciones Unidas¹⁰²) con carácter general la dignidad intrínseca de todo ser humano¹⁰³. La Carta introduce por primera vez en el Derecho Internacional, la obligación de todo Estado de dar un trato digno, respetuoso con los derechos humanos, a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, con independencia de que sean nacionales o extranjeras¹⁰⁴. Es decir, supone el pilar sobre los que reposa el orden jurídico internacional.

Desde el punto de vista formal, como Tratado Internacional¹⁰⁵, la Carta impone una serie de obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos tanto a la Organización como a los Estados Miembros, y a partir de ella se despliega un sistema de garantías de protección de los derechos humanos que empuja en la dirección de la defensa de los derechos humanos internacionalmente protegidos.

Por otro lado, el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP)¹⁰⁶, que vino a respaldar las dimensiones política y jurídica de la DUDH y asegurarla como obligación convencional para los Estados partes, es supervisado por el Comité de Derechos Humanos, conformado por expertos independientes. En términos generales, los Estados parte deben cumplir con informar periódicamente sobre las medidas adoptadas destinadas a cumplir con el Pacto y los progresos en ese sentido. A partir de tales comunicaciones, el Comité realiza recomendaciones sobre la información recogida, en aras de

¹⁰⁰ DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, 4.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2013, p. 29.

¹⁰¹ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 9-10.

¹⁰² Adoptada en la Conferencia de San Francisco, que tuvo lugar entre el 25 de abril y el 16 de junio de 1945 y en la que participaron 50 Estados.

¹⁰³ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 28.

¹⁰⁴ VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Trotta, Madrid, 2002, p. 70.

¹⁰⁵ Aunque con algunas peculiaridades especiales como la necesidad de ratificación de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad para su entrada en vigor o la superioridad frente a los demás Tratados concluidos por sus Miembros. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *Las Organizaciones Internacionales*, 14.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pp. 149-157.

¹⁰⁶ Adoptado mediante Resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 23 de marzo de 1976.

expresar las preocupaciones sobre las medidas adoptadas y el cumplimiento del Pacto. Además, la figura de los informes paralelos o alternativos sirve para que organismos representantes de la sociedad civil presenten miradas críticas a los informes oficiales, informen al Comité sobre el incumplimiento de sus obligaciones o ante la falta de presentación o disposición de dichos documentos a los interesados.

Por su parte, cualquier persona, grupos u organizaciones no gubernamentales que aleguen vulneraciones de derechos humanos o que tengan conocimiento directo y fehaciente de tales vulneraciones por parte de un Estado parte puede presentar denuncias¹⁰⁷. Cualquier denuncia puede presentarse cuando se hayan agotado todos los recursos internos, salvo que dichos mecanismos se hayan alargado indebidamente, el demandante no tenga acceso o se alegue cualquier otro motivo justificado. Como paso previo, el Comité procede a decidir si dicha comunicación es o no admisible en virtud del Protocolo Facultativo del PIDCP¹⁰⁸. En caso haya sido declarada la denuncia como admisible, el examen de la cuestión podría declararse inadmisibile, en cuyo caso se archivará; o se decide que los hechos expuestos y las circunstancias ponen de manifiesto una violación del Estado parte. En este caso, se señalarán las obligaciones del Estado en relación con las obligaciones desprendidas de los derechos reconocidos, así como se instará a presentar información sobre las medidas que adopte en aras de aplicar las recomendaciones en un plazo de 180 días¹⁰⁹. Si el Estado no toma las medidas necesarias, se inician procedimientos de diálogo que continúan abiertos hasta la adopción de medidas satisfactorias.

Ahora bien, las decisiones del Comité, si bien suponen una interpretación autorizada de los Tratados, ha de tenerse en cuenta que no son jurídicamente vinculantes.

I.5. La dimensión supranacional de los derechos humanos: Europa

En Europa se han venido fortaleciendo estructuras de carácter supranacional y se han constituido proyectos políticos de primer orden que alcanzan a la búsqueda de la paz sustentada en el respeto del principio democrático y de los derechos humanos¹¹⁰. Entre otros aspectos, el proceso de regionalización ha tenido como objetivo la concreción de un mayor grado de

¹⁰⁷ Que haya reconocido la competencia del Comité para recibir y examinar las denuncias.

¹⁰⁸ De conformidad con el artículo 97 y 99 de su Reglamento.

¹⁰⁹ Puede verse el Dictamen aprobado por el Comité a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2828/2016, de fecha 4 de noviembre de 2020.

¹¹⁰ LASAGABASTER HERRARTE, I., «Los derechos humanos en la Unión Europea: derecho positivo y vigencia práctica, deseo y realidad», en ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dir.), *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 27. Puede consultarse la realidad europea, más ampliamente, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (Coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 3.^a ed., Dilex, Madrid, 2007, p. 179 y ss. También en DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos...*, cit., 2013, p. 158 y ss.

protección de derechos y de mejor adaptación a las circunstancias de dicho espacio político-territorial¹¹¹.

Comentamos los dos grandes sistemas europeos de protección de derechos humanos¹¹², creados en el seno de dos organizaciones europeas¹¹³, que coexisten de forma simultánea, que responden a distintas lógicas, aunque convergen en ciertos aspectos¹¹⁴.

I.5.A. El Consejo de Europa y el Convenio europeo de Derechos Humanos

El Consejo de Europa (en adelante, CdE) es una organización internacional europea¹¹⁵, cuya existencia e influencia resultan predominantes para los fines de este trabajo por varios motivos: el primero, porque el respeto de los derechos humanos constituye un principio básico del patrimonio común que define la «identidad europea»¹¹⁶, de la que forma parte España; el segundo, porque solo dos años después de la DUDH, el CdE aprobó el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH), con la intención de que la cota de obligatoriedad en la protección de los derechos humanos fuese más elevada¹¹⁷; y, en tercer lugar, porque de ese modo constituye un instrumento convencional de orden público europeo para la protección de los todos los seres humanos¹¹⁸.

¹¹¹ URIOS MOLINER, S., «Garantías de los derechos humanos (I). La protección internacional de los Derechos Humanos», en DURÁN Y LALAGUNA, P. (Coord.), *Manual...cit.*, 1993, p. 106.

¹¹² Para CHUECA SANCHO, afirmar la existencia de un sistema de protección de derechos humanos hace falta cinco requisitos: una Organización internacional que garantice la protección, algún o algunos tratados en los que se recojan derechos humanos, un catálogo de derechos humanos, y unos órganos y procedimientos de protección. Vid. CHUECA SANCHO, Á. G., «Mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos», en VV. AA., *Los derechos humanos, camino hacia la paz: Seminario de Investigación para la paz*, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1997, pp. 53-54.

¹¹³ Por ejemplo, para SANZ CABALLERO es más dudoso que la Unión Europea sea una organización internacional. Es un ente supranacional que carece de personalidad jurídica internacional. SANZ CABALLERO, S., «La contribución del Consejo de Europa al acervo de la Unión Europea en materia de Derechos Fundamentales: sinergias y divergencias de ambos sistemas», en FERNÁNDEZ SOLA, N. (Coord.), *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 60.

¹¹⁴ Puede consultarse sobre las sinergias y divergencias de estos dos sistemas en FERNÁNDEZ SOLA, N. (Coord.), *Unión Europea..., cit.*, 2004.

¹¹⁵ Organización internacional que tiene como objetivo principal la defensa, protección y promoción de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho. Creada el 5 de mayo de 1949, se trata de la institución de este tipo más antigua del continente y engloba a 47 naciones europeas.

¹¹⁶ Artículos 1 y 3 del Estatuto. El Consejo de Europa está formado por el Comité de Ministros —al nivel de los gobiernos— y una Asamblea Parlamentaria —de carácter consultivo— quienes se encargan de elaborar convenios y tratados que respondan al objetivo, entre otros varios, de favorecer el progreso económico y social de sus miembros (artículo 1 de su Estatuto). Vid. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *Las Organizaciones..., cit.*, 2007, p. 467. También, GARCÍA FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho del Trabajo*, Ariel, Barcelona, 1990, p. 78.

¹¹⁷ Firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. El texto del Convenio actual contiene las modificaciones hechas por las disposiciones del Protocolo n° 14 (STCE n° 194) a partir de su entrada en vigor el 1 de junio de 2010.

España firmó el Convenio el 24 de noviembre de 1977 y lo ratificó el 4 de octubre de 1979 (BOE 10 de octubre de 1979). Entró en vigor para España el 4 de octubre de 1979.

El segundo instrumento impulsado por el CdE fue la Carta Social Europea de 1961, dedicada a la tutela de los derechos sociales que cuenta con una edición revisada de 1996.

¹¹⁸ Sentencia recaída en el caso *Loizidou & Turquía*, de 23 de marzo de 1995 (STEDH). En el artículo 3 de su Estatuto se condiciona el ingreso en el CdE al reconocimiento del «imperio del derecho» y del «principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales».

El CEDH, aunque encuentra como referencia a la DUDH, posee un reconocimiento limitado respecto de aquellos derechos proclamados en este último instrumento internacional¹¹⁹. El documento europeo define y garantiza derechos fundamentales especialmente de carácter civil y político, aunque algunos se reconocen de contenido social y cultural por su carácter mayoritariamente indiscutible entre los pueblos de tradición democrática¹²⁰. La distinción primordial entre el CEDH y la DUDH podría radicar en que, en palabras textuales, esta última proclamaba los derechos y el CEDH los reconoce. En este sentido, el reconocimiento conllevaría el establecimiento de medios y sistemas de control que permitan garantizar su protección¹²¹.

En este marco, como innovación en el Derecho internacional, se dispuso una garantía colectiva de compromiso por parte de los Estados a respetar un orden objetivo de derechos de todas las personas sujetas a su jurisdicción y no solamente a los nacionales¹²², sin condiciones de reciprocidad. Además, se incluyó otro elemento inusitado: la posibilidad de que el sistema de protección de los derechos humanos se ponga en marcha a iniciativa de los sujetos individuales. Además de conocer de demandas presentadas por cualquier persona física, también puede hacerlo respecto a personas jurídicas, organizaciones no gubernamentales o grupos de particulares que se consideren víctimas de la vulneración de algún derecho reconocido en estos documentos en manos de los Estados miembros¹²³.

Como organismo con carácter jurisdiccional de control se encuentra el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH). Este Tribunal es para muchos, probablemente, un ejemplo pionero y el más acabado de jurisdicción internacional¹²⁴. Es el único órgano constitucional competente para decidir si se han violado los derechos reconocidos en el CEDH

¹¹⁹ En el Preámbulo del Convenio se hace constar el propósito de «asegurar la garantía colectiva de ciertos derechos enunciados en la Declaración Universal». Vid. MUELLE GÓNGORA, E., *Derechos Humanos...*, cit., 1997, p. 60. En ese sentido, parte de la doctrina estima que el Convenio fue elaborado para responder a una necesidad de dotar de contenido jurídico obligatorio a algunos de los derechos proclamados en la Declaración Universal. Vid. PÉREZ VERA, E., «El Consejo de Europa y los derechos humanos», en CARDONA LLORENS, J. (Coord.), *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. IV, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2001, p. 479.

¹²⁰ URIOS MOLINER, S., «Garantías de los derechos humanos...», cit., 1993, p. 109. También señala este autor que la protección de este tipo de derechos ha sido mayor «porque poseen mayor raigambre y están mejor incardinados en la sociedad europea, una sociedad de tradición liberal y burguesa que tiene sus raíces ideológicas en los postulados de la revolución francesa» (p. 108).

¹²¹ URIOS MOLINER, S., *op. cit.*, 1993, pp. 111 y 180.

¹²² Sobre el contenido y alcance de la jurisdicción pueden revisarse las sentencias en los casos *Al Jedda c. Reino Unido* o *Al Skeini c. Reino Unido*, ambas con fecha 7 de julio de 2011.

Puede verse al respecto el trabajo de CARRILLO SALCEDO, J. A., «El proceso de internacionalización de los derechos humanos. El fin del mito de la soberanía nacional (II). Plano regional: el sistema de protección instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en VV. AA., *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el Siglo XXI. Seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 47-76.

¹²³ Véase el Protocolo 11 al Convenio para la Protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, aprobado y ratificado por España (BOE nº 152, de 26 de junio de 1998).

¹²⁴ VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 2003, p. 71.

y sus Protocolos. Posee unas cualidades propiamente jurisdiccionales de independencia e imparcialidad de sus miembros, opera a partir de procedimientos desarrollados sobre la base del principio de contradicción y con el carácter vinculante de sus decisiones, una vez firmes o definitivas¹²⁵. Además, como sistema de control de novedosa trascendencia, se ha dispuesto al Comité de Ministros la tarea de velar por el cumplimiento por parte de los Estados miembros de aquellas decisiones adoptadas por el TEDH, como un auténtico mecanismo de aseguramiento de ejecución de aquellos con la supervisión y control activos de dicho Comité¹²⁶.

En lo que respecta a las obligaciones de los Estados miembros, y para lo que aquí nos resulta útil, España se encuentra obligada a acatar las sentencias definitivas del TEDH en los litigios en que sea parte¹²⁷. Asimismo, dicha obligatoriedad podrá variar en su cantidad, intensidad o inmediatez temporal y podrá diferenciarse entre una, con efectos directos, a otra, con efectos indirectos¹²⁸.

Respecto a la obligatoriedad con efectos directos, la regla indica el cumplimiento de la *restitutio in integrum*¹²⁹ y, de manera subsidiaria, la de la «satisfacción equitativa»¹³⁰. Ahora bien, aun cuando existe la obligatoriedad de acatar las decisiones del TEDH, del mismo documento se evidencia una cierta libertad de los Estados para que sean estos los que decidan las vías concretas de acatamiento en sus ordenamientos internos y esto, en cierta manera, relativiza la vinculación de los Estados a la ejecución forzosa de las decisiones de este Tribunal. Pese a ello, hay que tener presente que la imposibilidad de una ejecución forzosa no

¹²⁵ Artículo 46 del CEDH.

¹²⁶ El Comité se rige por su propio Reglamento para la supervisión y ejecución de las sentencias y acuerdos amistosos, de 10 de mayo de 2006. Sobre este tema, el Protocolo 14 ha supuesto una clarificación sobre el papel del Comité.

¹²⁷ De acuerdo a lo estipulado por el artículo 46 del CEDH.

¹²⁸ Puede consultarse sobre este asunto a QUERALT JIMÉNEZ, A., «El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH», en GARCÍA ROCA, F. J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ P. A. (Coord.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid, 2009, p. 229 y ss.

¹²⁹ La *restitutio in integrum* que deriva de las sentencias del TEDH podría, por ejemplo, demandar la revisión de la sentencia firme dictada por los tribunales de derecho interno y, para ello, la reapertura del proceso en el que se produjo la referida vulneración. Por lo que se refiere a este caso, el modelo español no prevé específicamente ninguna vía concreta para la reapertura de procedimientos judiciales. Puede consultarse sobre este tema el estudio de IRURZUN MONTORO, F., «La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una aproximación a la práctica española», en QUERALT JIMÉNEZ, A. (Ed.), *El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 131-162.

Esta situación ha llevado a optar por consolidar, en algunos casos, al recurso de amparo como vía para alcanzar algunas soluciones, desde luego, nada óptimas según DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos...*, cit., 2013, p. 164. El autor como prueba hace referencia a la STC 240/2005, de 10 de octubre. Vid. sobre el tema también a ARANGÜENA FANEGO, C., «El cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo», en GARCÍA ROCA, F. J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ P. A. (Coord.), *Integración europea...*, cit., 2009, p. 305.

¹³⁰ Esta última como orden directa de pago al Estado infractor de una satisfacción equitativa por daños materiales o morales, cuya eficacia en su ejecución ciertamente dependería de los cauces internos que se hayan establecido para este tipo de ejecución o del entorpecimiento adicional que puede suscitarse si no existe procedimiento de ejecución concreto.

implica su no obligatoriedad¹³¹. Como recurso, el TEDH ha ido introduciendo tanto en la parte considerativa como resolutive de sus sentencias indicaciones o instrucciones cada vez más concretas sobre la forma más adecuada para ejecutar las sentencias¹³².

Respecto a las decisiones que generan también efectos indirectos, la misión del TEDH trasciende a su objetivo primario de resolver casos individuales de violación de derechos y, más bien, su papel también está destinado a «*decidir las cuestiones* relativas al orden público, de interés general, marcando las normas de protección de los derechos humanos y ampliando la jurisprudencia en esta materia al conjunto de la comunidad de los Estados partes del Convenio»¹³³.

I.5.B. La Unión Europea y su Carta de derechos fundamentales

Por otro lado, desde el ámbito de la Unión Europea (en adelante, UE) también se ha dispuesto la construcción de un sistema de protección supranacional de derechos fundamentales¹³⁴.

El germen del sistema más o menos primitivo de protección de derechos fundamentales se fue gestando de forma progresiva y a través de un largo periodo de tiempo¹³⁵. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) actuaba como el motor de este avance, aunque caracterizado en un inicio por un gran silencio —quizás por considerarse que el ámbito de los derechos humanos ya se encontraba protegido suficientemente por los ordenamientos de los Estados miembros y por el recién comentado CEDH¹³⁶—. A partir de 1969, daba un giro a su

¹³¹ En CARRILLO SALCEDO, J. A., «El proceso de internacionalización...», *cit.*, 1999, p. 63. Sobre las distintas corrientes y argumentos sobre la obligatoriedad jurídica, QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2008, p. 139 y ss.

¹³² Vid. LÓPEZ GUERRA, L., «La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en LÓPEZ GUERRA, L. y SAIZ ARNAIZ, A. (Dir.), *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos*, Palestra, Lima, 2015, p. 225 y ss.

¹³³ Caso *Konstantin Markin c. Rusia*, de 22 de marzo de 2012 (STEDH Gran Sala 30078/06, ap. 89).

¹³⁴ Si partimos de los históricos Tratados constitutivos de las tres Comunidades Europeas, resultado de procesos centrados en la integración económica o política, se puede decir que no existía catálogo de derechos ni tan siquiera referencia genérica a los derechos humanos. Entiéndase a la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), con Francia, Italia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo y la Alemania Occidental, con la firma del Tratado de París en 1951. Asimismo, la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía atómica (Euratom), ambas a la firma de los Tratados de Roma, firmados en 1957. Posteriormente, se firmaría el Tratado de fusión en Bruselas, que entró en vigor el 1 de julio de 1967, dando origen a las Comunidades Europeas (CE). PASTOR RIDRUEJO explica que ciertos países, como el alemán o italiano, no aceptaban la primacía del Derecho comunitario cuando sus disposiciones entraban en conflictos con las normas constitucionales internas de derechos humanos. Vid. PASTOR RIDRUEJO, J. A., «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en GARCÍA ROCA, F. J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ P. A. (Coord.), *Integración europea...*, *cit.*, 2009, p. 4.

¹³⁵ Puede consultarse sobre el proceso a AGUDO ZAMORA, M. J., «La protección de los derechos en la Unión Europea: claves para entender la evolución histórica desde el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», *Revista de Derecho Constitucional europeo*, nº 4, 2005, pp. 373-430.

¹³⁶ UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I. y RIPOL CARULLA, S., *El Tribunal Constitucional en la encrucijada europea de los Derechos Fundamentales. Un análisis a partir del asunto Melloni y sus implicaciones*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2017, p. 56 y ss.

jurisprudencia anterior y trazaba los rasgos del sistema de protección comunitaria de derechos fundamentales, planteando la consideración de estos últimos como elementos de los principios generales de Derecho comunitario¹³⁷. Asimismo, un año después, integraba los principios constitucionales de los Estados miembros¹³⁸ y, posteriormente, en 1974, los que inspiran los documentos internacionales en los que participan esos Estados, en especial el CEDH¹³⁹.

Nos interesa rescatar que el Derecho de la Unión Europea posee en su núcleo matriz un Derecho originario, compuesto por los Tratados; y de un Derecho derivado, referido a normas adoptadas por las instituciones entre las que destacan los Reglamentos¹⁴⁰, las Directivas¹⁴¹ o las Decisiones¹⁴². Dado que los derechos fundamentales son parte integrante del orden jurídico de la UE, la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), como respuesta a la necesidad de contar con un catálogo de derechos fundamentales y de consolidar los derechos subjetivos a nivel comunitario, ha supuesto un enorme avance¹⁴³. Se trata de un documento que otorga un nivel de tutela y protección mínima, como característica generalizada de los textos de Derecho internacional, sin negar que la UE pueda adoptar legislación para garantizar la protección de los derechos definidos en la misma.

¹³⁷ Decía en la sentencia «que, interpretada de este modo, la disposición controvertida no ha revelado ningún elemento que permita cuestionar los derechos fundamentales de la persona subyacentes en los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia» (el subrayado es nuestro). Caso *Stauder c. Stadt Ulm-Sozialamt*, de 12 de noviembre de 1969 (STJCE, Asunto C-29/69, ap. 7).

¹³⁸ Se hace referencia a la validez de los derechos fundamentales en el seno del orden jurídico comunitario y la relación entre tales derechos y sus garantías nacionales. Señala la sentencia que la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad «aunque se inspire en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad». Caso *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, de 17 de diciembre de 1970 (STJCE, Asunto C-11/70, ap. 4).

¹³⁹ Caso *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Comisión de las Comunidades Europeas*, de 14 de mayo de 1974 (STJCE, Asunto C-4/73, ap. 12). Asimismo, en el caso *L. Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, de 13 de diciembre de 1979 (STJCE, Asunto C-44/79, ap. 15), reafirmandose en lo señalado en la anterior referencia jurisprudencial en los términos de «que los Tratados internacionales para la Protección de los Derechos Humanos en los cuales han sido parte o a los cuales se han adherido los Estados miembros también pueden aportar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario».

Algunos comentarios en DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos...*, cit., 2013, p. 165. Puede consultarse sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en CARRILLO SALCEDO, J. A., «La protección de los derechos humanos en las Comunidades Europeas», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1986.

¹⁴⁰ Actos aplicables directamente en todos los Estados miembros y de manera uniforme.

¹⁴¹ Actos que fijan los objetivos a alcanzar, pero dejando a los Estados miembros la elección de los medios para alcanzarlos.

¹⁴² Actos que obliga únicamente a un destinatario.

¹⁴³ Aunque su proclamación tuvo lugar el 7 de diciembre de 2000 en Niza, su valor jurídico se vio postergado. Aun así, para algunos, no pareció un documento de simple retórica vacía, sino una fuente de inspiración privilegiada a la hora de dilucidar jurisdiccionalmente la existencia y el contenido de un derecho fundamental que hubieran sido presuntamente vulnerados por un acto de una institución comunitaria. Palabras del Comisario Europeo Antonio Vitorino recogidas en REQUEJO ISIDRO, M., «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ámbito de aplicación», en RUIZ MIGUEL, C. (Coord.), *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, p. 214.

DÍEZ-PICAZO hace la aclaración respecto a la CDFUE. Precisa que la misma no fue promulgada en el mencionado Consejo Europeo de Niza y, por lo tanto, formalmente, no entró en vigor en ese momento. *Vid.* DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos...*, cit., 2013, p. 169.

En la actualidad, este documento actúa con fuerza de Derecho originario, goza del mismo valor que los Tratados y forma parte del Derecho con carácter vinculante de la UE¹⁴⁴.

Este documento recoge, además de los ya reconocidos por el CEDH, otros derechos que no han sido considerados o lo que hace es regularlos con mayor detalle¹⁴⁵. Asimismo, estos derechos tienen como titulares, como regla general, a todas las personas (aunque otros solo están reservados a los ciudadanos de la Unión), y obligan a las instituciones u órganos de la UE y a los Estados miembros cuando aplican el Derecho comunitario o cuando intentan derogarlo¹⁴⁶.

De acuerdo al principio de autonomía, la CDFUE no obliga a los Estados miembros a incorporar a los ordenamientos jurídicos internos las libertades y derechos reconocidos por ella ni obliga a establecer un recurso de reparación de los derechos vulnerados por parte de las autoridades nacionales. Más bien exige a los Estados miembros, cuando apliquen el Derecho comunitario, el respeto de los derechos y libertades fundamentales de sus titulares¹⁴⁷. Su eficacia directa (o aplicabilidad¹⁴⁸) implica la capacidad de las normas comunitarias de crear derechos y obligaciones que conciernen tanto a los Estados miembros como a los particulares, de manera uniforme y con plena eficacia desde el momento de la entrada en vigor y durante todo su periodo de validez¹⁴⁹. Respecto a la supremacía, toda norma de Derecho de la Unión Europea prevalece sobre toda norma nacional contraria a aquella en el ámbito de aplicación del

¹⁴⁴ Se puede entender que la Carta y los Tratados, ambos, tiene la misma naturaleza normativa y en algunos casos, presenta una regulación similar. Vid. LASAGABASTER HERRARTE, I., «Los derechos humanos...», *cit.*, 2014, p. 32.

¹⁴⁵ Por ejemplo, los derechos del niño (artículo 24) o los derechos de los trabajadores a la información y consulta en la empresa (artículo 27) o, con una regulación más extensa, el derecho a la protección de datos personales (artículo 8).

¹⁴⁶ DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos...*, *cit.*, 2013, pp. 170-171; FONSECA MORILLO, F., «La gestación y el contenido de la Carta de Niza», en MATIA PORTILLA, F. J. (Dir.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 87-121. MONEREO PÉREZ, J. L., *La protección...*, *cit.*, 2009, p. 243.

¹⁴⁷ UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I. y RIPOL CARULLA, S., *El Tribunal Constitucional...*, *cit.*, 2017, p. 62; DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos...*, *cit.*, 2013, pp. 171-173; DÍAZ CREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, Reus, Madrid, 2009, p. 26 y ss.

La jurisprudencia es abundante en este tema: Caso *Van Gend & Loos*, de 5 de febrero de 1963 (STJCE, Asunto C-26/62), Caso *Alfons Lütticke GmbH*, de 16 de junio de 1966 (STJCE, Asunto C-7/65), Caso *Costa*, de 15 de julio de 1964 (STJCE, Asunto C-6/64), Caso *SpA Salgoil*, de 19 de diciembre de 1968 (STJCE, Asunto 13/68), Caso *Internationale Handelsgesellschaft mbH*, de 17 de diciembre de 1970 (STJCE, Asunto C-11/70) o, el caso *Simmenthal SpA*, de 9 de marzo de 1978 (STJCE, Asunto C-106/77).

¹⁴⁸ Dice DÍAZ CREGO que ambos términos suelen entenderse como referidos a lo mismo, sin embargo, la autora precisa que ambos pueden diferenciarse, de manera que «aplicabilidad» se entiende asociada a los mecanismos a través de los cuales el Derecho comunitario se incorpora a un ordenamiento nacional convirtiéndose en «the law of the land», mientras que el término «eficacia» con las condiciones bajo las cuales los particulares pueden invocar normas comunitarias ante las jurisdicciones nacionales. En DÍAZ CREGO, M., *Protección...*, *cit.*, 2009, p. 26.

¹⁴⁹ Caso *Van Gend & Loos* (ap. 1) o el caso *Simmenthal SpA* (ap. 13-15), ya mencionados.

Derecho comunitario, incluso las constitucionales¹⁵⁰, con una prevalencia aún más latente en aquellos casos en los que no se encuentre equivalente en el Derecho comunitario¹⁵¹.

El órgano jurisdiccional que tiene la misión de interpretar, aplicar o hacer cumplir el Derecho comunitario se encuentra a cargo del ahora denominado Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), como instancia jurisdiccional *ratione materiae*, con tareas de control eminentemente normativo¹⁵². Sus sentencias poseen carácter vinculante dentro de los Estados miembros, en tanto el Tribunal actúa como el garante del ordenamiento jurídico propio, asistido y aplicado también por los sistemas jurídicos de los Estados miembros. A diferencia de la naturaleza jurídica de las sentencias del TEDH, las sentencias del TJUE son de naturaleza claramente ejecutiva y llegan, incluso, a establecer hasta la nulidad de normas por ser contrarias al Derecho comunitario. En ese sentido se desprende que la *res iudicata* de este Tribunal tendrá efectos más amplios que aquella de las sentencias del TEDH, en las que se limitan más al caso concreto y a las partes del proceso, aunque ambas posean un carácter definitivo¹⁵³.

A partir del año 2013, en especial de las sentencias recaídas en los asuntos *Melloni* y *Akerberg Fransson*, se observa una postura del TJUE sobre los derechos fundamentales como expresión de identidad de la UE y sobre la relación entre la CDFUE y los catálogos nacionales de derechos fundamentales¹⁵⁴. Se deja claro, además, que siempre se aplicarán los derechos de la primera, por mucho margen de discreción que se deje a las autoridades nacionales para desarrollar o ejecutar las normas comunitarias, incluso si ambos niveles de protección coinciden¹⁵⁵. Desde luego, los ordenamientos nacionales sirven como puntos de referencia a partir de los cuales el TJUE elabora lo que considera como las mejores soluciones de acuerdo a las necesidades comunitarias que no coinciden, obligatoriamente, a la adoptada por la mayoría

¹⁵⁰ Caso *Costa* o Caso *Internationale Handelsgesellschaft mbH*, arriba mencionados.

¹⁵¹ Sobre este principio se han generado reticencias por parte de algunos Estados miembros aceptando parcialmente sus efectos o negándolos por completo, sobre todo en aquellos casos de normas de carácter constitucional, incluidos los derechos fundamentales. Puede encontrarse en detalle las diferentes líneas jurisprudenciales al respecto en DÍAZ CREGO, M., *op. cit.*, p. 34 y ss.

¹⁵² Lo que no se ha visto modificado a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. El TJUE tiene jurisdicción para determinar si un Estado miembro ha cumplido o no sus obligaciones en virtud de la legislación, por ejemplo, de protección de datos de la UE, y para interpretar la legislación de la UE para garantizar su aplicación efectiva y uniforme en todos los Estados miembros.

¹⁵³ Como puede observarse del artículo 44 del CEDH o de los artículos 22, 61 y 62 del Estatuto del TJUE.

¹⁵⁴ Caso *Stefano Melloni*, de 26 de febrero de 2013 (STJUE, Asunto C-399/11) y caso *Hans Åkerberg Fransson*, de 26 de febrero de 2013 (STJUE, Asunto C-617/10).

¹⁵⁵ Sobre estos casos y su incidencia en el ámbito nacional conviene revisar el trabajo que seguimos en estas líneas de ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015.

La posición del TJUE en cuanto a la protección de los derechos fundamentales ha sido, en cualquier caso, harto prudente y parece haber optado por conservar el pluralismo que caracteriza los ordenamientos de los Estados miembros que, pese a las diferencias existentes, sí coinciden en ciertos valores y principios fundamentales. La imposición de valores se daría en aquellos casos en los que un ordenamiento nacional se sitúa claramente por debajo de los estándares de protección que forman parte de ese consenso. Pero incluso en este caso, el TJUE se ha mostrado cauteloso y ha dejado la solución final del mismo en manos de los Tribunales nacionales. *Vid.* DÍAZ CREGO, M., *Protección...*, *cit.*, 2009, pp. 172-173.

de los Estados miembros¹⁵⁶. No obstante, en cualquier caso, se ha de tener en cuenta que la aplicación de un estándar nacional de protección no puede afectar «al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia», y que cualquier protección de un orden constitucional nacional que sea eventualmente más alta no puede poner en cuestión la primacía, unidad y efectividad del Derecho de la Unión. Esto último implicaría que el intérprete constitucional pase a ponderar las exigencias estructurales del Derecho comunitario cuando se dé el caso¹⁵⁷.

En lo que respecta al sistema de garantía de protección de derechos hay que resaltar que no existe la previsión de un recurso específico que permita a los individuos acceder ante dicho órgano¹⁵⁸. Por su parte, la importancia de la cuestión prejudicial radica en su posición como medio a través del cual se han de plantear los conflictos en materia de estos derechos subjetivos ante el TJUE¹⁵⁹. Esto último nos puede llevar a pensar que la CDFUE no ha logrado consolidarse como un auténtico documento de declaración de derechos con capacidad de protección efectiva de los derechos fundamentales que recoge, y tampoco es capaz de activar dicha protección a través de demandas individuales, tal como lo ha hecho el sistema de protección construido por el CdE¹⁶⁰.

Por último, la protección de los derechos fundamentales consagrados por la CDFUE posee sus propias reglas de juego, pero la eficacia de cada sistema no debe entenderse enfrentada a la otra. Hay que rescatar que, al menos en cuanto al contenido de los derechos, para el caso de correspondencia de derechos recogidos en ambos documentos europeos, el sentido y alcance de los consagrados por la CDFUE deberán ser los mismos a los conferidos por dicho Convenio¹⁶¹. Teniendo siempre en cuenta que ninguna de las disposiciones de aquella deba interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos también por el CEDH¹⁶². Asimismo debe recordarse que el propio

¹⁵⁶ DÍAZ CREGO, M., *op. cit.*, pp. 77-93.

¹⁵⁷ ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La tutela de los derechos...cit.*, 2015, p. 38.

¹⁵⁸ No podemos dejar de lado la figura del recurso de anulación (artículo 263 del TFUE), como cauce procesal para controlar la legalidad de la normativa comunitaria y que solo resulta accesible a los particulares cumpliendo los rigurosos requisitos previstos.

¹⁵⁹ Artículo 267 del TFUE.

¹⁶⁰ Parecería evidente que el CEDH es un texto técnicamente muy superior a la Carta y que la jurisprudencia del TEDH es de mayor calidad que la del TJUE y, en este caso, estando los Estados como partes en ambas vías, carecería de valor real el contenido de la CDFUE. Argumento sostenido por RUIZ MIGUEL, C. (Coord.), *Estudios sobre la Carta...*, *cit.*, 2004, pp. 47-51.

¹⁶¹ Sin que dicha disposición impida a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa (artículo 52 de la CDFUE).

¹⁶² Artículo 53 de la CDFUE. *Vid.* FONSECA MORILLO, F. J., «La gestación...», *cit.*, 2002, p. 102. El autor menciona que la solución adoptada en dichos artículos del Proyecto, al problema de la competencia de la Carta, fue «plenamente satisfactoria». Por otro lado, para MATIA PORTILLA, los derechos fundamentales de la UE deben tener un contenido autónomo tanto respecto de los recogidos en el CEDH como de los incluidos en los distintos catálogos constitucionales. Asimismo, el respeto de los derechos del CEDH debería ser considerado como una garantía distinta y suplementaria, *vid.* MATIA PORTILLA, F. J., «La eficacia de la Carta de Niza», *cit.*, 2002, pp. 154-156.

TJUE reconoce también a los derechos garantizados por el CEDH como parte del Derecho de la Unión en calidad de principios generales¹⁶³. Con ello se reconoce en el CEDH y en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros un pozo de inspiración que le permite al TJUE identificar y manifestar cuál ha de ser el estándar mínimo de protección de esos derechos que, sobre todo, evite conflictos entre el sistema comunitario y los sistemas nacionales¹⁶⁴.

II. EL SISTEMA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO ESPAÑOL

II.1. Cuestiones previas: la idea actual de los derechos fundamentales

El concepto actual de los derechos fundamentales no puede entenderse, ciertamente, sin las ideas extraídas de los pactos sociales de los que hicimos breves referencias en las primeras líneas de este capítulo. La historia de los primeros transcurre ligada a la historia del constitucionalismo moderno, caracterizado por la limitación al poder estatal a través de derechos subjetivos¹⁶⁵. Constitucionalismo que va hundiendo sus raíces en el modelo iusracionalista y, progresivamente, va mutando en términos de derecho positivo dentro de un Estado constitucional¹⁶⁶.

Han sido las crisis políticas, sociales y económicas suscitadas a partir del siglo XX las que van a sentar las nuevas bases en la concepción de los derechos y de propio constitucionalismo¹⁶⁷. En Europa, la Constitución alemana de Weimar de 1919, la Constitución austriaca de 1920 o la Constitución española de la Segunda República de 1931 suponían el ejemplo en la incorporación de un amplio catálogo de derechos, no solo de los clásicos derechos civiles y políticos, sino ampliados o vinculados a derechos sociales específicos, con nuevos mecanismos de garantía, convirtiéndose en expresión de un nuevo constitucionalismo «social»¹⁶⁸. Un blindaje constitucional de derechos civiles, políticos y sociales básicos, como «derechos fundamentales» que trascendía hasta la posguerra¹⁶⁹. Así, sin entrar en una narrativa histórica, podemos afirmar que el intento por la universalización de los derechos humanos ha

¹⁶³ Artículo 6 del TUE.

¹⁶⁴ Aun cuando hasta la fecha no se ha suscrito acuerdo alguno de Adhesión de la UE al CEDH. El TJUE señalaba en su Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014, sobre el Proyecto de Adhesión que venía manejándose, que tal acuerdo de adhesión de la UE al CEDH «no es compatible con el artículo 6 del TUE, apartado 2, ni con el Protocolo (nº 8) sobre el apartado 2 del artículo 6 del TUE relativo a la adhesión de la UE al CEDH. Por ello, aunque puede existir esa inspiración, todavía no forman parte del mismo sistema.

¹⁶⁵ Vid. DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos...*, cit., 2013, p. 25.

¹⁶⁶ Puede consultarse a ANGULO LÓPEZ, G., *Teoría contemporánea de los Derechos Humanos. Elementos para una reconstrucción sistémica*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 125 y ss.

¹⁶⁷ Por ejemplo, en México, la Revolución iniciada en 1910 daba como resultado la Constitución de Querétaro de 1917 que incluía, además de los clásicos derechos civiles y políticos, un amplio catálogo de derechos sociales y laborales. O en Rusia, la Revolución de Octubre en 1917, provocaría en 1918 la Declaración del pueblo trabajador y explotado.

¹⁶⁸ PISARELLO, G., «Marcos históricos...», cit., 2012, p. 583-584.

¹⁶⁹ Puede verse el caso de las Constituciones francesa de 1946, reformada en 1958, la italiana de 1947 o la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

sucedido a la par que la edificación directa de los Estados sobre la base del principio de soberanía popular y, junto con ello, el proceso de constitucionalización de los derechos¹⁷⁰.

De ahí que la idea actual de los derechos fundamentales se refiere a aquellos derechos humanos que han sido positivizados por las Constituciones de los Estados¹⁷¹. De hecho, la doctrina mayoritaria ha venido explicando su fundamentación desde una concepción antropocéntrica y iusracional de los derechos humanos, sin obviar la necesidad de reconocer su aspecto normativo¹⁷². En ese caso, los derechos fundamentales se consideran derechos naturales constitucionalizados democráticamente y son, al mismo tiempo, expresión de la

¹⁷⁰ Se ha visto una conciencia real de que la lucha por la paz exigía el desarrollo de un sistema internacional de protección de los derechos fundamentales que superase el mero reconocimiento de los mismos por parte de los Estados y que alcanzase, además, una eficacia real en su ejercicio. A su vez, en Alemania, Austria, Checoslovaquia, España, se iniciará el proceso de constitucionalización de los derechos, que acabará siendo sintetizado en la expresión derechos fundamentales. Vid. PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 12.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 191.

¹⁷¹ En ese sentido, por ejemplo, MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 165-168. GARRIDO GÓMEZ, M.ª I., «La relación entre los derechos fundamentales y el poder», *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 10, 2009, p. 6. En sentido parecido, DELGADO PINTO dice que los derechos humanos son verdaderos derechos antes de haber sido recogidos en el Texto Fundamental que estructura el orden jurídico del Estado, sin embargo, requieren de un procedimiento para distinguir las exigencias morales importantes de aquellas otras simples. DELGADO PINTO, J., «La función de los derechos humanos en un régimen democrático», en MUGUERZA, J. y PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (Coord.), *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, p. 137.

Hay quien señala que «los derechos no son éstos o aquéllos, sino el soporte o recipiente institucional que pretende traducir en requerimientos jurídicos esas exigencias morales importantes, recogiendo en cada momento el contenido de la deuda que el Estado o la colectividad tiene contraída con cada uno de sus miembros.» Vid. PRIETO SANCHÍS, L., «Nota sobre el concepto de derechos fundamentales» en SAUCA, J. M.ª (Ed.), *Problemas actuales...*, cit., 1994, pp. 183-184.

El problema de la positivación se ha planteado a nivel teórico dentro de tres posturas: la tesis iusnaturalista con doctrinas internas heterogéneas y hasta contradictorias, que han coincidido en afirmar la existencia de unos postulados de juridicidad anteriores y justificadores del derecho positivo. Para estas tesis, la positivación es la consagración normativa de esas facultades previas. Vid. BATTAGLIA, F., *Estudios de teoría del Estado*, Real Colegio de España, Bolonia, 1966, p. 175. Por otro lado, las tesis positivistas señalan que la positivación es un aspecto más de las reglas generales que presiden la creación del derecho en el ordenamiento estatal. No se trata de ratificar los postulados del derecho natural, sino de dar vida en el marco de un ordenamiento a un conjunto de normas jurídicas. Por último, las tesis realistas no otorgan al proceso de positivación un significado declarativo de derechos anteriores (iusnaturalista) ni constitutivo (positivista), sino que entienden que tal proceso supone un requisito más a tener en cuenta para el efectivo y real disfrute de tales derechos, es decir, la positivación no se considera un proceso final, sino una condición para el desarrollo de las técnicas de protección de los derechos fundamentales que son las que en definitiva definen su contenido.

La noción de derechos humanos está ligada a la Escuela de Derecho natural moderno, corriente filosófica que postuló la idea del hombre como un ser individual libre y autónomo, que antes del origen de toda sociedad y Estado posee un conjunto de derechos y libertades. Sostiene, además, que estos derechos llamados normalmente fundamentales o humanos, forman un derecho natural, al ser propios del «estado de naturaleza» del ser humano. El término derechos fundamentales aparece en Francia hacia 1770, en el movimiento político y cultural que condujo a una de las primeras Declaraciones de derechos: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Vid. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos...*, cit., 2010, p. 32. Sobre el iusnaturalismo moderno, a CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Historia breve del Derecho natural*, Colex, Madrid, 2000, p. 167 y ss.

¹⁷² ARZOZ SANTISTEBAN señala: «En el Derecho constitucional solo tiene sentido utilizar y concebir el concepto de derechos fundamentales como un concepto normativo: en dicho ámbito no es posible un criterio material de la fundamentalidad (...) la relación de los derechos fundamentales con la dignidad y la libertad de la persona humana puede explicar en el plano ideológico su fundamentalidad, pero no constituye el criterio jurídico de esta fundamentalidad». ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2014, p. 33. No estoy de acuerdo con esto

naturaleza humana y de la técnica del ser humano¹⁷³. Resultaría válido considerarlos como resultado del reconocimiento de la relevancia y positivación de los derechos humanos, un producto tanto histórico, jurídico y cultural, de la actualidad¹⁷⁴.

Con algunos matices, se hace referencia a aquellos derechos reconocidos a las personas por el mero hecho de serlo (aunque en algunos casos solo a los ciudadanos), en los ordenamientos jurídicos internos, y resultando accesorio el modo como sean regulados o protegidos¹⁷⁵. Al hilo, algunos autores entienden que, más allá del rango de reconocimiento que posean, esta categoría debe corresponderle a aquellos derechos con especial relevancia para la dignidad de la persona¹⁷⁶, mientras que otros autores enfatizan en aquellos derechos que gozan de una «especial resistencia frente a la ley», como criterio esencial para su delimitación categórica¹⁷⁷.

De ese modo, se observan dos posibles concepciones, no necesariamente incompatibles entre sí: la concepción formal que reconoce su fortaleza jurídica cuando son reconocidos a nivel constitucional; y, la concepción material que defiende la idea de que lo verdaderamente importante de los derechos es su contenido¹⁷⁸. Por supuesto, hay quienes integran la eficacia a la moral y al derecho, es decir, que resulta necesario extender la positivación de los derechos a las dimensiones de eficacia como análisis de la realidad. En este caso, los derechos fundamentales serían pretensiones morales justificadas que, a través del poder, adquieren la calidad de valores políticos dentro del ordenamiento y que, además, serían eficaces para lograr la satisfacción de su contenido¹⁷⁹.

¹⁷³ PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho...*, cit., 2010, p. 195. En sentido parecido, PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos...*, cit., 2013, p. 39, cuando señala que los derechos fundamentales son «la fase más avanzada del proceso de positivación de los derechos naturales en los textos constitucionales [...]».

¹⁷⁴ Eso explicaría la variación en los sistemas jurídicos de protección tanto en sus contenidos, como en sus formas, vid. ANGULO LÓPEZ, G., *Teoría contemporánea...*, cit., 2015, p. 160. Por otro lado, el autor remarca que, respecto de los derechos fundamentales, existe una diferencia entre la doctrina europea y la doctrina interamericana: según la primera, pese a la importante seguridad jurídica, se reconocen ciertos derechos humanos como fundamentales de acuerdo a la coyuntura política, lo que puede acarrear reducir su reconocimiento a mínimos niveles; la segunda, no prevé delimitaciones precisas que favorezcan la seguridad jurídica al no atar los alcances de los derechos a su reconocimiento específico dejando las puertas abiertas al establecimiento de estándares imposibles, muchas veces, de cumplir (pp. 157-158).

¹⁷⁵ FERRAJOLI, L., «Los derechos fundamentales», en DE CABO, A. y PISARELLO, G. (Ed.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4.^a ed., Trotta, Madrid, 2009, p. 19. Puede consultarse su obra extensa FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2002. En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos...*, cit., 2013, pp. 30-32.

¹⁷⁶ Puede consultarse a SOSA SACIO, J., «Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad», en SÁENZ DÁVALOS, L. (Coord.), *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 106. Disponible en [https://www.academia.edu/3827691/Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad](https://www.academia.edu/3827691/Derechos_constitucionales_no_enumerados_y_derecho_al_libre_desarrollo_de_la_personalidad).

¹⁷⁷ ARZO SANTISTEBAN, X., *La concretización...*, cit., 2014, p. 33.

¹⁷⁸ *Loc. cit.* Además, DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos...*, cit., 2013, pp. 30-32.

¹⁷⁹ Modelo dualista de PECES-BARBA ampliado hacia un modelo más integral de los derechos fundamentales. Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos...*, cit., 1999, pp. 108-112. Como objeción a dicha tesis, FERNÁNDEZ-GALIANO, A. y otro, *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Universitas, Madrid, 1993, pp. 447-449. Sin embargo, para PÉREZ LUÑO, la supuesta confrontación de ideas entre los dos

En todo caso, si bien se han manifestado dentro de los Estados bajo la figura de derechos subjetivos fundamentales del individuo, han constituido, junto a las normas de organización política y de sistema económico, los elementos claves del Estado de Derecho, y han cumplido un papel central en su origen y consolidación¹⁸⁰. Mientras que esos mismos modelos de Estado han podido ser capaces de contribuir a su defensa.

II.2. Los derechos fundamentales en el ámbito español

El salto hasta el Estado constitucional contemporáneo ha ido consolidando, más que el triunfo de una teoría unificada, una serie de posiciones teóricas que no corresponde desarrollar aquí, pero que también han tenido su influencia en el ámbito español¹⁸¹. Reúnen las ideas centrales que representan el cambio en los diseños y estructuras de los Estados de Derecho y que, podemos decir, vienen a respaldar el modelo jurídico-político actual¹⁸².

De entrada, se parte de una concepción de supremacía de la Constitución que «encarna un orden adjetivo de valores» y «fija contenidos materiales», que tiene como objetivo la mayor penetración de todos los derechos fundamentales en todos los sectores del ordenamiento jurídico y que fija la dirección en la que han de accionar los poderes públicos en beneficio de la protección de aquellos¹⁸³. Se subraya una vinculación ineludible entre Derecho y moral, a

autores anteriores no suponen tal cosa, ambos se refieren a categorías diferentes, *vid.* PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos...*, *cit.*, 2013, pp. 44-47.

¹⁸⁰ DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8.ª ed., Taurus, Madrid, 1991, pp. 31-42.

¹⁸¹ Se refieren a las denominadas teorías neoconstitucionalistas. *Vid.* POZZOLO, S., «Apuntes sobre “neoconstitucionalismo”», en FABRA ZAMORA, J. L., NÚÑEZ VAQUERO, A. (Coord.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, pp. 363-405. La etiqueta ha tenido mucho éxito entre quienes se reconocen como neoconstitucionalistas y los que no. Véase un avance notable especialmente en España e Italia y en varios países de Latinoamérica (Argentina o México).

¹⁸² Puede consultarse a SALAZAR UGARTE, P., «Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 34, 2011, p. 294. El autor explica las semejanzas y diferencias entre el garantismo y el neoconstitucionalismo, explicando el desarrollo más fecundo de una teoría política del primero a diferencia del segundo; BAZÁN, V., «Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión», *Revista Derecho del Estado*, nº 20, 2007, p. 122. Para AHUMADA RUIZ, en su forma más «integral» se postula como una teoría de derecho que viene a superar tanto el positivismo jurídico como el iusnaturalismo, AHUMADA RUIZ, M.ª, «Neoconstitucionalismo y constitucionalismo», en COMANDUCCI, P., AHUMADA RUIZ, M.ª, GONZÁLEZ LAGIER, D., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 90.

¹⁸³ COMANDUCCI, P., «Constitucionalización y Neoconstitucionalismo», COMANDUCCI, P., AHUMADA RUIZ, M.ª, GONZÁLEZ LAGIER, D., *Positivismo jurídico...*, *cit.*, 2009, p. 85; DE DOMINGO, T., «La teoría de la justicia del neoconstitucionalismo: los derechos fundamentales como núcleo del bien común», en MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L. y DE DOMINGO, T., *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Comares, Granada, 2011, p. 5. En sentido parecido, lo explica PINO, G., «Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos», en FERRAJOLI, L. y otros, *Un debate sobre el constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 197-225. Ciertamente, el neoconstitucionalismo como ideología deja en segundo plano la limitación del poder para pasar a primer plano la protección de los derechos fundamentales. *Vid.*, por ejemplo, AHUMADA RUIZ, M.ª, «Neoconstitucionalismo...», *cit.*, 2009, pp. 95-96. Ello parece tener sentido para que no hayan desplegado propiamente una teoría del poder, como lo menciona SALAZAR UGARTE, P., «Garantismo...», *cit.*, 2011, p. 294.

Desde luego no se encuentra exento de críticas. Por ejemplo, ATRIA dice que «[u]n nuevo fantasma recorre Europa —el fantasma del neo-constitucionalismo—. Los poderes de la cultura jurídica europea han entrado en una santa alianza no para exorcizarlo sino para defenderlo e incluso exportarlo: Jueces y abogados, académicos y

través de la incorporación de principios y valores constitucionales cuya concretización son justamente los derechos fundamentales en la Constitución¹⁸⁴. Y, tampoco se deja de lado la importancia de mecanismos de protección de los derechos fundamentales y, mejor, se reivindica la necesidad (exigencia) de que los poderes legislativo y jurisdiccional encaminen sus actividades a la «concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución»¹⁸⁵. Nos vamos a centrar ahora en estas ideas básicas y en cómo se interrelacionan con los derechos fundamentales.

II.3. La Constitución y el Estado de Derecho como punto de partida para la protección de derechos fundamentales

La Constitución de 1978 (en adelante, CE) se presenta como una auténtica norma jurídica, la norma suprema del ordenamiento¹⁸⁶. Nos interesa comentar la fórmula del artículo 1.1, que constituye al Estado como uno «social y democrático de Derecho»¹⁸⁷. Parte de la doctrina señala como desafortunada dicha fórmula que reconoce de forma conjunta a ambos adjetivos —«social» y «democrático»—, teniendo en cuenta que ambos se reconocen como adiciones a la idea medular del Estado de Derecho¹⁸⁸. Sin embargo, nos unimos a la idea de reconocerlos acertados dada su importante función configuradora¹⁸⁹.

profesores de derecho, intelectuales italianos y filósofos alemanes. [...] promete libertad e igualdad, pero pone en peligro nuestra capacidad para autogobernarnos democráticamente y el Estado de Derecho como gobierno de las leyes, y no de hombres y mujeres», ATRIA, F., «La ironía del positivismo jurídico», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 27, 2004, p. 118. FERRAJOLI, L., «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», en FERRAJOLI, L. y otros, *Un debate...*, cit., 2012, pp. 11-50, donde el autor desecha la teoría en su totalidad. BARBERIS, M., «Ferrajoli, o el neoconstitucionalismo no tomado en serio», en FERRAJOLI, L. y otros, *Un debate...*, cit., 2012, pp. 85-89, donde es más prudente que Ferrajoli respecto del neoconstitucionalismo e, incluso, prefiere a este último frente al iuspositivismo explicado por Ferrajoli en su artículo.

¹⁸⁴ Por ejemplo, VÁZQUEZ (desde la bioética) sostiene que: «[...] los principios normativos de autonomía, beneficencia, no maleficencia e igualdad, no se construyen arbitrariamente, ni se proponen dogmáticamente, sino que se levantan sobre la aceptación de un dato cierto: el reconocimiento y la exigencia de satisfacción de las necesidades básicas», en VÁZQUEZ, R., *Entre la libertad y la igualdad: introducción a la filosofía del derecho*, Trotta, Madrid, 2006, p. 66. Para COMANDUCCI el neoconstitucionalismo recoge «la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre Derecho y moral», COMANDUCCI, P., «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, nº. 16, 2002, p. 101. Por su parte, ALEXY dice que «el derecho tiene una dimensión ideal conceptualmente necesaria que conecta al derecho con una moral procedimental universalista», en ALEXY, R., «Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral», en VÁZQUEZ, R. (Coord.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona, 1998, p. 115 y ss.

¹⁸⁵ AHUMADA RUIZ, M.^a, «Neoconstitucionalismo...», cit., 2009, p. 96.

¹⁸⁶ Sobre el tema, entre otros autores, vid. DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2.^a ed., Ariel, Barcelona, 1988, p. 69 y ss.; RUBIO LLORENTE, F., «La Constitución como fuente del Derecho», en VV. AA., *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pp. 58-60.

¹⁸⁷ LUCAS VERDÚ hace mención a que la norma constituye al Estado, mas no lo funda. En ese sentido, refiere que el Estado español se fundó como Estado nacional, hace siglos y que a lo largo de la historia se ha configurado de diversos modos. Para el autor, el artículo 1.1 viene a ser la fórmula política y jurídica de la Constitución. Vid. LUCAS VERDÚ, P., «Artículo 1.º: Estado Social y Democrático de Derecho», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Preámbulo y artículos 1 a 9*, Tomo I, Edersa, Madrid, 1996, p. 98. (98-163).

¹⁸⁸ Sobre la afirmación de que la formulación del artículo 1.1 de la CE es equívoca y ambigua, vid. LUCAS VERDÚ, P., «Artículo 1.º: Estado Social...», cit., 1996, p. 113 y ss., el autor hace referencia a la opinión acertada,

Por un lado, el constituyente español ha basado la fórmula del Estado social en el compromiso de garantizar tanto el principio de Constitución económica de la sociedad como la responsabilidad del Estado como «productor de sociabilidad»¹⁹⁰. Desde este enfoque se asume como función propia del Estado la de intervenir activamente en el proceso económico-social para configurar, de manera no revolucionaria, es decir sin lesionar las libertades individuales, una sociedad igualitaria¹⁹¹. De la misma forma, en materia de derechos, el intervencionismo del Estado tiene como objeto alcanzar el efectivo ejercicio de estos, a través de la corrección o disminución de las desigualdades intentando la armonización de los distintos sectores sociales¹⁹². Así, se manifiesta como Estado activo, debiendo intervenir, además, en aquellos ámbitos que impliquen contenidos sociales¹⁹³.

Por otro lado, la democracia, como calificadora de la forma de Estado, obliga a reconocer su significado desde la propia configuración de la norma constitucional. En coherencia con la etapa iniciada por el constitucionalismo en el ámbito internacional tras la Segunda Guerra Mundial, la Constitución normativa —como la española— ha tenido como su presupuesto a la democracia. Esta, a su vez, ha servido como principio informador material y estructural en el que se asienta el ordenamiento constitucional español, incluso hasta nuestros días¹⁹⁴. Por tanto,

para él, de PÉREZ LUÑO, en «Estado de Derecho y derechos fundamentales», en PÉREZ LUÑO, A. E. (Ed.), *Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema*, Universidad de Sevilla, 1979, pp. 161-162 (en nota). Sobre que la misma es absurda, ya que difícilmente se pueden encontrar dos fenómenos más «sociales» que el Estado y el Derecho, *vid.* PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho...*, *cit.*, 2010, p. 149. Se parte de la tesis expuesta en DÍAZ, E., *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, Edicusa, Madrid, 1966.

¹⁸⁹ ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentario Sistemático a la Constitución española de 1978*, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 69.

Parece que el constituyente ha decidido configurar el Estado español de esta manera como muestra del consenso de los miembros del Congreso de los Diputados, evidenciado, a su vez, en la conjunción de los viejos ideales de la tradición demoliberal y los de origen socialista. Para PECES-BARBA, encontramos en esa expresión la justificación pactista del poder como modelo de expresión de la legitimidad democrática, *vid.* PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Los valores superiores», en VV. AA., *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. I, Ministerio de Justicia-Secretaría General Técnica, Madrid, 1988, p. 23.

¹⁹⁰ PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho...*, *cit.*, 2010, p. 150. La idea hace referencia a lo sostenido por KLAUS STERN quien aseguró que el principio del Estado Social se trataba «de un equilibrio razonable entre el liberalismo excesivo y el colectivismo de procedencia socialista o comunista; para ver la cita original, *vid.* STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd.I, München, 1977, p. 692.

¹⁹¹ RUBIO LLORENTE, F., *La forma de poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 27.

Esta proyección de naturaleza social tiene sus manifestaciones a lo largo del texto constitucional. Puede encontrarse la función social de la propiedad privada, en el artículo 33.2, o ciertas referencias a la subordinación de toda la riqueza, especialmente en los artículos 128 y 131 de la CE.

¹⁹² El Estado social como representación de una profundización del ideal democrático, en BILBAO UBILLOS, J. M.ª, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 1997, p. 263.

¹⁹³ GARCÍA-ATANCE Y GARCÍA MORA, M.ª V. y otros, *Derecho Constitucional III. Derechos y Libertades*, Colex, Madrid, 2003, pp. 38-39.

Según el TC: «La interpenetración entre Estado y Sociedad se traduce tanto en la participación de los ciudadanos en la organización del Estado como en una ordenación por el Estado de Entidades de carácter social en cuanto a que su actividad presenta un interés público relevante, si bien los grados de intensidad de esta ordenación y de intervención del Estado pueden ser diferentes» [STC 18/1984, de 7 de febrero (FJ 3)].

¹⁹⁴ PORRAS RAMÍREZ, J. M., *Principio democrático y función regia en la Constitución normativa*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 25.

su proyección alcanza a la totalidad del orden estatal, habiendo sido capaz de operar de distintas formas y en distintos momentos¹⁹⁵.

En un primer momento, estrechamente vinculado a la idea de soberanía, el principio democrático ha estado presente desde el momento en el que el soberano ha ejercido su poder constituyente y ha decidido¹⁹⁶, como modelo de expresión de su propia voluntad, dotarse de una Constitución y someterse a los límites que en ella se establezcan, incluso en detrimento de su propio poder¹⁹⁷.

En un segundo momento, al no haber agotado su eficacia, como referente originario al acto constituyente, aparece ya como presupuesto de la propia Constitución. Es, justamente, esa autolimitación del poder soberano del pueblo la que va a originar la democraticidad de la Constitución y va a adquirir su condición de normativa¹⁹⁸. Esta, a su vez, va a significar la única condición posible para limitar efectivamente, esto es, jurídicamente, la acción del poder¹⁹⁹. El Estado de Derecho contiene en sí mismo a la democracia que le da sentido.

Es en la tercera forma, donde se constituye como principio legitimador de la CE, que significa, para lo aquí nos interesa, el «núcleo de comprensión de todo el texto constitucional y

Sobre la Constitución española, Joaquín VALERA SUANZES dice que es una mixtura del constitucionalismo liberal, basado en el principio de soberanía nacional, con el constitucionalismo democrático, en VALERA SUANZES, J., «Algunas reflexiones sobre la soberanía popular en la Constitución española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 36, 1992, p. 100. En la teoría de KRIELE, el Estado constitucional no es sino el «liberal democrático», *vid.* KRIELE, M., *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional democrático*, DePalma, Buenos Aires, 1980, p. 470, trad. BULYGIN, E.

¹⁹⁵ Sobre un análisis más profundo y específico sobre dichos momentos puede verse, por ejemplo, ARAGÓN REYES, M., «La eficacia jurídica del principio democrático», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 24, 1988, pp. 29-31. Además, del mismo autor, «El principio democrático en la Constitución», en VV. AA., *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. II, Ministerio de Justicia-Secretaría General Técnica, Madrid, 1988. Unas líneas interesantes sobre este tema también en LEIBHOLZ, G., *Conceptos fundamentales de la política y teoría de la Constitución*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, pp. 99-163.

¹⁹⁶ Quizás en ese sentido BALAGUER CALLEJÓN hace referencia la existencia de la soberanía en el momento previo a la adopción del orden constitucional, cuando esa multiplicidad de intereses e ideologías establece de común acuerdo sus futuras reglas de convivencia, la estructuración de poder a que todos estarán sometidos. *Vid.* BALAGUER CALLEJÓN, F., «Soberanía popular y democracia en la Constitución española de 1978», *Revista de Derecho Político*, nº 27-28, 1988, p. 104.

¹⁹⁷ Dice ARAGÓN REYES que en este nivel la democracia nunca puede actuar como principio jurídico porque no hay Derecho fuera del Derecho. *Vid.* ARAGÓN REYES, M., «La eficacia jurídica...», *cit.*, 1988, p. 30.

¹⁹⁸ Es en un segundo momento cuando la democracia actúa como principio jurídico. *Vid.* PORRAS RAMÍREZ, J. M., *Principio democrático...*, *cit.*, 1995, pp. 24-25.

BALAGUER CALLEJÓN, F., «Soberanía popular...», *cit.*, 1988, p. 111. Señala el autor que «el principio democrático incluye el ejercicio del poder por la mayoría del pueblo, y a la vez, la garantía de que serán respetados los derechos de la minoría» (p. 108). Por otro lado, dice SOLÓZABAL que lo que determina el carácter democrático de la Constitución no es la previsión por la misma de instituciones de las que el pueblo participa, sino el propio origen democrático de la Constitución, en SOLÓZABAL, J. J., *Nación y Constitución. Soberanía y autonomía en la forma política española*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004, p. 220.

¹⁹⁹ ARAGÓN REYES, M., «El principio democrático...», *cit.*, 1988, pp. 835-836; PORRAS RAMÍREZ, J. M., *Principio democrático...*, *cit.*, 1995, pp. 24-24 y 35. Sobre esa tesis, la posición de RUBIO LLORENTE es determinante: por Constitución entiende «un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder». *Vid.* RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder...*, *cit.*, 1993, p. 87.

la directriz del ordenamiento en su conjunto»²⁰⁰. Irradia de contenido la estructura y organización del Estado y, de manera específica, todos los poderes; inspira el sistema de fuentes y su proyección alcanza a las normas constitucionales²⁰¹. En este escenario, la democracia no puede disociar su dimensión estructural de la material. Como principio nuclear de la CE y del ordenamiento, actúa como principio legitimador del Estado de Derecho. Asimismo, a la determinación del estatus de individuos en base a unas líneas vertebrales y directrices del orden social que deberán impulsarse en beneficio de los primeros.

El ordenamiento jurídico diseñado se identifica con el principio democrático, y la democracia se identifica fundamentalmente con la libertad de las personas en relación con las demás personas, es decir, con la libertad y la igualdad²⁰². Como se ha dicho desde la doctrina, en su consideración de principio global se puede evidenciar la interrelación con los otros elementos del modelo de Estado reconocido y la imposibilidad de «disociar los términos Estado social, democrático y de Derecho, fórmula definitoria (...) que exige, pues, una interpretación sistemática o integradora»²⁰³.

II.4. Los «valores superiores» del ordenamiento y su importancia respecto de los derechos fundamentales

Recopilando lo anterior, observamos que la caracterización global del Estado recogida por la CE reconoce una estrecha vinculación entre aquel y la sociedad, un compromiso del Estado en la configuración de las condiciones de vida. En coherencia con ello, en el orden constitucional que se abre camino no solo hay forma, sino también contenido: el ordenamiento descansa, ciertamente, sobre principios y valores²⁰⁴ que ayudan, a su vez, a articularlo. Del artículo 1.1 de la CE podemos observar que el Estado social y democrático de Derecho «propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». Podría decirse que su reconocimiento como «valores

²⁰⁰ ARAGÓN REYES, M., «La eficacia jurídica...», *cit.*, 1988, pp. 31-32. El autor lo denomina como «principio democrático en la Constitución». De este modo lógico se deben conectar el artículo 1.2 con el artículo 1.1.

²⁰¹ PORRAS RAMÍREZ, J.M., *Principio democrático...*, *cit.*, 1995, p. 29.

²⁰² Podemos decir, pues, que estamos ante un orden jurídico que se ha formado a partir de un «poder democrático caracterizado por ser expresión de la soberanía popular dentro de un marco tolerante de libertad e igualdad». DE ASÍS ROIG, R., «Sobre la libertad en el Estado social y democrático», *Sistema: revista de ciencias sociales*, nº 101, 1991, p. 87.

²⁰³ ARAGÓN REYES, M., «La eficacia jurídica...», *cit.*, 1988, pp. 32-33.

²⁰⁴ PAREJO ALFONSO, L. J., *Constitución y valores del ordenamiento*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 39-41; ARAGÓN REYES, M., «El principio democrático...», *cit.*, 1988, pp. 844 y 845. Puede consultarse, además, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Los valores...», *cit.*, 1988, pp. 30-31. Dice el autor que los valores superiores reconocidos en la CE son como «guía material del Derecho», actúan como «una guía acerca de cómo y cuándo han de usar las normas, qué alcance darlas, cómo combinarlas, cuándo otorgar precedencia a alguna de ellas, qué contenido darles o qué contenidos no se puede darles». Continúa señalando que la incorporación de los valores superiores en la CE «supone incorporar una dimensión material a la norma básica del Ordenamiento» (p. 33).

superiores» sugiere que cada uno puede encontrar vinculación con el fundamento lógico de los cimientos del Estado.

Sin profundizar en la naturaleza intrínseca que se les asigna desde diversos puntos de vista filosóficos²⁰⁵, nos gustaría centrarnos en los valores libertad y la igualdad. No porque se pretenda reducir la esencia de los valores superiores a estos dos conceptos —como hace parte de la doctrina²⁰⁶— ni porque creamos que gocen de gradación superior respecto de los otros dos²⁰⁷, sino debido a su papel fundamental en las relaciones laborales y a los derechos fundamentales que están vinculados al objeto de este trabajo.

II.4.A. Libertad e igualdad como piezas para un verdadero equilibrio

En lo referido a la igualdad, sabemos que la regla empírica que impera en la vida en sociedad es que los individuos no son nunca iguales entre sí²⁰⁸. Pero la defensa de la idea de

²⁰⁵ Aunque no puede encontrarse acuerdo en la doctrina en torno a la distinción entre valores y principios constitucionales, algunos autores han señalado ciertas diferencias entre ellos: GONZÁLEZ RIVAS, J. J., «IX Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado sobre el tema: ‘Título Preliminar de la Constitución’», en VV. AA., *Jornadas de estudio...*, vol. I, *cit.*, 1988, p. 140; SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema político de la Constitución española de 1978. Ensayo de un sistema*, 7.^a ed., Edersa, Madrid, 1993, p. 104 y ss.; DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, 2.^a ed., Ariel, Barcelona, 1989, p. 22 y ss. trad. GUASTAVINO, M.; PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos...*, *cit.*, 2010, p. 292 y ss.; LUCAS VERDÚ, P., «Artículo 1.º: Estado Social...», *cit.*, 1996, p. 121; MONTORO PUERTO, M., «Anotaciones en torno a la responsabilidad de los poderes públicos», en VV. AA., *Jornadas de estudio...*, vol. I, *cit.*, 1988, p. 257; PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 97-98. El análisis doctrinal mayoritario señala que los valores son más abstractos, genéricos e indeterminados que los principios.

Incluso la jurisprudencia constitucional ha tratado ambos conceptos indistintamente [SSTC 5/1981, de 13 de febrero (FJ 7); 12/1982, de 31 de marzo (FJ 6), por ejemplo]. O ha utilizado el término «principios» para referirse a los valores superiores [SSTC 122/1983, de 16 de diciembre (FJ 4); 176/1988, de 27 de septiembre (FJ 2); 132/1989, de 18 de julio (FJ 6)].

²⁰⁶ Por ejemplo, para PECES-BARBA, lo esencial son los valores de libertad e igualdad, donde se cristaliza principalmente ese núcleo esencial de sentido», en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Los valores...», *cit.*, 1988, p. 38; o, excluyendo al pluralismo como «pleno» valor, *vid.* HERNÁNDEZ GIL, A., «Sistema de valores en la Constitución», en LÓPEZ PINA, A. (Ed.), *La Constitución de la monarquía parlamentaria*, Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 119.

Sobre pluralismo puede consultarse, DORADO FRÍAS, F., «El pluralismo político en la Constitución española», en VV. AA., *Jornadas de estudio...*, vol. I, *cit.*, 1988, p. 67 y ss.; PUY, F., «Pluralismo en CE 1987, Art.1.1.º», *cit.*, 1988, p. 365 y ss.

²⁰⁷ En el caso concreto, su posición podrá variar de suerte que unas veces alguno o algunos estarán en una gradación superior respecto de los otros, sin que por ello se vea alterada su posición en el mismo nivel. LUCAS VERDÚ, P., *Estimativa y política constitucionales*, Universidad Complutense, Madrid, 1984, p. 115, aunque ahí mismo declara la subalterneidad del pluralismo. Señala, además, que no hay que dejar de lado la idea de que «la justicia media entre libertad e igualdad y el pluralismo verifica la libertad y atempera la igualdad». También BALAGUER CALLEJÓN, M.^a L., *Igualdad y Constitución española*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 31. Puede consultarse a DORADO FRÍAS, F., «El pluralismo político...», *cit.*, 1988, p. 69, donde el autor indica que los valores superiores se encuentran «íntimamente entrelazados en una suerte de equilibrio dinámico». En el mismo sentido, DÍAZ REVORIO, F. J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 115.

²⁰⁸ *Vid.* PÉREZ LUÑO, A. E., *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 79, en referencia a FROZINI, V., «Paradosso dell'eguaglianza», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1976, p. 542. También GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI sostiene que existen grandes desigualdades entre los seres humanos y ese debe ser, además, el punto de partida para hablar de igualdad, en GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 208.

igualdad como objetivo y valor superior no ignora tal hecho comprobable²⁰⁹, sino que, a partir de ello, procura que los hombres deban ser o devengan iguales entre sí en el orden jurídico, político, social o económico²¹⁰. Incluso, partir de esa realidad sobre las múltiples desigualdades de los individuos resulta clave para concretar en la práctica la exigencia de tratar a todos por igual, con igual consideración y respeto²¹¹.

Como muestra de su concreción puede entenderse en dimensiones. De un lado, en su dimensión sustancial, material, real o efectiva, reflejada en el artículo 9.2, que evidencia una conexión entre realidad social y ordenamiento jurídico²¹², mediante un mandato dirigido a los poderes públicos que consta de dos ámbitos: por un lado, para que promuevan las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; y, además, para que remuevan los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Por otro lado, como igualdad formal o jurídica, en el artículo 14, como la clásica igualdad en o ante la ley y prohibición de la discriminación²¹³. Podríamos afirmar que la CE —concebida dentro de las coordenadas del Estado social y democrático de Derecho— refleja una concepción omnicomprendensiva de la igualdad²¹⁴ debido a que ambas dimensiones se apoyan una en la otra y se necesitan para concretarse²¹⁵, dejando sentada la imposibilidad de concebirla, de modo restrictivo, en una sola de sus dimensiones.

La conjugación de ambas dimensiones legitima ciertos tratamientos jurídicos diferenciados en función de determinadas desigualdades fácticas cuando van dirigidos a conseguir la igualdad material o real²¹⁶, a partir de «acciones positivas» que permitan la

²⁰⁹ FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987, p. 195. Dice el autor que los hombres son desiguales en características biológicas, intelectuales y morales.

²¹⁰ PÉREZ LUÑO, A. E., *Dimensiones...*, cit., 2005, p. 79, en referencia a FROZINI, V., «Paradosso...», cit., 1976, p. 542. Este último se refiere a esto como la «paradoja de la igualdad». Se puede encontrar la misma referencia en ROUSSEAU, J. J., *El contrato social*, Nuevas Escrituras, Madrid, 2000, p. 67, trad. DOPPELHEIM. Por su parte, FERRAJOLI, señala que «igualdad» es un término normativo que quiere decir que los diferentes deben ser respetados y tratados como iguales, en FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 79, trad. ANDRÉS IBÁÑEZ, P. y GREPPI, A.

²¹¹ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *Autonomía...*, cit., 2004, pp. 208-209.

²¹² HERNÁNDEZ GIL, A., *El cambio político español y la Constitución*, Planeta, Madrid, 1982, p. 489.

²¹³ ÁLVAREZ CONDE, E., «Prohibición de discriminación», en ÁLVAREZ CONDE, E., FIGUERUELO BURRIEZA, Á. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.), *Estudios interdisciplinarios sobre la igualdad*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 47-53.

²¹⁴ Ya hablaba sobre esta idea BLOCH, E., *Derecho natural y dignidad humana*, Aguilar, Madrid, 1980, p. 166 y ss., trad. GONZÁLEZ VICEN, F.

²¹⁵ PÉREZ LUÑO, A. E., *Dimensiones...*, cit., 2005, p. 37. Opiniones sobre la naturaleza jurídica del artículo 14 puede verse en GODED MIRANDA, M., «Un ensayo sobre los desiguales conceptos del principio de igualdad», en VV. AA., *Jornadas de estudio...*, vol. II, cit., 1988.

El TC ha destacado esta vinculación, por ejemplo, en: SSTC 27/1981, de 20 de julio (FJ 7); 12/2008, de 29 de enero (FJ 4); o, 40/2011, de 31 de marzo.

²¹⁶ STC 14/1983, de 28 de febrero (FJ 3). Tratamiento, incluso, «exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, por la efectividad de los valores que la Constitución consagra» [STC 34/1981, de 10 de noviembre (FJ 3)]. La conjugación de ambas dimensiones sustenta «regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de una igualdad material» [STC 98/1985, de 29 de julio (FJ 9)]. Vid. DÍAZ REVORIO, F. J., *Valores superiores...*, cit., 1997, pp. 188-199, en especial, pp. 190-191; AROZAMENA SIERRA, J., «Principio de

remoción de obstáculos²¹⁷, siempre y cuando se encuentren provistas de una justificación objetiva y razonable²¹⁸. Así, en lo que aquí interesa, se pueden justificar razonablemente ciertas ventajas del trabajador en relación con el empresario, ya que este último «parte de una genérica ventaja social y económica y de una cierta primacía en la relación jurídica» y, asimismo, explica la adopción del propio ordenamiento jurídico laboral compensador e igualitario²¹⁹ como derivación de una interpretación conjunta de los artículos 9.2 y 14, como manifestaciones del valor superior igualdad²²⁰.

En cuanto a la libertad, esta se ha entendido, sobre todo, a partir de sus dos concepciones clásicas. Por un lado, la denominada libertad negativa entendida como ausencia de coacciones, de obstáculos, interferencias, intimidaciones, constricciones, para realizar o no una acción²²¹. Con más precisión, desde el punto de vista jurídico-político, «para actuar de determinada manera cuando no existe norma jurídica alguna que prohíba hacerlo, o bien no existe norma que obligue a actuar de otro modo, o, todavía, existe una norma que permita explícitamente actuar de este modo»²²². Por otro lado, la libertad positiva se ha entendido como posibilidad de orientar la voluntad hacia un propio objetivo, de autorrealización, de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros²²³. Mientras que la primera se ha entendido en relación con la esfera de las acciones, la otra se ha relacionado con la esfera de la voluntad, de la «autonomía» o «autodeterminación»²²⁴.

En un principio, podría entenderse que un individuo que se encuentra sujeto a determinadas normas no puede considerarse libre, sin embargo, idealmente, en democracia las

igualdad y derechos fundamentales», en VV. AA., *XI Jornadas de estudio. El principio de Igualdad en la Constitución española*, vol. I, Ministerio de Justicia-Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pp. 423-426.

²¹⁷ÁLVAREZ CONDE, E., «Prohibición...», *cit.*, 2009, p. 43. Además, BALAGUER CALLEJÓN, M.^a L., *Igualdad y Constitución...*, *cit.*, 2010, p. 33 y ss.

²¹⁸STC 22/1981, de 2 de julio. Además, ÁLVAREZ CONDE, E., «Prohibición...», *cit.*, 2009, p. 42; o, BALAGUER CALLEJÓN, M.^a L., *Igualdad y Constitución...*, *cit.*, 2010, p. 77 y ss.

²¹⁹Además, SSTC 125/1995, de 24 de julio (FJ 7); 46/1983, de 27 de mayo (FJ 7), 109/1983, de 29 de noviembre (FJ 3), 114/1983, de 6 de diciembre (FJ 2) o 20/1984, de 13 de febrero (FJ 2). Interesante la STC 12/2008, de 29 de enero, en la que parece darse un giro fundamentando la decisión en el artículo 9.2. y no en el artículo 14.

²²⁰Por ejemplo, STC 216/1991, de 14 de noviembre (FJ 5).

²²¹Libertad es «ausencia de impedimentos externos», en HOBBS, T., *Leviatán*, 2.^a ed., Editora Nacional, Madrid, 1983, p. 227, trad. ESCOHOTADO, A.

²²²LAPORTA, F. J., «Sobre el uso del término ‘libertad’ en el lenguaje político», *Sistema: revista de ciencias sociales*, n.º 52, 1983, p. 25. Vid. ALEXANDER, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2001, pp. 202-203 (ver nota 104), trad. GARZÓN VALDÉS, E., que sostiene que, aunque una conducta no se encuentre regulada, se entiende que estamos frente a una libertad jurídica la que se debe aplicar el principio general del derecho, según el cual «lo que no está prohibido, está permitido».

²²³BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1993, p. 97 y ss., trad. ARAGÓN RINCÓN, P. También puede consultarse: BOBBIO, N., *Estudios de Historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci*, Debate, Madrid, 1985, p. 197, trad. BAYÓN, J. C. Ha utilizado, posteriormente, la misma nomenclatura, BERLÍN, I., *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 2003, p. 220 y ss., cuyo reduccionismo liberal, implica la consideración de esta libertad como la más correcta. Por otro lado, interesante artículo que presenta las diferentes concepciones de «libertad» y su análisis sobre ellas, en LAPORTA, F. J., «Sobre el uso del término ‘libertad’...», *cit.*, 1983, pp. 23-44. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores...*, *cit.*, 1984, p. 128 y ss., también hacer referencia a tal libertad.

²²⁴BOBBIO, N., *Igualdad...*, *cit.*, 1993, p. 102. También, BERLÍN, I., *Cuatro ensayos...*, *cit.*, 1996, pp. 201-202.

normas han sido promulgadas sin dominación de ninguna voluntad y de acuerdo con la confianza depositada en el legislador. Por lo que la idea de libertad positiva se considera como «una secuencia de conductas posibles no interferidas por normas», es decir, en amplia medida, como el reconocimiento de una serie de libertades negativas²²⁵. Ya se decía que «ser libres social o políticamente significa, ciertamente, estar sujetos a un Ordenamiento normativo, significa libertad subordinada a la ley social. Pero significa estar sujetos no a una voluntad ajena, sino a la propia, a un ordenamiento normativo y a una ley en cuyo establecimiento el sujeto participa»²²⁶. Con todo, la concepción constitucional de libertad no se circunscribe únicamente a una de las dimensiones acotadas, dado que no son en absoluto incompatibles e, incluso, se refuerzan la una a la otra y se exceden a ellas²²⁷.

La CE pone de manifiesto una concepción constitucional recogida también en el artículo 9.2 de la CE que, junto con la igualdad, involucra a la libertad. Libertad como autonomía, entendida como la posibilidad de actuación de los individuos para autodeterminarse sin interferencia estatal ni injerencias de terceras personas, pero sin que estos comportamientos atenten contra los bienes de terceras personas o pongan en peligro la autonomía de estas²²⁸. Pero también libertad participativa de los ciudadanos en la organización de poder estatal como expresión del sistema político democrático del Estado, exige el respeto a la libertad. O libertad real que recoge la intervención positiva del Estado para remover los obstáculos y posibilitar el poder hacer lo que se quiera.

Cualquier idea de libertad no puede considerarse absoluta²²⁹. En el modelo de Estado social y democrático de Derecho, ambas, la igualdad y la libertad, deben poder compaginarse al ser categorías que se implican recíprocamente: la libertad ha de verse perfectamente restringida al incorporar contenidos de igualdad con el objeto de alcanzar el proyecto vital del

²²⁵ LAPORTA, F. J., «Sobre el uso del término ‘libertad’...», *cit.*, 1983, p. 37.

²²⁶ KELSEN, H., *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988, p. 231, selección y presentación RUIZ MANERO, J. Además, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores...cit.*, 1984, pp. 134-135.

²²⁷ DÍAZ REVORIO, F. J., *Valores superiores...*, *cit.*, 1997, pp. 200-201.

²²⁸ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *Autonomía...*, *cit.*, 2004, p. 373. Además, NINO, C. S., *Ética y derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984, p. 133 y ss., en especial, p. 135.

La protección del ámbito privado del individuo ocupa un lugar importante, incluso primordial en el ordenamiento. Funcionan las de Kant cuando dice que la libertad de cada uno ha de ser compatible con la libertad de los demás y que el uso de la libertad que perjudica, y finalmente destruye la libertad de otros, no está protegido. Interesantes líneas sobre esto en KRIELE, M., *Introducción a la Teoría...*, *cit.*, 1980, p. 475.

Esas exigencias podemos observarlas del contenido normativo tanto del artículo 10.1 que declara el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y la paz social así como en la elevación de ciertas libertades a la categoría máxima de derechos fundamentales de los que se hablará más adelante.

²²⁹ Ya decía LOCKE que la libertad del hombre dada por la Ley de la Naturaleza era restringida por las leyes de la sociedad para que esta última exista y subsista, *vid.* LOCKE, J., *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid, 1969, pp. 63-65, trad. LÁZARO ROS, A.

El reproche a una concepción general de libertad fue hecha por HÄBERLE en referencia a la Constitución alemana y que ha sido compartido respecto de la Constitución española en PAREJO ALFONSO, L. J., «Constitución y valores del ordenamiento», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (Coord.), *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. I, Civitas, Madrid, 1991, pp. 110-111.

individuo entendido no solo como persona considerada individualmente, sino también como encuadrada en las relaciones sociales²³⁰.

II.4.B. La eficacia jurídica de los valores en el contexto del modelo de Estado de Derecho

Desde su procedencia axiológica, los valores incorporados a la CE suponen una autoexigencia de este modelo de Estado a cumplir con estos fines jurídico-morales desde su propio ordenamiento²³¹. Su inclusión en la CE supone así su positivación y la consiguiente elevación del enunciado normativo a la categoría de norma jurídica²³². Se trata de fines en sí mismos positivizados que actúan como base entera del ordenamiento al que dotan de sentido propio²³³. A su vez, al encontrarse encajados en su estructura, el sistema contribuye a darles sentido²³⁴. Además, de manera especial, desarrollan su función como guía y modelo ético para la interpretación²³⁵, aunque también para el desarrollo y límite del ordenamiento²³⁶.

Dicha pertenencia al sistema, en concreto al ordenamiento constitucional, además de respaldar el carácter normativo del precepto, le provee una serie de consecuencias. De forma explícita en el artículo 9.1 de la CE, impone el deber jurídico de sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos «a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», aun cuando podamos reconocer ciertas dificultades en la práctica, por lo mismo que se trata de valores. A los poderes públicos, en sentido negativo, a abstenerse de realizar actos o dictar normas que los contradigan, en cuyo caso la consecuencia principal podrá ser la invalidación de dichos actos o

²³⁰ DE ASÍS ROIG, R., «Sobre la libertad...», *cit.*, 1991, pp. 96-97. Este autor llama a esta tipo de libertad «social», en sentido parecido a lo sostenido por PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. en su obra *Los valores...*, *cit.*, 1984.

²³¹ HERNÁNDEZ GIL, A., *El cambio político...*, *cit.*, 1982, p. 372. La relación específica, para PECES-BARBA, se da entre Estado y ordenamiento jurídico respecto de los valores que solo pueden ser derecho si se incorporan al ordenamiento y además reciben para su realización el impulso y apoyo del poder político. *Vid.* PECES-BARBA, G. y PRIETO SANCHÍS, L., *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y Política*, Fernando Torres, Valencia, 1981, p. 30. Además, DÍAZ REVORIO, F. J., *Valores superiores...*, *cit.*, 1997, pp. 81-89. En el mismo sentido, LLAMAS CASCÓN, A., *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Universidad Carlos III/BOE, Madrid, 1993, p. 193 y ss. y 215; o, PAREJO ALFONSO, L., *Constitución y valores...*, *cit.*, 1990, p. 123 y ss.

²³² PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Los valores...», *cit.*, 1988, p. 28 y ss.; GONZÁLEZ RIVAS, J. J., «IX Jornadas de Estudio...», *cit.*, 1988, p. 139 y ss. El artículo 1.1 como norma jurídica (regla de conducta en sentido amplio y mandato), DÍAZ REVORIO, F. J., *Valores superiores...*, *cit.*, 1997, pp. 156-161. LLAMAS CASCÓN, *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Universidad Carlos III/BOE, Madrid, 1993, p. 244. Reconoce el autor tres funciones de los valores como normas secundarias: a). Reconocimiento como criterio identificador de la validez de las normas del sistema, b). orientación en la creación normativa y, c). de interpretación.

²³³ De ahí su carácter normativo, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4.^a ed., Civitas, Madrid, 2006, p. 45 y ss.

Estamos en presencia de «algo que ha de servir de norte al ordenamiento jurídico en su integridad», en MONTORO PUERTO, M., «Anotaciones...», *cit.*, 1988, p. 257.

²³⁴ *Vid.* PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Los valores...», *cit.*, 1988, p. 28.

²³⁵ DÍAZ REVORIO, F. J., *Valores superiores...*, *cit.*, 1997, p. 312. Su contenido ético, dice LUCAS VERDÚ, es superior y profundo, toda vez que el Estado de Derecho, superada su versión liberal, entraña una dimensión moral más aceptable. *Vid.* LUCAS VERDÚ, P., «Artículo 1.º: Estado Social...», *cit.*, 1996, p. 119.

²³⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Los valores...», *cit.*, 1988, p. 31. O como «guía general de todos los operadores jurídicos en la dinámica creadora y aplicadora del Derecho» (p. 22). También, MARTÍN CUBAS, J., «Garantías de los Derechos Humanos (II)», en DURÁN Y LALAGUNA, P. (Coord.), *Manual...*, *cit.*, 1993, p. 133; o LLAMAS CASCÓN, *Los valores jurídicos...*, *cit.*, 1993, p. 244.

normas; y, en sentido positivo, como mandatos de actuación orientados a hacerlos efectivos. Para los ciudadanos rige solo en sentido negativo, es decir, a abstenerse de realizar actuaciones contrarias a los mismos. Por supuesto, la rotundidad de las teorías debe verse matizada en la práctica por distintas peculiaridades tales como el grado de ambigüedad de los valores, los objetivos de alcance progresivo o los mecanismos de sanción insatisfactorios²³⁷.

Lo que ha venido a denominarse libertad igualitaria²³⁸ se presenta como uno de los objetivos que el Estado debe conseguir, no siendo suficiente con su proclamación ni su limitación estricta a actitudes pasivas protectoras del ámbito de autonomía y participación de los individuos, sino que han de realizarse acciones positivas destinadas a crear las condiciones necesarias para alcanzar esa libertad «real»²³⁹. En la consecución de esa libertad igualitaria debe visualizarse siempre como objetivo la obtención de una posición equilibrada de los individuos en la sociedad con posibilidades reales de participación en igualdad de condiciones, igualándolos en sus capacidades de ser autónomos, de ser el caso, con disposición de medios necesarios para ejercer sus facultades que les permitan diseñar y poner en práctica sus propios planes de vida²⁴⁰, objetivos que serían imposibles de alcanzar mediante una labor singular y aislada de los propios individuos²⁴¹.

Siendo que, tanto los poderes públicos como los ciudadanos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, también los segundos cumplen un papel de respeto de estos valores, de forma que sus conductas deben responder a la idea de que cada individuo «es igual a los demás en la medida en la que es libre respecto de ellos, es decir, en la medida en que no está obligado a obedecer a ningún otro; o es libre en la medida en la que, siendo igual a los demás, ninguno de ellos puede imponerle su voluntad»²⁴².

²³⁷ Por otro lado, PECES-BARBA reconoce también la vinculación para los ciudadanos, apreciándose de esa forma el carácter de norma primaria de los valores superiores y la concesión a éstos de un alto grado de eficacia jurídica, *vid.* PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores...*, *cit.*, 1984, pp. 101-102. En otro trabajo continúa diciendo que la vinculación con los poderes públicos es importante porque estos valores «necesitan para su realización el impulso y el apoyo del poder político», *vid.* PECES-BARBA, G. y PRIETO SANCHÍS, L., *La Constitución española...*, *cit.*, 1981, p. 30, argumento compartido en DÍAZ REVORIO, F. J., *Valores superiores...*, *cit.*, 1997, p. 89.

²³⁸ En DE ASÍS ROIG, R., «Sobre la libertad...», *cit.*, 1991, p. 93. Además, *vid.* NINO, C. S., *Ética...*, *cit.*, 1984, p. 187 y ss.

²³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Civitas, Madrid, 1981, pp. 57-58. Además, *vid.* DÍAZ REVORIO, F. J., *Valores superiores...*, *cit.*, 1997, pp. 201-202.

Ya en el Preámbulo de la CE proclama su voluntad de garantizar la convivencia democrática conforme a un orden económico y social justo promoviendo, asimismo, el progreso de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida.

²⁴⁰ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *Autonomía...*, *cit.*, 2004, p. 507, el autor analiza una serie de planteamientos que, a su vez, reconocen que no es suficiente proclamar con el ámbito formal de la libertad y la igualdad. Criterio parecido se encuentra en Louis Blanc, *vid.* GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *Louis Blanc y los orígenes del socialismo democrático*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1989, pp. 286-287 y p. 339 y ss. Sobre la igualdad «real» puede consultarse, VAN PARIJS, P., *Libertad real para todos: qué puede justificar el capitalismo*, Paidós, Barcelona, 1996, trad. ÁLVAREZ, J. F.

²⁴¹ DE ASÍS ROIG, R., «Sobre la libertad...», *cit.*, 1991, pp. 96-97.

²⁴² RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder...*, *cit.*, 1993, p. 141.

Aquí se pone en evidencia una cuestión adicional: la puesta en alza del valor del individuo como «uno» dentro del sistema jurídico-político. Su posición central en la norma fundamental es coherente con la idea de democracia que mantenemos —como principio jurídico y sistema político, unidos en la forma jurídica-constitucional del Estado—, y que entraña la idea de establecer una sociedad de individuos libres e iguales²⁴³. De hecho, la igualdad y la libertad como valores superiores, como metas u objetivos básicos que el sistema jurídico-político pretende alcanzar, reflejan la virtualidad del principio democrático, cuya función es la juridificación de ese ideal de libertad e igualdad de los individuos y los grupos en que se integran²⁴⁴. Una vinculación entre Estado y sociedad, con un compromiso del primero a partir de dichos elementos, pero que no deben considerarse como la única pieza clave del ordenamiento: su posición, aunque significativa, actuará como parte de un entramado mucho más complejo.

II.5. La dignidad humana como fundamento del ordenamiento constitucional

La dignidad humana se posiciona como eje alrededor del cual giran los fundamentos y los objetivos de protección de los derechos fundamentales de las personas, también en su condición de trabajadoras. En ese sentido, en las líneas siguientes recogemos las ideas relativas a la posición de la libertad e igualdad en el ordenamiento jurídico y lo enlazamos con la posición preminente que posee la dignidad dentro del mismo y su significado para la existencia de los derechos fundamentales.

II.5.A. La persona humana y su dignidad

El sentido actual de la dignidad humana se ha construido a partir de ideas y concepciones que han ido apareciendo desde la antigüedad y que han sido fruto de muchas confrontaciones intelectuales²⁴⁵. Sin que se haya llegado aún a un concepto único ni aceptado en su totalidad, ha

²⁴³ BASTIDA FREIJEDO, F. J., «La soberanía borrosa. La democracia», *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, n° 1, 1998, p. 393. Aunque con matices, ARAGÓN REYES también habla de la libertad e igualdad de los hombres. Pero lo hace como pueblo soberano de hombres libres e iguales. Continúa diciendo que ambos —la libertad e igualdad— suponen los auténticos fines, los dos valores materiales que la Constitución propugna en una relación tensa, pero necesaria. La democracia requiere de ambos porque libertad sin igualdad es solo libertad de pocos e igualdad sin libertad es libertad de ningunos, consúltese ARAGÓN REYES, M., «El principio democrático...», *cit.*, 1988, p. 845.

²⁴⁴ BASTIDA FREIJEDO, F. J., «La soberanía borrosa...», *cit.*, 1998, p. 394. Para PÉREZ LUÑO, el artículo 9.2 de la CE recoge a la igualdad como principio y no como valor superior, *vid.* PÉREZ LUÑO, A. E., «Sobre la igualdad en la Constitución española», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n° 4, 1987, p. 143.

²⁴⁵ Puede consultarse sobre la dignidad desde el pensamiento antiguo hasta la modernidad, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, 2.ª ed., Dykinson, 2003. También, BARROSO, L. R., *La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo: la construcción de un concepto jurídico a la luz de la jurisprudencia mundial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 17-29, trad. NEVARES, S.; o, McCRUDDEN, C., «Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights», *European journal of international law*, vol. 19, n° 4, 2008, pp. 656-663.

sido necesario llegar a un consenso de un contenido mínimo, comúnmente aceptado, que permita el establecimiento de una convivencia pacífica y más o menos ordenada²⁴⁶.

Así, la idea moderna de dignidad en el mundo occidental contemporáneo se ha consolidado como un valor de referencia que ha partido desde el antropocentrismo y su propia concepción del individuo con una posición central en el mundo, con ciertos rasgos que lo hacen único e irrepetible²⁴⁷ y que existen con independencia de sus méritos o capacidades, de cualesquiera otros rasgos que le caracterizan e, incluso, de sus comportamientos²⁴⁸. En términos generales, su concepción hace referencia a una idea de superioridad ontológica, a un valor intrínseco que posee el individuo y que lo distingue del resto de animales²⁴⁹.

Se ha aceptado que ese valor intrínseco del ser humano y esa superioridad pueden radicar, como dicen algunos, en que el ser humano es portador de razón²⁵⁰ y, además, posee libertad personal²⁵¹ o voluntad propia²⁵², es decir, que goza de una autonomía como postulado de esa racionalidad²⁵³; o, como han sostenido otros, en otros muchos rasgos que le hacen único y diferente del resto de seres vivos²⁵⁴. En ese sentido, el sujeto es fin en sí mismo, no un objeto

²⁴⁶ Para ello debe aceptarse una noción abierta, plástica y plural. Vid. BARROSO, L. R., *La dignidad de la persona...*, cit., 2014, p. 130 y ss.

²⁴⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de la persona...*, cit., 2003, pp. 12-13 y 65-67. El autor señala que las coordenadas en las que se encuadra el proceso de la dignidad son el antropocentrismo y la laicidad (p. 19).

²⁴⁸ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *Autonomía...*, cit., 2004, p. 421. Además, puede verse DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J., *Curso de Derecho Constitucional español*, Universidad Complutense, Madrid, 1993, p. 25; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, 3.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 37-38 y 126-127; o, BARROSO, L. R., *La dignidad de la persona...*, cit., 2014, p. 139. Con este mismo sentido se recoge la dignidad en la Constitución española, GARRIDO FALLA, F., «Artículo 10», en GARRIDO FALLA, F., (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, p. 137.

²⁴⁹ APARISI MIRALLES, A., «Fundamento y justificación de los derechos humanos», en MEGÍAS QUIRÓS, J. J. (Coord.), *Manual...*, cit., 2006, p. 164; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de la persona...*, cit., 2003, p. 68.

²⁵⁰ Afirmación Kantiana según la cual la dignidad está basada en la razón. KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las Costumbres*, Ariel, Barcelona, 1996; SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema político de la Constitución española de 1978*, 5.ª ed., Edersa, Madrid, 1987, p. 91; APARISI MIRALLES, A., «Fundamento...», cit., 2006, p. 164; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad...*, cit., 2017, p. 34 y ss.; MILLÁN PUELLES, A., *Persona humana y justicia social*, 5.ª ed., Rialph, 1982, p. 15 y ss.

²⁵¹ La dignidad es la «posibilidad de actuación moral, basada en la racionalidad y en la libertad...», MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L., «Hacia un concepto constitucional de persona», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Furió Ceriol*, nº 11-12, 1995, p. 41.

²⁵² Aquí se entiende la voluntad como el poder de optar entre distintas alternativas, vid. PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho...*, cit., 2010, p. 223.

²⁵³ La formulación Kantiana de la dignidad puede consultarse en la Segunda Sección de KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las Costumbres*, Ariel, Barcelona, 1996, en especial, p. 203 y ss. Esta es una concepción que logra conectar dignidad, libertad, autonomía y moralidad como conjunto explicativo de la dignidad humana.

Dice BARROSO que la autonomía kantiana es una «autonomía moral», es decir, aquella voluntad que no sufre influencias externas y que corresponde a la idea de libertad, vid. BARROSO, L. R., *La dignidad de la persona...*, cit., 2014, p. 148 y ss.

Para un análisis de la idea de dignidad según Kant también puede consultarse a PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de la persona...*, cit., 2003, p. 56 y ss.

²⁵⁴ A partir del Renacimiento. Puede consultarse a PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, 2.ª ed., Dykinson, 2003, p. 28 y ss.

instrumental ni un medio a través del cual obtener beneficios o al que puede asignársele un precio²⁵⁵.

Recordemos que, al hablar de la igualdad partíamos de la idea empírica de la desigualdad entre los individuos. Sin embargo, al distinguirnos todos de los demás animales, somos iguales. Entre todos los rasgos que pueden distinguirnos, de todas las diferencias que poseemos, ciertamente, existe algo que nos equipara unos con otros y ese algo es que somos portadores de una dignidad común²⁵⁶. En ese rasgo todos los individuos son iguales, todos son capaces de optar entre diferentes alternativas²⁵⁷ y determinar su propio destino²⁵⁸. Aun así, aun cuando todos tienen dignidad y denota un carácter universal y predicable respecto de todos los seres humanos, en un principio, esta debe entenderse desde un plano individual y particular, como característica del individuo desde su posición privilegiada como centro del universo²⁵⁹. Asimismo, aun como construcción filosófica que explica esa condición única e irrepetible del individuo, no puede concebirse —al menos en su origen— como un concepto ni jurídico ni político²⁶⁰.

II.5.B. Dignidad en la CE: bien jurídico fundamental

La consideración moderna de dignidad también se refleja en el diseño y construcción del modelo español²⁶¹. En el proceso de dar origen al modelo de Estado social y democrático de Derecho, la representación de varias voluntades individuales en una sola ha sido clave para establecer ese ideal de autogobierno de una sociedad de individuos libres e iguales²⁶².

La puesta en alza del individuo como fin en sí mismo supone reconocer su dignidad y, de ahí, colocarlo en el centro de la vida social y del Estado. Ciertamente, la idea de dignidad humana no es compatible con la absorción del individuo por parte del Estado que se ha

²⁵⁵ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *Autonomía...*, cit., 2004, p. 422. Aparece la idea de dignidad y de la persona como un fin gracias a Kant, vid. KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las Costumbres*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 199.

²⁵⁶ PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho...*, cit., 2010, p. 223.

²⁵⁷ Como expresión vacía de contenido puede verse, HOERSTER, N., *En defensa del positivismo jurídico*, Gedisa, Barcelona, 1992, p. 102, trad. SEÑA, J. M. Dice este autor: contenido «cuán vacía es necesariamente la fórmula del principio de dignidad humana: no es nada más y nada menos que el vehículo de una decisión moral sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de formas posibles de la limitación de la autodeterminación individual». En sentido contrario véase la opinión de APARISI MIRALLES, A., «Fundamento...», cit., 2006, p. 170.

²⁵⁸ BARROSO, L. R., *La dignidad de la persona...*, cit., 2014, p. 109.

²⁵⁹ Vid. PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho...*, cit., 2010, p. 224.

²⁶⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de la persona...*, cit., 2003, p. 67; ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, León, 1996, p. 21.

Ahora bien, estamos de acuerdo con que la dignidad humana puede considerarse un concepto multifacético, presente tanto en la religión como en la filosofía, política o en el derecho. Vid. BARROSO, L. R., *La dignidad de la persona...*, cit., 2014, p. 114.

²⁶¹ Con este mismo sentido se recoge la dignidad en la Constitución española, GARRIDO FALLA, F., «Artículo 10», cit., 1980, p. 137.

²⁶² BASTIDA FREIJEDO, F. J. y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 37.

dispuesto constituir²⁶³. De conformidad con la posición central del individuo, su concepción como fin en sí mismo y la imposibilidad de constituirse como medio para la realización de metas individuales o colectivas, el Estado existe para el individuo, y no al contrario²⁶⁴. De todos modos, en este escenario, los ciudadanos libres e iguales verán restringidas sus expectativas originales solo en la medida en que perjudique los intereses de otros, sea necesario para la convivencia en sociedad²⁶⁵, mediante decisiones adoptadas dentro de ese mismo sistema democrático²⁶⁶, sobre la base del Derecho y a través de un conjunto de derechos personalísimos donde, tanto la autonomía individual como la colectiva estén garantizadas de manera incondicionada, aunque equilibrada.

Las ideas de igualdad y libertad van de la mano del concepto de dignidad humana que forma ahora, además, la base sobre la que se erige el modelo de Estado²⁶⁷. La propia CE, en su artículo 10.1, le atribuye la calidad de «fundamento del orden político y de la paz social» y, de acuerdo al TC, se le atribuye el carácter de valor o bien jurídico fundamental, pero no como derecho²⁶⁸. El artículo posee una enunciación compleja y no solo menciona como fundamento a la dignidad de la persona, sino que recoge otros postulados y principios que han llevado a parte de la doctrina a afirmar que el constituyente en absoluto haya pretendido realzar la posición de la dignidad ni otorgarle una función como garantía constitucional²⁶⁹, incluso a afirmar que lo contrario sería no entender la propia génesis del precepto²⁷⁰.

Al contrario de lo que se ha sostenido, rescatamos que la dignidad no puede considerarse como un valor instrumental más del orden político y de la paz social²⁷¹. Aun cuando comparte

²⁶³ Esta idea en relación al *favor libertatis* puede encontrarse en SÁNCHEZ MEDINA, A., «Los derechos fundamentales en la religión, la ciencia-política y la legislación», en VV. AA, *Introducción a los derechos fundamentales. X Jornadas de estudio Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, vol. I, Ministerio de Justicia, 1988, p. 282.

²⁶⁴ Del valor intrínseco resulta tanto el postulado «antiutilitarista» como el «antiautoritaria». Vid. BARROSO, L. R., *La dignidad de la persona...*, cit., 2014, pp. 138-139.

²⁶⁵ Pueden encontrarse precisiones al respecto en BARROSO, L. R., *La dignidad de la persona...*, cit., 2014, p. 161 y ss.

Tales injerencias externas deben obedecer a justificaciones razonables. Así lo señala, por ejemplo BARRIO GALLARDO, A., *Autonomía privada y matrimonio*, Reus, Madrid, 2016, p. 5.

²⁶⁶ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *La igualdad en la diversidad. Forma de Estado y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 32.

²⁶⁷ Vid. BASTIDA FREIJEDO, F. J., «La soberanía borrosa...», cit., 1998, p. 404; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *La igualdad en la diversidad...*, cit., 2012, p. 32.

Sobre el reconocimiento jurídico de la igualdad y la libertad de todos los seres humanos a través del concepto constitucional de dignidad humana puede verse la STC 181/2000, de 29 de junio (FJ 9).

²⁶⁸ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 91 y ss. Por ejemplo, puede consultarse las SSTC 150/1991, de 4 de julio (FJ 4); 53/1985, de 11 de abril, (FJ 3); o, 337/1994, de 23 de diciembre (FJ 4).

²⁶⁹ Vid. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona...*, cit., 2005, p. 79 y ss.

²⁷⁰ Puede consultarse sobre su elaboración RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J. (colaboración de RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, I.), «Artículo 10: Derechos fundamentales de la persona», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Artículos 10 a 23*, Tomo II, Edersa, Madrid, 1997, pp. 48 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad...*, cit., 2017, p. 103 y ss.

²⁷¹ Como afirma GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona...*, cit., 2005, p. 81.

precepto con otros elementos²⁷², todos estos recaen en ella²⁷³. Por ejemplo, «los derechos inviolables» que, se dice de forma explícita, son inherentes a la persona, serán aquellos que lo son en razón de su dignidad. Esta última, como germen de estos derechos, explica que ciertas pretensiones y expectativas de autodeterminación individuales y sociales sean dotadas de máxima protección jurídica insertándolas en la norma suprema del ordenamiento jurídico y haciéndolas indisponibles a los poderes públicos²⁷⁴.

De esa forma, el reconocimiento de los derechos inherentes a la persona se encamina a posibilitar «el libre desarrollo de la personalidad» exigido por su propia dignidad. La titularidad sobre una serie de derechos de naturaleza no negociable —derechos de la personalidad— y la disposición de garantías para la protección en el ejercicio de los mismos tienen como fin garantizar la condición de sujetos con capacidad para ser autónomos y disponer de ese ámbito personal sin trasgresiones del Estado o de otros sujetos²⁷⁵. En suma, el reconocimiento y respeto de esos derechos no es sino la concreción jurídica de la dignidad de la persona como garantía de autonomía personal y colectiva y, por lo tanto, aquellos se convierten en el núcleo del sistema constitucional español²⁷⁶.

Por su parte, ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *La dignidad de la persona...*, cit., 1996, p. 66, señala que la dignidad ocupa una posición central y legitimadora —fundamental y fundamentadora— en nuestro ordenamiento jurídico.

²⁷² Sobre el precepto constitucional: GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad...*, cit., 2017, p. 107 y ss., el precepto supone la consagración de la persona y su dignidad como principio rector del Ordenamiento jurídico español. Asimismo, PAREJO ALFONSO, L. J., *Estado social y administración pública: los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1986, p. 71 ya decía que en ese precepto se condensa la filosofía y los criterios axiológicos a que responde el Ordenamiento constitucional y que sustentan el orden dogmático constitucional. En sentido parecido SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema político...*, cit., 1993, p. 92 y ss. Por su parte, GARRIDO FALLA, F., «Artículo 10», cit., 1980, p. 136, sostiene que «[l]os tres primeros son el fundamento positivo de la libertad individual; los dos últimos, en cambio, tienen un carácter negativo; constituyen cabalmente los límites a la libertad».

²⁷³ El TC le atribuye el carácter de valor o bien jurídico fundamental. Vid. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona...*, cit., 2005, p. 91 y ss. Por ejemplo, puede consultarse las SSTC 150/1991, de 4 de julio (FJ 4); 53/1985, de 11 de abril (FJ 3); o, 337/1994, de 23 de diciembre (FJ 4).

²⁷⁴ BASTIDA FREIJEDO, F. J. y otros, *Teoría general...*, cit., 2004, p. 32.

Pueden consultarse, además, SSTC 2/1982, de 29 de enero; 231/1988, de 2 de diciembre; 20/1992, de 14 de febrero y 113/1995 hacen referencia a los derechos fundamentales a igual que cierta parte de la doctrina: por ejemplo, FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 163; o, GARRIDO FALLA, F., «Artículo 10», cit., p. 137. Otros sostienen que la posición del artículo al principio del Título I hace entender que aquellos derechos inherentes a la persona no son solo aquellos referidos a la Sección Primera del Capítulo II, vid. ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *La dignidad de la persona...*, cit., 1996, p. 45.

²⁷⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad...*, cit., 2017, p. 128, dice «tan atentatorio a la dignidad de la persona sería tratar desigualmente a los hombres como hombres, como no respetar las desigualdades que constituyen proyección de su personalidad en el libre ejercicio de los derechos a ella inherentes». O en referencia a lo señalado por el TC en la sentencia 34/1981, de 10 de noviembre (FJ 3): «no tener en cuenta las distintas situaciones en que puede encontrarse la persona, que requieren un tratamiento diverso, exigido para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento».

Se basa en ese argumento ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *La dignidad de la persona...*, cit., 1996, p. 28.

Véase similar análisis en GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *Autonomía...*, cit., 2004, p. 451 y ss. En especial, p. 454.

²⁷⁶ DE ESTEBAN J. y LÓPEZ GUERRA, L., *Régimen constitucional...*, cit., 1980, p. 130; APARISI MIRALLES, A., «Fundamento y justificación...», cit., 2006, pp. 180-181; VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., *La igualdad en la diversidad...*, cit., 2012, p. 33, señala que los derechos fundamentales son las normas que expresan esa garantía de libertad e igualdad.

Luego, la referencia al «respeto a la ley y a los derechos de los demás» responde al propio proceso de génesis del orden político y constitucional y se basa, justamente, en el respeto a la dignidad ajena. Se trata, por un lado, de un deber genérico de respeto al conjunto del ordenamiento jurídico y a la propia CE, que responde al modelo de Estado democrático y social de Derecho; y, por otro, a un límite genérico consecuencia de la posición del individuo en el ordenamiento jurídico: todos poseen dignidad y se exige, por consiguiente, el mismo respeto a los derechos de los demás²⁷⁷.

En cierto modo, las ideas básicas que se recogen en el artículo 10.1 han reflejado las señas de identidad de esta concepción del individuo como poseedor de dignidad y, más bien, refuerzan y enfatizan su posición central como fundamento del orden constitucional. Este precepto jurídico —que engarza con los otros— vincula también a los poderes públicos y a los individuos, toda vez que el orden político y la paz social solo pueden fundarse en el respeto y tutela de la dignidad de la persona que implica, como se ha dicho, el respeto a sus derechos inherentes, a los derechos de los demás, a la ley y al libre desarrollo de la personalidad²⁷⁸. En ese caso, como valor prejurídico explica su preexistencia al orden constitucional y se detalla la fuerza que posee para lograr su reconocimiento convirtiéndola en un referente inicial y, a la vez, en un punto de llegada en la práctica jurídica²⁷⁹. Como fundamento jurídico-normativo de todo el edificio constitucional, en su posición primordial y relevante en la concepción del Estado y en la relación de este con los ciudadanos²⁸⁰, se reconoce conectada también con los valores superiores señalados en el artículo 1.1²⁸¹. Como fin del ordenamiento constitucional,

Consúltense también, PRIETO ÁLVAREZ, T., *La dignidad de la persona. Núcleo de moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 164.

²⁷⁷ SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema político...*, cit., 1993, pp. 92-93. Además, ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *La dignidad de la persona...*, cit., 1996, p. 53 y ss.

²⁷⁸ RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J. (colaboración de RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, I.), «Artículo 10...», cit., 1997, p. 57. También la considera «fundamento primero de toda construcción social», BALADO RUIZ-GALLEGOS, M., «En torno al concepto de derecho fundamental en la Constitución de 1978», en VV. AA., *Introducción a los derechos fundamentales...*, cit., 1988, p. 352.

²⁷⁹ Por ejemplo, la STC 53/1985, de 11 de abril, señala que la dignidad es un «valor espiritual y moral inherente a la persona»; o, la STC 120/1990, de 27 de junio, ha señalado que «...en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona (STC 53/1985), la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación de la persona se encuentre (...) constituyendo un *minimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona». Además, vid. ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *La dignidad de la persona...*, cit., 1996, p. 57; SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema político...*, cit., 1993, pp. 92-93; PACHECO ZERGA, L., *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 157.

²⁸⁰ MONEREO PÉREZ, J. L., *La protección...*, cit., 2009, pp. 10-11.

Véase concretamente la STC 126/1997, de 3 de julio (FJ 12) donde se señala que el Estado social y democrático de Derecho que configura la Constitución española se basa en la igual dignidad de todas las personas.

Sobre la relevancia y la vinculación, por ejemplo, las SSTC 170/1994, de 7 de junio (FJ 2); o, 170/1995, de 20 de noviembre (FJ 2); o, 113/1995, de 6 de julio (FJ 6).

²⁸¹ FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional...*, cit., 1992, p. 163; BALADO RUIZ-GALLEGOS, M., «En torno al concepto...», cit., 1988, p. 352.

Pueden verse diversas posiciones sobre el tema en: DÍAZ REVORIO, F. J., *Valores superiores...*, cit., 1997, p. 115 y ss., aunque rechaza su superioridad en el ordenamiento jurídico (p. 251 y ss.). BASTIDA FREIJEDO, F. J. y otros, *Teoría general...*, cit., 2004, p. 38, el autor señala que el sistema constitucional responde a una

todo el sistema se encuentra diseñado para garantizar su respeto en cada uno de los individuos²⁸². Con todas estas luces, no ha resultado indispensable la configuración de la dignidad de la persona como un derecho dentro de la CE para que estemos frente a una norma jurídica vinculante²⁸³.

Justamente, este Estado de Derecho se ha constituido —y existe para cumplir, añadiríamos— con el objetivo de garantizar la dignidad común de todos y cada uno de los individuos, es decir, la libertad de cada uno y de todos como seres humanos iguales que son²⁸⁴. Un estatus básico del individuo, por tanto, merecedor de respeto²⁸⁵: respeto de todos los demás individuos y poderes públicos a las decisiones que cada uno quiera tomar sobre su propia vida o a las diferencias que caracterizan a cada uno, pero también respeto del individuo a las metas individuales de otros seres humanos o colectivas y a las restricciones que deban hacerse de su autonomía en nombre de cierta concepción de vida buena en sociedad²⁸⁶. Se puede decir, pues, que la dignidad contiene el derecho a ser respetado por los demás y una obligación de respeto

concepción democrática que adopta como valores superiores los establecidos en el artículo 1.1 y que ese norte constitucional tiene su punto de partida en el postulado del artículo 10.1. Por su parte, LUCAS VERDÚ, P., «Artículo 1.º: Estado Social...», *cit.*, 1996, p. 106 y ss., señala que los valores superiores del artículo 1.1 redundan en beneficio de la dignidad de la persona y que han sido propugnados debido a que sirven a su protección y perfeccionamiento. HERNÁNDEZ GIL, A., *El cambio político...*, *cit.*, 1982, p. 419 y ss. GARRIDO FALLA, F., «Artículo 10», *cit.*, 1980, p. 136, dice que tienen en común que son valores anteriores a la Constitución reconocidos por esta. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J. (colaboración de RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, I.), «Artículo 10...», *cit.*, 1997, p. 57, el autor la define como una norma *clave*, un *punto de conexión*. LLAMAS CASCÓN, A., *Los valores jurídicos...*, *cit.*, 1993, p. 245, este autor señala que la dignidad aglutina la síntesis del espíritu de principios y valores recogidos en la Constitución.

Por otro lado, para algunos autores debe considerarse como principio, por ejemplo, BASILE, S., «Los ‘valores superiores’, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PREDIERI, A. (Dir.), *La Constitución española de 1978*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1981, p. 274. Como principio general del derecho, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad...*, *cit.*, 2017, p. 112 y ss. Como valor fundamental, a la vez que principio constitucional, BARROSO, L. R., *La dignidad de la persona...*, *cit.*, 2014, p. 115.

²⁸² BALADO RUIZ-GALLEGOS, M., «En torno al concepto...», *cit.*, 1988, p. 352, el autor también reconoce a la dignidad como fin del ordenamiento jurídico. También en PASCUAL LAGUNAS, E., *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 52, donde el autor afirma que la dignidad de la persona es principio y fin del ordenamiento jurídico y político que instituye la Constitución.

²⁸³ RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J. (colaboración de RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, I.), «Artículo 10...», *cit.*, 1997, p. 57.

²⁸⁴ BASTIDA FREIJEDO, F. J., «La soberanía borrosa...», *cit.*, 1998, p. 404. Ya el Tribunal Constitucional en su STC 27/1982, de 24 de mayo, afirmó expresamente la igual dignidad de todas las personas.

La juridificación del Estado supone la forma óptima de garantizar la dignidad de los seres humanos en sociedad: *vid.* VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *La igualdad en la diversidad...*, *cit.*, 2012, p. 32.

²⁸⁵ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *op. cit.*, pp. 33-34. El autor detalla lo que él considera ese «estatus básico de libertad e igualdad del ciudadano».

Sobre el respeto del ser humano como fin último de la dignidad humana, *vid.* PASCUAL LAGUNAS, E., *Configuración jurídica...*, *cit.*, 2009, pp. 28 y 29.

²⁸⁶ Se hace referencia, en este caso, a la dignidad como valor comunitario, tercer elemento junto con su valor intrínseco y la autonomía personal. La autonomía protege al individuo de «volverse solo un engranaje más de la maquinaria social». BARROSO, L. R., *La dignidad de la persona...*, *cit.*, p. 159 y ss. También, BASTIDA FREIJEDO, F. J. y otros, *Teoría general...*, *cit.*, 2004, p. 33 y ss.

Dice DÍEZ-PICAZO que «sólo se reconoce la dignidad de la persona si se la permite autorregular su marco de intereses», *vid.* DÍEZ-PICAZO, L., «La Ley y la potestad normativa privada», en LÓPEZ PINA, A., *Democracia representativa y parlamentarismo*, Servicio de Publicaciones del Senado, Madrid, 1994, p. 83. Sin la protección de la autonomía del individuo se corre el riesgo de convertirse en «una pieza fungible de una máquina monstruosa», *vid.* DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho Civil*, Gráficas Mariscal, Madrid, 1970, p. 17.

hacia todos ellos²⁸⁷, es decir, el respeto hacia las expectativas de autodisposición de la propia conducta y la de todos los individuos.

Así, la única manera de tratar a los individuos como fines en sí mismos es garantizando su dignidad y esto último implica articular el sistema jurídico-político nacional en base a su posición primordial y clave dentro de este²⁸⁸. En ese sentido, «una desatención a la dignidad de la persona, cabría decir, lesiona, debilita, subvierte el ordenamiento mismo y la paz social. Un ataque a la dignidad de uno, amenaza a la de todos. Una lesión a la dignidad del ser humano (en abstracto), es un daño *general* y particular»²⁸⁹.

De la doctrina del TC se evidencia que la eficacia de la dignidad de la persona, aunque es real no es independiente, sino que requiere en cada caso la existencia de un derecho fundamental sobre el que se pretenda protección. Así resulta evidente esa conexión entre dignidad y derechos fundamentales. En ese sentido, se ha dicho que los derechos fundamentales se conciben como «proyecciones de núcleos esenciales de la dignidad de la persona»²⁹⁰ o como «su traducción normativa»²⁹¹. Su conexión con los derechos fundamentales podrá tener un alcance o funcionalidad diferente, pero dicho alcance siempre irradiará sobre todo el ordenamiento jurídico y será a través de ellos que la dignidad encontrará el cauce para su efectividad²⁹².

La idea de dignidad es requisito imprescindible para la legitimación del ordenamiento jurídico-político como democrático²⁹³ y es, incluso, fundamento (y fin) mismo del orden constitucional²⁹⁴ y, en especial, de los derechos inherentes a la persona²⁹⁵. Estamos de acuerdo que en este sistema jurídico-político «[l]os límites entre el derecho, la moral y la política tienden a desvanecerse o, al menos, las fronteras entre esos tres clásicos campos de la "razón práctica" se hacen más fluidas: los principios y valores morales y políticos (incorporados a la

²⁸⁷ BASTIDA FREIJEDO, F. J., «La soberanía borrosa...», *cit.*, 1998, p. 415. Además, ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *La dignidad de la persona...*, *cit.*, 1996, p. 19. PASCUAL LAGUNAS, E., *Configuración jurídica...*, *cit.*, 2009, p. 28. Puede verse la STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 8).

²⁸⁸ El Tribunal Constitucional ha señalado en distintas ocasiones la interdicción de instrumentalizar a la persona. Véanse las SSTC 212/1996, de 19 de diciembre (FJ 8), sobre incompatibilidad con la dignidad de la persona en cuanto supone la patrimonialización de seres humanos; 192/2003, de 27 de octubre (FJ 7), sobre imposibilidad de considerar al trabajador como un mero factor de producción que vea reducida su libertad para desplegar su propia personalidad; 208/2013, de 16 de diciembre (FJ 3) sobre el derecho al honor como respeto a la dignidad de la persona. *Vid.* GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona...*, *cit.*, 2005, pp. 93-97.

²⁸⁹ DE CASTRO VÍTORES, G., «La consideración jurídica del ser humano en formación: notas acerca de la normativa sobre técnicas de reproducción asistida», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 1, 2001, p. 17.

²⁹⁰ STC 194/1994, de 23 de junio (FJ 4).

²⁹¹ STC 136/2006, de 8 de mayo (FJ 6).

²⁹² PRIETO ÁLVAREZ, T., *La dignidad de la persona...*, *cit.*, 2005, p. 165.

²⁹³ ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *La dignidad de la persona...*, *cit.*, 1996, p. 29, haciendo referencia a FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 39, 1993, pp. 195-247, en concreto, p. 202.

²⁹⁴ Se refuerza la idea en la STC 53/1985, de 11 de abril, (FJ 3). También LUCAS VERDÚ, P., *Estimativa...*, *cit.*, 1984, p. 109.

²⁹⁵ BARROSO, L. R., *La dignidad de la persona...*, *cit.*, 2014, p. 115.

Constitución) forman parte del Derecho [...]»²⁹⁶. Dado también el carácter de la dignidad como valor primordialmente absoluto²⁹⁷, esta no podrá ser relativizada por una ponderación de otros bienes, y, por consiguiente, los derechos fundamentales —que son su concreción— no deberían entenderse menoscabados por hacer prevalecer otros bienes o intereses. Esto porque, dada la característica del sistema advertida, «el razonamiento jurídico, a partir de esos materiales, no puede verse como un razonamiento “insular”», sino que «los elementos morales y políticos juegan también un papel, aunque eso no signifique desconocer las peculiaridades de la argumentación jurídica (judicial)»²⁹⁸. Tanto más si se pretende reivindicar que cada ser humano es un valor en sí mismo y, como tal, debería «ser respetado sin consideración a los beneficios que puedan obtenerse para terceros o para la colectividad en su conjunto»²⁹⁹.

II.6. Los derechos fundamentales en la CE

La configuración de este modelo de Estado social y democrático de Derecho se reconoce vinculada al constitucionalismo actual reflejado en esta Constitución «poblada de derechos y capaz de condicionar la legislación, la jurisprudencia, la acción de los actores políticos o las relaciones sociales»³⁰⁰. De ese modo, su esencia se encuentra en la primacía de los derechos, en su caracterización como verdaderas obligaciones estatales y en la correspondiente exigencia de su máxima tutela, dado que una de las funciones jurídicas esenciales de la Constitución normativa se entiende encaminada a garantizar ese estatus básico de dignidad de las personas.

Un modelo que define la comentada posición central de la persona dentro del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento último es la garantía de la dignidad de la persona y cuya forma óptima de cumplir con dicha función recae en el reconocimiento de ciertos derechos como «fundamentales»³⁰¹. Son los derechos fundamentales los que representan la juridificación de las exigencias o pretensiones morales, sustentadas en la satisfacción de unos bienes derivados de su naturaleza humana y dignidad intrínseca.

²⁹⁶ ATIENZA, M., «Constitucionalismo, globalización y Derecho», en VV. AA., *Globalización en el siglo XXI: retos y dilemas*, Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras, Vitoria-Gasteiz, 2009, p. 216.

²⁹⁷ MAURER, B., *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention Européenne des droits de l'homme*, La Documentation Française, Paris, 1999, pp. 112-113.

²⁹⁸ ATIENZA, M., «Constitucionalismo, globalización...», *cit.*, 2009, p. 216.

²⁹⁹ Afirmación puntual que se comparte con ROMEO CASABONA, C. M., *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 44-45.

³⁰⁰ ATIENZA, M., «Constitucionalismo, globalización...», *cit.*, 2009, p. 215.

³⁰¹ BASTIDA FREIJEDO, F. J. y otros, *Teoría general...*, *cit.*, 2004, p. 35. SOLÓZABAL ECHAVARRÍA, J., «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», *Revista de Estudios Políticos*, nº 71, 1991, p. 88. También a VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., *La igualdad en la diversidad...*, *cit.*, 2012, p. 32.

La democracia española se infiere tanto de la configuración de España como un Estado social y democrático de Derecho como de los valores propugnados por la Carta Magna, «cuyo desarrollo y concreción se encuentra en los derechos y libertades reconocidos en la Constitución», *vid.* GARCÍA-ATANCE Y GARCÍA MORA, M.^a V. y otros, *Derecho Constitucional III...*, *cit.*, 2003, p. 89.

En definitiva, la inclusión de estos derechos es el requisito mínimo para hablar del Estado social y democrático de Derecho, es decir, para garantizar la existencia y el debido funcionamiento del sistema jurídico-político que se ha optado por implantar.

II.6.A. Su caracterización a través de su fundamentalidad y su materialización en el catálogo de derechos

En principio, podría decirse que los derechos fundamentales en el ámbito español deben su característica de «fundamentales» a su proclamación como tales dentro del texto constitucional³⁰². Ahí encontramos que el Título I ha sido denominado con la rúbrica «Derechos y Deberes fundamentales»³⁰³. Al menos por cuestiones lingüísticas, parece que es este el catálogo de derechos «fundamentales» de la CE³⁰⁴, sin embargo, no conviene reducir su fundamentalidad a dicha constitucionalización. A pesar de sus rúbricas, de una primera lectura nos encontramos con una serie de preceptos que no parece que hayan seguido ningún criterio sistemático de clasificación o una razón de fundamentalidad clara que evidencie un sistema de derechos fundamentales. Más bien, se ha limitado a prescribir —con menor o mayor fortuna, con criterios jurídicos o técnicas más o menos adecuadas y distintos niveles de garantías— una declaración de derechos³⁰⁵.

³⁰² Ciertamente no podemos negar que, ante todo, los derechos fundamentales son derechos constitucionales. Vid. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos...*, cit., 1990, pp. 89 y 96-97. Idea compartida por PECES-BARBA en *Curso de derechos...*, cit., 1999, p. 358. En sentido contrario piensa CRUZ VILLALÓN, P., «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 25, 1989, p. 41, quien sostiene que «allí donde no hay Constitución...no habrá derechos fundamentales...».

³⁰³ Puede verse una esquematización de la estructura del concepto basado en su identidad, su estatus y su función, en CRUZ VILLALÓN, P., «Concepto de derecho fundamental: identidad, estatus, carácter», en SAUCA, J. M.^a (Ed.), *Problemas actuales...*, cit., 1994, pp. 159-163.

³⁰⁴ De hecho, tanto la doctrina como el TC han intentado dar luces en el proceso de conceptualización de estos derechos, pero acudiendo —en su mayoría— a un criterio nominalista a partir del propio catálogo recogido en la CE. Parte de la doctrina hace referencia a los derechos fundamentales como todos los contenidos en el Título I. Por ejemplo, consúltese a FREIXES SANJUÁN, T., *Constitución y derechos fundamentales. I-Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978*, PPU, Barcelona, 1992, p. 102. Dice la autora que estos derechos «más que designar a los derechos más importantes o con mayor garantía sobre el contenido y ejercicio de los mismos, constituyen elementos esenciales para la interpretación constitucional; que la interpretación sobre los derechos debe realizarse de forma sistemática y unitaria, teniendo en cuenta todo el sistema constitucional de derechos y en función de los valores positivizados en la Constitución; y que son cuestiones absolutamente diferentes la categoría dogmática de los derechos y el sistema de garantías constitucionales, ya que no todos los derechos han de tener necesariamente las mismas garantías...».

³⁰⁵ MARTÍN-RETORTILLO, L. y DE OTTO Y PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1992, p. 66; SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema político...*, cit., 1993, p. 127.

Quizás para evitar problemas de ejercicio que se habrían planteado en otros Estados europeos. Vid. PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos...*, cit., 2013, p. 164; FREIXES SANJUÁN, T., *Constitución y derechos...*, cit., 1992, pp. 90-91.

Criterios diversos de clasificación de los derechos fundamentales pueden verse en: SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Estudio sobre las libertades*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; LÓPEZ GUERRA, L. y otros, *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional, derechos y deberes de los ciudadanos*, 10.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J., *Curso de Derecho...*, cit., 1993; PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos...*, cit., 2013; SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema político...*, cit., 1993, p. 129.

Interesante la sugerencia de clasificación de acuerdo a su consideración como Estado social y democrático de Derecho: 1. Por su función como Estado de Derecho (Capítulo segundo, Sección 1.^a: derechos fundamentales y libertades públicas), como Estado democrático (Capítulo segundo, Sección 2.^a: derechos y deberes de los

El Capítulo primero es prueba de ello. Bajo el título de «De los españoles y los extranjeros», contiene una serie de preceptos dedicados a mayoría de edad, cuestiones de nacionalidad y relativas a los derechos que pueden gozar los extranjeros sin tener como centro de protección a su dignidad. Por su parte, el Capítulo segundo denominado «Derechos y libertades», está dividido en una Primera Sección denominada «De los derechos fundamentales y libertades públicas» y, en una segunda, denominada «De los derechos y deberes de los ciudadanos». Ahora bien, si nos guiamos por la concepción platónica del lenguaje³⁰⁶, abandonaríamos cualquier análisis sobre la Sección 2.^a y, únicamente, la Sección 1.^a sería portadora de los verdaderos derechos fundamentales, teniendo en cuenta la condición de ciudadanía vinculada a la segunda sección que permite hacer diferenciaciones entre algunas personas y otras.

Ciertamente, los derechos que importan a este trabajo se ubican en la Sección 1.^a, por lo que su envergadura como derechos fundamentales no está en discusión por parte de la doctrina. Ahora bien, observamos que existe una parte de ella que solo reconoce dicha fundamentalidad a tal Sección en tanto han recibido una protección constitucional reforzada: por un lado, en un refuerzo de garantías jurisdiccionales³⁰⁷; y, por el otro, en un procedimiento agravado de reforma constitucional y de reserva de ley para su desarrollo³⁰⁸. Sobre este aspecto, hemos de señalar que no podemos aceptar esta reducción de dicho carácter a cierto nivel de eficacia o a criterios de protección o mayores garantías que puedan concederse a estos derechos, pues estos

ciudadanos) y como Estado social (Capítulo tercero: principios rectores de la política social y económica), *vid.* SCHNEIDER, H. P., «Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», *Revista de Estudios Políticos*, nº 7, 1979, pp. 7-36.

³⁰⁶ *Vid.* NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, 10.^a ed., Ariel, Barcelona, 2001, p. 336.

³⁰⁷ Pudiendo cualquier ciudadano recabar la tutela de sus libertades y derechos antes Tribunales ordinarios en procedimientos preferentes y sumarios y, en su caso, a través de un recurso de Amparo ante el TC. Ciertas excepciones han sido determinadas por el TC en las SSTC 61/1983 y 125/1987 sobre derechos que se encuentran fuera de la Sección 1.^a a la que se hace referencia, pero que se encuentran engarzados con alguno de dicha Sección.

³⁰⁸ En el caso de la revisión constitucional (artículo 168), téngase en cuenta que para los derechos recogidos en la Sección 2.^a del Capítulo segundo únicamente hace falta el procedimiento ordinario de revisión constitucional previsto en el artículo 167 de la CE.

Respecto al desarrollo directo de los derechos fundamentales, la reserva de Ley Orgánica se advierte del artículo 81 de la CE la alusión implícita a la Sección 1.^a (Capítulo segundo, Título I), que el TC ha convenido en señalar en su jurisprudencia SSTC 76/1983, de 5 de agosto (FJ 2.a); 67/1985, de 26 de mayo (FJ 3); 160/1987, de 27 de octubre (FJ 2); o, 127/1994, de 5 de mayo (FJ 3.b).

De hecho, los argumentos restrictivos se han basado en la reserva de Ley Orgánica para limitar la noción de derechos fundamentales y libertades públicas al contenido de esta Sección reduciendo así al máximo esta categoría. Sobre la concepción restrictiva de los derechos fundamentales puede consultarse a LÓPEZ GUERRA, L. y otros, *Derecho Constitucional...*, *cit.*, 2016, p. 128 y ss.; MARTÍN-RETORTILLO, L. y DE OTTO Y PARDO, I., *Derechos fundamentales...*, *cit.*, 1992, p. 81.

Sin embargo, el TC nunca ha generalizado este criterio de ubicación para la determinación de los derechos fundamentales. Por ejemplo, ha rechazado la calidad de derecho fundamental a ciertos artículos dentro de la Sección 1.^a, como el artículo 16.3 de la CE sobre colaboración entre Estado y confesiones religiosas, STC 93/1983, de 8 de noviembre (FJ 5), señalando su calidad de deber de cooperación del Estado con la Iglesia Católica y demás confesiones. Asimismo, el TC ha negado la calificación de derechos fundamentales a alguno de los recogidos en la Sección 2.^a, por ejemplo el derecho a la objeción de conciencia del artículo 30.2 al que ha llamado «derecho constitucional autónomo», *vid.* STC 160/1987, de 27 de octubre (FJ 3); y ha calificado a como tales a otros, como el derecho a la propiedad privada, *vid.* STC 37/1987, de 26 de marzo (FJ 2).

aspectos responden más bien a esa fundamentalidad y a su necesidad de mayor protección dentro del sistema³⁰⁹.

Aquí la noción de derechos fundamentales sugiere el mismo problema que en el ámbito general de su conceptualización, pero su inclusión en la CE debe examinarse desde su importancia para el sistema y reforzarse a partir de sus garantías. La primera radicaría en la representación histórica y funcional de las exigencias morales vitales de dignidad, libertad e igualdad del individuo latentes durante el proceso constituyente y que, a su vez, como hemos visto, han sido reconocidas como valores básicos de la democracia constitucional³¹⁰. La segunda puede continuar explicándose a partir de los elementos y criterios que pueden identificarse del artículo 53.1 de la CE³¹¹ que ha reconocido a todos los «Derechos y libertades» del Capítulo segundo del Título I, por un lado, la nota distintiva de vinculación a todos los poderes públicos, cualquiera sea su función o ámbito territorial; y, por otro lado, la eficacia directa que implica la imposibilidad de desfiguración del derecho y que la Constitución ha expresado como respeto a su «contenido esencial» por parte de la acción legislativa.

Por otro lado, aunque rechazamos que se intente reducir su fundamentalidad a su simple ubicación formal o a determinadas garantías reforzadas en la Constitución, no significa que creamos que estos existan jurídicamente al absoluto margen del derecho positivo. Que estos derechos puedan considerarse derivados de la inmanencia del individuo e inherentes a su dignidad no significa otra cosa que el motivo político que ha llevado a incluirlos en la norma fundamental del ordenamiento, aunque para su validez jurídica como derechos inviolables haya que partir de su posición en la Constitución³¹². Por supuesto, ambos momentos están conectados por la idea del individuo digno y merecedor de respeto, quien —en su ámbito individual y colectivo— desde el momento prestatual es el objetivo de protección por el que se han marcado expectativas y pretensiones que han de ser satisfechas por el sistema social y

³⁰⁹ En sentido parecido opina PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos...*, cit., 1990, p. 95, autor con el que en este aspecto compartimos opinión.

³¹⁰ Los derechos fundamentales no son concesiones antojadizas del constituyente, sino que se fundamentan en el sistema de valores propio a la Constitución, al que el Tribunal Constitucional considera con carácter universal [STC 21/1981, de 15 de junio (FJ 10)]. *vid.* MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 1997, pp. 45-46.

Los derechos fundamentales encarnan los valores básicos de la democracia constitucional, *vid.* DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, 3.ª ed. Thomson-Civitas, 2008, p. 57.

³¹¹ JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 17.

³¹² Una Constitución como la española, «normativa», como norma de eficacia directa que refleja, además, un constitucionalismo «principalista». *Vid.* GARRORENA MORALES, Á., *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, 3.ª ed., CEPC, Madrid, 2014, p. 71.

democrático de Derecho³¹³. Con todo, los derechos fundamentales han de protegerse por su importancia, pero no deben su importancia a su protección³¹⁴.

Así, pues, el carácter de fundamentales que tienen los derechos reconocidos en la CE surge desde la consideración del individuo digno y merecedor de respeto y protección, que alcanza su verdadera dimensión desde una posición central en el sistema jurídico-político, como fundamento supremo de la comunidad política, como ya veíamos al hablar del artículo 10.1 de la CE³¹⁵. Más allá, no podemos dejar de lado que el contenido de su fundamentalidad responde a la coyuntura y a las demandas sociales existentes en el proceso constituyente.

El carácter unitario reflejado en todo el Capítulo segundo, en cuanto a resistencia frente a los poderes públicos (en especial al legislador), ha llevado a una buena parte de la doctrina española a entender que los derechos fundamentales son, básicamente, aquellos derechos y libertades reconocidos a lo largo del Capítulo segundo³¹⁶. Por su parte, aunque resulta indudable el carácter normativo del Capítulo primero por cuanto la propia Constitución dispone el sometimiento del poder estatal a la norma suprema según el artículo 9.1³¹⁷, no parece que los preceptos de este último capítulo puedan vincular a los poderes públicos de igual manera o posean el mismo nivel de resistencia³¹⁸.

³¹³ MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L., *La garantía del contenido...*, cit., 1997, p. 45.

³¹⁴ SOLÓZABAL ECHAVARRÍA, J., «Algunas cuestiones...», cit., 1991, p. 92.

³¹⁵ MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L., *op. cit.*, p. 45.

³¹⁶ JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales...*, cit., 1999, p. 25. DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos...*, cit., 2008, p. 67. PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho...*, cit., 2010, pp. 210-211, «los derechos fundamentales son los derechos (...) acompañados de las notas distintivas de eficacia directa y vinculación a todos los poderes públicos, indisponibilidad para el legislador en su contenido esencial, control judicial y control de constitucionalidad» y todas esas notas caracterizan al Capítulo segundo. Por todos, CRUZ VILLALÓN, P., «Formación y evolución...», cit., 1989, p. 41. RUBIO LLORENTE, F., «Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España», *Claves de Razón Práctica*, nº 75, 1997, p. 3. MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Mc Graw Hill, Madrid, 1996, p. XIII. También, CRUZ VILLALÓN, P., «Concepto de derecho...», cit., 1994, p. 161, quien dice que «[e]n primer lugar, se consideran derechos fundamentales, como criterio general, a aquéllos contenidos en el capítulo segundo de la CE, dejando de lado a la versión nacional de los derechos sociales».

Con todo, algunos autores han considerado como derechos fundamentales a los recogidos en el Título I cuando se trata de la aplicación del artículo 10.2 al no ser éste último un mandato de reserva de afectación o desarrollo, sino como cláusula relevante de aplicación-interpretación de las normas internas sobre derechos fundamentales de acuerdo a los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por España. Puede consultarse en ese sentido, a RODRÍGUEZ VERGARA DÍAZ, A., *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, p. 84; SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 66 y ss.

³¹⁷ Y, además, se ha recogido por el Tribunal Constitucional en STC 35/1983, de 11 de mayo (FJ 3).

³¹⁸ Parte de la doctrina ha opinado sobre el carácter de fundamentales de todos los derechos contenidos en el Título I de la CE. Vid. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos...*, cit., 1990, pp. 105-106, donde el autor hace una clasificación según tres grandes niveles de resistencia: por un lado, la de los derechos y libertades del Capítulo segundo asociada a lo dispuesto por el artículo 53.1; luego, la de los derechos del Capítulo primero, que si bien no gozan del especial rigor del Capítulo segundo en orden a su desarrollo normativo, tampoco padecen la rebaja o debilitamiento que afecta a los principios rectores del Capítulo tercero. Estos últimos corresponderían la tercera categoría debido a que «solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo a lo que depongan las leyes que los desarrollen». O, FREIXES SANJUÁN, T., *Constitución y derechos...*, cit., 1992, p. 91 y ss. La autora habla del «sistema español de derechos» que comprende a los derechos fundamentales, garantías institucionales y valores. DE ESTEBAN J. y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J., *Curso de Derecho Constitucional*

Con todo, los derechos, al estar reconocidos en la Constitución, deben entenderse como un bloque único que impide que puedan situarse uno sobre otro en una escala jerárquica³¹⁹. Asimismo, interrelacionados, jurídicamente comunes y dependientes recíprocamente en las diferentes categorías³²⁰. La cuestión primordial radica en identificación jerárquica de las necesidades básicas que se configuren como bienes jurídicos, aquellas que de no ser satisfechas, supongan la pérdida para el sujeto de su estatus de poseedor de dignidad³²¹.

II.6.B. La vinculación de los poderes públicos: fundamentalidad vía resistencia

Buena parte de la doctrina sostiene que la fundamentalidad refleja la especial fortaleza de ciertos derechos constitucionalizados frente a las actuaciones de los poderes públicos³²². De hecho, la consecuencia básica de la posición central de los derechos fundamentales dentro del sistema constitucional explica la vinculación de todos los poderes públicos a tales derechos³²³. Las obligaciones estatales derivadas respecto de los derechos fundamentales de las personas, de acuerdo al propio texto de la CE, deben entenderse desde una doble vertiente: como una vinculación negativa que implica la abstención a efectos de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por esos derechos; y como otra positiva, de protegerlos de forma activa, de contribuir a su efectividad y la de los valores que representan³²⁴. La primera contendrá un deber de protección legal frente a agresiones o alteraciones, la segunda exigirá una acción pública de promoción de medios y condiciones para el efectivo disfrute de los derechos³²⁵. Se sobrepasa así el mandato general de sujeción a la CE y a todo el ordenamiento jurídico recogido en el artículo 9.1³²⁶.

español, vol. I, Universidad Complutense, Madrid, 1992, pp. 271-272, señalan que existe una graduación en la importancia de los derechos regulados en la Constitución, pero que el distinto régimen jurídico no impide la consideración de todos los derechos del Título I como derechos fundamentales.

DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos...*, cit., 2008, p. 59. El autor reconoce que muchos de los preceptos constitucionales ubicados fuera del Título I poseen una innegable aplicabilidad directa.

³¹⁹ Al hilo de la consideración de la indivisibilidad de los derechos humanos. VAN BOVEN, T., «Criterios distintivos...», cit., 1984, pp. 77 y 78.

³²⁰ BLANC ALTEMIR, A., «Universalidad...», cit., p. 31.

³²¹ ESCOBAR ROCA, G., «Indivisibilidad y derechos sociales: de la declaración universal a la Constitución», *Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, nº 2, 2012, p. 53.

³²² PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos...*, cit., 1990, p. 103 y ss. BASTIDA FREIJEDO, F. J. y otros, *Teoría general...*, cit., 2004, p. 38. Para ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La concretización...*, cit., 2014, p. 33, «la resistencia frente al legislador representa el criterio esencial para la delimitación de la categoría de derechos fundamentales».

³²³ DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos...*, cit., 2008, p. 67. El autor ha aclarado que la vinculación «no sólo opera en las relaciones genéricas entre individuos y poderes públicos, sino en el interior de los poderes públicos». Esto quiere decir que también se protege a aquellos individuos que se encuentran insertos de algún modo dentro de algún órgano del Estado como en aquellas relaciones de sujeción especial. Así, no rige la doctrina de los *interna corporis*, STC 23/1990, de 15 de febrero (FJ 4). Aunque dicho fundamento está referido, específicamente, a los derechos y libertades contenidos en la Sección 1.ª del Capítulo segundo (Título I) de la CE.

³²⁴ BASTIDA FREIJEDO, F. J. y otros, *Teoría general...*, cit., 2004, p. 53. Véase STC 18/1984, de 7 de febrero (FJ 6).

³²⁵ Vid. JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales...*, cit., 1999, p. 30.

³²⁶ Entiéndase por «sujeción» a la «obligación de respeto a los preceptos constitucionales, es decir, la obligación de no realizar conductas o adoptar actos en contradicción con la Constitución», vid. GAVARA DE CARA, J. C.,

La forma de vinculación negativa responde a la clásica concepción de los derechos fundamentales como derechos subjetivos de los particulares que venían a limitar el poder del Estado³²⁷. Posteriormente, al trascender la visión negativa de los poderes públicos (especialmente del legislador), como un intento de fortalecer la eficacia de estos derechos, se les ha reconocido desde una dimensión objetiva que viene a complementar la primera³²⁸, y que supone entenderlos como normas de doble carácter³²⁹.

Tanto la doctrina como el TC entienden ahora a los derechos fundamentales desde estas dos dimensiones. Desde su dimensión subjetiva, típica de cualquier derecho subjetivo, tienen que ver con el uso y disfrute de ciertas facultades o pretensiones que el propio derecho confiere a las personas y que pueden hacer valer en situaciones concretas, garantizando así un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de existencia³³⁰. Luego, entendidos como «elementos esenciales» del ordenamiento objetivo, es decir, como normas objetivas que consagran valores y fines que irradian a todo el ordenamiento jurídico dotándolo de sus contenidos básicos³³¹. Del mismo modo, al ser la concreción jurídica de aquellos valores reconocidos en la Constitución, se configuran como el núcleo del ordenamiento jurídico y el fundamento de una unidad política. Es decir, como elementos vertebradores de todo el orden democrático estatal, son «patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia atañe a todos por igual»³³².

Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, CEPC, Madrid, 1994, p. 340.

³²⁷ La función primera y más importante de los derechos fundamentales ha sido y es, hasta ahora, la de *protección* del individuo. Vid. DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos...*, cit., 2008, p. 45. Cabe mencionar una función legitimadora que está ligada al orden democrático, en tanto solo a través del respeto de los derechos fundamentales puede haber democracia constitucional y concordancia civil, orden político y paz social. Vid. DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos...*, cit., 2013, p. 37. La función programadora que puede decirse está en íntima relación con el sistema de valores que informan el conjunto de la organización jurídica y política. Como expresión jurídica de aquellos, condicionan y programan toda la estructura constitucional, vid. BASTIDA FREJEDO, F. J. y otros, *Teoría general...*, cit., 2004, p. 39. También puede consultarse, en sentido parecido, a CRUZ VILLALÓN, P., «Concepto de derecho...», cit., 1994, pp. 162-163.

³²⁸ Vid. MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa...*, cit., 1996, pp. 1-8.

³²⁹ DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos...*, cit., 2008, p. 64.

³³⁰ Puede verse a APARICIO, PÉREZ, M. A., «Naturaleza, estructura y elementos de los derechos constitucionales», en APARICIO, PÉREZ, M. A. y BARCELÒ I SERRAMALERA, M. (Coord.), *Manual de Derecho...*, cit., 2012, p. 602. La concepción clásica liberal recoge a estos derechos en oposición al Estado. Sobre esta concepción, puede consultarse BAÑO LEÓN, J. M.^a, «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 24, 1988, p. 157.

³³¹ Se habla de esta doble dimensión en la STC 25/1981, de 14 de julio (FJ 5). La Sentencia explica lo que veníamos afirmando, esto es que «esta doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el art. 10.1 de la Constitución, a tenor del cual «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social».

³³² STC 25/1981, de 14 de julio (FJ 5). DE DOMINGO, T., «La teoría de la Justicia...», cit., 2011, p. 10. Puede verse además, sobre la dimensión objetiva a MARTÍN CUBAS, J., «Garantías...», cit., 1993, p. 139; DE ESTEBAN J. y LÓPEZ GUERRA, L., *Régimen constitucional...*, cit., 1980, p. 130; GARCÍA-ATANCE Y GARCÍA MORA, M.^a V. y otros, *Derecho Constitucional III...*, cit., 2003, p. 41.

Además de la STC 25/1981, de 14 de julio; puede consultarse la STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 4).

Por otro lado, esa nota de resistencia adquiere sentido desde los distintos mecanismos de protección jurídica de los derechos que han de garantizar a sus titulares tal posibilidad de satisfacción³³³. Para que esas obligaciones estatales sean eficaces, además, hace falta que los derechos fundamentales ya insertos en la CE cuenten con procedimientos destinados a garantizar el sometimiento de los poderes públicos³³⁴. Además, la resistencia propia de los derechos fundamentales ha de entenderse como una noción gradual o escalonada de garantías de derechos, ya que sus mecanismos de protección pueden poseer diferente alcance, pero revisten un grado mínimo ligado a su reconocimiento constitucional que vincula a todos los poderes públicos, con todo lo que ello comporta y tal como se ha explicado³³⁵. En ese sentido, se trata de unos derechos que son directamente vinculantes a todos los poderes del Estado como consecuencia de la fuerza propia que les ha otorgado la CE, en su calidad también de normas jurídicas³³⁶.

II.6.C. La nota de esencialidad de los derechos como expresión de su fundamentalidad

Sin perjuicio de la referencia hecha al contenido esencial como garantía vinculada a la actuación del legislador que mencionaremos más adelante, conviene hacer alguna referencia en relación a la noción de fundamentalidad de los derechos constitucionales.

Ciertamente, los derechos subjetivos —sean o no constitucionales o fundamentales— poseen elementos mínimos que los hacen reconocibles, que evitan su desaparición o su transformación en otra cosa, que no es ese mismo derecho, que ha perdido esa identidad propia³³⁷. Se considera que la referencia al «contenido esencial» hecha en el artículo 53.1 permite reflejar una característica particular de los derechos fundamentales, a modo de

³³³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos...*, cit., 1999, p. 501. Dice PRIETO SANCHÍS en referencia a ello «cualesquiera que sean los concretos medios de tutela previstos por cada ordenamiento, cuando el sistema de derechos fundamentales no ofrece al titular la posibilidad de obtener su satisfacción frente a los sujetos obligados, no cabe hablar en rigor de una verdadera existencia jurídica de derechos», en PRIETO SANCHÍS, L., «El sistema de protección de los derechos fundamentales: El artículo 53 de la Constitución española», *Anuario de Derechos Humanos*, nº 2, 1983, p. 370. Por su parte, completa PECES-BARBA en el mismo libro que las garantías de la Constitución española se presentan como «condiciones previas para la existencia real de los derechos fundamentales» (p. 502).

³³⁴ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos...*, cit., 1990, p. 114. DIEZ-PICAZO habla, por ejemplo, de la existencia de un sistema de control de constitucionalidad de las leyes para lograr la plenitud de la función de protección de los derechos fundamentales.

³³⁵ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos...*, cit., 1990, pp. 106-121.

³³⁶ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos...*, cit., 1990, p. 115. Además, puede consultarse RUBIO LLORENTE, F., «La Constitución...», cit., 1979, pp. 64-65. O, CRUZ VILLALÓN, P., «Concepto de derecho...», cit., 1994, p. 162.

³³⁷ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos...*, cit., 1990, p. 142. Puede consultarse también a LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M., *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución española*, Comares, Granada, 1996, p. 171 y ss.

componente que otorga identidad, que representa su configuración por el constituyente³³⁸ y su existencia propia e independiente anterior «al momento legislativo»³³⁹.

Con esto no queremos decir que nos inclinamos por asegurar que los derechos fundamentales poseen un contenido «esencial» en contraposición con otro «no esencial»³⁴⁰. Más bien, poseen un contenido constitucionalmente protegido en su totalidad que es «esencial» porque refleja el contenido derivado de su propia naturaleza, referida al pleno despliegue y perfeccionamiento de la persona. Son derechos fundamentales aquellos que aluden a lo esencial de la vida de cada persona, su desarrollo y su dignidad, pero no desde una personalidad abstracta, sino histórica, real, vinculada al sistema de necesidades humanas³⁴¹. Al poseer la categoría de elementos centrales dentro del ordenamiento y concreción jurídica de los

³³⁸ Véase que existen opiniones enfrentadas al respecto. Por ejemplo se ha dicho que los derechos fundamentales no preexisten al ordenamiento constitucional, sino solo al legislador. En BASTIDA FREIJEDO, F. J. y otros, *Teoría general...*, cit., 2004, p. 42. O que su contenido esencial posee un carácter preexistente a la norma constitucional que se limita a reconocerlo, en LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M., *Análisis del contenido...*, cit., 1996, p. 173.

³³⁹ STC 11/1981, de 8 de abril (FJ 8). Puede consultarse expresamente a COSSÍO DÍAZ, J. R., *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 68 y ss.; MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L., *La garantía del contenido...*, cit., 1997, p. 108.

Por su parte dice GAVARA DE CARA que «las teorías relativas consideran, y es su diferencia sustancial con las teorías absolutas, que el contenido esencial no es una medida preestablecida y fija, ya que no es un elemento estable ni una parte autónoma del derecho fundamental», vid. GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales...*, cit., 1994, p. 331 y 272-322.

³⁴⁰ Posición compartida por DE OTTO Y PARDO, I., «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades», en MARTÍN-RETORTILLO, L. y DE OTTO Y PARDO, I., *Derechos fundamentales...*, cit., 1992, p. 161; CRUZ VILLALÓN, P., «El legislador de los derechos fundamentales», en LÓPEZ PINA, A. (Ed.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*, Universidad Complutense-Civitas, Madrid, 1991, pp. 130-131; MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L., *La garantía del contenido...*, cit., 1997, p. 42. Las teorías relativas, justamente, sostienen que el derecho fundamental contiene una esfera permanente que constituye su contenido esencial. Puede consultarse en la doctrina española a PAREJO ALFONSO, L. J., «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 3, 1981, p. 187. El Tribunal Constitucional se adscribe a esta teoría del contenido esencial mediante sentencia 11/1981, de 8 de abril (FJ 8 y 10).

El TC propone dos caminos —complementarios— para aproximarse a la idea de «contenido esencial»: 1. Acudir a la «naturaleza jurídica de cada derecho o el modo de concebir o de configurar cada derecho», dice que para esta tarea «los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo» y añade, entre otras cosas, que «(...)Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así». Ocurre con esta primera acepción que el intérprete intenta determinar el contenido esencial desde el ejercicio de los derechos y no desde su concepción propiamente dicha, toda vez que, en este último caso, el legislador no puede haber actuado todavía. 2. La segunda vía se inclina por tratar de buscar «los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos» y se lesiona «el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección». Podría aceptarse este segundo camino, ya que el término «intereses jurídicamente protegidos» puede equipararse a aquellos «valores» o «bienes» que hacen referencia a la finalidad perseguida por el ordenamiento —como la dignidad y los valores superiores—, ya que incluso la sentencia habla de ellos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. No obstante, en líneas posteriores, cuando hace referencia a la «esencialidad del contenido del derecho», afirma que esta es «aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria **para que** los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos» (la negrita es nuestra).

³⁴¹ MONEREO PÉREZ, J. L., *La protección...*, cit., 2009, p. 10.

Sobre necesidades básicas como derechos, vid. AÑÓN ROIG, M.^a J., «Fundamentación de los Derechos Humanos y necesidades básicas», en LLOMPART, J. (Coord.), *Derechos Humanos...*, cit., 1992, pp. 100-115.

valores sobre los que se cimienta todo el sistema constitucional, el contenido de cada derecho es esencial para el funcionamiento y eficacia del sistema que se ha implantado³⁴².

Dado el estatus jurídico de estos derechos como normas jurídicas directamente vinculantes, la referencia a dicha esencialidad se asume como una «proclamación de la vinculación incondicionada de los poderes públicos al contenido de esos derechos»³⁴³. La propia CE ha proclamado auténticos derechos fundamentales que en su raíz funcionan como «fuente constitucional directa» y su existencia permite a los titulares el apoderamiento inmediato de tales derechos desde el texto constitucional y la posibilidad de tomar acciones que le permitan preservar su ámbito garantizado³⁴⁴.

En definitiva, nos inclinamos por sostener que, en su calidad de derechos contenidos en la CE, debe entenderse su operatividad directa, desde la propia CE que les otorga un contenido que se impone a los poderes públicos. Asimismo, la fundamentalidad no excluye que la protección de estos derechos pueda admitir cuestiones de grado. La protección reforzada de la que goza la Sección 1.^a representa un mayor grado de fundamentalidad, es decir, la garantía de una efectividad más inmediata que el constituyente ha querido otorgarle. Esto, en ningún caso, implicaría que la inmediatez o vinculación que caracteriza a los demás derechos constitucionales desaparezcan o se genere la desprotección total de tales derechos³⁴⁵.

II.6.D. Estructura de los derechos fundamentales

Por último, es cierto que estos derechos poseen una estructura que les viene dada por la propia CE y que determina la titularidad, el objeto y un contenido. Aunque ocupan los niveles

³⁴² Por ejemplo, LUCAS VERDÚ afirma que la esencia de los derechos fundamentales «radica en el libre desarrollo de la personalidad, en el pleno despliegue y perfeccionamiento de la persona humana...», *vid.* LUCAS VERDÚ, P., «Los título preliminar y primero de la Constitución y la interpretación de los derechos fundamentales», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº Extra 2, 1979, p. 25.

³⁴³ MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L., *La garantía del contenido...*, *cit.*, 1997, p. 43.

³⁴⁴ BASTIDA FREIJEDO, F. J. y otros, *Teoría general...*, *cit.*, 2004, pp. 42-43, sostiene el argumento en la concepción de la Constitución como norma jurídica suprema, como máxima fuente directa.

El TC, desde el principio, vino manejando la aplicabilidad directa como nota distintiva de los derechos fundamentales [«los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo» en STC 39/1983, de 16 de mayo (FJ 2 y 3); o, 21/1981, de 15 de junio (FJ 17); 15/1982, de 23 de abril (FJ 8); 16/1982, de 28 de abril (FJ 1); 80/1982, de 20 de diciembre (FJ 1), entre otras].

³⁴⁵ A aquellos derechos ubicados en la Sección 1.^a se les ha dotado de mayores garantías formales (reserva de ley reforzada) y garantías jurisdiccionales (recurso de amparo), se ha establecido expresamente la forma para la suspensión de algunos o se les ha hecho indisponibles salvo reforma constitucional reforzada. BASTIDA FREIJEDO, F. J. y otros, *Teoría general...*, *cit.*, 2004, pp. 40-44; CRUZ VILLALÓN, P., «El legislador de los derechos...», *cit.*, 1991, pp. 126-128.

Consideramos, como JIMÉNEZ CAMPO, que la diferenciación entre derechos *constitucionales* y *fundamentales* hecha por el TC en referencia a la Sección 2.^a y 1.^a, respectivamente, carece de sentido jurídico. *Vid.* JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales...*, *cit.*, 1999, p. 27, en referencia a la STC 16/1981, de 18 de mayo (FJ 10).

más altos del ordenamiento jurídico, no obstante, en su mayoría, se trata de elementos jurídicos indeterminados que requieren una concreción de sus determinaciones³⁴⁶.

Claro está que este trabajo no se encuentra encaminado a profundizar en el análisis del sistema de derechos fundamentales y en su estructura, pero interesa resaltar algunas cuestiones generales relativas a la identificación de los contornos de tales derechos. En particular, el objeto de los derechos fundamentales representa un interés jurídicamente protegido que debe ser garantizado de manera inmediata y permanente por los poderes públicos.

Ahora bien, cómo se garantiza el objeto de un derecho fundamental tiene que ver con el contenido de ese derecho. Todo derecho fundamental es un determinado ámbito de inmunidad de los individuos frente al poder que, dotado de eficacia jurídica, les asegura a estos —o al colectivo en el que se integran— una determinada expectativa-pretensión sobre determinado objeto. Simplificando mucho las cosas, pueden tratarse de un ámbito material protegido (como la intimidad), una esfera vital de acción (la libertad de expresión) o un espacio excluido de la acción de terceros (secreto de comunicaciones)³⁴⁷. El contenido de un derecho será aquel poder o poderes jurídicos que sirven para hacer valer frente a terceros esos permisos o prohibiciones iusfundamentales garantizados³⁴⁸. Frente a todo ello, para hablar de una eficacia jurídica de los derechos fundamentales habrá que identificar primero el objeto y contenido de los derechos fundamentales.

II.6.D.a. Delimitación del contenido de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales deben su existencia dentro del ordenamiento jurídico y su reconocimiento como obligaciones estatales a su proclamación en la CE. No obstante, su reconocimiento inmediato dentro del texto constitucional no garantiza *per se* el reconocimiento del contenido específico de cada uno de ellos. Más bien, su estructura posee un carácter abstracto y abierto que requiere un proceso analítico para determinar el concreto contenido de un derecho, el de delimitación, que va más allá del texto constitucional, pero que se inicia en este³⁴⁹.

Esta tarea resulta clave para lograr la eficacia del derecho. Ahora bien, desentrañar cuál es el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho de estas características constituye

³⁴⁶ Puede consultarse a RUBIO LLORENTE, F., «La Constitución...», *cit.*, 1979, p. 67.

³⁴⁷ Puede entenderse, por ejemplo, de derechos fundamentales que protegen un ámbito de la realidad en el que, en principio, el titular es el único habilitado para regular sus comportamientos dentro de ese ámbito y solo él puede disponer jurídicamente de su conducta en ese espacio jurídico. Así, el objeto del derecho fundamental es un *agere licere*.

O, donde el objeto del derecho fundamental es, justamente, el deber del poder público de no hacer algo. El derecho fundamental lo que hace es proscribir el uso del poder y, en consecuencia, recae sobre el Estado el deber de no hacer uso de ese poder o impedir que los demás lo ejerzan.

³⁴⁸ BASTIDA FREIJEDO, F. J. y otros, *Teoría general...*, *cit.*, 2004, p. 108.

³⁴⁹ BASTIDA FREIJEDO, F. J. y otros, *op. cit.*, p. 47.

una tarea ardua que requiere una intervención pública destinada a precisar cuáles son esas facultades o posibilidad de actuación que cada derecho ofrece a sus titulares³⁵⁰.

En todo caso, esto no indica que la referencia al contenido esencial deba confundirse con una cláusula superflua dentro del sistema de derechos fundamentales, sino como la directriz básica y el punto de partida desde el cual tanto el legislador como el intérprete constitucional deberán actuar³⁵¹. Los derechos fundamentales reconocidos son lo que son y amparan una realidad concreta³⁵². Responden a una «fisiología propia» y poseen un contenido, unas fronteras o contornos más o menos precisos que han de identificarse en el proceso de concretización del contenido de estos derechos³⁵³.

El primer obstáculo que reconocemos a la hora de seguir este proceso no viene determinado por las propias peculiaridades del texto constitucional, sino por la ambigüedad en los términos lingüísticos que se han ido utilizando por los poderes públicos. El propio TC y parte de la doctrina han optado por calificar como «límites» a ciertos elementos integrantes del contenido constitucionalmente protegido, cuando aquel término ha adquirido una connotación de interferencia externa al derecho referida a restricciones hechas por los poderes constituidos y para nada vinculadas a un proceso de delimitación, que se centra en la esencia del derecho mismo³⁵⁴. Esto puede representar un problema, puesto que la connotación que se asume puede repercutir, sin duda, en la configuración del derecho y en la protección efectiva que se pretende para este.

³⁵⁰ STERN, K., «El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 1, 1988, p. 271; SÁNCHEZ FÉRRIZ, R., *Estudio...*, cit., 1995, p. 262; DE DOMINGO, T., *¿Conflictos entre derechos fundamentales?: un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*, CEPC, Madrid, 2001, p. 95; JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales...*, cit., 1999, p. 38.

³⁵¹ Puede verse una argumentación interesante sobre el contenido esencial, también en DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos...*, cit., 2008, p. 121, aunque el autor considera que la construcción del TC «habla por sí sola». También puede consultarse a LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M., *Análisis del contenido...*, cit., 1996, pp. 208-209. Críticas a esa caracterización doctrinal también en PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos...*, cit., 1990, p. 144 y ss.

³⁵² BARNÉS VÁZQUEZ, J., *La propiedad constitucional del estatuto jurídico del suelo agrario*, Civitas, Madrid, 1988, p. 233.

³⁵³ Durante décadas el campo del debate constitucional se ha centrado alrededor de los términos «delimitación» y «limitación» de los derechos fundamentales, sobre todo en relación con la actuación legislativa y la potestad reguladora contenida en el artículo 53.1 con incidencia directa positiva o negativa en la protección y respeto de los derechos fundamentales.

³⁵⁴ Opinión manifestada por MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa...*, cit., 1996, p. 22. Dice el autor que, en rigor, la definición del «límite» no puede formar parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho, pues presupone necesariamente la preexistencia del alcance definido del derecho fundamental. Por ejemplo, se han denominado como «límites necesarios» a los contornos y fronteras del derecho fundamental: STC 5/1981, de 13 de febrero (FJ 7), que DE OTTO Y PARDO, I. denomina límites «intrínsecos». Vid. en «La regulación del ejercicio...», cit., 1992, p. 151. Asimismo, se han señalado como «límites directos» o «positivos» a restricciones y exclusiones del ámbito normativo del derecho cuya función es facilitar, justamente, esa tarea de definición del contenido del derecho; como, por ejemplo, BASTIDA FREIJEDO, F. J. y otros, *Teoría general...*, cit., 2004, p. 128.

Otra dificultad que debe afrontarse emerge del propio texto constitucional: los preceptos constitucionales no recogen todos los elementos que configuran el contenido del derecho, pero tampoco recogen lo mismo. En algunos, el texto se limita a precisar el bien jurídico protegido, sin mayores concreciones; en otros supuestos el constituyente sí ha optado por recoger expresamente ciertas especificaciones del contenido y el alcance de la protección constitucional que van unidas a la realidad protegida³⁵⁵; y, otras veces, se han incluido elementos delimitadores —para algunos, «límites»³⁵⁶— en forma de ciertas hipótesis que conllevan exclusiones o excepciones concretas del contenido de esos derechos³⁵⁷. En todo caso, deben tenerse en consideración todas aquellas precisiones que se hayan hecho, sin posibilidad de obviarlas, aunque no sean suficientes para alcanzar una concretización final.

Para continuar con el proceso, deberá contemplarse el contexto global en el que se sitúa y ello se logra de manera indirecta a partir de la inserción del derecho en el sistema constitucional³⁵⁸.

Cada precepto constitucional encuentra su sentido pleno sobre la consideración de la unidad del sistema constitucional³⁵⁹, respetando la posición central de los derechos fundamentales como núcleo de ese sistema³⁶⁰. En ese sentido, el alcance de la tutela otorgada por un derecho fundamental vendrá dado al articularse con esos otros derechos y preceptos constitucionales, que influyen en ese ámbito y contenido, en conexión con los valores y

³⁵⁵ Por ejemplo, las concreciones a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 de la CE. Es lo que DE OTTO Y PARDO llama el tratamiento jurídico contenido en el precepto que reconoce el derecho. *Vid.* DE OTTO Y PARDO, I., «La regulación del ejercicio...», *cit.*, 1992, pp. 142-143.

³⁵⁶ MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa...*, *cit.*, 1996, p. 15. Algunos autores los llaman «límites positivos», BASTIDA FREIJEDO, F. J. y otros, *Teoría general...*, *cit.*, 2004, p. 128.

³⁵⁷ Por ejemplo, la inviolabilidad de domicilio y la flagrancia de delito (artículo 18.2) o la protección constitucional de aquellas reuniones y manifestaciones en lugares de tránsito público que no hayan sido comunicadas previamente a la autoridad (artículo 20.2). La STC 11/1981, de 8 de abril (FJ 7) señala que «La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones».

³⁵⁸ JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales...*, *cit.*, 1999, p. 40, en referencia a DE OTTO Y PARDO, I., «La regulación del ejercicio...», *cit.*, 1992, p. 143; BARNÉS VÁZQUEZ, J., *La propiedad constitucional...*, *cit.*, 1988, p. 233.

³⁵⁹ Véanse las SSTC 5/1983, de 4 de febrero (FJ 3) y 5/1981, de 13 de febrero (FJ 7).

³⁶⁰ Véase la STC 22/1984, de 17 de febrero (FJ 3) en la que el Tribunal —frente a la alegación Fiscal que argumenta que los derechos no pueden ejercerse para obstaculizar un fin social que, generalmente, es de rango superior— señala que «[u]na afirmación como la anterior realizada sin ningún tipo de matizaciones, conduce ineludiblemente al entero sacrificio de todos los derechos de la persona y de todas las libertades públicas a los fines sociales, lo que es inconciliable con los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama». Continúa diciendo que «[e]xisten ciertamente fines sociales, que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución». Última afirmación que no compartimos de todo. Nuestra negativa pasa por recordar que los derechos fundamentales son núcleo del bien común y bienes primordiales dentro del ordenamiento jurídico lo que les hace merecedores de una posición que ningún fin social puede sobrepasar. Asimismo, la consideración de los derechos fundamentales como concreción jurídica de los valores superiores reconocidos por el ordenamiento constitucional y de la propia dignidad de la persona los hace merecedores de la posición más importante como fines sociales a proteger y respetar. El contenido de esos derechos se encuentra en sintonía con esos valores y fines sociales y, por lo tanto, están destinados a su garantía y protección.

principios que se encuentran en la base y son el fin de todo el ordenamiento jurídico³⁶¹. Para ello, dado el carácter abstracto y abierto con el que se define a la estructura de las normas de los derechos fundamentales, el contenido constitucionalmente protegido de cada uno precisará de un esfuerzo de comprensión y traducción. Una delimitación, a partir de una interpretación literal, unitaria, teleológica y sistemática de la propia Constitución³⁶².

Avancemos aún más y veamos que la tarea hermenéutica de delimitación del contenido de los derechos fundamentales puede ser realizada también por el legislador. En relación con los derechos fundamentales, este sujeto tiene atribuidas diversas funciones³⁶³. No pretenden estas líneas agotar tampoco el análisis de todas aquellas relaciones entre el legislador y todos y cada uno de los derechos fundamentales. Más bien, dejar entrever, en lo que aquí nos interesa, la necesidad de puntualizar que los derechos fundamentales vinculan en todo momento al legislador de forma negativa y también positiva: actúan como límites a la acción legislativa y, desde esa posición, el legislador les debe un respeto incondicionado³⁶⁴; y, del mismo modo, su actuación debe estar encaminada de forma activa tanto al desarrollo y concreción de la norma iusfundamental³⁶⁵ como a regular su ejercicio³⁶⁶.

³⁶¹ La importancia de los valores superiores en este proceso radica también en su poder de transformación del sentido y finalidad de la norma. De esta manera, imponen una interpretación en favor de su realización, es decir, aceptando como correcta aquella que responda a dichos valores reconocidos en el texto constitucional, en LÓPEZ GUERRA, L. y otros, *Derecho Constitucional...*, cit., 2016, p. 35.

De hecho, el carácter abstracto y abierto de las normas constitucionales reclama por parte del intérprete un esfuerzo de comprensión y traducción de los preceptos constitucionales desde la concepción moral sobre la que se ha edificado el sistema constitucional. Vid. ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 277 y ss.; o, GONZÁLEZ RIVAS, J. J., *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional (1980-2005)*, Thomson-Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 32.

En ese sentido, consideramos que el contenido de los derechos fundamentales debe identificarse, en primer término, con el valor de la dignidad de la persona (como fundamento del orden constitucional) y con aquellos principios y valores conectados a ella como, por ejemplo, los contenidos en el artículo 1.1. Encontramos sustento en la tesis de LUCAS VERDÚ, P., *El sentimiento constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*, Reus, Madrid, 1985, pp. 170-238. En sentido parecido, LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M., *Análisis del contenido...*, cit., 1996, p. 231 y ss.

³⁶² MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L., *La garantía del contenido...*, cit., 1997, p. 63 y ss., en especial, p. 73.

Como lo ha señalado la STC 18/1981, de 8 de junio, «nuestra Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la Norma Constitucional» (FJ 2).

Puede consultarse la primacía de la interpretación teleológica de la Constitución en SERNA BERMÚDEZ, P., «Derechos fundamentales, el mito de los conflictos. Reflexiones teleológicas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información», *Humana Iura: suplemento de derechos humanos (Persona y derecho)*, nº 4, 1994, p. 225 y ss.

³⁶³ Hoy en día se traducen en atribuciones con un alcance mucho más amplio al clásico ligado a la concepción reduccionista, que lo definía como mero limitador del ámbito de los derechos. Puede leerse a GAVARA DE CARA, J. C., «La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales», *Teoría y Realidad constitucional*, nº 20, 2007, p. 279, y sus referencias a GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad del legislador. Una realidad susceptible de control*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 44 y ss. O, en general, sobre el papel del legislador en la vinculación positiva, a BASTIDA FREIJEDO y otros, *Teoría General...*, cit., 2004, p. 183 y ss.

³⁶⁴ MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L., *La garantía del contenido...*, cit., 1997, p. 78.

Por otro lado, sin dejar de lado el tratamiento especial de algunos derechos fundamentales dado por el TC que los ha venido a denominar «derechos de configuración legal».

³⁶⁵ Dado que en muchos casos requieren esa precisión. Puede consultarse a HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Dykinson, Madrid, 2003, trad. BRAGE CAMAZANO, J.

La tarea hermenéutica de desarrollo de los derechos fundamentales debe entenderse, pues, como una tarea multidimensional que no se circunscribe únicamente a la regulación estricta de su ejercicio³⁶⁷. Por ejemplo, el legislador se encuentra habilitado para culminar o precisar la definición de determinados conceptos o expresiones constitucionales referidas al derecho que, estando presentes, no se encuentran definidos en la CE³⁶⁸. Algunas veces la remisión será explícita y en el propio texto constitucional radicará su justificación³⁶⁹; otras veces, la posibilidad de intervención legislativa será implícita y su fundamento podrá hallarse en el carácter general o indeterminado de la potestad legislativa³⁷⁰, en la propia constatación de la ausencia de una exclusión de cualquier intervención legal respecto del contenido de los derechos fundamentales³⁷¹ y, desde luego, en su vinculación positiva a los derechos fundamentales.

La habilitación genérica que recoge la CE al legislador para «regular el ejercicio» de los derechos fundamentales pone sobre la mesa la necesidad de acotar algunas cuestiones más sobre este tema que forma parte del proceso de delimitación. Ante todo, habría que partir de la idea de que, dentro de aquella competencia de regulación, el legislador podrá actuar con mayor discrecionalidad que en los ejemplos anteriores. En este caso, no se trata de desarrollar el contenido del derecho precisando solo el sentido que cabe dar a un concepto o expresión constitucional no lo suficientemente claro o nítido, sino de identificar un abanico de fórmulas para la actuación del derecho que, mientras respeten el contenido constitucionalmente protegido, podrían reputarse como adecuadas.

Veamos aquí que el legislador podrá regular el ejercicio de derecho estableciendo sencillamente procedimientos y formalidades —con remisión, en algunos casos, explícitamente señalada por el texto constitucional³⁷²— que considere adecuadas a su contenido. Es decir, todos aquellos mecanismos que considere útiles para lograr su auténtica protección y efectividad, pero que no tengan intervención en su ámbito jurídicamente protegido³⁷³. Sin embargo, como dimensión más importante de la actividad legislativa en este ámbito, podrá llevar a cabo un proceso referido a la concretización del contenido del derecho que sí implica

³⁶⁶ De acuerdo al artículo 53.1 de la CE, teniendo en cuenta que la garantía de la CE deviene en la garantía de los derechos fundamentales.

³⁶⁷ Así lo hace JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales...*, cit., 1999, p. 63.

³⁶⁸ Puede verse CRUZ VILLALÓN, P., «¿Reserva de Constitución?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 9, 1983, pp. 202 y ss.

³⁶⁹ Por ejemplo, el artículo 16.1 habilita al legislador para precisar «el orden público protegido por la ley».

³⁷⁰ Artículo 66.2 de la CE.

³⁷¹ El legislador, por ejemplo, ha definido el concepto de «reunión» del artículo 21.1 de la CE mediante Ley Orgánica 9/1983. Por otro lado, la precisión que pudiera hacerse de lo que se debe entender por «flagrante delito» que recoge el artículo 18.2.

³⁷² Por ejemplo, véase el derecho de huelga y su remisión constitucional en el artículo 28.2.

³⁷³ MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L., *La garantía del contenido...*, cit., 1997, pp. 79 y 85. El autor señala que en este caso la garantía del «contenido esencial» solo funcionará como límite.

una intervención sobre su ámbito jurídicamente protegido³⁷⁴. Así, el trabajo del legislador puede consistir en identificar adecuadamente ese ámbito jurídicamente protegido del derecho³⁷⁵, determinando «las facultades de concreción de la conducta abstractamente definida, mediante la regulación de los elementos de la realidad que sirven para modelizarla y de las facultades y potestades que la integran»³⁷⁶. Una labor que tiene que ver más con la tarea de precisar los contornos y reconocer la propia sustancia del derecho, es decir, el «contenido esencial» ya protegido constitucionalmente³⁷⁷. Una tarea hermenéutica que supone siempre —no perdamos de vista— identificar las posibilidades ofrecidas a partir del texto constitucional, y no desde fuera de él³⁷⁸.

II.6.D.b. La apertura constitucional para la interpretación multinivel de los derechos fundamentales

Junto a las anteriores pautas de interpretación jurídica, la propia CE introduce otra regla de particular interés en relación con la delimitación del contenido de los derechos fundamentales. La pauta contenida en el artículo 10.2 de la CE hace alusión a la interpretación de las «normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce»³⁷⁹, «de conformidad» con la DUDH y con los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia que hayan sido ratificados por España³⁸⁰. Una disposición que debe

³⁷⁴ Los derechos fundamentales deben su existencia dentro del ordenamiento jurídico a su proclamación en la Constitución, no obstante, no son realmente efectivos si no adquieren vida a través de su ejercicio y defensa concretos. Vid. JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales...*, cit., 1999, p. 36.

³⁷⁵ MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L., *La garantía del contenido...*, cit., 1997, pp. 79-80; MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa...*, cit., 1996, p. 23 y ss.

³⁷⁶ DE OTTO Y PARDO, I., «La regulación del ejercicio...», cit., 1992, p. 159.

³⁷⁷ APARICIO PÉREZ, M. A., «Sobre la estructura formal de los derechos constitucionales en la Constitución Española», en APARICIO PÉREZ, M. A. (Coord.), *Derechos Constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, CEDECS, Barcelona, 2001, p. 89 (43-92); DE OTTO Y PARDO, I., «La regulación del ejercicio...», cit., 1992, p. 155; BALAGUER CALLEJÓN, F., «Capacidad creativa y límites del legislador en relación con los derechos fundamentales: La garantía del contenido esencial de los derechos», en APARICIO PÉREZ, M. A. (Coord.), *Derechos Constitucionales...*, cit., 2001, p. 95. El legislador deberá limitarse a recoger, reconocer y garantizar, en ningún caso a concretar a su antojo ese contenido, como señala LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M., *Análisis del contenido...*, cit., 1996, p. 99, asimismo, si nos ceñimos a la literalidad del precepto, al legislador se le encomienda la tarea de regular el ejercicio de los derechos fundamentales, no la de determinar el contenido del derecho.

³⁷⁸ MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L., *La garantía del contenido...*, cit., 1997, pp. 79-80.

³⁷⁹ Lo que para algunos autores significa la referencia a todas las normas contenidas en el Título I de la CE. Vid. SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional...*, cit., 1999, p. 66 y ss.; o, RODRÍGUEZ VERGARA DÍAZ, A., *Integración europea...*, cit., 2001, p. 84.

³⁸⁰ Puede consultarse una crítica a los términos «acuerdos» y «ratificados» del artículo 10.2 de la CE en REMIRO BROTÓNS, A., *La acción exterior del Estado*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 107 (en nota). Además, SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional...*, cit., 1999, pp. 87-88.

En todo caso, se trata de una cláusula que tiene coherencia con el abandono del positivismo legalista que se ha evidenciado en el modelo constitucional actual y que ha de entender a la ley en el ámbito de los derechos, y no en sentido contrario, según OLLERO TASSARA, A., *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989, p. 159, en consonancia con lo dicho en BACHOF, O., *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p. 41.

entenderse obligatoria en su aplicación en cualquier circunstancia y no únicamente en la medida que se planteen dificultades interpretativas³⁸¹.

Esta norma ve reforzada su obligatoriedad con lo dispuesto en el artículo 96 de la CE, que declara que aquellos documentos internacionales forman «parte del ordenamiento interno»³⁸². Desde luego, con su incorporación al ordenamiento interno no se dispone una constitucionalización misma de los tratados de derechos humanos³⁸³. Más bien, se establece un efecto aplicativo general propiamente dicho³⁸⁴, que incluye también el efecto interpretativo que nos interesa comentar³⁸⁵.

De ese modo, al menos en lo que al trabajo hermenéutico de delimitación de su contenido se refiere, se establece una conexión entre estos y los que el texto constitucional contiene, a fin de determinar el contenido y alcance de los primeros³⁸⁶, toda vez que aquellos derechos se han catalogado como estándares comunes de interpretación para el derecho de los Estados parte³⁸⁷.

Por otra parte, las consecuencias para el sistema de derechos fundamentales se producen también a partir de la habilitación del artículo 93 de la CE. El desarrollo doctrinal y jurisprudencial sobre este artículo y las consecuencias para la entrada del Derecho de la Unión es amplio y variado. Tal precepto constituye el fundamento constitucional de la participación de España en el proceso europeo de integración y atribuye el ejercicio de competencias derivadas de la CE a una organización internacional. Sobre esta base conviene recordar que, mediante la Declaración del TC 1/2004³⁸⁸, el TC subrayaba el contenido material o sustantivo

³⁸¹ Se puede determinar su obligatoriedad de la expresión «se interpretarán». FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (Coord.), *Derecho Internacional...*, cit., 2007, p. 522.

³⁸² El artículo 96 sobre los Tratados internacionales válidamente celebrados señala que, «una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno». La publicación es así un requisito simple para que los documentos internacionales tengan efectos jurídicos dentro del ordenamiento nacional y, además, del resto del articulado se desprende que las disposiciones de un Tratado internacional poseen un rango de supralegalidad respecto de cualquier norma interna de rango inferior a la Constitución, no obstante, no se encuentran por encima de la Constitución. Así, el Tribunal Constitucional, mediante el artículo 27.2 de su Ley orgánica es competente para conocer los recursos de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley y a los propios Tratados internacionales.

³⁸³ LÓPEZ GUERRA, L. y otros, *Derecho Constitucional...*, cit., 2016, p. 140.

³⁸⁴ PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*, 18.ª ed., Tecnos, Madrid, 2014, p. 178.

³⁸⁵ Dice OLIVERAS I JANÉ, N., «Los tratados internacionales y las fuentes del derecho comunitario», en APARICIO, PÉREZ, M. A. y BARCELÒ I SERRAMALERA, M. (Coord.), *Manual de Derecho...*, cit., 2012, p. 431, que estos tratados «son, al mismo tiempo, normas internas conforme al artículo 96 de la Constitución, de rango infraconstitucional, y criterios de interpretación de las normas sobre derechos fundamentales conforme al artículo 10.2 del mismo texto, con rango constitucional; en este último aspecto, operan pues como garantía del contenido de derechos fundamentales».

³⁸⁶ GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. y SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. A., *Curso de Derecho Internacional Público*, 7.ª ed., Civitas, Madrid, 2002, p. 771.

³⁸⁷ Véase, por ejemplo, el artículo 32.1 del CEDH que estipula que la sujeción de los Estados firmantes se extiende a la interpretación por el Tribunal de los derechos allí reconocidos. El documento representa, de ese modo, un estándar común de interpretación.

³⁸⁸ Pueden revisarse comentario sobre esta Declaración en SAIZ ARNAIZ, A., «De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: la declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», en LÓPEZ CASTILLO, A., SAIZ

del artículo 93 de la CE y se reconocían las características propias de ese nuevo ordenamiento, el comunitario³⁸⁹, a partir del «respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia»³⁹⁰. No obstante, los prometedores pronunciamientos vieron su retroceso con la STC 26/2014 que, simplificando el asunto, ha restado validez a la CDFUE³⁹¹. A partir de esta interpretación del TC no se asume que los derechos fundamentales de la UE sean el parámetro que ha de tener en cuenta el juez interno cuando actúa interpretando el Derecho de la Unión Europea. Negaría la aplicación directa de la CDFUE al ordenamiento interno y, con ello, se dice, desconocería los efectos de la pertenencia a la UE, desplazando su sistema de derechos como parámetro de europeidad³⁹². Más bien, asumiría los derechos fundamentales de la UE como canon indirecto de constitucionalidad, en base al artículo 10.2 de la CE.

Estamos de acuerdo con que la integración supranacional referida por el artículo 93 supone una vinculación más fuerte que la resultante del artículo 10.2³⁹³. Pero esta respuesta del TC se separa del mandato del Derecho de la Unión que establece la necesidad de respetar el nivel de protección de la CDFUE según ha sido entendida como canon de europeidad³⁹⁴, y que ya fue reconocido por el propio TC. En ese sentido, obvia que, en materia de derechos fundamentales, actúan los principios de articulación entre el ordenamiento estatal y el de la Unión donde este último deberá imponerse de manera obligatoria³⁹⁵.

Entonces, debe asumirse que la incorporación nacional directa de los derechos fundamentales contenidos en la CDFUE³⁹⁶, protegiendo y garantizando el sistema

ARNAIZ, A. y FERRERES COMELLA, V., *Constitución española y Constitución Europea*, CEPC, Madrid, 2005, pp. 51-75.

La Declaración señalaba que este precepto operaba «como bisagra mediante la cual da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través del ejercicio de competencias».

³⁸⁹ En ese sentido, RODRÍGUEZ VERGARA DÍAZ, A., *Integración europea...*, cit., 2001, p. 56 y ss.

³⁹⁰ De tal forma que la supremacía de la CE debía circunscribirse a un mínimo constitucional indisponible identificado con esos límites materiales, aceptando la primacía del Derecho de la Unión fuera de ese mínimo con arreglo a los parámetros de ese ordenamiento (FJ 2), en AZPITARTE SÁNCHEZ, M., «El Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución nacional: su relación con el Tribunal de Justicia», en CARMONA CONTRERAS, A. M. (Coord.), *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 185-206.

³⁹¹ El Caso *Wachauf*, de 13 de febrero de 1989 (STJCE, Asunto C-5/88), supone el inicio de la expansión del deber de respeto de los derechos fundamentales de la UE al ámbito nacional, esto es, la vinculación de los poderes del Estado a los derechos fundamentales cuando apliquen el Derecho comunitario.

Puede consultarse sobre la sentencia a UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I. y RIPOL CARULLA, S., *El Tribunal Constitucional...*, cit., 2017, p. 151 y ss. O a ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La tutela de los derechos...*, cit., 2015, p. 87 y ss.

³⁹² Desconoce el artículo 51.1 de la CDFUE y la sentencia recaída en el Caso *Wachauf*.

³⁹³ Vid. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I. y RIPOL CARULLA, S., *El Tribunal Constitucional...*, cit., 2017, pp. 125-126.

³⁹⁴ UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I. y RIPOL CARULLA, S., *op. cit.*, p. 126.

³⁹⁵ Vid. ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La concretización...*, cit., 2014, pp. 333-335. También UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I. y RIPOL CARULLA, S., *El Tribunal Constitucional...*, cit., 2017, p. 200.

³⁹⁶ El TC debe tener en cuenta que dentro de este sistema de integración europea, su función no solo se circunscribe a la protección de los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito nacional, sino que debe

constitucional estatal, puede aportar a una solución. Esa conexión se realiza en el contexto de una aplicación multinivel que marca las fronteras de la interpretación aceptable, siempre y cuando esta última sea conforme —entendida como compatible o no contradictoria— con el contenido de aquellos textos internacionales y con las decisiones de los órganos encargados de su interpretación, cuando sea el caso³⁹⁷. No obstante, no olvidemos que, en términos generales, el estándar de protección universal y europeo de derechos humanos es uno de mínimos y no puede utilizarse para disminuir o limitar el contenido de los derechos fundamentales de reconocimiento nacional³⁹⁸. Los contenidos de aquellos documentos y las decisiones de cualesquiera instancias jurisdiccionales previstas devienen así, por imperativo constitucional, en canon hermenéutico de los derechos y libertades fundamentales y vienen a completar la ordenación de tales derechos, adecuando la actuación de los poderes públicos, dentro de los cuales se encuentra no solo el TC, sino, por ejemplo, la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD)³⁹⁹.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Pues bien, las premisas y afirmaciones rescatadas en las líneas anteriores nos permiten identificar que el sistema jurídico diseñado ha respondido, justamente, al modelo tradicional de naciones-Estado, donde cada uno diseña sus normas y reconoce sus derechos. Desde ese punto, con la globalización y la revolución tecnológica, se reducen las opciones de garantizar una protección adecuada para los derechos fundamentales desde un ámbito local.

No obstante, coincidimos en que estamos ante «un sistema jurídico que se toma en serio los derechos fundamentales y los valores de la democracia»⁴⁰⁰. El sistema de protección de la persona ha sido construido sobre la idea de unos derechos fundamentales, identificados como núcleo del bien común. Eso repercute en su reconocimiento (y así han de ser tratados) como el escalón más alto del ordenamiento jurídico constitucional. Coincidimos que se tratan de derechos «fundamentales» porque aluden a lo esencial de la vida de cada persona, su desarrollo y su dignidad, pero no desde una personalidad abstracta, sino histórica, real, vinculada al sistema de necesidades humanas. La protección de la dignidad de la persona, de la libertad, la

garantizar el respeto de aquellos reconocidos en la Carta por los órganos nacionales. Una propuesta hecha por ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La tutela de los derechos...*, cit., 2015, p. 11 y ss.

³⁹⁷ SAIZ ARNAIZ, A., «La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución española)», en LÓPEZ GUERRA, L. y SAIZ ARNAIZ, A. (Dir.), *Los sistemas interamericano...*, cit., 2015, pp. 279-282.

³⁹⁸ Ya lo recogió el propio CEDH en su artículo 53 que sostiene que ninguna de las disposiciones recogidas allí (y, desde luego, las interpretaciones que lleve a cabo el TEDH sobre ellas), se entenderá «en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante».

Puede consultarse alguna opinión al respecto en UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I. y RIPOL CARULLA, S., *El Tribunal Constitucional...*, cit., 2017, p. 183 y ss.

³⁹⁹ SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional...*, cit., 1999, pp. 52-56.

⁴⁰⁰ ATIENZA, M., «Constitucionalismo, globalización...», cit., 2009, p. 216.

igualdad real sobre la base de un Estado social y democrático de derecho no está limitada a los cambios sociales o tecnológicos tradicionales.

Debido a su contenido, tales derechos ocupan los niveles más altos del ordenamiento jurídico⁴⁰¹. En ese sentido, los poderes públicos tienen el deber de procurar su reconocimiento, protección y eficacia⁴⁰².

Se trata de normas iusfundamentales que, aún reconocidas como tales, requieren de desarrollos legislativos o jurisprudenciales ulteriores para determinar su alcance y, en definitiva, su eficacia. La base material de su fundamentación se observa mejor en este sentido: a partir de su fundamentación última de defensa de la dignidad humana puede afrontarse el debido proceso de interpretación, integración y aplicación de estos derechos. Desconocer el plano material desvirtúa su esencia y los reduce a un mero catálogo expreso de derechos contenidos en las Constituciones.

Ahora bien, un obstáculo para llevar adelante el cumplimiento de los parámetros de protección de la persona estriba en la necesidad de la existencia de normas previas para su concretización. Convendría la aplicación directa de la CE en virtud de la aplicación de los criterios interpretativos, debiendo los jueces, para ello, soslayar la *interpositio legislatoris*. Dejar en manos del TC y del legislador el desarrollo y concretización de los derechos fundamentales trae consigo el debilitamiento de la fuerza normativa de la CE que viene inherente a su proclamación.

Notemos, además, que el sistema de derechos fundamentales recogido la CE se ha construido sobre la base de un sistema de principios y valores que coincide con aquel que cimienta el derecho internacional de derechos humanos y el supranacional de protección de derechos fundamentales en el ámbito europeo⁴⁰³. Esa coincidencia refleja el reconocimiento dentro del sistema jurídico interno de ese fondo común —mínimo e irrenunciable— que debe guiar la protección de los derechos del individuo en sociedad. De ese modo, el sistema de protección de derechos fundamentales español se ha dotado con contenidos que, al ser coincidentes, devienen en imposibles de prescindir⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ GARRIDO GÓMEZ, M.^a I., *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*, Dilex, Madrid, 2007, p. 19.

⁴⁰² ATIENZA, M., *Introducción al derecho*, Club Universitario San Vicente, Alicante, 1998, p. 151. También, GARRIDO GÓMEZ, M.^a I., *Derechos fundamentales y Estado social...*, cit., 2007, pp. 23-24. DÍAZ, E., *Estado de Derecho...*, cit., 1991, pp. 31-42.

⁴⁰³ El TC manifestaba en la STC 21/1981, de 15 de junio que «los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los convenios internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico» (FJ 10).

⁴⁰⁴ SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional...*, cit., 1999, pp. 37-41.

Lo que se puede hacer o dejar de hacer adquiere connotaciones supranacionales y aquellas reivindicaciones sobre el control de un espacio meramente estatal y de un sistema único estatal de protección de derechos carece de sentido⁴⁰⁵. En esta nueva era encaja perfectamente la referencia a una protección también globalizada que se extienda desde los poderes públicos estatales hasta los sistemas de protección supranacional. Para ello, resalta la responsabilidad de España en el cumplimiento de las sentencias del TEDH y la consideración de la jurisprudencia del TJUE, no solo a efectos de evitar futuras sentencias que declaren la violación de algún derecho, sino que sirven para fortalecer el sistema de protección de derechos fundamentales a partir de la interpretación del contenido de cada uno de ellos. El avance del modelo de protección supranacional, contrariamente a lo que se pueda argumentar, más que debilitar la soberanía nacional, refuerza a los sistemas nacionales a partir de su integración y consideración obligatoria en el dicho ámbito nacional.

Por último, si lo que se ha pretendido con el mandato de vinculación de todos los poderes públicos a estos derechos ha sido blindar su respeto y lograr su promoción —y, con ello, amparar el equilibrio de todo el sistema jurídico-político que, además, responde a unos valores europeos—, cualquier consideración sobre su contenido constitucionalmente protegido deberá ir en consonancia con la protección multinivel en defensa de la dignidad de la persona. El sistema diseñado ha otorgado validez a los derechos fundamentales y su eficacia dependerá del mandato que de ellos emane, siempre y cuando responda al parámetro que sirve de fundamento a dichos derechos: la dignidad⁴⁰⁶.

Ciertamente, en aquellos casos en los que un Tribunal interno debe decidir sobre dicha base o el legislador debe incorporar criterios interpretativos de las sentencias supranacionales, debe existir un sometimiento efectivo. Aún, con todo, el canon hermenéutico y la medida de su aplicación quedarían en manos del TC o del legislador, siendo perfectamente posible que se realicen distinciones en el nivel de protección o se marquen diferencias en el contenido de los derechos. Estas situaciones cuestionables afectarían desde la dignidad del ser humano hasta el principio de seguridad jurídica.

⁴⁰⁵ No hay más que ver la postura del TC o la ausencia de aceptación para que la ONU pueda dictar normas de carácter vinculante en materia de derechos humanos.

⁴⁰⁶ Encontrando un equilibrio materializado en la conexión entre el principio democrático, derechos fundamentales, la soberanía, libertad, igualdad y dignidad que son, además, necesariamente, piezas indispensables. Puede consultarse sobre esta conexión (con ciertos matices interesantes) en: ALÁEZ CORRAL, B., *Nacionalidad, ciudadanía y democracia: ¿a quién pertenece la Constitución?*, CEPC, Madrid, 2006, p. 195 y ss.; o, HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, p. 147 y ss. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *La igualdad en la diversidad...*, cit., 2012, pp. 20-21. Véase que, por ejemplo, como dice KRIELE, los derechos fundamentales y la democracia se hallan en una relación de condicionamiento mutuo, toda vez que la democracia presupone libertad individual protegida jurídicamente para todos y la libertad para todos presupone democracia. De esta afirmación puede entenderse que, si no existe la conexión entre libertad y democracia, se puede llegar a una interpretación de los derechos fundamentales capaz de poner en peligro tanto la libertad [igualitaria] como la democracia [KRIELE, M., *Introducción a la Teoría...*, cit., 1980, p. 470.]

CAPÍTULO III

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES LABORALES

I. LA PLENA VIGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PRIVADOS

Dado que la presente investigación se circunscribe al análisis de derechos fundamentales en las relaciones laborales, corresponde ahora realizar algunas puntualizaciones sobre la función e influencia de estos derechos en las relaciones entre privados. Nos mantenemos en el plano sustantivo de la cuestión, es decir, conservamos la distinción entre la virtualidad de estos derechos y sus garantías. Desde el análisis de su naturaleza, y de acuerdo al modelo de Estado de Derecho acuñado en la CE⁴⁰⁷, nos interesa centrar el comentario sobre tres cuestiones generales: primero, los fundamentos de validez de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares; segundo, su eficacia en este tipo de relaciones; y, en tercer lugar, las características de dicha eficacia vinculada a su aplicabilidad.

I.1. El punto de partida: su radio de validez en las relaciones entre privados

Recordemos que en la época liberal Estado y sociedad se consolidaban como dos sistemas distintos, cada uno bien definido y diferenciado del otro y, además, opuestos entre sí⁴⁰⁸. El Estado tenía como función salvaguardar el orden social preexistente, con el que tenía mínima relación y, en ningún caso, debía intentar modificarlo⁴⁰⁹. En ese modelo de sociedad autosuficiente, el Derecho privado marcaba sus propias líneas y se consolidaba como regulador de las relaciones jurídicas *inter privatos*, cuyo eje principal y máximo era la autonomía privada. Acuerdos de voluntades concretadas por sujetos entendidos formalmente como libres e iguales, capaces de crear relaciones jurídicas válidas sin intervención estatal⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ Ciertamente la doctrina ha venido analizando la eficacia de los derechos fundamentales confundiendo el plano procesal con el plano material, confundiendo los derechos fundamentales con sus garantías.

⁴⁰⁸ La sociedad se constituía en un orden «natural» y el Estado como un «ente artificial». Sobre la concepción liberal, interesante la obra de MACPHERSON, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo: de Hobbes a Locke*, Trotta, Madrid, 2005, trad. CAPELLA, J-R.

⁴⁰⁹ GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2.^a ed., Alianza, Madrid, 1985, pp. 21-22.

⁴¹⁰ Vid. VENEGAS GRAU, M.^a, *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, y el principio de autonomía privada*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 56.

De ese modo, carecía de sentido exigir, por un lado, alguna intervención estatal que no fuera para algo más que velar por el respeto de los acuerdos tomados entre las partes⁴¹¹, y, por otro, exigir que aquellos derechos y libertades que se ostentaban frente al Estado fueran necesarios en las relaciones privadas⁴¹². En esa línea, durante mucho tiempo el Derecho Civil funcionó como «el castillo de la libertad en medio de un orden político cambiante» e, incluso, como «un adelantado de los derechos y libertades» de los individuos y de la regulación autónoma de las relaciones sociales, cumpliendo una función de estabilidad social⁴¹³. Ciertamente, mientras que el Derecho constitucional tardaba en consolidarse⁴¹⁴, los Códigos Civiles significaron los documentos guías de tales sociedades autosuficientes, cuyas relaciones se constituían bajo sus propios principios reguladores, también suficientes⁴¹⁵.

Hemos visto que los sistemas jurídico-políticos actuales se consolidan sobre la eliminación de las barreras clásicas entre el Estado y sociedad. Se habla de una función estatal que no se limita a asegurar las condiciones de un «orden social predeterminado» ni a vigilar a una sociedad pretendidamente autorregulada, sino que asume un papel de ente regulador decisivo del sistema social, estructurándolo «a través de medidas directas o indirectas»⁴¹⁶. Para llegar a este punto ha hecho falta que se produzca lo que se ha llamado una «paulatina socialización del Estado» acompañada de una «estatalización de la sociedad»⁴¹⁷. Se han ido transformando hasta entenderse y existir ambos como sistemas fuertemente interrelacionados entre sí, que poseen cualidades y principios estructurales complementarios y que, además, comparten finalidades igualmente complementarias⁴¹⁸. Esta concepción y nueva relación queda particularmente de manifiesto en el ámbito de las relaciones de Derecho privado, donde también se ha notado la nueva estrategia, manteniéndose la cualidad y las funciones de cada

⁴¹¹ BILBAO UBILLOS, J. M.^a, *La eficacia de los derechos...*, cit., 1997, pp. 237-239. Un modelo donde el Estado poseía una actitud en apariencia neutral cuando, en realidad, apuntalaba unas condiciones idóneas para perpetuar a una clase burguesa privilegiada titular del poder político-social que aparentaba la reivindicación de unos principios reguladores del Estado en pro de la sociedad, siendo solo para su beneficio.

⁴¹² Los derechos se percibían como oponibles únicamente a los poderes públicos en su calidad de enemigos (primeros) de las recién conquistadas libertades, acotando y garantizando, a través de ellos, unos espacios de autonomía y autodeterminación personal como los más importantes baluartes de la libertad del individuo. BILBAO UBILLOS, J. M.^a, *La eficacia de los derechos...*, cit., 1997, pp. 236-240.

⁴¹³ DE LA QUADRA-SALCEDO, T., «Derecho público, derecho privado y derechos fundamentales», *Revista General de Derecho Administrativo*, n^o 34, 2013, p. 63.

PRIETO SANCHÍS dice que «en el antiguo régimen el germen de los derechos fundamentales aparece constituido precisamente por el derecho privado; es en el ámbito privado y no en el público donde por primera vez procede hablar de derechos». Vid. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos...*, cit., 1990, p. 206.

⁴¹⁴ Puede consultarse sobre este punto, respecto de los procesos diferentes en Francia y Alemania, a HESSE, K., *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1995, p. 33 y ss., trad. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. Las aportaciones del autor gozan en la doctrina española de especial autoridad, aunque estén destinadas al Derecho alemán.

⁴¹⁵ BILBAO UBILLOS, J. M.^a, *La eficacia de los derechos...*, cit., 1997, p. 237.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 23.

⁴¹⁷ DE VEGA GARCÍA, P., «La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social», en CORCUERA ATIENZA, J. y GARCÍA HERRERA, M. A. (Ed.), *Derecho y economía en el estado social*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 123.

⁴¹⁸ GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones...*, cit., 1985, p. 25.

uno de los sectores jurídicos, pero aterrizando en una «recíproca complementariedad y dependencia»⁴¹⁹.

Mientras tanto, las bases de la concepción actual de los derechos fundamentales en el ámbito español se asientan también en la eliminación de esas barreras sostenidas antes por la teoría de los derechos públicos subjetivos, que mantenía cerrada cualquier operatividad de los derechos y libertades del individuo en las relaciones jurídicas derivadas del Derecho privado⁴²⁰. Reconocemos el gran salto en la primera mitad del siglo XX, durante la República de Weimar: aun sin renunciar al contenido de raigambre liberal de derechos públicos subjetivos⁴²¹, se lograba incorporar elementos nuevos que enriquecieron los alcances iniciales y provocaron una consideración doctrinal más amplia que reconocía a los derechos fundamentales desde su doble cualificación, pudiendo ser capaces de impregnar a otros ámbitos del ordenamiento⁴²². Así, ciertas cuestiones hasta entonces circunscritas únicamente al ámbito privado pasaban a regular «sus objetivos específicos no desde el punto de vista de las distintas ramas del Derecho técnico, sino desde el Derecho constitucional»⁴²³. Con la llamada «teoría de la integración» se lograba una recíproca complementariedad y dependencia entre sistemas jurídicos autónomos, entendida ahora desde una óptica distinta, recurriendo al conjunto de los derechos fundamentales como fundamento normativo y de contenido⁴²⁴.

En ese sentido, de acuerdo a la configuración del sistema jurídico español, los derechos fundamentales, desde una posición central y nuclear de todo el ordenamiento, «repercuten, por validez propia, “constitucional”, en todos los ámbitos»⁴²⁵. Eso quiere decir que encabezan un megasistema jurídico unitario en el que ambos sistemas, constitucional y privado, desde una visión más realista, deben seguir complementándose, apoyándose y condicionándose⁴²⁶.

Nos queda claro que el sistema, tal como ha sido diseñado, ha otorgado validez a los derechos fundamentales de acuerdo con las expectativas y pretensiones de la protección de la

⁴¹⁹ HESSE, K., *Derecho Constitucional...*, cit., 1995, pp. 69 y 70; GARRORENA MORALES, Á., *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 87.

⁴²⁰ Puede consultarse la obra de ESTRADA, A. J., *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000. En especial p. 58 y ss.

⁴²¹ Teoría que hundió sus raíces en el marco ideológico del Estado liberal de Derecho, obra de la Escuela alemana de Derecho Público, elaborada a partir de premisas ideológicas predemocráticas y con un marcado toque individualista.

⁴²² Como ya hemos visto, de derechos subjetivos y, a la vez, como normas objetivas de valores. ESTRADA, A. J., *La eficacia...*, cit., 2000, p. 59; SMEND, R., *Constitución y Derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 229, trad. BENEYTO PÉREZ, J. M.^a

⁴²³ Teoría de SMEND, R., *Constitución y Derecho...*, cit., 1985, p. 229.

⁴²⁴ Podría entenderse, tal como lo señala ESTRADA, que la «teoría de la integración es el punto de partida para una aplicación de la validez de los derechos fundamentales», vid. ESTRADA, A. J., *La eficacia...*, cit., 2000, p. 63.

⁴²⁵ ESTRADA, A. J., *La eficacia...*, cit., 2000, p. 63, en referencia a Walter LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, München, Beck, 1960, pp. 71 y ss., obra a la que no hemos tenido acceso.

⁴²⁶ HESSE, K., *Derecho Constitucional...*, cit., 1995, p. 81. Opina en sentido parecido GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones...*, cit., 1985, p. 25 y 126 y ss. Su característica fundamental es la interacción constante y profunda entre ambos sistemas, GARRORENA MORALES, Á., *El Estado español...*, cit., 1984, p. 87.

dignidad de la persona en sociedad⁴²⁷. El sistema se asienta sobre el principio de constitucionalidad que se materializa en la disposición de la sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos «a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico»⁴²⁸, lo que implica de ambos nada más y nada menos que un respeto a los preceptos constitucionales en su conjunto y en cualquier situación jurídica⁴²⁹. De ese modo, el sistema no permite que se aplique distinción alguna entre lo público y lo privado. Son ahora los derechos fundamentales democráticamente positivizados los que poseen las características de normas de potencial autodisposición por sus titulares también en su vida social, es decir, acompañan a los individuos en todos los planos en los que se desarrolle.

El sistema de derechos fundamentales también se entiende como un orden objetivo de valores que rige en todos los ámbitos del ordenamiento, lo que no va a significar otra cosa que un claro «reforzamiento de principio de la fuerza vinculante de los derechos fundamentales» y, por consiguiente, que ninguna prescripción jurídico-privada puede encontrarse en contradicción con ellos⁴³⁰. Se trata de derechos que actúan como informadores de las relaciones sociales, entre las que se encuentran, por supuesto, las relaciones entre particulares⁴³¹.

De hecho, en este modelo de Estado, el destino del Derecho está en regular «las relaciones entre los hombres, sus conductas, fines y objetivos»⁴³² y, por ello, dentro de este esquema «no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social»⁴³³. Al individuo, entonces, se le reconoce la titularidad subjetiva de los derechos fundamentales también en su «vida social», sujetando a los demás particulares al valor normativo que despliegan esos derechos, de manera que así se protege la primacía del interés

⁴²⁷ DE LA QUADRA-SALCEDO, T., «Derecho...», *cit.*, 2013, p. 28. Decía HESSE, K., *Derecho Constitucional...*, *cit.*, 1995, pp. 81 y 82, que la importancia decisiva del derecho constitucional sobre el derecho privado no se entiende porque la Constitución hoy haya devenido en «fundamento de todo el Derecho y por ello también del ordenamiento jurídico-privado», sino por la posición central del individuo.

⁴²⁸ Sobre el principio puede consultarse a DE ESTEBAN, J. (Dir.), *Normas Políticas de España*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 40-43.

Para algunos, este artículo posee un contenido «superfluo» como fundamento de la obligación del juez de decidir conforme a derecho. *Vid.* DE PÁRAMO ARGÜELLES, J., «Razonamiento jurídico e interpretación constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 22, 1988, p. 106.

⁴²⁹ También en este sentido BASTIDA FREIJEDO, F. J. y otros, *Teoría general...*, *cit.*, 2004, p. 102.

⁴³⁰ Actúan como «criterios básicos de normatividad que afectan a todos los planos del ordenamiento», GÓMEZ TORRES, C. J., «El abuso de los derechos fundamentales», en PÉREZ LUÑO, A. E. (Ed.), *Los derechos humanos...*, *cit.*, 1979, p. 308.

Es más, habiéndose superado la dicotomía entre los sectores público y privado, la influencia de los derechos fundamentales se extiende a otros varios aspectos como la creación, interpretación y aplicación de esas normas jurídicas, en HESSE, K., *Derecho Constitucional...*, *cit.*, 1995, pp. 57-58; BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993, p. 95, trad. REQUEJO PAGÉS, J. L. y VILLAVARDE MENÉNDEZ, I. El reconocimiento determinante de los derechos fundamentales como orden objetivo de valores puede encontrarse en el fallo del TC alemán, c. *Lüth*.

⁴³¹ El individuo, «vive inmerso en un entramado de relaciones sociales que le unen a otros individuos o a determinadas organizaciones», en BILBAO UBILLOS, J. M.^a, *La eficacia de los derechos...*, *cit.*, 1997, p. 263.

⁴³² DE LA VEGA BENAYAS, C., *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil*, Civitas, Madrid, 1976, p. 181.

⁴³³ SSTC 18/1984, de 7 de febrero (FJ 6); 177/1988, de 10 de octubre (FJ 4); 180/1994, de 20 de junio (FJ 2).

general de las motivaciones particulares y la realización efectiva del mandato de igualdad del individuo⁴³⁴. Es decir, se le otorga protección en todos los ámbitos en que intente desarrollarse.

Incluso, del propio texto constitucional se observa la pretensión de regular relaciones jurídicas que propiamente serían protagonizadas por particulares, es decir, relaciones jurídico-privadas, al menos en sus aspectos esenciales⁴³⁵. Nuevamente, el Derecho privado, en cuanto forma parte de este ordenamiento jurídico unitario, no puede entenderse inmune a la acción conformadora de los derechos fundamentales, por tradicionales que resulten⁴³⁶.

En ese sentido, los derechos fundamentales deben reconocerse directamente vinculantes a todos los poderes del Estado como consecuencia de la fuerza propia que les ha otorgado la CE en su calidad también de normas jurídicas⁴³⁷. Pero esto tampoco puede entenderse como una exclusión del mandato general del artículo 9.1⁴³⁸. Los derechos fundamentales poseen más de una dimensión y obligan a los actores de distinta manera. Efectivamente, aunque la sujeción de los ciudadanos a los derechos fundamentales no tenga el mismo alcance ni la misma intensidad que la vinculación de los poderes públicos a tales derechos⁴³⁹, «[l]as relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas»⁴⁴⁰ de su ámbito de aplicación.

De aquí, el punto de partida para la presencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se basa en la consideración prestatal de la importancia del individuo, obligando al Estado y a los particulares a respetarlos y garantizar su respeto⁴⁴¹. Unos derechos y libertades que, desde la posición central del individuo en sociedad, no experimentan

⁴³⁴ ESTRADA, A. J., *La eficacia...*, cit., 2000, p. 105. También, MOLINA NAVARRETE, C., «Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales: el paradigma de “Drittwirkung” laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 3, 1991, p. 64 y ss.

⁴³⁵ Aunque, desde allí, el desarrollo de estas relaciones en el ámbito de Derecho privado al que se refiera seguirá supeditado a las «directrices e impulsos» que ofrece la CE y que responden a los principios y valores del modelo de Estado de Derecho establecido.

El Derecho privado como derivado de la Constitución, consúltese la STC 56/1990, de 29 de marzo (FJ 34), donde el TC subraya que es «la Constitución una norma de aplicación directa cuyo contenido ha de informar todo el ordenamiento jurídico» y que «múltiples preceptos de la Constitución que se refieren directa o indirectamente al Derecho Civil o al Derecho Privado en general [...]». Vid. BILBAO UBILLOS, J. M.^a, *La eficacia de los derechos...*, cit., 1997, p. 258.

⁴³⁶ MOLINA NAVARRETE, C., «Bases jurídicas...», cit., 1991, p. 66.

Para MARTÍNEZ-PUJALTE, el artículo 9.2 de la CE que reconoce de forma inequívoca la función de este Estado social de Derecho, es el artículo donde se halla «el fundamento general de la eficacia horizontal o *Drittwirkung* de los derechos fundamentales» en el ordenamiento español, en *La garantía del contenido...*, 1997, p. 88.

⁴³⁷ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos...*, cit., 1990, pp. 115. Además, puede consultarse RUBIO LLORENTE, F., «La Constitución...», cit., 1979, pp. 64-65. O, CRUZ VILLALÓN, P., «Concepto de derecho...», cit., 1994, p. 162.

⁴³⁸ Recuérdese la concepción de GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales...*, cit., 1994, p. 340. Vid. MOLINA NAVARRETE, C., «Bases jurídicas...», cit., 1991, p. 85.

⁴³⁹ BILBAO UBILLOS, J. M.^a, *La eficacia de los derechos...*, cit., 1997, p. 352.

⁴⁴⁰ SSTC 177/1988, de 10 de octubre (FJ 4); 74/2007, de 16 de abril (FJ 5).

⁴⁴¹ Estamos ante a la superación de una concepción del sistema de derechos como meras pretensiones frente al poder estatal, exentas de injerencia en los asuntos privados. PACE, A., *Problematica delle libertà costituzionali, Parte Generale*, 3.^a ed., CEDAM, 2003, p. 18 (en nota).

ninguna variación de naturaleza. Son los mismos sean cuales sean los sujetos que intenten menoscabarlos⁴⁴² y sean cuales sean los tipos de relaciones en las que el titular de estos derechos pretenda participar.

I.2. Eficacia de los derechos fundamentales derivada de su validez propia

Los debates doctrinales sobre el posible efecto derivado de la validez y vigencia de las normas constitucionales que reconocían derechos fundamentales en todos los órdenes, incluidos las relaciones entre particulares⁴⁴³, han tenido su punto de origen en la doctrina alemana, pero también han trascendido al ámbito español. La cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros, conocida bajo el término *Drittwirkung der Grundrechte*, surgió a partir de la discusión de dos posiciones: de una parte, los partidarios de la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados y quienes, en ese primer momento, la negaban⁴⁴⁴.

I.2.A. La resistencia al embate de los derechos fundamentales

Haciendo un breve comentario sobre estas posiciones, empezaremos por esta última. En términos generales, desde el inicio del debate, la negativa a reconocer cualquier eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares ha tenido su fundamento en la consideración clásica —ya desterrada— de derechos creados para tener eficacia frente al poder estatal, al negarse que dentro de aquellas relaciones podrían desarrollarse dinámicas de poder con participación del Estado⁴⁴⁵. Asimismo, bajo la premisa de que el Derecho privado ha seguido siendo algo muy distinto del Derecho público y que la categoría de derechos fundamentales pertenecería al segundo ámbito donde sí se ven dotados de eficacia⁴⁴⁶.

⁴⁴² EMBID IRUJO, A., «El TC y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado», *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 25, 1980, p. 200. «Estos pueden resultar menoscabados no sólo por el Estado, sino por los titulares del poder económico y social, y aun por simples particulares», ESTRADA, A. J., *La eficacia...*, cit., 2000, p. 87.

⁴⁴³ Sobre precisiones terminológicas y aspectos históricos de la doctrina, ESTRADA, A. J., *La eficacia...*, cit., 2000, p. 87 y ss.; BILBAO UBILLOS, J. M.^a, *La eficacia de los derechos...*, cit., 1997, p. 207 y ss.

⁴⁴⁴ Vid. DE LA VEGA BENAYAS, C., *Teoría, aplicación...*, cit., 1976, p. 181.

⁴⁴⁵ Ocurre con VARELA DÍAZ que basa su argumentación entendiendo a los derechos fundamentales como exclusivos frente a los poderes públicos: «no parece que sea posible sostener, en el marco de nuestro ordenamiento constitucional, la existencia de una eficacia directa de los derechos fundamentales frente a los particulares. Al contrario, parece del todo evidente que tales derechos han sido concebidos por la Constitución española como un conjunto de límites o mandatos que, con carácter inmediato, se dirigen exclusivamente a los poderes públicos o, si se prefiere, al resto del ordenamiento jurídico. Lógico es, por consiguiente, que los instrumentos concretos para la garantía de los derechos fundamentales se dirijan exclusivamente hacia la autoridad de naturaleza pública o estatal». VARELA DÍAZ, S., «La idea del deber constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 4, 1982, p. 77.

⁴⁴⁶ Según LACRUZ BERDEJO, las modernas Constituciones dedican «numerosos preceptos a la protección y respeto debido a la persona y sus libertades y derechos llamados fundamentales; con visión iuspublicista en general, defendiendo a esa persona y a sus derechos contra las injerencias del propio Estado». LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de Derecho Civil I. Parte General: Personas*, vol. 2, 4.^a ed., Dykinson, Madrid, 2004, p. 52 y ss. Se describen las distintas posiciones y entre ellas la de quienes sostienen que los

La teoría negacionista se sigue sosteniendo en base a la defensa del dogma de la autonomía privada, para la que la teoría de la *Drittwirkung* supone un riesgo y una catástrofe para la libertad contractual y la seguridad jurídica⁴⁴⁷. Efectivamente, el dogma de la autonomía privada, sobre el que se ha asentado el Derecho privado desde sus inicios, sigue siendo el gran argumento para la defensa acérrima de la imposibilidad de reconocer la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados⁴⁴⁸. Admitir la eficacia de estos derechos en este tipo de relaciones significaría reconocer la prevalencia de cualquier derecho fundamental sobre el propio principio de autonomía privada y, según esta posición, el nefasto vaciamiento del principio, ante la imposibilidad de renuncia libre de sus titulares al ejercicio de sus derechos⁴⁴⁹.

No obstante, si consideramos el carácter normativo de la CE y la configuración actual del sistema jurídico resulta coherente negar, de forma categórica, esta línea argumental⁴⁵⁰. En particular, si tenemos en consideración la virtualidad de los artículos 9 o 10 de la CE que recogen tanto el deber de cumplimiento de la CE por todas las personas y los poderes públicos, así como el valor de la dignidad en el ordenamiento jurídico.

En ese afán de garantizar el ámbito de la autonomía privada, se ha olvidado que este principio no es impermeable a los derechos fundamentales en la medida en la propia autonomía que inspira el Derecho civil no es algo ajeno al sistema jurídico construido y a los derechos fundamentales mismos, sino que es, hoy, la concreción —en última instancia— de la dignidad de la persona humana y del libre desarrollo de la personalidad del individuo⁴⁵¹.

derechos fundamentales son de Derecho público en tanto que los de la personalidad son propios del Derecho Civil.

⁴⁴⁷ Podemos resaltar la presencia de un sector de los civilistas que, celosos ante un eventual efecto negativo sobre la autonomía privada, principio vertebrador del Derecho Civil. Según ellos, el equilibrio podría lograrse recurriendo a sus propias normas que ya han sido diseñadas para la defensa de las libertades individuales de los sujetos de derecho privado. Vid. PABÓN DE ACUÑA, J. M.^a, «La llamada “drittwirkung” de los derechos fundamentales», en VV. AA., *Poder judicial*, vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, p. 2226.

⁴⁴⁸ Puede consultarse sobre las teorías negacionistas a través de los años, a BILBAO UBILLOS, J. M.^a, *La eficacia de los derechos...*, cit., 1997, pp. 278-283. También a ESTRADA, A. J., *La eficacia...*, cit., 2000, pp. 98-101; o a DE LA QUADRA-SALCEDO, T., «Derecho...», cit., 2013, p. 50 y ss.

⁴⁴⁹ Así lo explica VENEGAS GRAU, M.^a, *Derechos fundamentales...*, cit., 2004, pp. 19-20. Argumentos en la línea de la teoría negacionista pueden encontrarse en la obra de GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ-BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del TC*, Civitas, Madrid, 1986, con algunos casos, por ejemplo, en la p. 15: «si el comerciante no puede tener un solo proveedor porque ha de tratar de igual manera a todos ellos y, por tanto, formular los pedidos a prorrata a cuantos industriales fabriquen el producto que merca; y si el individuo no puede encargar la confección de su vestuario a un solo sastre por idénticas razones y análogas consecuencias, es claro que habríamos acabado no sólo con el tráfico jurídico privado, sino también con la libertad más inmediata y menos prescindible [...]».

⁴⁵⁰ Sobre el debate abierto de la Constitución y de la forma de aplicación de sus normas, véase, por ejemplo, BÖCKENFÖRDE, E-W., *Escritos sobre derechos...*, cit., 1993, pp. 137-138. Además, HESSE, K., *Derecho Constitucional...*, cit., 1995, pp. 69-74.

⁴⁵¹ Sobre esta cuestión, interesante la posición de ROGEL VIDE. El autor desconoce cualquier existencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, pues en este ámbito los que operan son los derechos de la personalidad (por ejemplo, el derecho al honor o a la intimidad) que son tutelables únicamente en el ordenamiento civil. ROGEL VIDE, C., *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Real Colegio de España, Bolonia, 1985, p. 126 y ss. Además, p. 175.

Si, en términos generales, el objeto del Derecho privado es salvaguardar la libertad del individuo a autodeterminar sus relaciones, no puede desconocerse la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros, como consecuencia lógica de la posición de tales derechos a la luz del Estado social⁴⁵². Exigir que la libertad e igualdad sean efectivas implica, ciertamente, ese respeto generalizado por parte de todos los individuos y esto pasa por admitir también, insistimos, que los derechos y libertades reconocidos en la CE «no solamente informan de los derechos del ciudadano ante el poder público, sino de los derechos en cualquier situación y frente, también, a otro sujeto privado»⁴⁵³.

Defender una conclusión contraria sería subordinar la supremacía constitucional a los deseos o actos de los particulares y negar la posición primordial de garantía de la dignidad del individuo que envuelve la esencia del sistema constitucional y que, además, es fundamento del orden político (relaciones verticales) y la paz social (relaciones entre los mismos ciudadanos)⁴⁵⁴.

I.2.B. El reconocimiento de su efecto en las relaciones de ámbito privado

Como hemos visto, el debate teórico también se ha desarrollado entre aquellos que reconocen la aplicabilidad de los derechos fundamentales en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, aunque con diversos matices. Diferentes efectos derivados de su validez ante la imposibilidad de seguir evadiendo la actual realidad socio-jurídica. Un análisis todavía vigente también desde la experiencia española a partir de la promulgación de la CE, bajo esas directrices de la teoría alemana⁴⁵⁵.

Históricamente, el desarrollo doctrinal de reconocimiento de las formas en las que los derechos fundamentales despliegan su eficacia en el ordenamiento jurídico privado se ha

⁴⁵² Decía DE VEGA GARCÍA que «[e]l reconocimiento de la *Drittwirkung* presupone, ciertamente, una opción política según la cual, sin negar el constitucionalismo de la libertad, se pretende abrir una vía razonable para asentar el constitucionalismo de la igualdad, otorgando una traducción efectiva al sistema de derechos reconocidos constitucionalmente en el Estado social y que, conforme a la arquitectura jurídica del Estado Liberal de Derecho, resultan inoperantes». Vid. DE VEGA GARCÍA, P., «Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)», en PÉREZ LUÑO, A. E. (Coord.), *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 278-279. Para ESTRADA, quien concuerda con el autor, «si se entiende que Estado social supone una evolución real [...], se puede afirmar en igual medida la actual primacía de los instrumentos útiles para garantizar la igualdad real —entre ellos la *Drittwirkung* como uno de los primeros—, sobre las antiguas constricciones aseguradoras de la libertad- a las que responde la autonomía». ESTRADA, A. J., *La eficacia...*, cit., 2000, p. 119.

⁴⁵³ EMBID IRUJO, A., «El TC y la protección...», cit., 1980, pp. 200-201. También, NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 212. El autor señala que «la norma iusfundamental no garantiza tan sólo un ámbito de inviolabilidad frente al Estado, sino un auténtico *status socialis*, esto es, una posición jurídica del individuo que reclama respeto frente a todos».

⁴⁵⁴ Véase MOLINA NAVARRETE, C., «Bases jurídicas...», cit., 1991, p. 83.

⁴⁵⁵ Toda referencia a la eficacia de los derechos fundamentales debe entenderse hecha aquí referida a todo el Capítulo segundo del Título I de la Constitución, no solo por lo ya explicado en el Capítulo anterior, sino porque tanto la sujeción como la vinculación a los derechos fundamentales (según el artículo 9.1 de norma constitucional) implican el respeto a estos derechos. Puede consultarse sobre estas puntualizaciones lo escrito por MOLINA NAVARRETE, C., «Bases jurídicas...», cit., 1991, p. 79.

situado entre quienes —muy próximos a los argumentos negacionistas— han venido reivindicando unos efectos mediatos, y entre quienes han reivindicado unos efectos directos o inmediatos.

La teoría de la *mittelbare Drittwirkung* o de la eficacia horizontal mediata de los derechos fundamentales, viene a reconocer, justamente, unos efectos mediatos, es decir, un condicionamiento de la operatividad de los derechos fundamentales en las relaciones privadas a una intervención previa de algún órgano del Estado⁴⁵⁶. Concretamente una intervención del legislador o la recepción del juez, que sí se encuentran directamente vinculados a estos derechos⁴⁵⁷. Para este sector de la doctrina, cualquier debate sobre la aplicabilidad de los derechos fundamentales entre particulares se traslada hacia la actuación del órgano estatal. Parte de una consideración de los derechos fundamentales, no como derechos subjetivos directamente identificables y oponibles, sino como valores objetivos del ordenamiento jurídico y por la influencia que como tales despliegan en las relaciones jurídico-privadas⁴⁵⁸. De este modo, según esta postura, en el desarrollo de las relaciones privadas, para garantizar una cierta eficacia, habrá que estarse frente a lesiones de preceptos recogidos por el Derecho privado, aunque se haya aceptado que sean «interpretados a la luz, eso sí, de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución misma»⁴⁵⁹.

De hecho, la doctrina española mostró su interés en la doctrina de la *Drittwirkung* alemana desde el análisis sobre la procedencia del recurso de amparo constitucional, esto es, desde lo dispuesto sobre esta garantía en la CE y las leyes⁴⁶⁰. Ciertamente, la doctrina

⁴⁵⁶ Por ejemplo, FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación: los derechos educativos en la Constitución española*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, pp. 89-90.

⁴⁵⁷ Entre quienes han puesto el debate de la eficacia vinculada al legislador y quienes han reconocido también una importante función del juez, se han vertido diversas opiniones, cuando en realidad no tienen influencia constitutiva sobre los derechos fundamentales.

Por ejemplo, CRUZ VILLALÓN señalaba que «[l]a “Drittwirkung” debe ser cosa del legislador. Es, en efecto, el legislador el llamado a determinar, en la medida de lo posible, cuáles son las consecuencias que para las relaciones entre los particulares se derivan del hecho de que la Constitución haya reconocido como derechos fundamentales», si bien «al Juez le quedará siempre una importante función que realizar en la concreción última de esta eficacia horizontal [...]». CRUZ VILLALÓN, J., «Derechos fundamentales y derecho privado», *Academia sevillana del Notariado*, Tomo Extra 1, 1988, pp. 113-114.

⁴⁵⁸ BILBAO UBILLOS, J. M.^a, *La eficacia de los derechos...*, cit., 1997, p. 318 (nota 46).

⁴⁵⁹ DE LA QUADRA-SALCEDO, T., «Derecho...», cit., 2013, p. 61, haciendo referencia a la expresión «vigencia social» (y su contenido) utilizada por ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Autonomía privada y derechos fundamentales», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, nº 1, 1993.

Asimismo, se ha reconocido como el mecanismo más idóneo para hacer efectivos los derechos fundamentales en el ámbito del derecho privado a la combinación del deber de protección estatal con la eficacia indirecta por medio de la interpretación de las cláusulas generales, en FERRER I RIBA, J. y SALVADOR CODERCH, P., «Asociaciones, democracia y “Drittwirkung”», en SALVADOR CODERCH, P. (Coord.), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Civitas, Madrid, 1997, p. 95 y ss., aunque se admite una eficacia directa en cuanto en aquellas relaciones en las que intervengan poderes sociales (p. 100).

⁴⁶⁰ Puede consultarse a GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ-BLANCO, A., *Derechos fundamentales...*, cit., 1986, pp. 16-17 y 59-64.

mayoritaria se escudaba en la regulación legal para desconocer la eficacia de los derechos fundamentales en ese tipo de relaciones, ya que, para su procedencia, se requería que la violación de un derecho fundamental proviniese de un órgano del poder público⁴⁶¹, confundiendo claramente la virtualidad del derecho con los medios que se han dispuesto para garantizarlo⁴⁶². E, incluso, se ha sostenido que cualquier debate sobre la aplicabilidad entre particulares de los derechos fundamentales debe trasladarse al reconocimiento de la protección o no de los bienes tutelados por aquellos en el seno de este tipo de relaciones, hacia el descubrimiento de qué órgano estatal debe «proveer, con carácter primario, a dicha tutela»⁴⁶³.

Estas afirmaciones, que defienden una eficacia de estos derechos supeditada al reconocimiento previo del derecho por los poderes públicos en el plano de las relaciones entre particulares, no merecen ser aceptadas⁴⁶⁴. Otra vez, no olvidemos que el Estado y sus poderes se encuentran vinculados a aquellos —y no al revés—, y eso supone una obligación de proteger los derechos fundamentales y reconocerlos en aquella dimensión subjetiva, cuyos titulares

Puede consultarse sobre la posibilidad de acceso de este recurso a las violaciones de derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, el trabajo pionero de DE LA QUADRA-SALCEDO, T., *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1981.

⁴⁶¹ El artículo 44.1 de la Ley Orgánica del TC recoge: «Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso [...]». Además, su apartado b) remata: «Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el TC».

⁴⁶² GONZÁLEZ PÉREZ, por ejemplo, señala que «[e]l amparo como proceso constitucional únicamente se da frente a actos de un órgano público, no frente a actos de particulares», en GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1980, p. 307. En sentido parecido, PECES-BARBA dice que «[a] través del recurso de amparo, lo que se garantizan y preservan son los derechos subjetivos, es decir, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de los ataques de todos los niveles normativos inferiores a la Constitución y también frente a hechos agresores incluso sin apariencia normativa si proceden de los poderes públicos [...]», en PECES-BARBA DEL BRIO, G., *Derechos fundamentales*, 4.ª ed., Universidad Complutense, Madrid, 1983, pp. 216-217. Además, CANO MATA señalaba que el recurso de amparo no era jurídicamente posible frente a violaciones entre particulares porque, en su opinión, «el artículo 41.2 de la LOTC ha venido a configurar el amparo, única y exclusivamente, frente a violaciones de derechos, provocadas por la actuación de los poderes públicos y no por los particulares», en CANO MATA, A., *El recurso de amparo (doctrina del TC)*, Edersa, Madrid, 1983, p. 14. O, CASCAJO y GIMENO que argumentaban que «no toda lesión de los derechos fundamentales puede hacerse valer en un recurso de amparo, sino tan sólo los dimanantes de los poderes públicos, pues, en definitiva, el recurso de amparo está concebido para proteger al ciudadano de las infracciones que, contra tales derechos, pueda cometer el estado; frente a los demás, el particular tiene ya expedita la vía de los Tribunales ordinarios», en CASCAJO CASTRO, J. L. y GIMENO SENDRA, V., *El recurso de amparo*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1988, p. 124. En la misma línea Javier SALAS quien afirmaba que «[f]rente a violaciones de derechos fundamentales y libertades públicas por parte de particulares y entes privados la única garantía judicial es la representada por la jurisdicción ordinaria (penal y civil)», en SALAS, J., «Protección judicial ordinaria y recurso de amparo frente violaciones de libertades públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 27, 1980, p. 557.

⁴⁶³ JIMÉNEZ CAMPO, J., «El legislador de los derechos fundamentales», en GÓMEZ ÁLVAREZ, U. (Coord.), *Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993, pp. 496-497. El autor anota que hay mejores razones para sostener que ha de ser el legislador.

⁴⁶⁴ Recuerda PRIETO SANCHÍS que el hecho que los derechos fundamentales «se quieran presentar como aquella parte de la libertad natural que los individuos se reservan al suscribir el pacto social y establecer el poder, según decía Locke, y que, por consiguiente, surjan como límites al Estado, no significa que no sean oponibles frente a los particulares; pues únicamente supone que su existencia jurídica no depende de los órganos estatales, sino que se trata de decisiones genuinamente constitucionales en el sentido de que se imponen a todos los poderes instituidos». Vid. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos... cit.*, 1990, p. 206.

merecen protección en cualquier ámbito de desarrollo de su vida en sociedad⁴⁶⁵. Tampoco olvidemos que la función de ambos —juez y legislador— en ningún caso es constitutiva de derechos, puesto que la naturaleza propia de los derechos fundamentales viene ya configurada —aun contenida en normas de naturaleza abierta— y será a partir de ella que estos actores deben intervenir.

I.2.C. Fundamentos de una eficacia inmediata como característica general

Por otro lado, otro amplio sector ha venido reivindicando la denominada teoría de la *unmittelbare Drittwirkung* o eficacia horizontal inmediata de los derechos fundamentales⁴⁶⁶. A través de ella se ha reconocido a estos derechos como verdaderos derechos subjetivos contenidos en la Constitución y, como tales, exigibles directamente por el individuo que los ostenta también frente a los demás individuos, con normativa de desarrollo legal o sin ella⁴⁶⁷.

No olvidemos que la eficacia de los derechos fundamentales es una consecuencia de su validez. De hecho, esta postura concuerda con el reconocimiento de la virtualidad directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares⁴⁶⁸. Todo el fundamento recogido en las líneas anteriores respecto de la posición de los derechos fundamentales en el modelo de

⁴⁶⁵ Por ejemplo, DE LA QUADRA-SALCEDO utiliza el derecho a la vida para dejar clara su posición a la que nosotros nos adherimos. Dice el autor que este derecho se proclama frente a todos, no solo frente al Estado. Que «lo que se proclama frente al Estado es la obligación de proteger la vida y respetarla». Explica que «una legislación que no condenará el homicidio o el asesinato violaría el derecho a la vida en su dimensión de obligación del Estado de protegerla. Lo mismo ocurriría con una actitud del ejecutivo que se desentendiera de su obligación de disponer y preparar las fuerzas de orden público para proteger la vida de las personas».

No tiene sentido lo afirmado por ALFARO ÁGUILA-REAL quien dice que, para hablar de cierta vigencia social de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, resulta necesaria la mediación estatal y que esta «viene de delimitada, por un lado, por la obligación de intervención que para los poderes públicos se deduce del carácter de mandatos de protección de los derechos fundamentales. Por otro, por la obligación de respetar el ámbito privado de libertad que deriva del carácter de los derechos fundamentales como prohibiciones de intervención». ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Autonomía privada...», *cit.*, 1993, p. 121.

⁴⁶⁶ El Tribunal Federal de Trabajo alemán se pronuncia por primera vez sobre la eficacia directa de los derechos fundamentales en su decisión de 18 de enero de 1955 triunfando la doctrina de Nipperdey quien era el Presidente de la Sala Primera, *vid.* GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ-BLANCO, A., *Derechos fundamentales...*, *cit.*, 1986, pp. 21-23; BILBAO UBILLOS, J. M.^a, *La eficacia de los derechos...*, *cit.*, 1997, p. 271; ESTRADA, A. J., *La eficacia...*, *cit.*, 2000, p. 96.

En su contra se ha dicho que «es valorativamente contradictoria con los principios constitucionales y metodológicamente incapaz de explicar los problemas que en el ámbito privado plantea el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales», ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Autonomía privada...», *cit.*, 1993, p. 120.

⁴⁶⁷ BILBAO UBILLOS, J. M.^a, *La eficacia de los derechos...*, *cit.*, 1997, p. 327.

Hacerlo podría traicionar peligrosamente la propia naturaleza jurídica e incluso política, del texto constitucional, cuya virtualidad primera y esencial es la de fundamentar la misma existencia y eficacia jurídica de los derechos fundamentales, por sí misma y sin necesidad de intervención legislativa. *Vid.* MOLINA NAVARRETE, C., «Bases jurídicas...», *cit.*, 1991, p. 63 y ss.

⁴⁶⁸ La STC 39/1983, de 16 de mayo (FJ 2), ha señalado: «los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la Constitución son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo».

Además de la obra completa de BILBAO UBILLOS sobre este tema, puede consultarse su reciente artículo «La consolidación dogmática y jurisprudencial de la *Drittwirkung*: una visión de conjunto», en IZQUIERDO SANZ, C. y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.^a (Ed.), *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 21, 2017, en especial, p. 59.

Estado social y democrático de Derecho sirve para sostener, al menos en líneas generales, la defensa de una eficacia inmediata de estos derechos en las relaciones entre particulares.

Nos interesa resaltar que, desde la democracia y el Estado social de Derecho, «mediante la expansión de derechos y de sus garantías», y también «a través de la ampliación del estado de derecho al mayor número de ámbitos de vida y esferas de poder», se ha logrado que en todos ellos «se tutelen y sean satisfechos los derechos fundamentales de las personas»⁴⁶⁹. Se ha entendido que la revalorización de la libertad y la igualdad reales como fundamentos del sistema de derechos fundamentales ha abierto las puertas de esa «extensión de su eficacia» en el ámbito privado, pasando por preguntarse «si acaso los derechos no debían ser también referentes, o al menos, protegibles en el entramado de las relaciones jurídicas nacidas del autonomía privada»⁴⁷⁰. Asimismo, se ha entendido a la *Drittwirkung*, con carácter general, como una especie de cláusula de cierre del sistema de protección de los derechos fundamentales donde estos actuarían como una barrera protectora de la libertad e igualdad de los sujetos privados antes las desigualdades existentes en la sociedad civil. Es decir, se ha abordado una definición de una nueva «política de los derechos fundamentales» que estima y conecta entre sí «los diversos modos en que pueden ser afectados» esos derechos⁴⁷¹.

Los efectos que provoca su vigencia en el ámbito de las relaciones entre privados están vinculados a su posición central en el sistema constitucional. Poseen por sí mismos una fuerza normativa vinculante de resistencia ante cualquier perturbación del ámbito que protejan, dado que el carácter público o privado no acompaña al derecho en sí, sino al medio con que se agrade⁴⁷². Los derechos fundamentales se han recogido como tales porque, según la idea de conciencia social de nuestro tiempo, se ha considerado que, sin la garantía de tales bienes y valores que expresan esos derechos, no puede existir el orden deseado (relaciones verticales) ni alcanzarse la paz social (relaciones entre particulares)⁴⁷³, para que, en última instancia, el individuo mantenga su dignidad y alcance el libre desarrollo de su personalidad⁴⁷⁴.

La eficacia inmediata se sustenta desde la propia génesis de los derechos, que descarta que solo se tengan «frente a los poderes públicos, que sólo para éstos nazcan de ellos

⁴⁶⁹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 10.ª ed., Trotta, Madrid, 2011, p. 934, trad. ANDRÉS IBÁÑEZ, P. y otros. El autor hace referencia, en este sentido, a la «democracia sustancial». Para MARTÍNEZ-PUJALTE, el artículo 9.2 de la CE que reconoce de forma inequívoca la función de este Estado social de Derecho, es el artículo donde se halla «el fundamento general de la eficacia horizontal o *Drittwirkung* de los derechos fundamentales» en el ordenamiento español, en *La garantía del contenido...*, 1997, p. 88.

⁴⁷⁰ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos...*, cit., 1990, p. 208.

⁴⁷¹ DE OTTO Y PARDO, I., «La regulación del ejercicio...», cit., 1992, p. 166 y ss.

⁴⁷² Sobre «Diritti pubblici subiettivi», *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Giuffrè, pp. 796-797. Sobre el derecho subjetivo dice que «para el derecho subjetivo, la distinción entre público y privado no encaja» y que se trata de «una situación subjetiva unitaria».

⁴⁷³ Vid. MOLINA NAVARRETE, C., «Bases jurídicas...», cit., 1991, p. 83.

⁴⁷⁴ Lo recalca DE LA QUADRA-SALCEDO, T., «Derecho...», cit., 2013, p. 59.

limitaciones en su actuar»⁴⁷⁵, puesto que la obligación de respeto hacia aquellos por parte de los ciudadanos emana de la propia CE⁴⁷⁶. Así, los titulares podrán invocarlos de manera directa, como auténticos derechos subjetivos, ante los órganos jurisdiccionales (no ante cualquiera, desde luego), frente a cualquier lesión por parte de otros particulares sin que dicha acción esté condicionada a una intervención o vulneración previa de los poderes públicos⁴⁷⁷.

Justamente, el ejercicio de los derechos fundamentales en todos los ámbitos y de forma directa se valora como decisivo para el proceso democrático del Estado que se intenta defender. Un efectivo funcionamiento de las relaciones sociales se funda en procurar que los poderes públicos cumplan con sus deberes de protección, pero aquello trasciende a la aptitud que poseen los derechos fundamentales para generar consecuencias en las relaciones entre privados. Eso significa que las competencias del legislador y juez sean las que respondan a su presencia y fuerza normativa, regulando y encauzando su vigencia y eficacia directa⁴⁷⁸. Esa *Drittwirkung* aparece como correctivo de todas aquellas formas de organización social que en el plano de la realidad son un peligro potencial para el sistema constitucional.

Con todas las precisiones, queremos cerrar estas consideraciones dejando claro que la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares no debe entenderse, en ningún caso, como una categoría cerrada para todas las normas iusfundamentales del Capítulo segundo del Título primero de la CE⁴⁷⁹. Habrá que tener en cuenta dos cuestiones: primera, la heterogeneidad de los preceptos constitucionales que puede impedir, en una primera lectura, el reconocimiento de los derechos subjetivos que se tratan como tales; y, segunda, que algunos de los derechos reconocidos, por su naturaleza, solo pueden ser oponibles ante los poderes públicos⁴⁸⁰. Allí donde la naturaleza del derecho identifique un derecho vinculado a la personalidad del individuo, la eficacia inmediata

⁴⁷⁵ BALLARÍN IRIBARREN, J., «Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La “Drittwirkung” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 24, 1988, p. 288. Aunque hay que señalar que el autor basa su argumento en una consideración historicista por tratarse, dice, de unos derechos cuyos orígenes se hallan en las relaciones entre privados.

⁴⁷⁶ DE LA QUADRA-SALCEDO, T., *El recurso de amparo...*, cit., 1981, p. 70.

⁴⁷⁷ Por ejemplo, del legislador que intente proveerles de una condición jurídico-subjetiva específica previa en un ámbito de derecho privado o siquiera que intente desarrollarlo, o de la declaración por parte del legislador o juez sobre esa eficacia inmediata.

Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 269-271. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, cit., 2011, p. 934.

⁴⁷⁸ Vid. MOLINA NAVARRETE, C., «Bases jurídicas...», cit., 1991, p. 83.

⁴⁷⁹ Dice GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, que aunque los derechos fundamentales «pueden operar de manera inmediata en las relaciones sociales», esa eficacia inmediata «resulta extraordinariamente limitada», en la introducción al libro de HESSE, K., *Derecho Constitucional...*, cit., 1995, pp. 15-16.

⁴⁸⁰ BILBAO UBILLOS, J. M.^a, *La eficacia de los derechos...*, 1997, p. 355.

Por otro lado, dice ALONSO GARCÍA que algunos derechos constitucionales «no tienen sentido si no se afirman frente a otros ciudadanos» debido a su existencia misma que «presupone su aplicación al campo de las relaciones privadas». Vid. ALONSO GARCÍA, E., «La jurisprudencia constitucional», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 1, 1988, pp. 206-207.

extensiva será invocable *erga omnes*⁴⁸¹. En este sentido, aunque la plena aceptación de la eficacia inmediata puede perfectamente defenderse en cualquier caso, resulta necesaria la identificación de una correspondencia previa según la propia naturaleza del derecho⁴⁸².

Lo que no puede hacerse es negar su reconocimiento bajo el argumento de impactos político-sociales negativos e incluso económicos muy grandes, elaborando teorías de espaldas a la realidad. Dicho esto, el verdadero debate no se centra en aceptar o negar su eficacia directa e inmediata en las relaciones entre particulares, sino en destacar la intensidad o extensión de eficacia inmediata de esos derechos fundamentales de acuerdo al tipo de relaciones que se pueden dar entre particulares. Para ello, no podremos olvidar que no siempre (casi nunca, mejor dicho) estaremos ante una situación de absoluta igualdad de las partes en el punto de partida. A menudo, se interpondrá «una situación vital concreta en virtud de la cual unas personas quedan sometidas a otras»⁴⁸³.

Será necesario centrar la mirada sobre las peculiaridades derivadas del sujeto obligado que son las que podrían influenciar en ciertos aspectos de la libertad de la otra parte⁴⁸⁴. Condicionar, más bien, su despliegue, precisamente por la condición de inferioridad en la que el individuo titular del derecho puede encontrarse frente a la otra parte⁴⁸⁵. Desde esta perspectiva, la eficacia frente a los particulares debería ser más intensa cuando estemos en presencia de relaciones asimétricas —no igualitarias—, donde haya mayor riesgo de afectar los derechos de la personalidad del sujeto titular o, en esencia, su dignidad. Esto implicará, a su vez, una mayor obligatoriedad hacia estas normas jurídicas y una respuesta de mayor protección por parte de los poderes públicos⁴⁸⁶. Estamos ante una eficacia de estos derechos que responde a una lectura en clave constitucional de todo el ordenamiento capaz de reconocerlos como tales, allí donde el individuo titular actúe en sociedad.

⁴⁸¹ BILBAO UBILLOS, J. M.^a, *La eficacia de los derechos...*, cit., 1997, p. 328. PÉREZ LUÑO, por ejemplo, sostiene la eficacia *erga omnes* de los derechos consagrados en la CE, en PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, 10.^a ed. Tecnos, Madrid, 2011, p. 67.

⁴⁸² Para BILBAO UBILLOS resulta innecesario «discutir sobre la supuesta eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en general, sabiendo, como todo el mundo sabe, que éstos no integran una categoría homogénea», vid. BILBAO UBILLOS, J. M.^a, *La eficacia de los derechos...*, cit., 1997, p. 328. En el mismo sentido, VALDÉS DAL-RÉ, F., «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», en GÓMEZ ÁLVAREZ, U. (Coord.), *Estudios de derecho...*, cit., 1993, pp. 535-536. Véase también la opinión de MOLINA NAVARRETE, C., «Bases jurídicas...», cit., 1991, pp. 77-78.

⁴⁸³ CARPINTERO BENÍTEZ, F., «El Derecho Penal en la definición del derecho», *Persona y Derecho*, n.º 40, 1999, p. 307.

⁴⁸⁴ Sobre el sujeto titular activo del derecho, el autor señala un argumento parecido. Dice que «las peculiaridades derivadas del sujeto podrán modificar aspectos accesorios de la configuración de la libertad sobre todo cuando tenga esa libertad que relacionarse con el derecho ajeno, pero nunca construir algo sustancialmente distinto». Reconoce, de un lado, la naturaleza del derecho sin importar el sujeto al que puede ir dirigido el derecho; y, de otro, la consideración de la configuración de la libertad del sujeto titular del derecho que podemos entender también aplicada al sujeto obligado. Vid. EMBID IRUJO, A., «El TC y la protección...», cit., 1980, p. 200.

⁴⁸⁵ Funciona de manera más clara en el caso de los poderes privados como sujetos obligados. Lo analiza ESTRADA en referencia a la obra de Nipperdey, en ESTRADA, A. J., *La eficacia...*, cit., 2000, p. 107.

⁴⁸⁶ BILBAO UBILLOS, J. M.^a, *La eficacia de los derechos...*, cit., 1997, pp. 368-369.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL SENO DE LAS RELACIONES LABORALES EN EL ÁMBITO ESPAÑOL

Toda referencia hecha al Derecho privado en líneas anteriores en relación con la posición de los derechos fundamentales ha tenido que ver con el Derecho Civil, dada su condición de baluarte histórico de la regulación de las relaciones entre particulares. Ahora es momento de centrarnos en el ámbito del Derecho del Trabajo como escenario del objeto de estudio que está sujeto a los principios, valores y derechos recogidos en la CE, y que han de orientar también el desarrollo de las relaciones entre empresarios y trabajadores.

II.1. Cuestiones generales sobre el Derecho del Trabajo y las relaciones laborales

No es hasta la mitad del siglo del siglo XIX cuando podemos situar la aparición del Derecho del Trabajo como ámbito de Derecho privado diferenciado. Como consecuencia del fenómeno de la Revolución industrial y de la Revolución francesa⁴⁸⁷ surgen las primeras normas dirigidas a un grupo perfectamente determinado socialmente y, por tanto, a un tipo de relaciones claramente identificadas.

De forma general, podemos identificar algunos escenarios diferenciados. En un primer momento se trataban de «relaciones laborales» compuestas por trabajadores manuales y obreros sin cualificaciones profesionales, que desempeñaban sus actividades en zonas urbanas centralizadas para los propietarios de empresas con un alto número de trabajadores. Posteriormente, el originario modelo simplificado sufriría un intenso cambio, iniciándose la delimitación del trabajo en diferentes tipos de actividades profesionales y diversificándose las relaciones contractuales sometidas a esta rama autónoma.

Así, se fueron fijando características y requisitos propios que dieron inicio, a su vez, a un debate permanente sobre la idoneidad de las regulaciones, las precisiones técnicas e, incluso, sobre su aplicación e interpretación en sede judicial con independencia respecto de otros ámbitos del Derecho privado. Al reconocerse la condición de libertad de todos los individuos, se ponía el foco en la eliminación de cualquier forma de sumisión en el trabajo —al menos esa era la consigna—, como la esclavitud, la servidumbre o el trabajo gremial de aprendices, que

⁴⁸⁷ En la Edad Media, las ordenaciones gremiales ya evidencian una organización de trabajo específica con situaciones de dependencia entre los «maestros» y los «oficiales» o «aprendices», los primeros en situación de superioridad jerárquica frente a los segundos. Sin embargo, no va a ser hasta la implantación del nuevo sistema de producción capitalista, siglos después, cuando se profundice sobre la distribución del trabajo y la adjudicación de tareas en base a la centralización que otorga una misma autoridad organizativa. *Vid.* ALEMÁN PÁEZ, F., *Curso de Derecho del Trabajo I. Relación individual de trabajo*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 101-102.

El cambio se identifica con una conflictividad social derivada del movimiento obrero emergente en aquellos momentos, así como por cambios económicos y sociales que surgen con el establecimiento del modelo capitalista de producción industrial. La Revolución industrial debe considerarse como un evento continuo en el tiempo —y de distinto proceso en cada país— cuyo comienzo puede encuadrarse, de manera general, desde principios del siglo XVIII hasta mediados del siglo XIX, y sucedido más tarde por posteriores transformaciones.

habían sucedido en los siglos pasados. En todo caso, el resultado de los cambios sociales desembocaría en una regulación única de aquellas relaciones en las que se fue identificando de modo radical a quienes se encontraban sometidos a la legislación laboral y quienes quedaban excluidos de ella⁴⁸⁸.

En la actualidad, y en términos generales admitidos, mediante una relación de trabajo se establece un vínculo jurídico entre una persona que realiza un trabajo y otra en cuyo beneficio es realizado ese trabajo, bajo ciertas características y condiciones establecidas en la legislación y en las prácticas nacionales⁴⁸⁹. Sea el ordenamiento jurídico que sea, es mediante la relación de trabajo como se crean derechos contractuales y obligaciones recíprocas y, además, se configura como el principal medio para que el trabajador acceda a los derechos reconocidos en el ámbito legal del Derecho del Trabajo.

II.2. La relación laboral en clave de derechos fundamentales en el ámbito estatal

Merece la pena comentar que, en España, la configuración del marco normativo propio para el desarrollo de las relaciones laborales se dispuso constitucionalmente a través del dictado de un «Estatuto de Trabajadores» (en adelante, ET). Un texto legal que desarrolla los aspectos configuradores de la relación laboral, recoge los derechos y obligaciones de las partes y que, en general, posee una influencia notable sobre muchas otras normas de la legislación laboral⁴⁹⁰.

De forma especial, el ET presenta una definición abstracta y en positivo de los elementos consustanciales que caracterizan a las relaciones sometidas a la legislación laboral estatal⁴⁹¹. Aunque no recoge de manera explícita la definición legal de lo que debe entenderse por relación laboral, desarrolla sus características a partir de la identificación a los sujetos que la conforman. De hecho, del concepto genérico y omnicompreensivo de la figura del trabajador se logra una aproximación inicial a algunos conceptos claves. La persona trabajadora será aquella

⁴⁸⁸ Se hablaba de «legislación industrial» en clara vinculación con el sector productivo en el que se desarrollaba en trabajo asalariado. También se utilizaba el término *legislación obrera* para identificar al prototipo de trabajador manual, sin cualificación profesional, que trabajaba para una gran empresa en el medio urbano. CRUZ VILLALÓN, J., *Compendio de Derecho del Trabajo*, 11.ª ed., Tecnos, Madrid, 2018, p. 26.

⁴⁸⁹ OFICINA INTERNACIONAL DE TRABAJO, *La relación de trabajo: quinto punto del orden del día. Informe V(1)/ Conferencia Internacional del Trabajo*, 95.ª Reunión, Ginebra, 2006, p. 19.

⁴⁹⁰ Los artículos 1 y 2 demuestran una triple técnica jurídica que sirve de fórmula para una aproximación al ámbito de aplicación de la norma: en primer lugar, una definición abstracta y en positivo de los elementos consustanciales a las relaciones laborales sometidas a la legislación laboral (artículos 1.1 y 1.2. del ET); en segundo lugar, se recoge una amplia lista de supuestos de exclusión de la legislación laboral (artículo 1.3 del ET), lista complementaria de la definición abstracta precedente que, por tanto, tiene carácter meramente ejemplificativo, es decir, de lista abierta; y, en tercer lugar, una previsión de categoría de las relaciones laborales especiales, a medio camino entre la exclusión y la inclusión (artículo 2 del ET).

⁴⁹¹ Sobre la relación laboral, SALA FRANCO, T. y LÓPEZ MORA, F., «Contrato de Trabajo», en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo I, Edersa, Madrid, 1990, p. 3.

persona física⁴⁹² que pone libremente su fuerza de trabajo⁴⁹³ a disposición y beneficio del empresario⁴⁹⁴, quien es el que asume los riesgos desde el primer momento⁴⁹⁵. De manera concisa, a este último se le ha reconocido como aquella persona —física o jurídica⁴⁹⁶— sobre

⁴⁹² Además de requerirse que cuente con capacidad para contratar, según se recoge en el artículo 7 del ET.

⁴⁹³ Pueden entenderse como servicios profesionales que comprenden tanto el trabajo manual como el intelectual, realizado tanto por obreros como por empleados. Además, dentro de ella tienen cabida diferentes niveles de cualificación profesional tales como titulados y no titulados, especialistas y no cualificados (por utilizar expresiones más habituales en la ley), y muy distintas funciones o categorías como directivos, cuadros técnicos, oficiales, encargados, ayudantes, peones, entre otros.

⁴⁹⁴ Antes, por ejemplo, se hablaba de «patrono». Así, el artículo 1 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 definía el contrato de trabajo como «aquel por virtud del cual una persona (el trabajador) se obliga a prestar una obra o un servicio a uno o varios patronos, o a una persona jurídica de tal carácter, bajo la dependencia de estos, por una remuneración».

El legislador ha optado por introducir la figura del «empresario» como sinónimo de empleador y no hace distinción mínima entre ellos. La correspondencia entre ambos términos recae en que cumpla con ser aquel el sujeto receptor de una prestación de servicios dentro del ámbito de un contrato de trabajo, CAMPS RUIZ, L. M., «El concepto laboral de empresario», en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales...*, Tomo I, *cit.*, 1990, p. 38.

Consideramos que el término «empresario» no resulta el más adecuado o técnicamente idóneo por tener una connotación más económica que jurídica y debido a que su utilización no se circunscribe solo al contrato de trabajo, aunque sigue siendo la expresión más utilizada en el Derecho Laboral. Para ALONSO GARCÍA, por ejemplo, el término más adecuado es «acreedor de trabajo» ya que en él queda contenido el sentido mismo de la condición de la parte del contrato que se designa. ALONSO GARCÍA, M., *Curso de derecho del trabajo*, 9.ª ed., Ariel, Barcelona, 1985, p. 342.

Ahora bien, la doctrina no ha llegado a concertar un concepto unitario del término —que resulte válido para todos los sectores del ordenamiento jurídico— por lo que se le considera un concepto heterogéneo, adaptado a la propia peculiaridad de cada sector o rama del sistema jurídico. De ahí que «mientras que el Derecho Mercantil se centra o fija sobre todo en la finalidad lucrativa o de obtención de ganancia que la empresa persigue, en cambio al Derecho del Trabajo lo que interesa es la condición de empleadora que la misma tiene, en cuanto ocupa trabajadores que están bajo la dirección y dependencia del titular de la organización. De lo que expresa en los núms. 1 y 2 del art. 1 del Estatuto de los Trabajadores, se desprende que, en el área del Derecho Laboral, es empresario toda persona, física o jurídica, o comunidad de bienes, titular de una explotación u organización dentro de cuyo ámbito prestan servicios retribuidos unos trabajadores, bajo la dirección de aquella y por cuenta y cargo de la misma. Cuando en una determinada explotación o negocio existen unos elementos primordiales, unos medios materiales de producción, es el empresario quien ostenta sobre ellos poderes de mando, dirección, decisión y gestión; poderes que pueden estar basados en cualquier vínculo jurídico, no siendo necesario que se trate de un derecho de dominio, pues sirve a tales fines cualquier clase de derechos, reales o personales, que otorguen a aquel, dichas potestades. Y en relación con los trabajadores que prestan servicio en la empresa, al empresario se le reconocen las facultades que se desprenden de lo que disponen específicamente los arts. 5 y 20 del Estatuto de los Trabajadores, y genéricamente los demás preceptos de este cuerpo legal y demás normas laborales. Por ello mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma. También es difícil atribuir tal calidad a quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial. Tampoco se compagina con la condición de empresario el tener fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal» [SSTS de 17 de julio de 1993 (ROJ 5445/1993) y de 18 de marzo de 1994 (ROJ 1855/1994)]. Incluso, «la concepción ius-laboralista de empresario no admite parangón con la propia del derecho mercantil, pues mientras esta atiende a una realidad multifactorial, la primera pone su énfasis en la prestación de servicios» [STSJ de Cataluña, de 15 de diciembre de 1993 (Aranzadi AS 1993\5303)].

⁴⁹⁵ SSTS de 22 de abril de 1996 (ROJ 2416/1996) o de 31 de marzo de 1997 (ROJ 2302/1997).

Las condiciones de esa traslación van a sustentarse de una u otra forma según las diversas teorías que se han planteado sobre la ajenidad. Por un lado, se puso el acento sobre la desvinculación del trabajador sobre los resultados —favorables o desfavorables— de la actividad a cambio de un salario (la teoría sobre la ajenidad de riesgos), [SSTS de 21 de julio de 1988 (ROJ 5803/1988), 25 de mayo de 1993 (ROJ 3332/1993) y de 20 de septiembre de 1995 (ROJ 4608/1995)]. Por otro lado, se ha fundamentado la ajenidad en la atribución de los frutos obtenidos del trabajo una persona distinta del trabajador (ajenidad de los frutos) [SSTS de 6 de mayo de 1986 (ROJ 2251/1986) y de 9 de octubre de 1988 (ROJ 6937/1988)]. En tercer lugar, se habla del destino de la utilidad patrimonial de trabajo asalariado como respuesta a la teoría de los frutos (teoría de la utilidad patrimonial). Tales teorías, respectivamente, en BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E., *Manual de Derecho del Trabajo*, 12.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1978, p. 15; ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 1994.

⁴⁹⁶ Sin hacer referencia a otros rasgos específicos ni características personales o profesionales que deban ser recogidas ni valoradas. Sin perjuicio de ello, merece acotarse en relación a la naturaleza personal del empresario o

el que recae la titularidad de dirección de un sistema de organización específico al que se denomina de forma generalizada «empresa»⁴⁹⁷.

Esta relación con el trabajador se configura al identificarse ciertas condiciones, que se desprenden del artículo 1 del ET, tales como la voluntariedad, la prestación personal de servicios⁴⁹⁸, la retribución⁴⁹⁹, la ajenidad⁵⁰⁰ y la subordinación o dependencia⁵⁰¹. Su

de su capacidad de poseer personalidad jurídica, la consideración de empresario de las denominadas «comunidades de bienes», siendo la comunidad el «instrumento jurídico de determinación de la condición empresarial». Es decir, aunque la comunidad no es sujeto de la relación laboral, por sí misma, sí es el «medio de referencia» a unos sujetos. En principio, las comunidades de bienes gozan de los mismos derechos laborales y tienen las mismas facultades rectoras que el empleador unipersonal, aunque su condición comunitaria condiciona el ejercicio de dichos poderes. *Vid.* LLUIS Y NAVAS, J., «Las comunidades de bienes ante el Derecho Laboral», *Revista Técnico Laboral*, vol. VII, nº 23, 1985.

La intención del legislador al recoger esta figura jurídica y dotarle de significación como sujeto de la relación de trabajo recae en la necesidad de asegurar la existencia de un contrato de trabajo allí donde el acreedor del trabajo carezca jurídicamente de personalidad jurídica. Tal finalidad se hubiera visto satisfecha de modo más completo si se hubiera atribuido genéricamente la condición de empresarios a quienes, desprovistos de personalidad unitaria, celebran contratos de trabajo. Ello teniendo en cuenta que las comunidades de bienes no son los únicos sujetos desprovistos de personalidad jurídica que pueden llegar a ser empleadores en una relación de trabajo. *Vid.* PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: las comunidades de bienes», *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 2, 1980, p. 229.

⁴⁹⁷ CASTRO ARGÜELLES, M.^a A., *El régimen disciplinario en la empresa. Infracciones y sanciones laborales*, Aranzadi, Zizur Menor, 1993, p. 85. ALEMÁN PÁEZ, F., *Curso...*, *cit.*, 2011, p. 100.

⁴⁹⁸ Parte de la doctrina laboral no considera la prestación personal como un presupuesto de la relación de trabajo, sin embargo, desempeña un papel igual de importante dentro del ordenamiento jurídico español al definir cómo deben prestar los servicios las personas físicas para ser consideradas «trabajadores». El carácter personal de la prestación laboral ayuda a diferenciar entre el contrato laboral y otras formas contractuales y se diferencia de las prestaciones realizadas bajo la modalidad, por ejemplo, del «arrendamiento de servicios no laboral» debido a que el contratante asume dar el servicio, mientras que en la relación laboral se asume realizar el trabajo. Por ejemplo, en la STS de 12 de septiembre de 1988 (ROJ 6139/1988) no se configura el contrato de trabajo si no se presta con ese carácter. STS de 23 octubre 1989 (ROJ 5640/1989), STSJ de Madrid, de 26 noviembre 2002 (ROJ 16452/2002). El carácter personalísimo no se desvirtúa por la sustitución ocasional del trabajador [SSTS de 5 noviembre de 1993 (ROJ 7422/1993) y de 27 de enero de 1994 (ROJ 301/1994)]; en tareas de reparto cuando el trabajador nombra un sustituto para domingos, festivos y vacaciones cuando tal sustitución era ocasional y podía ser rechazada por el empresario [STS de 02 de febrero de 1988 (ROJ 12574/1988)]; en tareas de limpieza cuando la sustitución es esporádica y es por familiares de la limpiadora, [STS de 25 enero de 2000 (ROJ 365/2000)] o cuando el trabajador asocia a un ayudante, aun sin mediar pacto escrito, siendo tal circunstancia conocida y consentida por el empresario [STS de 22 de diciembre de 1989 (ROJ 7629/1989)]. Por otro lado, no existe relación laboral cuando la prestación de trabajo se realiza por varias personas [STSJ de Asturias, de 18 de junio de 2004 (ROJ 3285/2004)] o cuando se trata de relaciones entre sociedades [STSJ de Castilla y León, de 30 de septiembre de 1993 (Aranzadi AS 1993\3908)].

⁴⁹⁹ El Derecho del Trabajo regula el esquema estructural básico de intercambio entre salario y prestación laboral y establece las estructuras normativas de la relación de trabajo. *Vid.* ALEMÁN PÁEZ, F., *Curso...*, *cit.*, 2011, p. 273.

⁵⁰⁰ Idea sustentada principalmente por ALONSO OLEA (que ha recibido fuertes críticas, especialmente por ALBIOL Y RODRÍGUEZ-PIÑERO con su teoría de la ajenidad basada en la dependencia). Ha sido, sin embargo, la brillantez de su exposición lo que ha permitido una amplia expansión de la «teoría de la ajenidad de los frutos» en la jurisprudencia y la que ha tenido más partidarios en la doctrina española. Esta teoría recoge que el contrato de trabajo es una relación jurídica por virtud de la cual los frutos del trabajo pasan, *ab initio* desde el momento mismo de su producción, a integrar el patrimonio de persona distinta del trabajador. Asimismo, se define al contrato de trabajo como «[a]quella figura por la que una persona —trabajador— cede a otra —empresario o empleador— el «producto» de su actividad laboral recibiendo a cambio una remuneración valorable económicamente. Se reconoce, entonces, como un título contractual vinculado al negocio subyacente, el cual permite al empleador apropiarse de los resultados de trabajo efectuado en condiciones de libertad, ajenidad, subordinación y dependencia. ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.^a E., *Derecho del Trabajo*, 24.^a ed., Aranzadi, Zizur Menor, 2006, p. 83. También, ALEMÁN PÁEZ, F., *Curso...*, *cit.*, 2011, pp. 271 y 272.

Se parte de la idea de que el trabajo por «cuenta ajena» es lo contrario al trabajo «por cuenta propia». En el primero, ambas partes se necesitan —y así lo han pactado—, para ejecutar prestaciones recíprocas según se trate, de un lado, de realizar el trabajo encomendado y, del otro, de otorgar una prestación económica en concepto de remuneración a cambio de dicho trabajo. En el segundo, la Disposición Adicional Primera del ET señala que «[e]l

convergencia determinará la configuración y desarrollo de la relación laboral, y su ausencia, su extinción, al no poder ser sustituibles⁵⁰². Ello sin desmerecer la idea de que el cambio actual del mercado de trabajo y las nuevas formas de contratación, dotadas de mayor flexibilidad y unidas a la globalización, pueden romper los esquemas establecidos y provocar variaciones que inviten a reflexionar sobre la validez de los elementos constitutivos de la relación de trabajo tal como se entienden hasta el momento. A lo largo de las líneas siguientes mencionaremos algunas de ellas cuando sea necesario vincularlas a la figura de la persona trabajadora en su calidad de titular de derechos fundamentales y así lo amerite el desarrollo teórico para los fines del estudio.

Baste con decir por ahora que los rasgos característicos de la relación laboral son la evidencia latente de una forma específica de relación de poder mantenida históricamente donde

trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente». Interesante análisis sobre las teorías de la ajenidad en OJEDA-AVILÉS, A., «Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato», *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, n° 195, 2007, pp. 13-24.

Con todo, la «ajenidad» sirve como elemento de contraste negativo, pues será imposible que nos encontremos ante un contrato de trabajo allí donde no concurra su presencia en la obtención del beneficio patrimonial. Por el contrario, no sirve como elemento positivo de contraste, pues en los arrendamientos de servicios (así como en muchas otras formas de contratación civil, mercantil o administrativa) suele existir un elemento de ajenidad en el desarrollo de la prestación. Será el escenario perfecto para que el plus añadido de la subordinación adquiera importancia. Aun así, se han visto supuestos en otros tipos de contratos donde la «ajenidad» se logra identificar y, no obstante, no corresponde hablar de una relación laboral y es, en ese caso, la «dependencia» la que sirve para marcar la diferencia entre un trabajo «autónomo» y el laboral. CRUZ VILLALÓN, J., *Compendio...*, cit., 2018, pp. 33-34.

⁵⁰¹ No debe considerarse que la subordinación significa una sumisión total y el acatamiento de las instrucciones sobre la forma en la cual desarrollar su prestación, sea total. Habrá, con ello, grados de subordinación de acuerdo a la posición del trabajador dentro de la empresa y la forma en que debe desarrollarse su prestación de servicios. Con todo, la Jurisprudencia social sigue otorgando a la «dependencia» o «subordinación» la característica de presupuesto sustantivo básico en la delimitación de las relaciones laborales [SSTS de 2 de julio de 1996 (ROJ 4046/1996), de 21 de octubre de 1996 (ROJ 5730/1996) y de 29 de enero de 1997 (ROJ 517/1997)], siendo que los otros presupuestos podrían concurrir en otros tipos de contrato sin llegar a hablarse de un contrato laboral [STS de 16 de julio de 1984 (ROJ 13135/1987)]. Para ALONSO GARCÍA no es un elemento determinante en la relación de trabajo, sino es, sobre todo, y evidentemente, «un factor jurídico, que entraña contenido económico y consecuencias técnicas y jerárquicas, pero sin que las mismas aparezcan como esenciales, sino como un resultado de lo jurídico, que es el elemento definidor. Que no es de carácter absoluto, sino que se mueve dentro de un marco de limitaciones que le otorgan un sentido de relatividad en función de la clase de trabajo que haya que prestarse y de las circunstancias que rodean o en que se desenvuelve tal prestación». La dependencia en sentido económico se halla eminentemente vinculada a la dependencia personal y jurídica. Aunque no toda dependencia económica siempre es una subordinación jurídica. Por ello, toda afirmación que solo tuviese como base el sentido económico fallaría por su misma base. ALONSO GARCÍA, M., *Curso de Derecho...*, cit., 1985, p. 70. Para otros como GARCÍA NINET, la dependencia ha sido entendida como consecuencia, efecto o derivación de la ajenidad, lo que tampoco responde a aquellas situaciones donde, habiendo algún tipo de ajenidad, no se está frente a ningún grado de dependencia. GARCÍA NINET, J. I. (Dir.), *Derecho del trabajo*, 8.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 367. Por todas, STC 3/1983, de 25 de enero (FJ 3): «la disparidad normativa se asienta sobre una desigualdad originaria entre trabajador y empresario que tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia o subordinación de uno respecto del otro, y que posee una tradición que es innecesario concretar, en todo el amplio conjunto de consecuencias derivadas de dicha relación. Se trata, pues, de una desigualdad subjetiva a la que atiende el ordenamiento jurídico mediante un tratamiento diferenciado, y que no se quiebra por la contemplación aislada de supuestos excepcionales realmente existentes en que la elevada cualificación del trabajador, su remuneración o su relativa autonomía en la prestación del trabajo, reduzcan o maten las respectivas posiciones de las partes».

⁵⁰² ALEMÁN PÁEZ, F., *Curso...*, cit., 2011, p. 248.

el empresario posee sobre el trabajador una autoridad —de superior a sujeto subordinado⁵⁰³. La protección que se ha venido buscando desde los inicios con la aparición del Derecho del Trabajo, como ámbito diferenciado dentro del Derecho privado, ha traído consigo la instauración del principio «tuitivo» del trabajador, protector de este como parte débil de la relación, válido como política normativa vigente e inexistente en otra esfera del ámbito privado⁵⁰⁴.

II.2.A. Constitucionalización del Derecho del Trabajo y relación laboral

Bien podríamos decir que con esto ha sido suficiente y que la maquinaria desplegada por el Derecho del Trabajo, en su calidad de rama autónoma reguladora de la relación laboral y garantista del principio «tuitivo» del trabajador, debe verificarse como idónea para la consecución de sus fines. Sin embargo, esto no es así ni responde por sí sola ya a los objetivos del modelo de Estado de Derecho.

Más bien, este modelo ha repercutido de varias formas sobre la concepción del clásico trabajo subordinado y dependiente. En particular, ha supuesto la consagración de derechos constitucionales vinculados en mayor o menor medida a las relaciones entre trabajadores y empresarios. En primer lugar, a través de la consagración constitucional de derechos fundamentales de naturaleza propiamente laboral, cuyo titular es el individuo en calidad de trabajador. En segundo lugar, a través de la irrupción de derechos del individuo también dentro de las relaciones laborales como parte de ese proceso de constitucionalización del Derecho⁵⁰⁵, cuyo titular es el trabajador en su condición principal de persona.

II.2.A.a. Derechos fundamentales específicos de carácter laboral en la CE

Como parte del proceso de constitucionalización del Derecho del Trabajo, desde la primera mitad del siglo XX⁵⁰⁶, se ha ido reconociendo como derechos fundamentales a algunos

⁵⁰³ HARTLEY, J. F. y STEPHENSON, G. (Comps.), *Relaciones laborales: la psicología de la influencia y del control en el trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, pp. 164-165, trad. CIFUENTES CASTRO, I. El poder que tiene mucho que ver con la libertad económica y del mercado y con la propiedad privada de los medios de producción. Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y BRAVO-FERRER, «Contrato de trabajo y autonomía del trabajador», en CRUZ VILLALÓN, J. (Ed.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 22.

VALDÉS DAL-RÉ, F., «Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, 2003, p. 89. Dice el autor que «[l]a noción normativa de la figura del trabajador, normalmente definida en la práctica totalidad de los ordenamientos positivos como aquella parte de una relación contractual que, a cambio de un salario, se compromete a realizar un trabajo por cuenta y bajo la subordinación de otra, denominada empleador o empresario, ya instituye unas posiciones jurídicas, activas y pasivas de desigualdad contractual».

⁵⁰⁴ El principio «tuitivo» del trabajador pose su fundamento constitucional en el artículo 9.2. Asimismo, podemos encontrar jurisprudencia sobre este: SSTC 81/1982, de 21 de diciembre (FJ 3) o 3/1983, de 25 de enero (FJ 3).

⁵⁰⁵ Tesis doctoral de SEVERÍN CONCHA, J. P., *Derechos fundamentales en el trabajo y derecho internacional*, Universidad Complutense de Madrid, 2015, p. 63.

⁵⁰⁶ Por ejemplo, en la Constitución de Querétaro de 1917 podía encontrarse regulación constitucional sobre salario, jornada, libertad de sindicalización o derecho a la huelga.

derechos llamados «a tutelar la actividad práctica del *homo faber*»⁵⁰⁷, dejando atrás la configuración del individuo como mero fabricante. Este proceso de consagración de derechos de contenido laboral es el resultado histórico de la ruptura del modelo constitucional imperante hasta entonces⁵⁰⁸ y se justifica en el reconocimiento del trabajo con una singular importancia por su condición de factor esencial de la vida económica y política que merece protección especial⁵⁰⁹.

En España, la instauración del Estado social y democrático de Derecho también ha supuesto la consagración de ciertos derechos constitucionales de esta naturaleza. Estos derechos fundamentales solo funcionan cuando se identifica a la persona vinculada a la relación laboral, ya sea de manera «activa o como referencia pretérita o de futuro», de modo que no pueden entenderse ejercidas en otros ámbitos del Derecho⁵¹⁰. Sin ánimo de desviarnos mucho, podemos mencionar algunos derechos desde una perspectiva individual del trabajador, como el derecho al trabajo y su correlativo deber de trabajar, así como los derechos de libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo, a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades del trabajador y las de su familia, sin discriminación por razón de sexo⁵¹¹. Mientras que desde una dimensión colectiva encontramos el derecho a la libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva, el derecho de ambas partes a adoptar medidas de conflicto colectivo o el derecho a la huelga⁵¹².

⁵⁰⁷ PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos...*, cit., 2013, p. 191. Sobre esta característica del individuo, puede consultarse también a MERCADER UGUINA, J. R., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 33.

⁵⁰⁸ VALDÉS DAL-RÉ, F., «Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicación de su ejercicio», *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, 2003, p. 72.

⁵⁰⁹ Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Los derechos laborales en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 9-10.

En España, producida por primera vez en la Constitución de 1931, definiéndose el Estado como una «República democrática de trabajadores de toda clase» (artículo primero). Para un breve comentario sobre la misma, consúltese, PALOMEQUE LÓPEZ M. C., *Derecho del Trabajo*, 20.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 68-69.

⁵¹⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Los derechos laborales...*, cit., 1991, p. 31.

Ciertamente, los derechos de naturaleza laboral no solo se entienden desde la actividad laboral en ejercicio, sino también en referencia al mercado de trabajo en general. Algunos de ellos se asocian a los procesos de empleo previos a la adquisición de la condición de personas trabajadoras por cuenta ajena, es decir, antes de constituida una relación laboral.

Asimismo, el derecho al trabajo recogido en el artículo 35 de la CE no debe entenderse como un derecho absoluto e incondicional a obtener empleo, sino como «el derecho de todo ser humano a decidir libremente aceptar o elegir trabajo. También supone no ser obligado de alguna manera a ejercer o efectuar un trabajo y el derecho de acceso a un sistema de protección que garantice a cada trabajador su acceso al empleo»; o «el derecho a no ser privado injustamente de empleo», en la OBSERVACIÓN GENERAL nº 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el Derecho al Trabajo, pp. 3-4.

Otros, evidentemente, como los derechos a la remuneración, la libertad sindical o la negociación colectiva, requieren, como escenario para su ejercicio, que se halle constituida la relación laboral y los individuos titulares se hallen identificados como trabajadores.

⁵¹¹ Artículo 35.1 de la CE.

⁵¹² Derecho de libertad sindical que, entre otras cosas, involucra el derecho de los trabajadores a fundar sindicatos y afiliarse a ellos; así como el derecho fundamental de los sindicatos a formar confederaciones y formar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas (artículo 28.1 de la CE), que debe entenderse

Para el constitucionalismo europeo contemporáneo es una realidad que aquellos preceptos constitucionales de contenido laboral se convierten en «pieza angular del sistema normativo laboral general en su conjunto». Y, en ese sentido, configuran el marco general dentro del que han de desenvolverse las relaciones laborales y su ordenación jurídica, la que, a su vez, va a ser definida en su totalidad por la norma fundamental⁵¹³.

II.2.A.b. Derechos fundamentales inespecíficos o de la persona del trabajador

Al propio tiempo, aquellos derechos fundamentales de carácter general, es decir, estrechamente ligados a la personalidad del individuo también están vigentes en las relaciones laborales. Estos derechos denominados «inespecíficos», a diferencia de los derechos «específicos» de contenido laboral, no han «advenido a resultas de reformas de los textos constitucionales», como «innovación de las normas con rango constitucional»; sino que encuentran su causa «en una reconstrucción dogmática de la noción misma de derecho fundamental»⁵¹⁴, como ya hemos tratado hasta ahora.

Se trata de derechos cuya titularidad corresponde a los sujetos de la relación laboral en su condición, al fin y al cabo, de individuos libres y dueños de sí mismos en todo momento⁵¹⁵. Individuos con dignidad, capaces de desarrollar su personalidad y ser respetados en cualquier ámbito de su vida⁵¹⁶. Es decir, en el momento anterior a la celebración del contrato de trabajo, trabajador y empresario son titulares de estos derechos y llegan a formar parte de la relación laboral conservando su titularidad, dado que se trata de derechos previos y anteriores al nacimiento de dicha relación⁵¹⁷. Una reconstrucción que, a su vez, destierra la concepción del trabajador como mero factor de producción y lo reconoce ahora —al menos, desde la teoría

vinculado a lo recogido en el artículo 7 que señala que «[l]os sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos»). Asimismo, el derecho a la negociación colectiva entre los representantes de los trabajadores y empresarios, con el reconocimiento de la fuerza vinculante de los convenios que se logren, así como el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo (artículo 37.1 de la CE) —como el derecho a la huelga (artículo 28.2 de la CE)—, que parten del principio fundamental de una relación contrapuesta entre ambas partes, con intereses diferenciados y que el ordenamiento jurídico-laboral debe integrar. Puede consultarse sobre esto último a PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Los derechos laborales...*, cit., 1991, pp. 15-16.

⁵¹³ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Los derechos laborales...*, cit., 1991, pp.12-13.

⁵¹⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F., «Los derechos fundamentales...», cit., 2003, pp. 72-73.

⁵¹⁵ Puede consultarse a DEL REY GUANTER, S., «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, 1995, p. 190. Sobre la tutela judicial efectiva, pueden revisarse las SSTC 7/1993 o 14/1993, ambas del 18 de enero (FJ 3).

⁵¹⁶ GARCÍA AMADO, J. A., «Los derechos de los trabajadores en la Constitución: una lectura», en BETEGÓN CARRILLO, J. y otros (Coord.), *Constitución y derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2004, p. 834. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Los derechos laborales...*, cit., 1991, p. 31. Conviene mencionar que GARCÍA AMADO es partidario de unos derechos y principios con contenidos reducidos a lo que sobre ellos se haya dispuesto de forma explícita. Estos contenidos tendrán validez definitiva e infranqueable por el legislador, lo demás es parte de la política y ahí se puede el legislador mover con libertad absoluta. Sobre las teorías internas de los derechos fundamentales puede consultarse a BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3.ª ed., CEPC, Madrid, 2007, pp. 448 y ss.

⁵¹⁷ VALDÉS DAL-RÉ, F., «Contrato de trabajo...», cit., 2003, p. 97.

constitucional— como una «persona trabajadora» con una relevancia dentro de la relación que antes no tenía⁵¹⁸.

Aquí no es la relación laboral la que determina la eventual titularidad de los derechos fundamentales, sino que los derechos fundamentales de la persona continúan vigentes, aún bajo las condiciones contractuales⁵¹⁹. Gracias a la «proyección de la Constitución en todo el ordenamiento jurídico» y su posterior relevancia en la interpretación y aplicación de la normativa jurídico-laboral⁵²⁰, se sigue reconociendo al individuo como persona titular de derechos fundamentales también cuando forma parte de una relación laboral⁵²¹. Titular de derechos en todo momento, merece el mismo respeto a su dignidad y a sus derechos⁵²².

A fin de cuentas, la relación laboral se convierte en el marco jurídico dentro del cual el individuo posee derechos como «persona trabajadora» que ejercita como «trabajador-persona»⁵²³. Vemos que se mantienen incólumes los derechos que por su condición de persona en sociedad ya ostentaba y se incluyen aquellos que por su condición de parte en la relación laboral como persona trabajadora ahora puede reclamar⁵²⁴.

⁵¹⁸ VALDÉS DAL-RÉ, F., «Los derechos fundamentales...», *cit.*, 2003, p. 75; GUTIÉRREZ PÉREZ, M., *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, Laborum, Murcia, 2011, pp. 62-66. Aunque ambos autores desarrollan esta causa partiendo desde el reforzamiento de la autonomía contractual individual, como expresión de los intereses individuales del trabajador. Creemos que utilizar este argumento de inicio en nada cambia la desigualdad de las partes y, más bien, puede llevar en la práctica a consolidar los poderes unilaterales del empresario, ya que el gran problema de la eficacia real de los derechos fundamentales en las relaciones laborales es la ausencia de mecanismo de contrapeso, carencia que no se logra reforzando la autonomía contractual individual del trabajador y reduciendo la función reguladora de la legislación laboral y de la negociación colectiva.

⁵¹⁹ CASAS BAAMONDE, M.^a E., «¿Una nueva constitucionalización del Derecho del Trabajo?», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, 2004, p. 135.

⁵²⁰ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «25 años de Derecho del Trabajo en *Relaciones Laborales*», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Tomo 2, 2010, p. 347.

⁵²¹ Lo que, en ningún caso, podrá significar la negativa de entender que sean los derechos fundamentales específicos concebidos desde la condición inicial de individuo en sociedad, de persona, ante todo, con acceso a tales derechos y a sus garantías efectivas, sin condición personal o social que menoscabe su titularidad y disfrute.

⁵²² En ese sentido, el TC ha señalado que «la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano» [SSTC 88/1985, de 19 de julio (FJ 2), 197/1998, de 13 de octubre (FJ 2), 151/2004, de 20 de setiembre (FJ 7)].

El trabajador es el principal sujeto sobre el que se desarrollan los ejes temáticos normativos de la relación y alrededor de quien todas las normas laborales y constitucionales pivotan, justamente por su condición de parte débil de la relación de trabajo. Vid. DE LA VILLA GIL, L. E., «El concepto de ‘trabajador’ (En torno al artículo 1)», *Civitas. Revista Española del Derecho del Trabajo. El Estatuto de los trabajadores veinte años después*, nº 100, Tomo I, 2000, p. 57.

Por mucho tiempo, como dice VALDÉS DAL-RÉ, «[l]o que a los trabajadores les era reconocido en su *nuda veste* de ciudadanos, les era negado, o al menos, discutido en su indivisible cualidad de ciudadanos trabajadores». VALDÉS DAL-RÉ, F., «Los derechos fundamentales...», *cit.*, 2003, p. 70.

⁵²³ Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Los derechos laborales...*, *cit.*, 1991, p. 31.

⁵²⁴ Dado que «no es éste el que los origina, aunque en el tengan manifestaciones específicas», en PEDRAJAS MORENO, A., *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, Trotta, Madrid, 1992, p. 15, con cita de GONZÁLES ORTEGA, «La difícil coyuntura del derecho del trabajo», *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, nº 21, 1987, p. 12, documento al que no hemos tenido acceso.

II.2.B. Vigencia de los derechos fundamentales en la relación laboral

El trabajo es, esencialmente, «algo que fluye inseparablemente de la persona»⁵²⁵. Esa inseparabilidad viene a fundamentar la determinación de la prestación personal y directa de servicios del trabajador, sin posibilidad de delegación contractual para su ejecución, como uno de los elementos necesarios para configurar la relación laboral. Pero, además, determina la existencia propia de los derechos fundamentales de los trabajadores en el seno de las relaciones laborales y fundamenta la actividad intervencionista del Estado.

El motivo para la defensa de la validez propia de los derechos fundamentales como única alternativa también dentro de las relaciones laborales pasa por el reconocimiento de la dignidad humana de las personas trabajadoras en el contexto de este Estado social y democrático de Derecho. Un reconocimiento hecho también en el ET a «la consideración debida» de tal dignidad del trabajador dentro de la relación laboral por parte del empresario⁵²⁶, que, no obstante tímido, cobra especial significación al enlazar perfectamente con su reconocimiento constitucional de pieza fundamental que sirve para lograr el orden político (en las relaciones entre individuo-Estado) y la paz social (en las relaciones entre empresario-trabajador).

Esta irrupción de los derechos fundamentales no implica únicamente una compatibilidad, sino una afirmación clara de que aquellos son «elementos estructurales de dicha relación contractual»⁵²⁷. La relación laboral es el punto de referencia fundamental para reconocer la titularidad de algunos derechos fundamentales y el lugar donde debe respetarse la extensión de todos ellos⁵²⁸. Sin embargo, toda la estructura laboral y su engranaje, así como el replanteamiento de las dinámicas tradicionales de las relaciones entre trabajadores y empresarios, deben desarrollarse a partir del Texto constitucional.

De hecho, el actual trabajo productivo se viene exigiendo como uno «decente», es decir, como una ocupación productiva que configura una relación laboral que ha de desarrollarse «en condiciones de libertad, equidad, seguridad y respeto a la dignidad humana»⁵²⁹. El sistema contractual laboral se sustenta en el cumplimiento inmediato de normas imperativas y

⁵²⁵ GIERKE, O. V., *Las raíces del contrato de servicios*, 1.ª ed., Civitas, Madrid, 1982, p. 55, trad. y comentarios BARREIRO GONZÁLEZ, G.

⁵²⁶ Artículo 4.2. e): «Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo».

⁵²⁷ CASAS BAAMONDE, M.ª E., «¿Una nueva constitucionalización...?», *cit.*, 2004, p. 130.

⁵²⁸ *Vid.* OFICINA INTERNACIONAL DE TRABAJO, *La relación de trabajo: quinto punto del orden del día. Informe V (1)...*, *cit.*, 2006, p. 3.

⁵²⁹ La idea de trabajo decente fue dada a conocer por primera vez en 1999 y es válida tanto para los trabajadores autónomos como los trabajadores a cuenta ajena, entre otros. Puede consultarse la MEMORIA DEL DIRECTOR GENERAL DE LA OIT, *Reducir el déficit de trabajo decente. Un desafío global*, 89.ª Reunión de la CIT, junio del 2001, Informe I(A), p. 7. Este documento se encuentra disponible en: www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/rep-i-a.htm.

convencionales laborales que tienen a la cabeza a la CE y son aplicables sin que exista obligación de hacer alguna declaración expresa en tal sentido.

De ese modo, el contrato de trabajo, que funciona como constitutivo de la relación laboral, no opera como regulador absoluto de la relación, sino únicamente a título complementario y fundamentalmente para mejorar las relaciones de trabajo ya establecidas por las disposiciones estatales o colectivas⁵³⁰. Se encuentra vinculado a tales disposiciones desde su nacimiento y continúa vinculado a estas frente a normas sobrevenidas que intenten regular condiciones menos favorables al trabajador, haciéndose evidente la nula capacidad de pacto al respecto de la vigencia de los derechos fundamentales de este⁵³¹.

Ahora bien, la inseparabilidad determina la existencia especial de los derechos fundamentales de los trabajadores en el seno de las relaciones laborales «porque en el contrato de trabajo se compromete directamente la persona del trabajador y está afectada su libertad»⁵³². Será relevante en la medida en que del mismo podrán desprenderse obligaciones y derechos que forman parte de la buena fe, cuya importancia podrá observarse para interpretar la proporcionalidad de las medidas y la adecuada configuración de su contenido.

II.3. Los efectos de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales

Conviene resaltar que es en el ámbito de las relaciones laborales donde la crítica sobre los efectos verticales de los derechos fundamentales ha encontrado su mejor terreno de expresión y desarrollo⁵³³. De hecho, la génesis y el desarrollo más fecundo de la teoría de la

⁵³⁰ En ese sentido, el contrato de trabajo cumple dos funciones: la «constitutiva» de la relación jurídica obligatoria entre quienes la conciertan y, además, la «reguladora» de la relación así nacida. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 31.ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, p. 269. Asimismo, la función *reguladora* del contrato de trabajo no resulta insustituible como la función constitutiva debido a su propia finalidad y contenido, MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 25.ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, p. 535.

Ahora bien, incluso configurada la relación laboral a través del contrato de trabajo, las partes no podrán formarse una visión completa de todos los aspectos caracterizadores de su relación profesional, debido a que los efectos jurídicos de esta relación jurídica se desenvuelven a medida que se va desarrollando la prestación en el tiempo. Se trata de una relación de tracto sucesivo con vocación de permanencia en el tiempo y de ejecución continuada que no sólo consumará sus efectos en un solo acto. ALEMÁN PÁEZ, F., *Curso...*, *cit.*, 2011, p. 405.

⁵³¹ Puede decirse, en este sentido, que la articulación de las distintas fuentes de regulación del contrato de trabajo involucra la puesta en práctica de tres principios relacionados entre sí: el principio de regulación de condiciones mínimas, el principio de irrenunciabilidad de los derechos y el principio de condición más beneficiosa para los trabajadores. Por ejemplo, el artículo 3.1. c) del ET que señala que la voluntad de las partes «en ningún caso» podrá establecer «en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos».

⁵³² «Dada la importancia antropológica, ética y económica que la Constitución [le] reconoce», RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «25 años de Derecho...», *cit.*, 2010, p. 347.

⁵³³ VALDÉS DAL-RÉ, F., *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Bomarzo, Albacete, 2016, p. 70. El otro campo de prueba para la difuminación de la distinción entre Derecho público y Derecho privado y la aplicación de una eficacia, han sido las relaciones paterno-filiales.

eficacia horizontal de los derechos fundamentales la hemos de encontrar precisamente en los Tribunales alemanes teniendo como escenario el campo de tales relaciones privadas⁵³⁴.

Desde ahí, la doctrina laboral ha venido apostando también mayoritariamente por la eficacia directa de los derechos fundamentales en el marco de estas relaciones⁵³⁵. El motivo para la defensa de este tipo de eficacia, como única alternativa dentro de las relaciones laborales, sigue sosteniéndose sobre la posición central de estos derechos como materialización de la dignidad humana de las personas trabajadoras en el contexto de este Estado social y democrático de Derecho⁵³⁶.

Sin embargo, serán las características especiales propias de estas dinámicas privadas las que serán necesarias para sostener y defender la eficacia que merecen los derechos fundamentales, que se ha propuesto desde el modelo de Estado de Derecho y el ordenamiento jurídico en su conjunto.

II.3.A. La autonomía privada en las relaciones laborales y la posición de derechos fundamentales

Recordemos que el motivo principal que ha servido para negar la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas ha sido aludir al peligro de la vigencia del principio general de autonomía privada y de la libertad contractual que de ella se deriva⁵³⁷. Aquella idea que subyace a la concepción clásica de los derechos fundamentales como límites al poder público y que entiende a la autonomía privada como principio supremo regulador del ámbito

⁵³⁴ Lo recuerda BILBAO UBILLOS, J. M.^a, «La consolidación dogmática...», *cit.*, 2017, p. 51.

⁵³⁵ ESTRADA, A. J., *La eficacia...*, *cit.*, 2000, p. 162, al comentar la obra de Dürig, señala que «[a]un los partidarios de la *Drittwirkung* mediata consideran plausible la posibilidad de la eficacia directa de los derechos fundamentales frente a los poderes sociales» (p. 107, en nota 58).

Ciertamente, Nipperdey comenzaba a hacer referencia a la teoría, a raíz del principio de igualdad entre hombres y mujeres al realizar le mismo trabajo con idéntico rendimiento.

Puede consultarse, por todas, la STC 80/2001, de 26 de marzo (FJ 3), con cita de la STC 88/1985, de 19 de julio (FJ 2), aunque resulten modalizados por el contrato de trabajo, STC 20/2002, de 28 de enero (FJ 4); STC 213/2002, de 11 de noviembre (FJ 7) o 126/2003, de 30 de junio (FJ 7).

⁵³⁶ SEVERÍN CONCHA, J. P., *Derechos fundamentales...*, *cit.*, 2015, p. 71.

⁵³⁷ Sobre esta temática en general, hemos consultado obra de VENEGAS GRAU, M.^a, *Derechos fundamentales...*, *cit.*, 2004, en especial sobre lo afirmado en las pp. 19-21.

privado⁵³⁸ no funciona más, puesto que se trata de un principio constitucional que forma parte del entramado y se ajusta a este⁵³⁹.

Aunque ningún precepto hace mención explícita a la autonomía privada como tal, se trata de un principio que parece indisociable al libre desarrollo de la personalidad del individuo y, por ende, a la propia dignidad humana⁵⁴⁰. La autonomía, no obstante, «es condición necesaria del Estado social y democrático de Derecho por más que no sea, condición suficiente»⁵⁴¹. Al hilo, únicamente puede alcanzar su plenitud si el sistema garantiza a los individuos la posibilidad real de ejercer su libertad. Incluso siendo un principio reconocido por la propia norma constitucional, no goza de una primacía en abstracto ni siquiera dentro del ámbito de las relaciones laborales⁵⁴².

Por otra parte, como rasgo inexcusable en el seno de una sociedad basada en un Estado de Derecho en la que los individuos libres deben entenderse como tales en todas las facetas, incluida en la profesional⁵⁴³, la normativa laboral establece que la obligación de prestar

⁵³⁸ Durante mucho tiempo, la hegemonía de la autonomía de la voluntad, como principio incuestionable y verdad fundamental del Derecho privado, se mantuvo intacto. Fue el «reino idílico» de Derecho privado a través del cual todos los derechos y libertades del individuo encontraron su fundamento y realización. En DE VEGA GARCÍA, P., «Dificultades y problemas...», *cit.*, 1996, p. 280.

Posteriormente, el «dogma de la autonomía privada» reconocía a cada individuo la facultad de organizar libremente sus relaciones jurídicas con los demás particulares, pero dentro de los límites del ordenamiento. Su resultado, fruto de esa libertad, contenía un pacto justo entre las partes incapaz de reflejar algún acuerdo desproporcionado. Es decir, para la Teoría clásica, la autonomía se configuraba, a su vez, como garantía de equidad contractual.

⁵³⁹ Ciertamente, el principio de autonomía de la voluntad tiene protección iusfundamental, especialmente en el artículo 10 de la CE. ESTRADA dice que, aunque la autonomía tenga una naturaleza iusfundamental, la teoría ha pretendido privilegiar a esta sobre los derechos fundamentales, lo que considera una «solución absurda». ESTRADA, A. J., *La eficacia...*, *cit.*, 2000, p. 117.

⁵⁴⁰ VENEGAS GRAU, M.^a, *Derechos fundamentales...*, *cit.*, 2004, p. 21.

⁵⁴¹ SALVADOR CODERCH, P. (Coord.), *Asociaciones...*, *cit.*, 1997, p. 23.

⁵⁴² ALEXY, R., *Teoría de los derechos...*, *cit.*, 1993, p. 522, trad. GARZÓN VALDÉS, E.

⁵⁴³ Esta condición de ciudadanos libres también dentro del ámbito profesional nos sirve para marcar fronteras históricas donde se concebían con normalidad los trabajos forzados dentro de las sociedades. *Vid.* el CONVENIO n° 29 de la OIT, ratificado por España el 8 de abril de 1932 (BOE de 14 de abril). Aunque ha de considerarse que pocos años antes de la revolución industrial ya existían formas de prestación de servicios libres y subordinados como los concebimos hoy en día. Sobre el particular, por todos, LOY, G., *El derecho del trabajo según Sancho Panza*, Sinca, Madrid, 2009.

De hecho, la libertad de trabajo, ampliamente consagrada en el Derecho Constitucional como derivación lógica del genérico reconocimiento de la libertad-valor superior del ordenamiento y como derecho de la persona (Artículo 17.1 de la CE), apoya la proscripción expresa del trabajo forzado, incluso como penas para aquellos que hayan sido condenados (Artículo 25.2 de la CE y al artículo 49 del CP).

Reconocida también, por ejemplo, por el artículo 8 del PIDCP o por el artículo 4 del CEDH.

La prohibición de coerción no puede confundirse con las obligaciones del trabajador en el desempeño de las tareas asignadas en el seno de la relación de trabajo. MARTÍN VALVERDE, A. y otros, *Derecho del Trabajo*, *cit.*, 2016, p. 39.

La libertad de trabajo comporta, por un lado, un ámbito positivo basado en el derecho al trabajo y a la libre elección de la profesión u oficio, es decir, a disponer de su actividad productiva y contratarla en la forma lugar y tiempo que estime oportuno; y, por otro, un aspecto negativo, presupuesto primero del ordenamiento laboral, por el que no puede ser obligado a realizar un determinado trabajo, o aceptado, haya que ser realizado de manera libre y sin imposiciones ni coerción alguna, durante el tiempo que se disponga la duración de la relación. Y, de hecho, partimos de una capacidad de los sujetos para contraer y asumir derechos y obligaciones mutuamente exigibles y protegidas por la norma, como en otras relaciones privadas, aunque la existencia entre la autonomía de las partes y la normativa laboral no ocurra de la misma manera que en las relaciones de otra naturaleza.

determinados servicios en favor del empresario debe tratarse de un acto libre⁵⁴⁴. Más allá, aun tratándose de un acto más o menos libre fruto también de la autonomía privada, la libertad contractual no se reduce al momento de la configuración de la relación laboral, sino que se extiende a lo largo de la misma y que actúa de forma compleja.

Aquella libertad real se encuentra sujeta a los principios y valores constitucionales, así como a la vigencia efectiva de los derechos fundamentales en todos los ámbitos en los que participa el individuo en sociedad⁵⁴⁵. De hecho, el alcance del libre desarrollo de la personalidad de la persona trabajadora no pasa únicamente por el respeto de su libertad, sino por el respeto y el fomento de sus derechos fundamentales como un «conjunto de bienes coordinados entre sí al servicio de su titular»⁵⁴⁶.

De ese modo, la eficacia inmediata de los derechos fundamentales de las partes en las relaciones laborales tampoco significa, de ninguna manera, una limitación indebida de su derecho «a disponer de su esfera jurídica como tengan por conveniente»⁵⁴⁷, dado que esa autonomía no puede entenderse como absoluta⁵⁴⁸. De ahí que el disfrute de la autonomía de las partes en una relación laboral debe, además, respetar el nexo existencial con los otros derechos, que no la destruyen, sino que permiten ajustar la conducta con la de aquellos y lograr una relación equilibrada⁵⁴⁹. Dicho esto, la existencia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su consiguiente eficacia inmediata no pueden entenderse como un desmedro o vaciamiento de la autonomía privada que rige las relaciones laborales, sino su propia activación y ejercicio.

⁵⁴⁴ CRUZ VILLALÓN, J., *Compendio...*, cit., 2018, pp. 31-32. El artículo 1.1 del ET viene a recoger el consentimiento libre como elemento primordial de su ámbito regulador y como característica de todo tipo de contrato, por ser inherente a la esencia contractual.

⁵⁴⁵ DE DOMINGO, T. «El problema de la Drittwirkung de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho», *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 11, 2002, p. 275. Vid. además VENEGAS GRAU, M.^a, *Derechos fundamentales...*, cit., 2004, pp. 190-191.

No olvidemos que, bajo la concepción del nuevo modelo, estos principios han de ser entendidos como unos que promueven, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad. Vid. STC 27/1981, de 20 de julio (FJ 10): «La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad».

⁵⁴⁶ MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L., «Principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales», en MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L. y DE DOMINGO, T., *Los derechos fundamentales...*, cit., 2011, p. 129.

⁵⁴⁷ BILBAO UBILLOS, J. M.^a, *La eficacia de los derechos...*, cit., 1997, p. 250, responde de esa manera a los argumentos de ALFARO ÁGUILA-REAL en «Autonomía privada...», cit., 1993. Asimismo, VENEGAS GRAU, M.^a, *Derechos fundamentales...*, cit., 2004, p. 23.

⁵⁴⁸ DE DOMINGO, T., *¿Conflictos entre derechos fundamentales?...*, cit., 2001, pp. 237-247.

La autonomía privada también se ve restringida en otras relaciones contractuales que afectan a la función social de la propiedad. Por ejemplo, tenemos a la normativa urbanística que se dicta al amparo del artículo 33.1 de la CE, del mismo modo que las actividades económicas. Pese a estar fundadas en la autonomía de la libertad y en el libre mercado, también deben cumplir estándares, requisitos, condiciones o límites en materia medioambiental, libre competencia, sanidad o protección de los consumidores.

⁵⁴⁹ OLLERO señala que la afirmación de que se tiene derecho a algo no se limita a expresar que se quiere algo, sino que «el disfrute de ese algo respeta mi nexo existencial con los otros, que no lo destruye, sino que me permite ajustar mi conducta con la de ellos [individuos]». OLLERO TASSARA, A., *¿Tiene razón el Derecho?*, 2.^a ed., Congreso de los Diputados, Madrid, 2006, p. 305.

II.3.B. La desigualdad propia de la relación laboral

Digamos que hoy en día es fácilmente constatable en cualquier sociedad democrática occidental que no se puede atribuir al Estado la categoría de fuente única de poder. Este fenómeno «se encuentra desigualmente distribuido», diseminado en la sociedad, entre sus miembros, de unos a otros, en clave de subordinación⁵⁵⁰. Es, justamente, fruto de esa desigualdad indisociable de las relaciones humanas, e inherente a toda organización social, con capacidad de determinar la conducta o condicionarla de algún modo⁵⁵¹.

Bajo las alas de un derecho privado toda la vida reconocido como un ámbito del Derecho donde las partes implicadas en las relaciones actuaban desde la igualdad y la libertad, es decir, desde la autonomía; estos grupos de poder han sido capaces (y siguen siéndolo) de imponer su propia voluntad e incluso consolidarse⁵⁵². Son capaces de registrar «situaciones de sujeción» en la que la otra parte no dispone «realmente de la misma libertad para concertar o no una determinada relación, que se presume voluntaria, o de las mismas posibilidades de discutir y perfilar el contenido final de las «cláusulas pactadas» y exigir su cumplimiento»⁵⁵³. Negar esta evidencia, como se ha venido haciendo desde algunos sectores, es negar una realidad que por sí misma muestra la conversión de la desigualdad social en falta de libertad social⁵⁵⁴, esto es, dar la espalda al propio sistema social y democrático.

En la actualidad, afirmar de forma categórica el carácter intrínsecamente justo y equitativo de un pacto entre particulares sería irresponsable, pero hacerlo para referirse a las relaciones laborales sería inconcebible. En el ámbito de las relaciones laborales, la disposición de los servicios personales a otra persona, aun estipulándose como un acto más o menos libre y fruto también de la autonomía privada, no evita que se parta de una situación no equitativa entre ambas partes. Si bien se ordena el respeto y la garantía de la libertad de las partes al momento de contratar y determinar el contenido de la relación laboral, la propia naturaleza de la relación laboral evidencia una posición de subordinación y dependencia que favorece al empresario.

⁵⁵⁰ KAHN-FREUND, O., *Trabajo y Derecho*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, p. 48, trad. GALIANA MORENO, J. M.

⁵⁵¹ BILBAO UBILLOS, J. M.^a, *La eficacia de los derechos...*, cit., 1997, p. 241.

⁵⁵² BILBAO UBILLOS, J. M.^a, *op. cit.*, p. 243. Además, PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos...*, cit., 1990, p. 209.

⁵⁵³ BILBAO UBILLOS, J. M.^a, *op. cit.*, p. 243.

⁵⁵⁴ BÖCKENFÖRDE, E-W., *Escritos sobre derechos...*, cit., 1993, pp. 85-88. Este autor hace referencia a una frase que utilizó Lorenz VON STEIN al respecto, diciendo que «la libertad es una libertad real tan sólo para aquél que posee las condiciones mismas, los bienes materiales y espirituales como presupuesto de la autodeterminación», p. 85. Referencia sobre la obra original a la que no hemos tenido acceso.

Para el cumplimiento de sus fines, el modelo constitucional español reconoce la existencia de las desigualdades como una característica propia de la sociedad civil⁵⁵⁵ y le corresponde hacer frente al poder en general, sin adjetivos⁵⁵⁶. Para ello ha de delimitar «el poder social existente o en formación, e impedir que ponga en juego por entero su superioridad frente a los no-poderosos, y ahogue la libertad jurídica de éstos»⁵⁵⁷. El ordenamiento jurídico despliega una normativa con el objetivo de equilibrar la posición originariamente desigual entre las partes⁵⁵⁸ y «asegurar los principios de libertad e igualdad contractuales y de limitar sus contrarios de subordinación o dependencias y jerarquía»⁵⁵⁹.

En una relación de trabajo, la diferencia de jerarquía puede ocasionar tensiones y una lucha por el control que desemboque en abusos propios de la relación. El Estado ha de reconocer tanto el poder empresarial como la problemática propia de las dinámicas de este poder, por lo que está llamado a corregirla a través de su intervención, asumiendo «funciones de procura asistencial y retribución» y operando «activamente contra la desigualdad social»⁵⁶⁰.

El Derecho es una técnica de regulación del poder social y, por ello, no puede ignorar el fenómeno de los grupos privados de poder⁵⁶¹. Además, como fenómeno social y cultural, se encuentra al servicio de la comunidad organizada con fines justos y correctos, siendo eminentemente pragmático⁵⁶². Puesto que se trata de un modelo donde el individuo «vive inmerso en un entramado de relaciones sociales que le unen a otros individuos o a

⁵⁵⁵ Para ello, el TC habla del «término de comparación (existencia de un trato desigual en supuestos iguales, o incluso de un trato igual en supuestos desiguales)» como «requisito imprescindible para poder valorar la posible existencia de una vulneración del principio de igualdad». Vid. STC 101/1983, de 18 de noviembre (FJ 4).

⁵⁵⁶ Sobre una diferenciación del «poder», puede consultarse a ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 44 y ss.

⁵⁵⁷ BÖCKENFÖRDE, E-W., *Escritos sobre derechos...*, cit., 1993, p. 86.

No basta, entonces, como dice BOBBIO, con que «el individuo sea libre “respecto del Estado” si después no es libre “en la sociedad”». BOBBIO, N., *Igualdad...*, cit., 1993, p. 143.

⁵⁵⁸ Ese sistema jurídico está constituido por normas estatales y convencionales preestablecidas y reguladoras de múltiples aspectos de la relación laboral y que actúan, por un lado, asegurando la observancia obligatoria de ciertas disposiciones, que en otro escenario podrían ser apartadas o marginadas por la autonomía de las partes; y, por otro, determinando la prohibición de renuncia de ciertos derechos del trabajador que podría derivar de supuestos actos voluntarios de este, pero inducidos por el empleador. Véase el artículo 3 del ET. Los derechos y obligaciones de las partes tienen como fuente de regulación, además de la voluntad individual de las partes, las disposiciones estatales y convencionales.

Puede consultarse, ALEMÁN PÁEZ, F., *Curso...*, cit., 2011, pp. 182-183; MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit., 2010, p. 269; MARTÍN VALVERDE, A. y otros, *Derecho del Trabajo*, cit., 2016, pp. 534-535. Por ello se afirma que el contrato de trabajo es un contrato normado, en el sentido que son la norma estatal y el convenio colectivo quienes fijan los derechos y deberes de las partes de forma uniforme para todo el personal de la empresa o del sector.

El carácter imperativo de las normas laborales, unido a la escasa capacidad contractual en lo que se refiere a establecer condiciones novedosas en el contrato, determina el vaciamiento de contenidos del mismo por lo que se refiere a la fijación de condiciones de trabajo. Vid. CRUZ VILLALÓN, J., *Compendio...*, cit., 2018, p. 102.

⁵⁵⁹ CASAS BAAMONDE, M.ª E., «¿Una nueva constitucionalización...?», cit., 2004, p. 129.

⁵⁶⁰ BÖCKENFÖRDE, E-W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000, p. 35, trad. DE AGAPITO SERRANO, R. Con todo, el autor tiene un punto crítico al concepto de Estado social de Derecho.

⁵⁶¹ Sobre el derecho como técnica de poder social, vid. KAHN-FREUND, O., *Trabajo y Derecho*, cit., 1987, p. 48.

⁵⁶² DE LA VEGA BENAYAS, C., *Teoría, aplicación...*, cit., 1976, p. 181.

determinadas organizaciones»⁵⁶³ y sus actuaciones pueden ahora depender de ellos en mayor medida que antes, ha hecho falta un modelo de Estado de Derecho que sea capaz de protegerlo de «esos poderes anónimos»⁵⁶⁴, justamente frente a esas desigualdades.

La reivindicación de un trato para el trabajador, acorde a su dignidad como persona, precisa manifestarse en exigencias para el sistema que eviten el impedimento de los derechos y libertades de la persona trabajadora, como sujeto en desventaja, y que se adopten medidas eficaces para garantizar dichas libertades⁵⁶⁵. En estas libertades, cuyo ejercicio debe no solo ser respetado, sino promocionado, ha de encontrarse la justificación del despliegue estatal que recorta en determinados ámbitos del Derecho laboral la autonomía del empleador, con el fin de proteger, además del interés general, estos intereses objetivamente más vulnerables, como los de los trabajadores por cuenta ajena⁵⁶⁶.

En efecto, en este ámbito, han de ser los derechos fundamentales con eficacia directa dentro de las relaciones laborales los que acompañen el establecimiento de aquellas reglas que deben ser atendidas por el empresario y los poderes públicos⁵⁶⁷.

Todo el sistema de derechos fundamentales despliega sus efectos sobre las dinámicas de la relación laboral, entendida como la superación de la lógica tradicional de intercambio patrimonial originada del contrato de trabajo en su caracterización dogmática. Aunque, el ordenamiento jurídico despliega un «poder normativo autónomo para determinar y establecer las condiciones de trabajo», ello no significa que los poderes públicos no tengan responsabilidad en la adecuada ordenación de las relaciones de trabajo, destinadas a respetar y promover el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores⁵⁶⁸.

Desde el nuevo escenario se entiende, por un lado, al propio contrato como un instrumento que, a la vez que justifica la desigualdad e instala la subordinación del trabajador, inserta la CE en el seno de las relaciones laborales privadas en busca de la defensa de los derechos de la persona trabajadora⁵⁶⁹. Por otro, la CE otorga a los interlocutores sociales o sujetos colectivos la capacidad de autorregulación de los intereses contrapuestos de los

⁵⁶³ BILBAO UBILLOS, J. M.^a, *La eficacia de los derechos...*, cit., 1997, p. 263.

⁵⁶⁴ ESTRADA, A. J., *La eficacia de los derechos...*, cit., 2000, p. 105, al hilo de la doctrina de Nipperdey.

⁵⁶⁵ SEVERÍN CONCHA, J. P., *Derechos fundamentales...*, cit., 2015, p. 71.

⁵⁶⁶ GARRORENA MORALES, Á., *El Estado español...*, cit., 1984, pp. 83-85.

⁵⁶⁷ MARTÍN VALVERDE, A., «El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Política Social*, nº 137, 1983, p. 132.

⁵⁶⁸ *Loc. cit.*

⁵⁶⁹ Consúltese la STC 129/1989, de 17 de julio (FJ 3) donde el TC ha dicho que «la vigencia de los derechos fundamentales puede resultar singularmente apremiante en el ámbito laboral, en el que la desigual distribución de poder social entre trabajador y empresario y la distinta posición que éstos ocupan en las relaciones laborales elevan en cierto modo el riesgo de eventuales menoscabos de los derechos fundamentales del trabajador».

Lo cierto es que este nuevo «análisis del contrato de trabajo desde los derechos fundamentales y libertades públicas proporciona cambios insospechados en el entendimiento de su regulación jurídica también tradicional». CASAS BAAMONDE, M.^a E., «¿Una nueva constitucionalización...?», cit., 2004, p. 131.

trabajadores y empleadores, a través de la autonomía colectiva, en aras de «determinar autónomamente las condiciones de trabajo a través de la negociación colectiva»⁵⁷⁰.

II.4. Poderes empresariales y derechos fundamentales de las personas trabajadoras

II.4.A. Las facultades derivadas del derecho a la libertad de empresa

No podemos pasar al siguiente aspecto del análisis sin comentar que los poderes empresariales, que de forma legítima puede desplegar el empleador para la configuración de la relación laboral, son la concretización de su derecho fundamental a la libertad de empresa⁵⁷¹. Este derecho, aunque posee naturaleza diferenciada, se encuentra ligado al derecho a la propiedad privada «en el marco de la economía de mercado» como sistema de producción⁵⁷². Estos dos derechos pueden entenderse relacionados como soportes naturales de las actividades empresariales.

Desde una perspectiva funcional, al empresario se le reconoce como el titular de la organización del trabajo dependiente y como director de los elementos materiales y personales de la empresa, capaz de dar órdenes, controlar su cumplimiento y sancionar los incumplimientos de los trabajadores⁵⁷³.

El despliegue de esos poderes permanentes y unilaterales del empresario, que tienen como otra cara de la moneda a la dependencia o subordinación, son «algo inherente a la

⁵⁷⁰ RAMOS QUINTANA, M., «El convenio colectivo como fuente del Derecho del Trabajo: alcance y nivel de protección del derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Anales de la facultad de Derecho*, nº 16, 1999, p. 379.

⁵⁷¹ Único derecho fundamental del empresario al que nos referiremos, por estar este vinculado a los poderes empresariales. Sobre la condición de la libertad de empresa como derecho fundamental, véanse las SSTC 109/2003, de 5 de junio (FJ 15), STC 124/2003, de 19 de junio (FJ 12), que reitera la doctrina de la STC 225/1993, sobre horarios comerciales. Así también la 112/2006, de 5 de abril (FJ 12), 18/2011, de 3 de marzo (FJ 9), 135/2012, de 19 de junio (FJ 5), o 96/2013, de 23 de abril (FJ 4 y 6). Véase también el artículo 16 de la CDFUE.

Aunque se trata de poderes, como manifestación de un derecho fundamental, para su ejercicio no se encuentra prohibida su delegación. Aun así, aun cuando otros puedan ejercerlo, siempre lo harán con ciertas limitaciones y cumpliendo las especificaciones legales que para el caso se hayan establecido. Sin embargo, a efectos de garantizar la seguridad jurídica y la protección de los derechos de los trabajadores, estos últimos deberán tener la garantía de que quien dicta las órdenes en el seno de la dirección empresarial lo hace en nombre del empresario y lo hace desde un grado superior jerárquico.

Conviene precisar que este derecho no solo se contiene el despliegue de los poderes empresariales sino también, por ejemplo, la habilitación para establecer las relaciones laborales y la potestad de configurar los derechos y obligaciones de ambas partes, de acuerdo a lo permitido por la normativa laboral.

⁵⁷² PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 18.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2010, pp. 513-514. Vid. MARTÍN VALVERDE, A. y otros, *Derecho del Trabajo*, cit., 2016.

⁵⁷³ En último término hay «empresa laboral» cuando se organizan los servicios de uno o varios trabajadores, aunque los elementos esenciales sean escasos o casi inexistentes. Al límite, la empresa laboral es simplemente una actividad (laboral) organizada. Vid. MONEREO PÉREZ, J. L., «Aspectos generales», en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998, pp. 28-34.

Según el artículo 1.1 del ET, el trabajador se encuentra obligado a realizar el trabajo convenido bajo el ámbito de organización y dirección del empresario. En el mismo sentido, se desprende del artículo que el empresario tendrá facultades para imponer sanciones y el trabajador, el deber de obediencia mientras se desplieguen dichas facultades directivas.

naturaleza misma del contrato»⁵⁷⁴. Como parte del esquema socioeconómico amparado por la CE, le han sido atribuidos legítimamente con el objeto de conseguir y optimizar los fines productivos de su organización empresarial, los que son imposibles de conseguir con la coordinación espontánea de los propios trabajadores⁵⁷⁵. Se concretan en una serie de facultades empresariales que comprenden «decisiones básicas relativas al qué, al cómo, al cuánto, al cuándo y al dónde producir un bien o prestar un servicio», es decir, «al modo de coordinar y articular las prestaciones laborales y recursos técnicos»⁵⁷⁶, mientras poseen la legitimidad para limitar las actuaciones de los trabajadores o, más bien, encaminar sus actuaciones a la consecución de los fines productivos⁵⁷⁷.

Al hilo, de forma más precisa, se encuentra el poder de dirección que supone la disposición de los medios de producción para adaptarlos a las necesidades empresariales con el fin de conseguir que el trabajo se ajuste al plan determinado y, con ello, al propio régimen disciplinario de la empresa⁵⁷⁸. Una adaptación que involucra, justamente, una organización de la actividad laboral en el seno de la empresa a través de órdenes e instrucciones a sus trabajadores, y que puede incidir directamente sobre la actividad individual de estos o sobre el

⁵⁷⁴ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.^a, SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.), *Derechos fundamentales inespecíficos y negociación colectiva*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 23. Vid. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005.

De hecho, se tratan de unos poderes propios del empresario, sin que quede atribuida al trabajador una facultad análoga ante eventuales incumplimientos empresariales.

⁵⁷⁵ POQUET CATALÁ, R., *El actual poder de dirección y control del empresario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 15.

⁵⁷⁶ VALDÉS DAL-RÉ, F., «Contrato de trabajo...», *cit.*, 2003, p. 97.

⁵⁷⁷ Así, el poder es «un conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y su riesgo, ordenando las singulares prestaciones y organizando el trabajo en la empresa». MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1965, p. 44.

Facultades «que definen la posición del empresario en la relación laboral», VALDÉS DAL-RÉ, F., «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», en APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A. (Ed.), *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 31-32.

⁵⁷⁸ AGUILAR MARTÍN, M.^a C., «Vulneración del derecho a la imagen por la extralimitación del poder de dirección empresarial», en VV.AA., *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Cinca, Madrid, 2014, p. 3 (en disco compacto). La empresa es, en sí misma, una esfera de poder y existen varias corrientes de pensamiento que recogen un fundamento teórico al poder de dirección del empresario: 1. Las teorías «tradicionales» fundamentaban la existencia del poder de dirección en el propio contrato de trabajo en tanto este último a la vez que sirve para la ordenación de las relaciones profesionales, confiere al empleador las facultades relacionadas con dicha ordenación. 2. Las teorías «publicistas» sostenían el origen del poder de dirección en los poderes públicos por lo que el poder del empleador venía a ser una facultad estatal delegada al empleador. 3. Las tesis «dominicales» justificaban la existencia del poder de dirección del empresario en la propiedad. El poder de dirección se consideraba como una consecuencia derivada de la propiedad en tanto es quien asume el riesgo industrial. 4. Las tesis «tecnocráticas» otorgan el poder directivo al empresario por ser éste quien ostenta el conocimiento necesario para dirigir la empresa. 5. Las tesis «burocráticas», por otro lado, asocian el poder de dirección al empleador en tanto es éste quien posee los estándares precisos de racionalidad organizacional. Vid. ALEMÁN PÁEZ, F., *Curso...*, *cit.*, 2011, pp. 411-412.

El concepto de «poder» debe entenderse como diferente al de «facultades de dirección». Estas últimas son aspectos integrantes del poder de dirección, MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección...*, *cit.*, 1965, p. 20. Sobre cuestiones conceptuales del poder de dirección, puede revisarse también a ROMÁN DE LA TORRE, M.^a D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Grapheus, Valladolid, 1992.

condicionamiento en la organización colectiva del trabajo cuando los aspectos organizativos vayan dirigidos hacia la racionalización de los factores productivos⁵⁷⁹.

En ese sentido, el poder directivo alcanza al cotejo, verificación o comprobación del cumplimiento de la prestación tal y como su realización se haya dispuesto de acuerdo al esquema de organización inicialmente diseñado para la obtención de un óptimo rendimiento. De ahí que coincida la doctrina en denominar de manera más precisa, por un lado, al poder de control empresarial como parte del poder de dirección —sirviéndole incluso de instrumento—⁵⁸⁰; y, por el otro, al poder de vigilancia. Como se dice en términos económicos, la empresa es un sistema de supervisión⁵⁸¹ y, en consecuencia, el empresario está legitimado para realizar una valoración de eficiencia del trabajo desarrollado a través del despliegue de sus facultades en la elección y el empleo de los medios necesarios para ello⁵⁸².

De hecho, el ejercicio del poder de control debe desplegarse con el objetivo de conocer algo en concreto, una realidad sobre la que se proyecta la indagación y de la que se espera obtener una información. Luego, la estructura necesaria de este poder debe insistir en el cumplimiento, en cualquier caso, de una relación entre los resultados obtenidos por la investigación y el motivo por el que se ha aplicado el control⁵⁸³.

En cuanto a la vigilancia referida, alimenta una idea que se sustenta en una mayor y más constante atención a la ejecución de la prestación; mucho más intensa, penetrante y minuciosa. Se refiere, efectivamente, a la fiscalización continuada que el empresario ejerce sobre el

⁵⁷⁹ Se reconoce al empresario la facultad de emitir, por ejemplo, circulares internas de carácter básico y general de obligatorio cumplimiento para todos sus servicios, que pueden extenderse a materias laborales como ejercicio del poder de dirección [STS de 7 de marzo de 2007 (ROJ 2086/2007)].

⁵⁸⁰ Al efecto, se autoriza al empleador a efectuar registros por motivos de seguridad, a su salud, incluso al seguimiento del trabajador fuera del centro de trabajo cuando se trate de comprobar el cumplimiento de sus deberes laborales fuera de los locales de la empresa [STS de 19 de julio del 1989 (ROJ 13116/1989)]. *Vid.* ALEMÁN PÁEZ, F., *Curso...*, *cit.*, 2011, p. 413. MONTOYA MELGAR, A., «Artículo 20. Dirección de la actividad laboral», en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales...*, Tomo V, *cit.*, 1985, p. 143. GOÑI SEIN, J. L., *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988, p. 109. ALONSO OLEA, M., *El estatuto de los trabajadores: texto, comentarios, jurisprudencia*, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1995, p. 111. DEL VALLE VILLAR, J. M., «El derecho a la intimidad de trabajador durante la relación de trabajo», *Actualidad Laboral*, nº 3, 1991, p. 486. La STSJ de Murcia, de 6 de febrero de 1998 (ROJ 127/1998) indica que «la facultad de control se enmarca en el más genérico poder de dirección cuya titularidad y ejercicio atribuyen al empresario diversos artículos del propio Estatuto de los Trabajadores».

⁵⁸¹ ALCHIAN, A. y DEMSETZ, H., «Producción, costes de información y organización económica», en PUTTERMAN, L. (Ed.), *La naturaleza económica de la empresa*, Alianza, Madrid, 1994, p. 154, trad. PASCUAL ENCUESTRA, B. y VELASCO KINDELÁN, J.

⁵⁸² *Vid.* MARTÍNEZ FONS, D., *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 2002, p. 47.

Ahora bien, ha de distinguirse entre los medios que elija el empresario para ejecutar sus facultades de control y el poder de control *strictu sensu*. Por ejemplo, puede establecer los pertinentes medios de control del rendimiento, de la puntualidad y asistencia, del cumplimiento de las reglas técnicas y de disciplina, u otras formas que considere oportunas para el funcionamiento adecuado de la empresa. WILLIAMSON, O., «La organización del trabajo: un enfoque institucional comparativo», en PUTTERMAN, L. (Ed.), *La naturaleza económica...*, *cit.*, 1994, p. 375 y ss.

⁵⁸³ MARTÍNEZ FONS, D., *El poder de control del empresario...*, *cit.*, 2002, p. 47.

cumplimiento ordenado de la prestación laboral, como consecuencia de sus facultades organizativas⁵⁸⁴.

Considerado también un poder derivado del poder de dirección, el poder disciplinario del empresario es el resultado de una conjunción de circunstancias que no tiene parangón en otras figuras contractuales⁵⁸⁵. En esencia, posee un fin correctivo ante cualquier alejamiento de los planes empresariales y trata de influir sobre las conductas futuras en lugar de castigar las pasadas, salvo en aquellos casos muy extremos y puntuales⁵⁸⁶ en los que se podrá determinar sanciones desde una óptica «moderada, con prudencia, equidad y atemperación»⁵⁸⁷, dentro del marco de criterios normativos que se hayan dispuesto⁵⁸⁸. Compromete al trabajador en el correcto desenvolvimiento de la organización desde la configuración inicial de la relación laboral —sin que medie pacto expreso para su existencia—, aunque solo ha de manifestarse como reacción frente al incumplimiento de sus obligaciones debidas y concretadas o materializadas de manera específica por el contrato, la ley o por negociación colectiva en su calidad de fuentes de integración del contenido del contrato⁵⁸⁹.

II.4.B. La presunción de legitimidad de las órdenes empresariales, diligencia y buena fe contractual

Del contrato de trabajo se desprenden obligaciones y derechos que forman parte de la relación laboral. La nota de subordinación y dependencia en el trabajo significa ese sometimiento de la persona trabajadora a la «esfera organicista y rectora de la empresa»⁵⁹⁰ y

⁵⁸⁴ GOÑI SEIN, J. L., *El respeto a la esfera...*, cit., 1988, pp. 110-111.

⁵⁸⁵ Resulta prácticamente imposible encontrar a un sujeto de cualquier otra relación contractual que asuma facultades disciplinarias de estas características. CRUZ VILLALÓN, J., *Compendio...*, cit., 2018, p. 232.

El poder disciplinario empresarial es un poder entre privados y no puede constituirse como un ejercicio del *ius puniendi* estatal, por lo que no viene cubierto por las exigencias del artículo 25 de la CE. Ello no evita que se haya configurado una tipificación de faltas y sanciones; se hayan establecido determinados procedimientos para la aplicación de dichas sanciones y faltas; y, que, por supuesto, exista posibilidad de su revisión judicial.

⁵⁸⁶ GIL Y GIL, J. L., *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, pp. 114-118.

⁵⁸⁷ El empresario deberá realizar advertencias previas o imponer sanciones menores antes de imponer una sanción más importante o una pena máxima de despido. Por varias, STS de 5 de febrero de 2008 (ROJ 804/2008).

⁵⁸⁸ Cumpliendo con los lineamientos legales de existencia de la tipicidad de la falta, la legalidad de la sanción y la existencia de un procedimiento donde se aplique la proporcionalidad entre ambas, con una valoración conjunta de las peculiaridades contextuales del caso en concreto. ALEMÁN PÁEZ, F., *Curso...*, cit., 2011, p. 443.

⁵⁸⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, Madrid, 1991, p. 68. También GIL Y GIL, J. L., *Autotutela privada...*, cit., 1994, p. 49. O, CASTRO ARGÜELLES, M.^a A., *El régimen disciplinario...*, cit., 1993, p. 66. Por otro lado, el artículo 58.1 del ET también hace referencia a un poder de sanción discrecional por parte de la dirección por lo que podría darse una condonación de la sanción si así se decide.

⁵⁹⁰ La Jurisprudencia social ha contribuido a la identificación de una relación de naturaleza laboral cuando confluyen un sujeto denominado «trabajador» y una dependencia de éste al círculo rector y disciplinario de un empleador. [SSTS de 23 de octubre de 1986 (ROJ 13326/1986); de 23 de enero de 1990 (ROJ 386/1990), 9 de febrero de 1990 (ROJ 1110/1990) y 16 de octubre de 1990 (ROJ 17561/1990); 20 de septiembre de 1995 (ROJ 4608/1995) y 20 de octubre de 1998 (ROJ 6023/1998), etc.].

Los criterios tradicionales definitorios de la «dependencia», entendidos como sujeción inmediata a las instrucciones emanadas directamente del ámbito directivo de una unidad organizativa dada, se va tamizando de manera progresiva en el tiempo y, sobre todo, a causa del avance tecnológico. *Vid.* PÉREZ DE LOS COBOS

supone que el desempeño del trabajo sea bajo el despliegue de esos poderes permanentes del empresario, como aceptación de un principio de legitimidad de las órdenes empresariales dictadas⁵⁹¹. Se trata de una obligación de primer orden y de evidente importancia práctica, puesto que de ello depende, en gran medida, el desenvolvimiento regular de la relación laboral. Más bien, el deber de obedecer las órdenes empresariales, fundado en el propio contrato de trabajo, supone el cumplimiento de las obligaciones concretas del puesto de trabajo de acuerdo a las reglas diligencia y de buena fe⁵⁹².

Por un lado, el desempeño del trabajador se basa, en gran medida, en la determinación de la intensidad adecuada del trabajo y su obligación contractual de que su actividad desemboque en el resultado buscado por el empresario⁵⁹³. Se ha identificado tanto un elemento «interno o subjetivo», que implica el grado de esfuerzo y tensión en la voluntad del trabajador al realizar la prestación de trabajo, como un elemento «externo, objetivo o de resultado», que se refiere al cumplimiento de un determinado rendimiento y que puede servir luego para señalar las responsabilidades en caso del incumplimiento de las mismas. Asimismo, presenta una dualidad intrínseca con una dimensión «cualitativa», que implica la consecución de un nivel correcto; y, una dimensión «cuantitativa» —de común acuerdo—, referida a la cantidad de trabajo⁵⁹⁴. Aun con ello, contiene elementos conceptuales que son difíciles de medir de forma objetiva que provocan dificultades para verificar el desenvolvimiento «correcto» en el trabajo. El rendimiento exigible podría determinarse con arreglo a criterios más generales que, aunque indeterminados, hagan referencia a aspectos negativos sobre ineficacia, culpa grave o negligencia manifiesta; así como a criterios que podrían determinar rendimientos mínimos o medios exigibles a los trabajadores⁵⁹⁵. En todo caso, no pueden ser utilizados como criterios

ORIHUEL, F., *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 33. Sin embargo, esta noción posee una notable capacidad de adaptación a nuevos contextos y modelos de trabajo, dado que los indicios de subordinación son lo suficientemente elásticos para afrontar situaciones nuevas. Ciertamente, la jurisprudencia ha venido reconociendo un concepto flexible y ha admitido la nota diferencial, siempre que se advierta un genérico poder de mando en la empresa y un correlativo deber de obediencia en el trabajador, pero destacando, en todo caso, que lo relevante para considerar la existencia de un contrato de trabajo es la obediencia al poder de dirección y de mando del empresario. Véanse las SSTs de 2 de julio de 1996 (ROJ 4046/1996) o de 29 de diciembre de 1999 (ROJ 8532/1999).

⁵⁹¹ Naturalmente, en cada contrato de trabajo la dependencia pues poseer una mayor o menor gradación, según se trate de las características de la actividad realizada y el puesto de trabajo ocupado. [SSTs de 6 de junio de 1990 (ROJ 4338/1990), de 23 de octubre de 2003 (ROJ 6534/2003), de 17 de noviembre de 2004 (ROJ 7437/2004) o de 20 de noviembre de 2007 (ROJ 7580/2007)]. Incluso muchas sentencias se refieren a la dependencia y la ajenidad como que ambos son elementos «constitutivos» a la vez que «reguladores» de la relación jurídico-laboral. [STs de 19 de julio de 2002 (ROJ 9177/2002), de 9 de diciembre de 2004 (ROJ 7973/2004) o de 11 de marzo de 2005 (ROJ 1525/2005)].

⁵⁹² Artículo 5.a) del ET.

⁵⁹³ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.^a E., *Derecho...*, cit., 2006, p. 418. También, CRUZ VILLALÓN, J., *Compendio...*, cit., 2018, pp. 218-219.

⁵⁹⁴ ALEMÁN PÁEZ, F., *Curso...*, cit., 2011, p. 433. En ocasiones los convenios colectivos fijan unos «rendimientos mínimos» por debajo de los cuales el trabajador no puede desempeñar su prestación. STS, de 21 de febrero de 1990 (ROJ 1574/1990).

⁵⁹⁵ Puede utilizarse esta fijación de mínimos de rendimiento para dos cuestiones: primero, para exigir el rendimiento mínimo por debajo del cual se valida un incumplimiento contractual del trabajador; y, segundo, fijo incentivos salariales por rendimientos superiores a esos mínimos.

suficientes para determinar sanciones a los trabajadores, teniendo en cuenta que los incumplimientos podrían derivarse tanto de incumplimientos voluntarios como de involuntarios⁵⁹⁶.

Del mismo modo, respecto al deber de buena fe de los trabajadores, lo dicho anteriormente se traduce en la realización de una conducta diligente y de cooperación desde la lealtad y absteniéndose de realizar conductas que sean dañosas para los intereses empresariales⁵⁹⁷. Aunque constituye, en definición jurisprudencial, un criterio de valoración de conductas⁵⁹⁸, doctrinalmente involucra una amplia gama de deberes de comportamiento que se extiende más allá del desempeño de la prestación laboral. Como tales, se incluyen toda una serie de deberes de cooperación⁵⁹⁹, así como una serie de deberes de corrección⁶⁰⁰.

Este principio actúa como fuente de integración del contrato de trabajo al generar esos deberes recíprocos entre las partes⁶⁰¹. Tanto empresario como trabajador tienen derecho a esperar de la contraparte el cumplimiento de una amplia gama de obligaciones, facultades, derechos y poderes de acuerdo con este principio, concebido, a su vez, como un deber de comportamiento leal y honesto, social y contractualmente correcto⁶⁰².

Como decíamos, es verdad que el contrato de trabajo no es título que fundamenta la vigencia y protección de derechos fundamentales de las personas trabajadoras, pero es relevante en la medida que del mismo pueden desprenderse obligaciones y derechos que forman parte de la buena fe, con la que deben actuar los trabajadores en el ejercicio de sus

⁵⁹⁶ CRUZ VILLALÓN, J., *Compendio...*, cit., 2018, p. 218.

⁵⁹⁷ BETTI, E., *Teoría general de las Obligaciones*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 101, trad. DE LOS MOZOS, J. L. Actitud de cooperación que es debida por cada parte a la otra y encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte. La *bona fides* consiste en un criterio de conducta inspirado e informado por el interés de la otra parte; conducta dirigida al cumplimiento positivo de la expectativa de cooperación de la contraparte.

⁵⁹⁸ Por todas, STS de 4 de marzo de 1991 (ROJ 16525/1991).

⁵⁹⁹ De aviso o comunicación, de abstención, de ejecución útil de la prestación.

⁶⁰⁰ Por ejemplo, de rectitud, coherencia en el comportamiento, tempestividad o inmediatez en el ejercicio de la pretensión, responsabilidad o proporcionalidad en el ejercicio de los derechos. Vid. MARTÍNEZ RAMÍREZ, J. M., «Derechos y deberes laborales (En torno a los artículos 4 y 5)», *Civitas. Revista Española del Derecho del Trabajo...*, cit., 2000, p. 272. También, Vid. MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), *Comentario al Estatuto...*, cit., 1998, p. 129.

⁶⁰¹ Se trata de un principio supremo que inspira el derecho de obligaciones. Visto en MONTOYA MELGAR, A., «Artículo 20...», cit., 1985, p. 129, en referencia a ENNECCERUS, L., *Derecho de Obligaciones*. Además, es requisito implícito a toda relación contractual: los artículos 5.a) y 20.2 del ET son adaptaciones del artículo 1258 del CC por una parte, los contratos obligan al «cumplimiento de lo expresamente pactado» y, por otro, obligan «también a todas las consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe».

⁶⁰² En la jurisprudencia española se recalca que la buena fe no puede entenderse de forma unilateral: tan vinculado a ella se encuentra el trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones como el empresario en el de las suyas. [SSTS de 15 de febrero de 1983 (ROJ 5874/1989), de 25 de enero de 1985 (ROJ 2073/1985) y de 28 de diciembre de 1987 (ROJ 8352/1987); STSJ de País Vasco de 13 de febrero de 2001 (ROJ 818/2001); STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de marzo de 2001 (ROJ 2481/2001); STSJ de Madrid de 24 de Abril de 2001 (ROJ 5589/2001); STSJ de Cataluña de 31 de octubre de 2001 (ROJ 13347/2001), STSJ de Cantabria de 28 de noviembre de 2001 (ROJ 2175/2001); y, SSTC 120/1983, de 15 de diciembre; 88/1985, de 19 de julio; 6/1988, de 21 de enero; 1/1998, de 13 de enero; y, 90/1999, de 26 de mayo, entre otras. En particular, las SSTC 90/1999, de 26 de mayo y 213/2002, de 11 de noviembre].

funciones contractuales. En todo caso, la exigencia de ciertas conductas alcanza al trabajo que haya sido convenido, en virtud del contrato de trabajo y dentro de los parámetros establecidos en el ordenamiento jurídico y los convenios colectivos⁶⁰³, sin que pueda extenderse más allá de la relación profesional ni afectar cuestiones relacionadas, en este caso, con aspectos de la vida privada de las personas trabajadoras que, como veremos, se encuadren dentro de los derechos que analizaremos⁶⁰⁴. Deben ser reputadas como ejercicio «regular» de las facultades empresariales, lo que significa que no pueden atentar, en ningún caso, contra los derechos y libertades que la CE reconoce al trabajador⁶⁰⁵.

III. APUNTES SOBRE EL EJERCICIO ADECUADO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES LABORALES

Recordemos que la relación privada laboral se caracteriza por que ambas partes son sujetos privados, titulares de derechos fundamentales, incluso si no se encuentran en idéntica posición de partida. En este caso, la configuración de unas relaciones laborales privadas legítimas se alcanzará si se cumple con la salvaguarda tanto de los derechos fundamentales de la persona trabajadora como de la libertad de empresa. El TC ha señalado que «la efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible con los límites recíprocos que pueden surgir entre aquellos y las facultades empresariales, que también son expresión de derechos constitucionales (arts. 33 y 38 CE)»⁶⁰⁶.

En las relaciones con el poder, el desarrollo de esta relación está expuesto, al menos, a tres riesgos esenciales. En primer lugar, a su alteración cuando el empresario hace uso del poder de dirección para modificar las pautas unilateralmente; en segundo lugar, al peligro de verse sometidos los trabajadores a verificaciones personales y profesionales que excedan de las capacidades legítimas de control y vigilancia por parte de los empleadores; y, en tercer lugar, al riesgo de que se introduzcan limitaciones que excedan de su poder disciplinario. Para el primer caso, el derecho debe conferir al trabajador una cierta capacidad de resistencia, Por ejemplo, a través de la *procedimentalización sindical* y, a su vez, a través de los convenios colectivos⁶⁰⁷;

⁶⁰³ Artículo 20.2 del ET. Por ejemplo, si el rendimiento del trabajador se encuentra por encima de rendimientos mínimos no existirá incumplimiento contractual [STSJ de Asturias, de 26 de enero de 2001 (ROJ 431/2001)].

⁶⁰⁴ Así STC 293/1993, de 18 de octubre de 1993 o STSJ de Castilla y León, de 21 de marzo del 2005 (ROJ 1471/2005). Puede darse el caso que la conducta extra-laboral influya sobre la relación de trabajo (STC 47/1985, de 27 de marzo).

⁶⁰⁵ Al hilo del artículo 5.c) del ET.

⁶⁰⁶ STC 125/2007, de 21 de mayo; 56/2008, de 14 de abril (FJ 6). STS de 12 de febrero de 2013 (ROJ 763/2013, FD 3).

⁶⁰⁷. Vid. MARIA MASTINU, E., «La procedimentalización sindical del ejercicio de los poderes y prerrogativas del empresario», en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.), M., *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005, pp. 269-286.

para el segundo y tercero, la tentativa encuentra sus límites en el sometimiento del contrato a los principios de finalidad y proporcionalidad⁶⁰⁸.

Corresponde aludir a la cuestión del ejercicio y garantía de los derechos fundamentales para terminar de perfilar su sentido y alcance en las relaciones laborales. Justamente, el ejercicio de los derechos fundamentales, también en este ámbito, se valora como decisivo para el proceso democrático del Estado que se intenta defender, puesto que ha de descansar sobre la posibilidad de que ambas partes ejerzan sus libertades en todo momento.

III.1. La conjugación de los derechos fundamentales de las partes de la relación

Las relaciones laborales, como cualquier otra relación jurídica, tan solo son legítimas si no obstaculizan en su práctica la plenitud de los derechos fundamentales del individuo⁶⁰⁹. Dado que cada parte de la relación laboral de naturaleza privada se encuentra sujeta a los derechos fundamentales de la otra parte, los derechos fundamentales actúan «como deberes para quienes intervienen en una relación jurídica de derecho privado»⁶¹⁰. Esa sujeción —que, recordemos, emana de la CE— significa que cada una de las partes es libre para hacer lo que quiera, «pero que esa libertad tropieza con los límites que suponen los derechos fundamentales»⁶¹¹, no solo los de ellos mismos, sino los de los demás⁶¹².

En su caso, las organizaciones empresariales ni forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad o del ordenamiento jurídico ni desempeñan sus atribuciones fuera del contexto que les permite ese mismo ordenamiento⁶¹³. En particular, los poderes empresariales de dictar órdenes e instrucciones, controlar, vigilar o imponer sanciones ante los incumplimientos de las personas trabajadoras no son ilimitados o incontrolables, absolutos u omnímodos. En ese sentido, la libertad de empresa reconocida en la CE, «[no] legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y

⁶⁰⁸ BÉRAUD, J.-M., «Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat du travail», *Le Droit Ouvrier*, 1997, p. 529.

⁶⁰⁹ BORRAJO DA CRUZ decía que «el Derecho del Trabajo, como cualquier otra rama singular del Derecho, tan sólo se legitima si sirve con plenitud al hombre, y distinguir entre la «condición humana» y la «condición laboral» es el primer apunte para la degradación del trabajador por vía de la ley», BORRAJO DACRUZ, E., *Nuevas normas laborales*, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1981, p. 19.

⁶¹⁰ ESTRADA, A. J., *La eficacia...*, cit., 2000, pp. 88-89.

⁶¹¹ DE LA QUADRA-SALCEDO, T., «Derecho...», cit., 2013, p. 64, dice que en eso se diferencian estas relaciones con las del individuo-Estado. En estas últimas, los poderes públicos «sólo pueden hacer lo que deben hacer» y su respeto implica, a su vez, de manera positiva, lo que pueden querer y hacer.

⁶¹² Por ejemplo, MOLINA NAVARRETE, C., «Bases jurídicas...», cit., 1991, p. 69. Dice el autor que los ciudadanos, como individuos también integrados en las organizaciones y poderes de carácter privado, como titulares pasivos de los derechos fundamentales, se encuentran obligados a ellos, es decir, a su «pleno respeto y al cumplimiento de los deberes que de ellos se derivan».

⁶¹³ Vid. STC 106/1996, de 12 junio.

libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional»⁶¹⁴.

Esto quiere decir que el ejercicio de los poderes empresariales derivados del derecho del empresario a la libertad de empresa «no puede traducirse en la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador»⁶¹⁵. De forma enérgica, «[l]as manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza»⁶¹⁶. En ese sentido, el derecho a la libertad de empresa y, más concretamente, los poderes empresariales han de ejercerse «dentro de las normas jurídicas que regulan la relación de trabajo de que se trata, como una función social, alejada del posible abuso de aquel derecho de dirección»⁶¹⁷, que, como ya hemos dicho, no se reducen a las normas legales recogidas en el ET ni se centran en ese texto⁶¹⁸.

Aquí conviene recordar que la buena fe también está llamada a desempeñar un papel importante como límite a los poderes del empresario, dado su carácter de principio constitucional implícito⁶¹⁹. Así, este principio ya no es solo un límite, sino el presupuesto de una norma y, en ese sentido, se convierte en un medio eficaz de limitación y control de poderes. En definitiva, el principio de buena fe cumple otra función como principio general del derecho: el de labor interpretativa.

En la práctica de las relaciones laborales se corre el riesgo de que alguna de las partes (o ambas) no observe el debido respeto por los derechos de la otra. Dadas las desigualdades características de la relación laboral, los poderes económicos se posicionan en clara ventaja, propiciándose un escenario adecuado para hacer primar de múltiples maneras los intereses contractuales, con lo que se podría limitar considerablemente la libertad de autodeterminación de la parte débil⁶²⁰. En concreto, gran parte de los efectos jurídicos de la relación de trabajo quedan supeditados a las exigencias concretas de las necesidades organizativas, siendo estas las que prefiguran el contenido material y modelan el desarrollo del trabajo dependiente. Son las necesidades organizativas las que vienen a desplegar las situaciones de poder y sujeción que

⁶¹⁴ STC 129/1989, de 17 de julio (FJ 3), 56/2008, de 14 de abril (FJ 6). STS de 12 de febrero de 2013 (ROJ 763/2013).

⁶¹⁵ SSTC 41/2006, de 13 de febrero (FJ 4), 76/2010, de 19 de octubre (FJ 8) o la STS de 12 de febrero de 2013 (ROJ 763/2013).

⁶¹⁶ STC 129/1989, de 17 de julio (FJ 3), 56/2008, de 14 de abril (FJ 6).

⁶¹⁷ STS de 9 de junio de 1987 (ROJ 4031/1987, FD 4).

⁶¹⁸ Sobre el desarrollo de la libertad de empresa en consonancia con el modelo de Estado de Derecho, puede consultarse a PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Los derechos laborales...*, cit., 1991, pp. 21-23.

⁶¹⁹ GIL Y GIL, J. L., *El principio de buena fe y poderes del empresario*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003, p. 186.

⁶²⁰ ESTRADA, A. J., *La eficacia...*, cit., 2000, pp. 118-119.

fácilmente, por acción u omisión, pueden poner en jaque los derechos fundamentales del trabajador, vía el desconocimiento o su lesión⁶²¹.

III.2. La especial necesidad de regular el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores

Los derechos fundamentales de las personas trabajadoras «son prevalentes y constituyen un límite infranqueable» para el despliegue de las facultades empresariales: entiéndanse como indisponibles⁶²².

No obstante, el reconocimiento constitucional y sus efectos inmediatos no les otorga una expansión irrestricta, es decir, no son derechos absolutos⁶²³, aunque dentro de ellos la protección constitucional de cada uno sí es absoluta. Por su parte, todo ejercicio de los poderes empresariales debe tener implícito el reconocimiento de la reforzada esfera de libertades del trabajador que no puede ser desconocida o negada, dada dicha posición prevalente⁶²⁴.

Reivindicar una posición central de los derechos fundamentales en las relaciones laborales debe partir también desde el cumplimiento de las exigencias que desde la CE se hacen a los poderes públicos. Frente a la indeterminación que caracteriza a las normas de derechos fundamentales, como normas de carácter abierto, la intervención de los poderes públicos para alcanzar su concretización es el primer paso para su defensa eficaz.

Los derechos de las personas trabajadoras están sometidos a mayores riesgos de vulneración. Las relaciones laborales se constituyen como mundos especiales que, por su naturaleza y configuración, requieren que la actuación de los poderes públicos deba hacerse compatibles con las propias exigencias de la relación misma⁶²⁵. En ese sentido, el edificio

⁶²¹ VALDÉS DAL-RÉ, F., «Contrato de trabajo...», *cit.*, 2003, p. 90.

⁶²² *Vid.* las SSTC 41/2006, de 13 de febrero (FJ 4), 76/2010, de 19 de octubre (FJ 8) o la STS de 12 de febrero de 2013 (ROJ 763/2013).

⁶²³ Aquí se utiliza el término «absoluto» en referencia a «ilimitado» utilizado en la doctrina, aunque preferimos no usar este segundo término para evitar confusiones a la concepción de límites que usaremos en líneas siguientes. La concepción de los derechos fundamentales como derechos no absolutos o limitados es compartida en la doctrina, aunque el fundamento que sustenta los límites que poseen pueda contener ciertos matices. *Vid.* PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos...*, *cit.*, 1990, pp. 85-86; SOLÓZABAL ECHAVARRÍA, J., «Algunas cuestiones...», *cit.*, 1991, p. 97; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Los derechos fundamentales y la Constitución a los veinticinco años», *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, nº 0, 2004, p. 46; RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., *La razón de los derechos*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 70. Además, puede revisarse la STC 22/1984, de 17 de febrero (FJ 3).

Esta afirmación sobre los derechos fundamentales como «no absolutos» no tiene que ver con la hecha por la teoría de los «límites inmanentes» que argumenta que los derechos deben ceder o sacrificarse ante otros bienes o derechos constitucionalmente reconocidos. Esta teoría parece intentar poner freno al ejercicio arbitrario de los derechos. Puede verse la explicación de estos límites en DE OTTO Y PARDO, I., «La regulación del ejercicio...», *cit.*, 1992, pp. 110-111.

⁶²⁴ La STC 99/1994, de 11 de abril (FJ 7) dice que, aunque «la relación laboral [...] tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la vida humana a los poderes empresariales» y a los requerimientos de la organización productiva, «no basta con la sola afirmación del interés empresarial» para comprimir los derechos fundamentales del trabajador dada su posición prevalente.

⁶²⁵ PEDRAJAS MORENO, A., *Despido y derechos fundamentales...*, *cit.*, 1992, pp. 86-87.

normativo se debe haber construido para hacer frente, de manera especial y más intensa, a las desigualdades propias de este tipo de relaciones. Ante todo, las características propias de la relación laboral requerirán resaltar el fortalecimiento de la indisponibilidad de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, la no reivindicación prevalente del ejercicio de autonomía de las partes, y la necesidad de la exigencia de los mecanismos de protección mayores.

Para su ejercicio, que sí ha de formar parte del juego de la relación laboral y puede ser susceptible de modulación, deben generarse mecanismos estatales explícitos que la avale, puesto que todo el sistema parte y se desempeña dentro de la desigualdad. Jamás estaremos frente a una relación entre dos partes en igualdad de condiciones y en igualdad de derechos.

Ya habíamos adelantado en el capítulo anterior que la tarea de delimitación del contenido de los derechos fundamentales contiene la tarea de regulación del ejercicio y que es a través de ella que hay que buscar la auténtica protección y efectividad de cada derecho dentro de este sistema que también debe entenderse como unitario. La protección más eficaz de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras se alcanza a través de la regulación adecuada de su ejercicio. Solo de esta forma puede iniciarse el camino obligatorio hacia el reequilibrio necesario en el desarrollo de las relaciones laborales respetuosas con los derechos fundamentales de las partes. De ese modo, su labor de promoción se materializa potencialmente en la concretización de su contenido en relación con el ejercicio legítimo de los derechos que pueda aceptarse⁶²⁶.

Es, únicamente, la norma constitucional la que otorga la posibilidad de configurar los límites de los derechos y de dar legitimidad a los fines de las modulaciones que se hagan. Sin embargo, el legislador es el primer encargado de darles forma e insertarlos en su contenido. Esta es la manera general en que el sistema debe funcionar, puesto que en un Estado de Derecho como el español, estos derechos exigen de los poderes públicos no solo omisiones, sino deberes de acciones⁶²⁷. De ese modo, si se cumple con una interpretación adecuada del sistema constitucional, cuyo núcleo del bien común son los derechos fundamentales, la preservación de unos y otros bienes constitucionales puede lograrse⁶²⁸.

⁶²⁶ Dado que en el derecho es el momento aplicativo el que adquiere la función motriz. OLLERO TASSARA, A., *¿Tiene razón el Derecho?*, cit., 1996, p. 220.

⁶²⁷ MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L., *La garantía del contenido...*, cit., 1997, p. 89 y ss. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad...*, cit., 2007, p. 403, el autor opina que «a toda posición iusfundamental pueden ser adscritas, en la medida que su específico campo de referencia semántico lo posibilite, posiciones de defensa, democráticas y prestacionales». En contra, COSSÍO DÍAZ, J. R., *Estado social...*, cit., 1989, pp. 187-197, en especial, p. 188.

⁶²⁸ Como bien explicó DE OTTO: «lo que se llama protección de otro bien constitucional no exige en realidad una *limitación externa* de los derechos y libertades, porque las conductas de las que se deriva la eventual amenaza del bien de cuya protección se trata sencillamente no pertenecen al ámbito del derecho fundamental y, en

Para que una confección legislativa sea válida, no es necesario que las restricciones estén contenidas explícitamente en el texto constitucional ni que se reputen preexistentes a la intervención legislativa⁶²⁹. Más bien, fijadas por remisión expresa de la CE o de conformidad con ella, la especial intensidad de vinculación del legislador a los derechos fundamentales determinará que el margen de cualquier discrecionalidad política no pueda, en modo alguno, proyectarse restrictivamente sobre el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales ni legislar otorgando a un derecho fundamental sobre otro. Se legitima la posible regulación sobre restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales de las partes, y aquellas deben entenderse como límites internos, excluyendo cualquier restricción entendida como limitación externa de los derechos fundamentales que sea de carácter constitutivo⁶³⁰. En esa línea debe entenderse la manifestación hecha por el TC, que señala que al legislador le corresponde «confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del art. 53»⁶³¹.

Teniendo presente, pues, que toda actuación legislativa posee un tinte político que se irradia en cualquier ámbito de ejercicio de sus facultades, respecto de la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales, además de especificar las diversas posibilidades de concretización, de manera legítima, el legislador podría inclinarse a dejar de concretar algunas de ellas que hubieran podido caber en la definición abstracta del derecho fundamental. Así, podríamos estar ante unas actuaciones que reflejarían restricciones en la concreción del ejercicio de un derecho fundamental, dadas las circunstancias concretas de ciertas relaciones⁶³².

Las restricciones deben actuar como herramientas que permiten responder a los objetivos del sistema jurídico constitucional, como contribuciones, ayudas al proceso de delimitación del ámbito de protección jurídica⁶³³. Justamente, porque esa tarea se ha de realizar integrando norma y restricción, a partir de los preceptos constitucionales, en un único ordenamiento

consecuencia, no se requiere ninguna limitación de éste para excluirlas». DE OTTO Y PARDO, I., «La regulación del ejercicio...», *cit.*, 1992, p. 137.

⁶²⁹ Por ejemplo, DE OTTO Y PARDO, I., «La regulación del ejercicio...», *cit.*, 1992, p. 152, señala que «al calificar la limitación como operación llevada a cabo desde el exterior del derecho» significa el «carácter *constitutivo* del límite, y no meramente *declarativo* de un límite preexistente».

⁶³⁰ Por ejemplo, habla de límites externos como aquellos para cuyo establecimiento la Constitución habilita a un poder público, normalmente el legislador. *Vid.* BASTIDA FREIJEDO, F. J. y otros, *Teoría general...*, *cit.*, 2004, p. 129 y ss.

⁶³¹ STC 11/1981, de 8 de abril (FJ 7).

⁶³² Sobre restricciones, seguimos la doctrina de MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L., *La garantía del contenido...*, *cit.*, 1997; y compartimos las apreciaciones hechas por DE DOMINGO, T., *¿Conflictos entre derechos fundamentales?...*, *cit.*, 2001, pp. 93 y ss. Ambos concuerdan que es más correcto referirse a los «límites externos» con el término «restricciones» (p. 97).

⁶³³ Niega esto BASTIDA FREIJEDO, F. J. y otros, *Teoría general...*, *cit.*, 2004, p. 130.

Teniendo en cuenta en todo momento sus dos dimensiones, puede verse el comentario de GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales...*, *cit.*, 1994, pp. 99-105.

inspirado por los mismos valores, con criterios y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos. Estos deben entenderse como lo que son: no meras pretensiones arbitrarias, sino «pretensiones ajustadas a las exigencias de la convivencia social»⁶³⁴, dentro de ese sistema que se ha configurado como fundamento del orden político y la paz social. El objetivo del libre desarrollo de la personalidad «solo puede alcanzarse contemplando la exigencia de respeto a los demás no como un obstáculo a la realización personal, sino como la única forma legítima y verdaderamente humana de lograrla»⁶³⁵.

En ese sentido, el sistema de protección de derechos fundamentales configurado desde la CE es capaz de exigir una actuación mucho más cuidadosa de los poderes públicos en el despliegue de las garantías en el ámbito de las relaciones laborales.

En materia laboral no se ha logrado establecer una codificación única que venga a fortalecer el desarrollo de las relaciones jurídicas y la defensa de los derechos fundamentales de las partes. Al respecto, a lo largo del artículo 4 del ET se ha dispuesto, por un lado, una enumeración tímida de algunos «derechos básicos», haciendo remisión a una normativa específica para que se haga cargo de cumplir con el contenido y alcance de tales derechos; y, por otro lado, se ha hecho referencia a una serie de derechos de los trabajadores en la relación de trabajo, sin hacer hincapié en su carácter de derechos fundamentales. Es decir, tampoco la normativa ha logrado la concretización de las normas que contienen derechos fundamentales ni ha cumplido con regular su ejercicio dadas las características propias de la relación, en aras de su efectiva protección, que no olvidemos es tarea clave del legislador.

Desde luego, el ejercicio puede ser susceptible de «desajustes», aparentes conflictos entre derechos fundamentales y otros bienes constitucionalmente protegidos, que podrán resolverse desde un examen pormenorizado del contenido de cada una de las normas. Pero ¿cuál es el riesgo que se corre para estos derechos de las personas trabajadoras si el marco jurídico diseñado por el legislador no ha cumplido con desarrollar el contenido de esos derechos, como hemos visto? ¿Qué pasa si la regulación del ejercicio de los derechos —que es la forma más eficaz de garantizar esa protección— no se logra llevar a cabo? Si el empresario es el que incorpora las condiciones de trabajo que involucran restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales de la parte trabajadora sin mayor control, será evidente la mayor disponibilidad empresarial y, con ello, los riesgos de cometer excesos en sus actuaciones.

Resulta peligroso dejar a manos de la organización empresarial un poder para determinar el alcance del ejercicio de los derechos de las personas trabajadoras, sin mayores apuntes, guías o directrices que le permitan disponer unas condiciones de trabajo acorde al sistema de

⁶³⁴ OLLERO TASSARA, A., *Derechos humanos...*, cit., 1989, pp. 154 y 162.

⁶³⁵ DE DOMINGO, T., *¿Conflictos entre derechos fundamentales?...*, cit., 2001, pp. 345 y 353.

derechos fundamentales. La protección de estos derechos de las personas trabajadoras debe ser supervisada, controlada y protegida a lo largo de la relación laboral. De lo contrario, el Estado social y democrático de Derecho pasa a convertirse en una entidad que se encarga de legitimar prácticas privadas que están condicionadas por el poderío económico o el capital que dispone una de las partes⁶³⁶. La consecuencia de no hacer algo concreto y responsable al respecto maximiza y disimula el despliegue del poder empresarial.

III.3. El papel de la autonomía colectiva en la delimitación de los derechos

El contenido del contrato de trabajo es el resultado de una pluralidad de fuentes. Por su naturaleza mixta, además de la autonomía individual de las partes, y las normas imperativas de origen estatal, los derechos y obligaciones que sostienen la relación de trabajo pueden regularse a través de la autonomía colectiva⁶³⁷. Partiendo de esa premisa, la conjugación de los principios de tutela estatal y de tutela colectiva concurren con el objetivo de garantizar la posición equitativa de las partes y condicionar tanto la autonomía contractual individual como los poderes unilaterales del empresario⁶³⁸.

Sirve como herramienta para el reequilibrio de la posición de subordinación de los trabajadores y busca una participación más activa en la regulación de las condiciones de trabajo. Lo cierto es que, en la actualidad y como contraposición, ha provocado que la autonomía de la voluntad individual se convierta en residual entre las fuentes reguladoras de derechos y obligaciones.

La autonomía colectiva, como fuente del Derecho del Trabajo, funciona como alternativa —o complemento— a la regulación estatal de las condiciones laborales y de productividad no sujetas a derecho necesario⁶³⁹. Como fuente, además, se le reconoce relevancia constitucional y un poder normativo que se ejercita a través de la negociación colectiva laboral y cuyo resultado, las convenciones colectivas⁶⁴⁰, son la manera en la que se expresa formalmente ese

⁶³⁶ Así, para alcanzar la tan deseada libertad —pilar superior del ordenamiento jurídico, de superior importancia en el ámbito privado—, el Estado mismo debe actuar en pro de la igualdad de los sujetos, es decir, de la «igualdad de los puntos de partida», entendida como la *oportunidad* para la realización de la libertad», al menos de manera aproximada. Para ello ha de delimitar «el poder social existente o en formación, e impedir que ponga en juego por entero su superioridad frente a los no-poderosos, y ahogue la libertad jurídica de éstos». BÖCKENFÖRDE, E-W., *Escritos sobre derechos...*, cit., 1993, p. 86.

⁶³⁷ El artículo 37 de la CE representa la formulación de la autonomía colectiva en el ámbito de lo laboral. Además, vid., TERRATS PLANEL, J. L., *El control de la legalidad de los Convenios Colectivos por parte de los Poderes Públicos*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 39.

⁶³⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «El papel de la Ley en y tras la reforma del estatuto de los trabajadores», en CRUZ VILLALÓN, J. (Dir.), *Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1995, p. 20.

⁶³⁹ Entiéndase por derecho necesario a las normas estatales de índole laboral, que son de aplicación en cualquier caso en virtud del principio de jerarquía normativa y que, en definitiva, deben ser respetados o mejorados por las partes. Vid. TERRATS PLANEL, J. L., *El control de la legalidad...*, cit., 1998, p. 40.

⁶⁴⁰ Para MARTÍN VALVERDE ese resultado es el convenio colectivo. MARTÍN VALVERDE, A. y otros, *Derecho del Trabajo*, cit., 2016, p. 129.

poder —sustancialmente normativo— que conocemos como autonomía colectiva negocial⁶⁴¹. Ahora bien, los resultados de un proceso negocial pueden ser muy heterogéneos y de diversa configuración jurídica, pero normalmente ostentarán la eficacia real o inderogable⁶⁴² que señala el artículo 37.1 de la CE⁶⁴³.

La autonomía colectiva —en lo que concierne a la representación colectiva y de reunión de los trabajadores— implica la autotutela de los derechos e intereses de los trabajadores que prestan sus servicios en determinada unidad productiva; esta autotutela, reconocida en la norma, se expresa a través de órganos concretos que intervienen y reclaman y, en su caso, pactan cuando así proceda⁶⁴⁴. De ahí que la gestión, defensa y promoción de los derechos de los trabajadores de la empresa justifique la necesidad de una representación⁶⁴⁵.

Por su parte, y para lo que aquí nos interesa, los convenios colectivos son acuerdos escritos de naturaleza híbrida, con cuerpo de contrato y alma de ley; y, por ello, con fuerza vinculante⁶⁴⁶. En ese sentido, la negociación colectiva cumple un doble papel en la regulación individual de condiciones de trabajo: primero, de especialidad o especificación con respecto a

Para algunos, El término convenciones colectivas es una expresión capaz de comprender los convenios colectivos propiamente dichos y los acuerdos de empresa. Vid. KASKEL, W. y DERSCH, H., *Derecho del Trabajo*, 5.ª ed., DEPALMA, Buenos Aires, 1961, p. 78, trad. con notas de derecho argentino KROTOSCHIN, E. Este argumento es reconocido en la actualidad por MONEREO PÉREZ, J. L., «Estudio Preliminar. Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho», en GALLART FOLCH, A., *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo*, Comares, Granada, 2000, p. XVII.

⁶⁴¹ MONEREO PÉREZ, J. L., «Estudio Preliminar...», *cit.*, 2000, p. XVII.

⁶⁴² El principio de inderogabilidad debe ser entendido como eficacia normativa sobre los contratos individuales de trabajo y sobre esa eficacia normativa se entiende la eficacia externa, inmediata e imperativa del convenio colectivo, RIVERO LAMAS, J., «Las relaciones entre la ley, el convenio colectivo y las manifestaciones de negociación informal», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 3, 1997, pp. 117-118.

⁶⁴³ La eficacia jurídica de los pactos de empresa puede estar modulada según la función específica de cada acuerdo aunque todos se insertan en la garantía constitucional del derecho a la negociación colectiva del artículo 27 de la CE. Según RUIZ CASTILLO, M. del M. y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., la convivencia del convenio colectivo como fuente del derecho y de una amplia gama de manifestaciones de la autonomía colectiva de diferente naturaleza responde a la voluntad del legislador para conseguir unos objetivos de flexibilización y adaptabilidad del derecho laboral que comenzó con las reformas de 1994. Vid. por RUIZ CASTILLO, M. del M. y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 53.

⁶⁴⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, F. F., «Los derechos colectivos de representación y reunión en la empresa, en el Estatuto del Trabajador», *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Extremadura), nº 1, 1982, p. 118. Los sindicatos, a su vez, se constituyen para la autotutela colectiva de los intereses generales del trabajador asalariados, frente a la contraparte, la de los empresarios. Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Derecho sindical*, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 35.

⁶⁴⁵ Los artículos 4 y 61 del ET reconocen al trabajador el derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación que el propio cuerpo normativo estipula para el caso, sin perjuicio que se utilicen otras formas de participación.

⁶⁴⁶ Concepto clásico sostenido por CARNELUTTI, F., *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, 2.ª ed., CEDAM, Padua, 1936, p. 52. Para RUIZ CASTILLO, M. del M. y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., la fuerza vinculante es un atributo incierto. Vid. *La negociación y el convenio colectivo...*, *cit.*, 2013, p. 100. En sentido parecido, MONEREO PÉREZ, J. L., señala que los convenios colectivos poseen una fuerza normativa que sobrepasa la fuerza jurídica vinculante, en «Estudio Preliminar...», *cit.*, 2000, p. XXV. Véase, posteriormente, dos tendencias existentes en la doctrina sobre la eficacia normativa de los convenios, según si los mismos son reconocidos por la ley ordinaria o no.

la norma heterónoma; y, segundo, de homogeneización de las condiciones de trabajo⁶⁴⁷. Incide desde fuera sobre los contratos individuales de trabajo, predetermina o prefigura su contenido y su aplicación es inmediata y automática⁶⁴⁸; es decir, lleva implícita la garantía de eficacia *externa* imperativa, directa y obligatoria respecto del contrato de trabajo como expresión formal de la autonomía individual⁶⁴⁹.

El ET, sobre el contenido de los convenios colectivos⁶⁵⁰, deja libertad a las partes para negociar todas aquellas materias que se consideren oportunas y que puedan interesar a los sujetos de las relaciones individuales o colectivas de trabajo, siempre que actúen dentro del ámbito delimitado del derecho necesario⁶⁵¹, sobre lo recogido en los convenios colectivos estatutarios⁶⁵² y, sobre todo, en cumplimiento de los principios y derechos constitucionales que constituyen un límite infranqueable a la transacción colectiva⁶⁵³. Como consecuencia, «el convenio colectivo, en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra CE⁶⁵⁴».

⁶⁴⁷ RUIZ CASTILLO, M. del M. y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., la fuerza vinculante es un atributo incierto. *Vid. La negociación y el convenio colectivo...*, cit., 2013, p. 113. Se incide, además, en que la extensión *erga omnes* del convenio colectivo cumple con la función de homogeneizar al máximo las condiciones de trabajo en determinado ámbito, por lo que las restricciones al ámbito personal del convenio se ven como un atentado a la propia lógica negocial.

⁶⁴⁸ STC 58/1985, de 30 de abril. El TC insiste en la eficacia normativa del convenio colectivo derivada de la fuerza vinculante atribuida por el artículo 37.1 de la CE. Por ejemplo, STC 238/2005, de 26 de septiembre.

⁶⁴⁹ MONEREO PÉREZ, J. L., «Estudio Preliminar...», cit., 2000, p. XLIV.

⁶⁵⁰ Respecto al posible contenido obligacional de los convenios estatutarios, en cuanto establece ciertos derechos y obligaciones para las partes, conviene señalar que carece de incidencia en el plano de las relaciones individuales de trabajo encuadradas en el ámbito de aplicación del convenio y no funciona como aspecto delimitador a tomar en cuenta para negociar y pactar sobre cuestiones que interesen a las partes. Es el contenido normativo de los convenios estatutarios, según el TC, el que posee esa eficacia jurídica normativa y trasciende la pura relación entre las partes negociadoras (STC 11/1981, de 8 de abril y STC 189/1993, de 14 de junio).

⁶⁵¹ Habrá de tener en cuenta que la relación entre ley y convenio colectivo no es uniforme y pueden surgir distintos tipos de relaciones tales como: de *exclusión*, donde la norma estatal se considera como norma de derecho necesario absoluto y, por tanto, inmodificable por convenio colectivo (artículo 36, entre otras); de *suplementariedad*, la ley se configura como norma de derecho necesario relativo fijando unas condiciones mínimas que el convenio colectivo puede mejorar; de *complementariedad*, la ley regula una materia en sentido incompleto que puede ser completada por la regulación vía convenio colectivo; de *supletoriedad*, aunque la ley regule de manera completa una situación, el convenio cuenta con absoluta libertad de regular en ese sentido; de *desregulación* o *deslegalización* o *delegación total*, materias en las que la ley remite a la negociación colectiva la regulación de determinados temas (la promoción económica, por ejemplo). En ese sentido, por ejemplo, el legislador puede establecer restricciones a la fuerza vinculante de los convenios colectivos, en aras a la preservación o protección de otros derechos, valores o bienes constitucionalmente protegidos o intereses constitucionalmente relevantes (STC 11/1981, de 8 de abril). Puede asimismo, «excluir determinadas materias de la negociación colectiva y establecer la sujeción de la negociación colectiva a las normas legales imperativas» (STC 119/2014, de 16 de julio).

⁶⁵² La STS de 11 de septiembre de 2003 (ROJ 5446/2003) señala que los convenios *extraestatutarios* poseen inferior rango que las disposiciones convencionales (artículo 3.1.c del ET). Señala que estos convenios no pueden «prevalecer ni contradecir derechos fundamentales ni disposiciones de un convenio colectivo estatutario, por razones de jerarquía...» (FJ 2). Por otro lado, la STS de 30 de noviembre de 1998 (ROJ 7163/1998) señala que la validez de uno sobre el otro responde al que contenga una norma más favorable para el trabajador.

⁶⁵³ STC 189/1993, de 14 de junio.

⁶⁵⁴ SSTC 119/2002, de 20 de mayo (FJ 6); 27/2004, de 4 de marzo (FJ 4); 280/2006, de 9 de octubre (FJ 5).

Ahora bien, lo dicho no garantiza que el contenido de los convenios colectivos recoja disposiciones que contravengan los derechos fundamentales, pese a que estén de acuerdo las organizaciones sindicales. El hecho de que se haya llegado a un acuerdo no significa que sean acordes con el contenido de los derechos fundamentales, en especial, la intimidad y la protección de datos. Al hilo, debe tenerse en cuenta algunas peculiaridades de este poder normativo bilateral entre los representantes de los trabajadores y empresarios que lleva implícita la posibilidad de que la negociación quede frustrada por no arribar a un acuerdo en los contenidos, o por no aceptarse que la misma se desarrolle en el ámbito de negociación⁶⁵⁵.

Con todo, dado el carácter preferente de lo pactado en los convenios colectivos en relación con el resto de las normas de Derecho laboral y su fuerza normativa, suponen una vía de actuación que puede ser eficaz en lo que a regulación del ejercicio de los derechos fundamentales que requieran de concretización normativa. Eso significa que cada sector o cada empresa deben dotarse de normas ajustadas a su organización y al tipo de actividad, teniendo en cuenta que las norma emanada del legislador o de la Administración son insuficientes porque requieren un desarrollo mayor en el seno del sector laboral o de la empresa en cuestión.

Si las reglas de funcionamiento son determinadas por la maquinaria empresarial, la ausencia de configuración del alcance de los derechos y libertades aumenta exponencialmente las posibilidades de vulneración y la aludida legitimidad del ejercicio de las facultades empresariales tendrá que analizarse cuando nos encontremos ante la denuncia de vulneraciones concretas. Solo quedará hacer frente desde el desarrollo jurisprudencial caso por caso, pero no estaremos ante una protección eficaz de dichos ámbitos constitucionalmente protegidos.

III.4. La particular trascendencia en la protección de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad

No hay que desconocer que «la ley es el instrumento más adecuado para ofrecer mayores garantías desde el punto de vista de la seguridad jurídica»⁶⁵⁶, aunque no hay que perder de vista tampoco que ni el legislador ni ningún poder público poseen grado alguno para determinar la eficacia de los derechos fundamentales en este tipo de relaciones⁶⁵⁷. En ese sentido, no cabe condicionar su eficacia a su actuación, sino tener en cuenta que el poder de estos derechos, más bien, viene a condicionar la actuación de los poderes públicos.

Remarcada la distinción entre, de un lado, la virtualidad del propio derecho y, de otro, las garantías que posee, veamos que estas últimas pueden ser exigidas al poder, puesto que son

⁶⁵⁵ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho...*, 2016, p. 129.

⁶⁵⁶ BILBAO UBILLOS, J. M.^a, *La eficacia de los derechos...*, *cit.*, 1997, p. 291.

⁶⁵⁷ BALLARÍN IRIBARREN, J., «Derechos fundamentales...», *cit.*, 1988, p. 288. El autor se refiere, por ejemplo, al Juez.

instrumentales: son fruto de su dimensión objetiva. Digamos así, sobre las garantías de los derechos, que «la consecuencia del reconocimiento de un derecho como fundamental no es otra sino la de impedir que los poderes los desconozcan»⁶⁵⁸, es decir, encontrarse frente a un derecho a obtener una garantía.

En ese caso, se encuentran obligados también a disponer las acciones necesarias para garantizar el respeto de esos derechos fundamentales entre las partes de la relación laboral⁶⁵⁹, despejando el camino para que el trabajador actúe realmente libre y pleno, contando con la mejor vía posible para el desarrollo de su personalidad, esto es, gozando en todo momento de la titularidad de derechos en tanto derechos subjetivos con rango de fundamentales⁶⁶⁰.

Ahora bien, como resultado de su vinculación a los derechos fundamentales, a los poderes públicos se les reclama no solo el respeto y actuación que hagan posible el pleno ejercicio de los derechos fundamentales por los individuos, sino un «deber de protección» cuando la conducta de terceros ponga en peligro cualquiera de esos derechos⁶⁶¹. Esto, a su vez, viene a confirmar «la relevancia constitucional de los condicionamientos negativos que se derivan de la existencia de poderes de hecho»⁶⁶².

Al hilo, como decíamos, tales tentaciones encuentran sus límites en el sometimiento del contrato a los principios de finalidad y proporcionalidad. Si no ha sido el caso y se denuncian trasgresiones al ámbito protegido de los derechos fundamentales de los trabajadores, es el Juzgador el que actúa.

El juzgador, como paso previo y necesario para el examen de legitimidad de las conductas, ha de realizar la tarea de desarrollo y concreción, esto es, aquella operación de delimitación dirigida a desentrañar cuál es el ámbito constitucionalmente protegido del derecho fundamental aludido en el caso concreto. Será necesario identificar el bien jurídico específico que protege y el contenido del derecho en consonancia con el texto constitucional, que luego

⁶⁵⁸ DE LA QUADRA-SALCEDO, T., «Derecho...», *cit.*, 2013, p. 59.

⁶⁵⁹ DE LA QUADRA-SALCEDO, T., «Derecho...», *cit.*, 2013, p. 64. El autor explica que la inobservancia de los derechos fundamentales no tiene las mismas consecuencias tratándose de violaciones de particulares o de poderes públicos. Señala que «los poderes públicos pueden violarlos bien en sus aspectos sustanciales, porque lesionan el contenido sustancial de dichos derechos, bien en sus garantías por no poner en pie o no activar las que están obligados a establecer», y los particulares solo pueden violarlos en sus aspectos sustanciales y nunca sus garantías porque «no son ellos los obligados a procurarlas».

⁶⁶⁰ El Tribunal Constitucional español ha dado a entender habitualmente que lo que rige en las relaciones privadas, y lo que los órganos judiciales han de tutelar cuando se solicita su intervención, son derechos fundamentales en tanto derechos subjetivos, y no su valor subyacente.

⁶⁶¹ ESTRADA, A. J., *La eficacia...*, *cit.*, 2000, p. 75. Consúltese la STC 129/1989, de 17 de julio (FJ 3) que señala: «La significación que estos derechos [componentes estructurales básicos del ordenamiento jurídico] adquieren dentro del orden constitucional impone a los poderes públicos el deber de garantizar su efectiva vigencia y, especialmente, obliga al legislador a proteger los valores positivados y formalizados en el ordenamiento a través de los derechos fundamentales, reconociendo, en su caso, las titularidades y obligaciones subjetivas que repunte a tal fin necesarias».

⁶⁶² BILBAO UBILLOS, J. M.^a, *La eficacia de los derechos...*, *cit.*, 1997, p. 264.

sirva para precisar si se ha actuado conforme a las facultades o posibilidad de actuación que tal derecho ofrece a su titular⁶⁶³. Es decir que, «para el logro de los legítimos intereses empresariales»⁶⁶⁴, también hace falta que se determine si la conducta llevada a cabo por el empleador refleja la materialización del contenido de su derecho fundamental a la libertad de empresa y se encuentra dentro de sus contornos⁶⁶⁵.

Los jueces han venido enfrentando estas controversias en el ejercicio de derechos fundamentales en las relaciones entre empresario y trabajadores⁶⁶⁶ como supuestos «conflictos»⁶⁶⁷ no solo entre derechos fundamentales, sino entre estos y otros bienes constitucionalmente protegidos⁶⁶⁸. Es decir, han partido de una postura más propia de la teoría conflictivista de las libertades que de nuestra actual concepción de los derechos fundamentales.

Veamos que el principio de proporcionalidad⁶⁶⁹ se ha consolidado como de obligada aplicación en este tipo de relaciones donde justamente ha encontrado un terreno adecuado para su desarrollo⁶⁷⁰. Con la aplicación de este principio, también apoyado mayoritariamente por la

⁶⁶³ Estamos de acuerdo con las precisiones que realizó Barnés Vázquez sobre las diferencias entre la proporcionalidad de la medida y el respeto del contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales. Puede leerse BARNÉS VÁSQUEZ, J., «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, 1998, p. 42 y ss.

⁶⁶⁴ Pueden consultarse las SSTC 6/1982, de 21 enero (FJ 8); 106/1996, de 12 junio (FJ 5); 204/1997, de 25 noviembre (FJ 2); 1/1998, de 12 enero (FJ 3); 90/1999, de 26 mayo (FJ 3); 98/2000, de 10 abril (FJ 7); 80/2001, de 26 marzo (FJ 3); 20/2002, de 28 enero (FJ 4); 213/2002, de 11 noviembre (FJ 7); y 126/2003, de 30 junio (FJ 7).

⁶⁶⁵ Sobre el principio de equivalencia de los y derechos en conflicto que supone que la medida deba encontrarse justificada por la protección de un derecho o bien constitucionalmente protegido, puede leerse a MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa...*, cit., 1996, p. 128 y ss.

⁶⁶⁶ Perpetuada también en aquellas controversias generadas en las relaciones laborales y reconocidas como tales, por ejemplo, en las SSTC 126/2003, de 30 de junio (FJ 7); 140/2014, de 11 de septiembre de 2014, (FJ 5); 2/2017, de 16 de enero (voto particular).

⁶⁶⁷ Pueden consultarse, sobre la referencia a «conflictos», las SSTC 128/2007, de 4 de junio (FJ 5); 216/2013, de 19 de diciembre (FJ 2); 39/2016, de 3 de marzo (FJ 4); 2/2017, de 16 de enero (Voto particular). O las SSTS de 12 de septiembre de 2017 (ROJ 3309/2017, FD 2); de 2 de febrero de 2018 (ROJ 594/2018, FD 5).

⁶⁶⁸ Vid. NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites...*, cit., 2000, p. 217.

⁶⁶⁹ El principio de proporcionalidad surge inicialmente para controlar la actividad administrativa, en concreto, de la jurisprudencia contencioso-administrativa de la Prusia del siglo XIX. También ha tenido relevancia en la formación del Derecho penal y del Derecho procesal penal el que, entre la culpabilidad y las penas, puso de manifiesto que la pena debía estar en función de la culpabilidad del sujeto [GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990, pág. 23; GUERRA FILHO, W. S., «Derechos fundamentales, proceso y principio de la proporcionalidad», *Revista galega de administración pública*, nº 16, 1997, pp. 223-245]. Su posterior incorporación a las filas del constitucionalismo como parámetro de control del legislador, sufre un punto de inflexión con la evolución del constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial.

Un principio consolidado por el Tribunal Federal alemán en la mitad del siglo pasado y que ha trascendido fronteras hasta verse asimilado por el Intérprete español para estructurar el procedimiento interpretativo del contenido de los derechos fundamentales y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones jurisdiccionales de la mano de la ponderación, como técnica de argumentación jurídica y con gran adscripción por la doctrina. Puede consultarse sobre el principio de proporcionalidad la obra extensa de BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad...*, cit., 2007. Además de la obra de ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 81-115.

⁶⁷⁰ GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER, J., «Conflictos y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral», en VV. AA., *El modelo social de la Constitución española de 1978*, *Óp. Cit.*, p. 257 y ss. También puede consultarse a BARNÉS VÁSQUEZ, J., «El principio de proporcionalidad...», cit., 1998, pp. 15-50,

doctrina⁶⁷¹, se ha venido gestionando la solución de las controversias entre empresario y trabajador a raíz de la supuesta colisión de sus derechos fundamentales, y con el que se ha venido intentando protegerles frente a las limitaciones o constricciones procedentes de conductas activas o pasivas de la parte contraria.

Haciendo suya la caracterización doctrinal de este principio, se ha reconocido de manera diferenciada los tres subprincipios que forman parte de este: la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. De manera general y reiterada, se han dejado sentados estos criterios⁶⁷², señalando que «[e]n primer lugar, la medida debe ser idónea o adecuada para la consecución de los fines que persigue». Para el caso de controversias entre empresario y trabajador, se ha dicho que esto puede significar que el intérprete ha de verificar, por ejemplo, si la actuación concreta que se cuestiona como vulneradora de un derecho fundamental sirve o no para garantizar un derecho fundamental o un bien colectivo, si existe adecuación entre el acto supuestamente limitativo de un derecho fundamental y el otro en cuestión. Es decir, se trata de verificar si la actuación no es irracional, arbitraria o caprichosa, en suma, inefectiva o inútil para el fin perseguido⁶⁷³. Si resulta manifiestamente inútil, deviene en absurda y carente de sentido en el Estado de Derecho⁶⁷⁴.

Asimismo, «en segundo lugar, la medida debe ser también necesaria, de tal manera que no resulte evidente la existencia de medidas menos restrictivas de los principios y derechos constitucionales que resultan limitados... ‘para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas [...]’». Con ello, «el órgano judicial habrá de constatar si la restricción al derecho fundamental es estrictamente indispensable o imprescindible para salvaguardar la facultad que ha legitimado su adopción», es decir, «si la medida comporta, para la esfera de la libertad protegida, el menor sacrificio»⁶⁷⁵.

En tercer lugar, «(...) la medida debe ser proporcionada en sentido estricto, de modo que no concurra un ‘desequilibrio patente y excesivo o irrazonable’... entre el alcance de la restricción de los principios y derechos constitucionales que resultan afectados, de un lado, y el

⁶⁷¹ «La configuración de este conflicto como una colisión entre derechos de rango constitucional suministra ya los criterios que han de manejarse para su solución y que se sustancian en una ponderación entre ellos a través del principio de proporcionalidad», VALDÉS DAL-RÉ, F., «Contrato de trabajo...», *cit.*, 2003, pp. 89-102, cita textual en p. 99; RUIZ RUIZ, R., «La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 10, 2006/2007, pp. 53-77; MÉNDEZ TOJO, R., «Los conflictos entre el derecho al honor, la intimidad personal y la propia imagen y las libertades de expresión e información ¿son derechos fundamentales irreconciliables?», *Diario La Ley*, nº 8573, 2015, p. 11, versión digital.

⁶⁷² Por ejemplo, las SSTC 66/1995, de 8 de mayo (FJ 4 y 5); 55/1996, de 28 de marzo (FJ 6 y ss.); 161/1997, de 2 de octubre (FJ 8 y ss.); y 136/1999, de 20 de julio (FFJJ 2 y 3).

⁶⁷³ *Vid.* VALDÉS DAL-RÉ, F., «Contrato de trabajo...», *cit.*, 2003, p. 100.

⁶⁷⁴ BARNÉS VÁSQUEZ, J., «El principio de proporcionalidad...», *cit.*, 1998, p. 39.

⁶⁷⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F., «Contrato de trabajo...», *cit.*, 2003, pp. 100-101.

grado de satisfacción de los fines perseguidos con ella»⁶⁷⁶. Esto indica que «la limitación al derecho fundamental guard[e] una relación razonable y proporcionada con relevancia del interés que se ha tratado de proteger por parte del empresario»⁶⁷⁷ o una valoración sobre si «los beneficios que se derivan de la consecución de dicho bien colectivo son mayores que los perjuicios inherentes al sacrificio del derecho fundamental»⁶⁷⁸. En esta última parte, que se conoce como la «ponderación»⁶⁷⁹, se realiza el balance que, si da positivo, provoca que se impida o bloquee la persecución del fin a través de esa medida⁶⁸⁰. Una decisión que recae en un juzgador fortalecido⁶⁸¹ y que se permite otorgar preferencia a uno sobre otro⁶⁸², amparando sus decisiones en la consideración de que ningún derecho-principio es absoluto.

Ahora bien, este juicio no puede ser arbitrario, sino que requiere la aplicación de los criterios de razonabilidad y de argumentación jurídica. En dicha argumentación es donde se plantea el problema real de la ponderación, dado que se trata de una técnica muy abierta o tiene un amplio margen de apreciación, aun cuando en términos teóricos deba someterse a los límites de los derechos fundamentales.

En todo caso, dado que cada derecho fundamental viene a proteger bienes jurídicos específicos, carece de sentido que se hable de conflictos entre derechos fundamentales que involucren el sacrificio de uno frente a otro en las relaciones de naturaleza privada, tanto más si las conductas que se consideran como ejercicio de un derecho fundamental forman parte del proceso de delimitación de los derechos fundamentales y, por ende, debe defenderse de manera

⁶⁷⁶ STC 140/2016, de 21 de julio (FJ 7).

⁶⁷⁷ Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F., «Contrato de trabajo...», *cit.*, 2003, pp. 100-101.

⁶⁷⁸ DE DOMINGO, T., «La teoría de la justicia...», *cit.*, 2011, p. 15, explicando la teoría de Alexy.

⁶⁷⁹ Aunque algunos autores suelen referirse a la ponderación como sinónimo del principio de proporcionalidad. Sostienen la diferenciación, BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad...*, *cit.*, 2007, p. 569 y ss.; y, ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 161. Partiendo desde la teoría de la ponderación de Robert ALEXY, puede consultarse a ATIENZA, M., *El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, 2.ª ed., Ariel, 2007; BILBAO UBILLOS, J. M.ª, *La eficacia de los derechos...*, *cit.*, 1997, pp. 364-365 y 377, en referencia a los argumentos de PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos...*, *cit.*, 1990, pp. 207-209 y 215; ESTRADA, A. J., *La eficacia...*, *cit.*, 2000, p. 120; o VENEGAS GRAU, M.ª, *Derechos fundamentales...*, *cit.*, 2004, en especial haciendo referencia a la autonomía privada.

BERNAL PULIDO dice que «la ponderación estructurada como procedimiento racional, es aquello que permite concretar la indeterminación de las disposiciones constitucionales y, así, establecer si la Constitución establece alguna prescripción ya no sólo *prima facie*, sino también definitivamente, en relación con la regulación de un caso concreto. Mediante la ponderación se define qué es aquello que vale de forma definitiva en el ámbito de lo constitucionalmente implícito», BERNAL PULIDO, C., «Refutación y defensa del neoconstitucionalismo», en CARBONELL, M. (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007, p. 315.

⁶⁸⁰ BARNÉS VÁSQUEZ, J., «El principio de proporcionalidad...», *cit.*, 1998, p. 40.

⁶⁸¹ Vid. BARBERIS, M., «Ferrajoli, o el neoconstitucionalismo...», *cit.*, 2012, p. 89, donde el autor concuerda con Ferrajoli en que la ponderación de los derechos en democracia debe ser por vía legislativa y no judicial. GARCÍA AMADO, J. A., «El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia», en <https://edwinfigueroag.files.wordpress.com/2015/08/lecturas-6-garcia-amado-juicio-de-ponderacion-y-sus-partes-25-p.pdf>, p. 4, en nota 5. El autor habla de la ponderación como técnica que sirve para «justificar el creciente y universal activismo y casuismo de las tales Tribunales, siempre en detrimento del legislador», argumentos que compartimos, sin afirmar —como lo hace el autor en su obra— la importancia del legislador, sobre la del juzgador.

⁶⁸² Vid. RUIZ RUIZ, R., «La ponderación...», *cit.*, 2006/2007, p. 59 y GUASTINI, R., «Principios de Derecho y discrecionalidad judicial», *Jueces para la democracia*, n° 34, 1999, p. 44, trad. ANDRÉS IBAÑEZ, P.

absoluta⁶⁸³. Si hecho el esfuerzo, no se logra el ajuste, en principio, se estaría ante un ejercicio ilegítimo de un derecho fundamental⁶⁸⁴, teniendo en cuenta que los ejercicios que causen desarmonías tendrán que catalogarse como ejercicios ilegítimos⁶⁸⁵.

Asimismo, a causa de la vinculación a los derechos fundamentales y a la CE, los jueces no pueden plantear una cuestión entre dos derechos fundamentales desde el conflicto, desde el enfrentamiento, puesto que no son los derechos de las partes en la relación laboral los que se encuentran en esa posición, sino sus intereses⁶⁸⁶. De hecho, son los derechos fundamentales los que vienen a dilucidar ese conflicto de intereses, equilibrando la relación. No deberá tratarse de resolver el [supuesto] «conflicto» a partir de la elección de la prevalencia de uno de ellos, sino que deberá tenerse claro desde el principio que ningún resultado del juicio de proporcionalidad podrá aceptarse si no se ha determinado primero si el fin —materializado en un objetivo concreto— que se pretende alcanzar con la medida concreta dispuesta por el empleador es lícita y legítima.

Para cerrar este capítulo, cabe recoger algunas líneas que ha seguido la jurisprudencia cuando de ejercicio de derechos fundamentales en las relaciones laborales se trata. Y ello porque, como ya hemos advertido, el despliegue de medidas empresariales forma parte del derecho a la libertad de empresa y supone el ejercicio principal para el desarrollo de la relación laboral. Veremos en qué medida y con qué matices ha venido aplicando el principio y si se han estado produciendo disfunciones en el despliegue de la vigencia de los distintos derechos fundamentales en la relación laboral.

III.4.A. Libertad de expresión *versus* deber de buena fe contractual

La libertad de expresión es un derecho fundamental de los trabajadores consagrado en el artículo 20.1 a) de la CE. La doctrina jurisprudencial ha señalado que su objeto, de forma amplia, son los pensamientos, ideas y opiniones. Estos incluyen las apreciaciones y los juicios de valor, aun cuando puedan molestar, incomodar o inquietar a aquellos contra quienes se dirigen⁶⁸⁷. Aún más, «por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad

⁶⁸³ En ese sentido, no estamos de acuerdo cuando el Tribunal Constitucional dice que el sacrificio de algún derecho fundamental puede darse si es «estrictamente indispensable para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva» STC 99/2003, de 2 de junio; 126/2003, de 30 de junio 170/2013, de 7 de octubre (FJ 3).

⁶⁸⁴ Vid. DE DOMINGO, T., «La teoría de la justicia...», *cit.*, 2011, p. 27.

⁶⁸⁵ MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L., «Principios básicos...», *cit.*, 2011, p. 77.

⁶⁸⁶ APARICIO ALDANA, R. K., *Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones laborales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 48-49. La autora hace un brillante análisis desde la filosofía del Derecho en su Tesis Doctoral: *Los derechos fundamentales en la relación laboral: una alternativa al conflictivismo*, Universidad Rey Juan Carlos, 2015.

⁶⁸⁷ SSTC 6/2000, de 17 de enero (FJ 5) y 49/2001, 26 de febrero (FJ 7); 23/2010, de 27 de abril (FJ 3); 226/2016, de 22 de diciembre (FJ 5) y 89/2018, de 6 de septiembre (FJ 3).

o diligencia en su averiguación (...)»⁶⁸⁸. Por su parte, como todos, no es un derecho ilimitado y encuentra ámbito de aplicación en la necesaria coordinación «en el debido respeto a los derechos reconocidos en el título I de la Constitución, en las leyes que lo desarrollan y, especialmente, y entre otros, tal y como puntualiza el art. 20.4 CE, en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los demás»⁶⁸⁹. De ese modo, se situarían fuera del ámbito de protección del derecho aquellas frases y expresiones «ultrajantes u ofensivas» que no guarden relación con las ideas y opiniones que se expongan, innecesarias para el propósito que se pretende⁶⁹⁰.

En la reciente STC 146/2019⁶⁹¹, el Alto Tribunal resuelve el caso del despido de un trabajador que venía prestando servicios como enfermero en un Centro de día para una empresa que, a su vez, prestaba servicios para un Ayuntamiento. El trabajador formuló denuncias sobre las deficiencias del servicio ante el Ayuntamiento de la localidad. Dichas opiniones y juicios de valor, indiciariamente, eran los que habían motivado, primero, una carta de advertencia y, luego, el despido del trabajador⁶⁹². Como primer paso, el TC constató que la naturaleza de las manifestaciones del trabajador se refirieron «estrictamente a cuestiones relativas al desarrollo de su relación laboral en el centro de trabajo (...)», sin que exista constancia «de que utilizase expresiones ultrajantes u ofensivas que pudieran resultar impertinentes e innecesarias para el fin pretendido, o que pudieran haber puesto en tela de juicio la probidad, ética, o prestigio profesional del empleador»⁶⁹³. El Tribunal consideró que la conducta del trabajador se encontraba protegida por el derecho a su libertad de expresión. Esto es, no habría existido un exceso a los límites genéricos que se imponen al ejercicio legítimo del derecho de libre expresión»⁶⁹⁴.

Es verdad que se exige el cumplimiento de un condicionamiento adicional que supone ajustar el comportamiento mutuo⁶⁹⁵. En el seno de las relaciones laborales, el ejercicio de la libertad de expresión de los trabajadores no puede dejar de reconocer las obligaciones y deberes que le son exigibles a estos a partir de su contrato de trabajo. Antes bien, la libertad de empresa no legitima limitaciones injustificadas a la libertad de expresión del trabajador. Para preservar el necesario equilibrio entre las obligaciones del trabajador dimanantes del contrato de trabajo y el ámbito de su derecho, la modulación que el contrato de trabajo haya podido

⁶⁸⁸ SSTC 181/2006, de 19 de junio (FJ 4); 56/2008, de 14 de abril (FJ 3); 79/2014, de 28 de mayo (FJ 4); 38/2017, de 24 de abril (FJ 2), y 24/2019, de 25 de febrero (FJ 4).

⁶⁸⁹ STC 146/2019, de 25 de noviembre (FJ 4). Además, las SSTC 65/2015, de 13 de abril (FJ 3) y 226/2016, de 22 de diciembre (FJ 5).

⁶⁹⁰ Por todas, SSTC 203/2015, de 5 de octubre (FJ 6); 181/2016, de 19 de junio (FJ 5), y 89/2018, de 6 de septiembre (FJ 3 a)).

⁶⁹¹ STC 146/2019, de 25 de noviembre.

⁶⁹² STC 146/2019, de 25 de noviembre (FJ 4).

⁶⁹³ STC 146/2019, de 25 de noviembre (FJ 5).

⁶⁹⁴ STC 146/2019, de 25 de noviembre (FJ 5).

⁶⁹⁵ SSTC 151/2004, de 20 de septiembre (FJ 7), y 56/2008, de 14 de abril (FJ 6).

producir en su ejercicio debió ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin⁶⁹⁶.

Por su parte, dado que el fin del empleador consistía podía identificarse como destinado a evitar el conocimiento del Ayuntamiento sobre sus actuaciones empresariales y, luego, sancionar al trabajador sobre dichas actuaciones, convenía que el análisis del Tribunal se detuviese en el punto crucial y previo al de la proporcionalidad de la medida, que era la legitimidad y licitud del fin en sí mismo.

En este caso, la posición empresarial supone una limitación injustificada del derecho a la libertad de expresión del trabajador en la medida en que pretendía condicionar su ejercicio a que las críticas fuesen dirigidas únicamente al empleador, coartando el ejercicio «libre» del vertido de opiniones que supone el contenido del derecho. Tampoco encuentra el Alto Tribunal que su actuación fuese «reprobable por ser contraria a la “buena fe contractual” o al “deber de lealtad” hacia la empresa», puesto que el trabajador formuló sus quejas, en primer lugar y ante todo, frente a su propia empleadora». Por último, no cabe considerar que las críticas fuesen innecesarias si se tiene en cuenta que la prestación de unos servicios de tipo social, «lo que implica que deban tenerse en cuenta estas circunstancias en las que se produjeron dichas manifestaciones⁶⁹⁷. En definitiva, la actuación del trabajador se realizó en todo momento dentro de los límites genéricos y específicos que otorga el ejercicio del derecho en las relaciones laborales, por lo que la reacción empresarial, materializada en el despido del trabajador, se efectúa con vulneración de un derecho fundamental.

III.4.B. Tutela jurisdiccional efectiva y relación laboral

El artículo 24.1 de la CE establece el derecho de todas las personas a «obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». Al respecto, en el ámbito de las relaciones laborales, el TC ha construido una sólida doctrina en relación a lo que se conoce como «garantía de indemnidad». Esta garantía supone que tanto del ejercicio de acciones judiciales como de los actos preparatorios o previos llevados a cabo para el ejercicio de una acción, no pueden producirse para el trabajador consecuencias perjudiciales por parte del empleador⁶⁹⁸. El derecho resultaría lesionado «tanto si se acredita una reacción o represalia frente al ejercicio

⁶⁹⁶ El TEDH se ha pronunciado sobre el alcance permisible de la restricción de la libertad de expresión en las relaciones laborales. Puede consultarse el caso *Fuentes Bobo c. España*, de 29 de febrero de 2000; *Palomo Sánchez y otros c. España*, de 21 de septiembre de 2011 y *Herbai c. Hungría*, de 5 de noviembre de 2019).

⁶⁹⁷ STC 146/2019, de 25 de noviembre (FJ 5).

⁶⁹⁸ STC 87/2004, de 10 de mayo. De forma temprana la STC 14/1993, de 18 de enero. También, STS 17 de junio de 2015 (ROJ 3288/2015), STS de 27 de enero de 2016 (ROJ 739/2016), STS de 18 de marzo de 2016 (ROJ 1549/2016), STS de 26 octubre 2016 (ROJ 4941/2016), STS de 25 de enero de 2018 (ROJ 381/2018), STS de 21 de febrero de 2018 (ROJ 790/2018) o STS de 22 de enero de 2019 (ROJ 374/2019).

previo del mismo, como si se constata un perjuicio derivado y causalmente conectado, incluso si no concurre intencionalidad lesiva», de modo que, además de lesiones «intencionales» pueden darse lesiones «objetivas» contrarias a la garantía de indemnidad⁶⁹⁹. Para que opere el desplazamiento hacia el empleador de la carga de prueba, «no basta simplemente con que el trabajador afirme la vulneración de la garantía de la indemnidad, sino que ha de acreditar un indicio o -sin que proceda realizar mayores precisiones- un principio de prueba que permita deducir que aquella vulneración se puede haber producido»⁷⁰⁰.

Por ejemplo, el caso de una trabajadora que venía prestando servicios para una Universidad, con funciones de asistente en tareas de comunicación del Servicio de Cultura de la Casa de estudios, mediante contratos administrativos de diversa duración. A pesar de la naturaleza de los contratos, el desarrollo de la actividad de la recurrente tuvo lugar sin interrupciones temporales y constituía una de naturaleza laboral, motivo por el cual decide presentar reclamación previa solicitando le fuera reconocida su relación laboral indefinida con la Universidad. Posteriormente, se le comunicaba que su contrato de servicios finalizaba. El TS hace notar que la trabajadora había cumplido con aportar un serio indicio de que la extinción de su relación con la entidad pública empleadora podía haber vulnerado su garantía de indemnidad, esto es, que en poco más de un mes y medio de presentada la reclamación previa para la declaración de una relación laboral indefinida, la empleadora había comunicado el fin de su contrato (una declaración de laboralidad que, de hecho, había sido declarada por los Tribunales)⁷⁰¹.

El empresario, en cambio, debía probar que su conducta obedecía a causas reales, absolutamente extrañas a la pretendida vulneración del derecho fundamental, y que dichas causas tenían entidad suficiente como para determinar su decisión, es decir, que el empleador debía acreditar que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionalmente la decisión adoptada⁷⁰². En el fondo, se observa que el único fundamento para dar por finalizada la contratación surge a partir de la reclamación previa y una decisión de la parte empleadora de tratar de extinguir una relación laboral de esta naturaleza queda desprovista de otro fin conocido que el de reaccionar frente al ejercicio legítimo de un derecho fundamental, por lo que no puede considerarse una medida que supone el ejercicio legítimo de los poderes empresariales. En ese sentido, la sentencia concluye la vulneración de la garantía de indemnidad de la recurrente.

⁶⁹⁹ STC 6/2011, de 14 de febrero.

⁷⁰⁰ Entre algunas de las más recientes, las SSTS 26 de abril de 2018 (ROJ 1985/2018), y de 22 de enero de 2019 (ROJ 374/2019).

⁷⁰¹ STS 514/2020, de 24 de junio (ROJ 2344/2020, FD 5).

⁷⁰² STC 90/1997, de 6 de mayo (FJ 5) aplicable al análisis de cualquier ejercicio de derechos fundamentales entre las partes.

III.4.C. Libertad religiosa y contrato de trabajo

La dimensión interna del derecho a la libertad religiosa recogido en el artículo 16.1 de la CE, como claustro íntimo de creencias o espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual, se incardina con su contenido externo que faculta a la persona a actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros⁷⁰³.

La modulación del derecho a la libertad religiosa en el ámbito de las relaciones laborales es indisoluble con la idea de organización y poder de dirección del empleador. Se han presentado problemas significativos en relación a la adaptación de las condiciones de trabajo respecto de las convicciones religiosas de los trabajadores en relación con la uniformidad o símbolos religiosos; en lo que se refiere a la naturaleza del trabajo en aquellas organizaciones de tendencia o ideológicas; así como en relación a aquellos procedimientos de selección de profesorado de religión en centros públicos.

Sobre este último punto, las relaciones laborales entre la Autoridad académica y el personal de profesorado deberán establecerse sobre la propuesta de competencia e idoneidad que el Ordinario diocesano realice previamente para cada año escolar⁷⁰⁴. Este juicio de idoneidad no se limitaría a la estricta consideración de conocimientos pedagógicos, sino también a extremos de la propia conducta de los candidatos a la contratación o renovación, al propio tiempo que exige que esa declaración de idoneidad, o su revocación, sea compatible con los derechos fundamentales del trabajador⁷⁰⁵.

A la hora de valorar la conformidad a derecho de cualquier medida extintiva en este ámbito, el TC ha precisado que «el control a realizar no se limita a la actuación de la autoridad educativa, sino que ha de extenderse a la decisión eclesiástica», en la búsqueda de una garantía de una motivación estrictamente religiosa, es decir, «si la falta de propuesta por parte del ordinario del lugar responde a criterios de índole religiosa o moral determinantes de la inidoneidad de la persona en cuestión para impartir la enseñanza religiosa», o si, en cambio, «se basa en otros motivos ajenos al derecho fundamental de libertad religiosa y no amparados por el mismo». A partir de allí, habrá de «ponderar los eventuales derechos fundamentales en conflicto a fin de determinar cuál sea la modulación que el derecho de libertad religiosa que se

⁷⁰³ STC 177/1996, de 11 de noviembre (FJ 9).

⁷⁰⁴ Doctrina Constitucional reiterada a partir de la STC 38/2007, de 15 de febrero.

⁷⁰⁵ STC 38/2007, de 18 de febrero (FJ 3).

ejerce a través de la enseñanza de la religión en los centros escolares pueda ocasionar en los propios derechos fundamentales de los trabajadores en su relación de trabajo»⁷⁰⁶.

Una profesora, que impartía la asignatura de religión desde 1999 dejó de ser propuesta en 2017 por el Obispado de la ciudad donde desempeñaba su trabajo⁷⁰⁷. Tras diversas conversaciones entre la Administración Pública y el Obispado, la primera comunicó a la actora la extinción de su contrato de trabajo, dado que no era competente para impartir clases de religión católica. Ello ante la comprobación de la «contumacia, insubordinación, falta de respeto e incumplimiento reiterado de los requisitos relativos a las condiciones personales de idoneidad, así como la falta de compromiso requerido a todos los profesores de religión católica, lo que determinaba la pérdida de confianza para dar tales clases. Así, ante lo genérico de los motivos alegados, el Tribunal se pronuncia sobre el primer examen que ha de realizar, es decir, sobre si existían motivos de índole estrictamente religiosa que justificasen el retiro de la *missio canónica*. Al respecto señala que «no se puede apreciar una mínima descripción de alguna conducta que fuese atribuible a la trabajadora», en todo caso, se hace referencia a conceptos genéricos sin indicar qué específicos comportamientos de la actora merecen su catalogación en cualquiera de los supuestos atribuidos para la inidoneidad. Asimismo, destaca que lo que resulta esencial desde el punto de vista del control judicial, es que no se ofrecen «elementos de juicio que permitan determinar si las expresiones utilizadas configuran valoraciones o criterios de índole moral o religioso habilitantes de la revocación de la *missio canónica*». Más allá de los genéricos términos, no se promovió actividad probatoria alguna dirigida a acreditar las concretas conductas que la profesora pudiera haber realizado y que justificara su calificación para adoptar una medida de este tipo.

En otro caso, una trabajadora también profesora de educación religiosa a la que se le revocó la *missio canónica* «por resultar su testimonio de vida contrario a la doctrina católica», de acuerdo a su situación personal de convivencia con una tercera persona después de haber contraído matrimonio civil, sin obtener la nulidad canónica de su primer matrimonio, para, posteriormente, disuelto por divorcio el segundo matrimonio, mantener una relación de convivencia estable con otra pareja también divorciada. La recurrente había aceptado la propuesta del Obispado de regularizar su situación mediante la declaración de nulidad de su primer matrimonio canónico, después de haber manifestado de forma espontánea en una reunión con la Autoridad católica que estaba casada en segundas nupcias. Posteriormente, la

⁷⁰⁶ Véase la STC 38/2007 así como, entre otras la STC 140/2014, de 11 de septiembre. Asimismo, el TS, entre otras, en sentencia de 23 de septiembre de 2009 (ROJ 5990/2009), de 14 de enero de 2009 (ROJ 1464/2009) y de 12 de septiembre de 2017 (ROJ 3309/2017).

⁷⁰⁷ Caso que motiva la sentencia STSJ de Castilla-León 1724/2019, de 10 de octubre (ROJ 4409/2019).

autoridad canónica habría recibido llamadas telefónicas de padres de familia que habrían tomado conocimiento de la relación extramarital que seguía la profesora con tercera persona⁷⁰⁸.

Ciertamente, ha quedado claro a lo largo de la doctrina jurisprudencial que la decisión de casarse en la vía civil o de divorciarse, forma parte de la vida privada y personal de los trabajadores y se trata de actividades ajenas a la actividad profesional como docentes⁷⁰⁹. De hecho, señala el tribunal que «una causa específica de ilicitud de la retirada de la idoneidad que es susceptible de control por la Administración y que podría fundamentar la declaración de nulidad del despido sería la eventual vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar», que sucede cuando el conocimiento por la confesión religiosa de la correspondiente conducta se obtiene mediante la invasión del ámbito estricto de intimidad personal y familiar, excluido del conocimiento de los demás⁷¹⁰. El Tribunal señala que los motivos para retirar la idoneidad son estrictamente religiosos, como en principio pareció haber aceptado la demandante al llegar a un acuerdo para solucionar la situación personal en la que se encontraba y conseguir la nulidad del matrimonio canónico inicialmente contraído, fruto de cuyo compromiso tuvo lugar la demora de considerar inadecuado a la actora para impartir su materia educativa. Asimismo, no ha existido vulneración del derecho a la intimidad, puesto que constaba probado que «la convivencia more uxorio con persona distinta a su cónyuge se manifestó en la participación como pareja en actividades cotidianas conocidas por la comunidad en que la actora desarrollaba su actividad ordinaria»⁷¹¹. En consecuencia, la medida que habría tomado la Autoridad empleadora fue idónea, necesaria y proporcional al fin legítimo.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Las características propias de las relaciones laborales de naturaleza privada nos ofrecen una serie de matices que marcan diferenciadas consideraciones respecto a la protección de derechos fundamentales en comparación con otro tipo de relaciones jurídicas de naturaleza privada.

Nos situamos ante unos poderes empresariales, en principio, legítimamente otorgados a un sujeto privado respecto de otros que se encuentran en clara situación de desventaja. Sin embargo, todo ejercicio de estos poderes privados debe reconocer implícita la reforzada esfera de libertades del trabajador. A su vez, todo ejercicio de dichas libertades de los trabajadores debe ser explícito para evitar que puedan modelarse únicamente basándose en el interés

⁷⁰⁸ STSL de Castilla y León 1511/2018, de 20 de septiembre (ROJ 3157/2018).

⁷⁰⁹ Al hilo de la STC 51/2011 de 14 de abril (FJ 8).

⁷¹⁰ STSJ de Castilla y León 1511/2018, de 20 de septiembre (ROJ 3157/2018, FD 4).

⁷¹¹ STSJ de Castilla y León 1511/2018, de 20 de septiembre (ROJ 3157/2018, FD 5).

empresarial, dada la posición prevalente de aquellas dentro del ordenamiento jurídico⁷¹². En ese caso, la persona trabajadora requiere una mayor protección que cualquier otro sujeto dentro de otras relaciones de naturaleza privada.

Llegados a este punto, vemos que el asunto de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales no se reduce a reivindicar uno u otro tipo de eficacia. Los mecanismos estatales deben estar encaminados a impedir cualquier «tolerancia» al ejercicio ilegítimo del poder empresarial, precisamente porque la superioridad del empresario hace presumir, de por sí, una eventual extralimitación.

Al tratarse de poderes privados que se han consolidado socialmente como una gran influencia y que pueden materializarse en el ámbito político, pueden reforzarse las amenazas propias de la desigualdad de la relación y provocar otras de enorme magnitud para el efectivo disfrute de los derechos fundamentales, no menos preocupante que la representada por el poder estatal siglos atrás⁷¹³.

Lo que ofrece en abstracto la eficacia dotada a los derechos fundamentales en las relaciones laborales es la imposibilidad de llevar a cabo actuaciones que puedan traducirse en vulneraciones a los derechos fundamentales de cualquiera de las partes de la relación. Los caminos para alcanzar soluciones de defensa efectiva de los derechos fundamentales han sido adecuadamente trazados.

Será tarea del legislador cumplir con el verdadero mandato constitucional. El paso fundamental para la defensa del modelo de Estado de Derecho es, siempre, tener una regulación específica que tenga en cuenta que ambos sujetos de la relación laboral no se encuentran en la misma casilla de salida. Se tratará de una actuación que, como hemos insistido, module activamente el ejercicio de estos derechos de modo que puedan convivir, ser compatibles o coherentes con sus opuestos, y se eviten soluciones posteriores a la vulneración.

Esto nos lleva a sostener que los derechos fundamentales podrán ser vulnerados tanto por extralimitación de su contenido como por omisión de los mandatos constitucionales en todos aquellos supuestos que puedan coincidir y que tengan que ver con el incumplimiento de la

⁷¹² La STC 99/1994, de 11 de abril (FJ 7) dice que, aunque «la relación laboral [...] tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la vida humana a los poderes empresariales» y a los requerimientos de la organización productiva, «no basta con la sola afirmación del interés empresarial» para comprimir los derechos fundamentales del trabajador dada su posición prevalente.

⁷¹³ BILBAO UBILLOS, J. M.^a, *La eficacia de los derechos...*, cit., 1997, p. 243; PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos...*, cit., 1990, p. 209.

vinculación objetiva del legislador⁷¹⁴. Aún más, cuando el panorama actual aparece convulsionado por la aparición de las TIC.

Las TIC ofrecen un abanico de posibilidades nuevas que desata una mayor capacidad inquisitorial y que puede hacer más difícil equilibrar las posiciones de ambas partes, por lo que la extensión de la protección de los derechos fundamentales en las relaciones laborales es especialmente importante.

De todas formas, dada la revitalización del contrato de trabajo como instrumento para regular las condiciones de trabajo y que contiene la vigencia de los derechos fundamentales en la relación laboral, es posible exigir que se incluyan estrategias de actuación concretos y claros para establecer el ejercicio adecuado de estos derechos. Incluso, a través de su inclusión en los pactos de naturaleza colectiva. En términos de constitucionalidad, ello se traduce en que las actuaciones empresariales que se dispongan respondan hacia la consecución de fines legítimos, y en virtud de ello, que las medidas restrictivas incluidas sean adecuadas, necesarias y proporcionales en sentido estricto. El desarrollo necesario a través de la negociación colectiva garantiza que las decisiones que afecten a los derechos fundamentales de los trabajadores no se desplieguen de manera unilateral por parte de empresario. Así, el contenido de la negociación colectiva, en este aspecto, lleva consigo un proceso de limitación de las actuaciones de los trabajadores en la que estos han participado y, con ello, cuentan con su consentimiento.

Con todo, las actuaciones empresariales o de los agentes sociales destinadas a desplegar sus competencias en materia de ejercicio de los derechos y obligaciones laborales requiere el establecimiento de pautas de concretización mínimas en relación al ejercicio de los derechos fundamentales, que sirvan, a su vez, para desempeñar de forma más precisa y efectiva sus mandatos constitucionales. La mera existencia de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores en las relaciones laborales no necesita ser declarada de forma explícita ni en la norma legal ni en acuerdos colectivos. Con ello no se cumple ningún mandato y solo se avoca a un camino de inseguridad jurídica que se traduce en la vulneración de los derechos de la parte más débil.

⁷¹⁴ BAÑO LEÓN, J. M.^a, «La distinción...», *cit.*, 1988, p. 162, en referencia a las SSTC 15/1982, de 23 de abril (FJ 7) y 24/1982, de 13 de mayo.

TERCERA PARTE

**LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD Y A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE LAS
PERSONAS TRABAJADORAS Y LA UTILIZACIÓN DE TIC EN EL ÁMBITO
LABORAL**

CAPITULO IV

LOS ASPECTOS DE LA INTIMIDAD Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL DESARROLLO DE LAS RELACIONES LABORALES

El diseño jurídico debe ser capaz de neutralizar las amenazas que se trasladan al ámbito de las relaciones laborales, de procurar la garantía eficaz de los derechos a la intimidad y protección de datos de las personas, incluidas las trabajadoras. De modo contrario, al igual que lo que parece suceder con las élites de poder económico globales, el poder empresarial es capaz de extenderse en el vacío legal y la falta de controles estatales⁷¹⁵.

Llegados a este punto, para entender los matices del riesgo de un poder empresarial ilegítimo, profundizaremos en el contenido de los derechos a la intimidad y a la protección de datos personales, derechos fundamentales de las personas trabajadoras que supondrán el centro del debate en relación al uso de TIC en el ámbito de las relaciones laborales en el siguiente capítulo.

Este acercamiento habrá de partir necesariamente de la consideración de tres núcleos claves: la persona, la «intimidad» y los «datos»; y, por último, su protección. La idea construida sobre la primera ha abierto la puerta a los conceptos de los segundos; y, así, de esa relación, se ha desencadenado la necesidad de satisfacción del tercer elemento. Tendremos una visión conjunta si partimos del análisis de cuestiones de nivel supranacional, que podrá servirnos de base para determinar su efecto en la normativa estatal y los posibles conflictos entre la protección de estos derechos fundamentales y el avance tecnológico.

I. PERSONA, FENÓMENO SOCIAL Y PROTECCIÓN SUPRANACIONAL

I.1. La *privacy*: la base para la construcción de derechos

Para aterrizar en la consolidación de estos como derechos, primero hemos de rescatar la aceptable consideración de un fenómeno instintivo consustancial al individuo, asociado perfectamente a la existencia del ser humano en sociedad⁷¹⁶. Aun cuando cada sociedad merece

⁷¹⁵ NOYA, J. y RODRÍGUEZ, B., *Teorías sociológicas...*, cit., 2010, p. 194, en referencia a David Rothkopf.

⁷¹⁶ RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional...*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 27. El autor hace referencia al término «intimidad» señalado que «en la medida en que está presente en todas las sociedades humanas, la intimidad es un instinto».

ser estudiada desde sus propios términos y según cada etapa, en este primer punto, nos centramos en las aportaciones hechas en la sociedad occidental a partir de la Edad Moderna.

Precisamente, durante esta época se alcanza un desarrollo sobre la idea de exaltación del individuo como ser social y se hace un tratamiento más específico a través del uso del término *privacy*⁷¹⁷. A partir de esa individualidad se refleja la idea de un ámbito propio de cada uno que permite la concepción de la separación del individuo respecto del grupo, que luego vendría a consolidar la dicotomía entre lo público y lo privado⁷¹⁸.

En ese sentido, desde la ideología liberal y desde la base misma de esta dicotomía que permea toda la historia de la civilización occidental, la conformación de la *privacy* se ha ido desarrollando paralela a la idea de libertad tradicional del individuo⁷¹⁹. En un principio, a partir de un componente filosófico-político, podía entenderse un ámbito privado del individuo como aquel otorgado por el soberano sin ningún componente volitivo del individuo⁷²⁰. Posteriormente, una vuelta de tuerca unía a la idea de la conciencia de sí mismo y de la propiedad sobre el cuerpo, una propiedad original e inalienable que configuraba el vínculo personalidad-propiedad que debía respetar lo dispuesto por el Estado, que siempre actuaba por el interés general⁷²¹. Luego, al reconocerse la inclinación del poder estatal hacia la

⁷¹⁷ Aunque sobre su origen no se haya llegado a un consenso, algunos señalan que la idea de *privacy* se remonta al Renacimiento, y toma su sentido actual durante la Reforma a través de la noción de «fuero interno», *vid.* BERLÍN, I., *Cuatro ensayos...*, *cit.*, 2003, p. 229, donde el autor lo sitúa entre el Renacimiento y la Reforma.

En otro sentido, podríamos decir que esta idea tal como puede ser concebida en la actualidad, posee un preciso desarrollo histórico configurado a partir de ciertos atisbos de intimidad, incluso con cierto contenido político y jurídico, que pueden ser encontrados desde la antigüedad. Puede consultarse al respecto el análisis hecho por RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 25 y ss.; FARIÑAS MATONI, L. M.^a, *El derecho a la intimidad*, Trivium, Madrid, 1983, p. 286 y ss. Además de la obra completa de BÉJAR, H., *El ámbito íntimo (privacidad, individualismo y modernidad)*, Alianza, Madrid, 1988; PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos...*, *cit.*, 2010, p. 327 y ss., el autor hace referencia a su vinculación con el surgimiento de las ciudades y la emergente burguesía, defiende la tesis «racionalista».

Traducido primigeniamente al español como «privacidad». Dice BÉJAR que el término «privacidad» es una traducción apresurada del *privacy* anglosajón que no tiene conexión exacta ni con «vida privada» ni con «intimidad». Además, la autora señala que la «privacidad» es la zona donde el individuo se retira al abrigo de las intromisiones del mundo». BÉJAR, H., *El ámbito íntimo...*, *cit.*, 1988, p. 16.

⁷¹⁸ *Vid.* BÉJAR, H., *El ámbito íntimo...*, *cit.*, 1988, p. 16, sobre el comentario a la dicotomía entre lo privado y lo público.

«Tradicionalmente, el espacio público era aquel constituido por los asuntos que incumbían a la colectividad e incluían una interacción cara a cara en lugares compartidos, oponiéndose así a lo privado, que quedaba confinado al ámbito reservado del individuo, a su esfera protegida», NOAIN SÁNCHEZ, A., «La privacidad como integridad contextual y su aplicación a las redes sociales», *Zer: Revista de estudios de comunicación/Komunikazio ikasketen aldizkaria*, nº 39, 2015, p. 165.

⁷¹⁹ BÉJAR, H., *El ámbito íntimo...*, *cit.*, 1988, pp. 16 y 79.

⁷²⁰ «En aquellos casos en los que el soberano no ha prescrito regla, el súbdito tendrá la libertad de hacer o de omitir, según su propia discreción». Lo privado se limita al terreno económico, doméstico y religioso, de los que se denominaban «súbditos». HOBBS, T., *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Alianza, Madrid, 2009, p. 194, trad. MELLIZO, C.

⁷²¹ «La ley constituye la dirección de las acciones de un ser libre e inteligente hacia lo que es de su interés, y no prescribe más cosas de las que son necesarias para el bien general» porque la finalidad de la ley es «preservar y aumentar nuestra libertad». Son las ideas de LOCKE que decía que «la verdadera libertad es que cada uno pueda disponer de su persona como mejor le parezca; disponer de sus acciones, posesiones y propiedades según se lo permitan las leyes que lo gobiernan, evitando, así, estar sujeto a los caprichos arbitrarios de otro, y siguiendo su propia voluntad». LOCKE, J., *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 60, trad., MELLIZO, C.

arbitrariedad, la preservación de la libertad se hacía desde un ámbito privado del individuo donde el poder estatal no había de llegar, formando la libertad parte del ámbito privado⁷²². Se reconoce, en definitiva, a la sociedad —conjunto de individuos— y al Estado como elementos que pueden amenazar la esfera privada del individuo⁷²³.

Puede hablarse de un espacio interno donde se desenvuelven los aspectos concernientes al pensamiento —que se cierra a toda intromisión externa— y permite el desarrollo pleno de las potencialidades, a través del dominio interno de la conciencia, en lo más íntimo⁷²⁴. Con ello, la petición de no-interferencia en ese espacio donde pueda desarrollarse a plenitud⁷²⁵, «por principios que son sólo suyos», es decir, desde su autonomía⁷²⁶.

Todo ello, toda esta transformación que recoge una amalgama de nociones que va configurando la idea moderna, permite, a su vez, entenderla como una noción compleja y confluyente de varios factores, siempre frente a los demás, sea para oponerse y actuar como

Asimismo, en otra obra el autor señala que «en los asuntos domésticos privados, en la administración de las propiedades, en la conservación de la salud corporal, cada hombre puede decidir lo que más le conviene y seguir el camino que prefiera», *vid.* LOCKE, J., *Carta sobre la tolerancia*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 25, trad. BRAVO GALA, P. En la presentación del libro, este último explica que «la marcha de la idea de libertad puede concebirse como la progresiva toma de conciencia del hombre de la necesidad o deseabilidad de ampliar su esfera de independencia, liberándola de las restricciones que le son impuestas desde el exterior» (p. XV).

⁷²² CONSTANT manifiesta que existe «una parte de la vida humana que es, por naturaleza, individual e independiente y que queda al margen de toda competencia social. [...] Donde comienza la independencia y la existencia individual se detiene la jurisdicción de esta soberanía». CONSTANT, B., *Principios de Política*, Aguilar, Madrid, 1970, p. 9, trad. HERNÁNDEZ ALFONSO, J.^a

Al respecto se refiere BÉJAR: «Esa zona de individualidad que se escapa de la mirada del poder y que hace referencia a lo más propio del hombre es el ámbito privado», BÉJAR, H., *El ámbito íntimo...*, *cit.*, 1988, p. 43. Con el riesgo, decía CONSTANT, que supone el cultivo de la vida privada que lleva aparejada la retirada del individuo de la vida pública y, con ello, el peligro de la conquista y la usurpación del poder estatal sobre la sociedad. Puede leerse sobre la arbitrariedad a CONSTANT, B., *Escritos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 181 y ss., trad. SÁNCHEZ MEJÍA, M.^a L.

⁷²³ Desde una sociedad igualitaria americana se aportaban algunas ideas sobre el ámbito privado del individuo que más que relevante para este ámbito, venían a alertar sobre un «individualismo» causado por esa igualdad. Según el análisis de DE TOCQUEVILLE de la sociedad americana en tiempos igualitarios, «cada hombre se hace por sí mismo con sus creencias» y, a causa de esa igualdad, el «individualismo» surge como «un sentimiento reflexivo y apacible que induce a cada ciudadano a aislarse de la masa [...]; de suerte que después de formar una pequeña sociedad para su uso particular, abandona a la grande a su destino». Esto se presenta como un peligro para la mismísima libertad y, de hecho, para el propio individuo, pudiendo resultar beneficioso el despotismo. *Vid.* DE TOCQUEVILLE, A., *La democracia en América*, 2, El Cid Editor, Santa Fe, 2005, p. 166. Además, BÉJAR, H., *El ámbito íntimo...*, *cit.*, 1988, p. 64.

⁷²⁴ La libertad «negativa» se convierte en el ideal de libertad de MILL. *Vid.* MILL, J. S., *Sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1996, p. 68, trad. DE AZCÁRATE, P.

⁷²⁵ Esta esfera privada de realización del individuo se construye, necesariamente, en el marco social y político, donde para que funcione el «uno» frente a «los otros» hace falta el derecho a expresar públicamente las opiniones contrarias «que demanda una libertad social y, consecuentemente, una petición de un espacio de no-interferencia, esto es, de privacidad, donde el individuo se desarrolle en plenitud». *Vid.* BÉJAR, H., *El ámbito íntimo...*, *cit.*, 1988, p. 72. BERLÍN escribió que «[e]l deseo de que no se metan con uno y le dejen en paz ha sido el distintivo de una elevada civilización, tanto por parte de los individuos como por parte de las comunidades. El sentido de la intimidad misma, del ámbito de las relaciones personales como algo sagrado del derecho propio, se deriva de una concepción de la libertad que, a pesar de sus orígenes religiosos, en su estado desarrollado apenas es más antigua que el Renacimiento o la Reforma», BERLÍN, I., *Cuatro ensayos...*, *cit.*, 2003, p. 229.

⁷²⁶ Sobre Kant, dentro de una esfera privada necesaria para ejercer el «uso público de la razón privada». *Vid.* BÉJAR, H., *El ámbito íntimo...*, *cit.*, 1988, p. 148. Desde aquí, el individuo se presenta como un ser moral que requiere de una esfera soberana personal para poder desarrollarse.

condición de la personalidad individual sea para articularse con los demás como condición de la personalidad social⁷²⁷.

Por su parte, la gesta de su configuración jurídica moderna se encuentra ampliamente aceptada con el artículo jurídico de Warren y Brandéis en 1890 sobre el *right to privacy*, como exigencia a la regulación y protección jurídica de ciertos aspectos de la vida privada de los individuos, como limitación precisa a terceros⁷²⁸. Lo más importante de esta acción histórica no sería el reconocimiento de tales aspectos que ya podrían encontrarse protegidos en el continente europeo años antes⁷²⁹, sino la configuración jurídica bajo la forma de una facultad de la persona para proteger un ámbito que considera propio, sujeto a protección jurídica ante cualquier intromisión. Un poder para controlar la información de su universo privado y guardarlo para él.

Este ámbito propio del individuo ha sido estudiado desde distintas aristas y, durante todo el proceso de aportaciones, se ha hecho uso de varios términos referidos a dicho aspecto personal del individuo⁷³⁰. A efectos de este apartado, utilizaremos el término «vida privada», que es utilizado en el campo supranacional de protección de este ámbito propio del individuo.

⁷²⁷ PAREJO ALFONSO, L. J., «El derecho fundamental a la intimidad» en SAUCA, J. M.^a (Ed.), *Problemas actuales...*, cit., 1994, p. 296.

⁷²⁸ Clásico de la literatura jurídica para entender el derecho a la intimidad actual. Toda una formulación doctrinal como reacción a las intromisiones en la vida privada de uno de ellos por parte de un medio de comunicación escrito. [WARREN, S. y BRANDEIS, L., «Right to privacy», *Harvard Law Review*. vol. IV, nº 5, 1890, pp. 193-219]. Puede consultarse el artículo traducido WARREN, S. y BRANDEIS, L., *Derecho a la intimidad*, Civitas, Madrid, 1995, trad. BASELGA, P. También, HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor, intimidad y propia imagen*, 2.^a ed., Coolex, Madrid, 1994, p. 37 y ss.

Años antes, en 1873, reconocen los autores, el Juez Cooley hablaba de *privacy* como *the right to be alone*. Luego, tres años después el Tribunal de Nueva York utilizaba la expresión *right to privacy* en el caso *Marks v. Joffa*. Las consideraciones se van a mantener a lo largo de los años, siendo significativa la introducción en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Georgia en 1905 en el caso *Pavesick v. New England Life Insurance Co.*, reconociendo el derecho a la intimidad de la vida privada.

La configuración del denominado *right to privacy*, traería consigo la inclusión de manifestaciones de la privacidad que se reivindicarían, luego, como exigencia de la protección constitucional a la inviolabilidad del domicilio y del secreto de la correspondencia de la Constitución de los Estados Unidos en su 4.^a Enmienda.

⁷²⁹ Véase, por ejemplo, en el mundo anglosajón que previo al artículo jurídico de Warren y Brandeis, se define una consideración de la intimidad únicamente vinculada a la propiedad, y eso es lo que se somete a revisión con la nueva postura doctrinal. Explica HERRERO-TEJEDOR que «la *privacy-property* supone una relación de pertenencia entre el titular y su vida privada» para luego continuar explicando: «Propiedad y contrato, eran, pues, el soporte jurídico de la «privacy» primitiva. Consiguientemente, la vulneración de la misma sólo podía verificarse por medio de intrusiones físicas». HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor, intimidad...*, cit., 1994, p. 41. También consúltese PAREJO ALFONSO, L. J., «El derecho fundamental...», cit., 1994, p. 296. Asimismo, MORALES PRATS señala que el *privacy property right* que imperaba en las sociedades anglosajonas define una relación desde el individualismo posesivo, «de pertenencia entre el titular y su vida privada, y, consiguientemente, la facultad de hacer públicas manifestaciones de esa esfera, cuando aquél lo estime oportuno. Del mismo modo, los principios jurídico-patrimoniales son aplicados a la *privacy* cuando el individuo traba relaciones de confianza con sus semejantes; el derecho de propiedad necesita entonces mecanismos jurídicos que expresen su dimensión dinámica», MORALES PRATS, F., *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Destino, Barcelona, 1984, pp. 18-19.

⁷³⁰ Veremos las referencias a la «intimidad», «vida privada», «privacidad» o «esfera o ámbito privado» referidos todos ellos a la individualidad del sujeto social. En cualquier caso, no nos vamos a centrar en reivindicar ahora el correcto uso de alguno de ellos o desarrollar configuraciones teóricas de cualquier índole, sino más bien en entender de ellos alegaciones a la libertad, la voluntad y la autonomía, la individualidad o la conciencia, que forman parte de su configuración jurídica.

No obstante, lo que merece aquí la pena resaltar es que en la dualidad individuo-colectivo radica la importancia para el ámbito jurídico, puesto que la fundamentalidad de estos derechos le vendrá dada por su exigencia básica de la condición humana para la vida en sociedad.

También es cierto que, en cada época, la significación del ser humano como individuo que merece protección jurídica ha ido variando y reconfigurándose. Ser individuo en épocas pasadas no tenía la misma connotación que en la actualidad. Esta significación ha ayudado a mutar hacia una idea de vida privada vinculada a la inviolabilidad de la personalidad humana y a la libertad individual. Una consolidación que ha tardado varios años hasta entrado el siglo pasado, pero que ha venido avanzando de la mano de la generalización de los derechos humanos y la democratización del sistema liberal, pasando a reivindicar la figura del individuo como un ser moral y digno, y permitiendo la configuración de unos derechos autónomos y dinámicos. Así, la inicial *privacy* pasa a cobrar una dimensión positiva dirigida a posibilitar la identidad individual y «a justificar una fidelidad al sistema basada en la libertad y no en la mera conformidad»⁷³¹.

I.2. La consolidación de ambos derechos en el ámbito internacional

Del comentario de los textos internacionales que a continuación realizaremos, pretendemos situarnos en el reconocimiento de estos derechos a escala internacional —lo cual evidencia su fuerza y posicionamiento—, así como en el alcance que ese reconocimiento posee en el ámbito jurídico estatal y, a su vez, en el de las relaciones laborales de naturaleza privada.

No perdamos de vista las manifestaciones de serias intenciones de contribuir —en lo que aquí respecta— a la consolidación de la plena realización de un espacio de libertad, seguridad y justicia, así como al bienestar de las personas físicas, que incluyen a la persona en su calidad de persona trabajadora⁷³².

I.2.A. Las referencias a la vida privada en el ámbito de protección universal

Dentro de este ámbito, merece la pena realizar los comentarios desde dos flancos: primero, haciendo referencia a los textos internacionales vigentes que formalmente tratan sobre derechos humanos; y, segundo, desde las aportaciones de los órganos de la ONU en referencia a los textos internacionales, por constituir una guía importante para la protección jurídica de estos derechos, tanto para los esfuerzos normativos nacionales como para la elaboración doctrinaria.

⁷³¹ PAREJO ALFONSO, L. J., «El derecho fundamental...», *cit.*, 1994, p. 297, en nota 11, haciendo referencia a la explicación hecha en MORALES PRATS, F., *La tutela penal...*, *cit.*, 1984, p. 22 y ss.

⁷³² Puede verse, por ejemplo, el artículo 67 del TFUE.

Antes, téngase en cuenta que los documentos internacionales utilizan los términos «vida privada» y «privacidad» diferentes del término «intimidad» utilizado en la CE, aunque veremos que pueden entenderse genéricamente coincidentes en ciertos aspectos.

Para el comentario de los textos internacionales vamos a mencionar, por un lado, a la propia DUDH⁷³³. Este documento internacional ha señalado la dirección para toda la labor ulterior en el campo del derecho a la intimidad en la CE y ha sentado las bases para muchos otros instrumentos internacionales obligatorios encaminados a proteger este ámbito jurídico y otros derechos y libertades que proclama⁷³⁴. Mediante su artículo 12 dispone que nadie pueda ser «objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia», así como el derecho de toda persona «a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques»⁷³⁵. Por otro lado, el PIDCP, en su artículo 17, dispone que «[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia» y, del mismo modo, incluye la referencia explícita al derecho de toda persona a «la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques»⁷³⁶.

De aquí, merece la pena resaltar algunas cuestiones sobre ambos textos. En primer lugar, con los términos utilizados en los preceptos, en ambos casos, se entiende una protección de la vida privada de la persona, es decir, que tiene su fundamento en su dignidad y su libertad. Del mismo modo, con la referencia a la «vida privada» debe entenderse una protección amplia que engloba en términos genéricos —todos con un origen común— a la vida personal y también a la vida familiar, como relación de la persona con ámbitos privados de otras personas; a la inviolabilidad del domicilio, como lugar propio de la vida personal y familiar; y a la correspondencia, como medio de expresión o comunicación privadas, sin olvidar la necesidad de proteger toda aquella información que pueda obtenerse de esos ámbitos privados⁷³⁷. También, cabe rescatar la especial acotación del PIDCP que evidencia la ampliación del tipo de injerencias que, además de «arbitrarias», tal como se observa en la DUDH, se suponen «ilegales».

Por su parte, en lo relativo a las aportaciones de los órganos de la ONU, puede decirse que su trabajo viene haciéndose de forma continua al respecto del derecho a la vida privada,

⁷³³ Previamente, encontramos una referencia significativa a la protección de la vida privada en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá en la IX Conferencia Internacional Americana, el 2 de mayo de 1948. En su artículo 5 recogía que «[t]oda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar».

⁷³⁴ Vid. MUELLE GÓNGORA, E., *Derechos Humanos...*, cit., 1997, p. 21.

⁷³⁵ Como un derecho que viene a garantizar la seguridad de las personas. CARRILLO SALCEDO, J. A., *Dignidad frente a la barbarie. La Declaración Universal de los Derechos Humanos cincuenta años después*, Trotta, Madrid, 1999, p. 57.

⁷³⁶ Asimismo, en el artículo 14, al referirse a los juicios en Tribunales, se dispuso la posibilidad de exclusión de la prensa y del público para proteger a cualquier persona parte del proceso «cuando lo exija el interés de la vida privada».

⁷³⁷ Vid. RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional...*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 67.

considerándolo un ámbito de la persona que debe ser protegido y merece atenciones continuadas. Nos interesa rescatar, en primer lugar, el trabajo del Comité de Derechos Humanos⁷³⁸. En su Informe⁷³⁹ sobre el derecho a la vida privada recogido en el PIDCP, indica que el mismo debe ser garantizado «respecto de todas esas injerencias y ataques, provengan de autoridades estatales o de personas físicas o jurídicas» y que «[l]as obligaciones impuestas por este artículo exigen que el Estado adopte medidas legislativas y de otra índole para hacer efectivas la prohibición de esas injerencias y ataques a la protección de ese derecho». Asimismo, aclara que con la referencia a injerencias «arbitrarias» se pretendería garantizar que cualquier injerencia prevista en la ley tenga que estar en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y sea, en todo caso, razonable en las circunstancias particulares del caso. Por su parte, con el término «ilegales» se haría referencia a la imposibilidad de injerencia alguna, salvo en los casos previstos por la ley. El primer concepto tendría un contenido más amplio que el segundo, pero este «al ser más específico, es mejor definidor de las características que las injerencias deben revestir para ser reputadas como inadmisibles»⁷⁴⁰.

Además, como dato interesante, desarrolla el deber de los Estados de reglamentar «la recopilación y el registro de información personal en computadoras, bancos de datos y otros dispositivos, tanto por las autoridades públicas como por las particulares o entidades privadas», así como de «adoptar medidas eficaces para velar por que la información relativa a la vida privada de una persona no caiga en manos de personas no autorizadas por ley para recibirla, elaborarla y emplearla y porque nunca se la utilice para fines incompatibles con el Pacto». Así, sin haberse recogido un derecho explícito a la protección de datos personales como derechos humano, se ha venido haciendo hincapié en la protección de estos ámbitos a través del derecho a la vida privada la de ciertas facultades referidas a la verificación de esos datos por parte de toda persona, consistente en saber quién, cómo y dónde se conservan sus datos personales, con posibilidad de pedir su rectificación o eliminación⁷⁴¹.

Especial atención a la actuación política actual prestada también por la Asamblea General que no ha parado de pronunciarse desde sus primeros años, sobre todo en lo referido al posible impacto de los avances tecnológicos y en los problemas que su uso indebido podría acarrear para los derechos humanos, en especial para la vida privada de los individuos⁷⁴².

⁷³⁸ Como Órgano de la ONU compuesto por expertos independientes, cuyo objetivo principal consiste en la supervisión de la aplicación del PIDCP.

⁷³⁹ Observación General N° 16 del Comité de Derechos Humanos, dictada en su 32° periodo de sesiones en 1988.

⁷⁴⁰ FARIÑAS MATONI, L. M.^a, *El derecho...*, cit., 1983, p. 259.

⁷⁴¹ Observación General N° 16, cit.

⁷⁴² Ya en 1968, en su 23° periodo de sesiones, la Asamblea General advertía que aquellos avances podrían comprometer los derechos de los individuos, requiriendo por consiguiente una atención permanente y, a la par, invitando a que se llevara a cabo «el estudio de los problemas que en relación con los derechos humanos plantean

Compromisos que han cobrado mayor sentido al reconocer el derecho a la vida privada en la era digital, reafirmando como derecho humano que también debe encontrarse protegido en Internet y señalando, por ejemplo, que la recopilación ilícita o arbitraria de datos personales constituye, cada vez más, un acto de intrusión grave que pueden violar el derecho a la vida privada y ser contrario a los preceptos de una sociedad democrática⁷⁴³. En esa línea ha venido reconociendo su preocupación cada vez mayor sobre el rápido ritmo del desarrollo tecnológico que permite a las personas de todo el mundo utilizar las TIC y, al mismo tiempo, incrementa la capacidad de las empresas —en lo que nos interesa— «de llevar a cabo actividades de vigilancia, interceptación y recopilación de datos, lo que podría constituir una violación o una transgresión de los derechos humanos, en particular del derecho a la privacidad». Del mismo modo, enfatiza sobre la necesidad de protección frente al tratamiento de datos de naturaleza sensible, como los biométricos, así como la elaboración de perfiles, la adopción automatizada de decisiones y las tecnologías de inteligencia artificial, que pueden, «sin las debidas salvaguardias, dar lugar a decisiones que podrían afectar al disfrute de los derechos humanos», entre otras cuestiones de actual relevancia para los derechos humanos⁷⁴⁴.

De la mano de la Asamblea, el Consejo de Derechos Humanos también ha tenido una labor activa, a pesar de las reducidas incidencias prácticas en materia de derechos humanos sobre los Estados parte. En los últimos años se han dispuesto algunas acciones encaminadas a la reafirmación de este derecho en la era digital como respuesta a la utilización por cualquier persona de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones y, sobre todo, frente al incremento de «la capacidad de los gobiernos, las empresas y las personas de llevar a cabo actividades de vigilancia, interceptación y recopilación de datos, que podrían constituir una violación o una transgresión de los derechos humanos»⁷⁴⁵. Por su parte, al hacer suyos los

los progresos de la ciencia y la tecnología», entre varios particulares «al respeto a la vida privada de los individuos». Resolución de la Asamblea General 2450, de 19 de diciembre de 1968. Sin olvidar que antes se había recomendado al Secretario General de las Naciones Unidas hacer un estudio sobre los peligros para la vida privada que se encontraban inherentes en las nuevas técnicas de grabación. *Vid.* el artículo 18 de la Proclamación de Teherán. Conferencia Internacional de los Derechos del Hombre, el 13 de mayo de 1968.

Posteriormente, la misma Asamblea General en 1975 proclamaba para todos los Estados la adopción de «medidas tendientes a extender a todos los estratos de la población los beneficios de la ciencia y la tecnología y a protegerlos, tanto en lo social como en lo material, de las posibles consecuencias negativas del uso indebido del progreso científico y tecnológico, incluso su utilización indebida para infringir los derechos del individuo o del grupo, en particular en relación con el respeto de la vida privada y la protección de la persona humana y su integridad física e intelectual». Punto sexto de la Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad, proclamada por la Asamblea General en su Resolución 3384, de 10 de noviembre de 1975.

⁷⁴³ Por ejemplo, la Resolución 68/167 aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2013. Además, Resoluciones de la Asamblea General 69/166, de 18 de diciembre de 2014 y 71/199, de 19 de diciembre de 2016, sobre el derecho a la privacidad en la era digital, y 45/95, de 14 de diciembre de 1990, sobre los principios rectores sobre la reglamentación de los ficheros computadorizados de datos personales.

⁷⁴⁴ O la actualizada Resolución 73/179 aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre de 2018, sobre el derecho a la privacidad en la era digital.

⁷⁴⁵ En su 54ª sesión, celebrada el 27 de marzo de 2014, el Consejo de Derechos Humanos, por ejemplo, decidía celebrar en su 27º período de sesiones una mesa redonda sobre la promoción y protección del derecho a la privacidad en la era digital en el contexto de la vigilancia y la interceptación de las comunicaciones digitales y la

Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, reconoce e insiste en la necesidad de fortalecer los sistemas de protección de derechos humanos al interior de las empresas, a través de la actuación de los Estados⁷⁴⁶. De hecho, el pilar II de estos Principios Rectores declara, como una norma de conducta mundial aplicable a toda empresa, dondequiera que opere, una responsabilidad de respetar los derechos humanos. Ello involucra «hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos [que] implica tomar las medidas adecuadas para prevenirlas, mitigarlas y, en su caso, remediarlas.» Además, el documento proporciona un modelo autorizado para todas las empresas sobre cómo cumplir con esta responsabilidad: a través de la abstención de que «sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan», así como a través del intento de «prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos»⁷⁴⁷.

Quizás la acción que nos parece más resaltante ha sido el nombramiento de un Relator Especial de Naciones Unidas para el derecho a la vida privada por considerar al derecho una de las cuestiones más apremiantes de nuestro tiempo, aunque se trate solo de un gesto de gran contenido político, dadas sus competencias nulas jurídicamente respecto de los Estados parte⁷⁴⁸. En esa línea han de entenderse los informes⁷⁴⁹ que viene emitiendo hasta la fecha los que, en cualquier caso, sirven como radiografía de la situación de la protección de la vida privada como derecho en las legislaciones de los Estados parte⁷⁵⁰. Muestran un derecho

recopilación de datos personales en los planos nacional y extraterritorial, en particular a gran escala, también con miras a determinar desafíos y mejores prácticas, teniendo en cuenta el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos solicitado por la Asamblea General en su Resolución 68/167.

Además, la Resolución 26/13 del Consejo de Derechos Humanos, de 26 de junio de 2014, sobre la promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet (Véanse los documentos oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 53 (A/69/53), cap. V, secc. A), la Resolución 28/16 del Consejo, de 26 de marzo de 2015, sobre el derecho a la privacidad en la era digital o la Resolución 34/7, aprobada el 23 de marzo de 2017.

De hecho, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ha venido emitiendo sus Informes sobre el derecho a la privacidad en la era digital, consciente de la incidencia de los avances tecnológicos sobre este derecho humano. Informes presentados ante el Consejo de Derechos Humanos en su 27º período de sesiones y en su 39º período de sesiones.

⁷⁴⁶ Mediante Resolución 17/4, de 16 de junio de 2011.

⁷⁴⁷ Documento de las Naciones Unidas HR/PUB/11/04.

⁷⁴⁸ El origen de su mandato puede encontrarse en la Resolución 68/167 de la Asamblea General, aprobada en diciembre de 2013. Entre sus competencias pueden encontrarse, por ejemplo, la de reunir informaciones relevantes sobre el derecho a la privacidad, identificar obstáculos para su promoción y protección, tomar medidas a fin de una concientización acerca de las necesidades de promover y proteger el referido derecho, así como relatar violaciones y someter a la atención del Consejo situaciones de mayor gravedad.

⁷⁴⁹ En su 28º período de sesiones, mediante Resolución 28/16, publicada el 31 de marzo de 2015. Sus Informes pueden consultarse en las Resoluciones A/71/368, publicado el 23 de agosto de 2016; A/HRC/31/64, publicado el 24 de noviembre de 2016; A/HRC/34/60, publicado el 6 de septiembre de 2017; o A/72/540, publicado el 19 de octubre de 2017; A/HRC/43/52, de 24 de marzo de 2020.

⁷⁵⁰ Téngase en cuenta la obligatoriedad de la presentación de informes para todos los Estados parte, como mecanismo de control del cumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud del Pacto (artículo 40.2 del Pacto).

reconocido de manera general en los Estados, aunque incipiente en sus garantías desde el ámbito universal. Aun así, los trabajos parecen progresar en asuntos que sugieren la problemática más reciente en relación con el derecho a la privacidad, tales como vigilancia; recopilación de grandes cantidades de datos, datos de naturaleza sensible, uso de datos personales por parte de las empresas, y el libre desarrollo de la personalidad de los trabajadores⁷⁵¹.

Ciertamente, el reconocimiento al máximo nivel político y jurídico de un derecho humano no garantiza por sí solo su cumplimiento. No obstante, apreciamos el aporte de un sustento de extraordinaria potencia para reivindicar, promocionar e impulsar su disfrute, así como para contribuir y armar con argumentos y herramientas a los agentes interesados de otros ámbitos que cuenten con estructuras más sólidas y de mayor impacto, como es el ámbito europeo de protección de derechos humanos.

La proyección de estos derechos en el ámbito europeo va a tener una incidencia más importante sobre el ámbito jurídico español, que lo regulado por la ONU. A continuación, precisaremos de un tratamiento diferenciado entre uno y otro derecho, recalcando siempre las diferencias entre los ámbitos jurídicos de protección de derechos desarrollados por el CdE y por la UE.

I.2.B. La protección jurídica de la vida privada de los trabajadores en el ámbito europeo

I.2.B.a. La protección desde el CdE y el CEDH

En lo referido a la estructura jurídica de defensa de derechos fundamentales diseñado por el CdE, el artículo 8 del CEDH reconoce a toda persona el «derecho al respeto a la vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia»⁷⁵², sin injerencia por parte de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho. Ahora bien, del mismo artículo se observa que el efecto protector del derecho no se desplegará cuando se trate de una injerencia «prevista en la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden, la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás»⁷⁵³. Son excepciones que suponen pieza clave para la definición de su ámbito jurídico de protección y garantía.

⁷⁵¹ Se prepara el último Informe del 40º período de sesiones, mediante Resolución 40/63, pendiente de publicación.

⁷⁵² Artículo 8.1 del CEDH. Además, no podemos dejar de mencionar al artículo 6 el que, referido al acceso a la sala de juicio, dispone la posibilidad de prohibición al público o a la prensa, el acceso durante la totalidad o parte del proceso cuando la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan.

⁷⁵³ Artículo 8.2 del CEDH. Para leer sobre las injerencias, puede consultarse a ARZOZ SANTISTEBAN, X., «Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar», en LASAGABASTER HERRARTE, I. (Dir.),

Sobre este precepto el TEDH se ha dotado de una abundante jurisprudencia internacional vinculante para los Estados miembros que, en gran medida, ha venido a completar el contenido de este derecho. En primer lugar, este Tribunal ha determinado una concepción amplia y nada exhaustiva del término «vida privada», que no puede verse reducida únicamente a un «ámbito íntimo» del individuo. Por el contrario, también debe comprender, hasta cierto punto, el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos⁷⁵⁴. Ciertamente, involucra la protección de un círculo personal que excluye completamente al mundo exterior que no forme parte de dicho círculo, pero también incluye un círculo privado familiar y social. Así, el respeto por la «vida privada» debe comprender, además de la protección de un círculo íntimo y privado familiar, una dimensión social del individuo que incluye, justamente, la posibilidad de comunicarse con otros para establecer o desarrollar las relaciones que desee y que el contenido de esa interacción se mantenga dentro de ese ámbito privado⁷⁵⁵. Desde ahí se permite entender la protección extendida al domicilio y a la correspondencia del individuo⁷⁵⁶.

Si bien el objetivo primordial del artículo 8 es la protección del individuo frente a las injerencias públicas, no puede entenderse solo como una protección contra acciones estatales negativas, es decir, como un mandato de abstención estatal de realizar cualquier acción que

Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático, 3.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 343 y ss. Comenta el autor respecto de las previstas en la ley (lo que en jurisprudencia se denomina «calidad de la ley», cuyas exigencias que la integran son la accesibilidad y la previsibilidad de la ley) y coincide con el principio de juridicidad, en sentido material; adecuación a los fines legítimos establecidos genéricamente en el Convenio (la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden, y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos de los demás), el carácter necesario en una sociedad democrática (necesidad social imperiosa).

⁷⁵⁴ Caso *Niemietz c. Alemania*, de 16 de diciembre de 1992 (STEDH 13710/88, ap. 29). Más reciente, en el caso *Biržietis c. Lituania*, de 14 de junio de 2016 (STEDH 49304/09, ap. 32) o *Bărbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre de 2017 (STEDH Gran Sala 61496/08, ap. 70).

⁷⁵⁵ En el caso *Bărbulescu c. Rumanía* la Gran Sala resume que toda persona tiene derecho a una vida privada, lejos de la injerencia no deseada de otros (Caso *Smirnova c. Rusia*, de 24 de julio de 2003 (STEDH 46133/99 y 48183/99, ap. 95) y a una «vida privada social», es decir, la posibilidad de que el individuo desarrolle su identidad social. A este respecto, el mencionado derecho consagra la posibilidad de comunicarse con otros para establecer y desarrollar relaciones con sus semejantes (Caso *Bigaeva contra Grecia*, de 28 de mayo de 2009 (STEDH 26713/05, ap. 22); y *Özpinar c. Turquía*, de 19 de octubre de 2010 (STEDH 20999/04, ap. 45).

⁷⁵⁶ El TEDH considera en este sentido a las conversaciones telefónicas [Caso *Malone c. Reino Unido*, de 2 de agosto de 1984 (STEDH 8691/79, ap. 64), *Roman Zakharov c. Rusia*, de 4 de diciembre de 2015 (STEDH 47143/06, ap. 173)]. En principio, también cuando las llamadas telefónicas se realizan desde o se reciben en locales comerciales [*Halford c. Reino Unido*, de 25 de junio de 1997 (STEDH 20605/92, ap. 44), *Cacuci and S. C. Virra & Cont Pad S.R.L. c. Rumanía*, de 17 de enero de 2017 (STEDH 27153/07, ap. 65)]. De igual forma para la correspondencia de carácter profesional [Caso *Niemietz c. Alemania*, de 16 de diciembre de 1992 (STEDH 13710/88, ap. 32) o en el caso *Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia*, de 25 de julio de 2013 (STEDH 11082/06 y 13772/05, ap. 638)].

Una protección que, por lo visto, opera frente a terceros, pero que en algún caso puede hacerlo frente a los propios interlocutores [Caso *M. M. c. Holanda*, de 8 de abril de 2003 (STEDH 39339/98, ap. 36-40) sobre la ayuda de la policía para grabaciones —sin permiso del Juez— de la víctima de acoso sexual al agresor]. Y no solo en lo que respecta al mensaje comunicado, sino al respeto de las circunstancias que identifican el proceso comunicativo [tales como la identidad de los interlocutores o el tiempo y lugar en que se produce la comunicación. Véase el caso *Malone c. Reino Unido*]. Con una garantía adicional frente al almacenamiento, registro y divulgación de los datos personales que se encuentren involucrados en el proceso de interacción [como protección frente a las amenazas para la libertad de la persona derivadas del conocimiento, sin su consentimiento, de informaciones relativas al individuo. Véase el caso *Rotaru c. Rumanía*, de 4 de mayo de 2000 (STEDH 28341/95, ap. 43), o el caso *Zaichenko c. Ucrania (No. 2)*, de 26 de febrero de 2015 (STEDH 45797/09, ap. 117)].

podiera vulnerar este derecho. De acuerdo a las circunstancias, el TEDH ha precisado que la vulneración podría producirse por el incumplimiento de obligaciones positivas de los Estados destinadas a alcanzar un respeto efectivo del derecho, es decir, no haber adoptado medidas razonables y adecuadas⁷⁵⁷. Además, añade que, tanto si se aborda la cuestión desde el punto de vista de una obligación positiva del Estado como si se hace desde el punto de vista negativo, será necesario prestar atención al «justo equilibrio» que debe establecerse entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto⁷⁵⁸.

Asimismo, igual de importante es la aclaración del TEDH respecto de la eficacia de este derecho frente a particulares, dirigida a explicar que este artículo, no solo ha de proteger a los individuos frente a las injerencias de las autoridades públicas, sino contra aquellas injerencias de personas o instituciones privadas⁷⁵⁹. Desde luego, lo más interesante para nuestro trabajo es el reconocimiento de la protección jurídica que ofrece el artículo 8 a la esfera de las actividades profesionales, puesto que esta es una zona perfectamente identificable de interacción del individuo con otros individuos, donde se desarrollan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada⁷⁶⁰. En esa línea, es en el ámbito de las relaciones laborales donde la mayoría de los individuos tiene muchas ocasiones de desarrollar vínculos con el mundo exterior⁷⁶¹. De hecho, no podemos obviar que la vida laboral posee estrecha relación con la vida privada, en especial si tenemos en cuenta que factores que forman parte de la esfera privada de los individuos se consideran como criterios de calificación para el acceso y desempeño del trabajo⁷⁶².

⁷⁵⁷ CABEZA PEREIRO, J., «La protección jurisdiccional de los derechos humanos y libertades fundamentales de los trabajadores ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de derecho social*, nº 69, 2015, p. 101. Reiterada jurisprudencia, dentro de las que podemos mencionar el caso *Söderman c. Suecia*, de 12 de noviembre de 2013 (STEDH 5786/08, ap. 79) o la recaída en el caso *M. R. y D. R. c. Ucrania*, de 22 de mayo de 2018 (STEDH 63551/13, ap. 53).

⁷⁵⁸ Disfrutando el Estado en todo caso de un cierto margen de apreciación. *Vid.* El caso *López Ostra c. España*, de 9 de diciembre 1994 (STEDH 16798/90, ap. 51) o en el caso *Lazoriva c. Ucrania*, de 17 de abril de 2018 (STEDH 6878/14, ap. 62).

⁷⁵⁹ Caso *X. e Y. c. Holanda*, de 26 de marzo de 1985 (STEDH 8978/80, ap. 23). Dice además RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional...*, *cit.*, 1995, p. 81, que la primera sentencia en la que se plantea el tema de la *Drittwirkung* es en el caso *Young, James y Wester c. Reino Unido*, de 13 de agosto de 1981 (STEDH 7601/76, ap. 49).

En el mismo sentido se expresa la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Resolución 1165 (1998), en el punto 12.

⁷⁶⁰ El TEDH ha recalcado que aquellas «restricciones establecidas en la vida laboral pueden incluirse en el artículo 8 cuando repercuten en la forma en que el individuo forja su identidad social a través del desarrollo de relaciones con otros. *Bărbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre de 2017 (STEDH Gran Sala 61496/08, ap. 71).

⁷⁶¹ Caso *Fernández Martínez c. España*, de 12 de junio de 2014 (STEDH 56030/07, ap. 110), *Oleksandr Volkov c. Ucrania*, de 9 de enero de 2013 (STEDH 21722/11, ap. 165-166). O respecto de actividades que tengan lugar en un contexto público [*Von Hannover c. Alemania*, de 7 de febrero de 2012 (STEDH Gran Sala 40660/08 y 60641/08, ap. 95), *Ivashchenko c. Rusia*, de 13 de febrero de 2018 (STEDH 61064/10, ap. 63), *Gillberg c. Suecia*, de 3 de abril de 2012 (STEDH 41723/06), *Vukota-Bojić c. Suiza*, de 18 de octubre de 2016 (STEDH 61838/10, ap. 53), *Antović y Mirković c. Montenegro*, 28 de noviembre de 2017 (STEDH 70838/13, ap. 42), *Bărbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre de 2017 (STEDH Gran Sala 61496/08, ap. 71).

⁷⁶² ARZOS SANTISTEBAN, X., «Artículo 8...», *cit.*, 2015, p. 347, en referencia al ap. 110 del caso *Fernández Martínez c. España*.

Junto con ello, el TEDH ha recordado que el CEDH «es un instrumento vivo para ser interpretado a la luz de las condiciones actuales»⁷⁶³. De ese modo, «permite que nuevas facultades derivadas de la noción de “vida privada” sean reconocidas siempre que las condiciones de la vida social lo hagan necesario»⁷⁶⁴, de acuerdo a la existencia de una legítima expectativa razonable de protección y respeto a la vida privada de la propia persona⁷⁶⁵. Desde luego, un reconocimiento y defensa de una legítima expectativa de privacidad que también se les reconoce a las personas trabajadoras en el desarrollo de sus relaciones de carácter laboral⁷⁶⁶. El trabajo jurisprudencial de los últimos años ha permitido avanzar sobre posiciones más o menos claras en relación a la actuación de los empleadores que garanticen la vida privada de sus trabajadores y, en este caso, se tenga claro que «las instrucciones de un empleador no pueden reducir a la nada el ejercicio de la vida privada social en el lugar de trabajo. El respeto de la vida privada y de la confidencialidad de las comunicaciones continúa exigiéndose, incluso si estas últimas pueden limitarse en la medida que sea necesario»⁷⁶⁷.

En cualquier caso, nos encontramos ante una interrelación de los bienes jurídicos que se protegen. Todo ello revela la capital importancia de proteger aquellos aspectos de la vida privada del individuo desde el punto de vista central del desarrollo de la personalidad de cada uno⁷⁶⁸. A partir de esta idea motriz⁷⁶⁹, el artículo 8 viene a proteger el enriquecimiento personal⁷⁷⁰ en forma de identidad y desarrollo personal⁷⁷¹, o de autonomía y autodeterminación personal⁷⁷², desde luego, también vinculados a la salvaguarda de la integridad física y psicológica de la persona⁷⁷³. Esto evidencia, a su vez, la protección de un bien jurídico más amplio: la libertad para tomar decisiones concernientes a la propia vida privada del individuo también en su interacción con otras personas, aun cuando se encuentren sometidas a legítima

⁷⁶³ Traducción libre del pronunciamiento reciente en el caso *Babiarz c. Polonia*, del 10 de abril de 2017 (STEDH 1955/10, ap. 49).

⁷⁶⁴ ARZOZ SANTISTEBAN, X., «Artículo 8...», *cit.*, 2015, p. 344.

⁷⁶⁵ Caso *P. G. y J. H. c. Reino Unido*, de 25 de septiembre de 2001 (STEDH, ap. 57) y en el Caso *Peck c. Reino Unido*, de 28 de enero de 2003 (STEDH, ap. 58).

⁷⁶⁶ En el caso *Halford c. Reino Unido*, de 25 de junio de 1997 (STEDH 20605/92, ap. 45) se establecía que la protección se extiende a los supuestos en los que la comunicación se realiza en el ámbito laboral y la red de comunicación es privada, al tener el individuo expectativa razonable de privacidad. También, véase el caso *Von Hannover c. Alemania*, de 24 de junio de 2004 (STEDH 59320/00, ap. 69). Por otro lado, en el caso *Copland c. Reino Unido*, de 3 de abril del 2007 (STEDH 62617/00, ap. 41) se hace referencia a la aplicación del artículo a la utilización de los correos electrónicos enviados desde el lugar de trabajo, al igual que la información derivada del monitoreo del uso de Internet de una persona.

⁷⁶⁷ *Bărbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre de 2017 (STEDH Gran Sala 61496/08, ap. 80).

⁷⁶⁸ Véase el caso *Von Hannover c. Alemania*, de 24 de junio de 2004 (STEDH 59320/00, ap. 69), *Vukota-Bojić c. Suiza*, de 18 de octubre de 2016 (STEDH 61838/10, ap. 53), *Botta c. Italia*, de 24 de febrero de 1998 (STEDH 21439/93, ap. 32).

⁷⁶⁹ ARZOZ SANTISTEBAN, X., «Artículo 8...», *cit.*, 2015, p. 348.

⁷⁷⁰ Caso *K. A y A. D c. Bélgica*, de 17 de febrero de 2005 (STEDH 42758/98 y 45558/99, ap. 83).

⁷⁷¹ Caso *Christine Goodwin c. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002 (STEDH 28957/95, ap. 90), *Ivashchenko c. Rusia*, de 13 de febrero de 2018 (STEDH 61064/10, ap. 63), *Vukota-Bojić c. Suiza*, de 18 de octubre de 2016 (STEDH 61838/10, ap. 52).

⁷⁷² *Pretty c. Reino Unido*, de 29 de abril de 2002 (STEDH 2346/02, ap. 61).

⁷⁷³ *Ivashchenko c. Rusia*, de 13 de febrero de 2018 (STEDH 61064/10, ap. 63), *Botta c. Italia*, de 24 de febrero de 1998 (STEDH 21439/93, ap. 32), *Hadzhieva c. Bulgaria*, de 1 de febrero de 2018 (STEDH. 45285/12).

subordinación⁷⁷⁴. En esencia, la jurisprudencia del TEDH adopta estas nociones ligadas a la dignidad, es decir, en respuesta a su condición de derecho humano, un derecho de primer orden que «plantea la creación y el mantenimiento de una identidad personal, una intimidad, y de una comunidad»⁷⁷⁵.

I.2.B.b. La protección desde la UE y la CDFUE

En lo que respecta al derecho de la UE, el artículo 7 de la CDFUE reconoce el derecho de toda persona «al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones», sin incluir de manera taxativa excepción o limitación alguna dentro del mismo precepto⁷⁷⁶. Aun así, de una lectura global del texto se acepta cualquier limitación al ejercicio de este derecho, siempre que deba ser establecida por la ley y respete su contenido esencial, «cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás»⁷⁷⁷.

Del mismo modo, tratándose de un derecho garantizado también en el CEDH, su sentido y alcance debe entenderse como igual a los conferidos por este último documento, sin perjuicio de que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa⁷⁷⁸. Ahora bien, el acomodo específico que tiene el reconocimiento del derecho a la vida privada hecho en la CDFUE no puede ocultar una particularidad en su esencia. Ciertamente, la protección de la vida privada no se encuentra como objeto de las competencias del Derecho de la Unión y su reconocimiento en la CDFUE tampoco supone la ampliación de dicho ámbito⁷⁷⁹. Más bien, se inserta «como parte del contenido propio de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros»⁷⁸⁰. Por las propias características de la UE y de su Derecho, su inclusión responde a su consideración de derecho fundamental clásico ligado a la dignidad reconocida en la CDFUE,

⁷⁷⁴ ARZOZ SANTISTEBAN, X., «Artículo 8...», *cit.*, 2015, p. 339.

⁷⁷⁵ ABRIL, P. S. y PIZARRO MORENO, E., «La intimidad europea frente a la privacidad americana: una visión comparativa del derecho al olvido», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2014, p. 9.

⁷⁷⁶ Puede observarse que la palabra «correspondencia» del artículo 8 del CEDH ha sido reemplazada por la de «comunicaciones», como muestra de la evolución tecnológica. Asunto sobre el que ha habido pronunciamiento de los Tribunales. Puede verse el caso *J. McB.*, de 5 de octubre de 2010 (STJUE, Asunto C-400/10 PPU, ap. 53).

⁷⁷⁷ Artículo 52.1 de la CDFUE.

⁷⁷⁸ Artículo 52.3 de la CDFUE.

Asimismo, esto implica que las limitaciones que pueden imponerse legítimamente sobre el derecho al respeto a la vida privada conferido por el CEDH pueden ser también las impuestas para el derecho conferido por la CDFUE. Explicaciones sobre la CDFUE en el DOUE C 303/17, de 14 de diciembre de 2007, las que, «si bien no tienen por sí mismas valor jurídico, constituyen un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta».

⁷⁷⁹ Artículo 51.2 de la CDFUE y artículo 6.1 del TFUE.

⁷⁸⁰ RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., «El Tribunal de Justicia y los derechos en la sociedad de la información: privacidad y protección de datos frente a libertades informativas», *Revista de Derecho Constitucional europeo*, nº 24, 2015.

como elemento inviolable y eje principal de todo el sistema de derechos, que se filtra y se proyecta en las normas de la Unión como límite⁷⁸¹.

Pues bien, a partir de ahí, veamos que la jurisprudencia del TJUE no ha sido, hasta ahora, particularmente significativa en relación al derecho a la vida privada de los individuos en el desempeño concreto de sus labores. La jurisprudencia respecto de este derecho en las relaciones laborales se ha venido refiriendo, principalmente, a cuestiones vinculadas con los derechos de libre circulación de trabajadores en el territorio de la Unión y el mantenimiento de las unidades familiares⁷⁸², así como sobre cuestiones familiares vinculadas a la vida privada familiar, con aclaraciones sobre vínculos dentro de tales unidades familiares⁷⁸³ o el interés superior de los niños dependientes de los trabajadores⁷⁸⁴.

I.2.C. La protección de los datos personales de trabajadores en el ámbito europeo

I.2.C.a. La ausencia de protección específica en el CEDH

Por su parte, la protección de los datos personales no se encuentra reconocida como derecho autónomo incorporado al CEDH. No obstante, si queremos hacer alusión a su protección como un derecho independiente dentro de la esfera del CdE, debemos hacer mención al Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (en adelante, Convenio 108). Este instrumento internacional —jurídicamente vinculante para los Estados que lo han ratificado, y abierto a la firma y ratificación de cualquier país⁷⁸⁵— fue suscrito con el objeto y fin de garantizar, concretamente, el respeto del derecho a la vida privada de cada uno «con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondiente a esa persona», ante la intensificación de la circulación a través de las fronteras de los datos de carácter personal que son objeto de tratamientos automatizados⁷⁸⁶.

⁷⁸¹ Son normas positivas de Derecho de la Unión que, eso sí, van a ser interpretadas y aplicadas según la estructura constitucional propia de la Unión y los objetivos de integración trazados para ella. En su calidad de Derecho técnico, el Derecho de la Unión deja fuera de su ámbito los elementos básicos de los derechos de la personalidad. Dice RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., «El Tribunal de Justicia...», *cit.*, 2015.

⁷⁸² Entre muchos, los casos *Mary Carpenter*, de 11 de julio de 2002 (STJUE, Asunto C-60/00, ap. 38); *MRAX*, de 25 de julio de 2002 (STJUE Asunto C-459/99); *Hacene Akrich*, de 23 de septiembre de 2003 (STJUE, Asunto C-109/01); *Ruiz Zambrano*, de 8 de marzo del 2011 (STJUE, Asunto C-34/09); *Mimoun Khachab*, de 21 de abril de 2016 (STJUE, Asunto C-558/14).

⁷⁸³ El caso *Relu Adrian Coman y otros*, de 5 de junio de 2018 (STJUE, Asunto C-673/16), sobre el concepto de «cónyuge» y el reconocimiento entre personas del mismo sexo.

⁷⁸⁴ El caso *CS*, de 13 de septiembre de 2016 (STJUE, Asunto C-304/14) o el caso *Alfredo Rendón Marín*, de 13 de septiembre de 2016 (STJUE, Asunto C-165/14).

⁷⁸⁵ Firmado el 28 de enero de 1981 y ratificado por España el 27 de enero de 1984.

⁷⁸⁶ Véase el Preámbulo y el artículo 1 del Convenio 108.

El potencial de la Convención como estándar universal, junto con su carácter abierto, lo hacen capaz de servir como base para promover la protección de datos a nivel mundial. En la actualidad, 51 países son partes en el Convenio 108, de los cuales 47 son Estados miembros del Consejo de Europa (47 países). Uruguay, se encuentra

Aborda de manera explícita la protección de datos personales de las personas físicas en cada territorio de los Estados parte, tanto en el sector privado como en el público, abarcando a aquellos abusos que pudieran cometerse por cualquier otra persona en la recogida y el tratamiento de datos personales⁷⁸⁷. Además, este documento introduce una serie de principios básicos que deben cumplirse para proteger aquellos datos que vayan a ser tratados⁷⁸⁸. Asimismo, dispone unos criterios básicos para regular el flujo transfronterizo de datos, estipulando como generalidad la libre circulación de datos personales y remarcando algunas restricciones al respecto⁷⁸⁹.

Con estas principales cuestiones, el texto del Convenio 108 ha supuesto desde 1981 la existencia de un marco genérico para un adecuado tratamiento de datos personales en aras de garantizar, principalmente, el derecho a la vida privada de las personas titulares de esos datos frente a posibles intromisiones en ese ámbito privado. Del mismo modo, ha servido como principal fuente de inspiración para la elaboración del acervo de la UE en materia de protección de datos.

Ahora bien, el Convenio 108 se abrió a la firma mucho antes de la era de Internet, las comunicaciones electrónicas y de la actual era de la información y comunicación. El desarrollo tecnológico y la mundialización de la información han venido planteando nuevos retos en el ámbito de la protección de los datos personales y el CdE ha iniciado un proceso de modernización con dos objetivos principales: el primero, abordar los problemas derivados del uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación a fin de reforzar la protección de la vida privada en el ámbito digital; y, segundo, fortalecer la aplicación efectiva del propio Convenio. En ese sentido, el gran objetivo de la modernización ha sido el de ofrecer una efectiva protección en materia de protección de datos personales frente a la diversificación, el incremento y globalización de las actividades de procesamiento de datos y circulación de la información a gran escala.

como el primer país no europeo en acceder en agosto de 2013, mientras que Mauricio, Senegal y Túnez, se adhirieron en 2016 y 2017.

Ciertamente, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ya había adoptado, a mediados de los años 70, una serie de resoluciones sobre la materia de protección de datos personales en referencia al artículo 8 del CEDH. Por ejemplo, desde el Comité de Ministros, mediante Resolución (73) 22 relativa a la protección de la vida privada de las personas físicas en relación con los bancos de datos electrónicos en el sector privado, de 26 de septiembre de 1973; o la Resolución (74) 29 relativa a la protección de la vida privada de las personas físicas respecto de los bancos de datos electrónicos en el sector público, de 20 de septiembre de 1974.

⁷⁸⁷ Además de proporcionar garantías relacionadas con la recopilación y el tratamiento de datos personales, prohíbe, si no se dan garantías jurídicas adecuadas, el tratamiento de los datos «sensibles», tales como la raza, las opiniones políticas, la salud, la religión, la vida sexual o los antecedentes penales.

⁷⁸⁸ Ver artículo 5 del Convenio 108. Los principios y normas generales recogidos en el Convenio fueron desarrollados mediante varias Recomendaciones no vinculadas por parte del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Aun así, estas recomendaciones han influido en el desarrollo de la normativa de protección de datos en Europa. Por ejemplo, durante años, el único instrumento en Europa que proporcionó orientación sobre el uso de datos personales en el sector policial fue la Recomendación (87) 15 del Comité de Ministros (1987), a los Estados miembros que regulan el uso de datos personales en el sector policial, de 17 de septiembre.

⁷⁸⁹ Artículo 12 del Convenio 108.

Este proceso ha desembocado en la adopción de un Protocolo Adicional que modifica el Convenio de 1981 (en adelante, Convenio 108+)⁷⁹⁰. Un trabajo realizado con la participación de la UE y llevado a cabo paralelamente a otras reformas de los instrumentos internacionales de protección de datos de esta última, lanzada en 2012⁷⁹¹.

El Convenio 108+ tiene como propósito proteger a todos los individuos con respecto al tratamiento de sus datos personales en el contexto actual y, de ese modo, contribuir al respeto de sus derechos y libertades fundamentales, en particular a su derecho a la vida privada⁷⁹². En ese sentido, se han detallado y ampliado las nociones referidas a lo que debe considerarse como tratamiento de datos, incluyendo tanto al tratamiento automatizado como al no automatizado⁷⁹³. Si bien se ha establecido la preservación del carácter general y flexible del Convenio 108 a partir de la conservación de sus principios importantes⁷⁹⁴, se realiza una serie de aclaraciones respecto de la legitimidad del tratamiento y se introduce una serie de cuestiones jurídicas como la base legal del tratamiento basado en el consentimiento o sobre alguna otra base legítima señalada. Asimismo, se extiende la consideración de datos sensibles, se incluyen el principio de transparencia o el de responsabilidad proactiva, y se aumentan los derechos de acceso y supresión de los titulares de los datos de acuerdo a los cambios en la era digital⁷⁹⁵. En todo caso, ha sido modernizado con el objetivo de ampliar el ámbito de aplicación⁷⁹⁶, aumentar el nivel de protección⁷⁹⁷ y mejorar su eficacia garantizada⁷⁹⁸. En esa línea, viene a aportar una

⁷⁹⁰ Adoptado en el 128.º período de sesiones del Comité de Ministros, el 18 de mayo de 2018. Puede consultarse el Informe explicativo del Convenio CETS 223, que forma parte del contexto en el que debe determinarse el significado de ciertos términos utilizados en el Convenio 108+. El apéndice del Protocolo forma parte integrante del Protocolo y tiene el mismo valor jurídico que las demás disposiciones del Protocolo. Este Protocolo se encuentra abierto a la firma desde el 10 de octubre de 2018.

⁷⁹¹ Los esfuerzos a nivel del CdE parecen haber tomado la máxima precaución para garantizar la coherencia y compatibilidad su marco legal y el de la UE, el que vamos a comentar a continuación. Además, téngase en cuenta que todos los Estados miembros de la UE han ratificado el Convenio 108. El 15 de junio de 1999, el Comité de Ministros del Consejo de Europa modificó el Convenio para permitir que la UE fuera Parte del mismo. Asimismo, en 2001, se adoptó un Protocolo Adicional al Convenio, que introdujo disposiciones sobre los flujos transfronterizos de datos a los Estados no parte (terceros países), y sobre el establecimiento obligatorio de autoridades nacionales de supervisión de la protección de los datos, el CETS 181.

⁷⁹² Artículo 1 del Convenio 108+.

⁷⁹³ Pueden consultarse en <https://rm.coe.int/cahdata-convention-108-table-e-april2018/16808ac958>.

⁷⁹⁴ Que han resistido la prueba del tiempo y vienen a reforzar su potencial instrumental de carácter universal, aunque ahora se obliga a los Estados a adoptar las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones del Convenio 108+, a diferencia de la referencia —concreta y reducida— de hacer efectivos los principios generales del Convenio 108 (artículo 4).

⁷⁹⁵ Véase los artículos 5, 6, 7, 8, 9 del Convenio 108+.

⁷⁹⁶ Las disposiciones del Convenio 108+ regulan tanto actividades que entran en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión como actividades fuera de él, como la seguridad nacional y la defensa.

⁷⁹⁷ Por ejemplo, señala de forma más detallada el principio de tratamiento lícito (especialmente, en lo referido a los requisitos de aprobación), así como refuerza la protección de categorías especiales de datos y amplía las categorías a las reconocidas como categorías especiales de datos personales en el Derecho de la Unión.

⁷⁹⁸ Se proporcionan salvaguardias adicionales para las personas cuyos datos personales sean objeto de tratamiento como, por ejemplo, obligaciones de examinar el efecto probable de una operación de tratamiento de datos y de aplicar las medidas técnicas y organizativas pertinentes, o la obligación de notificar las violaciones graves de datos. Asimismo, refuerza los derechos de los titulares, en particular, en lo referido a la transparencia y acceso a los datos. También se incluyen nuevos derechos, como el derecho a no ser objeto de una decisión que le afecte de forma significativa basada únicamente en el tratamiento automatizado, el derecho a oponerse al tratamiento y el derecho a obtener una reparación en caso de vulneración de los derechos de la persona.

supervisión efectiva⁷⁹⁹ y procurar el aumento de responsabilidades a las entidades que procesan los datos personales⁸⁰⁰.

De hecho, dado que se trata del único tratado internacional que aborda el derecho de las personas a la protección de sus datos personales, su adopción supone una enorme contribución a la promoción, a escala mundial, de un marco jurídico de garantía y respeto de la vida privada a partir de la protección de los datos personales de los individuos. Esto es, aunque está relacionado con la vida privada y su protección se deriva desde el artículo 8 del CEDH, cuenta con elementos específicos que configuran su contenido propio.

Más aún, dado que el texto del Convenio 108+ sigue un planteamiento y recoge principios en armonía al nuevo marco de la UE —que a continuación comentaremos—, reviste para esta última una especial importancia para su estrategia internacional en el ámbito de la protección de datos⁸⁰¹. En ese sentido, la UE ha expresado el compromiso de promover la rápida aprobación del Convenio 108+ y, para ello, ha autorizado su firma a los Estados miembros (que lo son del CdE), «actuando conjuntamente en interés de la Unión, en la medida en que sus disposiciones entran en el ámbito de la competencia exclusiva de la Unión»⁸⁰².

Hay que insistir en que la protección de los datos personales de las personas trabajadoras a manos de sus empleadores se encuentra cubierta por estos documentos internacionales. Sin embargo, no podemos acabar este apartado sin comentar la Recomendación CM/Rec(2015)5 que recoge cuestiones sobre el tratamiento de datos personales en el entorno laboral⁸⁰³. Claramente vinculada al uso de las nuevas tecnologías y la globalización, la Recomendación ratifica la necesidad de garantizar los principios generales sobre el tratamiento de los datos en este sector, público o privado, tanto en los momentos previos a la contratación como durante la

Del mismo modo, el Convenio 108+ conviene en reforzar la eficacia a través de la facultad del Comité para evaluar la eficacia de las disposiciones adoptadas en la legislación nacional que estén enfocadas para dar efecto a las disposiciones del Convenio.

⁷⁹⁹ Se ha visto la necesidad de establecer autoridades supervisoras que tengan facultades y funciones efectivas y disfruten de una independencia genuina en el cumplimiento de su misión. Que sean capaces de emitir decisiones sobre vulneraciones del Convenio y aplicar sanciones administrativas.

⁸⁰⁰ Por ejemplo, la obligación de informar a las personas cuyos datos personales están siendo procesados, sobre la razón de dicho procesamiento de datos; y, asimismo, proporciona nuevos derechos a las personas, como el derecho para oponerse a tal procesamiento.

⁸⁰¹ En su Comunicación COM/2017/07 final, de enero de 2017, titulada «Intercambio y protección de los datos personales en un mundo globalizado», la Comisión hizo referencia al Convenio 108, reconociendo que el Convenio modernizado se basa en los mismos principios que la legislación de protección de datos de la UE, por lo que se trata de una «convergencia al alza hacia importantes principios de protección de datos» en todo en el mundo.

⁸⁰² Decisión (UE) 2019/682 del Consejo, de 9 de abril de 2019 (DOUE L 115/7, de 2 de mayo de 2019).

⁸⁰³ Recomendación del Comité de Ministros del CdE, *sobre el tratamiento de datos personales en el marco del empleo*, adoptada el 1 de abril. La anterior recomendación del Consejo sobre la protección de los datos de carácter personal utilizados con fines de empleo fue dictada el 18 de enero de 1989.

Por otro lado, un guiño de contenido político ha sido la creación de un Comisionado de Protección de Datos del Consejo de Europa que se encarga de supervisar que se respeten las normas de protección de datos para todos los datos personales recopilados y procesados por el Consejo de Europa.

[Reglamento del Secretario General, de 17 de abril de 1989, por el que se establece un sistema de protección de datos para los archivos de datos personales en el Consejo de Europa].

misma. Con una especial referencia a que la recopilación de datos sea pertinente, adecuada, no excesiva y obtenida directamente del trabajador individual o candidato, a fin de garantizar el derecho a la vida privada de los trabajadores o candidatos al empleo⁸⁰⁴.

La Recomendación, con todo, busca poner énfasis en una serie de salvaguardas que pueden agruparse en dos grupos. Por un lado, la comunicación previa al trabajador y el acuerdo con los representantes de los trabajadores antes de la introducción o adaptación de las herramientas tecnológicas. Por otro, la información clara y completa de las categorías de datos personales, así como el propósito por el que serán recopilados por medio de esas herramientas, para evitar riesgos de interferencia con los derechos de los titulares y sus libertades fundamentales en el desarrollo de las relaciones laborales, ya sean de carácter individual o colectivo⁸⁰⁵. Entre tanto, señala la posibilidad de ser incorporados a los ámbitos jurídicos nacionales, dejando la puerta abierta a otros medios que no sean solo la vía legislativa, como podría ser el caso de convenios o pactos colectivos de obligado cumplimiento, así como Códigos de conducta.

I.2.C.b. El derecho autónomo a la protección de datos personales desde la UE

El derecho a la protección de datos personales se configura como un derecho relativamente moderno y activo⁸⁰⁶, reconocido incluso como objetivo específico del Derecho de la Unión⁸⁰⁷. La CDFUE ha incluido en su artículo 8, el derecho fundamental autónomo de

⁸⁰⁴ Se hace referencia al registro de datos de evaluación relativos a la productividad o capacidad de un trabajador, cuando sirvan para evaluar las competencias profesionales.

Se destaca la necesaria abstención de la que debería hacer uso el empleador para no tener acceso a informaciones que el trabajador comparta con otros en línea, en especial en las redes sociales.

De manera específica, la Recomendación señala varias pautas que debería seguir el empleador para garantizar el derecho a la vida privada del trabajador frente al uso de las nuevas tecnologías de la información como, por ejemplo, frente al uso del Internet y comunicación electrónicas, sistemas de información y tecnologías para el control de los empleados, incluida la videovigilancia, sobre equipos para la determinación de la ubicación de los empleados, sobre sistemas internos de denuncia o *whistleblowing*, sobre datos biométricos, o sobre pruebas psicológicas o análisis similares, u otros.

⁸⁰⁵ La Recomendación permite el acceso a aquellos datos necesarios justamente para que los representantes de los trabajadores puedan ejercer su tarea de defensa de los intereses colectivos y también para «garantizar la ejecución y supervisión de las obligaciones previstas por los convenios colectivos».

Asimismo, el tratamiento de los datos sensibles merecerá especial atención por parte de los empresarios, quienes para utilizarlos deberán actuar con múltiples cautelas, y su tratamiento sólo deberá estar permitido cuando sea indispensable por razón de las características del reclutamiento o para la ejecución de obligaciones legales que deriven del contrato de trabajo. También hace mención a la protección reforzada de acceso de datos sobre la salud del candidato o de un trabajador, y sobre el tratamiento de datos genéticos, con excepcionalidad de atentados graves a la salud de la persona afectada o de terceros, y solo «cuando ello esté previsto por el derecho interno y mediante garantías apropiadas» (debiendo ambos tipos de datos tener tratamiento informático separado de los otros datos disponibles de los trabajadores, y en cualquier caso deberán adoptarse las medidas adecuadas, de seguridad técnica y organizativa para evitar el acceso de terceros).

⁸⁰⁶ Puede encontrarse un comentario al respecto en las Conclusiones del Abogado General Sharpston en el caso *Volker y Markus Schecke GbR, y Hartmut Eifert*, de 9 de noviembre de 2010 (STJUE, Asuntos acumulados C-92/09 y C-93/02, ap. 71). Señaló que el caso involucraba dos derechos separados: el derecho «clásico» a la protección de la privacidad y un derecho más «moderno», el derecho a la protección de datos.

⁸⁰⁷ Según las Explicaciones a la CDFUE, publicadas en el DOUE, el 14 de diciembre de 2007, «[e]ste artículo se ha basado en el artículo 286 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento

toda persona a «la protección de los datos de carácter personal que le conciernan». El precepto incluye una referencia explícita a los principios clave que deben regir el tratamiento de dichos datos, señalando que deberán tratarse de «modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley»; y añadiendo que «[t]oda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación»⁸⁰⁸.

Mientras el derecho al respeto de la vida privada consistiría en una prohibición general de la interferencia, con algunas justificaciones; la protección de los datos personales establece un sistema de controles y equilibrios para proteger a las personas cuando se procesen sus datos personales, sean de carácter privado o no, conteniendo ámbitos de protección que traspasan las fronteras de los clásicos derechos de la personalidad⁸⁰⁹. Se trata de un reconocimiento en precepto independiente que implica una protección general de datos personales a partir del diseño y la tutela de una serie de derechos para la protección efectiva de los datos personales. Una protección que no se vincula a una directa vulneración del ámbito privado de la persona⁸¹⁰, que sí es necesaria para el despliegue de la protección que otorga el artículo 8 de la CEDH⁸¹¹.

No obstante, la protección de los datos personales en artículo aparte, en nada implica la eliminación de la vinculación estrecha entre ambos artículos, que no dejan de coincidir principalmente en el bien jurídico protegido más amplio de la dignidad del individuo. Asimismo, su existencia autónoma y su operatividad independiente respecto del derecho a la vida privada, no impide que este último actúe como garantía del primero cuando las cualidades de los datos así lo requieren.

El grueso de la producción normativa de la UE se ha venido desarrollando bajo la evidente e irreversible europeización de una estrategia pública de respeto a la vida privada y a

de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DO L 281 de 23.11.1995, p. 31), así como en el artículo 8 del CEDH y en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981, ratificado por todos los Estados miembros. El artículo 286 del Tratado CE ha sido sustituido por el artículo 16 del TFUE y el artículo 39 del TUE. Conviene señalar asimismo el Reglamento (CE) n° 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos (DOUE L 8 de 12.1.2001, p. 1). La Directiva y el Reglamento mencionados establecen condiciones y límites para el ejercicio del derecho a la protección de los datos de carácter personal».

⁸⁰⁸ Artículo 8.2 de la CDFUE.

⁸⁰⁹ El procesamiento debe cumplir con los componentes esenciales de la protección de datos personales, a saber, la supervisión independiente y el respeto de los derechos del interesado. Ideas sacadas del nuevo Reglamento y del Manual sobre el Derecho de protección de datos personales, edición 2018, de la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE (FRA, siglas en inglés).

⁸¹⁰ Esto viene a significar que cualquier operación que implique el procesamiento de datos personales podría caer dentro del alcance de las normas de protección de datos y activar el derecho a su protección.

⁸¹¹ Por ejemplo, el mero registro que hace un empleador sobre los nombres y remuneraciones de sus empleados no puede considerarse como una interferencia con la vida privada de aquellos, sin embargo, ya se encuentra protegida por la normativa al tratarse de un procesamiento de datos. Ahora bien, si, por ejemplo, el empleador transfiere dicha información personal a terceras personas, podríamos estar frente a una intromisión en la vida privada de los trabajadores.

la protección de datos personales, incluso anterior a la puesta en vigor de la CDFUE y de los documentos que rigen actualmente la UE⁸¹². Ahora bien, ante el desafío económico y social del avance tecnológico, ha sido necesario seguir un proceso de actualización y renovación de garantías, teniendo en cuenta los tiempos actuales y el importante impulso que han tenido las nuevas tecnologías y el flujo interfronterizo de datos en las sociedades europeas y en el mundo entero. La estrategia y los avances normativos específicos de la UE relativos a la *privacy* se han centrado intensamente en lo que se refiere a la protección de datos personales y a las comunicaciones electrónicas, puesto que son a través de las herramientas tecnológicas que estos ámbitos del individuo pueden especialmente verse mermados⁸¹³.

Así, se ha alcanzado una nueva legislación en forma de Reglamento General de Protección de Datos 2016/679 (en adelante, RGPD) que ha entrado en vigor en mayo de 2018⁸¹⁴. Este documento reciente deroga la Directiva 95/46/CE⁸¹⁵, por muchos años el principal instrumento jurídico de la UE sobre protección de datos de personas físicas, adoptada en su momento para hacer frente a la necesidad de armonizar las normas nacionales y garantizar un alto nivel de protección y la libre circulación de datos personales entre los diferentes Estados miembros⁸¹⁶.

⁸¹² La reformulación del TUE y TFUE, los que constituyen ahora la base jurídica específica para la adopción de normas sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos de carácter personal. Asimismo, tanto en el Artículo 39 del TUE como en el artículo 16. 1 del TFUE se reconoce el derecho de toda persona a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.

⁸¹³ OROZCO PARDO, G. y MORENO NAVARRETE, M. A., «Comentario al artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el contexto de la sociedad de la información», en BAUZÁ REILLY, M. y BUENO DE MATA, F. (Coord.), *El derecho en la sociedad telemática: estudios en homenaje a Valentín Carrascosa López*, Andavira, Santiago de Compostela, 2012, p. 93.

⁸¹⁴ De 24 de mayo de 2016, aplicable a partir del 25 de mayo de 2018, por una *vacatio legis* de dos años.

También podemos encontrar, remplazando a la Decisión Marco 2008/977/JAI, la Directiva (UE) 2016/680, sobre la Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes a efectos de la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de delitos o la ejecución de sanciones penales, y en el libre movimiento de dichos datos.

⁸¹⁵ Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, sobre la protección de las personas en relación con el tratamiento de datos personales y la libre circulación de tales datos (Directiva de protección de datos, DOUE L 281), vigente hasta el 25 de mayo de 2018.

Por otro lado, podíamos encontrar la Decisión Marco 2008/977/JAI, sobre Protección de datos personales tratados en el contexto de la cooperación policial y judicial en materia penal, vigente hasta mayo de 2018.

⁸¹⁶ La libre circulación de mercancías, capital, servicios y personas dentro del mercado interno requería la libre circulación de datos, que no podría realizarse a menos que los Estados miembros pudieran confiar en un alto nivel uniforme de protección de datos. Consúltese el Manual de protección de datos 2018 de la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE (FRA, en sus siglas en inglés).

Por otro lado, la UE se dotó de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas). Modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009. A fin de garantizar, el respeto de la vida privada, la confidencialidad de las comunicaciones y la protección de los datos personales en el sector específico de las comunicaciones electrónicas, puesto que, con el desarrollo de las tecnologías de comunicación, estos derechos podían verse especialmente vulnerados. La Directiva hace referencia a que la confidencialidad de las comunicaciones requiere, en principio, la prohibición de escuchar, tocar, almacenar o cualquier tipo de vigilancia o interceptación de comunicaciones y metadatos.

Dado que algunas de estas previsiones sobre comunicaciones electrónicas y protección de datos han quedado obsoletas, se ha puesto en marcha un proceso de modernización, el que aún no ha culminado. Por ejemplo, en enero de 2017 se publicó una propuesta de Reglamento destinada a sustituir la Directiva sobre privacidad

Dado el alcance general del RGPD, su directa aplicabilidad en cada Estado miembro (por tratarse de un Reglamento⁸¹⁷), y el obligatorio cumplimiento de su contenido y de todos sus elementos, lo que se pretende es reforzar la seguridad jurídica y la práctica para las personas físicas, las autoridades públicas⁸¹⁸ y operadores económicos —incluidas las microempresas, pequeñas y medianas empresas—, en lo relativo al tratamiento de datos relativos a personas físicas⁸¹⁹.

El texto representa un verdadero esfuerzo colectivo dentro de la UE para garantizar de forma eficaz un nivel uniforme y coherente de protección de datos de las personas físicas de los Estados miembros, también cuando desarrollan un trabajo, en el marco de una sociedad cada vez más globalizada, con especial protección a su derecho a la vida privada⁸²⁰. Vemos que, en

electrónica, cuyos objetivos principales consistirían en alinear las normas que rigen las comunicaciones electrónicas con el actual régimen de protección de datos, aunque se ha hecho hincapié de su no aplicación a aquellos grupos cerrados de usuarios finales, tales como las redes corporativas, cuyo acceso esté reservado a los miembros de las empresas.

Además, interesante mencionar la Directiva 2014/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros sobre la comercialización de equipos radioeléctricos, y por la que se deroga la Directiva 1999/5/CE (DOUE L 153, de 22 de mayo de 2014) y que viene a establecer, en particular, que, antes de ser comercializados, los equipos radioeléctricos han de incorporar salvaguardias para garantizar la protección de la intimidad y los datos personales del usuario.

⁸¹⁷ Véase el artículo 288 del TFUE.

⁸¹⁸ Téngase en cuenta, en primer lugar, que el tratamiento de datos personales protegido no necesariamente debe ser uno automatizado para encontrarse dentro del ámbito de protección del RGPD. Podrá entenderse cualquier operación o conjunto de ellas realizadas sobre datos personales, también manuales, cuando los datos personales figuren en un fichero o estén destinados a ser incluidos en él. Véase el Considerando (15) del RGPD.

Por otro lado, los principios de la protección de datos deben aplicarse a toda la información relativa a una persona física identificada o identificable. Véase el Considerando (7) del RGPD.

En su Considerando (14) señala que la protección otorgada por el presente Reglamento debe aplicarse a las personas físicas, independientemente de su nacionalidad o de su lugar de residencia, en relación con el tratamiento de sus datos personales el Reglamento no regula el tratamiento de datos personales relativos a personas jurídicas y en particular a empresas constituidas como personas jurídicas, incluido el nombre y la forma de la persona jurídica y sus datos de contacto.

Además, en el Considerando (18) explica que «no se aplica al tratamiento de datos de carácter personal por una persona física en el curso de una actividad exclusivamente personal o doméstica y, por tanto, sin conexión alguna con una actividad profesional o comercial. Entre las actividades personales o domésticas cabe incluir la correspondencia y la llevanza de un repertorio de direcciones, o la actividad en las redes sociales y la actividad en línea realizada en el contexto de las citadas actividades. No obstante, el presente Reglamento se aplica a los responsables o encargados del tratamiento que proporcionen los medios para tratar datos personales relacionados con tales actividades personales o domésticas».

Puede consultarse sobre el Reglamento a LÓPEZ CALVO, J., *Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos*, Sepín, Madrid, 2017, o LÓPEZ CALVO, J. (Coord.), *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos. Adaptado al Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de 10 de noviembre de 2017*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018. También, a RALLO LOMBARTE, A., «De la “libertad informática” a la constitucionalización de nuevos derechos digitales (1978-2018)», *Revista de Derecho Político*, nº 100, 2017, p. 660 y ss. PIÑAR MAÑAS, J. L. y RECIO GAYO, M., *El derecho a la protección de datos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, La Ley, Madrid, 2018. PIÑAR MAÑAS, J. L. (Dir.), *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016. CASAS ROMA, J. y ROMERO TRIS, C., *Privacidad y anonimización de datos*, UOC, Barcelona, 2017.

⁸¹⁹ Considerando (13) del RGPD. La consideración de estos tipos de empresas pueden en encontrarse explicados en el artículo 2 del Anexo de la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas [C(2003) 1422, DOUE, de 20 de mayo de 2003].

⁸²⁰ Los órganos consultivos internacionales han venido recomendando que la legislación sobre protección de datos no debe aplicarse de forma independiente del Derecho del Trabajo y las prácticas laborales y que éstos, a su vez, no pueden aplicarse aisladamente de aquellos. «Esta interacción es necesaria y valiosa y debe contribuir al desarrollo de soluciones que protejan adecuadamente los intereses de los trabajadores», *vid.* MERCADER

lo que atañe a la protección de los datos personales de los trabajadores, la actuación del empresario deberá ahora ceñirse a la mencionada legislación general.

En ese caso, en el contexto general amparado por el RGPD, los empleadores se constituirán como «responsables» de los tratamientos de datos personales de los trabajadores, y estos últimos serán los «interesados», en todo cuanto se refiera⁸²¹.

La nueva normativa impulsa una mejora en lo relativo al sistema de garantías con el objeto de alcanzar una protección eficaz de los datos. En términos generales, se realiza un reemplazo del antiguo sistema basado en el control de cumplimiento, a un modelo basado sobre el nuevo principio de responsabilidad «proactiva» del tratamiento, que alcanza a la actuación de los empleadores—responsables de los datos personales, que para nuestro caso⁸²².

Además, podemos identificar del RGPD un énfasis en otras vías para alcanzar la garantía efectiva de los tratamientos de datos personales. Por un lado, a través del reforzamiento y la especificación de los derechos de los interesados y de las obligaciones de los que tratan y determinan ese tratamiento. Por otro, a través del reconocimiento por los Estados miembros de poderes equivalentes para supervisar y garantizar el cumplimiento de las normas relativas a la protección de los datos de carácter personal. También, a través de un sistema de sanciones equivalentes de modo que se castiguen las infracciones⁸²³.

Sobre la primera vía para la protección efectiva, hay que resaltar que el legislador europeo ha sido consciente de la complejidad que conllevan los tratamientos de datos personales de las personas en el ámbito de las relaciones laborales y de la importancia de una protección más específica para este sector⁸²⁴. Mediante el artículo 88, el RGPD habilita a que los Estados miembros, «podrán», a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos —incluidos los convenios de empresa⁸²⁵—, establecer normas más específicas a fin de garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de las personas trabajadoras en el ámbito laboral⁸²⁶. Incluye, más bien, el mandato

UGUINA, J. R., «Protección de datos y relaciones laborales: apuntes prácticos sobre la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 41, 2018.

⁸²¹ Se han tenido en cuenta algunos supuestos de excepcionalidad sobre dichas responsabilidades de acuerdo al tipo de empresa que se trate. Por ejemplo, en materia de llevanza de registros para organizaciones con menos de 250 empleados. Además, alienta a las instituciones y órganos de la Unión y a los Estados miembros y a sus autoridades de control a tener en cuenta las necesidades específicas de las microempresas y las pequeñas y medianas empresas en la aplicación del RGPD.

⁸²² Puede consultarse, sobre la responsabilidad, por ejemplo, a DURÁN CARDO, B., *La figura del responsable en el derecho a la protección de datos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

⁸²³ Considerando (11) del RGPD.

⁸²⁴ Puede leerse también a RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 24 y ss. BAZ RODRÍGUEZ, J., *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 36 y ss.

⁸²⁵ Considerando (155) del RGPD.

⁸²⁶ Artículo 88.1 del RGPD. En particular, «a efectos de contratación de personal, ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por el convenio colectivo, gestión,

de que dichas normas incluyan «medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana» de las personas trabajadoras, así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales, «prestando especial atención a la transparencia del tratamiento, a la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo»⁸²⁷.

La segunda vía para lograr una protección efectiva continúa apoyándose en la existencia de autoridades de control con poderes efectivos⁸²⁸ que, por ejemplo, promuevan la elaboración de Códigos de conducta para la correcta aplicación del RGPD, «teniendo en cuenta las características específicas de los distintos sectores de tratamiento y las necesidades específicas de las microempresas y las pequeñas y medianas empresas»⁸²⁹. Se incita también a «las asociaciones u otros organismos que representen a categorías de responsables o encargados» — como podrían ser las patronales— a que elaboren dichos documentos bajo las mismas especificaciones, haciendo hincapié en el establecimiento «de las obligaciones de los responsables y encargados, [y] teniendo en cuenta en cuenta el riesgo probable para los derechos y libertades de las personas físicas que se derive del tratamiento»⁸³⁰. Esto podría ser muy útil a efectos de minimizar el riesgo de violación reiterada de derechos fundamentales de los trabajadores en masa.

planificación y organización del trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleados o clientes, así como a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral».

La novedad aquí se centra en la mención a los convenios colectivos como cuerpos normativos capaces de regular cuestiones específicas sobre tratamiento de datos personales de los trabajadores. Ya volvemos en capítulos posteriores para analizar el verdadero impacto que esta mención podría suponer.

⁸²⁷ Artículo 88.2 del RGPD. Por su parte, señala el Considerando (48) del RGPD que los «responsables que forman parte de un grupo empresarial o de entidades afiliadas a un organismo central pueden tener un interés legítimo en transmitir datos personales dentro del grupo empresarial para fines administrativos internos, incluido el tratamiento de datos personales de clientes o empleados» y que «[l]os principios generales aplicables a la transmisión de datos personales, dentro de un grupo empresarial, a una empresa situada en un país tercero no se ven afectados».

⁸²⁸ Considerando (129): «(...) incluidos poderes de investigación, poderes correctivos y sancionadores, y poderes de autorización y consultivos, especialmente en casos de reclamaciones de personas físicas, y sin perjuicio de las competencias de las autoridades encargadas de la persecución de los delitos con arreglo al Derecho de los Estados miembros para poner en conocimiento de las autoridades judiciales las infracciones del presente Reglamento y ejercitar acciones judiciales», así como «el poder de imponer una limitación temporal o definitiva al tratamiento, incluida su prohibición», sin que las especificaciones de los mismos sean cerradas. En cualquier caso, deberán «ejercerse de conformidad con garantías procesales adecuadas establecidas en el Derecho de la Unión y los Estados miembros, de forma imparcial, equitativa y en un plazo razonable. En particular, toda medida debe ser adecuada, necesaria y proporcionada con vistas a garantizar el cumplimiento del presente Reglamento, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto, respetar el derecho de todas las personas a ser oídas antes de que se adopte cualquier medida que las afecte negativamente y evitar costes superfluos y molestias excesivas para las personas afectadas. Los poderes de investigación en lo que se refiere al acceso a instalaciones deben ejercerse de conformidad con los requisitos específicos del Derecho procesal de los Estados miembros, como el de la autorización judicial previa [...]».

⁸²⁹ Artículo 40.1 del RGPD.

⁸³⁰ Considerando (98) del RGPD.

Como tercera vía para la protección de los datos personales y el cumplimiento del RGPD, encontramos la referida al castigo de cualesquiera infracciones a través de las sanciones equivalentes, incluidas las multas administrativas⁸³¹, con carácter adicional a medidas adecuadas impuestas por la autoridad de control, o en sustitución de estas⁸³². Respecto de las empresas⁸³³, el RGPD señala expresamente la posibilidad de imposición de multas administrativas⁸³⁴ que deberán ser, en cada caso, efectivas, proporcionadas y disuasorias, estableciendo incluso rangos de cuantías vinculadas a porcentajes⁸³⁵. Esto evidencia un intento de dar un paso más en los objetivos del Derecho de la Unión en lo referido a la protección efectiva de los derechos de los interesados al tratamiento de sus datos personales, en consonancia con su calidad de objetivo específico y derecho fundamental reconocido. Esta afirmación se refuerza al observarse que el RGPD será de aplicación directa «cuando el ordenamiento jurídico de un Estado miembro no establezca multas administrativas», «de tal modo que la incoación de la multa corresponda a la autoridad de control competente y su imposición a los tribunales nacionales competentes [...]»⁸³⁶. Sin perjuicio, el RGPD señala que los Estados establecerán las normas «en materia de otras sanciones aplicables» a las infracciones del reglamento, «en particular las infracciones que no se sancionen con multas administrativas»⁸³⁷.

Todo ello sin que dejemos de lado los pronunciamientos del TJUE que, aunque son pocos y vienen de antes de la vigencia del RGPD, constituyen una guía también importante para la configuración del derecho a la protección de datos personales de los trabajadores⁸³⁸. Como punto de partida, el TJUE ha dejado claro que la definición de «dato personal» responde, en principio, «a la finalidad del legislador de la Unión de dar un sentido amplio al citado concepto, que no se ciñe a los datos confidenciales o relacionados con la intimidad, sino que puede incluir cualquier tipo de información, tanto objetiva como subjetiva, en forma de opiniones o apreciaciones, siempre que sean “sobre” la persona en cuestión»⁸³⁹. Aun así, a través de su jurisprudencia en conjunto, sólida e incisiva, el TJUE ha venido interpretando el

⁸³¹ Artículo 83 del RGPD.

⁸³² Considerando (11), además del Considerando (148), el artículo 58.2. i) y el artículo 83.2 del RGPD.

⁸³³ Señala que por «empresa» debe entenderse a lo señalado en los artículos 101 y 102 del TFUE.

⁸³⁴ Considerando (150) del RGPD.

⁸³⁵ Como tope máximo «una cuantía equivalente al 2% o al 4% como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía». Revítese las diferencias en las cuantías en el artículo 83 apartados 4, 5 y 6.

⁸³⁶ Artículo 83.9 del RGPD.

⁸³⁷ Artículo 84 del RGPD.

⁸³⁸ En varias sentencias se ha señalado como «datos personales» a aquellos provenientes de un registro del tiempo de trabajo, «que incluye la indicación de las horas en que cada trabajador inicia y finaliza la jornada, así como de las pausas o períodos de descanso correspondientes». Asimismo, se ha venido realizando una interpretación de la licitud del tratamiento de esos datos y la puesta a disposición de la autoridad pública cuando formen parte, para el caso, de una obligación legal del empleador. Véase, por ejemplo, el caso *Worten*, de 30 de mayo de 2013 (STJUE, Asunto C-342/12) o *Pharmacontinente-Saúde e Higiene S. A. y otros*, de 19 de junio de 2014 (STJUE, Asunto C-683/13).

⁸³⁹ Caso *Peter Nowak*, de 20 de diciembre de 2017 (STJUE, Asunto C-434/16).

artículo 8 de la CDFUE, vinculándolo favorablemente a la garantía de la *privacy*⁸⁴⁰ y a los principios generales europeos sobre el tratamiento de datos personales⁸⁴¹ que siguen vigentes en el nuevo RGPD y en la restante normativa sobre privacidad⁸⁴².

Para cerrar este apartado no podemos dejar de mencionar la importante labor del Grupo de Trabajo del artículo 29 (en adelante, GT 29) en cuanto a la elaboración de recomendaciones y guías en este ámbito laboral, que ahora asume el Comité Europeo de Protección de Datos (en adelante, CEPD), con la entrada en vigor del RGPD. Por su parte, el Consejo de Ministros del CdE con su Recomendación y sus Memorándum explicativos, así como otros textos en la materia dictados por las Naciones Unidas a través de sus autoridades, han supuesto también una gran contribución al proceso interpretativo de ambos derechos en el ámbito de la UE y del CdE, aunque no posean la categoría de norma imperativa que podría haber permitido un mayor efecto positivo.

II. LA INTIMIDAD EN LA CE Y SU CONSIDERACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL

II.1. Aspectos generales del derecho la intimidad como derecho fundamental inespecífico

El artículo 18.1 de la CE consagra constitucionalmente el derecho fundamental de toda persona a la intimidad personal y familiar⁸⁴³. Un derecho fundamental no solo por su ubicación formal, sino por su carácter de derecho personalísimo y manifestación de la dignidad de la

⁸⁴⁰ Véase la contribución hecha en la Sentencia recaída en el caso *Digital Rights Ireland y otros*, de 8 de abril de 2014 (STJUE, Asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, ap. 33).

Por su parte, el caso *Google Spain*, de 13 de mayo de 2014 (STJUE, Asunto C-131/12) «es una muestra más de cómo los derechos de la personalidad y la protección de datos siguen compartiendo la responsabilidad sobre la garantía de ciertos contenidos sustantivos, pero de cómo la segunda se ha desarrollado de manera independiente. Y lo ha hecho hasta el punto de ser fundamento básico de un derecho, el del olvido digital, cuya procedencia está en las facultades de cancelación y supresión que tiene el titular de los datos en la Directiva y que, desde ahí, es capaz de dar protección a los contenidos sustantivos de la reputación y la privacidad». *Vid.* RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., «El Tribunal de Justicia...», *cit.*, 2015. También a ABERASTURI GORRIÑO, U., «Derecho a ser olvidado en Internet y medios de comunicación digitales. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2015», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 175, 2016, pp. 259-290.

⁸⁴¹ Caso *ASNEF*, de 24 de noviembre de 2011 (STJUE, Asunto C-468/10 y C-469/10); caso *Pharmaceuticals and Biotech Industry Association v. Commission*, de 19 de junio de 2014 (STJUE, Asunto C-683/13); caso *Maximillian Schrems*, de 6 de octubre de 2015 (STJUE, Asunto C-362/14).

⁸⁴² Caso *Josef Probst*, de 22 de noviembre de 2012 (STJUE, Asunto C-119/12); caso *Tele2 Sverige AB y Tom Watson y otros*, de 21 de diciembre de 2016 (STJUE, Asuntos acumulados C-203/15 y C-698/15), sobre la correcta interpretación de la Directiva 2002/58/CE por las normativas nacionales.

⁸⁴³ «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen». Cada uno de los derechos contenidos en el precepto constitucional, aun cuando puedan encontrarse coincidencias en los bienes constitucionalmente protegidos, han sido determinados como derechos autónomos. El TC ha sostenido, por ejemplo, en la STC 12/2012, de 30 de enero (FJ 5) que «[h]a de recordarse que los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen, al igual que el derecho al honor reconocido en el mismo precepto constitucional, tienen sustantividad y contenido propio en nuestro ordenamiento, de modo que ninguno queda subsumido en el otro». Así también, en la STC 176/2013, de 21 de octubre (FJ 6) señala que «a pesar de su estrecha relación en tanto que derechos de la personalidad, tienen, no obstante, un contenido propio y específico (STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 3)». Asimismo, pueden encontrarse afirmaciones en ese mismo sentido en las SSTC 208/2013, de 16 de diciembre (FJ 3) o 18/2015, de 16 de febrero (FJ 4).

persona⁸⁴⁴. Con esta primera afirmación reconocemos la titularidad del derecho a la intimidad también a los trabajadores, quienes ingresan a la relación laboral siendo titulares de este derecho por el mero hecho de ser personas y que, por tal motivo, el empresario debe respetar⁸⁴⁵.

Teniendo en cuenta que los ámbitos de protección universal y europeo han hecho referencia a una protección amplia de la «vida privada» del individuo que rechaza cualquier consideración restringida a lo «íntimo»⁸⁴⁶, conviene que indagemos, desde la CE, en aquello que supone «intimidad» y lo que no. Es decir, se entiende a la «intimidad» desde una interpretación literal y reducida del término o, por el contrario, desde una más amplia en la línea de las consideraciones extramuros.

⁸⁴⁴ La garantía de la intimidad permite la singularidad y la configuración de cada persona y de allí deviene el carácter esencial de la existencia del derecho y su catalogación como derecho fundamental. *Vid.* REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, 2.ª ed. Actualizada, Dykinson, Madrid, 2005, p. 172.

Ahora bien, lo que se protege con la intimidad no es al sujeto, sino a su dignidad, puesto que es el derecho a la intimidad el que supone «la concreción y explicitación del valor de la dignidad humana», PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos...*, *cit.*, 2010, p. 331. Se otorga, pues, al titular la posibilidad de defender ese ámbito propio «vinculado con el respeto de su dignidad como persona», reiterado en la STC 176/2013, de 21 de octubre (FJ 7). El TC ha venido afirmando, asimismo, que sin la intimidad «no es realizable, ni concebible siquiera, la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la norma fundamental», SSTC 199/2013, de 5 de diciembre (FJ 6) o 20/1992, de 14 de febrero (FJ 3).

A pesar que se ha venido negando el derecho a la intimidad a las personas jurídicas, a las sociedades se le ha reconocido cierta facultad de reserva en aras a la materialización de la libertad de empresa establecida en el artículo 38 de la CE [Véase la STC 69/1999, de 26 de abril (FJ 2)]. Asimismo, a favor, aunque con una protección «minorada», BUENO GALLARDO, E., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad. En particular, el derecho a la intimidad de los obligados tributarios*, CEPC, Madrid, 2009, pp. 469-470. En sentido parecido, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.ª, SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.), *Derechos fundamentales...*, *cit.*, 2011, p. 138, afirmando que «la referencia constitucional a la intimidad personal no prejuzga acerca de la naturaleza de la persona cuya intimidad se protege, pudiendo ser tanto física como jurídica, en tal sentido». En contra tenemos a REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental...*, *cit.*, 2005, p. 222.

⁸⁴⁵ La STC 117/1994, de 25 de abril (FJ 3), señala que «[e]l derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas y de los poderes públicos en la vida privada».

⁸⁴⁶ Ciertamente, la utilización diferenciada de los términos en los documentos internacionales y en la CE podría llevarnos a pensar que lo que se protege en unos y otros documentos no son lo mismo y que, incluso parcialmente coincidentes, no serían plenamente identificables. Esta idea la podemos deducir también del Diccionario del español jurídico que hace referencia a la «vida privada» como un «ámbito reservado de la vida de las personas» y a la «intimidad» como «el ámbito reservado de una persona o familia» [MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Diccionario del español jurídico*, Espasa, Barcelona, 2016]. La noción de «vida privada» se entendería de la mano de la noción de «intimidad», como ámbitos diferentes, pero consecuentes. Por un lado, se ha dicho que lo privado engloba todo aquello que no pretendemos que se convierta en algo de general conocimiento, «aquello que los ciudadanos hacen —o sueñan con hacer— en privado porque si tales actos o sueños se publicasen seguramente los demás ciudadanos no querrían seguir siendo sus socios», PARDO TORÍO, J. L., *La intimidad*, Pre-textos, Valencia, 1996, pp. 13-14. Por otro lado, se ha estado hablando de «intimidad» como ese ámbito más recóndito del individuo donde se puede ser «verdaderamente libre y, por tanto, últimamente responsable», con un significado «diferente del que tiene la noción de vida privada, aunque coinciden en una acepción. Lo íntimo está oculto de suyo al conocimiento ajeno, tiene una nota de privado en el sentido de ausencia de difusión. Pero siendo ésta una característica esencial de la intimidad, no constituye su sustantividad. Con la noción de intimidad no se designa prioritariamente la condición de apartamiento o de ocultamiento, sino la más radical de interioridad», *vid.* GONZÁLEZ GAITANO, N., *El deber de respeto a la intimidad*, EUNSA, Pamplona, 1990, p. 62. Se trata de un núcleo que se protege con más celo por considerarse como esencial en la configuración de la persona, en REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental...*, *cit.*, 2005, pp. 73-76. En suma, una zona que, al constituirse como uno de los aspectos más de la pluralidad de elementos que conforman lo privado, se lo reconoce como un núcleo más interno que lo meramente privado, BUENO GALLARDO, E., *La configuración constitucional...*, *cit.*, 2009, p. 65.

Hay que decir que desde el principio en la doctrina no ha habido consenso⁸⁴⁷. Por su parte, el TC ha utilizado en algunas sentencias el término «vida privada»⁸⁴⁸, aunque también ha señalado que lo que protege el artículo 18.1 de la CE es «la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres»⁸⁴⁹. Esto indica que la interpretación del precepto debería hacerse en el sentido de entender que no existe un derecho «a la vida privada» idéntico al dispuesto en el ámbito europeo, aunque la misma acepta una concepción amplia que exceda los estrechos límites que suponen estrictamente lo más íntimo e interno del individuo⁸⁵⁰.

En principio, se hace necesario ahondar en la concretización de la intimidad como bien jurídico constitucionalmente protegido para, a partir de ahí, establecer los parámetros sobre su ejercicio en el ámbito laboral. Ahora bien, es evidente que ni el precepto ni el texto constitucional dicen algo más sobre el contenido de este derecho, por lo que ha sido necesario recurrir a los diversos aportes doctrinales y jurisprudenciales para acercarnos a la delimitación del derecho y entender aquello que garantiza.

II.1.A. El ámbito material del derecho a la intimidad

La interpretación se ha dirigido a identificar que el derecho a la intimidad, en cuanto derivación de la dignidad de la persona, integra un ámbito propio y reservado referido a la vida privada personal o familiar del individuo «frente a la acción y conocimiento de los demás, en tanto resulta absolutamente necesario para mantener una calidad mínima de vida humana»⁸⁵¹.

⁸⁴⁷ Hay quienes se han manifestado partidarios de una protección «reducida» únicamente destinada a ese reducto más interno del individuo, como VIDAL MARTÍNEZ, J., «Manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar», *Revista General del Derecho*, Tomo II, 1980, pp. 1162-1188 o en «La protección de la intimidad de la persona en el ordenamiento positivo español», *Revista de derecho privado*, Tomo II, 1980, pp. 760-768. Frente a otros quienes han reconocido y defendido una interpretación del término más amplia que incluye unos aspectos que puedan formar parte de la «vida privada», es decir, a ciertas manifestaciones del individuo que se entiendan apartadas de su proyección pública sin referirse únicamente a ese reducto más interno de la persona, por ejemplo, FARIÑAS MATONI, L. M.^a, *El derecho...*, cit., 1983, pp. 53-54.

⁸⁴⁸ Por ejemplo, en la STC 12/2012 de 30 de marzo (FJ 5), haciendo referencia al «criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas».

⁸⁴⁹ STC 60/2010, de 7 de octubre (FJ 8), en referencia a la STC 89/1987, de 3 de junio (FJ 2).

⁸⁵⁰ A pesar de lo que pueda parecer, esa negativa no resulta tan tajante, toda vez que desconocer completamente el ámbito de protección europea no resulta acorde al artículo 10.2 de la CE, debiendo servir aquella para la interpretación del derecho a la intimidad, como ha ido modulando el propio TC, por ejemplo, en el caso de la inclusión en la esfera íntima a las relaciones sociales y profesionales.

Por su parte, en la STC 236/2007, de 7 de noviembre (FJ 11), el TC señalaba que la CE tampoco reconoce un «derecho a la vida familiar» como lo ha venido interpretando la Jurisprudencia del TEDH «y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar, pues ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el art. 18.1 CE».

REBOLLO DELGADO acepta la intimidad familiar como la extensión de la intimidad personal. Se pasa a la consideración de la persona perteneciente de un grupo con vínculos no a un espacio físico concreto sino a un contexto de relaciones, *vid.* REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental...*, cit., 2005, pp. 283-285. Sobre el tema, además, GUILLÓ SÁNCHEZ-GALIANO, A., «Intimidad y familia», en BALADO RUIZ-GALLEGOS, M. (Coord.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Bosch, 1998, p. 441-442. Sobre la consideración de la intimidad personal y familiar del TC, puede consultarse, a modo de crítica, a BUENO GALLARDO, E., *La configuración constitucional...*, cit., 2009, p. 135.

⁸⁵¹ Véase la STC 12/2012 de 30 de marzo (FJ 5), en referencia 231/1988, de 2 de diciembre (FJ 3) o la STC 236/2007, de 7 de noviembre (FJ 11). Asimismo, la STC 115/2000, de 10 de mayo (FJ 4) con cita de las SSTC

Desde ahí observamos que el ámbito material del derecho involucra dos elementos constitutivos, distintos y acumulativos, del concepto constitucional de intimidad, que configuran el objeto del derecho.

Por un lado, el ámbito propio del individuo que opera como un criterio de delimitación positiva de la intimidad. Hace referencia a la esfera personal y familiar del individuo que, según ha venido explicándose, se encuentra conformada, de manera general, por zonas corporales⁸⁵², estados físicos o anímicos⁸⁵³, situaciones personales, ciertos datos o informaciones que forman parte de dicha esfera⁸⁵⁴, y ámbitos o espacios donde se desarrolla o que contienen intimidad⁸⁵⁵. Conforman, pues, el ámbito propio de este derecho, estos y otros aspectos que pertenecen a dicha esfera, y que no encuentren protección constitucional específica como derecho autónomo⁸⁵⁶.

73/1982, de 2 de diciembre; 110/1984, de 26 de noviembre; 231/1988, de 2 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre; 143/1994, de 9 de mayo; 151/1997, de 29 de septiembre y 134/1999, de 15 de julio. Afirmación en esa línea recogida por BONILLA SÁNCHEZ, J. J., *Personas y derechos de la personalidad*, Reus, Madrid, 2010, p. 174. Así lo recoge también APARICIO ALDANA, R. K., *Derecho a la intimidad...*, cit., 2016, p. 50.

⁸⁵² Por ejemplo, STC 196/2006, de 3 de julio (FJ 5). Se ha aclarado en cuanto a las zonas corporales, que no debe entenderse como referida a su aspecto más externo, el de la figura humana, que estaría protegido por el derecho a la propia imagen, REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental...*, cit., 2005, p. 275 y de manera más concreta a lo desarrollado por BALAGUER CALLEJÓN, M.^a L., *El derecho fundamental al honor*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 41.

⁸⁵³ Por ejemplo, del ATC 272/1998, de 3 de diciembre (FJ 2) se puede entender la consideración de pruebas de naturaleza psicológica como parte del ámbito íntimo protegido por el derecho, incluidas en los procesos de selección de personal, o la información relativa a la salud física y psíquica de las personas, tal como se recoge en la STC 159/2009, de 29 de junio, (FJ 2), que sigue en este aspecto la doctrina del TEDH (entre otros el Caso *L. L. c. Francia*, de 10 de octubre de 2006). Sobre datos médicos, la STC 202/1999, de 8 de noviembre (FJ 2) o el padecimiento de ciertas enfermedades, el consumo de alcohol o la adicción a drogas en las STC 206/2007, de 24 de septiembre (FJ 4).

⁸⁵⁴ Por ejemplo, sobre la orientación y la vida sexual de la persona, la STC 127/2003, de 30 de junio (FJ 7-9) o sobre la filiación y el origen de la filiación, la STC 134/1999, de 15 de julio (FJ 5).

⁸⁵⁵ Apariencia externa o vestimenta del titular. O su observación puede poner al descubierto ciertos aspectos de la vida íntima de su titular tales como su domicilio, los trasteros, los garajes, las habitaciones de hotel, las celdas de los establecimientos penitenciarios, el equipaje, el buzón de la correspondencia. *Vid.* BUENO GALLARDO, E., *La configuración constitucional...*, cit., 2009, pp. 126-127. Asimismo la autora desarrolla las condiciones de calificación de tales ámbitos o espacios íntimos, señalando dos caracteres, atributos o circunstancias: primero, una característica objetiva ajena al individuo que supone la idoneidad para contener material íntimo o revelar privacidad, la misma que, en principio, será determinada por las características externas del espacio en cuestión (p. 130); segundo, un aspecto subjetivo dependiente exclusivamente de la voluntad del titular que radica en la protección del espacio para su conservación frente a terceros (p. 131).

Debe tenerse en cuenta que el TC ha manifestado que el carácter público del lugar donde se obtienen las imágenes no ubica necesariamente al afectado fuera del ámbito de protección inherente al derecho a la intimidad. Sobre ese particular, en el fundamento jurídico 4 b) de la STC 7/2014 ya citada se ha señalado que «el carácter público de los lugares donde fueron captadas las fotografías [...] no tiene la capacidad de situar la actuación de los demandantes extramuros del ámbito de protección del derecho a la intimidad. No puede admitirse que los demandantes, quienes en ningún momento han prestado consentimiento expreso, válido y eficaz a la captación y publicación de las imágenes, hayan disminuido por el hecho de mostrarse afecto en la calle las barreras de reserva impuestas por ellos al acceso por terceros a su intimidad. Como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, existe una zona de interacción entre el individuo y los demás que, incluso en un contexto público, puede formar parte de la vida privada (Sentencia caso Von Hannover c. Alemania, Gran Sala, de 7 de febrero de 2012, § 95). Así lo hemos reconocido también en nuestra doctrina, por cuanto hemos afirmado que ‘la intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en el ámbito doméstico o privado’. (STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 5)».

⁸⁵⁶ Teniendo en cuenta el mandato constitucional del artículo 10.2 y con lo que recoge la propia CE, ha de verificarse que la afectación al aspecto material, aun amparado por el artículo 8.1 del CEDH, no encuentre protección específica en otro derecho. De ser el caso, aplicaría el principio de especialidad.

En lo que respecta a las relaciones laborales, en primeros pronunciamientos, el TC excluía de forma implícita⁸⁵⁷; y, luego, de manera explícita⁸⁵⁸, las relaciones profesionales como parte integradora de la esfera íntima del individuo. Luego matizaba mediante la STC 142/1993 que el ámbito personal y familiar no comprendía «en principio, los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, que están más allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas por formar parte del ámbito de la vida privada»⁸⁵⁹. Los giros interpretativos llegarían, como es sabido, con las STC 202/1999, al señalar que en este tipo de relaciones «no cabe ignorar que, mediante un análisis detallado y conjunto de los mismos, es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima personal y familiar»⁸⁶⁰. Se trataría, pues, de ámbitos, datos e informaciones que pertenecen a la esfera íntima de la persona y que incluye a aquellos también referidos a las relaciones sociales y profesionales. Criterio revelador de la consideración, al menos en parte, de una concepción amplia de la intimidad constitucionalmente protegida que podría ser equiparable en varios aspectos con lo que se entiende en el ámbito europeo por «vida privada»⁸⁶¹.

Una esfera íntima que ha de ser definida por parámetros objetivos, a pesar de que, dentro de esos parámetros, la materialización de cualquier ámbito, dato o información deba luego definirse interpretativamente a partir de las ideas y convicciones más generalizadas en la sociedad en cada momento histórico, sin dejar de lado la singularidad y la individualidad con la que cada uno configura dicho ámbito⁸⁶².

⁸⁵⁷ STC 73/1982, de 2 de diciembre (FJ 5).

⁸⁵⁸ STC 170/1987, de 30 de octubre (FJ 4).

⁸⁵⁹ STC 142/1993, de 22 de abril (FJ 7).

⁸⁶⁰ Las STC 202/1999, de 8 de noviembre (FJ 4) y también la STC 98/2000, de 10 de abril (FJ 6).

⁸⁶¹ Vid. BUENO GALLARDO, E., *La configuración constitucional...*, cit., 2009, p. 146, al afirmar que, los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales, según doctrina del TC, son relevantes a efectos del artículo 18.1 CE única y exclusivamente en la medida en que revelen intimidad. También puede consultarse a DONATO RAMÍREZ, M. A., «Sobre el Derecho fundamental a la intimidad. Breves reflexiones jurídicas», en LÓPEZ ORTEGA, J. J. (Dir.), *El derecho a la intimidad. Nuevos y viejos debates*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 67, quien afirmó que «la intimidad consiste en el ámbito reservado de la persona que se determina sólo en contraposición a lo público, término que sirve para designar aquello que atañe a todo el pueblo; para calificar aquello que es sabido por el común de la gente, y para caracterizar a lo que es patente, notorio y se encuentra a la vista de todos».

⁸⁶² La Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, señala en su artículo 2.1 que «[l]a protección civil (...) de la intimidad (...) quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia».

La tesis de BUENO GALLARDO afirma que dicha esfera íntima debería ser delimitada acudiendo a criterios exclusivamente objetivos, factores socioculturales y parámetros jurídicos, correspondiendo, en última instancia a los tribunales de justicia la determinación de los ámbitos, datos o informaciones que merecen el apelativo de íntimos. Vid. BUENO GALLARDO, E., *La configuración constitucional...*, cit., 2009, p. 76 y 824.

Por su parte, REBOLLO DELGADO decía que el derecho a la intimidad «tiene singularidad, su configuración es distinta y diferente, tanto de unas personas a otras, como de unos tiempos a otros, como de unas culturas a otras. A pesar de que su reconocimiento es genérico, el derecho es el mismo, es igual para todos, su aplicación práctica, su desarrollo y concreción son singulares e individualizados, en la misma proporción que cada sujeto configura su intimidad», vid. REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental...*, cit., 2005, p. 184. También, la STC

Por otro lado, la reserva de la esfera íntima vendría a representar el segundo elemento constitutivo del concepto constitucional de la intimidad, así como un criterio de delimitación negativa del ámbito tutelado por el artículo 18.1 de la CE. Tal reserva se encuentra *a priori* ligada a la voluntad del individuo titular, sobre lo que considere que deba contraponerse a una ejecución de cara a la sociedad o al público en general⁸⁶³. De hecho, la presencia de ese *animus occultandi* sobre los aspectos íntimos es el factor decisivo que determina el carácter íntimo de dicha esfera⁸⁶⁴. En sentido contrario, su ausencia determinaría *ipso facto* la falta de concurrencia del aspecto material de derecho, aun cuando se trate de un ámbito íntimo. Por ejemplo, sería el caso de una revelación pública, voluntaria y explícita de cualquier ámbito, dato o información de naturaleza *a priori* íntima, por parte del propio titular⁸⁶⁵. Asimismo, en aquel supuesto en el que el titular pusiera en conocimiento de algún poder público ese contenido íntimo, con la finalidad de obtener consecuencias jurídicas favorables de dicha comunicación⁸⁶⁶.

Decíamos que se trata de un ámbito *a priori* sujeto a la voluntad del individuo, puesto que, de forma específica, podrían encontrarse excepciones a la condición de la voluntad de reserva. Estaríamos ante una exclusión *ipso iure* de la calidad de aspectos que formen parte, de forma general, de la esfera íntima y la consiguiente inaplicación de la garantía⁸⁶⁷. Es el caso de

12/2012, de 30 de marzo, señala que «[u]n criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno. Así por ejemplo cuando se encuentra en un paraje inaccesible o en un lugar solitario debido a la hora del día, puede conducirse con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores. Por el contrario, no pueden abrigarse expectativas razonables al respecto cuando de forma intencional, o al menos de forma consciente, se participa en actividades que por las circunstancias que las rodean, claramente pueden ser objeto de registro o de información pública» (FJ 5), en referencia a las sentencias recaídas en el Caso *P.G. y J.H. c. Reino Unido*, de 25 de septiembre de 2001 (STEDH, ap. 57) y en el Caso *Peck c. Reino Unido*, de 28 de enero de 2003 (STEDH, ap. 58).

⁸⁶³ Creemos que es en este sentido como deben entenderse las interpretaciones del TC cuando afirma que «pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, *sea cual sea lo contenido en ese espacio*» (la cursiva es nuestra). STC 199/2013, de 5 de diciembre (FJ 6), en referencia también a las SSTC 127/2003, de 30 de junio (FJ 7) y 89/2006, de 27 de marzo (FJ 5). O la STC 176/2013, de 21 de octubre (FJ 7), cuando dice que «corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que se reserva».

⁸⁶⁴ Que no debe entenderse únicamente como una reserva absoluta de todos los demás miembros de la sociedad, sino que podría conservarse el carácter reservado de los ámbitos, datos o informaciones del individuo, aunque haya trascendido a cierto número de personas. *Vid.* BUENO GALLARDO, E., *La configuración constitucional...*, cit., 2009, p. 78 y 281 y ss. Asimismo, CABEZUELO ARENAS, A. L., *Derecho a la intimidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 36-37. En sentido contrario, GONZÁLEZ GAITANO, N., *El deber de respeto...*, cit., 1990, pp. 44 y 107.

⁸⁶⁵ Para mayor explicación sobre estas tres características, pueden consultarse a BUENO GALLARDO, E., *La configuración constitucional...*, cit., 2009, p. 302 y ss. Además, puede consultarse la STC 197/1991, de 17 de octubre (FJ 4).

⁸⁶⁶ Dice BUENO GALLARDO, E., *La configuración constitucional...*, cit., 2009, p. 287.

⁸⁶⁷ Entiéndase la producción de normas jurídicas, según el artículo 9.3 de la CE, y el pronunciamiento de sentencias judiciales, según el artículo 120.3 de la CE y 164.1 de la CE. A efectos de cumplir la finalidad de hacer efectivos los principios, valores del propio sistema constitucional. Por ejemplo, el régimen retributivo del personal al servicio del sector público incluido anualmente en el Presupuesto estatal.

Vid. REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental...*, cit., 2005, p. 283.

O también el artículo 20.4 que señala a la intimidad como límite de esos derechos. Se dispone que el respeto de tal derecho constituya un límite al ejercicio de las libertades de expresión que el propio precepto reconoce y protege con el mismo carácter de fundamentales. Representan estos un ámbito de la persona en lo público o colectivo,

una disposición expresa del propio ordenamiento jurídico sobre la conformación del carácter o interés público de aquellos aspectos de la esfera íntima que suponga la necesidad de publicidad.

En otros supuestos, sean de naturaleza subjetiva (a través de terceros), o normativa (que no posean exigencia constitucional de publicidad absoluta), se deberá tener en cuenta la forma en la que se lleve a cabo la divulgación, lo que supondrá la consideración del ámbito jurídico.

II.1.B. El ámbito jurídico del derecho a la intimidad

Ciertamente, como parte de su contenido tenemos, además del aspecto material del derecho a la intimidad, al aspecto jurídico del mismo. Se trata de un conjunto de facultades o poderes jurídicos atribuidos al titular frente a los demás, cuya opción se dispone para resguardar el interés jurídico protegido por el derecho.

Este interés jurídico último protegido del derecho a la intimidad es la autonomía o autodeterminación personal en la esfera personal y familiar⁸⁶⁸. Estamos ante un bien jurídico que se protege constitucionalmente por estar estrechamente «ligado a la individualidad humana en su configuración y requerimiento y en su propia particularidad», que «no tendría sentido si el hombre no viviese en sociedad»⁸⁶⁹. Un bien jurídico que busca, en última instancia, el desarrollo de la persona, a través del ejercicio de su libertad positiva en un entorno de privacidad que funciona como medio indispensable capaz de permitir y favorecer su desenvolvimiento, desarrollo y perfección de sí mismo y de su naturaleza humana⁸⁷⁰.

frente a la intimidad, que representa una dimensión personalísima del individuo. Por ejemplo, lo que se entiende por «interés público» de ciertos datos del titular no justificaría una injerencia del ámbito material del derecho, sino serviría para excluir dicho dato de la esfera íntima de la persona.

⁸⁶⁸ Vid. BUENO GALLARDO, E., *La configuración constitucional...*, cit., 2009, p. 423. Sobre este punto también DE DOMINGO, T., *¿Conflictos entre derechos fundamentales?...*, cit., 2001, p. 283, quien se ha pronunciado sobre la razón de ser del derecho a la intimidad afirmando que estaría «en la soberanía que debe reconocerse al individuo respecto de aquellas acciones que carecen de repercusión social».

⁸⁶⁹ MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, B., «La intimidad exteriorizada: un bien jurídico a proteger», *DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 13, 1993, p. 209.

La protección de la intimidad «hace posible el desarrollo, el fortalecimiento y la recuperación de la identidad personal y, como consecuencia de ella, de una actividad social que, partiendo de la especificidad del individuo, conduce a una configuración diversa y original de la comunidad que substancialmente caracteriza a una democracia viva». Vid. RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional...*, cit., 1995, p. 120.

Aquí adquieren sentido las extensas líneas que sobre dignidad, libertad como autonomía y democracia que hemos dedicado: decíamos, justamente, que la razón de que ciertas pretensiones y expectativas de autodeterminación individual y social hayan sido dotadas de máxima protección jurídica responde a la necesidad de posibilitar el libre desarrollo de la personalidad exigido por la propia dignidad de la persona y de ahí que la garantía de una intimidad parta de ese ámbito que pueda mantenerse reservado. Se protege, pues, un espacio para la autodisposición que es presupuesto mismo de la construcción y funcionamiento del orden político-jurídico sobre y por la persona. Vid. PAREJO ALFONSO, L. J., «El derecho fundamental...», cit., 1994, pp. 299-300.

⁸⁷⁰ Se puede encontrar las primeras referencias en la STC 53/1985, de 11 de abril. Por otro lado, la persona se configura a sí misma a lo largo de su vida y, en ese trayecto, va acumulando vivencias, situaciones, ideas, que forman parte de esa personalidad y que configuran su esencia. Este escenario que, a su vez, sigue siendo «fuente creadora» de intimidad, toda vez que «el efecto *ad intra* de las acciones cae en el *intus* personal, en la intimidad, por eso la libertad conforma, crea, la intimidad», GONZÁLEZ GAITANO, N., *El deber de respeto...*, cit., 1990, p. 63. También, REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental...*, cit., 2005, p. 39, al afirmar que la

La titularidad del derecho a la intimidad podría consistir, entonces, en la atribución de una facultad amplia de exclusión de terceros de lo que constituye el ámbito de intimidad de la persona⁸⁷¹. Pongamos de relieve, entonces, que el derecho a la intimidad confiere —en expresión el TC— una protección que no se reduce solo «frente a la intromisión que consiste en el conocimiento no consentido de lo que en él existe o acaece o en la divulgación no consentida de los datos así obtenidos, sino también frente a la injerencia que supone la “acción” ajena [...]»⁸⁷², vedando «que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada»⁸⁷³. En esa línea, desde una aproximación al núcleo del derecho a la intimidad, podemos identificar las siguientes facultades:

En primer lugar, se otorga al titular una facultad específica de reserva o sustracción de lo que en el ámbito de intimidad existe o acaece, es decir, la de «resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida»⁸⁷⁴. Así, resultan relevantes para el derecho aquellas actuaciones de terceros que, sin el consentimiento del individuo, suponen, por un lado, la toma de conocimiento por ellos de aquello que forme parte de la esfera íntima y reservada del individuo —identificado o identificable—, siendo indiferente el número de personas a que se refiera⁸⁷⁵; y, por otro lado, la revelación o cesión a terceros de datos o

intimidad es «en gran medida motor de sus pretensiones, donde surgen sus ilusiones, donde configuran sus anhelos». En sentido parecido, DE VICENTE PACHÉS, F., *El derecho del trabajador al respeto de su dignidad*, Consejo Económico Social, Madrid, 1998, p. 65.

«Esta es la razón por la que la dignidad se encuentra unida, de modo indisociable, a las ideas de libertad e igualdad», *vid.* ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *La dignidad de la persona...*, *cit.*, 1996, p. 19. Véase también BUENO GALLARDO, E., *La configuración constitucional...*, *cit.*, 2009, pp. 357-358.

⁸⁷¹ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad...*, *cit.*, 2017, p. 128, basado en el argumento de ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *La dignidad de la persona...*, *cit.*, 1996, p. 28; BUENO GALLARDO, E., *La configuración constitucional...*, *cit.*, 2009, p. 422.

⁸⁷² Véase que por primera vez se hace referencia al derecho a la intimidad y su interés jurídicamente protegido en la STC 231/1988 (FJ 3) y las posteriores STC 151/1997, de 29 de septiembre (FJ 5), la STC 236/2007, de 7 de noviembre (FJ 11) o la STC 12/2012 de 30 de marzo (FJ 5). Así lo recoge también APARICIO ALDANA, R. K., *Derecho a la intimidad...*, *cit.*, 2016, p. 50.

⁸⁷³ STC 236/2007, de 7 de noviembre (FJ 11); 7/2014, de 27 de enero (FJ 3).

Todo ello, cuando no exista protección especializada en el texto constitucional frente a las intromisiones que se traten en el caso concreto. Al respecto, BUENO GALLARDO, E., *La configuración constitucional...*, *cit.*, 2009, pp. 418-419. Es estas páginas la autora comenta que el proceso de delimitación a través de la interpretación del artículo 8 del CEDH debe darse, primero, constatando si está previsto expresamente en la Constitución un derecho que confiera protección ante la afectación del ámbito de la intimidad que se ha afectado (realizando esta aportación basada en el pronunciamiento del TC en la STC 119/2001); y, segundo, aplicando —de ser el caso— la protección de cualquier derecho específico que vea a proteger dicho ámbito de intimidad específico, restando para todo aquello que no se proteja específicamente, la protección del artículo 18.1 de la CE.

⁸⁷⁴ STC 12/2012, de 30 de enero (FJ 5), que recoge los pronunciamientos anteriores en las SSTC 231/1988, de 2 de diciembre (FJ 3); 236/2007, de 7 de noviembre (FJ 11); 60/2010, de 7 de octubre (FJ 8); 134/1999, de 15 de julio (FJ 5); o 115/2000, de 5 de mayo (FJ 4).

Asimismo, lo recoge a lo largo de su obra BUENO GALLARDO, E., *La configuración constitucional...*, *cit.*, 2009, p. 24. En sentido parecido se pronuncia BONILLA SÁNCHEZ, J. J., *Personas y derechos...*, *cit.*, 2010, p. 177, quien señala que «desde el plano activo, lo constituyen las facultades o posibilidades de actuación del titular; desde el aspecto procesal, lo componen las acciones o medios de defensa con los que cuenta y desde la perspectiva pasiva, lo forman los deberes de abstención que a todos, poderes públicos y terceros en general, nos incumben».

⁸⁷⁵ Por ejemplo, la STC 196/2004, de 15 de noviembre, que examinaba la toma de conocimiento a través de una muestra de orinas, de que la actora consumía drogas.

informaciones «veraces» que definen al individuo o su ámbito de intimidad, ya sea a un individuo, a un grupo reducido de personas o al público en general⁸⁷⁶.

En segundo lugar, la facultad de autodeterminación personal en esa esfera de intimidad, como una facultad para adoptar libremente decisiones concernientes a dicha esfera⁸⁷⁷, en tanto el derecho a la intimidad posee una «dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad»⁸⁷⁸. Aquí la garantía se despliega frente a todas aquellas actuaciones de terceros —poderes públicos o particulares— que perturben el ejercicio de la libertad del individuo en el ámbito de su vida privada, en la medida que impidan o dificulten el normal desarrollo de la autonomía personal o modifiquen sus pautas de comportamiento configuradas previamente a partir de su libre adopción de decisiones relativas a su esfera privada⁸⁷⁹.

De hecho, el TC ha tenido la ocasión de precisar que «el ámbito de cobertura de este derecho fundamental viene determinado por la existencia en el caso de una expectativa

Deben distinguirse unas cuestiones adicionales: respecto del conocimiento de «ámbitos» o «espacios» de intimidad, la injerencia se configuraría con independencia de los resultados que se obtengan, es decir, sin importar si se llegan o no a conocerse datos o informaciones de carácter íntimo; respecto al conocimiento de datos o informaciones, no puede afirmarse lo mismo, siendo necesaria para constituirse una injerencia en el aspecto material del derecho, la efectiva toma de conocimiento de aquellos datos o informaciones. BUENO GALLARDO, E., *La configuración constitucional...*, cit., 2009, pp. 446-451. En este caso, el vínculo directo e inmediato entre la acción de terceros y la intimidad viene dado por la pertenencia a la esfera íntima y resultan relevantes sin mayores requisitos.

⁸⁷⁶ BUENO GALLARDO, E., *La configuración constitucional...*, cit., 2009, pp. 451-453, en referencia a la STC 197/1991, de 17 de octubre (FJ 2).

Asimismo, la autora explica las incidencias según el tipo de divulgación que se trate. En el caso de una divulgación ilegítima como la que comentamos en este punto, el carácter íntimo de dicha información no se excluye y, por lo tanto, aun pasando a ser de conocimiento público, su protección se mantiene vigente y, ante la obligación de preservar jurídicamente la naturaleza íntima de lo difundido, cualquier divulgación posterior se configuraría como una injerencia sucesiva en la intimidad del titular [p. 283 y SSTC 134/1999, de 15 de julio (FJ 6) o 99/2002, de 6 de mayo (FJ 8)]. Por el contrario, frente a una divulgación legítima por parte de terceros, cualquier divulgación posterior no constituiría una sucesiva injerencia al no existir la exigencia de reponer al titular la garantía constitucional en el pleno disfrute de su derecho (p. 296).

⁸⁷⁷ Lo dice BUENO GALLARDO, E., *La configuración constitucional...*, cit., 2009, p. 440 y a lo largo de su obra. Recuerda la autora que el magistrado Garrido Falla en su voto concurrente en la STC 119/2001 (FJ 4) argumentaba que el contenido del derecho a la intimidad incluye un poder amplio de exclusión de terceros de lo que es íntimo.

Véase la STC 202/1999, de 8 de noviembre (FJ 2) que venía a sostener que la protección de la vida privada se concebía también como «protección de la libertad y de las posibilidades de autorrealización del individuo».

⁸⁷⁸ STC 16/2004, de 23 de febrero (FJ 3), reiterada en la STC 199/2013, de 5 de diciembre (FJ 6).

⁸⁷⁹ Del artículo 8.1 del CEDH se observa la condición de la existencia de un vínculo «directo e inmediato» entre la acción del poder público y el ámbito de la vida privada y familiar que se entiende extensible a este caso. Asimismo, se ha hecho referencia, en determinadas ocasiones, a la «intensidad de la injerencia»: suficiente cuando se afecten aspectos menos íntimos para que constituya una perturbación real y efectiva del ejercicio de la libertad en el ámbito de la vida privada. Lo mismo ocurre según la CE. El TC ha señalado que «sea lo suficientemente grave» como para crear un ambiente negativo y lo sea «no solo según la percepción subjetiva o la sensibilidad particular de quien lo padece, sino objetivamente considerada» [STC 224/1999, de 13 de diciembre (FJ 3) o 136/2001, de 18 de junio (FJ 5)]. Además, se ha señalado que la gravedad deberá ser determinada objetivamente según la totalidad de las circunstancias concurrentes, tomándose en consideración —según BUENO GALLARDO— la reiteración o continuidad de la misma, y la calidad de la intimidad (que puede ser máxima, media o mínima), *vid.* BUENO GALLARDO, E., *La configuración constitucional...*, cit., 2009, pp. 442-443. Además, señala la autora, según ha expresado el TC, cuando la actuación de los poderes públicos que perturbe el ejercicio de la libertad consista en la prohibición de ciertos comportamientos íntimos o la sanción de las conductas llevadas a cabo en esa esfera, la gravedad de la intromisión deberá presumirse [STC 151/1997, de 29 de septiembre (FJ 5)]. Por otro lado, la toma de conocimiento o la cesión de datos o informaciones constituye comportamientos relevantes, salvo sean nimios o irrelevantes.

razonable de privacidad o confidencialidad»⁸⁸⁰. Al hilo, lo ha establecido como «un criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas», que implica «que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno»⁸⁸¹.

En todo caso, no olvidemos que la salvaguarda del interés jurídicamente protegido que motiva la norma no puede desatender la obligación de tener en cuenta la totalidad del texto constitucional en la concretización de cada una de las facultades y la coordinación de los bienes jurídicos, de forma que todos ellos encajen su identidad propia. El derecho a la intimidad «no es absoluto, sino que se encuentra delimitado por los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (...)»⁸⁸². De ahí que, aun cuando se produzca la afectación del aspecto material del derecho, no en todos los casos podrán desplegarse facultades que forman parte del ámbito jurídico de este derecho. El despliegue de sus facultades no será factible, pues, si existe otro derecho que protege específicamente al individuo frente a las supuestas intromisiones; si determinada injerencia o intromisión hubiera sido excluida legalmente o mediante autorizaciones judiciales del ámbito de protección; si encuentra justificación en el ejercicio de otro derecho constitucional (no forma parte del contenido); o si existe el consentimiento del titular para tal objeto (renuncia al ejercicio)⁸⁸³.

Con todo, para reconocer la eficacia del derecho a la intimidad de las personas trabajadoras en el ámbito de las relaciones laborales, merece que tengamos en cuenta el despliegue de los poderes públicos en cuanto a las características y dinámicas propias de este tipo de relaciones jurídicas de naturaleza privada. Desde luego, se atiende a que esta intervención ha de responder a exigencias públicas que se derivan del cumplimiento de los valores superiores y, en general, del engranaje dispuesto para el funcionamiento efectivo del

⁸⁸⁰ STC 12/2012, de 30 de enero (FJ 5) o 170/2013, de 7 de octubre (FJ 5).

⁸⁸¹ *Loc. cit.*, en referencia a *Peck c. Reino Unido*, de 28 de enero de 2003 (STEDH, ap. 58).

⁸⁸² STC 156/2001, de 2 de julio (FJ 4) y posteriormente STC 233/2005, de 26 de septiembre (FJ 4).

⁸⁸³ Puede verse el artículo 2.2 de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

Por ejemplo, resulta «incuestionable que el derecho en sí mismo no puede ser objeto de renuncia, pero ello no impide que puedan serlo alguna o algunas de las facultades que lo integran respecto a un supuesto específico: es inconcebible una disposición sobre el derecho en sí a la intimidad, pero perfectamente viable la exclusión de ese ámbito de una información que podría, en circunstancias normales, estar amparada por aquélla. En ese sentido, el consentimiento del titular tendría la virtualidad de excluir la ilegitimidad de aquello que, en principio podría calificarse de intromisión». CABEZUELO ARENAS, A. L., *Derecho a la intimidad, cit.*, 1998, p. 97.

La STC 176/2013, de 21 de octubre (FJ 7) señala que «ante una faceta estrictamente reservada de su vida privada y no existiendo consentimiento expreso, válido y eficaz prestado por los titulares de los derechos afectados, se produce una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales a la intimidad». La STC 117/1994, de 25 de abril (FJ 3) decía: «Estos derechos, como expresión de la persona misma, disfrutan de la más alta protección en nuestra Constitución y constituyen un ámbito exento capaz de impedir o limitar la intervención de terceros contra la voluntad del titular». Puede consultarse también la STC 110/1084, de 26 de noviembre (FJ 8).

modelo de Estado de Derecho, ante una relación jurídica modelo, por su parte, de la desigualdad originaria de la posición que ocupan sus partes.

II.2. El despliegue del derecho a la intimidad en el ámbito laboral

En este punto, una de las cuestiones que adquiere mayor importancia en el seno de una relación laboral es la relativa al alcance del derecho fundamental a la intimidad en el marco del desarrollo de un contrato de trabajo. En efecto, este o cualquier derecho fundamental de las personas trabajadoras no requiere desarrollo legislativo para desplegar su eficacia directa o inmediata en las relaciones laborales. No obstante, en la realidad del desarrollo de las relaciones laborales, en determinadas ocasiones, los empleadores ponen en marcha acciones que, amparadas en los poderes empresariales, podrían potencialmente violar la intimidad de los trabajadores.

Ocurre que el acervo normativo laboral representa un ejemplo de anomia legislativa en lo referido al derecho a la intimidad de los trabajadores, puesto que no existe un desarrollo directo ni completo del contenido del derecho⁸⁸⁴. Así, estamos ante una estructura insustancial de trato diluido con referencias «escuetas, esporádicas e inconexas»⁸⁸⁵.

Aun así, el ET nos ofrece una serie de preceptos referidos al derecho o vinculados a él. Por ejemplo, el artículo 4.2.e) señala que «en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida de su dignidad, comprendida la protección frente ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual». Aunque este artículo genérico no desarrolla estrictamente el contenido del derecho ni supone la concretización de algún límite a su ejercicio, estamos de acuerdo con que el beneficio radica en su declaración explícita de la titularidad de este derecho inespecífico de los trabajadores en la relación laboral, tal como recogíamos en el capítulo anterior⁸⁸⁶. Con ello, abre la puerta al reconocimiento de

⁸⁸⁴ El ET «no sigue un tratamiento completo en orden a la protección del derecho a la intimidad del trabajador, sino una deslavazada estructura que a veces parchea acá y allá el régimen jurídico del contrato de trabajo, y a veces atenta incluso contra la intimidad y dignidad de la persona misma». *Vid.* MARTÍNEZ RANDULFE, F., «Derecho a la intimidad y relación de trabajo: aproximaciones», en LOUSADA AROCHENA, F. y MOVILLA GARCÍA, M. (Coord.), *Derechos fundamentales y contrato de trabajo, las Jornadas de Otoño de Derecho Social*, Comares, Granada, 1998, p. 46. y también DEL VALLE VILLAR, J. M., «El derecho a la intimidad...», *cit.*, 1991, p. 487. Del texto constitucional se tiene que el desarrollo de los derechos fundamentales es materia a ser desarrollada por leyes orgánicas. Sobre la no necesidad de que el ET fuese una Ley Orgánica, puede consultarse a ALONSO OLEA, M., «La Constitución española como fuente del Derecho del Trabajo», en MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (Coord.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2003, p. 12.

Sobre la referencia de anomia legislativa, VALDÉS DAL-RE, F., «Contrato de trabajo...», *cit.*, 2003.

⁸⁸⁵ ARIAS DOMÍNGUEZ, Á. y RUBIO SÁNCHEZ, F., *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 58. También DE VICENTE PACHÉS, F., *El derecho del trabajador...*, *cit.*, 1998, p. 85.

⁸⁸⁶ Este precepto significa la concretización de todo lo que hemos venido sosteniendo desde las primeras líneas de este trabajo y, en concreto, la superación formal de la «dicotomía tradicional en nuestro derecho del trabajo, entre el status general de ciudadano y el de trabajador por cuenta ajena», donde claramente el derecho al respeto a la intimidad del trabajador es protegido por el Derecho del Trabajo en clara vinculación a su dignidad como persona y no como simple mercancía, tema al que también hemos dedicado diversas líneas, justamente, para favorecer el

algunas otras cuestiones también valiosas para una adecuada concretización del contenido. En primer lugar, la mención conjunta de la intimidad y la dignidad en el precepto «tiene especial significación al resaltar [...] la gran conexión existente» entre ambas, lo cual reafirma la naturaleza del derecho a la intimidad⁸⁸⁷. En segundo lugar, aun cuando el ET no complementa la protección genérica con una específica regulación protectora de una esfera íntima de la persona trabajadora que contenga —en sentido amplio— todos los aspectos que conforman ese ámbito propio y reservado de aquella, nos permite reconocer un blindaje a la salvaguarda de la intimidad del trabajador no solo cuando, sin género de dudas, se encuentre en un entorno «privado» o referido a cuestiones íntimas o de aislamiento en sentido estricto⁸⁸⁸.

Aquí han sido relevantes los aportes jurisprudenciales y doctrinales que reivindicaban ambas caras del derecho a la intimidad contenido en el artículo 18.1 de la CE en materia laboral⁸⁸⁹: se ha reivindicado la existencia de una esfera íntima y reservada irrelevante para la relación laboral por la que la persona trabajadora está facultada a defender de intromisiones del empleador y, además, se ha reconocido la continuidad de su libre autodeterminación personal en el interior de esta relación en aquellos aspectos no relacionados con desarrollo de la actividad⁸⁹⁰.

De obligada mención en este punto es la incorporación del artículo 20 *bis* en el ET, relativo a los «Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión», de acuerdo a la actual normativa de protección de datos personales⁸⁹¹. El precepto reconoce el derecho a la intimidad de los trabajadores «en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los

fundamento de la posición del trabajador como persona dentro de la relación laboral y para la reivindicación también del derecho a la intimidad mientras aquel se encuentra como parte en la relación laboral. *Vid.* MARTÍNEZ RANDULFE, F., «Derecho a la intimidad...», *cit.*, 1998, p. 46. En sentido parecido, GOÑI SEIN, J. L., *El respeto a la esfera...*, Civitas, Madrid, 1988, p. 21; BALLESTEROS LLOMPART, J., «Los derechos...», *cit.*, 1992, p. 142.

Por otro lado, se observa a lo largo del artículo 4.2 del ET una protección genérica del trabajador como persona dentro del ámbito laboral que alcanza tanto a lo físico, a través del deber del empresario sobre la seguridad e higiene en el trabajo, como en lo moral, a través de la prohibición de discriminación, de la protección del derecho a la intimidad y el respeto dignidad del trabajador, entre otros; y que según el caso, podrían ser reconducibles otros al derecho a la intimidad y dignidad del trabajador.

Vid. la STS 62/2018, de 25 de enero (ROJ 481/2018).

⁸⁸⁷ RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional...*, *cit.*, 1995, p. 186.

⁸⁸⁸ «Parece oportuno extender el alcance de la intimidad a aquellas acciones que [...] sólo incumben a la persona que las realiza o a su círculo más estrecho de relaciones, y carecen de repercusión para la ordenación de la coexistencia», DE DOMINGO, T., *¿Conflictos entre derechos fundamentales?...*, 2001, pp. 375-376.

⁸⁸⁹ Puede consultarse de SERRANO OLIVARES, R., «El derecho a la intimidad como derecho de autonomía personal en la relación laboral», *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 103, 2001, pp. 97-124.

⁸⁹⁰ Por ejemplo, el derecho a la tranquilidad del trabajador a no ser acosado, perturbado, expiado en el lugar de trabajo, a llevar de la forma que prefiera su apariencia externa o a llevar una vestimenta obligatoria respetuosa con su derecho. *Vid.* GOÑI SEIN, J. L., *El respeto a la esfera...*, *cit.*, 1988, p. 119.

⁸⁹¹ Disposición final decimotercera de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

derechos digitales». Ciertamente se trata de una referencia general vinculada a los grandes retos planteados por la revolución tecnológica en la línea de la nueva normativa supranacional. No obstante, requerirá la guía de la nueva normativa sobre protección de datos, por lo que le dedicaremos unas líneas en el capítulo dedicado a las TIC.

Con todo, podría resultar fácil reconocer que aquellos aspectos que conforman el ámbito íntimo y reservado de la vida de la persona trabajadora deben quedar resguardados ampliamente en el ámbito laboral, dado que la prestación de trabajo no podría entenderse relacionada con dichos aspectos⁸⁹². En sentido contrario, parece que de ahí se infiere que todo aquello relacionado con el desempeño del trabajo se encuentra desprotegido por el Derecho, al no existir intimidad en este escenario. Sin embargo, desde este momento conviene recordar, al menos, dos cuestiones adicionales: primero, que no todo lo que pertenece a la intimidad del trabajador como persona carece de vinculación con la relación laboral; y, segundo, que no todo lo que está directamente relacionado con el desempeño de la relación laboral está exento de producir un ataque a la intimidad de los trabajadores.

El supuesto conflicto entre intereses —no de derechos— que cada una de las partes en determinado momento y circunstancia considera legítimo, deberá resolverse identificando los componentes de cada derecho y, en última instancia, a partir de un análisis de proporcionalidad en la línea que hemos expuesto, identificar si el ejercicio de cualquier facultad empresarial se ha dado de forma legítima, es decir, sin vulneración del derecho.

II.2.A. El poder de dirección empresarial y el derecho a la intimidad de los trabajadores

Desde luego, no podemos olvidar que las partes de una relación laboral gozan de la titularidad de sus derechos fundamentales sin jerarquías. Tampoco podemos dejar de lado que nos encontramos dentro de una relación laboral y las facultades propias del ejercicio del poder de dirección empresarial conducen, desde el artículo 20 del ET, a la subordinación técnica del trabajador⁸⁹³.

⁸⁹² STSJ de Aragón 43/2016, de 3 de febrero (ROJ 49/2016), FD 4).

Téngase en cuenta, sobre este punto —aunque no suponga tema a desarrollar— que la garantía de la libertad del trabajador podría adquirir importancia en aquellas «empresas ideológicas» y «organizaciones de tendencia» en las que correspondería exigirse un comportamiento aceptable fuera del estricto desarrollo de la actividad laboral.

⁸⁹³ La protección del derecho a la intimidad de los trabajadores no puede mermar su deber básico de cumplir con las obligaciones concretas de su trabajo que ha aceptado cumplir de conformidad con las reglas de buena fe, diligencia y colaboración en el trabajo (artículo 20 del ET) que marquen las disposiciones legales, convencionales, consuetudinarias y ordenes empresariales que se ordenen como ejercicio legítimo de derecho a la libertad del empresario.

Por ejemplo, era el caso de la STSJ de Madrid 493/2001, de 10 de julio (ROJ 9382/2001), que resolvía sobre el uso obligatorio del gorro para el Jefe de Partida, negando el derecho a la intimidad del trabajador al amparo de unas Guías de prácticas correctas de higiene en Hostelería, Restaurantes, cafeterías y Bares, publicadas por el Ministerio de Sanidad y Consumo cuya aplicación voluntaria en el centro de trabajo se encontraba amparado por el artículo 4 del Real Decreto 2207/1995.

El del trabajo no es, pues, un ámbito donde pueda desarrollarse plenamente la personalidad del individuo trabajador ni protegerse al máximo un ámbito íntimo, propio y reservado, puesto que «la garantía de disfrute de una zona de intimidad para el trabajador viene contrapesada por las eficiencias del desarrollo de la actividad laboral»⁸⁹⁴. Aún más, podría modularse por el cumplimiento de deberes que se imponen al empresario y que responden a un interés superior ya sea público, general o incluso de los propios trabajadores⁸⁹⁵.

En ese contexto, el derecho a la intimidad de los trabajadores viene delimitado internamente por los deberes y derechos empresariales. Así, de acuerdo con el objeto del contrato que sea legítimo, deberá seguir una serie de adaptaciones y particularidades destinadas a reconocer sus contornos⁸⁹⁶. Viceversa, los poderes empresariales vienen delimitados por el ámbito protegido del derecho a la intimidad, por lo que el ejercicio legítimo de las facultades empresariales de dirección responderá a un cuidadoso respeto por garantizar una expectativa de intimidad en el trabajo. Nos sirvan algunos casos para ampliar esto que remarcamos.

Por un lado, reconozcamos que, ciertamente, el nombre y apellidos de una persona forman parte de su ámbito íntimo. Ahora bien, en el caso de las relaciones laborales, el empresario conoce dichos datos por motivo de la relación laboral. Pero, ¿se trata de un ámbito que puede defenderse frente a la acción de los demás? En principio, digamos que no.

Y, veamos qué ocurre si esos datos son colocados en un tablón de anuncios en el centro de trabajo, asociándolos al accidente de trabajo sufrido por dicha persona⁸⁹⁷. En este ejemplo, la empresa justificaba su actuación como legítima en base a un Protocolo de investigación de accidentes de la empresa (norma *infra* legal) que disponía la publicación de ese y otros datos personales de los accidentados a modo de prevención. Ahora bien, podríamos analizar si se trata de una actuación legítima, respetuosa con el derecho a la intimidad de la persona trabajadora. Al hilo, recordemos que la finalidad de la medida que se pretende conseguir debe ser, en principio, legítima. Ciertamente, el empleador tiene el deber legal y genérico de prevenir los riesgos laborales, sin embargo, no existe norma jurídica que configure un deber empresarial concreto de divulgar esos datos por cuestiones de seguridad de los trabajadores. El Tribunal razona en esa línea y señala que la actuación de la empresa no encuentra justificación

⁸⁹⁴ GOÑI SEIN, J. L., *El respeto a la esfera...*, cit., 1988, pp. 26-27. Vid. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 37.^a ed., Tecnos, Madrid, 2016, p. 309.

⁸⁹⁵ Debe distinguirse, en ese sentido, el cumplimiento del empresario de normativa externa a las decisiones que se deducen de su poder empresarial. Las normativas externas poseen mayor grado de protección dado que responden a un interés público o general.

⁸⁹⁶ Vid. MARTÍNEZ RANDULFE, F., «Derecho a la intimidad...», cit., 1998, p. 54, en su análisis de la STC 99/1994, de 11 de abril (FJ 7).

APARICIO ALDANA, R. K., *Derecho a la intimidad...*, cit., 2016, p. 49. La autora señala que «a la hora de delimitar el ejercicio lícito de este derecho, será necesario tener en cuenta que, en principio, el empresario se encuentra facultado para controlar y vigilar las actividades laborales de sus trabajadores».

⁸⁹⁷ STSJ de Aragón 43/2016, 3 de febrero (ROJ 49/2016).

en el Protocolo establecido que incluye la publicación de esos datos, siendo relevante a modo de prevención de futuros accidentes los datos relacionados al accidente en sí, sin que sea necesario identificar a la persona trabajadora, habiéndose vulnerado de ese modo su esfera íntima y reservada. En ese sentido, manifestamos que no se trata de una medida que responda al cumplimiento de algún deber empresarial con sustento normativo ni que encuentre respuesta en el ejercicio legítimo de su derecho empresarial, dado que la actuación concreta de identificar a la persona no sirve, no es útil, para prevenir futuros accidentes. Mucho menos existe el consentimiento de la trabajadora para su divulgación, por lo que constituye una acción que vulnera el derecho de la trabajadora.

En sentido parecido, qué ocurre cuando el nombre y apellido de un trabajador aparece en el cuadrante-gráfico elaborado regularmente por la empresa, sobre los servicios mensuales correspondientes, y se encuentra asociado a las letras «SAN» cuando ha recibido una sanción. Y, además, dicha información se comparte con otros cuatro centros de trabajo. El Tribunal Superior resuelve que no existe vulneración al derecho a la intimidad, alegando que, en este caso, «no nos hallamos en un supuesto en el que la empresa recurrida haya revelado datos referidos a la intimidad personal o familiar del trabajador recurrente, sino que se trata de eventos relativos a su actividad profesional al servicio de aquella»⁸⁹⁸. En ese asunto, cabe comenzar diciendo que su nombre vinculado al dato sobre la sanción y los días comprendidos de la misma, constituyen datos e informaciones que pertenecen a la esfera de su relación profesional, que involucra la existencia de detalles de un expediente sancionador del trabajador. En este caso, si bien es cierto que los datos referidos al nombre del trabajador y su calidad de sancionado son eventos referidos a su actividad profesional, los Tribunales no han realizado un adecuado análisis sobre la proporcionalidad de la medida. La actuación del empleador referida a identificar la sanción con un trabajador determinado no encuentra justificación en ninguna normativa. Teniendo en cuenta la consecución de un fin legítimo, como podría ser la optimización en la productividad de los trabajadores a través de la motivación para no cometer sanciones, podría ser útil que se revelen las sanciones impuestas. No obstante, la medida consistente en vincular el nombre del trabajador a la sanción se muestra inútil para alcanzar dicho fin, que escapa más al ámbito de la legitimidad a partir del conocimiento de toda la plantilla⁸⁹⁹. De hecho, podría ocasionar el efecto contrario y resultar perjudicial, incluso, para el trabajador: podría provocar en la persona trabajadora una preocupación por la exposición que podría desembocar, a su vez, en un estrés adicional. Ciertamente, el mero hecho de publicar los días de sanción podría haber servido como modelo

⁸⁹⁸ STSJ de Castilla y León 381/2017, de 1 de marzo (ROJ 628/2017, FD 3).

⁸⁹⁹ Por otra parte, en la STSJ de Asturias 870/2017, de 30 de marzo (ROJ 1222/2017), el Tribunal Superior de Justicia reconocía la vulneración del derecho a la intimidad, al haber remitido la empresa, de forma generalizada la existencia, el seguimiento y varios detalles de un expediente sancionador del trabajador.

para los otros trabajadores en aras de reducir la comisión de infracciones. En este caso, vistas las actuaciones empresariales, podemos decir que la medida llevada a cabo no fue necesaria para alcanzar los fines planteados.

Por otro lado, tenemos como aspecto específico de la intimidad de la persona, la facultad de decidir sobre la propia apariencia externa⁹⁰⁰ y, en concreto, como ejemplo de esa autonomía, al uso de la barba o manifestaciones similares. Ciertamente, la naturaleza de la relación de trabajo puede generar una obligación de la persona trabajadora de cumplir con una determinada apariencia, lo que se traduce en ciertas limitaciones a la facultad de decidir sobre dicho aspecto al momento de realizar determinadas actividades laborales. Ahora bien, las directrices no deben ser injustificadas.

Veamos, como primer ejemplo, el caso de un trabajador del sector hotelero quien decidió llevar el rostro con barba, contradiciendo las órdenes empresariales de llevar el rostro afeitado. El Tribunal resolvía rechazando la vulneración de su derecho a la intimidad ante la existencia de usos y costumbres en el sector de hostelería, «al menos en la provincia en la que desempeña sus funciones» de permanecer afeitados, sin bigote ni barba, para aquellos que tengan contacto directo con los clientes de restaurantes y bares, como era el caso del trabajador⁹⁰¹. Aquí la existencia de dicha norma sobre el asunto —además, vigente en el contrato de trabajo mediante una cláusula expresa— permitía al Tribunal entender como legítima la orden empresarial y declarar que el trabajador no tendría, en este caso, la libertad de llevar barba «como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula»⁹⁰². Es cierto que las normas que determinan la apariencia externa de las personas trabajadoras vienen motivadas por la actividad empresarial, sin embargo, las justificaciones de las medidas empresariales deben considerar también las características propias de la actividad del trabajador y si estas medidas son idóneas, estrictamente necesarias y proporcionadas para alcanzar el adecuado desarrollo de la actividad laboral. En este caso, el análisis del Tribunal reduce el asunto en conflicto a una cuestión de legalidad ordinaria comparando usos y costumbres laborales frente al propio ámbito de protección de un derecho fundamental, cuando, justamente, lo que se requiere es verificar si las directrices empresariales a las que se hacen referencia son ejercicio legítimo de un derecho fundamental. En especial, si las medidas

⁹⁰⁰ Podemos encontrar esta afirmación ya en la STSJ de Madrid, de 26 de marzo de 1992 [Aranzadi (AS 1992\1643, FD 2)].

⁹⁰¹ STS de 12 de febrero de 1986 (ROJ 11038/1986, FD 4). Otra cosa es la legitimidad de la norma infraconstitucional, que tendría que ser respetuosa a la CE y las normas de mayor rango.

⁹⁰² STC 170/1987, de 30 de octubre (FJ 4), en referencia a la STC 73/1982, de 2 de diciembre. Por ejemplo, la STSJ de Madrid, de 26 de marzo de 1992 [Aranzadi (AS 1992\1643), FD 2], menciona que el ejercicio del derecho podría verse modulado o sometido «por la necesaria adecuación que debe existir entre la función que realiza el titular y los presupuestos esenciales que le son exigibles en relación a las características de la actividad».

desplegadas son necesarias para poder desempeñar la actividad laboral sin perjuicio para la empresa, para los clientes y para el desarrollo del trabajo.

En sentido parecido, un cocinero que, desde el inicio de la relación laboral, llevaba bigote y, posteriormente, perilla, recibía la orden empresarial de presentarse con la barba completamente rasurada en su condición de manipulador de alimentos y, según el empresario, de conformidad con la normativa laboral vigente⁹⁰³. El empresario basaba la legitimidad de su orden en un uso social que regulaba la manipulación de alimentos, estableciendo que los trabajadores debían conocer y cumplir las instrucciones de trabajo para garantizar la seguridad y salubridad de los alimentos. Esta vez, el Tribunal apuntaba a la inexistencia de normativa legal, convencional o consuetudinaria que sustentase la orden empresarial concreta, y señalaba que el trabajador había venido desarrollando «su tarea con el debido aseo y cuidado»⁹⁰⁴. Podríamos puntualizar aquí que el derecho a la libertad de empresa por sí mismo no autoriza a perturbar la libertad del trabajador de llevar determinada apariencia externa y resulta que el cumplimiento de las obligaciones de los trabajadores puede realizarse válidamente cumpliendo, en este caso, con el debido aseo y cuidado⁹⁰⁵.

Por último, una cuestión similar ante la libre elección de la vestimenta en el trabajo. Al margen de la vestimenta que se exija por prevención de riesgos laborales —que forman parte, más bien, del cumplimiento de deberes empresariales, destinados a garantizar también la seguridad e integridad física de los trabajadores, pero que, aun así escapan a nuestro análisis—⁹⁰⁶, la elección y uso de determinada vestimenta representa un ámbito específico de la intimidad de las personas también en el ámbito laboral. En ese sentido, cualquier orden individualizada sobre vestimenta significaría un exceso de las «facultades de dirección de la empresa, pues al margen de la genérica corrección y limpieza que es siempre exigible [...], no cabe imponer o rechazar sin más una determinada indumentaria»⁹⁰⁷. Aun así, el empleador está

⁹⁰³ STSJ de Madrid 256/2001, de 18 de abril (ROJ 5216/2001, FD único).

⁹⁰⁴ Por otro lado, ARIAS DOMÍNGUEZ, Á. y RUBIO SÁNCHEZ, F., *El derecho...*, cit., 2006, pp. 57-58, señalaban que «[l]o trascendente para la apreciación de si ha existido o no una vulneración del derecho a la intimidad del trabajador lo constituye el contexto en el que se desarrolla el ejercicio del derecho fundamental y la restricción empresarial del mismo, como se ha afirmado con anterioridad, ni el ejercicio del derecho fundamental puede considerarse absoluto e incondicionado, en la medida en que la relación contractual laboral modula o matiza su ejercicio en determinadas circunstancias [...], ni todas las restricciones empresariales al ámbito de libertad personal son razonables, pues la celebración de un contrato de trabajo no restringe la eficacia de los derechos fundamentales inespecíficos».

⁹⁰⁵ En sentido parecido la STSJ de Madrid 426/2015, de 3 de junio (ROJ 7170/2015). La empresa ordenaba a la trabajadora que asistiera maquillada al trabajo, aun cuando tal extremo no venía contemplado en la «Normativa sobre imagen personal». Aunque no iba referido a la declaración de vulneración del derecho a la intimidad de la trabajadora, argumentaba que el maquillaje «no es una exigencia de uniformidad o apariencia adecuada conforme a los usos sociales», señalando, además, que tal exigencia sobrepasaría lo que se entiende por «apariencia adecuada o correcta».

⁹⁰⁶ Este supone un ejemplo de exclusión de la vestimenta como ámbito de intimidad al que hacíamos referencia en la parte general de derecho a la intimidad. Constituye un mandato mucho más trascendente en favor del interés general y es factible el sacrificio del derecho a la intimidad.

⁹⁰⁷ STSJ de Madrid 309/2002, de 7 de mayo (ROJ 6090/2002, FD 3).

facultado para determinar normas de uniformidad, de acuerdo con el tipo de actividades que realice la persona trabajadora o con las necesidades específicas de la actividad laboral.

Como primer ejemplo, sin entrar en el análisis de la sentencia, veamos el caso del Teleoperador al que se le requería el cumplimiento de una norma empresarial obligatoria de acudir vestido de forma adecuada, excluyendo el uso de pantalón corto. El Tribunal apuntaba a que la orden al trabajador era ajena al trabajo que realizaba el operador toda vez que, en el desarrollo de su labor, el actor no tenía ningún tipo de contacto con el público que pudiera representar la necesidad de llevar uniforme, y todo ello no implicaba afectación a la imagen de la demandada⁹⁰⁸.

Como segundo ejemplo, más complejo, el asunto de las trabajadoras de RENFE a quienes se les impuso el uso de un uniforme consistente en falda, diferenciada del uso de pantalón de sus compañeros hombres⁹⁰⁹. En lo que respecta al derecho analizado, la empresa argumentaba la disposición del uniforme en esas condiciones con la finalidad de dar una buena imagen de la empresa⁹¹⁰. El Tribunal no encontraba vulneración al derecho a la intimidad, aduciendo que «en el contexto y circunstancias en que ha sido tomada la medida empresarial» —en referencia al nuevo funcionamiento del AVE—, la misma «no alcanza a su vida privada, al limitarse la imposición al ámbito exclusivo de su actividad laboral de trato con la clientela»⁹¹¹. Argumento que no se ajusta al contenido del derecho, al reflejar una consideración desfasada del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido y, además, por pretender ajustar el fin alegado (dar una buena imagen) únicamente a través de la falda a las trabajadoras mientras se reconocía ese mismo fin en el uso de pantalón de los compañeros varones. El deber legítimamente exigible de cumplir con brindar un servicio adecuado no puede ceñirse al uso de la falda sin posibilidad de optar por una prenda que sí ha sido reconocida como útil para sus compañeros, como son los pantalones. La conducta diferenciada de la parte empleadora no encuentra sustento dentro de sus facultades legítimas de dirección empresarial que supone dictaminar el uso de una vestimenta determinada, puesto que representa en el caso concreto un acto que posee un trasfondo de discriminación. Resulta evidente, aun sin entrar en análisis rigurosos, que la disposición de un uniforme diferenciado,

Sobre el velo en el trabajo, en relación con la libertad religiosa y el derecho a la vida privada y familiar, pueden consultarse los pronunciamientos recaídos en los casos *Eweida y otros c. Reino Unido*, de 15 de enero de 2013 (STEDH, 48420/10) o *Ebrahimian c. Francia*, de 26 de noviembre de 2015 (STEDH, 64846/2011). El caso *Samira Achbita*, de 14 de marzo de 2017 (STJUE, Asunto C-157/15) o el caso *Asma Bougnaoui*, de 14 de marzo de 2017 (STJUE, Asunto C-188/15).

⁹⁰⁸ STSJ de Madrid 309/2002, de 7 de mayo (ROJ 6090/2002, FD 3).

⁹⁰⁹ En referencia al derecho a la igualdad y no discriminación el Tribunal argumentaba su no vulneración aduciendo, principalmente, que la empresa pública ya se encontraba adscrita a planes de igualdad y no existía denuncia previa sobre la utilización de dicha prenda diferenciada de los trabajadores varones. Asimismo, que dichas decisiones empresariales respondían a consideraciones organizativas empresariales ajenas a cualquier detrimento de la mujer.

⁹¹⁰ STS de 23 de enero de 2001 (ROJ 308/2001, FD 4.2).

⁹¹¹ STS de 23 de enero de 2001 (ROJ 308/2001, FD 4.3).

cuyo único criterio de diferenciación es el sexo de la persona trabajadora, constituye —al menos— una vulneración a la igualdad y no discriminación, lo que resultaría —para nosotros— suficiente argumento para declarar vulnerado el derecho a la intimidad de las trabajadoras, al no existir fundamento legítimo para tal decisión empresarial.

En sentido parecido la situación a la que se enfrentaban unas trabajadoras sanitarias a quienes se les obligaba a llevar, como único uniforme, una falda (sin posibilidad de opción de llevar pijama de trabajo consistente en pantalones, que utilizaba el personal masculino e incluso el personal femenino de otras categorías o secciones)⁹¹². Si bien es cierto que el Tribunal corregía el criterio aplicado al caso de las trabajadoras del AVE y señalaba la medida como discriminatoria, partía de la concepción restrictiva del derecho que considera a la intimidad como «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás» y, además, señalaba que la imposición de ese uniforme, aun habiendo declarado que supone una vulneración de un derecho fundamental, no vulneraría el derecho a la intimidad, dado que tendría como base un uso social que supone el uso de la falda en dimensiones normales vinculado, además, con históricas ideas de elegancia femenina⁹¹³. Aquí baste con señalar que, si los usos sociales representan la vulneración de derechos fundamentales, no pueden ser considerados como norma jurídica legítima, mucho menos si no están relacionadas al desempeño propio del objeto del contrato. De ese modo, solo quedaría considerar la orden empresarial ilegítima como una extralimitación de las facultades empresariales.

II.2.B. Los poderes de control y vigilancia empresarial frente al derecho a la intimidad de los trabajadores

Bien ha advertido la doctrina que, cuando se adoptan medidas de control y vigilancia, se corre el mayor riesgo de atentar contra la esfera de privacidad de los trabajadores⁹¹⁴. Y, además, mientras más concretas sean las medidas, más potencialmente lesivas de los derechos fundamentales pueden ser⁹¹⁵. El artículo 20.3 del ET habilita expresamente al empresario a adoptar las medidas de vigilancia y control «que estime más oportunas» con el objeto de «verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales», debiendo guardar en su adopción y aplicación «la consideración debida» a la dignidad humana de los

⁹¹² STS de 19 de abril de 2011 (ROJ 3120/2011).

⁹¹³ STS de 19 de abril de 2011 (ROJ 3120/201, FD 9).

⁹¹⁴ «Si la facultad organizativa y de dirección convergente en el contrato conlleva la de controlar la prestación del trabajador, es generalmente al adoptar las medidas de control cuando se entra y pisa en terrenos de fricción con la esfera de la privacidad del mismo», en MARTÍNEZ RANDULFE, F., «Derecho a la intimidad...», *cit.*, 1998, p. 54.

⁹¹⁵ ARIAS DOMÍNGUEZ, Á. y RUBIO SÁNCHEZ, F., *El derecho...*, *cit.*, 2006, p. 141.

trabajadores⁹¹⁶. El respeto por la dignidad de las personas trabajadoras viene a configurarse como primer elemento delimitador y «freno inquebrantable» para la actuación empresarial⁹¹⁷. Y, a partir de ahí, desde el conjunto del sistema, en relación con la CE y con el propio artículo 4.2.e), debemos recordar que en el despliegue de las medidas de control y vigilancia debe tenerse la consideración debida también al derecho fundamental a la intimidad de los trabajadores⁹¹⁸.

El precepto normativo sitúa la finalidad para el despliegue de dichas medidas en la verificación del cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales de los trabajadores. Esto último supone la prohibición de excederse de dicha finalidad y realizarse intromisiones en aspectos íntimos y reservados del trabajador que no tengan relevancia para dicho desempeño. Ahora bien, la mera alusión a la finalidad recogida en el precepto normativo no puede ser suficiente por tratarse de un contenido muy vago e impreciso⁹¹⁹. Más bien, el empresario deberá identificar y establecer el objetivo claro, específico e inteligible que, ciertamente, también sea legítimo⁹²⁰.

Del mismo modo, las medidas que adopte el empresario deberán ser «oportunas» para alcanzar el objetivo específico que sea acorde con la finalidad determinada en la norma⁹²¹. La justificación de la medida debe, además, sustentarse en razones concretas y motivadas⁹²², a

⁹¹⁶ Puede encontrarse una crítica sobre la ambigüedad y el carácter abstracto del precepto en ARIAS DOMÍNGUEZ, Á. y RUBIO SÁNCHEZ, F., *El derecho...*, cit., 2006, p. 139 y ss. Por su parte, GOÑI SEIN recordaba en un trabajo posterior que «la habilitación legal del artículo 20.3 ET no puede hacer que el «interés» del empresario a ejercer un control prevalezca siempre sobre los derechos fundamentales de los trabajadores». GOÑI SEIN, J. L., «Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2016, de 3 de marzo. Instalación de cámaras de videovigilancia para la obtención de pruebas y deber de información previa», *Ars Iuris Salmanticensis: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. 4, nº 2, 2016, p. 289.

El TC se ha pronunciado sobre la posibilidad de una «limitación de los derechos de los trabajadores por parte de las facultades empresariales» cuando se trate de una «acreditada necesidad o interés empresarial» [SSTC 98/2000, de 10 de abril (FJ 7) o 186/2000, de 10 de julio].

⁹¹⁷ «La vigilancia respetuosa con la dignidad humana, a saber, la puramente funcional, constituye un dato incuestionable y constante de la organización productiva inherente a la propia existencia del orden, que da contenido al poder ordenador y especificador del empresario», GOÑI SEIN, J. L., *El respeto a la esfera...*, cit., 1988, p. 110. Asimismo, habla sobre este punto RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional...*, cit., 1995, p. 188.

⁹¹⁸ Por entenderse derivado directamente de la dignidad humana. Hacen referencia a la protección a la intimidad en este precepto, entre otros, RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional...*, cit., 1995, p. 188; DEL VALLE VILLAR, J. M., «El derecho a la intimidad...», cit., 1991, p. 492; MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), *Comentario al Estatuto...*, cit., 1998, p. 310.

⁹¹⁹ MOLINA NAVARRETE, C., «El poder empresarial de control digital: ¿«Nueva doctrina» del TEDH o mayor rigor aplicativo de la precedente? A propósito de la STEDH de 5 de septiembre, caso Barbulescu c. Rumanía», *IUSLabor*, nº 3, 2017, p. 293. Lo que el autor denomina «principio de causalidad real y efectiva», sobre la base de lo dispuesto por la Gran Sala en el caso analizado (ap. 121).

⁹²⁰ Que sea acorde con la normativa, entendida esta en sentido amplio. Incluye no solo el precepto del ET, sino todas aquellas normas (desde la CE) que delimiten el derecho del empresario a desplegar las medidas de control y vigilancia.

⁹²¹ El precepto «supone, al tiempo que una posibilidad discrecional al empresario, un freno inquebrantable al poder fiscalizador del mismo», en GOÑI SEIN, J. L., *El respeto a la esfera...*, cit., 1988, p. 111.

⁹²² No debería bastar, entonces, la existencia de sospechas de mal comportamiento de los trabajadores para desplegar cualquier tipo de medida.

través de una evaluación interna y seria de las necesidades reales de la empresa⁹²³. Esto significa que, para que no produzcan efectos inconstitucionales, no solo se requiere la identificación de un objetivo determinado y legítimo, sino que las medidas establecidas sirvan para alcanzar una finalidad concreta y que no existan otras menos gravosas sobre el ámbito propio y reservado de las personas trabajadoras⁹²⁴. La legitimidad formal del artículo no puede, pues, avalar la implantación de medidas que el empresario aluda como oportunas con la mera referencia a dicha habilitación legal.

Y aquí vamos a utilizar el ejemplo de la medida empresarial de detectives privados, práctica que ha venido siendo considerada legítima si se desempeña en lugares públicos⁹²⁵ y, según los Tribunales, mediante vías legítimas⁹²⁶.

Comentamos el seguimiento de un trabajador quien realizaba sus actividades de trabajo en la vía pública⁹²⁷. Sobre él recayó una vigilancia y control de su actividad laboral a manos de un detective privado, aduciendo la necesidad de verificación del cumplimiento del horario de trabajo. No obstante, el seguimiento se iniciaba desde el propio domicilio del trabajador, suponiendo dicha acción, según nuestro criterio, una vulneración al derecho a la intimidad del trabajador por dos cuestiones: por un lado, a través del seguimiento se accedía a datos, informaciones y rutinas personales y familiares que no poseían vinculación con el cumplimiento de su desempeño ni con sus deberes laborales, como el colegio de su hijo y las rutinas diarias que realizaba antes de la hora de entrada; y, por otro lado, la medida de control

⁹²³ Puede concluirse de sentencia recaída en el Caso *Bărbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre (STEDH, Gran Sala, ap. 121) la necesidad de que el Estado verifique activamente el cumplimiento de este comportamiento del empleador por su relevancia como garantía para el ejercicio legítimo de sus facultades de vigilancia, extrapolable a cualquier actuación empresarial que pueda incidir sobre los derechos de los trabajadores.

⁹²⁴ Desde luego, «los controles empresariales que puedan establecer los empleadores en uso de su derecho a controlar la actividad de los trabajadores serán lícitos mientras no produzcan resultados inconstitucionales, y que para poder afirmar si ese respeto se entiende producido o no, habrá que establecer en cada caso si la medida empresarial adoptada se acomoda a las exigencias de proporcionalidad entre el fin pretendido con ella y la posible restricción de aquel derecho fundamental de los trabajadores» [STSJ de Valencia 1809/2014, de 8 de julio (ROJ 5790/2014)].

⁹²⁵ STSJ de País Vasco 627/2013, de 9 de abril (ROJ 2453/2013, FD 4).

La STS de 19 de julio de 1989 (FD 3) que señala: «[s]i cuando, como en el caso de autos ocurre, la actividad laboral se desarrolla, necesariamente, fuera del centro de trabajo y, en consecuencia, no existe otro medio de control admisible que el seguimiento externo del trabajador, ante la sospecha de un incumplimiento, por su parte, del cometido laboral que tiene asignado, obvio resulta, que tal medida controladora o de vigilancia no puede tildarse de atentatoria a la propia dignidad personal del trabajador y, mucho menos, a su intimidad personal, por cuanto sostener lo contrario supondría vaciar de contenido el derecho de dirección que incumbe a la empresa».

⁹²⁶ STSJ de Cataluña 2061/2005, de 8 de marzo (ROJ 3052/2005) y STSJ de Andalucía 1382/2012, de 24 de mayo (ROJ 4708/2012, FD 4). Insisten los tribunales en la no vulneración del derecho al tratarse de seguimiento hechos en la vía pública, en contraposición, a espacios privados como el domicilio, en la STSJ de Cataluña 6530/2018, de 12 de diciembre (ROJ 11567/2018, FD 2).

⁹²⁷ STSJ de País Vasco 651/2018, de 22 de marzo (ROJ 832/2018).

no tenía correspondencia con el supuesto objetivo señalado de verificación, puesto que aquella no se iniciaba en el lugar de trabajo (aunque este fuera móvil)⁹²⁸.

Asimismo, el ejemplo de un trabajador que realizaba su trabajo en la vía pública al que se le vigilaba mediante detective privado incluso durante periodos de tiempo que no representaban los de desempeño de su trabajo, como los referidos a los descansos para comer que incluían los lugares que decidía frecuentar⁹²⁹. Enfatizamos en que el desempeño de la actividad laboral, aun cuando se realice en la vía pública, no puede confundirse con aquel periodo de descanso durante el cual el trabajador posee una expectativa razonable de privacidad. El derecho a la intimidad defiende un ámbito para que el trabajador «no sea vigilado, sometido a seguimiento o de cualquiera de las maneras pueda realizarse una intromisión en su esfera personal, la que no sólo redunda en aquéllos contenidos íntimos de la relación del sujeto, como pueden ser los domésticos o privados, sino en su propia capacidad y autonomía de deambulación, expresión y manifestación». Se trata de un intervalo de tiempo en el que el empresario no puede fiscalizar al trabajador por no encontrarse este último realizando las obligaciones y deberes correspondientes a su actividad laboral. Interesa, en cualquier caso, defender que cualquier toma de conocimiento de datos e informaciones que constituyan el ámbito propio de intimidad de la persona trabajadora supondrá una vulneración de su derecho fundamental.

Tres últimas cuestiones que nos gustaría señalar:

Primero, reconocemos que este tipo de medidas empresariales pueden constituirse como las medidas más eficaces y solventes para conseguir los datos e informaciones que el empresario requiere. No obstante, no pueden reivindicarse de manera generalizada como un

⁹²⁸ «[Y]a que el control del trabajador fuera del mismo [centro de trabajo] constituye una excepción al principio general, y, por ello, precisamente, dicha posibilidad debe interpretarse restrictivamente». ARIAS DOMÍNGUEZ, Á. y RUBIO SÁNCHEZ, F., *El derecho...*, cit., 2006, p. 139.

⁹²⁹ Es el ejemplo de la STSJ de País Vasco 627/2013, de 9 de abril (ROJ 2453/2013), en el voto particular del Magistrado Florentino Eguaras Mendini, como evidencia clara de una vulneración al derecho a la intimidad del trabajador.

Antes lo hacía la STSJ de Madrid 578/2007, de 27 de junio (ROJ 8875/2007, FD 8): «en relación el supuesto que nos ocupa, con la citada doctrina, hemos de destacar en primer lugar que la actividad que cualquier persona pueda llevar a efecto fuera de su centro de trabajo, pertenece a la esfera de su vida privada, aun cuando se desarrolle en espacios públicos, y no puede ser fiscalizada por la empresa, porque forma parte de su intimidad, no teniendo los empleadores derecho alguno a conocer a qué dedican los trabajadores su tiempo, qué actividades pueden desarrollar, que aficiones pueden tener o, en fin, cuáles son sus intereses o las personas con las que se relacionan, por lo que aun cuando el seguimiento se haga en la calle, constituye una intromisión en su vida privada, porque las ocupaciones o actividades de las personas en espacios públicos siguen perteneciendo a su intimidad, en tanto son compartidos con quienes ellos quieran o amparados por el anonimato cuando lo deseen y, en ningún caso tienen porque ser conocidos por la empresa, exactamente igual que la actividad que pueda llevar a efecto un trabajador dentro del centro de trabajo pero en las zonas de recreo o descanso a las que se refiere el Tribunal Constitucional en los supuestos concretos que se le han planteado, que igualmente son espacios públicos en los que no debe de introducirse la vigilancia empresarial, por lo que su doctrina es perfectamente aplicable al caso que nos ocupa». Y lo sigue recogiendo, por ejemplo, la STSJ de Asturias 870/2017, de 30 de marzo (ROJ 1222/2017, FD 17).

ejercicio legítimo de las facultades de control y vigilancia del trabajador⁹³⁰. Hacerlo sería inclinar la balanza hacia el empresario que ya cuenta con una situación de poder inicial que, más bien, debe ser controlada para no excederse en contra de los trabajadores.

Segundo, incluso cuando se realice en la vía pública y para verificar efectivamente el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales, su utilización supondría una intromisión de un tercero ajeno a la relación laboral, quien adquiere una posición superior a la del propio trabajador sin ser parte de la relación laboral, ejerciendo unas facultades que pueden traer consigo la atribución de responsabilidades a los trabajadores⁹³¹. Lo que, no podemos negar, asume connotaciones de gravedad.

Tercero, pero no menos importante, la legitimidad de esta medida ha venido amparando su carácter de clandestina. En aras del respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores, el empresario también tiene la obligación de respetar las exigencias de la buena fe que pueden entenderse materializadas en la exigencia de un deber de información que protege frente a intromisiones en la intimidad⁹³². De ese modo, cualquier medida de control o vigilancia clandestina no respondería con estas directrices y violaría el derecho a la intimidad de la persona trabajadora⁹³³. El denominado test de la transparencia se configura como una condición necesaria para entender iniciada la satisfacción del juicio de legitimidad de la medida⁹³⁴, tanto si se tratan de medidas puntuales como aquellas que se prolonguen en el tiempo, de modo que exista la posibilidad de desplegarse todas las garantías *ex post* para la

⁹³⁰ Tanto más si estamos a lo señalado por el artículo 7 de la Ley orgánica 1/1982, en relación con el artículo 2 de la misma ley que considera intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad, entre otras (sin perjuicio de aquellos supuestos en los que exista consentimiento expreso del titular del derecho y de actuaciones autorizadas por una ley) «el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas» y «la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción». Y el uso de detectives privados supone un medio aún más perverso, según la STSJ de Madrid 578/2007, de 27 de junio (ROJ 8875/2007, FD 8).

⁹³¹ Al respecto del poder de control, «sólo puede ser ejercido por el empresario en virtud del poder de dirección o por personal colaborador, integrado en la estructura jerárquica de la empresa al que se le ha encargado la misión de atender la vigilancia del desarrollo de la actividad laboral y dependiente [...]». GOÑI SEIN, J. L., *El respeto a la esfera...*, cit., 1988, p. 137.

⁹³² El TC en su sentencia 29/2013, de 11 de febrero (y su consolidación a partir de la sentencia del caso *Bărbulescu*) recalca que «el art. 18.1 CE impone como regla de principio y, de forma añadida al resto de sus garantías [...] un deber de información que protege frente a intromisiones ilegítimas en la intimidad» (FJ 6), basándose en su afirmación hecha en la STC 196/2004, de 15 de noviembre (FJ 9), según la cual «se vulnera el derecho a la intimidad personal cuando la actuación sobre su ámbito propio y reservado no sea acorde con la ley y no sea consentida, o cuando, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida».

⁹³³ Decía GOÑI SEIN que la vigilancia clandestina debe rechazarse, pero aquella que funciona con el consentimiento del trabajador también puede vulnerar el derecho a la intimidad. Vid. GOÑI SEIN, J. L., *El respeto a la esfera...*, cit., 1988, p. 27.

⁹³⁴ MOLINA NAVARRETE, C., «El poder empresarial de control...», cit., 2017, p. 295.

protección de sus derechos fundamentales o, al menos, dejar expeditas las posibilidades de hacerlo⁹³⁵.

Además de ello, la consideración de estas medidas como legítimas deja de lado el cumplimiento del principio de proporcionalidad. Podrían emplearse, desde luego, medidas menos restrictivas para alcanzar los fines concretos de control y vigilancia a las personas trabajadoras, tales como situar cámaras, previa información a los trabajadores, en las entradas y salidas de los centros de trabajo. Del mismo modo, comprobar el cumplimiento de sus deberes y obligaciones contractuales a través de terceros, como pueden ser los clientes o a través de sistemas de seguimiento o localización lo menos invasivos posible.

II.2.C. Especial referencia al control de la salud del trabajador por personal médico

Como siguiente manifestación específica del poder empresarial, recogemos en el artículo 20.4 la habilitación para «verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante el reconocimiento a cargo de personal médico»⁹³⁶.

Ya hemos dicho que cualquier dato o información referidos a la salud de la persona forma parte de su ámbito íntimo. Ahora afirmamos que la persona trabajadora posee una protección de aquellos datos médico-sanitarios que le definen o de otros relacionados con su salud⁹³⁷. Ahora bien, el estado de salud alegado para justificar sus inasistencias al trabajo no puede entenderse como una información que deba ser protegida por el derecho a la intimidad de las personas trabajadoras. Se trata de una causa para la imposibilidad de cumplir con el desempeño de trabajo que, a su vez, provoca la alteración del desarrollo normal de las actividades técnico-productivas en perjuicio del empresario⁹³⁸.

⁹³⁵ Vid. MARTÍNEZ RANDULFE, F., «Derecho a la intimidad...», *cit.*, 1998, p. 59, aunque realiza afirmaciones en esta línea, más bien referidas a la implantación de medidas con aparatos tecnológicos que procedan a la captación posterior de imágenes. Consideramos esas afirmaciones perfectamente aplicables a cualquier medida de control y vigilancia sin que sean limitadas a las desarrolladas mediante aparatos. Por su parte, GOÑI SEIN remarcaba que, incluso en el caso de aquellas medidas implantadas con el consentimiento, podría vulnerarse el derecho a la intimidad del trabajador. Vid. GOÑI SEIN, J. L., *El respeto a la esfera...*, *cit.*, 1988, p. 27.

⁹³⁶ Además, añade que la negativa del trabajador a someterse a dichos reconocimientos «podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones». La STS 62/2018, de 25 de enero (ROJ 481/2018, FD 4) señala como única y exclusiva finalidad del precepto, «la comprobación del carácter justificado de las faltas de asistencia que el trabajador haya justificado en su estado de salud».

⁹³⁷ Ahora vamos a excluir de este comentario aquellos supuestos en los que se accede al control y vigilancia periódica del estado de salud «en función de los riesgos inherentes al trabajo», por constituir un deber empresarial que protege al trabajador, dispuesto en norma legal, por ejemplo, en el artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, sobre prevención de Riesgos Laborales.

⁹³⁸ Para alguno la facultad dispuesta en el artículo 20.4 del ET «[...] no es una emanación del poder directivo y organizador». MARTÍNEZ RANDULFE, F., «Derecho a la intimidad...», *cit.*, 1998, p. 59.

MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), *Comentario al Estatuto...*, *cit.*, 1998, p. 311, señala que «la facultad de control del empresario durante la situación de enfermedad extiende la posibilidad de vigilancia de actividades desempeñadas realizadas mientras dura la situación de baja, constituyendo una violación de la buena fe

Aquí la legitimidad formal de las facultades empresariales reduce la finalidad a la verificación de las razones que brinda el trabajador para justificar sus ausencias al trabajo. En base a las razones concretas que brinde el trabajador, el empresario podrá disponer la medida «específica» de reconocimiento a cargo de personal médico.

Sin embargo, el problema no se soluciona con ello y en el ejercicio de esa facultad legítima genérica pueden configurarse vulneraciones al derecho a la intimidad⁹³⁹. Esto puede colegirse del ejemplo de una trabajadora con baja temporal por trastorno depresivo secundario a problema laboral, quien por encargo del empresario es sometida a pruebas psicológicas⁹⁴⁰. Dichas pruebas no solamente fueron dispuestas durante un tiempo prolongado, sino que incidieron sobre aspectos personales, tales como sus relaciones personales o su desenvolvimiento en distintos ámbitos que excedían el motivo de la baja temporal estrictamente vinculado al ámbito laboral. Visto el tiempo de control médico prolongado y la extralimitación del ámbito de dicho control, estamos de acuerdo con que la actuación médica ha supuesto «una clara intromisión de los ámbitos personales que configuran la propia personalidad humana»⁹⁴¹.

Por ello, no puede determinarse de forma genérica que todo procedimiento hecho por personal médico responda al ejercicio legítimo de la facultad empresarial de verificar el estado de salud alegado por la persona trabajadora⁹⁴². La exigencia del ejercicio de estas facultades empresariales también requiere que la información o los datos que se obtengan deban ser adecuados y limitados a lo necesario —en tiempo y fondo— para la verificación de la veracidad de las razones otorgadas, de modo que no se accedan a ámbitos, datos o

contractual el ocuparse en actividades que puedan agravar las patologías o dificultar la recuperación». Por otro lado, el legislador «ha pensado más en las exigencias técnico-organizativas de la empresa que en las posibles agresiones a los derechos de los trabajadores constitucionalmente garantizados», GOÑI SEIN, J. L., *El respeto a la esfera...*, cit., 1988, p. 221.

⁹³⁹ Sin perjuicio de lo señalado, el reconocimiento de la salud del trabajador por personal médico del empresario pone en tela de juicio el propio sistema de concesión de bajas laborales, dado que redundaría en un acceso a la información corporal o psíquica que determina el accidente o la enfermedad que dan motivo a la ausencia en el trabajo. Acceso que ya ha sido realizado legítimamente por quien otorga la baja laboral y cuya repetición «supone una perturbación del derecho a la intimidad en la medida en que tal control es innecesario desde el momento en que se ha obtenido una declaración oficial por parte de la Seguridad Social [o quien corresponda] y el empleador puede impugnar la misma» (corchetes nuestros). Cita de RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional...*, cit., 1995, p. 190. También DEL VALLE VILLAR, J. M., «El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo en el ordenamiento laboral español», en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (Coord.), *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 174 y ss. GOÑI SEIN, por su parte, criticaba el precepto afirmando que «se organiza un sistema propio de control empresarial que no repara ni se detiene ante las formas ilícitas manifiestamente lesivas del interés al respeto de la dignidad y a la vida privada del trabajador». GOÑI SEIN, J. L., *El respeto a la esfera...*, cit., 1988, p. 215.

⁹⁴⁰ STSJ de País Vasco 1419/2004, de 6 de julio (ROJ 1048/2004).

⁹⁴¹ STSJ de País Vasco 1419/2004, de 6 de julio (ROJ 1048/2004, FD 2).

⁹⁴² Véase la STS 62/2018, de 25 de enero (ROJ 481/2018, FD 6.2) que menciona: «corresponde al empresario establecer la metodología que considere más adecuada en el ejercicio de esa facultad de dirección y organización de la actividad laboral, una vez más, con respeto de los derechos de los trabajadores y dentro de los límites que ya hemos reseñado».

informaciones de su esfera privada irrelevantes para la justificación de las inasistencias y, desde luego, para la finalidad de la medida.

II.2.D. La alegada «inviolabilidad» de la persona del trabajador

Por último, veamos el artículo 18 del ET que habilita, como medida excepcional, la realización de «registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares»⁹⁴³. Antes que nada, tengamos en cuenta que todos ellos constituyen ámbitos que representan una esfera íntima personal, así como «una prolongación espacial» sobre cosas o espacios físicos que reclama la persona para su desenvolvimiento natural, es decir, donde el trabajador puede desarrollar «su libertad e individualidad»⁹⁴⁴. Asimismo, como aspectos que forman parte de la intimidad constitucionalmente protegida de las personas trabajadoras, merecen resguardo de cualquier intromisión de los poderes empresariales, al tratarse de cuestiones irrelevantes para el desempeño de la obligación laboral pactada⁹⁴⁵. Se trataría, pues, de «un miramiento, un examen fiscalizador y detenido de [otra] persona (en la parte de su envoltura física que permanece oculta), del espacio físico reservado a su propia intimidad, y de las cosas que en él se guardan»⁹⁴⁶, que supone una injerencia en dicho ámbito.

La finalidad que motiva el registro es la necesidad de «protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa», cuando sean realizados «dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo». Lo grave aquí sigue siendo la habilitación de una autotutela empresarial en beneficio propio que podría facilitar, en la práctica, decisiones de carácter subjetivo⁹⁴⁷. Desde la posición de excepcionalidad que supone una intromisión a la

⁹⁴³ Entendemos que dichas facultades no forman parte de los poderes empresariales que se reconocen en el artículo 20 del ET.

⁹⁴⁴ GOÑI SEIN, J. L., *El respeto a la esfera...*, cit., 1988, pp. 171-172.

Puede ser el caso, por ejemplo, de los cajones de una mesa de trabajo sita en el centro empresarial que forman parte de los efectos personales del trabajador y que «deben ser respetados, bajo actuación vulneradora de su inviolabilidad [...]» [STSJ de Castilla-La Mancha 980/1999, de 16 de septiembre (ROJ 2409/1999, FD 3)]. A diferente consecuencia jurídica se llega en el caso de un trabajador que alega vulneración del derecho a la intimidad por haber sido registrado el vehículo de propiedad de la empresa en el que aquel realizaba sus labores, sentencia en la que la Sala deniega la pretensión señalando que tal vehículo no supone bien particular del trabajador [STSJ de Baleares 189/2016, de 9 de mayo (ROJ 453/2016, FD 4) y confirmado mediante ATS de 28 de junio de 2017 (ROJ 7096/2017, FD 1)].

⁹⁴⁵ MARTÍNEZ RANDULFE, F., «Derecho a la intimidad...», cit., 1998, p. 54. Por su parte, la STS de 26 de septiembre de 2007 (ROJ 6128/2007, FD 3) recuerda que «[t]anto la persona del trabajador, como sus efectos personales y su taquilla forman parte de la esfera privada de aquél y quedan fuera del ámbito de ejecución del contrato de trabajo al que se extienden los poderes del artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores».

⁹⁴⁶ Creemos que con esta forma se ha pretendido hacer creer que la protección de la intimidad de los trabajadores se ha extremado cuando, en realidad, se ha instaurado un tipo de poder «cuasi absoluto» sin que sea necesaria autorización alguna, excediendo las facultades empresariales y que solo debería ser ejercitable por funcionario público, borrando del ámbito laboral las garantías que se exigen para el registro personal de cualquier ciudadano. Vid. MARTÍNEZ RANDULFE, F., «Derecho a la intimidad...», cit., 1998, pp. 55-56 o GOÑI SEIN, J. L., *El respeto a la esfera...*, cit., 1988, p. 167.

⁹⁴⁷ Vid. GOÑI SEIN, J. L., «Inviolabilidad de la persona...», cit., 2016, pp. 415-416. Revisar lo expuesto también por DE VICENTE PACHÉS, F., *El derecho del trabajador...*, cit., 1998, pp. 240-243.

esfera propia y reservada⁹⁴⁸, la necesidad de protección del patrimonio debe entenderse a partir de una rigurosidad en unos términos lo más cercanos a lo pretendidamente objetivo⁹⁴⁹. Para neutralizar una actuación de exceso empresarial, podríamos entender la necesidad ligada a la garantía de un patrimonio de cierta relevancia⁹⁵⁰, es decir, que represente un estimable valor — aunque no referido solo a lo económico—, que pueda producir consecuencias cuantiosas o un inminente y un grave riesgo, tanto para la continuidad del funcionamiento y solvencia de la empresa como para la seguridad para la persona trabajadora, los demás trabajadores o las propias instalaciones de la empresa⁹⁵¹, y que haga imposible la intervención inmediata de la Autoridad policial u otros medios para garantizar dicho patrimonio⁹⁵².

⁹⁴⁸ Que involucra para algunos la atribución de policía privada al empresario en DURÁN LÓPEZ, F., «Artículo 18.-Inviolabilidad de la persona del trabajador», en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales...*, Tomo IV, *cit.*, 1983, p. 536. Asimismo, GOÑI SEIN, J. L., «Inviolabilidad de la persona del trabajador», en GOERLICH PESET, J. M.^a (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 414.

No estamos de acuerdo con lo manifestado por ARIAS DOMÍNGUEZ, Á. y RUBIO SÁNCHEZ, F., *El derecho...*, *cit.*, 2006, p. 69, quienes, basándose en lo señalado por el artículo 8 de la Ley Orgánica 1/1982 que legitima las intromisiones «autorizadas o acordadas por Autoridad competente de acuerdo con la Ley, pareciera que intentan dotar al empresario de una categoría de mismísima «Autoridad competente» para los efectos de subsunción de dicha norma en el caso de los Registros.

⁹⁴⁹ *Vid.* DURÁN LÓPEZ, F., «Artículo 18.-Inviolabilidad...», *cit.*, 1983, p. 537.

Asimismo, el autor explica la consideración de los bienes que formen parte del patrimonio empresarial, desde un punto de vista amplio, debiendo alcanzar también «a todos aquellos bienes que se encuentren en la empresa *por razón de la propia actividad empresarial*, aun siendo propiedad de terceros: porque estén depositados en la misma, porque estén pendientes de entrega o de transformación o reparación, etc. Es, pues, la *conexión con la actividad empresarial*, por así decirlo, de los bienes, lo que permite la protección de la propiedad de los mismos [...], sin que sea necesario que el titular del correspondiente derecho de propiedad sea el empresario, sino que puede serlo un tercero que mantenga las pertinentes relaciones con la empresa», *op. cit.*, pp. 540-541. En este sentido concuerda GOÑI SEIN, J. L., *El respeto a la esfera...*, *cit.*, 1988, p. 187.

⁹⁵⁰ El patrimonio que se intenta proteger no puede referirse como cualquier existente en la empresa. Los márgenes de interpretación de lo ha de entenderse por patrimonio no pueden ser tan groseramente amplios, que lleven a la injerencia del derecho a la intimidad de cualquier trabajador por cualquier bien de propiedad del empresario o de otros trabajadores. De esa manera pueda ser posible hablar de una minimización del impacto sobre el derecho a la intimidad evidentemente perturbado, puesto que las facultades de policía privada, cuanto menos, «para no entrar en conflicto con el mismo en grado tal que provocara la inconstitucionalidad de la norma que las consagra, han de venir fundamentadas en la protección de bienes de cierta relevancia e instrumentalizadas salvaguardando los derechos inviolables de la persona que puedan resultar afectados», DURÁN LÓPEZ, F., «Artículo 18.-Inviolabilidad...», *cit.*, 1983, p. 536.

La relevancia que se pone de manifiesto podría determinar la inconsistencia de la pretendida protección a los bienes de los demás trabajadores de la empresa, tanto más tratándose de bienes que no se relacionan con el objeto de las facultades empresariales legítimas que, en términos generales, se encaminan a conseguir y optimizar los fines productivos de su organización empresarial. De este modo, las injerencias en el ámbito íntimo y propio de cualquier trabajador no pueden sino ser sometidas a extremas consideraciones y, además, estas consideraciones deben encontrarse estrechamente relacionadas con la actividad productiva. Aun así, no es objeto de este trabajo desarrollar opiniones sobre la consistencia normativa de este precepto legal, pudiendo consultarse a GOÑI SEIN, J. L., *El respeto a la esfera...*, *cit.*, 1988, p. 172 y ss. Además, con aportes interesantes para el debate, DURÁN LÓPEZ, F., «Artículo 18.-Inviolabilidad...», *cit.*, 1983, p. 540, quien señala que «son facultades que se le reconocen por su condición de garante del orden de la empresa, pero que van dirigidas a tutelar también los intereses patrimoniales de los propios trabajadores».

⁹⁵¹ Puede ser el caso de información que lleve aparejado un peligro de revelación de secretos empresariales. Este requisito es señalado por GOÑI SEIN, J. L., *El respeto a la esfera...*, *cit.*, 1988, pp. 186-188. Explica que la relevancia se sostiene en «repercusiones negativas o el daño presumiblemente grave que pueda ocasionar a la empresa, bien directa o indirectamente favoreciendo a las empresas competidoras del ramo, la divulgación ilegítima de dicha información», p. 187. También DURÁN LÓPEZ, F., «Artículo 18.-Inviolabilidad...», *cit.*, 1983, pp. 538-539.

Esto nos lleva ineludiblemente a reafirmar que las razones que motiven los registros deben ser concretas y deben responder a sospechas reales de agresión a determinado patrimonio⁹⁵³, siendo inadmisibles los registros «preventivos» o «rutinarios» que representan, más bien, «un mero capricho empresarial»⁹⁵⁴ y reflejan un estado general de «desconfianza» hacia los subordinados⁹⁵⁵. La jurisprudencia ha aceptado la prevención en los registros en algunos supuestos concretos, tales como determinados procesos de producción, necesidad de vigilancia sobre bienes que ingresen a la empresa por su peligrosidad, un nivel óptimo de salud o higiene en el trabajo o por la disposición convencional que así lo establezca⁹⁵⁶. En todos estos casos, podríamos estar ante una necesidad social importante que valide un registro de manera preventiva. Ahora bien, cualquier control *ex ante* siempre debe realizarse conforme al principio de proporcionalidad, es decir, deberá justificarse caso por caso la concurrencia de indicios razonables y objetivos que demuestran un riesgo en la conducta del empleado, bien para la actividad laboral, bien para la seguridad propia o de terceros. Estos indicios deben ser probados de forma concluyente. De lo contrario, se estaría vulnerando, en lo que aquí respecta, su derecho a la intimidad.

Antes bien, el máximo respeto a la dignidad e intimidad de los trabajadores supone principalmente el despliegue de medidas preventivas destinadas a evitar el acceso no controlado a personal no autorizado sobre bienes peligrosos, si ese es el caso que motiva un eventual control sobre la persona o sus objetos personales.

También el precepto ha dispuesto que, para la realización de cualquiera de los registros que se amparen en este artículo, deba respetarse «al máximo la dignidad y la intimidad del trabajador», puesto que el registro en sí mismo —sin el consentimiento válido, libre y eficaz

Puede ser el caso de un trabajador a quien se le registró su taquilla encontrándose sustancias tóxicas en su interior. Además, realizaba su trabajo bajo los efectos de las drogas, lo que suponía «un evidente peligro para él, los restantes trabajadores y la empresa». [STSJ de Cataluña 192/2009, de 14 de enero (ROJ 191/2009, FD 2)].

⁹⁵² Por ejemplo, se hacía referencia a otras alternativas a considerar tales como la disposición de prohibir en los ingresos al centro de trabajo bolsos o cualesquiera otros objetos que no sirvan para la utilización de necesidades personales. Vid. GOÑI SEIN, J. L., *El respeto a la esfera...*, cit., 1988, p. 189. Asimismo, MARTÍNEZ RANDULFE, F., «Derecho a la intimidad...», cit., 1998, p. 55.

⁹⁵³ ARIAS DOMÍNGUEZ, Á. y RUBIO SÁNCHEZ, F., *El derecho...*, cit., 2006, p. 73. Veamos, asimismo, la STS de 11 de junio de 1990 (ROJ 4464/1990), en la que se describe el registro de un trabajador ante las sospechas iniciadas por haber permanecido los trabajadores 15 minutos más en la empresa y haber llegado más tarde al restaurante donde solían ir a comer, aunque la sentencia haya dispuesto tal sospecha como «fundada» (FD 4).

⁹⁵⁴ STSJ de Cataluña 4522/2000, de 23 de mayo (ROJ 6798/2000, FD 5).

⁹⁵⁵ Lo explica GOÑI SEIN, J. L., *El respeto a la esfera...*, cit., 1988, p. 190. Fijémonos que DURÁN LÓPEZ, F., «Artículo 18.-Inviolabilidad...», cit., 1983, p. 537, aclara que no podemos olvidar que «una cosa es la finalidad perseguida por la norma y otra distinta la *ratio a que* obedece la misma, la razón por la que, en persecución de aquella finalidad, predispone una determinada tutela. Y si la finalidad es, efectivamente, la protección del patrimonio empresarial (y del de los restantes trabajadores), la *ratio* del contenido del precepto es muy distinta, y no puede quedar englobada en la finalidad descrita». Esto último debido a que la *ratio* es «la sospecha de que por parte de éstos [los trabajadores] pueda atentarse contra dicho patrimonio», que posee un trasfondo subjetivo.

⁹⁵⁶ ARIAS DOMÍNGUEZ, Á. y RUBIO SÁNCHEZ, F., *El derecho...*, cit., 2006, p. 75.

del trabajador— constituye una intromisión en el ámbito protegido por el derecho⁹⁵⁷. Debemos mencionar al hilo de esto que la habilitación legal se encuentra destinada a un registro que sea realizado por el empresario o por aquellos que actúen en su nombre de acuerdo con la jerarquía establecida desde la organización empresarial. Dicho esto, consideramos atentatorio contra la dignidad y la intimidad del trabajador —y peligrosa la respuesta positiva de los Tribunales— un registro realizado al vehículo de propiedad de un trabajador a manos de otro trabajador que únicamente poseía un vínculo personal con un directivo de la empresa, pero que en ningún caso tenía habilitada la posición de jerarquía sobre el intervenido, aun cuando pudiese acreditarse la legitimidad de la finalidad para el registro⁹⁵⁸.

Por último, recoge la necesidad de que para dichos registros se cuente «con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible»⁹⁵⁹. Para la jurisprudencia este requisito sirve como «una garantía de la objetividad y de la eficacia de la prueba»⁹⁶⁰, aunque del texto se observe la posibilidad de llevarse un registro sin su presencia cuando ello no fuera posible. Ahora bien, entendemos que, para que esto último suceda, deben haberse agotado las mencionadas posibilidades, dada su posición de garantes de los derechos de la persona trabajadora y, más importante, la excepcionalidad de la actuación que no se circunscribe a las facultades directivas del empresario. Veamos la respuesta de los Tribunales en el caso del registro al bolso de una trabajadora que fue declarado vulnerador del derecho a la intimidad

⁹⁵⁷ En el mismo sentido, DEL VALLE VILLAR, J. M., «El derecho a la intimidad...», *cit.*, 1991, p. 487, afirmando que «se otorga al empresario un poder policíaco para que se registre a sus trabajadores, eso sí, respetando, dice la Ley, la dignidad e intimidad de los mismos (que, supongo, habrán quedado profundamente violadas después del registro)».

Evitar una vulneración implicaría la realización de los registros con el consentimiento del trabajador lo que no configura injerencia habilitante de facultades que otorga el derecho a la intimidad. Véase el caso de una trabajadora a quien se le realizó un registro en la taquilla, siendo ella misma quien abrió voluntariamente la misma, añadiendo la Sala que el supuesto contemplado en el artículo 18 del ET no regula los registros a partir del consentimiento del trabajador, sino que se entienden dispuestos, incluso, sin su presencia. [STSJ de Cantabria 371/2008, de 24 de abril (ROJ 660/2008, FD 2)]. Aunque en la STSJ de Castilla-La Mancha 980/1999, de 16 de septiembre (ROJ 2409/1999, FD 3) parece tener en cuenta la ausencia del trabajador para declarar la vulneración de su derecho.

«No se protege debidamente el bien común cuando dimensiones muy básicas de la persona humana, como la dignidad, se encuentra indefensa frente a conductas que adquieren una mayor protección al venir consideradas como ejercicio de libertades que resultan preferidas en razón de su importancia estructural, de su relevancia sistémica. *Vid.* SERNA, P., «Derechos fundamentales...», *cit.*, 1994, pp. 207-208.

⁹⁵⁸ Véase la STS de 11 de junio de 1990 (ROJ 4464/1990, FH 4).

⁹⁵⁹ Puesto que estaríamos frente a registros realizados en determinados momentos y lugares en los que la subordinación no puede exigirse. La ausencia de representantes de los trabajadores u otro trabajador debe suponer que ha sido imposible la presencia (imposibilidad manifiesta o porque el trabajador así lo dispone). ARIAS DOMÍNGUEZ, Á. y RUBIO SÁNCHEZ, F., *El derecho...*, *cit.*, 2006, p. 83.

⁹⁶⁰ [STSJ de Cataluña 7448/2017, de 4 de diciembre (ROJ 10947/2017, FD 4)]. Y solo ha de entenderse cuando se trate de un registro sin el consentimiento del trabajador [STSJ de Cataluña 192/2009, de 14 de enero (ROJ 191/2009, FD 3)].

«Más que una garantía de seguridad de que los derechos afectados por esta medida van a ser respetados, aquellos son llamados a presenciar un hecho y a dar testimonio o autenticidad y certeza de lo que en su presencia se va a desarrollar», decía GOÑI SEIN, J. L., *El respeto a la esfera...*, *cit.*, 1988, p. 198. En sentido parecido, MOLERO MANGLANO, C., «Inviolabilidad de la persona del trabajador (art. 18)», *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 100, 1, 2000, p. 549.

puesto que «se practicó un “registro” del bolso de la actora por persona que no era la habitualmente facultada para ejercer la vigilancia en el centro de trabajo —por detective privado contratado por la empresa vestido de paisano, no por el vigilante de seguridad— sin cumplir con los requisitos legales previstos en el art. 18 del ET —se hizo fuera del centro de trabajo y sin la presencia de representante de los trabajadores o de otro trabajador—»⁹⁶¹.

Al hilo de todo esto, nos queda claro que los poderes públicos no pueden garantizar eficazmente el derecho a la intimidad de los trabajadores si amparan la utilización de «medios más eficaces y solventes para averiguar el grado de dedicación»⁹⁶² u otros datos o informaciones sobre el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales de un trabajador, basándose en el mero criterio y discreción del empresario, y sin que se sustenten en justificaciones razonables y suficientes basadas en indicios o se realicen controles que cumplan con los criterios de proporcionalidad de la medida.

III. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DE LOS TRABAJADORES

En la línea del interés que se empezaba a mostrar en otros países europeos en relación al uso lesivo de la informática sobre los derechos⁹⁶³, el constituyente reconocía en la informática una potencial fuente de vulneraciones a los derechos fundamentales del individuo. Vista la necesidad de introducir en el texto constitucional una referencia especial sobre el tema, recogió en el artículo 18.4 un mandato de garantía del «honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos» a través de la limitación legal del uso de la informática⁹⁶⁴.

Sin embargo, la ubicación de la garantía y la redacción formal de la misma generaron un debate sobre si se trataba de un derecho autónomo o, por el contrario, una manifestación más concreta del derecho a la intimidad⁹⁶⁵.

⁹⁶¹ STSJ de Cataluña 6539/2013, de 14 de octubre (ROJ 9835/2013, FD 2).

⁹⁶² Ese argumento utiliza la STSJ de País Vasco 627/2013, de 9 de abril (ROJ 2453/2013, FD 4), para rechazar el argumento del trabajador sobre la violación de su derecho a la intimidad a través de la utilización de un seguimiento de detective privado para comprobar su dedicación y rendimiento, cuando era posible averiguar dichos datos a través de los partes de trabajo diarios, semanales y de gestiones productivas.

⁹⁶³ Puede encontrarse sobre este tema a REBOLLO DELGADO, L., *Vida privada y protección de datos en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 85 y ss.

⁹⁶⁴ Artículo 18.4 de la CE: «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

⁹⁶⁵ A favor de la consideración de este derecho como uno autónomo puede consultarse el trabajo de BUENO GALLARDO, E., *La configuración constitucional...*, cit., 2009, pp. 428-429; MURILLO DE LA CUEVA, P. L. y PIÑAR MAÑAS, J. L., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009; MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M., *Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Un reto en clave de diálogo judicial y constitucionalismo nivel en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 52. En contra, pueden consultarse los argumentos de ORTI VALLEJO, A., *Derecho a la intimidad e informática: tutela de la persona por el uso de ficheros y tratamientos informáticos de datos*

A través de la virtualidad protectora del artículo de la CE, ha sido reconocido como un derecho autónomo implícitamente formulado en el texto constitucional que discurre por otros cauces distintos al de la protección del derecho a la intimidad, aunque en determinados casos pueda entenderse vinculado a este. Veamos, entonces, su naturaleza propia y los lineamientos que sobre este se han ido construyendo.

III.1. El diálogo entre normativa, jurisprudencia y doctrina a favor del derecho a la protección de datos como derecho autónomo

Como es sabido, las primeras ideas claves sobre este derecho las encontramos en el concepto del «derecho a la autodeterminación informativa»⁹⁶⁶. En el ámbito estatal, ha sido desde el ámbito doctrinal desde donde se ha introducido el término y se ha manifestado la consideración de un derecho autónomo diferenciado del derecho a la intimidad⁹⁶⁷.

La consolidación de este derecho a la protección de datos personales era otorgada desde el ámbito jurisprudencial. En un primer momento, se le reconocía como «un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a la potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama “la informática”»⁹⁶⁸. Luego, se consolidaría como un auténtico «derecho fundamental a la protección de datos»⁹⁶⁹, cuyo desarrollo y concretización se han ido produciendo con mayor énfasis que el propio derecho a la intimidad y con un especial impulso europeo.

A nivel legislativo, la concreción y desarrollo de este derecho fundamental de las personas físicas se ha reflejado a partir de varias Leyes orgánicas⁹⁷⁰, siendo la última la reciente Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD), a modo de hacer efectiva la «adaptación

personales, particular atención a los ficheros de titularidad privada, Comares, Granada, 1994, en especial, p. 56 y ss.

⁹⁶⁶ En la sentencia del Tribunal Federal Alemán de 15 de diciembre de 1983.

⁹⁶⁷ MURILLO DE LA CUEVA, P. L., *El derecho a la autodeterminación informativa: la protección de los datos personales frente al uso de la informática*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 117 y ss.

⁹⁶⁸ Era el Fiscal partícipe en el caso «Olaverri» quien aportaba esa concepción. En esta STC 254/1993, de 20 de julio (FJ 6). Continuaba: «ya no es la libertad de negar información sobre los propios hechos privados o datos personales, sino la libertad de controlar el uso de esos mismos datos insertos en un programa informático: lo que se conoce con el nombre de habeas data». Palabras del Fiscal que hace suyas la sentencia en su FJ 7. Doctrina que se reitera en las SSTC (STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6, doctrina que se reitera en las SSTC 143/1994, de 9 de mayo (FJ 7); 11/1998, de 13 de enero (FJ 4); 94/1998, de 4 de mayo (FJ 6), y 202/1999, de 8 de noviembre (FJ 2).

⁹⁶⁹ STC 292/2000, de 30 de noviembre (FJ 5).

⁹⁷⁰ En sus orígenes, mediante la aprobación de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, reguladora del tratamiento automatizado de datos personales (conocida como LORTAD). Luego, la Ley Orgánica 15/1999, de 5 de diciembre, de protección de datos personales, a fin de trasponer a nuestro derecho a la Directiva 95/46/CE.

del ordenamiento jurídico español» al RGPD y la complementación del Derecho de la Unión Europea⁹⁷¹.

Con todo ello, el contenido del derecho a la protección de datos ha sido objeto de modificaciones y avances conceptuales, normativos y jurisprudenciales a escala multinivel. Así, su delimitación ha sido realizada imbricando tanto la normativa española como la consideración europea relativa a la protección de datos.

III.1.A. El ámbito material del derecho a la protección de datos personales

En primer lugar, el objeto del derecho es más amplio que el del derecho a la intimidad y no se circunscribe solo a los datos e informaciones que forman parte de la esfera íntima en su dimensión constitucionalmente protegida por el artículo 18.1 de la CE. Más bien, se extiende sobre lo que se ha denominado la «esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal»⁹⁷², como cualesquiera que integren los derechos de la persona.

A partir de este enfoque, el ámbito material constitucionalmente protegido del derecho se circunscribe a los datos personales o conjuntos de datos personales que no se reducen a aquellos datos íntimos, sino a cualquier información concerniente a una persona —incluidos los datos personales públicos—cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a los derechos del titular. Es decir, aquellos datos personales que «sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado»⁹⁷³. Ciertamente, una afectación especialmente sensible «en relación con los derechos y las libertades fundamentales, ya que el contexto de su tratamiento podría entrañar importantes riesgos para los derechos y las libertades fundamentales»⁹⁷⁴. Estaríamos ante aquellos datos que revelen el origen étnico o racial, opiniones políticas, convicciones religiosas o filosóficas, la afiliación sindical; así como datos genéticos⁹⁷⁵ o datos biométricos⁹⁷⁶ dirigidos a identificar de manera inequívoca a la

⁹⁷¹ Preámbulo de la LOPDGDD.

⁹⁷² STC 292/2000, de 30 de noviembre (FJ 6).

⁹⁷³ STC 292/2000, de 30 de noviembre (FJ 6). En base a ello continúa la sentencia argumentando la inclusión en la protección del derecho a los «datos públicos» de la persona los que «por el hecho de serlo, de accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado». También en la doctrina: ORTIZ PRADILLO, J. C., «Informática y derechos fundamentales: hacia un derecho fundamental a la confidencialidad e integridad de los equipos informáticos», en BAUZÁ REILLY, M. y BUENO DE MATA, F. (Coord.), *El derecho en la sociedad...*, cit., 2012, pp. 66-67.

⁹⁷⁴ Considerando (51) del RGPD.

⁹⁷⁵ Los datos genéticos son datos a una persona física relativos a determinadas características heredadas o adquiridas que proporcionan información única sobre la fisiología o salud de aquella persona, obtenidos a partir de una muestra biológica. PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *El derecho a la protección de Datos en el contrato de trabajo. Adaptado al nuevo Reglamento 679/2016, de 27 de abril*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 237.

persona trabajadora, o aquellos datos relativos a su salud⁹⁷⁷, su vida sexual o su orientación sexual⁹⁷⁸.

Aun así, aunque se considere un derecho diferenciado, comparte con el de la intimidad el mismo interés jurídicamente protegible: en última instancia, «la dignidad de la persona y se engloba en un ámbito de libertad individual»⁹⁷⁹.

Estos datos personales se refieren a los de cualquier persona física —identificada o identificable⁹⁸⁰— que se entiendan tratados por personas diferentes a los propios titulares de dichos datos. Es decir, nos encontramos ante unos datos que son accesibles por terceros sujetos, o se encuentran en su poder, y ese tratamiento podría afectar la dignidad del titular y, más concretamente, su libertad de autodeterminarse a través de la información que de él se tenga y se controle. Algo muy evidente si consideramos que los datos personales son elementos definidores de la naturaleza del individuo⁹⁸¹.

Ahora bien, debemos tener en consideración que se hace referencia a unos datos personales sujetos tanto a un tratamiento total o parcialmente automatizado, como al

⁹⁷⁶ El concepto de datos biométricos es introducido en la normativa europea. Pueden resumirse como aquellos datos que «son obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan la identificación única de dicha persona», en PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *El derecho a la protección...*, cit., 2017, p. 236.

⁹⁷⁷ Incluidos aquellos datos relativos al estado de salud del interesado que dan información sobre su estado de salud física o mental pasado, presente o futuro. Incluida información sobre la persona física recogida con ocasión de su inscripción a efectos de asistencia sanitaria, o con ocasión de la prestación de tal asistencia; todo número, símbolo o dato asignado a una persona física que la identifique de manera unívoca a efectos sanitarios; la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, incluida la procedente de datos genéticos y muestras biológicas, y cualquier información relativa, a título de ejemplo, a una enfermedad, una discapacidad, el riesgo de padecer enfermedades, el historial médico, el tratamiento clínico o el estado fisiológico o biomédico del interesado, independientemente de su fuente, por ejemplo un médico u otro profesional sanitario, un hospital, un dispositivo médico, o una prueba diagnóstica in vitro. *Vid.* Considerando (35) del RGPD.

⁹⁷⁸ Artículo 9.1 del RGPD.

⁹⁷⁹ MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M., *Una revisión del derecho...*, cit., 2018, p. 51, en referencia a lo señalado por REBOLLO DELGADO, L., *Introducción a la protección de datos*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 40 y 101.

⁹⁸⁰ La STC 292/2000, de 30 de noviembre hacía referencia a «todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo» (FJ 6).

Ahora, con el avance tecnológico, nuevas formas de identificar a las personas físicas emergen y debemos partir, en todo caso, de las consideraciones generales hechas por el RGPD. El texto europeo señala que una persona, directa o indirectamente, puede ser identificable «mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona» (artículo 4.1) del RGPD).

Por su parte, LLÁCER MATA CÁS recoge, sin carácter exhaustivo, ciertos identificadores que constituyen datos personales: «cumplen esta función el número del Documento Nacional de Identidad, un código PIN, el número de abonado a un servicio, una dirección IP, determinadas partes del cuerpo humano que actúan como datos biométricos (iris del ojo, huella digital) o bien identificadores residentes en objetos asociados a personas, como las *cookies* instaladas en terminales o los *chips* insertos en objetos *Smart* detectables por sistemas de radio frecuencia», LLÁCER MATA CÁS, M.^a R., *La autorización al tratamiento de información personal en la contratación de bienes y servicios*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 24.

⁹⁸¹ RAMÍREZ BERASATEGUI, J., «La protección de datos como derecho fundamental», en FARRIOLS I SOLÁ, A. (Dir. y Coord.), *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, Ediciones Cinca, Madrid, 2006, p. 38.

tratamiento no automatizado⁹⁸². El ámbito material constitucionalmente protegido del derecho se circunscribe, de ese modo, sobre datos personales o conjuntos de datos personales que sean objeto de cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre ellos, «como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción»⁹⁸³. Estamos ante una consideración de datos personales que se define ampliamente y debe interpretarse de manera tal que sea posible responder al creciente uso de las nuevas tecnologías y los medios de comunicación electrónica también en las relaciones laborales⁹⁸⁴.

III.1.B. El ámbito jurídico de la protección constitucional de los datos personales

Las personas físicas deben poder tener el control de sus propios datos personales en todo momento⁹⁸⁵. A diferencia del derecho a la intimidad que excluye a los demás del conocimiento y acción en el ámbito propio del individuo, el derecho a la protección de datos persigue garantizar a la persona un poder amplio de «control» sobre cualquier dato personal propio, susceptible de tratamiento por parte de terceros, con el objeto de garantizar «no sólo la privacidad, sino también la libre determinación y el desarrollo de la personalidad»⁹⁸⁶. Así, persigue garantizar que se controle el uso y destino de esos datos personales, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para su dignidad y derechos⁹⁸⁷.

De forma general, el derecho a la protección de datos personales debe entenderse como un derecho fundamental que faculta al titular a exigir la realización u omisión de determinados comportamientos. El derecho despliega «un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho

⁹⁸² Artículo 1.1 del RGPD y 2.1 de la LOPDGDD. Entiéndase por «fichero» todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica.

⁹⁸³ Artículo 4. 2) del RGPD, coherente con el determinado por el CdE en el Convenio 108. ARIAS POU hace referencia a la inclusión de «limitación» que se introduce en el RGPD y que «hace referencia al marcado de los datos de carácter personal conservados con el fin de limitar su tratamiento». ARIAS POU, M.^a, «Definiciones a efectos del Reglamento general de Protección de Datos», PIÑAR MAÑAS, J. L. (Dir.), *Reglamento General...*, cit., 2016, p. 120, de conformidad con el artículo 4. 3 del RGPD.

⁹⁸⁴ Del Memorandum Explicativo de la Recomendación CM/Rec(2015)5 del CdE, [CM(2015)32-addfinal, de 1 de abril], los datos personales pueden incluir el nombre del empleado, edad, domicilio, estado civil, educación, archivos de registro, etc. También pueden incluir la valoración u opinión de un empleado de un empleado y una imagen digitalizada del empleado. Disponible en: <https://rm.coe.int/168068460f>

⁹⁸⁵ EL RGPD recoge en su Considerando (7) que «las personas físicas deben tener el control de sus propios datos personales». Asimismo, el Preámbulo de la LOPDGDD.

⁹⁸⁶ STC 292/2000, de 30 de noviembre (FJ 6). ARENAS RAMIRO, M., *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 86. También OROZCO PARDO, G. y MORENO NAVARRETE, M. A., «Comentario al artículo 7...», cit., 2012, p. 98, quienes concretan que se trata de un «pleno derecho fundamental a una libertad positiva de control democrático que garantiza al ciudadano el libre ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales y un digno desarrollo de su personalidad frente a los posibles abusos del uso de la información personal tratada en los ficheros públicos y privados».

⁹⁸⁷ STC 292/2000, de 30 de noviembre (FJ 6).

fundamental a la intimidad»⁹⁸⁸. Unos poderes que sirven para garantizar a la persona titular el ejercicio de un poder de disposición como de un poder de control sobre los datos personales propios, esto es, a decidir cuáles de esos datos le proporciona al tercero o cuáles puede recabar ese tercero, pudiendo oponerse a esa posesión y usos; así como a controlar en todo momento quién posee esos datos, para qué, cómo se tratan y hasta cuándo⁹⁸⁹.

De ese modo, estamos ante un derecho a disponer y ejercer el control sobre informaciones propias a modo de determinar las modalidades de construcción de la propia identidad y vida privada⁹⁹⁰. De ahí que la protección del derecho no se despliega únicamente desde que los datos han sido conocidos por terceros⁹⁹¹, sino que la misma se despliega al momento previo e incluye a la exigencia de un adecuado cumplimiento de una serie de criterios previos al tratamiento. En ese sentido, la persona titular de los datos debe ser capaz de poder disponer y ejercer un control previo sobre sus datos personales a través de la comunicación previa de los motivos por los que se pretenda iniciar un tratamiento. El ejercicio de esa disposición y control se materializa a partir de la información previa de una serie de requisitos que veremos más adelante.

Por otro lado, el artículo 18.4 de la CE representa una garantía que impone a los poderes públicos la prohibición de que los datos se conviertan en fuentes de «información sin las debidas garantías; y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse de acceso o divulgación indebidas de dicha información»⁹⁹². En esa línea, las disposiciones normativas deberán velar por «garantizar no sólo una protección eficaz de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas frente al tratamiento de datos personales, sino también un elevado nivel de protección de esas libertades y derechos fundamentales»⁹⁹³. Sobre todo si, dado el escenario actual, en virtud de la evolución tecnológica, sería posible recopilar grandes cantidades de información y producir —en no pocas ocasiones— un perfil de la personalidad

⁹⁸⁸ STC 292/2000, de 30 de noviembre (FJ 6)

⁹⁸⁹ STC 292/2000, de 30 de noviembre (FJ 7). La STC 143/1994, de 9 de mayo (FJ 7) afirmaba que «un sistema normativo que, autorizando la recogida de datos incluso con fines legítimos, y de contenido aparentemente neutro, no incluyese garantías adecuadas frente a su uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano, a través de su tratamiento técnico, vulneraría el derecho a la intimidad de la misma manera en que lo harían las intromisiones directas en el contenido nuclear de ésta». Asimismo, puede verse la STC 39/2016, de 3 de marzo.

⁹⁹⁰ MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M., *Una revisión del derecho...*, cit., 2018, p. 51.

⁹⁹¹ VILLAVERDE MENÉNDEZ decía que «la privacidad protege el dato antes de ser conocido y la protección de datos lo hace una vez que se revela a un tercero», en VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental a la protección de datos personales», en FARRIOLS I SOLÁ, A. (Dir. y Coord.), *La protección de datos...*, cit., Madrid, 2006, p. 63.

⁹⁹² STC 292/2000, de 30 de noviembre (FJ 6).

⁹⁹³ Caso *Maximillian Schrems*, de 6 de octubre de 2014 (STJUE, Asunto C-362/14, ap. 39) y caso *Google Spain*, de 13 de mayo de 2014 (STJUE, Asunto C-131/12, ap. 49-53).

del titular a partir de la unión de ciertos datos inocuos e irrelevantes en un principio que, sin ser íntimos, podrían poner al descubierto aspectos pertenecientes también de su vida privada⁹⁹⁴.

Ahora bien, queremos puntualizar que, pese a la importancia de la protección de la vida privada derivada del derecho a la protección de datos, muchas veces la superposición de ambos bienes jurídicos merecedores de protección es un hecho, por lo que los mecanismos tendrán que desplegarse por partida doble. Si lo que se pretende salvaguardar es la información íntima de terceros, la protección se desplegará a partir del derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18.1 de la CE. Si, además, los datos personales son objeto de determinado tratamiento, su salvaguarda dependerá también del derecho a la protección de datos personales que garantiza el adecuado tratamiento de la información del titular.

De conformidad con ello, reconocemos «una modalidad de libertad personal reconocida a los ciudadanos tendente jurídicamente a proteger su “identidad informativa”»⁹⁹⁵, a través de la atribución al interesado de un haz de facultades derivadas de unos poderes jurídicos concretos y cuyo ejercicio impone al responsable el cumplimiento de una serie de principios desde antes de la recogida. Estos deberes jurídicos ligados al tratamiento de datos personales se encuentran englobados en el derecho de responsabilidad proactiva del poseedor de dichos datos, que supone una actuación positiva compleja, tal como veremos a continuación.

Con todo, las peculiaridades de la relación jurídica que venimos analizando requieren que el proceso de concretización del contenido del derecho deba continuar enfocándose teniendo en cuenta las particularidades propias de aquella, a modo de alcanzar un adecuado ejercicio del derecho.

III.2. El despliegue del derecho a la protección de datos de la persona trabajadora

Como se ha venido reconociendo, las empresas privadas pueden acceder a datos personales a la hora de realizar sus actividades, dentro de los que se encuentran los datos personales de sus trabajadores. Así, el tratamiento de datos personales en el contexto de las relaciones laborales también viene siendo objeto de comentarios tanto en el ámbito internacional como en el estatal que, al hilo de la modernización general propuesta por la reciente normativa general, produce cambios y nuevas formas de entender la configuración del derecho fundamental.

⁹⁹⁴ «Teoría del mosaico» de MADRID CONESA, F., *Derecho a la intimidad. Informática y Estado de Derecho*, Universidad de Valencia, Valencia, 1984, p. 45. También hacen referencia a dicha teoría BUENO GALLARDO, E., *La configuración constitucional...*, cit., 2009, pp. 428-429; o DE DOMINGO, T., *¿Conflictos entre derechos fundamentales?...*, cit., 2001, p. 281.

⁹⁹⁵ PÉREZ LUÑO, A. E., «El derecho ante las nuevas tecnologías», en BAUZÁ REILLY, M. y BUENO DE MATA, F. (Coord.), *El derecho en la sociedad...*, cit., 2012, p. 132.

III.2.A. Cuestión previa: el principio de responsabilidad proactiva del empresario

La piedra angular del nuevo modelo se basa en la inclusión del principio general de «responsabilidad proactiva» que, en este caso, recae en cualquier responsable del tratamiento. El nuevo sistema de protección de los derechos y libertades se presenta reforzado para los trabajadores, en relación con el tratamiento de sus datos personales, a partir de este nuevo esquema integral de responsabilidad y obligaciones que recaen en el empresario⁹⁹⁶.

La figura del responsable evoluciona conjuntamente con la del antiguo modelo de protección de datos basado, fundamentalmente, en el control del cumplimiento, hacia un nuevo modelo que le incentiva para que se empeñe, desde el principio, en una protección eficaz de los datos en salvaguarda de los derechos de los trabajadores, titulares de estos. Esta proactividad implica dos caras de una misma moneda.

Por un lado, la obligación general que se deriva de este principio pretende enfatizar una autogestión del cumplimiento de todas las obligaciones que asume el empleador como responsable de acuerdo a la normativa⁹⁹⁷, es decir, la puesta en práctica de todos los principios de protección de datos y demás obligaciones derivados de aquellos, desde el momento que se tenga intención de realizar un tratamiento y durante todo su proceso⁹⁹⁸. Por otro lado, el principio contiene la obligación del empleador de poder demostrar que efectivamente ha actuado conforme a la normativa, esto es, ha cumplido con los principios generales sobre el tratamiento⁹⁹⁹.

De ese modo, aquel no solo es quien decide los fines y medios del tratamiento, sino quien deberá actuar como garante de los derechos de los trabajadores¹⁰⁰⁰. Con la introducción de la «responsabilidad proactiva», lo que pretende es que sea el mismo empleador un sujeto activo que supervise el adecuado tratamiento de los datos personales a modo de evitar riesgos en el tratamiento y posibles vulneraciones de derechos y, en cualquier caso, quien repare cualquier incumplimiento, sin necesidad de intervención de la Autoridad¹⁰⁰¹. En la práctica, desde su

⁹⁹⁶ Como ya advertía el Grupo de Trabajo sobre protección de datos del Artículo 29 (en adelante, GT 29) —ahora llamado tras la entrada en vigor del RGPD, Comité Europeo de Autoridades de Protección de Datos—, en su Dictamen 3/2010, *sobre la responsabilidad en la protección de datos*, de 13 de julio, los requisitos jurídicos deben traducirse en medidas concretas de protección de datos, en mecanismos eficaces que aporten una auténtica protección, dando un paso desde la protección teórica hacia la práctica. Disponible en:

https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp173_es.pdf.

⁹⁹⁷ Artículo 5.2 del RGPD. *Vid.* DURÁN CARDO, B., «Responsable del tratamiento (Comentario al Artículo 4.7 RGPD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de datos y a la Ley Orgánica de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 637 y ss.

⁹⁹⁸ *Vid.* Dictamen 3/2010, *sobre la responsabilidad...*, *cit.*, p. 6.

⁹⁹⁹ Artículo 5.2 del RGPD.

¹⁰⁰⁰ Véase el artículo 24 del RGPD.

¹⁰⁰¹ DURÁN CARDO, B., *La figura del responsable...*, *cit.*, 2016, p. 711.

posición como potencial vulnerador, debe actuar, según la formalidad, como garante de los derechos y libertades de las personas trabajadoras en el tratamiento de sus datos personales¹⁰⁰².

Para alcanzar la protección eficaz de los derechos y libertades de los titulares de datos personales se han dispuesto unas fórmulas de autorresponsabilidad y, como elemento esencial del principio, unas medidas concretas para la autorregulación de responsable, que comentaremos más adelante¹⁰⁰³. A pesar de ello, aun cuando su actuación se vea limitada por el entorno normativo que regula su actividad¹⁰⁰⁴, se deja a criterio del responsable-empresario la decisión de adoptar cualesquiera medidas técnicas y organizativas, en cuanto depende de este último si las considera apropiadas para cumplir con sus obligaciones derivadas del principio de responsabilidad¹⁰⁰⁵.

Aunque esto último nos parece peligroso dada la posición de poder que potencialmente puede favorecerle, la transversalidad del principio de «responsabilidad proactiva», en teoría, sirve para que el empleador no pueda valerse únicamente de la mera referencia a las habilitaciones teóricas integradas en la normativa al momento de proceder al tratamiento de datos personales de los trabajadores. Será necesario que identifique, previamente, la naturaleza del beneficio que se pretende obtener con dicha actuación en cada ámbito concreto. Ello implica una actuación empresarial que parta de una reflexión previa y contenga una valoración y decisión adaptada a los riesgos potenciales y su adecuada gestión¹⁰⁰⁶, sobre todo, teniendo en cuenta que la satisfacción de un interés público o general puede dar lugar al sacrificio de ciertos ejercicios de derechos y libertades de los trabajadores, mientras que la satisfacción de un interés particular empresarial requerirá de mayores y más estrictos requisitos. En este aspecto, desde la teoría a la práctica, la participación de los representantes de los trabajadores debe ser requerida, aunque la normativa nada dice al respecto.

III.2.B. El tratamiento lícito de los datos de las personas trabajadoras

El derecho fundamental a la protección de datos personales otorga a la persona física el poder general de control sobre sus datos personales susceptibles de tratamiento por parte de un tercero, a fin de garantizar sus derechos fundamentales. Regresemos a la idea básica de que cualquier limitación al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos, en principio, deberá ser establecida por ley y respetar el contenido esencial de tales derechos. Por su parte, cualquier tratamiento de datos, en tanto supone una potencial limitación al ejercicio de

¹⁰⁰² DURÁN CARDO, B., *op. cit.*, p. 824.

¹⁰⁰³ El GT 29 celebraba especialmente un nuevo estatuto de los responsables en su Dictamen 1/2012, *sobre las propuestas de reforma de la protección de datos*, de 23 de marzo. También DURÁN CARDO, B., *La figura del responsable...*, *cit.*, 2016, pp. 711 y 824.

¹⁰⁰⁴ DURÁN CARDO, B., *La figura del responsable...*, *cit.*, 2016, p. 227.

¹⁰⁰⁵ Ver artículos 24 y 25 del RGPD y el artículo 28 de la LOPDGDD.

¹⁰⁰⁶ DURÁN CARDO, B., *La figura del responsable...*, *cit.*, 2016, p. 830, y Considerando (74) del RGPD.

derechos y libertades de las personas físicas, deberá entenderse como posible si se cumplen con estos dos requisitos generales.

Ese empleador, en su calidad de responsable del tratamiento de datos personales de sus trabajadores, debe cumplir con una serie de principios de protección de datos personales que garantice los derechos y libertades fundamentales de aquellos a partir de un adecuado tratamiento.

El primer principio general relativo al tratamiento de datos por terceras personas es el de «licitud»¹⁰⁰⁷. En ese sentido, cuando se pretendan iniciar actividades que conlleven el tratamiento de datos personales, cualquier responsable del tratamiento debe siempre detenerse a evaluar de forma cuidadosa cuál va a ser el fundamento jurídico del tratamiento previsto, esto es, sobre qué base jurídica establecida en la normativa se realizará este último¹⁰⁰⁸. Al respecto, aquí haremos una diferenciación entre las consideraciones hechas para el tratamiento general de datos personales, distinguiendo las referencias concretas para el caso de datos de carácter sensible¹⁰⁰⁹.

III.2.B.a. ¿El consentimiento como norma general para la licitud?

Para cualquier tipo de datos personales, el primer elemento legitimador que se dispone es el consentimiento para uno o varios fines específicos de tratamiento¹⁰¹⁰. En cualquier caso, el consentimiento debe haberse dado libremente y «solo puede ser una base jurídica adecuada si se ofrece al interesado control y una capacidad real de elección con respecto a si desea aceptar o rechazar las condiciones ofrecidas o rechazarlas sin sufrir perjuicio alguno»¹⁰¹¹.

¹⁰⁰⁷ Artículo 5.1.a) del RGPD. Téngase en consideración el comentario realizado por MARTOS, N., «Principios (Arts. 6-11)», en LÓPEZ CALVO, J. (Coord.), *El nuevo marco...*, cit., 2018, pp. 353-357. Asimismo, en el comentario de TRONCOSO REIGADA, A., «Los principios relativos al tratamiento (Comentario al Artículo 5 RGPD y al artículo 4 LOPDGDD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento...*, Tomo I, cit., 2021, p. 855 y ss.

¹⁰⁰⁸ En el documento del GT 29, *Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679*, del 10 de abril de 2018, p. 3. Disponible en:

http://www.avpd.euskadi.eus/contenidos/informacion/20161118/es_def/adjuntos/wp259rev01_es20180709.pdf

¹⁰⁰⁹ Decía DURÁN CARDO que «en la fase de entrada, el responsable debe evaluar a qué base jurídica puede acogerse para realizar el tratamiento, si trata categorías especiales de datos deberá ampararse también en una base jurídica adicional». DURÁN CARDO, B., *La figura del responsable...*, cit., 2016, p. 821. Por su parte, la Recomendación CM/Rec(2015)5 del CdE, apuntaba que el tratamiento de esta categoría ha de ser permitido en casos particulares para la ejecución de obligaciones legales derivadas del contrato de trabajo y estableciendo las correspondientes garantías y límites (punto 9).

¹⁰¹⁰ Artículo 6.1 del RGPD. El consentimiento es toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen. Considerando (32), 4. 11) del RGPD y artículo 6 de la LOPDGDD.

A mayor abundamiento sobre el consentimiento consúltese a PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *El derecho a la protección...*, cit., 2017, pp. 54-55.

¹⁰¹¹ GT 29, *Directrices sobre el consentimiento...*, cit., p. 3.

Para aquellos datos de naturaleza sensible se ha dispuesto, como regla general, una prohibición expresa para el tratamiento¹⁰¹². No obstante, también se ha incluido la posibilidad de considerarse lícito un tratamiento de datos de dicha categoría si el interesado diera su consentimiento explícito, cumpliéndose con requisitos específicos que se encuentren determinados en la normativa y exista una base jurídica que ampare el tratamiento, aplicándose en todo momento los principios generales y demás normas relativas a un adecuado tratamiento de datos¹⁰¹³.

Aun así, la prohibición expresa para el tratamiento no podrá ser levantada si se estableciera por vía normativa que dicha prohibición no puede ser extinguida con el consentimiento¹⁰¹⁴. De forma específica, aunque no constituya un impedimento para el tratamiento vía consentimiento, para aquellos tratamientos de datos sensibles que tengan como finalidad principal identificar la ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico de la persona trabajadora, debe entenderse que «el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos»¹⁰¹⁵. Hará falta que los mismos puedan ser objeto de tratamiento sobre otra base jurídica que lo sustente. Como ejemplo, la prestación del consentimiento no dará cobertura a la creación de «listas negras» de sindicalistas, si bien los datos de afiliación sindical podrán ser tratados por el empresario para hacer posible el ejercicio de los derechos de los trabajadores o de los propios sindicatos¹⁰¹⁶. Si observamos bien, no se han incluido dentro de esta protección reforzada aquellos datos biométricos, genéticos o relativos a la salud respecto a posibles situaciones discriminatorias derivadas del consentimiento, mucho menos en el ámbito de las relaciones laborales¹⁰¹⁷.

¹⁰¹² Referencia al artículo 9.1 del RGPD.

¹⁰¹³ Considerando (51) y artículo 9 del RGPD. PRECIADO DOMÈNECH señala que la posibilidad de tratamiento al amparo de una base jurídica debe entenderse interpretada restrictivamente. PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *El derecho a la protección...*, cit., 2017, p. 99.

Por su parte, DURÁN CARDO señalaba —en relación con la antigua Directiva, pero que puede aplicarse a la nueva regulación— que debía entenderse respecto del origen racial o étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas o filosóficas, y la pertenencia al sindicato, se debe prohibir el tratamiento de datos que revelen esa información. Por su parte, en el caso de la salud y la sexualidad, se debe prohibir es el tratamiento de datos relativos estos aspectos, no que revelen estos aspectos, consecuencia el alcance es más amplio en el primer caso que cuando se refieren a la salud o sexualidad (el subrayado es nuestro). DURÁN CARDO, B., *La figura del responsable...*, cit., 2016, p. 313.

¹⁰¹⁴ Artículo 9.2.a) del RGPD.

¹⁰¹⁵ El artículo 9.1 de la LOPDGDD.

¹⁰¹⁶ Preámbulo de la LOPDGDD.

¹⁰¹⁷ El GT 29 en su Dictamen 2/2017, *sobre el tratamiento de datos en el trabajo*, de 8 de junio, señalaba que, teniendo en cuenta «la relación desigual entre empresarios y trabajadores (pues el trabajador tiene una dependencia financiera del empresario) y la naturaleza sensible de los datos de salud [por ejemplo, pero podría aplicarse a los restantes], es muy improbable que se pueda dar un consentimiento legal explícito para el seguimiento u observación de estos datos, ya que, en primer lugar, los trabajadores no son esencialmente «libres» para dar dicho consentimiento. Incluso si el empresario utiliza a un tercero para recopilar los datos de salud, que solo proporcionarían al empresario información agregada sobre la evolución general en este ámbito, el tratamiento seguiría siendo ilegal».

Ahora bien, en el caso de las relaciones laborales, habida cuenta la situación de desequilibrio entre trabajador y empresario en la relación, puede ocurrir que el primero no esté en condiciones de dar, denegar o revocar un consentimiento libremente. Esta situación de desequilibrio potencialmente perjudicial ha sido advertida por la normativa, señalando expresamente que el consentimiento «no debe constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal en un caso concreto en el que exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento»¹⁰¹⁸. Más preciso ha sido el GT 29, recalcando que «no es probable que el interesado pueda negar a su empleador el consentimiento para el tratamiento de datos sin experimentar temor o riesgo real de que su negativa produzca efectos perjudiciales», y, de hecho, lo considera problemático¹⁰¹⁹. Además, señala con mayor detalle que «parece poco probable que un empleado pudiera responder libremente a una solicitud de consentimiento de su empleador para, por ejemplo, activar sistemas de vigilancia por cámara en el lugar de trabajo o para rellenar impresos de evaluación, sin sentirse presionado a dar su consentimiento»¹⁰²⁰.

La normativa ha recogido la presunción de la inexistencia del consentimiento libre «cuando el cumplimiento del contrato sea dependiente del consentimiento, aun cuando este no sea necesario para dicho cumplimiento»¹⁰²¹ y la LOPDGDD ha señalado de forma expresa la imposibilidad de supeditar «la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual»¹⁰²², que bien podría entenderse aplicable para el contrato de trabajo.

Visto todo ello, como regla general, en los tratamientos de datos personales de los trabajadores por parte del empresario, la base jurídica no puede y no debe basarse meramente en el consentimiento de los primeros, debido a la naturaleza de la relación laboral¹⁰²³. Siendo ese el caso, resulta necesario que la licitud del tratamiento encuentre sustento en el consentimiento libre de la persona trabajadora, más bien de forma excepcional, cuando el

¹⁰¹⁸ Considerando (43) del RGPD.

¹⁰¹⁹ GT 29, *Directrices sobre el consentimiento...*, cit., p. 7.

¹⁰²⁰ *Ibid.*, pp. 7-8. Está de acuerdo también SEMPERE SAMANIEGO, F. J., «La licitud del tratamiento. (Comentario al artículo 6 RGPD y al artículo 8 LOPDGDD y disposición adicional duodécima LOPDGDD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento...*, Tomo I, cit., 2021, p. 932.

¹⁰²¹ Considerando (43) y artículo 7.4 del RGPD. La idea del consentimiento tácito ha sido desterrada, es decir, cuando el consentimiento exista, cuando se utilice como base jurídica legitimadora, el mismo deberá ser expreso. Véase el Considerando (32) del RGPD.

¹⁰²² Artículo 6.3 de la LOPDGDD.

¹⁰²³ GT 29, Dictamen 2/2017, *sobre el tratamiento de datos...*, cit., pp. 6-7. Asimismo, téngase en cuenta lo recogido en el Considerando (42) del RGPD: «Cuando el tratamiento se lleva a cabo con el consentimiento del interesado, el responsable del tratamiento debe ser capaz de demostrar que aquel ha dado su consentimiento a la operación de tratamiento. Asimismo: «El consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno», como puede ser el caso de la relación laboral.

empleador pueda demostrar que ha sido así y que el otorgamiento del consentimiento o su negativa no tienen consecuencias adversas¹⁰²⁴, sobre todo si, dadas las circunstancias, «—se trata del momento de acceso a un bien escaso como es el empleo— bien puede entenderse que el consentimiento sobre tal extremo no es por completo libre y voluntario»¹⁰²⁵. Asimismo, debe haber puesto en conocimiento del trabajador las cuestiones detalladas sobre la legitimidad del tratamiento, atendiendo a un adecuado análisis de riesgos, como detallaremos más adelante. Con todo, dado que en la relación laboral el tratamiento de determinados datos personales puede resultar necesario, el empresario deberá encontrar fundamento jurídico para el tratamiento en alguna base legítima establecida conforme a Derecho en el ámbito de las relaciones laborales de naturaleza privada¹⁰²⁶.

III.2.B.b. El tratamiento lícito de datos personales de carácter sensible más allá del consentimiento explícito

De acuerdo con las consideraciones que hemos ido recogiendo, el tratamiento de datos de naturaleza sensible requerirá no solo la concurrencia de una de las bases jurídicas generales señaladas en el artículo 6 del RGPD, que veremos a continuación, sino que también deberá concurrir alguna de las excepciones previstas en el artículo 9.2 del mismo texto normativo.

Veamos que puede considerarse lícito el tratamiento de datos personales de carácter especialmente sensible si dicho tratamiento «es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos» del empleador o de la persona trabajadora «en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social», autorizadas por la normativa o Convenio Colectivo y con las garantías apropiadas para el «respeto de los derechos fundamentales y de los intereses» del trabajador¹⁰²⁷. Puede ser el caso de tratamientos de datos personales de los trabajadores que se requieran para cumplir con la obligación legal del empresario de aplicar medidas y desarrollar actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo, con el objeto de garantizar la seguridad y la salud de los

¹⁰²⁴ Al hilo el Tribunal Supremo manifiesta en su sentencia de 21 de septiembre de 2015 que «en absoluto niega que voluntariamente puedan ponerse aquellos datos a disposición de la empresa, pues ello es algo incuestionable (...). A lo que exclusivamente nos oponemos es que en el contrato de trabajo se haga constar -como específica cláusula/tipo- que el trabajador presta su «voluntario» consentimiento a aportar los referidos datos personales y a que la empresa los utilice en los términos que el contrato relata, siendo así que el trabajador es la parte más débil del contrato (...) y ha de excluirse la posibilidad de que esa debilidad contractual pueda viciar su consentimiento a una previsión negocial referida a un derecho

Fundamental (...)». STS de 8 de 21 de septiembre de 2015 (ROJ 4086/2015, FD 3). El subrayado es nuestro.

¹⁰²⁵ STS de 8 de 21 de septiembre de 2015 (ROJ 4086/2015, FD 3).

¹⁰²⁶ Considerando (39) del RGPD, «ya sea en el presente Reglamento o en virtud de otro Derecho de la Unión o de los Estados miembros a que se refiera el presente Reglamento».

¹⁰²⁷ Artículo 9.2.b) del RGPD. Al amparo de esta base jurídica podría realizarse el tratamiento de datos religiosos o ideológicos de los trabajadores, por ser necesarios para el ejercicio de derechos específicos del empresario, por ejemplo, en el caso de las denominadas «empresas ideológicas», cuando la característica constituya requisito de profesionalidad, sea legítimo y justificado el tratamiento respecto de la ética de la organización. *Vid.* PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *El derecho a la protección...*, cit., 2017, p. 241.

trabajadores¹⁰²⁸. Una obligación del empleador que encuentra su complemento en las obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos, de «velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario»¹⁰²⁹.

El comentario de este apartado adquiere una mayor relevancia de la que ya le ha sido reconocida al tratamiento de datos de naturaleza sensible, dada la pandemia que azota al mundo a causa de la Covid-19. En particular, en lo que se refiere al levantamiento de la prohibición de tratamiento de los datos relativos a la salud de las personas trabajadoras.

En el actual escenario de crisis sanitaria, la AEPD ha remarcado que los empleadores deben asumir obligaciones específicas adecuadas para cumplir con la normativa de prevención de riesgos que involucren tratamientos de datos personales sobre la salud sus trabajadores, así como el deber de las personas trabajadoras de «informar a su empleador en caso de sospecha de contacto con el virus, a fin de salvaguardar, además de su propia salud, la de los demás trabajadores del centro de trabajo, para que se puedan adoptar las medidas oportunas»¹⁰³⁰.

Asimismo, puede considerarse una excepción a la prohibición de tratar categorías especiales de datos personales, siempre establecido en la normativa y con las garantías apropiadas destinadas a proteger datos personales, intereses y otros derechos fundamentales del trabajador, cuando el tratamiento sea necesario «por razones de interés público esencial»¹⁰³¹ o cuando el tratamiento sea necesario «por razones de interés público calificado «en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud»¹⁰³², en particular el tratamiento de datos personales «en el ámbito de la legislación laboral, la legislación sobre protección social, incluidas las pensiones y con fines de seguridad, supervisión y alerta sanitaria, la prevención o control de enfermedades transmisibles y otras amenazas graves para la salud»¹⁰³³. Todo ello «sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados Miembros» que establezca medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades de la persona trabajadora, en particular el secreto profesional. Por ejemplo, el tratamiento de datos personales, en particular los relativos a la salud de los trabajadores,

¹⁰²⁸ De conformidad con el artículo 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.

¹⁰²⁹ Artículo 29 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.

¹⁰³⁰ AEPD, Informe Jurídico N° 2020-0017.

¹⁰³¹ Artículo 9.2.g) del RGPD, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros «que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado».

¹⁰³² Artículo 9.2.i) del RGPD.

¹⁰³³ Considerando (51) del RGPD.

necesarios para el control y vigilancia epidemiológica en el trabajo ante la actual pandemia que viene azotando al mundo.

Al hilo, se autoriza el tratamiento de datos de naturaleza sensible en aquellos supuestos en los que este sea «necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario»¹⁰³⁴, debiendo ser realizado «por un profesional sujeto a la obligación de secreto profesional, o bajo su responsabilidad [...] o por cualquier otra persona sujeta también a la obligación de secreto»¹⁰³⁵. Por ejemplo, con el motivo de prevención de riesgos laborales, los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador. Ahora bien, el acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores¹⁰³⁶, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador. Más allá de ello, la norma contempla que, tanto el empresario como aquellas personas u órganos que sean responsables en esta materia, sean «informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva»¹⁰³⁷.

Del mismo modo, puede ser lícito el tratamiento de datos personales de naturaleza sensible si la persona trabajadora los ha hecho manifiestamente públicos, así como en aquellos casos en los que sea necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones ya sea por un procedimiento judicial, administrativo o extrajudicial¹⁰³⁸.

Ciertamente, hay que decir que en esta situación de emergencia sanitaria de alcance general, la base jurídica de los tratamientos podría ser múltiple, basada tanto en el interés público como en un interés vital de los trabajadores o terceros, sin perjuicio de la necesidad de cumplimiento de una obligación legal del empleador en la prevención de riesgos laborales de sus empleados, como habíamos comentado¹⁰³⁹. En todo caso, en este escenario resulta lícito que el empleador pueda o deba adoptar las decisiones que sean necesarias para salvaguardar los intereses vitales de las personas trabajadoras o de terceras personas, para evitar la expansión de

¹⁰³⁴ Artículo 9.2.h) del RGPD.

¹⁰³⁵ Artículo 9.3 del RGPD.

¹⁰³⁶ Asimismo, «las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo por personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada» Artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

¹⁰³⁷ Artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

¹⁰³⁸ Artículo 9.2.e) y f) del RGPD, respectivamente.

¹⁰³⁹ Considerando (46) del RGPD.

la enfermedad a otros en el centro de trabajo, así como para la salvaguarda del interés público o en base a cuanto pueda ser requerido¹⁰⁴⁰.

Sin embargo, al actuar los empleadores para salvaguardar los intereses que sean, deberán cumplir con las instrucciones de las autoridades competentes en la normativa dispuesta para la contención de la pandemia¹⁰⁴¹. Ahora bien, teniendo en cuenta que la normativa de protección de datos se encuentra plenamente vigente, no existe limitación de este derecho fundamental, por lo que el empleador deberá tratar dichos datos de acuerdo al efecto de sujeción que se despliega del propio derecho. Es decir, debe cumplir la obligación de respeto a la normativa sobre protección de datos en aras de su garantía de protección eficaz, debiendo adoptar las medidas oportunas de seguridad y responsabilidad proactiva que demandan tales tratamientos¹⁰⁴².

III.2.B.c. El catálogo de bases jurídicas para la licitud del tratamiento de datos personales no sensibles

Más allá del consentimiento, existen otras bases jurídicas que pueden habilitar también al empleador para llevar a cabo un tratamiento de datos personales de naturaleza no sensible de los trabajadores.

Por un lado, el tratamiento de datos personales de los trabajadores podrá ser lícito cuando sea necesario para la ejecución del contrato de trabajo entre el empresario y el trabajador, como podría ser el caso de un tratamiento de datos personales de los trabajadores para el cumplimiento del pago de sus remuneraciones¹⁰⁴³.

Por otro lado, podremos estar ante un tratamiento lícito de datos personales de la persona trabajadora cuando sea necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al empresario¹⁰⁴⁴, como podrían ser las obligaciones legales de este último con la administración

¹⁰⁴⁰ AEPD, Informe Jurídico N° 2020-0017.

¹⁰⁴¹ Para este supuesto es de aplicación la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, modificada mediante Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública (BOE de 11 de marzo de 2020), así como la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

¹⁰⁴² El artículo 9.2 de la LOPDGDD recoge que aquellos «tratamientos de datos contemplados en las letras g), h) e i) del artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679 fundados en el Derecho español deberán estar amparados en una norma con rango de ley, que podrá establecer requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad». Y, en su Disposición adicional decimoséptima ha regulado que se encuentran amparados en las letras g), h), i) y j) del artículo 9.2 del RGPD, los tratamientos de datos relacionados con la salud y de datos genéticos que estén regulados —en lo que nos interesa— en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, así como en sus normas de desarrollo.

¹⁰⁴³ De conformidad con el artículo 6.1.b) del RGPD, el mismo que señala de forma genérica la necesidad de ejecución de cualquier contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales.

¹⁰⁴⁴ El artículo 6.1.c) del RGPD señala que será lícito el tratamiento «si el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento» y el Considerando (45) refiere que dicho tratamiento deberá tener una base en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros, incluyendo la

pública o con el propio trabajador, como en aquellos casos en los que se requiere el tratamiento de determinados datos de los trabajadores para el cálculo de los impuestos¹⁰⁴⁵.

También podría configurarse la necesidad de un tratamiento para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento¹⁰⁴⁶. En este punto es de interés comentar el Título IV de la LOPDGDD, que incorpora una serie de supuestos de tratamientos concretos de datos personales que, sin considerarse exhaustiva, abarca los casos en que la licitud del tratamiento proviene de la existencia de un interés público, tales como la videovigilancia o los sistemas de denuncias internas¹⁰⁴⁷, siempre y cuando «derive de una competencia atribuida por una norma con rango de ley»¹⁰⁴⁸. Aunque en los preceptos concretos no se hace referencia específica a su aplicación en las relaciones laborales, podrían ser utilizadas a efectos de incluir el tratamiento de datos personales de los trabajadores¹⁰⁴⁹.

III.2.B.d. Especial referencia a la satisfacción de «intereses legítimos»

A la base jurídica a la que debemos dedicarnos con mayor detalle es aquella referida a la necesidad de satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento —en este caso, el empresario— o por un tercero¹⁰⁵⁰. Este puede considerarse un fundamento jurídico del tratamiento «siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los

finalidad del tratamiento, siendo suficiente una norma como base para varias operaciones de tratamiento de datos basadas en una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento. No obstante, la LOPDGDD aclara en su artículo 8.1 que dicho tratamiento «solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1.c) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando así lo prevea una norma de Derecho de la Unión Europea o una norma con rango de ley, que podrá determinar las condiciones generales del tratamiento y los tipos de datos objeto del mismo así como las cesiones que procedan como consecuencia del cumplimiento de la obligación legal» (el subrayado es nuestro).

¹⁰⁴⁵ Las informaciones objeto de tratamiento operan a través de tres vías principales: la primera estará vinculada a las funciones de gestión delegada del empresario con las Administraciones públicas (IRPF y Seguridad Social); la segunda será la directamente vinculada a la relación interna de gestión de personal (informaciones sobre aplicación de medidas de promoción, disciplinarias o sobre el cumplimiento de obligaciones contractuales); y, la tercera, vinculada a la extinción del contrato, donde determinados datos podrían ser utilizados a efectos disciplinarios. *Vid.* DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A. B., «Protección de datos y contrato de trabajo», *Justicia Laboral*, nº 46, 2011, pp. 24-25.

¹⁰⁴⁶ Artículo 6.1. e) del RGPD. Por su parte, el artículo 8.2 de la LOPDGDD añade que dicho tratamiento «solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una misión realizada en interés público [...], cuando derive de una competencia atribuida por una norma con rango de ley».

¹⁰⁴⁷ Preámbulo de la LOPDGDD.

¹⁰⁴⁸ Artículo 8.2 de la LOPDGDD.

¹⁰⁴⁹ Como puede ser el caso de la videovigilancia en el trabajo. El propio artículo remite el tratamiento de datos a manos del empleador al artículo 89 que se encarga especialmente del caso de las relaciones laborales. Sin embargo, este artículo 89 hace referencia al tratamiento de datos de los trabajadores en el ejercicio de su facultad de control, lo que no incluye la videovigilancia por cuestiones de seguridad que tendrían que verificarse de acuerdo al artículo 22.

¹⁰⁵⁰ Artículo 6. 1. f) de RGPD.

derechos y libertades fundamentales» de la persona trabajadora que requieran la protección de sus datos personales¹⁰⁵¹.

Antes de pasar a comentar las cuestiones principales de este supuesto, debemos hacer referencia a que el poder de disposición que forma parte del contenido del derecho a la protección de datos personales, y que, de manera general, confiere a los titulares la facultad de decidir qué datos le proporciona al responsable o puede ese tercero recabar, se encuentra restringido en ciertos casos para los trabajadores. La LOPDGDD incorpora algunos supuestos de tratamientos concretos de datos que son aplicables al ámbito de las relaciones laborales. Según el artículo 19.1, se presume la licitud del «tratamiento datos de contacto y en su caso los relativos a la función o puesto desempeñado de las personas físicas que presten servicios en una persona jurídica» en los casos en que dicho tratamiento «se refiera únicamente a los datos necesarios para su localización profesional» y cuando «la finalidad del mismo sea únicamente mantener relaciones de cualquier índole con la persona jurídica en la que el afectado preste sus servicios»¹⁰⁵². Ahora bien, se trata de unos supuestos que gozan de una presunción *iuris tantum* «de prevalencia del interés legítimo del responsable cuando se lleve a cabo una serie de requisitos», aunque no se excluya definitivamente su licitud en el caso de incumplimiento estricto de las condiciones previstas, siempre y cuando se lleve a cabo la ponderación legalmente exigible¹⁰⁵³.

Estamos ante una base jurídica que insta a sopesar entre dos intereses enfrentados o, de forma más precisa, entre un interés legítimo del responsable frente a los intereses o derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, teniendo en cuenta, en este caso, las expectativas razonables de la persona trabajadora basadas en su relación con el empresario¹⁰⁵⁴.

Ahora bien, la necesidad de satisfacción de un interés legítimo al que se hace referencia a través del tratamiento de datos personales se presenta como una concepción indeterminada y sujeta a interpretación. En todo caso, para cumplir con realizar la ponderación requerida deben tenerse en consideración algunos aspectos importantes. Como primera cuestión, puede

¹⁰⁵¹ Considerando (47) del RGPD. Por su parte el GT 29 señala que «[e]l interés legítimo de los empresarios puede invocarse, en ocasiones, como fundamento jurídico, pero solo si el tratamiento es estrictamente necesario para un fin legítimo y cumple los principios de proporcionalidad y subsidiariedad. Debería realizarse una prueba de proporcionalidad antes de la utilización de cualquier herramienta de observación para determinar si todos los datos son necesarios, si este tratamiento prevalece sobre los derechos generales de privacidad que los trabajadores tienen también en el lugar de trabajo y qué medidas deben adoptarse para garantizar que las violaciones del derecho a la vida privada y el derecho al secreto de las comunicaciones se limiten al mínimo necesario» (punto 6.2), Dictamen 2/2017, *sobre el tratamiento de datos...*, cit. Asimismo puede consultarse su Dictamen 06/2014, *sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos*, de 9 de abril. Disponible en: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_es.pdf.

¹⁰⁵² Apartados a) y b) del artículo 19.1 de la LOPDGDD.

¹⁰⁵³ Preámbulo de la LOPDGDD.

¹⁰⁵⁴ Considerando (47) del RGPD.

aceptarse que un interés se entienda como «el beneficio que el responsable del tratamiento obtenga —o que la sociedad pueda obtener— del tratamiento»¹⁰⁵⁵. Como segunda cuestión, para que sea «legítimo», debe partirse, al menos, de tres ideas claves: primero, dado que se trata de un interés que es perseguido por el empresario, este debe ser uno «real y actual que se corresponda con actividades presentes o beneficios que se esperen en un futuro muy próximo» y que se corresponda con la actividad laboral desarrollada; segundo, este interés debe entenderse vinculado de manera indisoluble y funcional a la normativa, en sentido amplio; y, tercero, debe ser suficientemente concreto o específico¹⁰⁵⁶. Como tercera cuestión, el tratamiento de datos debe ser necesario para su satisfacción, es decir, no deben existir a su disposición otros medios efectivos menos invasivos, que no impliquen tratamiento de datos personales, por ejemplo, para servir a la satisfacción del interés legítimo que esté vinculado a la actividad laboral: o es necesario para la actividad laboral legítima o no lo es. Y si no lo es, no puede configurarse la autorización del tratamiento, ni tan siquiera por consentimiento del trabajador. Que ello ocurra podría propiciar vulneraciones de los derechos de los trabajadores, dada la posición superior del empleador.

En todo caso, para alcanzar en un ejercicio de equilibrio provisional deberán identificarse los intereses o derechos fundamentales concretos de la persona trabajadora que podrían verse afectados, sus concretas expectativas razonables de acuerdo a sus derechos fundamentales en relación con el empresario, así como las repercusiones concretas para los trabajadores y sus derechos en comparación con los beneficios previstos para el empresario. También, el posible perjuicio para la actividad del empresario en relación con los trabajadores, para los terceros o la comunidad en general que puedan sufrir si no se realiza el tratamiento de datos. En ese sentido, tal ejercicio deberá incluir una evaluación del impacto del tratamiento que tenga en cuenta, de ese modo, las consecuencias —potenciales o reales— positivas y negativas del tratamiento de datos¹⁰⁵⁷.

Como último apunte para cerrar las consideraciones sobre el principio general de licitud del tratamiento de datos personales, nótese que el contrato de trabajo actúa *a priori* como documento legitimador para el tratamiento de datos personales y, si concurre la necesidad de tratamiento de acuerdo a una base jurídica, dicho tratamiento podrá llevarse a cabo, aunque ello suponga la restricción del ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales. Ahora bien, al hilo de la reciente jurisprudencia europea, en consonancia con la reciente normativa, para el

¹⁰⁵⁵ GT 29, Dictamen 06/2014, *sobre el concepto de interés legítimo...*, *cit.*, p. 29.

¹⁰⁵⁶ GT 29, Dictamen 06/2014, *op. cit.*, p. 30. Además, MERCADER UGUINA, J. R., «Protección de datos...», *cit.*, 2018, en referencia al segundo apunte, señala que «los intereses que sean demasiado vagos o especulativos no serán suficientes».

¹⁰⁵⁷ MERCADER UGUINA, J. R., *cit.*, p. 44. Una evaluación que no ha de confundirse con la evaluación de impacto relativa a la protección de datos dispuesta en la normativa (artículo 33 y 34 del RGPD).

tratamiento de datos en el contexto del contrato de trabajo no es suficiente ni la mera existencia de la relación de trabajo ni una manifestación de cumplimiento de algunas de las condiciones de licitud establecidas para un adecuado tratamiento¹⁰⁵⁸. Esto es, la sola referencia a una disposición normativa como las que comentamos, no garantiza la defensa efectiva de los derechos y libertades de los trabajadores ni habilita al tratamiento de sus datos personales¹⁰⁵⁹.

Ciertamente, partimos, cuanto menos, de la idea general de un equilibrio justo en donde los derechos fundamentales del interesado-trabajador anularían un interés del empleador, aunque ese equilibrio puede depender de la naturaleza de los datos, de su sensibilidad para la esfera de bienes de la personalidad de los trabajadores y del interés de terceros¹⁰⁶⁰. No obstante, una medida que interfiera con un derecho fundamental debe ir más allá de lo necesario para cumplir con el objetivo legítimo que se persigue.

Para que el tratamiento de datos personales de trabajadores por parte del empleador sea válido debe responder efectivamente a objetivos de interés general o de intereses particulares que no prevalezcan sobre aquellos intereses de sus subordinados y respondan a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás, lógicamente referidos también los del empleador¹⁰⁶¹. Sin embargo, para ello, con independencia de cuál sea la base legal del mismo, pero especialmente cuando la finalidad que busca el empleador es satisfacer un interés legítimo, resulta necesario realizar una evaluación meticulosa que se sitúa desde el momento previo al tratamiento y que alcanza al cumplimiento de los otros principios generales relativos al tratamiento, inclusive si un interesado puede prever de forma razonable, en el momento y en el contexto de la recogida de datos personales, que pueda producirse el tratamiento con tal fin»¹⁰⁶². Desde luego, este es el punto de partida y será necesaria la consideración de otras medidas de responsabilidad activa establecidas en la normativa¹⁰⁶³.

¹⁰⁵⁸ Caso *Bărbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre (STEDH, Gran Sala).

¹⁰⁵⁹ Caso *Bărbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre (STEDH, Gran Sala, ap. 140-141). La Gran Sala reconoce que el empleador posee un interés legítimo en garantizar el buen funcionamiento de la empresa y que esto puede hacerse mediante el establecimiento de mecanismos para verificar que sus empleados cumplan con sus deberes profesionales de manera adecuada y con la diligencia necesaria. No obstante, lo que hay que analizar es si en la práctica hubo un equilibrio justo entre los intereses de las partes.

¹⁰⁶⁰ Trasposición que hacemos de lo expuesto en el caso *Google Spain*, de 13 de mayo de 2014 (STJUE, Asunto C-131/12, ap. 38, 80, 81, 93 y 94).

¹⁰⁶¹ Al hilo del artículo 52.1 de la CDFUE.

¹⁰⁶² Considerando (47) del RGPD.

¹⁰⁶³ Véase el Capítulo IV del RGPD y el Título V de la LOPDGDD.

III.2.C. Límites a la actuación empresarial: finalidad y proporcionalidad del tratamiento

Tengamos en cuenta que, desde el momento previo del ciclo del tratamiento, el empleador-responsable decide el «por qué» y el «cómo» del tratamiento, puesto que son los aspectos sobre los que se proyecta su capacidad de decisión¹⁰⁶⁴.

El primero de ellos hace referencia a la finalidad del tratamiento.

Para determinar la naturaleza de los beneficios que se pretenden alcanzar hace falta identificar una finalidad concreta que justifique cualquier decisión. Al hilo, el empresario se encuentra legitimado para emprender acciones de tratamiento de datos personales de trabajadores siempre que respondan, en este caso, a criterios lógicos de finalidad. En términos de protección de datos, la «finalidad» consiste en la razón específica por la que se tratan los datos, es decir, el objetivo o la intención del tratamiento de los datos¹⁰⁶⁵. En esos términos puede decirse que el interés representaría el beneficio que se obtiene con el tratamiento, mientras que la finalidad es el motivo por el que se tratan los datos. No debe confundirse, pues, el interés legítimo que haya determinado el empresario o un tercero con la finalidad del tratamiento: aunque estén interrelacionadas, esta última es la que se persigue como medio que permita la satisfacción del interés legítimo.

El principio general de «limitación de la finalidad» exige que los datos personales deban ser recogidos con «fines determinados, explícitos y legítimos» y no puedan ser tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines¹⁰⁶⁶. En ese sentido, el principio general lleva a entender el motivo por el que se tratarán determinados datos personales, esto es, implica la delimitación del porqué del tratamiento al momento de la recogida y durante cualquier operación de tratamiento posterior¹⁰⁶⁷.

En primer lugar, el empresario se encuentra obligado a establecer explícitamente unos motivos concretos y específicos que justifiquen aquella decisión de realizar actividades que involucren tratamiento de datos de sus trabajadores y que, desde luego, respondan a unas necesidades palpables que se encuadren dentro de alguno de los fines genéricos y abstractos recogidos en la normativa que ya han sido comentados al referirnos a la licitud del tratamiento¹⁰⁶⁸. La especificación del propósito se encuentra en el núcleo del marco legal establecido para la protección de datos personales, puesto que constituye un primer paso clave

¹⁰⁶⁴ DURÁN CARDO, B., *La figura del responsable...*, cit., 2016, p. 329.

¹⁰⁶⁵ GT 29, Dictamen 06/2014, *sobre el concepto de interés legítimo...*, cit., p. 29.

¹⁰⁶⁶ Artículo 5.1.b) RGPD.

¹⁰⁶⁷ El GT 29 en su Opinión 03/2013, *sobre limitación de la finalidad*, de 2 de abril. Disponible en inglés: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf

¹⁰⁶⁸ Caso *Bărbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre (STEDH, Gran Sala, ap. 121 y 135). *Vid.* PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *El derecho a la protección...*, cit., 2017, p. 86.

para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del empresario. La identificación y documentación clara y suficientemente detallada del propósito de la recogida de datos determinará posteriormente cuáles datos podrán estar incluidos y cuáles no, así como permitir que se pueda evaluar el cumplimiento de las obligaciones y la protección de los derechos fundamentales de las personas potencialmente afectadas¹⁰⁶⁹.

En segundo lugar, los datos deberán ser recogidos con fines «explícitos». Los propósitos específicos que motivan la recogida de los datos personales de los trabajadores no solo deben especificarse en la mente de las personas responsables, sino que deben ser claramente revelados, explicados o expresados de forma inteligible para todos los interesados. De ese modo, se contribuye a que se señalen sin vaguedad o ambigüedad en cuanto a su significado o intención; así como a la transparencia, la previsibilidad y a la seguridad¹⁰⁷⁰.

En tercer lugar, los datos personales de los trabajadores deberán ser recogidos con fines «legítimos». Este requisito no se entiende como mera «referencia cruzada» a la referencia de legitimidad de los intereses que se pretenda sean satisfechos con el tratamiento de datos personales de los trabajadores¹⁰⁷¹. Este requisito implica que los propósitos del tratamiento deben ajustarse —en todo momento y en todas las etapas— a alguna de las bases jurídicas de licitud. Además, se exige que los fines sean conformes, en sentido amplio, a todas las disposiciones de protección de datos, así como otras normas aplicables, considerando que aquellos propósitos pueden cambiar con el tiempo, en función de los avances científicos, tecnológicos y de los cambios de la sociedad y las actitudes culturales¹⁰⁷².

En conjunto, tal como venía advirtiendo la doctrina refiriéndose a la normativa anterior, la pretensión de la norma basada en el cumplimiento de una finalidad legítima que justifica la recogida de datos se presenta como una particular concreción del principio de proporcionalidad en la limitación del ejercicio de los derechos fundamentales en contraposición¹⁰⁷³. El tratamiento deberá responder también a criterios de proporcionalidad, y aquellos fines son la

¹⁰⁶⁹ GT 29, Opinión 03/2013, *sobre limitación...cit.*, p. 16, señala que un propósito que es vago o general, como podría ser «mejorar la experiencia de los usuarios», «propósitos de mercadeo», «propósitos de seguridad» o «investigación futura», sin más detalles, generalmente no cumple con los criterios de ser «específico».

¹⁰⁷⁰ GT 29, Opinión 03/2013, *sobre limitación...cit.*, p. 17.

¹⁰⁷¹ *Vid.* GT 29, Opinión 03/2013, *op. cit.*, p. 19.

¹⁰⁷² Esto incluiría todas las formas de ley escrita y común, legislación primaria y secundaria, decretos municipales, precedentes judiciales, principios constitucionales, los derechos fundamentales, otros principios legales, así como la jurisprudencia, como tal «ley» sería interpretada y tenida en cuenta por los tribunales competentes. Dentro de los límites de la ley, otros elementos como las costumbres, los códigos de conducta, los códigos de ética, los acuerdos contractuales y el contexto general y los hechos del caso también pueden considerarse al determinar si un propósito particular es legítimo. *Vid.* GT 29, Opinión 03/2013, *sobre limitación...cit.*, p. 20.

¹⁰⁷³ PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *El derecho a la protección...*, *cit.*, 2017, p. 86.

pauta necesaria, «pues la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de su tratamiento se miden en función del fin para el que se han obtenido»¹⁰⁷⁴.

Esta explicación incluye la de otros requerimientos sobre la protección de datos personales: considerando cuidadosamente las exigencias de la finalidad de la recogida, se determinará la relevancia de los datos, su periodo de conservación, su exactitud, integridad y confidencialidad. Los principios de «minimización de datos», de «exactitud», de «conservación», «integridad y confidencialidad»¹⁰⁷⁵ a menudo estarán interrelacionados y estrechamente vinculados con el principio de «limitación de la finalidad». Desde una perspectiva de protección de datos, si no se establece de forma precisa la finalidad, se producirá en una infracción de los dos últimos principios señalados.

Con respecto a la relevancia de los datos personales, el empresario deberá cumplir, en particular, con el principio de «minimización de datos» que implica que deberán recopilarse aquellos datos personales que sean adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con esos fines para los que sean tratados¹⁰⁷⁶. Con este principio se garantiza que el empresario solo deba tratar datos de los trabajadores, si aquellos resultan útiles para alcanzar los objetivos alegados. Del mismo modo, debe existir una conexión de los datos y de su tratamiento con la finalidad que motiva su tratamiento, de tal forma que si dicho tratamiento no se lleva a cabo, la obligación legal no podría cumplirse, ni el derecho ejercerse. También, debe procurarse en todo momento disponer de la menor información posible¹⁰⁷⁷, verificando que solo se traten aquellos datos que sirvan a los fines determinados o si estos pueden alcanzarse sin que se tenga acceso directo a dichos datos¹⁰⁷⁸. En todo caso, debe justificarse la clara conexión de los datos que se pretendan tratar con el tipo de trabajo que desarrollan los trabajadores o sus peculiaridades, los lugares donde se desarrolla, las características temporales o los sujetos que lo desarrollan, por ejemplo.

¹⁰⁷⁴ PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *op. cit.*, 2017, p. 86. También, en el caso *Worten*, de 30 de mayo de 2013 (STJUE, Asunto C-342/12, ap. 140).

¹⁰⁷⁵ Artículo 5.1.d) al 5.1.f) del RGPD. Sobre estos aspectos se encuentran grandes coincidencias con los principios generales recogidos por la normativa del Consejo de Europa. Asimismo, deberá garantizarse la limitación del plazo de conservación a un mínimo estricto «para los fines del tratamiento de los datos personales». Asimismo, el Considerando (39) indica que «[p]ara garantizar que los datos personales no se conservan más tiempo del necesario, el responsable del tratamiento ha de establecer plazos para su supresión o revisión periódica». También, que «[l]os datos personales deben tratarse de un modo que garantice una seguridad y confidencialidad adecuadas de los datos personales, inclusive para impedir el acceso o uso no autorizados de dichos datos y del equipo utilizado en el tratamiento.»

¹⁰⁷⁶ Artículo 5.1.c) del RGPD.

¹⁰⁷⁷ Vid. DURÁN CARDO, B., *La figura del responsable...*, *cit.*, 2016, p. 336.

¹⁰⁷⁸ Considerando (39) RGPD. Por su parte, en el caso *Heinz Huber* (STJUE, Asunto C-524/06, el Abogado General Poiares Maduro presentaba sus conclusiones y señalaba que «[e]l concepto de necesidad [...] está consolidado como parte del criterio de la proporcionalidad. Ello quiere decir que la autoridad que adopte una medida que choque con un derecho protegido por el Derecho comunitario para conseguir un objetivo legítimo habrá de demostrar que la medida es la menos restrictiva para el logro de dicho objetivo». <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=71021&doclang=ES>, ap. 27.

De lo último que hemos comentado podemos reconocer el cómo del tratamiento, el segundo aspecto sobre el que se proyecta la capacidad de decisión del empleador en lo relativo al tratamiento de datos de los trabajadores.

A mayor abundamiento, el empresario deberá tener en cuenta que la finalidad del tratamiento debe ser legítima y el método elegido o la tecnología específica para llevar a cabo el tratamiento, es decir, la forma en la que se realiza el tratamiento, debe ser idónea para alcanzar los objetivos legítimos planteados o debe constituirse como imprescindible para alcanzar dichos objetivos¹⁰⁷⁹. Los métodos elegidos, que pueden ser tecnológicos, deben ser necesarios para el interés legítimo del empresario», estrictamente necesarios, habría que precisar¹⁰⁸⁰. Sin perjuicio de que el empleador deba realizar una valoración entre los intereses contrapuestos en el caso concreto¹⁰⁸¹.

Se ha dicho que determinada actuación empresarial solo será estrictamente proporcional si trae consigo, efectivamente, más beneficios para el interés general o para la productividad de la relación laboral que perjuicios sobre las expectativas de privacidad de los trabajadores; o el interés empresarial particular prevalece sobre los intereses o los derechos y libertades de los trabajadores, teniendo en cuenta que dichas expectativas en ningún caso pueden entenderse reducidas de forma absoluta¹⁰⁸².

El tratamiento en su conjunto, con todos los detalles, deberá «ser proporcional a las necesidades de la empresa, es decir, a la finalidad que pretende abordar», debiendo «llevarse a cabo de la manera menos intrusiva posible y estar dirigido al ámbito de riesgo específico»¹⁰⁸³. Será necesario, pues, que se valore activamente y determine el grado de intrusión concreto en la vida privada de los trabajadores que un eventual tratamiento de datos personales puede provocar, de acuerdo al alcance real de la dirección, control o vigilancia sobre los trabajadores. De ese modo, se podrá determinar el riesgo de la medida para los derechos y libertades de aquellos. Y, de acuerdo a los resultados, ante un mayor impacto en la vida privada, corresponderá una justificación más estricta y el despliegue de mayores garantías¹⁰⁸⁴. Estos lineamientos constituyen el punto de inflexión en la garantía de los derechos y libertades de los

¹⁰⁷⁹ GUERRA RODRÍGUEZ, L., «Ejercicio del poder de control a través de cámaras de videovigilancia: análisis de la doctrina constitucional», *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 29, 2017, p. 7/11.

¹⁰⁸⁰ Vid. GT 29, Dictamen 2/2017, *sobre el tratamiento...*, cit., p. 8.

¹⁰⁸¹ Caso *Bărbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre (STEDH, Gran Sala, ap. 140-141). Vid. CUBERO MARCOS, J. I. y ABERASTURI GORRIÑO, U., «Protección de los datos personales en las comunicaciones electrónicas: especial referencia a la Ley 25/2007, sobre conservación de datos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 83, 2008, pp. 89-90.

¹⁰⁸² Considerando (47), de acuerdo al artículo 6.1.f) del RGPD. Vid. ABERASTURI GORRIÑO, U., «Control empresarial del correo electrónico del empleado y relevancia de la información previa a los trabajadores como garantía mínima para ejercer ese control, a la luz de la STC 7 octubre 2013», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 180, 2015, p. 26/56.

¹⁰⁸³ GT 29, Dictamen 2/2017, *sobre el tratamiento...*, cit., p. 8.

¹⁰⁸⁴ Vid. Caso *Bărbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre (STEDH, Gran Sala, ap. 121).

trabajadores y desechan cualquier tratamiento con el objeto principal de conocer la vida íntima (privacidad) de los trabajadores. O, incluso, simplemente a desplegar medidas que «considere más oportunas».

En definitiva, resulta imprescindible evitar llegar a la claudicación de los derechos a la protección de datos y, por supuesto, del derecho a la intimidad de los trabajadores frente a los intereses económicos del empresario, tanto más si este «ha sido el gran problema sin resolver, la asignatura pendiente de la protección eficaz de los derechos fundamentales de los trabajadores»¹⁰⁸⁵.

III.2.D. La lealtad y transparencia como requisito nuclear del adecuado tratamiento

Además de ser lícito, el tratamiento de los datos personales de las personas trabajadoras deberá ser leal y transparente¹⁰⁸⁶. El cumplimiento de estos principios se exige desde momentos previos al tratamiento, durante e, incluso, finalizado el mismo, y supone para los empleadores una exigencia de comportamiento positivo. En ese sentido, es evidente que ambos se encuentran intrínsecamente vinculados al concepto de «responsabilidad proactiva».

El tratamiento de los datos personales será «leal» en la medida en que para las personas trabajadoras quede «totalmente claro que se están recogiendo, utilizando, consultando o tratando de otra manera datos personales que les conciernen, así como la medida en que dichos datos son o serán tratados»¹⁰⁸⁷. El recién estrenado principio de «transparencia» constituye una expresión del principio de «lealtad» recogido en el artículo 8 de la CDFUE y se ha reconocido como «uno de los elementos nucleares del derecho a la protección de datos»¹⁰⁸⁸. El principio de transparencia —pero también el de lealtad, diríamos— despliega las responsabilidades del empresario en cualquier supuesto, es decir, más allá de cuál sea la base jurídica que motiva el tratamiento¹⁰⁸⁹. Asimismo, la lealtad supone la transparencia durante todo el ciclo del tratamiento, como «requisito previo para asegurar el poder de control del interesado sobre sus datos»¹⁰⁹⁰ sin olvidar la garantía del poder de disposición.

¹⁰⁸⁵ PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *El derecho a la protección... cit.*, 2017, p. 83.

¹⁰⁸⁶ Artículo 5.1.a) del RGPD.

¹⁰⁸⁷ Considerandos (39) del RGPD.

¹⁰⁸⁸ APARICIO SALOM, J., «Derechos del interesado (Arts. 12-19)», en LÓPEZ CALVO, J. (Coord.), *El nuevo marco... cit.*, 2018, p. 363.

Artículos 1, 10 y 15 del TFUE. El artículo 5.1. a) del RGPD lo ubica en una posición preferente. Señala que los datos personales serán tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado. («licitud, lealtad y transparencia»).

¹⁰⁸⁹ PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *El derecho a la protección... cit.*, 2017, p. 59.

¹⁰⁹⁰ Vid. DURÁN CARDO, B., *La figura del responsable... cit.*, 2016, p. 317.

III.2.D.a. El deber de informar y la configuración del derecho autónomo a la información

Veamos en primer lugar que la transparencia se materializa en el deber que alcanza al empleador de brindar información a las personas trabajadoras sobre lo relativo al tratamiento de los datos personales de estas. A través de la exigencia de requisitos prácticos específicos, requiere del empresario la puesta en marcha de medidas oportunas para cumplir de forma activa con, al menos, dos tipos de acciones concretas¹⁰⁹¹.

Por un lado, facilitar a los trabajadores una serie de informaciones detalladas en la normativa y diferenciadas según los datos hayan sido obtenidos de los trabajadores o no, aunque básicamente coinciden en la información referida a la existencia de cualquier operación de tratamiento, los fines del tratamiento y la base jurídica en la que se sustenta, los intereses legítimos que se pretendan satisfacer, destinatarios y la naturaleza de los datos, entre otros. Por otro lado, facilitar al trabajador cualquier comunicación relativa a los riesgos, las consecuencias, las normas, las salvaguardias y los derechos específicos relativos al tratamiento de datos personales y el modo de hacer valer tales derechos¹⁰⁹² y sobre cualquier reserva concreta a tales derechos que el responsable pretenda esgrimir¹⁰⁹³, de tal forma que el interesado no se vea sorprendido por una supuesta limitación de un derecho en concreto cuando, más adelante, intente ejercerlo contra el responsable. Del mismo modo, sobre los medios disponibles —que sean fácilmente accesibles y adecuados al contexto, a la naturaleza y a las interacciones de la relación— que haya puesto a su disposición para ejercerlos¹⁰⁹⁴. Todo ello, sin excluir la exigencia de brindar a los trabajadores cualquier información complementaria que sirva para garantizar un tratamiento leal y transparente con respecto a los trabajadores, «habida cuenta de las circunstancias y del contexto específicos en que se traten los datos personales»¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁹¹ Artículo 12 del RGPD. Asimismo, puede consultarse el documento del GT 29, *Directrices sobre transparencia según el Reglamento 2016/679*, 28 de noviembre de 2017. Disponible en inglés: http://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?doc_id=48850.

¹⁰⁹² Considerando (39) del RGPD. Por su parte, el GT 29 recomendaba, con el fin de «permitir que los interesados ejerciten sus derechos y que haya un escrutinio público más amplio por parte de los interesados, la importancia es importante que se requiere que el empresario explique de manera clara y fácil las razones por las que creen que sus intereses prevalecen sobre los intereses o los derechos y las libertades fundamentales de los interesados, y también les expliquen las garantías que hayan adoptado para proteger sus datos personales, incluido, cuando así proceda, el derecho de exclusión voluntaria del tratamiento». GT 29, Dictamen 06/2014, *sobre el concepto de interés legítimo...*, *cit.*, p. 51.

¹⁰⁹³ Artículo 23 del RGPD.

¹⁰⁹⁴ Artículo 12.2 de la LOPDGDD. Consúltese ampliamente a APARICIO SALOM, J., «Derechos del interesado...», *cit.*, 2018, p. 363 y ss.

El Considerando (59) hace hincapié en que «deben arbitrase fórmulas para facilitar al interesado el ejercicio de sus derechos» y en que el responsable del tratamiento de datos «también debe proporcionar medios para que las solicitudes se presenten por medios electrónicos, en particular cuando los datos personales se tratan por medios electrónicos».

¹⁰⁹⁵ Considerando (60) del RGPD.

Por lo que respecta al momento de facilitar esta información, un aspecto fundamental de la obligación de transparencia y la obligación de tratamiento leal de los datos es hacerlo de manera oportuna. En términos generales, se mantiene la diferenciación relativa a la fuente de obtención de los datos personales: cuando se obtengan, en nuestro caso, de los mismos trabajadores, según el RGPD, el empresario deberá cumplir con sus obligaciones relativas a la transparencia en el momento en que se disponga de aquellos; en el otro caso, cuando los datos se hayan obtenido de otra fuente, deberá facilitarles la información de acuerdo a tres posibilidades: dentro de un plazo razonable, y a más tardar en un mes, desde que se obtuvieron los datos; en la primera comunicación, si los datos han de utilizarse con ese cometido; o, si está previsto comunicarlos a otro destinatario, como máximo, cuando los datos se vayan a comunicar por primera vez¹⁰⁹⁶. Asimismo, dado que el deber de información subsiste durante todo el tratamiento, deberán ponerse de manifiesto cualesquiera cambios en el tratamiento, en el momento en el que estos se configuren. También en momento posterior a una solicitud de ejercicio de los derechos específicos del trabajador ya comentado, recae una obligación de brindarles información relativa a sus actuaciones¹⁰⁹⁷ o de comunicarles las razones de su no actuación y de la posibilidad de presentar una reclamación administrativa o judicial¹⁰⁹⁸. Y, como novedad, deberá comunicarle cuando sea probable que una violación de la seguridad de sus datos personales entrañe un alto riesgo para sus derechos y libertades¹⁰⁹⁹.

Además, el cumplimiento de sus obligaciones supone que toda información y comunicación relativa al tratamiento de datos personales de los trabajadores deba ser concisa, fácilmente accesible y fácil de entender, utilizando un lenguaje sencillo y claro, y, además, en su caso, se visualice¹¹⁰⁰. De esa forma, la información deberá ser facilitada por escrito o por otros medios, incluso electrónicos o verbales. En este último supuesto, si es el propio trabajador quien así lo solicita y su identidad se puede obtener por otros medios¹¹⁰¹. En este sentido, la información y la comunicación, fácilmente accesibles y fáciles de entender, se convierten en primordiales¹¹⁰².

¹⁰⁹⁶ Artículo 13 y 14 del RGPD.

¹⁰⁹⁷ Artículo 12.3 del RGPD que recoge, además, que «en cualquier caso, en el plazo de un mes a partir de la recepción de la solicitud. Dicho plazo podrá prorrogarse otros dos meses en caso necesario, teniendo en cuenta la complejidad y el número de solicitudes. El responsable informará al interesado de cualquiera de dichas prórrogas en el plazo de un mes a partir de la recepción de la solicitud, indicando los motivos de la dilación. Cuando el interesado presente la solicitud por medios electrónicos, la información se facilitará por medios electrónicos cuando sea posible, a menos que el interesado solicite que se facilite de otro modo».

¹⁰⁹⁸ Artículo 12.4 del RGPD.

¹⁰⁹⁹ Artículo 34 del RGPD.

¹¹⁰⁰ Considerandos (39) y (58) del RGPD.

¹¹⁰¹ Artículo 12.1 del RGPD.

¹¹⁰² Véase el Considerando (32). «El principio de transparencia exige que toda información y comunicación relativa al tratamiento de dichos datos sea fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje sencillo y claro. Dicho principio se refiere en particular a la información de los interesados sobre la identidad del responsable del tratamiento y los fines del mismo y a la información añadida para garantizar un tratamiento leal y transparente con respecto a las personas físicas afectadas y a su derecho a obtener confirmación y comunicación

Aunque no se haga una referencia específica a las relaciones laborales, la LOPDGDD concreta las actuaciones generales del responsable y establece que este último podrá dar cumplimiento al deber de información en los términos establecidos en el RGPD, a través de la denominada «información por capas»¹¹⁰³. Así, podrá facilitar a las personas una información básica, directamente accesible en el mismo medio donde se recojan los datos, e indicarles una dirección electrónica u otro medio que permita acceder de forma sencilla e inmediata a la restante información¹¹⁰⁴. Asimismo precisa que, cuando los datos sean obtenidos del interesado, la información básica deberá contener, al menos, la identidad del responsable del tratamiento (y de su representante, en su caso), la finalidad del tratamiento, la posibilidad de ejercer sus derechos específicos relativos al tratamiento y la circunstancia del tratamiento para la elaboración del perfiles, cuando sea el caso¹¹⁰⁵; cuando los datos no han sido obtenidos del interesado, la información básica comprenderá, además de lo anterior, las categorías objeto de tratamiento y las fuentes de las que procedieran los datos¹¹⁰⁶.

Como vemos, se trata de deberes mínimos que deberán asumirse sin perjuicio de lo que se establezca para determinados tratamientos de datos concretos, con especial atención a la transparencia del tratamiento en la línea artículo 88.2 del RGPD, tales como aquellos en los que se involucra el uso de TIC. La LOPDGDD ha hecho mención expresa al deber del empleador de brindar información a los trabajadores en las relaciones laborales en los artículos 87 al 89 dedicados a las cuestiones relativas a las garantías digitales en el ámbito laboral, lo que a primera vista supone una garantía al respecto. No obstante, realizaremos un análisis más profundo en el capítulo siguiente sobre este y otros aspectos.

En segundo lugar, estamos frente a una obligación de informar a los interesados que, a su vez, consolida un derecho de estos últimos a ser informados, de carácter autónomo con relación al resto de derechos y principios relativos al tratamiento¹¹⁰⁷. Como recordábamos, el derecho a la protección de datos personales otorga a su titular un poder amplio de control sobre dichos datos. Para hacer efectivo el despliegue del poder de control sobre de los datos personales, el

de los datos personales que les conciernan que sean objeto de tratamiento». Asimismo, pueden consultarse el documento del GT 29, *Directrices sobre transparencia...*, cit.

¹¹⁰³ Ya generalmente aceptada en ámbitos como el de la videovigilancia o la instalación de dispositivos de almacenamiento masivo de datos (tales como las «cookies»).

¹¹⁰⁴ Artículo 11.1 de la LOPDGDD. Sobre la incoherencia de este artículo en su traslación al entorno de trabajo, vid. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Derechos laborales digitales...*, cit., 2019, p. 73.

¹¹⁰⁵ Artículo 11.2 de la LOPDGDD. En el caso de datos tratados para la elaboración de perfiles, el afectado deberá ser informado de su derecho a oponerse a la adopción de decisiones individuales automatizadas que produzcan efectos jurídicos sobre él o le afecten significativamente de modo similar, cuando concorra este derecho de acuerdo con lo previsto en el artículo 22 del RGPD.

¹¹⁰⁶ Artículo 11.3 de la LOPDGDD.

¹¹⁰⁷ DURÁN CARDO, B., *La figura del responsable...*, cit., 2016, p. 422.

individuo debe conocer la información relevante señalada en los términos descritos¹¹⁰⁸. En ese sentido, el incumplimiento del deber de informar configurará la vulneración no solo de la normativa, sino también del propio derecho fundamental a la protección de datos¹¹⁰⁹. Así, en cuanto contenido del derecho fundamental, su cumplimiento no es ponderable ni reducible a través de un juicio de proporcionalidad, es decir, se trata de un requisito ineludible¹¹¹⁰.

La adecuada información al interesado se configura como necesaria para realizar un tratamiento adecuado, es decir, aquella se considera un presupuesto del segundo¹¹¹¹. Más bien, es la nota esencial para que determinada medida llevada a cabo por el empresario se encuentre justificada y sea legítima¹¹¹².

La transparencia asegura la previsibilidad y permite el control de la persona trabajadora en lo relativo al tratamiento de sus datos personales por parte del empresario. Pero consideramos que la clave para todo ello radica, principalmente, en la lealtad y transparencia de los motivos concretos que sustentan la decisión de tratamiento y el deber de no ocultar ninguna otra finalidad que esté detrás del mismo «por obvia que esta parezca o por mucho que fuere una práctica habitual en la forma de proceder de las empresas»¹¹¹³.

¹¹⁰⁸ Puede entenderse al hilo de la STC 292/2000, de 30 de noviembre (FJ 6). El TC mencionaba que, para hacer efectiva la garantía del poder de disposición de los datos personales, el individuo debía conocer los datos que poseían los terceros, quiénes eran esos terceros y con qué fin poseían dichos datos.

¹¹⁰⁹ Referido también la STC 29/2013, de 11 de febrero, que dejaba claro, además, que el incumplimiento del deber de información conllevaba una vulneración al derecho a la protección de datos personales. El cambio de la doctrina se veía con la STC 39/2016, de 3 de marzo, que se pronunciaba señalando que la no información no constituía una vulneración al derecho a la protección de datos personales y la medida había resultado proporcionada.

¹¹¹⁰ Vid. DURÁN CARDO, B., *La figura del responsable...*, cit., 2016, p. 418.

¹¹¹¹ DÍAZ REVORIO señalaba que en relación a la STC 292/2000 que, aunque no era evidente de la sentencia que la información formara parte del contenido esencial del derecho, la información sí era imprescindible para otorgar un consentimiento. Vid. DÍAZ REVORIO, F. J., «Derecho de la información en la recogida de datos. Una perspectiva constitucional», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 436-437.

En el caso de las relaciones laborales, la jurisprudencia ha constituido un aporte importante en relación con el significado esencial del derecho a la información como contenido del derecho fundamental.

La STC 29/2013 dejó sentado que el derecho a la información operaba también cuando existiese habilitación legal para realizar un tratamiento de datos sin necesidad del consentimiento. El cambio en la doctrina jurisprudencial se dio con la STC 39/2016, de 3 de marzo, que denegó el amparo a una trabajadora que había denunciado la vulneración de su derecho a la protección de datos, al entender que el tratamiento de sus datos obtenidos a través de cámaras de videovigilancia sin que el distintivo especificara la finalidad de control laboral, constituía dicha vulneración. La sentencia se pronunciaba señalando que las alegaciones no constituían una vulneración al derecho a la protección de datos personales y la medida había resultado proporcionada.

¹¹¹² MESONERO-ROMANOS, R. y MUÑOZ GONZÁLEZ, M., «Protección de datos y relaciones laborales en el Reglamento General de Protección de Datos», en PIÑAR MAÑAS, J. L. (Dir.), *Reglamento General...*, cit., 2016, p. 628.

¹¹¹³ MUÑOZ ONTIER, J., «Disposiciones generales (Arts. 1-5)», en LÓPEZ CALVO, J. (Coord.), *El nuevo marco...*, cit., 2018, p. 348.

Vemos que las sentencias en el ámbito laboral también se pronunciaban en ese sentido. La STC 29/2013, de 11 de febrero manifestaba la obligación de brindar una «información previa y expresa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida», debiendo concretarse con esa información «las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse [...]» (FJ 8).

Decíamos en el apartado anterior que los datos personales de los trabajadores podrán ser tratados por el empresario siempre y cuando sean recogidos con fines, además de determinados y legítimos, explícitos. Este último requisito pone la nota en la vinculación de la especificación de la finalidad del tratamiento con el principio de «transparencia» de la información y esto sitúa a cualquier objetivo de tratamiento de datos en parte esencial del contenido de la información que el empleador tiene la obligación de facilitar a los trabajadores¹¹¹⁴. Si un propósito es suficientemente específico, claro y, además, es visible, las personas trabajadoras podrán iniciar un control y verificación adecuados de todos los detalles del tratamiento que se refiera y el proceso de tratamiento de datos será predecible. Esto brinda seguridad jurídica a los interesados, y también a aquellos que procesan datos personales en nombre del empresario¹¹¹⁵.

III.2.D.b. La puerta abierta al ejercicio de los derechos específicos relativos al tratamiento

Ya habíamos mencionado que, para la protección efectiva de los datos personales, se exige el reforzamiento y especificación de las obligaciones de los responsables. El empleador tiene el deber de facilitar a la persona trabajadora cualquier comunicación acerca de sus derechos relativos al tratamiento, así como acerca del modo de hacer valer sus derechos en relación con el tratamiento. Asimismo, debe facilitarle el ejercicio de los mismos o de contribuir a su efectivo ejercicio, actuando a petición del trabajador para tal efecto. En todo caso, asume el deber de brindarle información relativa a sus actuaciones sobre la base de una solicitud suya cuando haya ejercitado sus derechos específicos¹¹¹⁶, así como el deber de facilitarle unos procedimientos y formas para ejercer sus derechos (que incluye el darles respuesta) que sean «visibles, accesibles y sencillas»¹¹¹⁷.

Cuando el propósito especificado y toda la información obligatoria son compartidos de forma adecuada, las salvaguardas pueden ser efectivas mediante el ejercicio de los derechos específicos de las personas trabajadoras relativos al tratamiento, que suponen la concretización del derecho a la protección de datos personales¹¹¹⁸. En todo caso, los cauces procedimentales

¹¹¹⁴ Vid. PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *El derecho a la protección...*, cit., 2017, pp. 85-86.

¹¹¹⁵ La previsibilidad también es relevante cuando se evalúa la compatibilidad de otras actividades de procesamiento y, en general, el procesamiento adicional no podrá considerarse predecible si no está lo suficientemente relacionado con el propósito original y no cumple con las expectativas razonables de los interesados en el momento de la recogida, según el contexto de la recogida.

¹¹¹⁶ Véanse los artículos 12, 13 y 14, así como los artículos del 15 al 22 del RGPD.

¹¹¹⁷ AEPD, *Guía del Reglamento General de Protección de Datos para responsables de tratamiento*, p. 8. Disponible en: <https://www.aepd.es/media/guias/guia-rgpd-para-responsables-de-tratamiento.pdf> (última consulta: 30 de marzo de 2022).

¹¹¹⁸ Sobre los pronunciamientos del TJUE sobre los derechos específicos de los interesados puede consultarse a PIÑAR MAÑAS, J. L. Y RECIO GAYO, M., *El derecho a la protección de datos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

para ejercitar los derechos de los trabajadores no deberán suponer un esfuerzo extraordinario para ellos¹¹¹⁹.

En primer lugar, nos estamos refiriendo al derecho de acceso¹¹²⁰. A la persona se le otorga la facultad de conocer por parte del empleador lo que está sucediendo con sus datos cuando son manipulados por este¹¹²¹. Es decir, tendrá derecho a obtener del empresario «confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen y, en tal caso, el derecho de acceso a los datos personales (...)», así como a la información referida a los fines del tratamiento, las categorías de datos, los destinatarios de los datos, plazo de conservación, la existencia de los demás derechos específicos que puede ejercitar el trabajador, la posibilidad de presentar una reclamación a la Autoridad de control, información sobre decisiones automatizadas; y, por lo menos, cuando se base en la elaboración de perfiles, las consecuencias de dicho tratamiento, y aquella información significativa sobre la lógica aplicada, si se hubieran llevado a cabo decisiones individuales automatizadas (según el 22 del RGPD)¹¹²². En ese caso, el contenido de este derecho incluye no solo aquellos datos sometidos a tratamiento, sino también al contenido de la información que procesa el empleador¹¹²³.

Por su parte, la persona trabajadora debe poder ejercer este derecho «con facilidad y a intervalos razonables», con el fin de conocer y verificar la licitud del tratamiento¹¹²⁴.

Este derecho, de acuerdo con la CDFUE, representa una facultad integrante del derecho a la protección de datos personales, puesto que, solo si se conocen cuáles son los datos personales, las razones para la recogida y toda aquella información relativa al tratamiento, la persona titular de dichos datos estará en condiciones de comprobar que ese tratamiento cumple las exigencias legales y podrá ejercitar este y los derechos específicos relativos al tratamiento que suponen, a su vez, la concretización del ejercicio de su derecho a la protección de datos personales. Al hilo, el TJUE manifestaba que este derecho debía verse garantizado no sólo para el presente, sino también para el pasado, pudiendo el interesado acceder a la información sobre

¹¹¹⁹ Artículo 24.2 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (Reglamento de la LOPD).

¹¹²⁰ Artículo 15 del RGPD y 13 de la LOPDGDD. Puede consultarse a PUYOL MONTERO, J., «Transparencia de la información y derecho de acceso de los interesados en la nueva normativa de protección de datos», en RALLO LOMBARTE, A. (Dir.), *Tratado de protección de datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 301 y ss.

¹¹²¹ ABERASTURI GORRIÑO, U., *La protección de datos en la sanidad*, Thomson-Reuters Aranzadi, Zizur Menor, 2014, p. 292.

¹¹²² Artículo 15 y 22 así como el Considerando (63) del RGPD. También, el Considerando (63) lo que «incluye el derecho de los interesados a acceder a datos relativos a la salud, por ejemplo los datos de sus historias clínicas que contengan información como diagnósticos, resultados de exámenes, evaluaciones de facultativos y cualesquiera tratamientos o intervenciones practicadas».

¹¹²³ Vid. ARENAS RAMIRO, M., «El derecho de acceso y las condiciones generales de ejercicio de los derechos (Comentario al artículo 15 RGPD y a los artículos 12 y 13 LOPDGDD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento...*, Tomo I, cit., 2021, p. 1474.

¹¹²⁴ Conforme al artículo 13.3 de la LOPDGDD el plazo señalado es de 6 meses, salvo causa legítima que justifique una solicitud reiterada.

los destinatarios o categorías de destinatarios y al contenido de la información comunicada¹¹²⁵. Por su parte, el responsable empleador estaría obligado a informar al trabajador sobre los medios que ponga a su disposición para ejercer este derecho¹¹²⁶.

En segundo lugar, la persona trabajadora tendrá el derecho de rectificación¹¹²⁷. Este derecho, también extraído del artículo 8.2 de la CDFUE, se encuentra vinculado al derecho de acceso. Su concretización determina, para nuestro caso, el derecho de la persona trabajadora «a obtener sin dilación indebida» del empresario —responsable del tratamiento— «la rectificación de los datos personales inexactos que le conciernan». A partir de ello, se observa su capital importancia para garantizar la calidad de los datos a tratar, es decir, con que estos sean exactos y, si fuera necesario, actualizados¹¹²⁸. La información exacta será tal cuando se corresponda con la realidad sea en un momento actual o no, de forma atemporal, pero, además, cuando lo sea en relación con la situación actual del trabajador, es decir, en el presente, cuando así sea necesario¹¹²⁹.

Además, teniendo en cuenta los fines del tratamiento, se habilita el derecho del trabajador «a que se completen los datos personales que sean incompletos, inclusive mediante una declaración adicional» en relación a los fines del tratamiento¹¹³⁰. Para tal efecto, se requiere que se indiquen los datos a que se refiera el pedido de rectificación y la corrección que haya que realizarse, debiendo acompañar, cuando sea preciso, documentación que justifique la inexactitud o el carácter incompleto de los datos objeto de tratamiento¹¹³¹. Dado que no se ha recogido en ninguna parte de la normativa una obligación expresa del responsable para que complete de oficio el contenido de la información del titular de los datos personales, se ha alertado desde la doctrina la dificultad de garantizar la exactitud del tratamiento sin la actuación del interesado a través de este derecho específico¹¹³². La vinculación entre una actuación inexacta del tratamiento de datos por parte del responsable y las consecuencias jurídicas solo podría entenderse de modo indirecto ante una falta de lealtad en un tratamiento con información sesgada o parcial o frente a una «protección de datos desde el diseño» que cuente con datos incompletos. En este caso, resulta difícil identificar un derecho a la rectificación de los trabajadores respecto de sus datos que motive una obligación previa del empleador de contar con una información completa.

¹¹²⁵ Caso *Rijkeboer*, de 7 de mayo de 2009 (STJUE, Asunto C-553/07).

¹¹²⁶ Artículo 12.2 del RGPD.

¹¹²⁷ Artículo 16 del RGPD.

¹¹²⁸ ADSUARA, B., «Derechos de rectificación, supresión (olvido) y portabilidad (de los datos) y de limitación y oposición (al tratamiento)», en RALLO LOMBARTE, A. (Dir.), *Tratado de protección de datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 315 y ss.

¹¹²⁹ PASCUAL HUERTA, P., «El derecho de rectificación (Comentario al artículo 16 RGPD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento...*, Tomo I, *cit.*, 2021, p. 1538.

¹¹³⁰ Artículo 16 del RGPD.

¹¹³¹ Artículo 14 de la LOPDGDD.

¹¹³² PASCUAL HUERTA, P., «El derecho de rectificación...», *cit.*, 2021, p. 1542.

En tercer lugar, nos referiremos al derecho del interesado a la supresión¹¹³³. El denominado también «derecho al olvido» representa una de las novedades de la configuración del derecho a la protección de datos personales¹¹³⁴. Supone el derecho de toda persona «a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan»¹¹³⁵, en particular, en aquellos casos en que ya no sean «necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo, si los interesados han retirado su consentimiento para el tratamiento o se oponen al tratamiento de datos personales que les conciernen, o si el tratamiento de sus datos personales incumple de otro modo» el RGPD¹¹³⁶. No obstante, la garantía del derecho se excluye de forma expresa en aquellos supuestos en los que el tratamiento sea necesario para el ejercicio «de la libertad de expresión e información, para el cumplimiento de una obligación legal, para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento, por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones»¹¹³⁷.

Podemos observar cómo este derecho específico encuentra su razón de ser en los principios de «exactitud»¹¹³⁸, de «limitación de finalidad»¹¹³⁹, así como en el principio de «minimización de datos», unido al de «licitud» del tratamiento en relación con el consentimiento. Del mismo modo, identificamos que todo este entramado normativo descansa en la adecuada finalidad del tratamiento, so pena del despliegue de la garantía del derecho a la supresión. Este derecho específico representa el reforzamiento del control de los datos del interesado, sobre todo en el entorno digital¹¹⁴⁰, aunque no se reduzca a este. En general, se trata de un derecho que ha sido dotado de contornos más o menos precisos que pueden suponer un avance trascendental en la defensa de los derechos de las personas en relación con el

¹¹³³ Artículo 17 del RGPD y artículo 15 de la LOPDGDD.

¹¹³⁴ Desarrollado en el caso *Google Spain*, de 13 de mayo de 2014 (STJUE, Asunto C-131/12).

¹¹³⁵ El precepto hace expresa la obligación del responsable, señalando que este «estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias» detalladas en la norma. Es decir, no siempre que el interesado lo solicite.

¹¹³⁶ Considerando (65) del RGPD, en relación al artículo 17.1.

¹¹³⁷ Véase el Considerando (65) del RGPD, en relación con el artículo 17.3.

¹¹³⁸ El artículo 5.1.d) señala que «se adoptarán todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan».

¹¹³⁹ El artículo 5.1.b) señala que los datos personales «no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; de acuerdo con el artículo 89, apartado 1, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales».

¹¹⁴⁰ El inciso 2 del artículo 17 presenta un alegado reforzamiento del «derecho al olvido». En esa línea, el Considerando 66 indica: «A fin de reforzar el «derecho al olvido» en el entorno en línea, el derecho de supresión debe ampliarse de tal forma que el responsable del tratamiento que haya hecho públicos datos personales esté obligado a indicar a los responsables del tratamiento que estén tratando tales datos personales que supriman todo enlace a ellos, o las copias o réplicas de tales datos. Al proceder así, dicho responsable debe tomar medidas razonables, teniendo en cuenta la tecnología y los medios a su disposición, incluidas las medidas técnicas, para informar de la solicitud del interesado a los responsables que estén tratando los datos personales».

tratamiento de sus datos personales, siempre que sea realizado un adecuado criterio de ponderación para determinar su eventual despliegue de garantías¹¹⁴¹.

En cuarto lugar, la persona trabajadora, como parte interesada en el tratamiento de sus datos personales, tendrá derecho a obtener del empresario-responsable la limitación del tratamiento de sus datos personales cuando se cumpla alguna de las condiciones establecidas en la normativa¹¹⁴². La «limitación del tratamiento» debe entenderse como el «marcado de los datos de carácter personal conservados con el fin de limitar su tratamiento en el futuro»¹¹⁴³ y deberá hacerse, en nuestro caso, cuando la persona trabajadora impugne la exactitud de los datos personales (durante un plazo que permita al empresario verificar la exactitud de los mismos), cuando el tratamiento sea ilícito y la persona trabajadora se oponga a la supresión de los datos personales y solicite en su lugar la limitación de su uso, o cuando el empresario ya no necesite los datos personales para los fines del tratamiento (pero la persona trabajadora los necesite para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones). Del mismo modo, cuando esta última se haya opuesto a que datos personales que le conciernan sean objeto de un tratamiento basado en la necesidad del cumplimiento de una misión realizada en interés público (o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento) o en la necesidad de satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el empresario o por un tercero, mientras se verifica si los motivos legítimos del responsable prevalecen sobre los del interesado¹¹⁴⁴.

Ahora bien, el tratamiento de datos personales objeto de limitación no supone la imposibilidad absoluta de tratamiento de dichos datos bajo otros fundamentos jurídicos. En aquel caso, dice el precepto, «dichos datos solo podrán ser objeto de tratamiento, con excepción de su conservación, con el consentimiento del interesado o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones, o con miras a la protección de los derechos de otra persona física o jurídica o por razones de interés público importante de la Unión o de un determinado Estado miembro»¹¹⁴⁵. En todo caso, toda persona que haya obtenido la limitación del tratamiento deberá ser informada por el responsable antes del levantamiento de dicha

¹¹⁴¹ Vid. ÁLVAREZ CARO, M., «El derecho a la supresión o al olvido», en PIÑAR MAÑAS, J. L. (Dir.), *Reglamento General...*, cit., 2016.

¹¹⁴² Artículo 18 del RGPD. ADSUARA, B., «Derechos de rectificación, supresión (olvido) y portabilidad (de los datos) y de limitación y oposición (al tratamiento)», en RALLO LOMBARTE, A. (Dir.), *Tratado de protección de datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 324.

¹¹⁴³ Artículo 4.3) del RGPD.

¹¹⁴⁴ Referencia del artículo 18. 1. d) al artículo 21.1 que, a su vez, se refiere al artículo 6.1 letras e) y f).

Por su parte, el Considerando (67) del RGPD señala que entre aquellos «métodos para limitar el tratamiento de datos personales cabría incluir los consistentes en trasladar temporalmente los datos seleccionados a otro sistema de tratamiento, en impedir el acceso de usuarios a los datos personales seleccionados o en retirar temporalmente los datos publicados de un sitio internet. En los ficheros automatizados la limitación del tratamiento debe realizarse, en principio, por medios técnicos, de forma que los datos personales no sean objeto de operaciones de tratamiento ulterior ni puedan modificarse».

¹¹⁴⁵ Artículo 18.2 del RGPD.

limitación¹¹⁴⁶. Del mismo modo, la limitación del tratamiento de los datos personales deberá constar claramente en los sistemas de información del responsable¹¹⁴⁷. La puesta en marcha de la obligación del responsable se traduciría en transformar el tratamiento en uno nuevo: el de conservar los datos mientras dure la limitación, sin que se pueda hacer uso de los mismos para la finalidad inicial u otras elegidas por el responsable, salvo las excepciones ya comentadas¹¹⁴⁸.

En quinto lugar, el interesado tendrá derecho «a la portabilidad de los datos»¹¹⁴⁹. En aquellos casos en los que determinados datos de carácter personal sean tratados basándose, para nuestro caso, en el consentimiento de la persona trabajadora¹¹⁵⁰ o en un contrato de trabajo¹¹⁵¹, y dicho tratamiento se efectúe por medios automatizados, la persona trabajadora tendrá derecho a «recibir los datos personales que le incumban», que haya facilitado al empresario, «en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica», así como «a transmitirlos a otro responsable del tratamiento sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado», no debiendo aplicarse cuando el tratamiento tenga una base jurídica distinta del consentimiento o el contrato¹¹⁵². Aquí no se trata solo de aquellos datos personales de naturaleza básica, sino también de aquellos datos personales que se hayan ido generando a lo largo de la relación que vincula a trabajador y empleador, y que podrían ser de utilidad con otro responsable¹¹⁵³.

Del mismo modo, en el ejercicio de su derecho a la portabilidad, la persona trabajadora tiene el derecho «a que los datos personales se transmitan directamente de responsable a responsable cuando sea técnicamente posible»¹¹⁵⁴, pudiendo ser el caso de ser transmitidos directamente de empleador a empleador. En cualquier caso, el ejercicio del derecho no debe menoscabar los derechos y libertades de otros interesados de conformidad con el RGPD¹¹⁵⁵ ni menoscabar el derecho de la persona trabajadora a obtener la supresión de los datos personales y las limitaciones de ese derecho recogidas también en ese cuerpo normativo¹¹⁵⁶; y, en particular, no debe implicar la supresión de los datos personales concernientes a la persona

¹¹⁴⁶ Artículo 18.3 del RGPD.

¹¹⁴⁷ Artículo 16. 2 de la LOPDGDD.

¹¹⁴⁸ PASCUAL HUERTA, P., «El derecho a la limitación del tratamiento (Comentario al artículo 18 RGPD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento...*, Tomo I, *cit.*, 2021, p. 1619.

¹¹⁴⁹ Artículo 20 del RGPD y artículo 17 de la LOPDGDD. ADSUARA, B., «Derechos de rectificación, supresión (olvido) y portabilidad (de los datos) y de limitación y oposición (al tratamiento)», en RALLO LOMBARTE, A. (Dir.), *Tratado de protección de datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 327.

¹¹⁵⁰ Con arreglo al artículo 6.1.a) o el artículo 9.2. a) del RGPD.

¹¹⁵¹ Con arreglo al artículo 6.1.b) del RGPD.

¹¹⁵² Por lo tanto, señala, el Considerando (68) «no debe aplicarse, cuando el tratamiento de los datos personales sea necesario para cumplir una obligación legal aplicable al responsable o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable».

¹¹⁵³ SANTAMARÍA RAMOS, F. J., «El derecho a la portabilidad: un nuevo derecho esencial en materia de protección de datos (Comentario al artículo 20 RGPD y al artículo 17 LOPDGDD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento...*, Tomo I, *cit.*, 2021, p. 1662.

¹¹⁵⁴ Artículo 20.2 del RGPD.

¹¹⁵⁵ Artículo 20.4 del RGPD.

¹¹⁵⁶ Artículo 20.3 del RGPD.

trabajadora que esta haya facilitado para la ejecución del contrato, «en la medida y durante el tiempo en que los datos personales sean necesarios para la ejecución de dicho contrato»¹¹⁵⁷.

En sexto lugar, la persona trabajadora tiene derecho «a oponerse en cualquier momento, por motivos relacionados con su situación particular, a que datos personales que le conciernan sean objeto de un tratamiento basado en lo dispuesto en el art. 6.1, letras e) o f)», es decir, que sean objeto de un tratamiento basado en la necesidad del cumplimiento de una misión realizada en interés público, en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento, o en la necesidad de satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el empresario o por un tercero, «incluida la elaboración de perfiles sobre la base de dichas disposiciones»¹¹⁵⁸. Debe ser, en este caso, el empresario el que acredite que los intereses legítimos imperiosos por los que realiza el tratamiento prevalecen sobre los intereses o los derechos y libertades fundamentales del trabajador; o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones. En caso contrario, deberá dejar de tratar los datos personales que conciernan a la persona trabajadora, de acuerdo al artículo 21.1 del RGPD. En todo caso, dicho derecho deberá comunicarse explícitamente a la persona trabajadora y presentarse claramente y al margen de cualquier otra información, «a más tardar en el momento de la primera comunicación» con ella, entendemos, relativa al tratamiento de sus datos personales¹¹⁵⁹.

Por último, pero no menos importante en las relaciones laborales, la persona trabajadora tiene el derecho «a no ser objeto de decisiones basadas únicamente en el tratamiento de datos automatizados, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar»¹¹⁶⁰. Este tipo de tratamiento que incluye la elaboración de perfiles se puede referir, en el ámbito de las relaciones laborales, a cualquier forma de tratamiento de los datos personales que evalúe aspectos personales relativos a la persona trabajadora, en particular para analizar o predecir aspectos relacionados con su rendimiento en el trabajo, con su situación económica, su salud, sus preferencias o intereses personales, su fiabilidad o su comportamiento, su situación o sus movimientos, «en la medida en que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar»¹¹⁶¹.

¹¹⁵⁷ Considerando (68) del RGPD. Puede consultarse el documento del GT 29, *Directrices sobre el derecho a la portabilidad de los datos*, de 13 de diciembre de 2016, revisadas por última vez y adoptadas el 5 de abril de 2017.

¹¹⁵⁸ Artículo 21 del RGPD y artículo 18 de la LOPDGDD. Por su parte, véase que «si los datos personales son tratados con fines de mercadotecnia directa, el interesado debe tener derecho a oponerse a dicho tratamiento, inclusive a la elaboración de perfiles en la medida en que esté relacionada con dicha mercadotecnia directa, ya sea con respecto a un tratamiento inicial o ulterior, y ello en cualquier momento y sin coste alguno» [Considerando (70) y artículo 21 del RGPD]. Puede consultarse también a SANCHO VILLA, D., «Las decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles (Comentario al artículo 22 RGPD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento...*, Tomo I, *cit.*, 2021, p. 1725 y ss.

¹¹⁵⁹ Artículo 21.4 del RGPD.

¹¹⁶⁰ Artículo 22.1 del RGPD. Según la explicación del Considerando (71), tales decisiones pueden incluir una medida, que evalúe aspectos personales relativos a él.

¹¹⁶¹ Considerando (71) del RGPD.

Ahora bien, los trabajadores no tendrán tal derecho si la decisión «está autorizada por el Derecho de la Unión o estatal que se aplique al empresario y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado», incluso con fines de control y prevención del fraude y la evasión fiscal. En el mismo sentido, si es necesaria para la celebración o la ejecución, en nuestro caso, de un contrato de trabajo; o, si tal decisión se basa en el consentimiento explícito de la persona trabajadora, aunque en este último caso, deban existir los reparos ya explicados sobre los riesgos que ocupan al consentimiento de los trabajadores en las relaciones laborales¹¹⁶². En estos últimos casos, el empresario deberá adoptar «las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos» del trabajador, «como mínimo el derecho a obtener intervención humana» por su parte, «a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión»¹¹⁶³. En cualquiera de los tres casos, las decisiones no se basarán en las categorías especiales de datos personales, salvo que se aplique el consentimiento explícito de la persona trabajadora o el tratamiento sea necesario por razones de interés público esencial, y se hayan tomado medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del trabajador¹¹⁶⁴.

A modo de cerrar el comentario sobre la lealtad y transparencia en el tratamiento de los datos personales de las personas trabajadoras, podemos decir que ambos principios se reconocen, sin lugar a dudas, como un bastión de defensa para el derecho fundamental a la protección de datos personales, toda vez que impulsan y refuerzan un adecuado tratamiento. No obstante, su importancia trasciende a un ámbito de protección más profundo: a través del deber de facilitar la información al trabajador no solo se debe promover la reivindicación para el eficaz control de los datos personales de los trabajadores¹¹⁶⁵, sino que además debe funcionar como una herramienta interesante que permita delimitar el camino para un ejercicio legítimo de los derechos fundamentales de los trabajadores, en consonancia con el ejercicio del poder empresarial. La razón por la que se plantea que la persona trabajadora deba conocer la información relativa al tratamiento de forma previa se sustenta en que, de esa forma, podría identificar toda actuación potencialmente adversa y podría desplegar todas las acciones para rebatir la decisión empresarial para garantizar un espacio libre de vulneraciones de sus derechos, al menos reducirlas¹¹⁶⁶.

¹¹⁶² Artículo 22.2 del RGPD.

¹¹⁶³ Artículo 22.3 del RGPD.

¹¹⁶⁴ Artículo 22.4 del RGPD.

¹¹⁶⁵ Consúltese a ORTIZ PRADILLO, J. C., «Informática y derechos...», *cit.*, 2012, p. 67.

¹¹⁶⁶ *Vid.* el caso *Volker y Markus Schecke GbR*, y *Hartmut Eifert*, de 9 de noviembre de 2010 (STJUE, Asuntos acumulados C-92/09 y C-93/02, ap. 68). Asimismo, el TEDH que hace hincapié en el cumplimiento estricto del responsable de su deber de transparencia informativa y deja sentada la obligación de comunicación previa como condición necesaria para iniciar una futura satisfacción del juicio de legitimidad del tratamiento de datos de los

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Hemos constatado que tanto la protección del derecho a la intimidad como la del derecho a la protección de datos personales encuentran un desarrollo afianzado tanto en el ámbito supranacional como nacional de protección de los derechos fundamentales, que nos lleva a reconocer las diferentes vías que se ofrecen para alcanzar su protección eficaz en el ámbito de sus relaciones laborales.

No obstante, hemos constatado también la inclinación doctrinal y jurisprudencial por reconocer el límite de ambos derechos en las propias actuaciones empresariales, lo que puede resultar peligroso para lograr el objetivo de garantizar ambientes de trabajo donde se respete y garantice la dignidad de la persona trabajadora y el respeto por la esfera de los bienes de su personalidad. Recordamos que, dada la posición predominante de los derechos a la intimidad y protección de datos en el ordenamiento jurídico, «la modulación que el contrato de trabajo pueda producir en su ejercicio habrá de ser [como punto de partida], la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin»¹¹⁶⁷.

Veamos que la reciente normativa general de protección de datos personales se ha dispuesto con el afán de garantizar un espacio de libertad y respeto por los derechos de las personas en lo relativo a la protección de sus datos personales. En el actual contexto global, a partir de la presencia de las TIC, se ha propugnado una reconstrucción del modo de pensar la política y el Derecho y se ha pretendido desechar nociones inservibles y establecer significados actuales que sean útiles¹¹⁶⁸. Desde la esfera jurídica, incluidas las organizaciones internacionales, se ha asumido un papel activo para hacer frente a los efectos que sobre los derechos de los individuos provoca la utilización de las TIC¹¹⁶⁹. Incluso desde el ámbito político se advierte la necesidad de construir una sociedad de la información centrada en la persona, a partir del respeto y la defensa de sus derechos humanos.

Aun cuando hemos visto que su aplicación se extiende al ámbito de las relaciones laborales e, incluso, desde el propio RGPD se hace alusión a la necesidad de brindar a las relaciones laborales de una normativa específica, no se dota de un sistema jurídico integrado capaz de delimitar y garantizar la protección de los derechos fundamentales a la intimidad y protección de datos personales de los trabajadores.

trabajadores. (El subrayado es nuestro). Caso *Bărbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre de 2017 (STEDH Gran Sala 61496/08).

¹¹⁶⁷ Por todas, STC 126/2003, de 30 de junio (FJ 7).

¹¹⁶⁸ GOIG MARTÍNEZ, J. M., «La OCDE en un contexto de globalización...», *cit.*, 2019, p. 1233.

¹¹⁶⁹ Sobre globalización y regulación puede consultarse a ARRIOLA ECHANIZ, N., «La Unión Europea y la Organización Mundial del Comercio. Comenzando un diálogo proto-constitucional», en GARCÍA GUERRERO, J. L. y MARTÍNEZ ALARCÓN, M.^a L. (Dir.), *Constitucionalizando la globalización*, *cit.*, 2019, p. 1195.

Aun así, destacamos que, a la luz de la estructura normativa que se plantea, se podría dar cabida a una protección mayor a la que existía antes sobre ambos derechos, al menos en lo que al acceso de sus datos personales pueda tener el empleador, desde el momento previo, es decir, desde la identificación adecuada de la licitud de la medida. El empleador ha de centrarse en su análisis no ya únicamente en la posibilidad de que pueda adoptar alguna medida, sino de que haya de hacerlo a través de una técnica que se entienda legítima en conjunto. Así, el despliegue y consolidación de los principios relativos al tratamiento, si se encuentran debidamente modulados a las particularidades de la relación laboral, suponen herramientas importantes para llevar adelante tratamientos de datos personales de los trabajadores respetuosos con sus derechos, a partir de la participación y control de ellos y sus representantes. En particular, a través del ejercicio de la transparencia en la información desde los momentos previos al tratamiento puede alcanzarse el objetivo de una protección eficaz que se espera de estos derechos, mediante la posibilidad de desplegar la capacidad defensiva de los agentes sociales.

En todo caso, podríamos afirmar preliminarmente que, aun cuando se trata de derechos autónomos diferenciados, ante estos escenarios de tratamiento de datos, la protección del derecho a la intimidad habrá de canalizarse a través de las garantías que se despliegan para el derecho a protección de datos personales. Tendremos oportunidad de seguir con estos comentarios en las líneas siguientes.

Pasaremos ahora a la siguiente parte de este trabajo que consistirá en un análisis estricto de los derechos de los trabajadores a la intimidad y a la protección de datos ante el uso de las nuevas tecnologías en el desempeño de las relaciones laborales para, de ese modo, evidenciar si la normativa europea y la estatal son capaces de garantizar el respeto de los derechos comentados como la propia CE recoge.

CAPÍTULO V

USO DE TIC EN EL ÁMBITO DEL TRABAJO Y LA GARANTÍA DE LA INTIMIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS DE LOS TRABAJADORES

I. EL USO DE TIC Y LAS NUEVAS DINÁMICAS EN LAS RELACIONES LABORALES

El proceso dinámico que hemos venido comentando ha supuesto también para las empresas un revulsivo cuando estas actúan como usuarias de las TIC, es decir, cuando incorporan las TIC en sus sistemas empresariales¹¹⁷⁰. En esa línea, los cambios tecnológicos han venido produciendo también diversas modificaciones en el ámbito de las relaciones laborales¹¹⁷¹.

Debido a la inmersión en esta sociedad basada fundamentalmente en la prestación de servicios y en la utilización de la información, puede observarse modificaciones en la división fundamental del trabajo, aunque no sea la única, entre trabajadores denominados «auto-programables» que cuentan con una educación previa especializada en términos de «capacidad creativa y recursos para evolucionar con los cambios organizativos y tecnológicos y con los nuevos conocimientos», así como con capacidad autónoma para «centrarse en la meta que se les ha asignado en el proceso de producción» y «lograr el objetivo del proceso». Mientras que aquellos trabajadores «genéricos» se les le asigna tareas genéricas que apenas se valoran, pero que siguen siendo necesarias en este contexto de estructura global¹¹⁷², donde la mayoría de las experiencias humanas se siguen desarrollando en un entorno material y de carácter local.

¹¹⁷⁰ Este nivel incluye a «todos los sectores de la economía que utilizan alguna o varias tecnologías comprendidas dentro de las TIC». DÍAZ RODRÍGUEZ, H. E., «Tecnologías de la información y comunicación y crecimiento económico», *Economía Informa*, nº 405, julio-agosto, 2017, p. 35.

En términos generales, el consumo puede alcanzar un impacto geográfico más expansivo, mientras que la producción posee limitaciones geográficas mayores al ser necesario un desarrollo de sectores de tecnología punta concretos. Puede consultarse a MÉNDEZ RODRÍGUEZ, E. M.^a, «Globalización...», *cit.*, 1999, p. 75.

¹¹⁷¹ MARQUÈS, P. y MAJÓ, J., *La revolución...*, *cit.*, 2002, p. 90.

Con mayor amplitud sobre cambios tecnológicos, globalización y sus efectos en el ámbito laboral, puede consultarse a SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «La incidencia de la globalización en las condiciones de trabajo y empleo: el caso de España», en MONTALVO ROMERO, J. (Coord.), *Trabajo y Empresa: perspectivas globales*, Arana, México, 2007.

Para mayor detalle sobre la introducción actual de las TIC en la empresa puede consultarse: ONTSI, *INFORME DE DIGITALIZACIÓN DE LAS PYMES 2021. Análisis comparado*, 2021. Disponible en: <https://www.ontsi.es/sites/ontsi/files/2021-09/digitalizacionpymes2021analisiscomparado.pdf>. Así como en su Resumen Ejecutivo. Disponible en: https://www.ontsi.es/sites/ontsi/files/2021-09/digitalizacionpymes2021resumenejecutivo_0.pdf (última consulta: enero 2022).

¹¹⁷² CASTELLS, M., *Comunicación...*, *cit.*, 2009, p. 57.

Asimismo, aunque siga subsistiendo mayoritariamente la estructura organizativa del trabajo bajo el modelo industrial caracterizado por la coincidencia física de los trabajadores en un determinado espacio y tiempo¹¹⁷³, se viene apuntando hacia formas más flexibles. Se pretenden sistemas generalizados y nuevas formas contractuales que buscan retribuir el trabajo realizado sin vinculación al espacio utilizado o al tiempo dedicado, como es el caso del teletrabajo¹¹⁷⁴.

El ámbito empresarial se sigue adaptando a esta nueva realidad para mantener su posición en el mercado y se continúa produciendo una profunda revisión de los sistemas productivos y de las formas de gestión y organización empresariales tradicionales. Más bien, a pesar de la idea ampliamente difundida de que, por sí mismas, las TIC son capaces de generar efectos positivos en la productividad y en el producto, según estudios recientemente desarrollados en el sector económico, que merece la pena comentar aquí, se pondría de manifiesto «la importancia de la existencia de condiciones iniciales diferenciadas entre los usuarios de las TIC [las empresas], que alteran la manera en la que las TIC impactan al crecimiento»¹¹⁷⁵. Se ha dicho, en particular, que el impacto de las TIC en el crecimiento de una empresa dependería mucho más de la manera en la que se incorporan en los procesos productivos y de negocios mediante personal capacitado, que el mero hecho de tener acceso a esas tecnologías¹¹⁷⁶.

En ese sentido, aunque hay que decir que la integración tecnológica en la empresa estará determinada por el modelo de empresa o por el capital empresarial, y no en todos los sectores el impacto será el mismo, se trata de tecnologías que actúan como fuente de generación y acceso a la información y también de mecanismo de comunicación entre las personas que supone nueva información generada.

Así, las TIC pueden ser usadas directamente como tecnologías de producción que permiten tanto mejorar la productividad laboral, como funcionar como elemento transformador de los procesos productivos¹¹⁷⁷. Un efecto transformador del negocio que puede permitir, por ejemplo, la optimización de gestión interna, automatizando las tareas administrativas,

¹¹⁷³ MARQUÈS, P. y MAJÓ, J., *La revolución...*, cit., 2002, p. 89.

¹¹⁷⁴ Vid. MARQUÈS, P. y MAJÓ, J., *La revolución...*, cit., 2002, p. 89. Se iniciaba en los años 70 en Estados Unidos con la crisis del petróleo, desde lugares distintos al centro de trabajo a partir de la posibilidad ofrecida por la electrónica, de conectarse con cualquier entorno profesional, independientemente del sistema utilizado.

¹¹⁷⁵ La referencia es de DÍAZ RODRÍGUEZ, H. E., «Tecnologías de la información...», cit., 2017, p. 40, a lo manifestado por AVGEROU, C., *The link between ict and economic growth in the discourse of development*, London School of Economics, London, 2003 y «Discourses on ICT and Development», *USC Annenberg School for Communication & Journalism*, 2010, pp. 1-18, obras a las que no hemos tenido acceso.

¹¹⁷⁶ DÍAZ RODRÍGUEZ, H. E., «Tecnologías de la información...», cit., 2017, p. 41.

¹¹⁷⁷ La productividad se considera un criterio analítico importante, en particular a escala macroeconómica, pero las decisiones de utilización de TIC son tomadas de forma individual, utilizando «otros criterios de evaluación como la rentabilidad, la participación de mercado, los márgenes de ganancia, mejoras en la calidad de lo producido, entre muchos otros, para justificar la realización de este tipo de inversiones». La referencia es de DÍAZ RODRÍGUEZ, H. E., «Tecnologías de la información...», cit., 2017, pp. 31-32.

eliminando tareas tediosas y repetitivas que no generan valor¹¹⁷⁸. El aumento de la eficiencia en el uso de recursos daría lugar a un incremento de la productividad y, en esa línea, de la competitividad empresarial¹¹⁷⁹. En todo caso, se trata de modificaciones que no pueden negarse¹¹⁸⁰.

Paralelamente, la presencia de las TIC ha sido capaz de ofrecer al empleador nuevas y múltiples formas eficaces de control y vigilancia de las actividades de las personas trabajadoras, tanto en sus puestos de trabajo vinculados a un espacio físico-tradicional de la empresa como fuera de los mismos¹¹⁸¹. Como aspecto común, las TIC ofrecen nuevas y significativas formas de monitorización, porque la eficiencia y potencia de las TIC son diferentes¹¹⁸². La mayor libertad de monitorización se alcanza a través de informaciones más precisas, detalladas y adecuadas a los intereses del empleador, sin que sea necesario presencia física el lugar o personal para dicho encargo; en menor tiempo; cada vez con menor inversión y menor visibilidad¹¹⁸³.

Como reflejo de la situación actual de la digitalización de las empresas que se vive en España, el equipo de Estudios del Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad (en adelante, ONTSI) recoge en su último informe algunos casos sobre cómo se ha abordado la implementación de las tecnologías y herramientas digitales que vienen siendo promovidas por las medidas del «Plan de digitalización de las pymes», y en especial por el Programa «digital toolkit». Uno de ellos es el caso del Grupo Mox, una empresa de logística «que ofrece servicios de recadería y mensajería con soluciones logísticas de última milla». La empresa era consciente de la necesidad de iniciar un proceso de transformación digital en aras de mejorar su gestión interna y automatización de sus procesos, ampliar su rango de productos tecnológicos y así ofrecer sus servicios a nuevos clientes. Los principales cambios se han materializado a través de una plataforma digital capaz de gestionar los recursos humanos, a través de la creación de «una base de datos con los perfiles de los repartidores, dando fácil acceso a documentación y a

¹¹⁷⁸ ONTSI, *INFORME E-PYME 2018. Análisis sectorial de la implantación de las TIC en las empresas españolas*, ONTSI, Madrid, 2019, p. 58. Disponible en: https://www.ontsi.red.es/sites/ontsi/files/2019-09/Informe_ePyme2018_Ed_2019.pdf.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 60.

¹¹⁸⁰ Vid. HOFFMAN-RIEM, W., *Big Data. Desafíos también para el Derecho*, Civitas, Madrid, 2018, p. 40, trad. KNÖRR ARGOTE, E.

¹¹⁸¹ Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F., «Doctrina constitucional en materia de videovigilancia y utilización del ordenador por el personal de la empresa», *Revista de Derecho social*, nº 79, 2017, p. 28.

¹¹⁸² Al hilo de LESSIG, L., *El código...*, cit., 2001, p. 278.

¹¹⁸³ Así, con el efecto de descentralización y deslocalización geográfica que ofrecen las TIC no solo se logra la integración de la persona trabajadora en la organización empresarial independientemente de dónde y cuándo realice sus actividades laborales. Vid. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «Poderes directivos y nuevas tecnologías», *Temas Laborales*, nº 138, 2017, p. 173, en referencia a PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, P., «El trabajo subordinado como tipo contractual», *Documentación laboral*, nº 39, 1993, p. 35. A pesar de la titularidad de las facultades de control y vigilancia, es a través de las TIC que se materializan en la práctica dichas facultades. Vid. LLAMOSAS TRAPAGA, A., *Relaciones laborales y nuevas tecnologías...*, cit., 2015 (apartado sobre el teletrabajo).

datos útiles», así como, en relación a las operaciones, a través del «control, tanto de la flota de vehículos, como de personas». En lo que se refiere a las finanzas, «ofrece datos en tiempo real para la toma de decisiones y la preparación tanto de modelos como de documentación». Las herramientas ayudan a alcanzar una mejora en los negocios a través de la realización de tareas que involucran la actuación de sus trabajadores: entre ellas, la gestión de horarios de repartidores, asistencia en la gestión y optimización de las rutas de reparto, geolocalización de los repartidores, así como medición del progreso de los pedidos¹¹⁸⁴.

Habíamos dejado sentado que el ejercicio de las facultades empresariales legítimas tiene una relación directa con el desempeño de las actividades laborales de las personas trabajadoras. No obstante, desde el punto de vista de tales facultades, existen diferencias cualitativas entre las acciones empresariales ejercidas a través de medios tradicionales y aquellas en las que se utilizan las TIC. Las nuevas y muy variadas posibilidades de aplicación que estas ofrecen, según las posibilidades técnicas que sean disponibles en cada una de ellas y los distintos objetivos a los que apunte el empleador, pueden ser potencialmente más incisivas y potentes que en el pasado.

Sea por las personas trabajadoras para el desarrollo de la actividad laboral, sea por el propio empleador para ejercer sus facultades empresariales de control y vigilancia, se ha hecho referencia a que su uso implica la generación de un rastro digital de la persona trabajadora, a partir del acceso una gran cantidad de información no necesariamente referida a la actividad laboral. Se obtiene en poco tiempo, se recopila y conserva en cualquier momento, de manera más eficaz, ilimitada, económica e indiscriminada¹¹⁸⁵. Una actuación que se traduce en mayor eficiencia productiva que va de la mano con una mayor eficiencia en el control y vigilancia del desempeño laboral que no es menos invasiva, pese a que es perfectamente posible «abolir las diferencias entre la esfera profesional y la esfera personal del trabajador en la empresa»¹¹⁸⁶.

Como es sabido, toda esa transformación se ha vinculado —desde hace varias décadas y a escala global— a la producción de unos efectos negativos subyacentes sobre la esfera de la personalidad de los trabajadores. La tradicional problemática del ajuste entre el ejercicio de los derechos de las partes parece verse recrudecida y se han presentado nuevos desafíos también para la protección de sus derechos fundamentales a la intimidad y protección de datos, ante la

¹¹⁸⁴ Grupo MOX, 172 trabajadores. ONTSI, *INFORME DE DIGITALIZACIÓN...*, cit., 2021, p. 16.

¹¹⁸⁵ La cantidad de datos e informaciones que pueden conocerse a través de la utilización de las TIC puede ser mayúscula a lo largo de la relación laboral. Puede consultarse ampliamente sobre el tema a MERCADER UGUINA, J. R., *Protección de datos y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales*, Francis-Lefebvre, Madrid, 2019.

¹¹⁸⁶ MARTÍNEZ FONS, D., «Uso y control de las tecnologías de la información y comunicación en la empresa», *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, 2002, p. 1312.

incidencia cada vez más intensa sobre los mismos¹¹⁸⁷. Parece que los problemas jurídicos que giran alrededor de la legitimidad de las actuaciones empresariales se reformulan y se vuelven novedosos, numerosos y mucho más complejos¹¹⁸⁸. Nos encontraríamos, así, ante una reconfiguración de las dinámicas de las relaciones laborales que no para, aún más veloz y compleja con los cambios vertiginosos que se vienen produciendo por la actual crisis sanitaria global, y que nos lleva ineludiblemente a nuevos análisis sobre la legitimidad del uso de las TIC en la empresa.

Desde luego que existe la necesidad y conveniencia de la implantación de las TIC en las empresas. Sin embargo, las modulaciones al ejercicio de los derechos fundamentales a la intimidad y protección de datos personales de las personas trabajadoras no deben aceptar restricciones que los empujen a la desaparición¹¹⁸⁹. El punto de partida y objetivo son las máximas exigencias de garantía de la dignidad humana y la defensa de los derechos fundamentales de los trabajadores, sin sacrificio alguno¹¹⁹⁰. No pueden aceptarse espacios laborales dotados de TIC sin protección de derechos fundamentales. Aún más, el esfuerzo de protección a tales derechos debe ser mayor, y las nuevas estrategias y modelos de protección se exigen más sólidos. Por ello, la construcción normativa se exige como una actividad de gran importancia que debe ser realizada de manera precisa y con garantías de calidad.

Lo anterior ha venido avivando el debate sobre el poder empresarial con la presencia de las TIC y el papel que los derechos fundamentales de los trabajadores, entre otros, el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales, merecen jugar. No obstante, ¿hemos llegado a ser conscientes de la real dimensión que este impacto ha supuesto en las dinámicas de las relaciones laborales? ¿Hasta qué punto las TIC son capaces de elevar y extender el poder empresarial?, ¿de reconfigurarlo? Impulsadas casi totalmente por el sector privado y potencialmente utilizadas por la parte empleadora también para obtener beneficios económicos, los desafíos que plantean las TIC y su utilización para los derechos de las personas trabajadoras en el ámbito de las relaciones laborales se presenta como acuciante. En cualquier caso, las

¹¹⁸⁷ Ya lo comentaba MERCADER UGUINA, J. R., «Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?», *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, 2001, p. 685.

¹¹⁸⁸ Vid. CASAS BAAMONDE, M.^a E., «¿Una nueva constitucionalización...?», *cit.*, 2004, p. 131.

¹¹⁸⁹ No existe posibilidad de reducir en modo alguno la importancia del carácter tuitivo del Derecho del Trabajo hacia las personas trabajadoras, dada su posición en subordinación. BALLESTEROS decía que «la reducción de la importancia del proletariado o su desaparición en la sociedad actual no reduce en modo alguno la importancia del carácter protector del derecho en relación con los más menesterosos», en BALLESTEROS LLOMPART, J., «Los derechos...», *cit.*, 1992, p. 143.

¹¹⁹⁰ En sentido parecido la profesora CASAS BAAMONDE se refiere a la «recomposición constitucional del contrato de trabajo», sin admitirse tolerable algún sacrificio. Vid. CASAS BAAMONDE, M.^a E., «¿Una nueva constitucionalización...?», *cit.*, 2004, p. 131.

actuales dinámicas sociales —díganse también las dinámicas laborales— no pueden aceptarse como inevitables¹¹⁹¹.

Recordemos que el principal compromiso del derecho internacional de los derechos humanos se centra en el respeto de la dignidad y el valor de la persona humana en igualdad y libertad. Por ello, los esfuerzos por la defensa global contra las amenazas a los bienes protegidos de la esfera de la personalidad, a manos de las nuevas tecnologías, resultan prioritarios, tal como se observa del trabajo de los organismos europeos. De hecho, uno de sus deberes supone trabajar «activamente en la elaboración de políticas y propuestas legislativas para superar estos retos»¹¹⁹². Y, en ese sentido, se incide en que «la innovación tecnológica debe ir de la mano de la innovación social»¹¹⁹³.

Por su parte, se ha señalado que, para aprovechar todo el potencial que ofrece la transformación digital empresarial, «los nuevos modelos de negocio necesitan normas más claras que eviten los abusos, mantengan niveles elevados de salud y seguridad y garanticen una mejor protección social». Principalmente, el pilar europeo de los derechos sociales se puede entender como la respuesta en forma de estrategia social que garantice que las transiciones de la digitalización sean socialmente justas y equitativas¹¹⁹⁴, también en aras de la mejora de unas condiciones de trabajo, en un «compromiso realizado al más alto nivel de que las personas ocupen un lugar central, independientemente del cambio, y de que nadie se quede rezagado»¹¹⁹⁵.

Ahora bien, si bien es cierto que la reciente legislación de la Unión europea se toma como la normativa base sobre protección de datos personales en relación con el uso de las TIC en el ámbito de las relaciones laborales de naturaleza privada, y plasma la necesidad de fortalecer la protección de otros derechos y libertades de las personas trabajadoras ante su utilización, también es cierto que no es una norma específica del sector¹¹⁹⁶. No prevé los riesgos específicos que pueda suponer dicho uso ni incluye medidas adecuadas y específicas dirigidas a garantizar los intereses y derechos de la parte más vulnerable de la relación laboral. Asimismo, aun cuando presta especial atención al impacto de esta sociedad de la información y comunicación en relación al tratamiento de datos personales de los trabajadores a escala global, no tiene en cuenta que la organización productiva se sostiene en gran medida en las exigencias

¹¹⁹¹ MARQUÈS, P. y MAJÓ, J., *La revolución...*, cit., 2002, p. 23.

¹¹⁹² Véase, por ejemplo, la UE. https://europa.eu/european-union/topics/employment-social-affairs_es.

¹¹⁹³ Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 14 de enero de 2020, «Una Europa social fuerte frente a las transiciones justas».

¹¹⁹⁴ Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 14 de enero de 2020, «Una Europa social...».

¹¹⁹⁵ Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, cit.

¹¹⁹⁶ Considerando (11) del RGPD.

del modelo de producción de sociedad industrial a escala local que amerita actuaciones estatales que requieren de mayor rigor. En ese sentido, aunque insta a la actuación positiva de los Estados para que introduzcan medidas más específicas, evita imponer obligaciones claras para que se doten de normativa específica coherente para alcanzar los objetivos comunes dentro de sus fronteras¹¹⁹⁷.

No parece excesivo que pueda creerse que el modelo de Estado y la estructura garantista de los derechos fundamentales puedan ceder su despliegue ante la revolución tecnológica y la globalización. De hecho, se piensa que ceden con la flexibilización normativa de los procesos y de las dinámicas que se exigen desde el ámbito privado — que pretende continuamente la potencialidad de la persona como sujeto individual a costa de perder su igualdad como parte de sujeto social¹¹⁹⁸—, cuando no se encuentra con una normativa más seria y fruto de una evaluación rigurosa de las características propias de la relación laboral.

Así, considerando que un sistema normativo puede vulnerar derechos fundamentales en aquellos supuestos donde autoriza la recogida de datos a través de un tratamiento técnico, sin que se incluyan garantías adecuadas frente a un uso invasor de la vida privada de un ciudadano trabajador¹¹⁹⁹, analizaremos ahora las disposiciones que ha introducido la legislación española sobre esta cuestión. Con ello, seremos capaces, posteriormente, de identificar eventuales deficiencias en la protección eficaz de estos derechos. A partir de ahí, en el capítulo final, podremos comentar posibles vías de solución.

II. MARCO LEGAL ACTUAL PARA EL USO DE LAS TIC EN EL ENTORNO LABORAL

La LOPDGDD tampoco representa una normativa específica para el sector. Aun así, pone el foco en cuestiones que se refieren a la presencia de TIC en el ámbito del trabajo, añadiendo algunas referencias específicas a la utilización de determinadas TIC en el ámbito de las relaciones laborales y a la protección de la intimidad de las personas trabajadoras, y derivando la inclusión de un artículo referido al entorno digital en el ET.

Dado que dichas herramientas son capaces de almacenar y captar distintos tipos de datos e informaciones que pueden impactar de distinta manera sobre la dignidad de la persona,

¹¹⁹⁷ Y que estas vayan «acompañadas de una protección suficiente y adecuada frente al abuso», también en *Bărbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre de 2017 (STEDH Gran Sala 61496/08, ap. 120).

Recordemos que es también obligación de los Estados garantizar de forma efectiva la dignidad humana de los trabajadores, sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales a través de la inclusión de medidas adecuadas y específicas que determinen que las actuaciones empresariales referidas a la implantación de las TIC en la empresa sean respetuosas con tales derechos (el subrayado es nuestro).

¹¹⁹⁸ Puede consultarse a GOIG MARTÍNEZ, J. M., «La OCDE en un contexto de globalización...», *cit.*, 2019, p. 1235.

¹¹⁹⁹ SSTC 94/1988, de 8 de noviembre (FJ 4) o 123/1998, de 15 de junio (FJ 2).

pretendemos identificar los ámbitos de protección de los derechos a la protección de datos personales y a la intimidad de las personas trabajadoras en el ámbito estatal. Lo que haremos a continuación será profundizar en las disposiciones referidas, analizando, según la normativa, los parámetros que se establecen para la utilización de las TIC en el ámbito laboral. Para ello, deberemos tener en consideración dos cuestiones: por un lado, que el análisis de la protección del primero se entiende conectado en esencia a la protección de otros derechos y libertades individuales dentro de los que se encuentra la intimidad de las personas trabajadoras; por otro, que, en la práctica, la utilización de las TIC podría requerir el despliegue de garantías y requisitos exigibles de respeto de derechos fundamentales distintos.

II.1. El ET y la protección de la intimidad de los trabajadores en el entorno digital

El nuevo artículo 20 *bis* del ET reconoce de forma expresa que «los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador», así como al derecho «a la desconexión digital» y «a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales»¹²⁰⁰.

Aunque pueda parecer superflua, nos resulta interesante la propia redacción del nuevo artículo, puesto que dista mucho del tono utilizado en el artículo 20 del ET. Como ya comentábamos, este último se centra en los poderes empresariales y remarca las obligaciones y deberes de los trabajadores para con los empleadores en el desempeño de los trabajos convenidos. Tampoco recoge de forma expresa la protección de los trabajadores a su intimidad o a la protección de sus datos personales en el entorno digital, aunque se haya reconocido posteriormente su protección a través de la interpretación jurisprudencial. Por su parte, el nuevo precepto pone el foco en el reconocimiento del derecho fundamental a la intimidad de los trabajadores en relación con los entornos digitales. A partir de ello, se configura por sí misma una base jurídica suficientemente clara para posicionar la vigencia efectiva de este derecho y, así, un ámbito razonable de intimidad en estos supuestos. Su posición central determina que una actuación empresarial sea legítima cuando sea cuidadosa y esté encaminada a la protección y respeto de este derecho.

Con todo, representa una referencia general que no ofrece mayores concretizaciones del derecho¹²⁰¹. Aun cuando la protección del derecho fundamental a la intimidad de las personas trabajadoras es un hecho incuestionable, el nuevo artículo 20 *bis*, por sí mismo, no ofrece ninguna novedad para hacer frente a la problemática general que ya caracterizaba al artículo 20

¹²⁰⁰ Ha sido incorporado mediante la Disposición Final decimotercera de la LOPDGDD.

¹²⁰¹ Sobre un análisis más profundo, consúltese a TERRADILLOS ORMAETXEA, E., «Comentarios a las Disposiciones Finales Decimotercera y Decimocuarta de la LOPDGDD», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento...*, Tomo II, *cit.*, 2021, p. 4087 y ss.

del ET. Insistimos en ello, puesto que la forma y el contenido de lo que se regula tienen incidencia directa en la forma en la que se fiscalizan las actividades empresariales. El legislador pierde la oportunidad de establecer aquellas concretizaciones del derecho a la intimidad de los trabajadores frente a la presencia inevitable de las nuevas tecnologías en nuestro ámbito laboral¹²⁰². Reproduce, más bien, un contenido vago e impreciso que ha venido contribuyendo a la inseguridad jurídica.

Ha quedado suficientemente claro en el plano teórico que las facultades otorgadas al empleador no gozan de absoluta discrecionalidad, pero el objetivo de alcanzar la seguridad jurídica en el desempeño de las relaciones laborales no puede materializarse si se repiten los caminos de indeterminación que ya se han atravesado. Más bien, sin el reconocimiento explícito de normativa que contenga parámetros respetuosos desde el derecho fundamental, es fácil que se alberguen actuaciones empresariales que excedan la legitimidad de su propio objeto, con lo que la tarea de respeto del derecho a la intimidad de los trabajadores puede convertirse en un producto de fiscalización *a posteriori*, lo que no podría considerarse una forma de protección eficaz de los derechos fundamentales¹²⁰³. Una verificación que, como también hemos constatado, ha podido ser fruto de interpretaciones convenidas del precepto normativo que reconoce el ejercicio de los poderes empresariales con un alto margen de discrecionalidad a la hora de elegir y aplicar medidas.

Por otro lado, se trata de un reconocimiento literal del derecho a la intimidad que se reduce a tres específicos supuestos, sin referencia alguna a una protección en otros escenarios. Ciertamente es que la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores dirigida a estos supuestos representa los escenarios fácticos que han estado sobre la mesa y en el centro del debate jurídico en los últimos años por haber ocasionado la mayor cantidad de conflictos entre los intereses de ambas partes de la relación laboral. Pero cierto es también que el escenario cambia con mayor velocidad que antes y, en ese sentido, echamos en falta alguna referencia que haya dejado abierta la posibilidad a nuevas configuraciones.

Recordemos que cada derecho protege distintos bienes jurídicos que se ponen en juego y, en cada caso, tanto los requisitos exigibles de configuración del derecho como las garantías que se despliegan serán diferentes. Pero también es cierto que una determinada actuación puede ser analizada desde diferentes perspectivas y deberá enjuiciarse cada una a fin de aplicar la correspondiente normativa. El precepto se remite a la guía de la LOPDGDD y, desde nuestro punto de vista, la interpretación que se hace del alcance del derecho a la intimidad de los

¹²⁰² Aunque recordamos que el ET no sería la norma adecuada para encargarse de estas cuestiones deben realizarse mediante Ley orgánica.

¹²⁰³ Sobre la posición de indeterminación relativa a la normativa anterior, *vid.* ABERASTURI GORRIÑO, U., «Control empresarial del correo electrónico...», *cit.*, 2015, p. 190.

trabajadores ante el uso de TIC requiere que se entienda en términos de protección de datos, y como límite al tratamiento de información de carácter personal de aquellos por parte de los empleadores¹²⁰⁴.

Esto no quiere decir que se niegue la protección individualizada de cada derecho fundamental y su categorización como derechos fundamentales autónomos, sino que el propio derecho a la protección de datos personales provee una defensa en bloque de los derechos y libertades fundamentales de la persona trabajadora. Así, en este caso, la evaluación del respeto del derecho a la protección de datos personales pasará por la verificación del respeto del derecho a la intimidad, desde antes de la utilización de cualquier TIC. Tal como hemos visto, el respeto a la no injerencia al ámbito de intimidad de la persona trabajadora debe garantizarse en el uso y frente al uso de TIC, y por ello, esa garantía de respeto debe formar parte del análisis provisional y previo que debe realizar el empleador teniendo en cuenta los criterios de legitimidad, proporcionalidad y finalidad. Teniendo en cuenta que estas herramientas tecnológicas son capaces de recopilar en grandes cantidades información referida a la actuación de los trabajadores, la evaluación del respeto a la intimidad forma parte de la habilitación para llevar a cabo un tratamiento de datos y para el uso mismo de las TIC en el trabajo. Sobre todo, porque el derecho de protección de datos personales no despliega sus efectos únicamente a partir del propio tratamiento, sino que, justamente, se despliega con el propósito de impedir un tráfico ilícito y lesivo para la dignidad del trabajador que empieza en el momento en el que se determina la habilitación o prohibición para llevar a cabo o no dicho tratamiento¹²⁰⁵.

El derecho a la protección de datos se sitúa en una posición trascendente en la que se ven incluidos aquellos actos que incluyen información personal y que contengan actos de comunicación en los entornos digitales¹²⁰⁶. En ese sentido, quizás, con ello, las carencias que por sí mismas se observan del nuevo artículo se ven cubiertas por mayores garantías¹²⁰⁷, habida cuenta de que cuando se trata de analizar la limitación de un derecho, un límite «deberá

¹²⁰⁴ Puede consultarse la Recomendación CM/Rec(2015)5 del CdE, punto 3. Además, interesante la interpretación que se encuentra en BAZ RODRÍGUEZ, J., *Privacidad y protección de datos...*, cit., 2019, p. 145 y ss.

¹²⁰⁵ Sobre el propósito del derecho a la protección de datos, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y CUADROS GARRIDO, M.^a E., «Autodeterminación informativa: un derecho en alza», *Revista Galega de Dereito Social*, n° 8, 2019, p. 90.

¹²⁰⁶ Vid. CÓRDOBA CASTROVERDE, D. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Reflexiones sobre los retos de la protección de la privacidad en un entorno tecnológico» en VV. AA., *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico. XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEPC, 2016, pp. 99-122.

¹²⁰⁷ La protección de datos impone principios de actuación más exigentes que los desplegados por el derecho a la intimidad. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., «La protección de datos se come a la intimidad: la doctrina de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de septiembre de 2017 (caso Bărbulescu v. Rumania; n° 61496/08; Gran Sala)», *Revista de Información Laboral*, n° 10, 2017.

cumplir con los requisitos que reclaman las diversas normas aplicables al caso para poder entender que es acorde a Derecho»¹²⁰⁸.

Continuaremos ahora con los preceptos específicos que han sido recogidos en la LOPDGDD referidos a la protección de la intimidad de los trabajadores en el uso de dispositivos digitales y frente a ellos, de acuerdo al ejercicio de las potestades empresariales, dejando abierta la puerta a completar el círculo de protección de datos personales en cuanto sea necesario y posible.

II.2. La intimidad de los trabajadores y el uso de TIC de propiedad del empleador

El primer de ellos es el artículo 87 de la LOPDGDD. Mediante el apartado 1 se garantiza a las personas trabajadoras el derecho «a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador».

Este precepto normativo puede considerarse como el régimen jurídico de protección de la intimidad de las personas trabajadoras en el uso de estos dispositivos digitales de propiedad del empleador¹²⁰⁹. Una de las cuestiones que venía suscitando mayores comentarios doctrinales y jurisprudenciales, en particular, en lo referido a las condiciones sobre dicho uso y las posibles amenazas a su privacidad¹²¹⁰. Se trata de una respuesta lógica ante el alto grado de penetración que han tenido las TIC en la vida laboral de las personas y la posición predominante que su utilización ha venido ocupando sobre los derechos fundamentales de aquellas.

Tradicionalmente se ha concebido un «dispositivo» como un mecanismo o artificio útil para realizar una acción para la que ha sido diseñado¹²¹¹ y, según el modo en que son capaces de procesar la información, en contraposición a los analógicos, los «dispositivos digitales» realizan sus funciones mediante señales eléctricas de tipo digital, es decir, mediante sistemas de códigos binarios¹²¹². En ese sentido, resulta positivo que la norma haya utilizado una referencia general a los dispositivos digitales, dada la velocidad que caracteriza dicha creación.

¹²⁰⁸ ABERASTURI GORRIÑO, U., «Control empresarial del correo electrónico...», *cit.*, 2015, p. 190.

¹²⁰⁹ BAZ RODRÍGUEZ lo llama la «proclamación formal de un derecho cuya propia existencia resultaba controvertida, al menos hasta la STEDH 5-9-2017 (Barbulescu II), en sede de la jurisprudencia (constitucional y ordinaria) a nivel nacional». BAZ RODRÍGUEZ, J., *Privacidad y protección de datos...*, *cit.*, 2019, p. 158.

GOÑI SEIN señala que si la norma «se limitase simplemente a identificar el bien protegido con la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el art. 18.1 CE, esto es, con el poder de resguardar su vida privada de una injerencia o publicidad no querida, no contendría verdaderamente novedad o avance alguno respecto de la situación anterior.», en GOÑI SEIN, J. L., «El derecho a la privacidad en el uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral (Comentario al artículo 87 LOPDGDD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento...*, Tomo II, *cit.*, 2021, p. 4048.

¹²¹⁰ Por ejemplo, el TC reconocía en su STC 241/2012, de 17 de diciembre, que «la utilización de ordenadores u otros medios informáticos por parte de los trabajadores está generalizada en el mundo laboral».

¹²¹¹ *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., 2014.

¹²¹² En el ámbito informático, se le denomina tratamiento de la información al «conjunto de operaciones que se realizan sobre una información», en ALCALDE, E. y GARCÍA, M., *Informática...*, *cit.*, 1997, p. 4. Los segundos serán aquellos que realicen de forma mecánica sus funciones (p. 45).

Con ello, el ámbito de aplicación normativa puede alcanzar a tantos dispositivos digitales como estos existan y puedan idearse en un futuro.

Ahora bien, el primer énfasis puesto en la digitalización del procesamiento de la información, separada semánticamente del proceso referido a la comunicación, refleja, por sí misma, la lógica de estos dispositivos digitales que ha quedado obsoleta. Ciertamente, los conocidos *hardware* y *software*¹²¹³ representan los elementos que permiten la funcionalidad de estos dispositivos, aunque todos los potenciales usos que ofrecen se hacen más complejos a partir de su utilización a través de sistemas de redes de interacción interconectadas y alimentadas por las TIC basadas en la microelectrónica, operando mediante *software* de redes¹²¹⁴. La transformación tecnológica se asienta en la digitalización de la información y la comunicación, la interconexión de los dispositivos, el desarrollo de *software* cada vez más avanzados, la mayor capacidad de transmisión por banda ancha o la omnipresente comunicación local-global por redes inalámbricas, de manera especialmente creciente con el acceso a Internet¹²¹⁵.

Este sistema de información o medio de comunicación se encuentra presente en las organizaciones productivas¹²¹⁶. La realidad estatal se corrobora en el último Informe sobre Digitalización de las Pymes realizado por el ONTSI, que abarca diez sectores de actividad empresarial y que agrupan un 72% del total de compañías existentes en el ámbito interno, donde se abarca el 74,5% del total de empresas de 10 o más empleados y el 71,9% de las de

¹²¹³ Para fines prácticos, los dispositivos digitales generalmente están formados por una estructura física —el conocido *hardware*—, compuesta por diversos elementos que hacen efectiva la ejecución de tareas diversas con suma rapidez y bajo el control de un programa (principalmente por una unidad central y unos elementos de entrada/salida). Y por un soporte lógico —el conocido *software*—, necesario para la realización de tareas específicas encomendadas que básicamente permite el funcionamiento adecuado, ejerciendo el control sobre el componente físico en todos sus aspectos, facilitando el uso del sistema y permitiendo al usuario interactuar con el mismo. Básicamente, la capacidad de los dispositivos dependerá de sus componentes físicos, mientras que la diversidad de tareas que pueda ofrecer dependerá mayoritariamente del componente lógico que contenga instalado y admita ejecutar. Puede consultarse ampliamente a ALCALDE, E. y GARCÍA, M., *Informática...*, cit., 1997, p. 113 y ss., así como la p. 136. También la obra actualidad de CHAOS GARCÍA, D. y otros, *Introducción a la informática básica*, UNED, Madrid, 2017. ALCALDE, E. y GARCÍA, M., *Informática ...*, cit., 1997, p. 136.

¹²¹⁴ Sobre las redes, puede consultarse a RODRIGO SAN JUAN, C., «Redes y conectividad», en CHAOS GARCÍA, D. y otros, *Introducción...*, cit., 2017, p. 327 y ss. Vid. CASTELLS, M., «Informacionalismo...», cit., 2006, p. 32.

De acuerdo a la cobertura geográfica, generalmente, se han establecido tres categorías: las redes de área local, las redes de área metropolitana y las redes de área amplia. Vid. RODRIGO SAN JUAN, C., «Redes y conectividad», en CHAOS GARCÍA, D. y otros, *Introducción...*, cit., 2017, pp. 338 y 339. Asimismo, sobre la Ethernet o las redes inalámbricas, pp. 350 y 353, respectivamente.

¹²¹⁵ CASTELLS, M., *Comunicación...*, cit., 2009, p. 89. «Una de las contribuciones fundamentales de Internet es su capacidad potencial de vincular todo lo que sea digital en cualquier parte y recombinarlo». «El valor añadido de Internet en relación con otros medios de comunicación es su capacidad para recombinar productos y procesos de información en determinado tiempo, creando un nuevo resultado que es inmediatamente procesado en la Red, en un proceso indeterminable de producción de información y feedback en tiempo real o en un tiempo determinado (Castells, 2001)». CASTELLS, M., «Informacionalismo...», cit., 2006, p. 36.

¹²¹⁶ GÓMEZ HIDALGO, J. M.^a y otros, «Las tecnologías de los motores de búsqueda del futuro», *DYNA*, vol. 82, nº 8, noviembre, 2007, p. 401.

menos de 10 trabajadores¹²¹⁷. La penetración de Internet en las empresas prácticamente alcanza a la totalidad de las pymes y grandes empresas, frente a un creciente y nada bajo 78,2 % de microempresas¹²¹⁸.

En términos simplificados, las empresas desarrollan sus actividades a través de dispositivos «interconectados entre sí mediante una serie de protocolos interoperables que les permiten comunicarse», aun cuando tengan programaciones y sistemas operativos diferentes, con la finalidad de compartir información, recursos y ofrecer servicios de forma remota¹²¹⁹. Asimismo, en sus distintas aplicaciones, esta red de redes a escala global se reafirma como el instrumento clave y representa el mayor tejido de servicios de información y comunicación digitalizadas también en las diversas versiones del trabajo que existan o vayan a adecuarse a los cambios económicos y sociales¹²²⁰.

Tener a disposición un dispositivo digital conectado a la Red supone una transformación en el modo de trabajar, así como la posibilidad de que la persona trabajadora pueda acceder a un sinfín de medios digitales para realizar una mayor cantidad de actuaciones en el entorno digital, «como resultado de la cada vez más extendida multitarea en el nuevo entorno informacional»¹²²¹. Aquí el *software* de aplicación representa también un elemento crucial, puesto que la diversidad de tareas que puedan ofrecer y el impacto sobre los derechos fundamentales dependerán principalmente de su diseño¹²²².

En suma, se trata de dispositivos programables que amplían las posibilidades de ejecución de diversas tareas con propósitos diversos, con distintas operaciones susceptibles de automatización o asistencia, para resolver problemas de las más diversas áreas, muchas veces imposibles de realizar sin su utilización.

A partir de ello, queremos resaltar, al menos cuatro ideas centrales:

II.2.A. La cesión de dispositivos digitales de propiedad del empleador

Dos de ellas, podemos vincularlas a la cesión misma de los dispositivos:

¹²¹⁷ ONTSI, *INFORME DE DIGITALIZACIÓN...*, cit., 2021, p. 16.

¹²¹⁸ ONTSI, *INFORME DE DIGITALIZACIÓN...*, cit., 2021, p. 21.

¹²¹⁹ RODRIGO SAN JUAN, C., «Redes y conectividad», en CHAOS GARCÍA, D. y otros, *Introducción...*, cit., 2017, p. 327.

Mediante la Telemática se daba inicio a la interconexión a distancia de ordenadores, terminales y otros dispositivos, usando para ello algún medio adecuado de telecomunicación.

¹²²⁰ Vid. CASTELLS, M., *Comunicación...*, cit., 2009, p. 100. Con un lenguaje informático compatible que permite, a través de protocolos TCP/IP, el intercambio de paquetes de datos a través de la Red en tiempo simultáneo o diferido. CASTELLS, M. y otros, *La transición...*, cit., 2007, p. 18.

¹²²¹ CASTELLS, M., *Comunicación...*, cit., 2009, p. 100.

¹²²² El conjunto de órdenes para realizar un proceso determinado se denomina «programa», mientras que, al conjunto de uno o varios programas, más la documentación correspondiente para realizar un determinado trabajo se denomina «aplicación informática». Asimismo, al conjunto de elementos necesarios para la realización y explotación de aplicaciones informática se le denomina «sistema informático».

Por un lado, del precepto materia de comentario puede inferirse que la protección a la intimidad de los trabajadores se despliega cuando la persona trabajadora hace uso de unos dispositivos digitales que son de propiedad del empleador. Esto significa que los dispositivos digitales por sí mismos constituyen elementos que forman parte de la configuración del modelo organizativo de la empresa y la persona trabajadora se comporta como un mero usuario «en la misma posición de ajenidad que mantiene respecto a los demás bienes muebles e inmuebles de la empresa»¹²²³. Aun así, no puede argumentarse que la propiedad sobre las TIC sea causa habilitante para negar el reconocimiento de una esfera personal íntima en el ámbito de las relaciones laborales. Se trata de una esfera que debe protegerse, puesto que encuentra su fundamento en la vigencia misma de este derecho fundamental y en la defensa ferviente de la dignidad de la persona trabajadora que se exige desde el modelo de Estado de Derecho¹²²⁴.

Por otro lado, el precepto hace referencia a unos dispositivos cedidos por el empleador sin detalle sobre los fines que motivan dicha cesión. Por ello, debe entenderse el despliegue de una protección de la intimidad de las personas trabajadoras sobre unos dispositivos cedidos con diversos fines, entendidos estos últimos en sentido amplio, siempre que tengan relevancia y vinculación con la actividad laboral, las obligaciones o los deberes laborales. Merece la pena que comentemos algunas cuestiones sobre algunos dispositivos o grupos de ellos.

II.2.A.a. La cesión de ordenadores en el lugar de trabajo

El ya clásico ordenador de escritorio puede considerarse el primer dispositivo digital avanzado¹²²⁵, aunque su utilización sigue siendo generalizada. En el ámbito laboral, estos dispositivos representan una importante herramienta instalada en los espacios de trabajo de diferentes sectores productivos. Según el Informe de Digitalización de las Pymes, de los diez sectores productivos analizados, en 2020, prácticamente la totalidad de las empresas con 10 o más trabajadores disponía de ordenadores, es decir, el 99,2%¹²²⁶. Por su parte, entre las empresas de menos de 10 trabajadores el porcentaje se sigue situando al alza en un 81,9¹²²⁷.

¹²²³ En referencia a la ajenidad de los bienes que usa la persona trabajadora, puede leerse a MONTOYA MELGAR, A., «Nuevas tecnologías y buena fe contractual (Buenos y malos usos del ordenador en la empresa)», *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, 2009, p. 187.

¹²²⁴ Pueden ser de particular interés la sentencia recaída en el caso *Copland c. Reino Unido*, de 3 de abril del 2007 (STEDH 62617/00) y *Bărbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre (STEDH, Gran Sala).

¹²²⁵ En la denominación de ORTEGA CARRILLO, las Tecnologías digitales avanzadas (TCDA), son las «nacidas en el último cuarto de siglo XX con la aparición de los ordenadores que han hecho posible la generación de sistemas de digitalización, almacenamiento/compresión y teletransmisión de textos, imágenes y sonidos (redes telemáticas, televisión vía satélite, holografía, realidad virtual, etc.)». ORTEGA CARRILLO, J. A., «Los medios digitales en educación», en ORTEGA CARRILLO, J. A., VICTORIA MAS, J. S., CRISTÓFOL RODRÍGUEZ, C. y MARTÍNEZ RODRIGO, S., *Publicidad, educación y nuevas tecnologías*, Ministerio de Educación, 2011, p. 318.

¹²²⁶ ONTSI, *INFORME DE DIGITALIZACIÓN...*, *cit.*, 2021, p. 24.

¹²²⁷ *Íbid.*, pp. 38-39. Entre las microempresas, los sectores con mayor penetración de ordenadores, y que superan la cifra obtenida para el total de sectores en España, son el de las actividades profesionales, científicas y técnicas (98,1%); el de información y comunicaciones (97,6%), y hoteles y agencias de viaje (97,2%). Por debajo del total,

Como vemos, se trata de una penetración muy alta aun en los sectores donde la misma puede catalogarse de baja.

Los ordenadores generalmente se constituyen dentro de la organización empresarial como herramientas de trabajo/producción. El empleador cede estos dispositivos de su propiedad a las personas trabajadoras para que en estos o a través de estos se cumpla la prestación laboral¹²²⁸. Esta ajenidad laboral propia del contrato de trabajo se refuerza con el punto de vista de la ajenidad de naturaleza patrimonial respecto del ordenador. Ello determina que la persona trabajadora, en principio, deba hacer uso de dicho dispositivo bajo los mismos parámetros que mantiene respecto a los demás bienes muebles e inmuebles de la empresa, como ya comentábamos.

La diferencia radica en que los servicios accesibles desde los ordenadores usualmente conectados a una red pueden suponer una diversificación en su utilización que trae consigo nuevos parámetros de análisis. La utilización de Internet o la presencia de *software* de aplicación modifican la cantidad y el tipo de información que se genera a través del uso de los ordenadores y, a partir de ahí el tipo de tratamiento que pueda llevarse a cabo. En todo caso, según las características propias de tales tratamientos, los ordenadores servirán como herramienta de acceso o almacenamiento de algún tipo de información vinculada al resto.

II.2.A.b. Los dispositivos portátiles dentro y fuera del lugar de trabajo

La portabilidad ha sido una de las características de las creaciones de dispositivos digitales posteriores a los ordenadores tradicionales¹²²⁹. El comienzo del siglo XXI se caracteriza por la proliferación de aparatos portátiles que proporcionan cada vez una mayor «capacidad informática y de comunicación ubicua sin cables»¹²³⁰. Los ordenadores de escritorio tienen ahora su versión portátil, al haber superado las barreras de funcionamiento con alternativas a la red de alimentación eléctrica, pero las tabletas y los teléfonos móviles representan un eslabón más en el desarrollo de dispositivos digitales portables¹²³¹.

Son dispositivos que han desarrollado y adaptado los componentes *hardware* y *software* de los ordenadores e integrado los tradicionales elementos de entrada y de salida en una sola

el sector cuyas microempresas presenta menor tasa de penetración es el de actividades inmobiliarias, administrativas y servicios auxiliares (63,7%), mientras que el sector de comercio al por menor presenta un incremento de 22 p.p. en relación con el año anterior (ahora se sitúa en el 79,4 %), el de transporte y almacenamiento (84%;+14 p.p.), construcción (80 %; +0,7 p.p.) e industria (80 %;+4,7 p.p.).

¹²²⁸ LLAMOSAS TRAPAGA, A., *Relaciones laborales y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación: una relación fructífera no exenta de dificultades*, Dykinson Madrid, 2015, p. 84.

¹²²⁹ Estos tienen ahora su versión portátil al haber superado las barreras de funcionamiento cuando no existía una red de alimentación eléctrica.

¹²³⁰ CASTELLS, M., *Comunicación...*, cit., 2009, p. 50.

¹²³¹ Puede verse indicadores sobre las cesiones de dispositivos portátiles en el ámbito estatal, en comparativa con la UE, actualizada, en ONTSI, *Dossier de indicadores de teletrabajo y trabajo en movilidad en España y la UE*, 2020.

estructura física, con la ventaja de un menor peso y tamaño reducido. Las tabletas o *tablets*, al no tener todas las ventajas de los teléfonos móviles, están más orientadas a la multimedia, lectura de contenidos o a la navegación por Internet¹²³². Por su parte, los teléfonos móviles inteligentes o *smartphones* son dispositivos móviles que han traspasado los límites de las comunicaciones biunívocas de los teléfonos fijos. La evolución veloz de estos aparatos y equipos los sitúa en la actualidad como los dispositivos digitales más completos: son teléfonos, miniordenadores y, en el medio, tabletas con mejores ventajas de portabilidad.

Existen multitud de actividades profesionales que requieren que la persona trabajadora deba estar en constante movimiento, sin sujeciones espaciales de los tradicionales lugares de trabajo fijos. Los teléfonos móviles, además de las características de portabilidad e inmediatez de comunicación verbal (a través de redes telefónicas), o escrita (a través de la opción de envío de mensajes de texto), son capaces de aplicar las ventajas de los ordenadores clásicos «sin asignación a un espacio concreto»¹²³³. El mercado ofrece, a su vez, multitud de aplicaciones informáticas para dispositivos móviles que permiten que las actividades laborales se desarrollen en esos entornos móviles digitales, aunque los concretos usos profesionales dependerán de las características propias del trabajo a realizar¹²³⁴.

Más allá, lo verdaderamente trascendente es su capacidad de interconexión de redes que le otorgan una interactividad mayor que los ordenadores¹²³⁵. Ciertamente, su multifuncionalidad nos permite llamar por teléfono, archivar documentos, fotografías o vídeos, gestionar agendas, administrar contactos, conectarnos a la Red o cualquier tarea que sea capaz de facilitar determinado *software* de aplicación adicional desarrollado para satisfacer las necesidades empresariales¹²³⁶. En esta capa pueden adicionarse programas o aplicaciones que sirvan al empleador para el ejercicio de sus facultades empresariales que puedan suponer una vulneración de los derechos fundamentales. Los algoritmos ofrecen a las empresas cada vez más la capacidad de automatizar, no solo la toma de decisiones operativas o estratégicas de las empresas, sino también el almacenamiento de grandes cantidades de datos sobre la utilización de los dispositivos brindados a los trabajadores. De hecho, con el fin de garantizar una buena comunicación entre transmisores, poseen sistemas integrados de radiolocalización o

¹²³² FELIZ-MURIAS, T., y RICOY M.^a C., «La tableta: fascinación por el aprendizaje ubicuo», en VÁZQUEZ-CANO, E. y SEVILLANO GARCÍA, M. L. (Ed.), *Dispositivos digitales móviles en educación: el aprendizaje ubicuo*, Narcea Ediciones, 2015, p. 85.

¹²³³ Vid. VÁZQUEZ-CANO, E. y SEVILLANO GARCÍA, M. L. (Ed.), *Dispositivos digitales móviles en educación: el aprendizaje ubicuo*, Narcea Ediciones, 2015, p. 85.

¹²³⁴ Son capaces de «realizar una gran variedad de trabajos a gran velocidad y con gran precisión, siempre que se le den las instrucciones adecuadas». ALCALDE, E. y GARCÍA, M., *Informática...*, cit., 1997, p. 2.

¹²³⁵ «La explosión de la comunicación móvil en el mundo y su convergencia con Internet amplificó y descentralizó aún más la capacidad de comunicación y procesamiento de información». CASTELLS, M. y otros, *La transición...*, cit., 2007, p. 19.

¹²³⁶ Vid. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ A., «Diligencia de registro de dispositivos y *Smartphones*», en BUENO DE MATA, F. (Coord.), *FODERTICS 5.0: estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*, Comares, Granada, 2016, p. 256.

geolocalización que permiten determinar la posición de los dispositivos y ofrecer mayores servicios. A partir de ahí, con todos los servicios que ofrecen los dispositivos móviles, son capaces de generar una mayor cantidad de datos de diversa naturaleza que ofrecen información relativa al usuario-trabajador que está en posesión del dispositivo, a la que puede tener acceso el empleador sea con el objeto que sea¹²³⁷.

Unidos todos los aspectos, vemos que, en 2020, la evolución de las empresas con conexión a Internet que proporcionan a sus trabajadores dispositivos portátiles para uso empresarial ha sido muy favorable: se sitúa en un 56,5%. Cabe recalcar que por tamaño de empresa, el 96,8% de las grandes empresas, el 89,1% de las medianas empresas, el 74,6% de las pequeñas empresas, y el 55,1% de las microempresas¹²³⁸. Por su parte, en lo referido al personal, en 2020 era el 35,7% de los trabajadores españoles los que disponían de este tipo de dispositivos¹²³⁹. Unas cifras que, creemos, encontrarían fundamento en las circunstancias sanitarias que han venido azotando a la región y a las dinámicas entre empresas, trabajadores y consumidores.

Como caso de uso, el ONTSI recoge la experiencia de TMC Cancela, una compañía dedicada a la fabricación de maquinaria agrícola, forestal e hidráulica. El proceso de transformación digital para el diseño y fabricación de esta maquinaria se encontró orientado, para lo que nos interesa rescatar, a incorporar una solución integral de control y gestión de la información «de toda la planta de fabricación, incluidos sus empleados, permitiendo intercambiar información y monitorizar la eficiencia en tiempo real». A través de diferentes herramientas como son el Internet de las cosas (IoT, por sus siglas en inglés), *Big data* y sistemas de gestión de recursos (ERP)¹²⁴⁰ o de clientes (CRM)¹²⁴¹, a partir de acceso a la

¹²³⁷ Sobre el *Big Data*, puede consultarse más a MARKUS, M. L., «New games, new rules, new scoreboards: the potencial consequences on big data», *Journal of Information Technology*, nº 30, 2015, p. 58.

¹²³⁸ ONTSI, *INFORME DE DIGITALIZACIÓN...*, cit., 2021, p. 40. El ligero incremento con respecto al 2019 se traduce en un +1,8 p.p.

Al nivel de sectores de actividad, el informe recoge que «los mayores porcentajes se identifican en los sectores de información y comunicaciones (74,7%); comercio al por mayor (72,9%) y transporte y almacenamiento (69,9%). Los sectores en los que en menor medida las empresas proporcionan esta clase de dispositivos son comercio al por menor (41,7%) y construcción (51%). Cabe subrayar que información y comunicaciones es el sector que ha logrado reducir con mayor intensidad la brecha entre segmentos empresariales (-10,6 p.p. en solo un año), situándose en 12,2 puntos porcentuales en 2020».

¹²³⁹ ONTSI, *INFORME DE DIGITALIZACIÓN...*, cit., 2021, p. 42. A nivel general, los sectores con mayor porcentaje de empleados a los que se les facilita esta clase de dispositivos son información y comunicaciones (64,5%; +5,7 p.p.), actividades profesionales, científicas y técnicas (53%; +2,3 p.p.); comercio mayorista (48,1%; +7 p.p.) y transporte y almacenamiento (43,3%; +7,1 p.p.).

¹²⁴⁰ ERP que significa *Enterprise Resource Planning*, Se conciben como un sistema global y estructurado de planificación de recursos y de gestión de información capaz de satisfacer la evaluación, implementación y gestión de los negocios. Vid. GALLARDO, L., GONZÁLEZ, C., TAPIA, F., «Sistemas ERP: importancia de sus aplicaciones en la gestión empresarial», *Seminario para optar al título de Ingeniero en Información y Control de Gestión*, 2003. Se resalta el sistema de información como plataforma desde la que se gestiona el proceso, y a partir de la cual se «define cómo debe ser dicho proceso (qué información debe introducirse, que personas deben ser informadas, qué orden lógico debe seguirse, etc.). En cierta medida, el sistema de información puede ser la mejor herramienta para modificar un proceso y para introducir mejoras en el mismo.». Vid. ANDONEGI, J. M.,

información, el sistema es capaz de planificar y proponer automáticamente la programación óptima de la producción y actualizar en tiempo real cualquier cambio en la planificación, pudiendo ser visto por todos los operarios implicados en el proceso. Así mismo, a través de *tablets*, la plataforma integra los datos de los empleados y registra todas las operaciones que estos realizan, desde cuando un empleado llega a su puesto. El sistema «valida su asignación al mismo y registra todo el trabajo que realiza: entrada y salida del operario, paradas, operaciones realizadas, tiempos de ejecución, lectura de anotaciones, consulta de documentos, controles de calidad ejecutados e histórico de comunicaciones»¹²⁴².

II.2.A.c. Otros dispositivos portátiles cedidos por el empleador

Dentro de los dispositivos digitales cedidos por el empleador, también podemos encontrar algunos que no han de ser utilizados por las personas trabajadoras para el estricto desarrollo de su actividad laboral. No obstante, su uso respondería a un legítimo interés siempre vinculado con el desempeño de la actividad laboral.

Nos sirve hacer una distinción entre aquellos dispositivos que cumplen su función en cuanto la persona trabajadora se desplaza hacia un punto específico del espacio laboral o realiza una acción concreta, y entre aquellos dispositivos que serán llevados por la persona trabajadora a lo largo de la jornada laboral y podrán funcionar durante todo ese intervalo desde donde este se encuentre y haga lo que haga.

Dentro del primer grupo, podríamos encontrar dispositivos digitales que pueden ser cedidos por el empleador con fines de identificación de las personas trabajadoras. Desde un punto de vista tecnológico, este tipo de dispositivos permitirían iniciar el proceso de identificación segura para el acceso y salida, ya sea a las instalaciones de trabajo, a zonas específicas de la empresa o a otros dispositivos digitales¹²⁴³. Decimos «iniciar un proceso de identificación», puesto que, sin importar la forma que puedan poseer estos dispositivos, forman parte de un sistema complejo. Por ejemplo, los dispositivos digitales —ya sean físicos o virtuales— que forman parte de sistemas de identificación por teclado requieren la introducción de un código personal en los puntos dispuestos. Sistemas económicos y muy

CASADESÚS, M., ZAMANILLO, I., «Evolución histórica de los sistemas ERP: de la gestión de materiales a la empresa digital», *Revista de Dirección y Administración de Empresas*, nº 12, 2005, p. 68.

¹²⁴¹ CRM, *Customer Relationship Management*, en inglés, se presenta como una «estrategia de negocio que persigue el establecimiento y desarrollo de relaciones de valor con clientes basadas en el conocimiento. Utilizando las TI como soporte, el CRM implica un rediseño de la organización y de sus procesos para orientarlos al cliente, de forma que, por medio de la personalización de su oferta, la empresa pueda satisfacer óptimamente las necesidades de esos clientes, generándose relaciones de lealtad

a largo plazo y mutuamente beneficiosas». Vid. GARRIDO MORENO, A. y PADILLA MELÉNDEZ, A., «El CRM como estrategia de negocio desarrollo de un modelo de éxito y análisis empírico en el sector hotelero español», *Revista europea de dirección y economía de la empresa*, vol. 20, nº 2, 2011, p. 103.

¹²⁴² ONTSI, *INFORME DE DIGITALIZACIÓN...*, cit., 2021, pp. 84-85.

¹²⁴³ Vid. MERCADER UGUINA, J. R., «Derechos fundamentales...», cit., 2001, p. 670.

prácticos, de uso generalizado, aunque no han logrado ofrecer una identificación personalizada y del todo confiable. Similares usos, beneficios y complicaciones han supuesto los sistemas de identificación por proximidad, que requieren del uso de tarjetas o llaveros electrónicos, o se encuentran integrados en los *smartphones*¹²⁴⁴. También los sistemas de identificación biométrica que ofrecen mayor seguridad y que, a través de un dispositivo lector o terminal de identificación biométrica, medirá de forma automática alguna característica de biometría estática, como podría ser la geometría de las manos¹²⁴⁵, huella dactilar¹²⁴⁶, venas¹²⁴⁷, la geometría facial¹²⁴⁸, del iris o retina¹²⁴⁹, o incluso la voz.

Otras opciones viables han sido también los sistemas de radiofrecuencia. Aunque su uso en el ámbito estatal no ha estado muy extendido, especialmente en el caso de empresas con menos de 10 trabajadores¹²⁵⁰, nos sirve como ejemplo de tecnología que trasciende más allá de los fines relacionados con el trabajo. Pudiendo utilizarse en espacios cerrados¹²⁵¹ y

¹²⁴⁴ Tecnología de corto alcance (NFC, por sus siglas en inglés). Puede consultarse a HUIDOBRO MOYA, J. M., «La tecnología de proximidad NFC», *Antena de telecomunicación*, nº 183, septiembre, 2011, pp. 64-66.

¹²⁴⁵ Recoge la imagen tridimensional de la mano a través de cámaras de rayos infrarrojos y un sistema óptico que capturan un patrón tridimensional. A partir de ahí, un microprocesador se encarga de extrapolar las características discriminantes. Asimismo, este sistema biométrico es capaz de actualizar el perfil de la mano en cada reconocimiento, por lo que se tratará de una recogida de datos cada vez que se coloque la mano en el lector.

¹²⁴⁶ Los dispositivos biométricos de huella dactilar realizan un análisis de puntos distintos de las huellas. El patrón que se almacena a través de un proceso de reconocimiento inicial no recoge la huella digital, sino algunos de sus puntos más característicos que se denominan minucias y que son transformados en un código numérico, a través del cual no se obtiene una reconstrucción de la imagen.

¹²⁴⁷ El análisis de la geometría de las venas de la mano, dorso de la palma o en uno de los dedos ya forma parte de una identificación personal. En la biometría vascular se interpreta la geometría del árbol de las venas transformándolo en una secuencia numérica. A través de un sensor se digitaliza y captura la imagen tridimensional del patrón biométrico y se extraen puntos particulares de la imagen que representarán un único modelo matemático. Los patrones vasculares también son únicos, sin embargo, son mejores al tratarse de patrones biométricos internos, reduciendo a mínimos los posibles fallos de seguridad. Recomendado para entornos de alta seguridad.

¹²⁴⁸ Los sistemas de reconocimiento facial se basan en una cámara que recoge puntos característicos del rostro de una persona tales como la distancia entre ambos ojos, la distancia con la nariz o los labios. Su recogida no requiere colaboración de la persona trabajadora y únicamente requerirá que su rostro sea captado por una cámara. De acuerdo a la imagen, el sistema elaborará un mapa de puntos que conforman, a través de algoritmos matemáticos, un patrón personal.

¹²⁴⁹ Se trata de características físicas únicas de cada individuo, por lo que sirven para funciones de reconocimiento. El reconocimiento del iris utiliza el previo análisis del músculo del diafragma para realizar la posterior verificación, mientras el reconocimiento retiniano utiliza un patrón único de los vasos sanguíneos en la retina de un individuo en la parte posterior del ojo.

¹²⁵⁰ Según el Informe e-Pyme de 2017, «el sector que mayor uso ha hecho de las tecnologías de identificación por radiofrecuencia, integrándolas en sus procesos empresariales, ha sido el de información y comunicaciones. En este caso, un 21,6% de sus compañías de 10 o más empleados y un 3,2% de las de menos de 10 han integrado dispositivos de este tipo como parte de sus procesos de producción, para la identificación de personas o productos o algún otro fin similar. Tras este sector se sitúan las compañías de transporte y almacenamiento o las pertenecientes al sector de la industria. En el primer caso, un 18,8% de sus pymes y grandes empresas y el 3,2% de sus microempresas utilizan RFID. En el segundo, estas cifras son del 18,1% y 3,2% respectivamente.» ONTSI, *INFORME E-PYME 2017. Análisis sectorial de la implantación de las TIC en las empresas españolas*, ONTSI, Madrid, 2018.

¹²⁵¹ La tecnología RFID se utiliza en varios sectores como, por ejemplo, en «la logística, el pago del peaje en las autopistas, el pago del transporte en bus o metro, las tiendas de artículos de lujo, el comercio al por menor, los documentos de viaje o la localización de las maletas en los aeropuertos; aun cuando su uso comercial más habitual consiste en la gestión de stocks de empresas mayoristas». *Vid.* GALA DURÁN, C. y ROIG BATALLA, A., «El uso de las etiquetas de identificación y radiofrecuencia en las empresas ¿un nuevo riesgo para los derechos de los trabajadores?», *Actualidad laboral*, nº 8, 2010, p. 2.

últimamente también en espacios abiertos¹²⁵², requieren de unas etiquetas dotadas de información personal de los trabajadores cotejable de forma automática mediante dispositivos lectores ubicados en diversas zonas de importancia¹²⁵³. Además, a partir de dichos dispositivos, podría ofrecerse la localización individualizada y en tiempo real, según los lectores que hayan sido dispuestos y programados para el reconocimiento de señales a intervalos periódicos¹²⁵⁴. La información referida a las horas y días de acceso o salida puede ir acompañada de datos sobre los lugares donde ha estado la persona trabajadora a lo largo de su jornada, con qué frecuencia y durante qué intervalos. Eso puede traducirse en huellas digitales de desplazamientos individualizados que sirvan para otros intereses empresariales.

Con todas las diferencias, estos sistemas de reconocimiento operan con procedimientos similares. La referencia personal se obtiene a partir de un registro y almacenamiento previo de un PIN, de unos datos de identificación personal en tarjetas, de una característica biométrica concreta o de una información vinculada a la persona en una etiqueta, respectivamente. En lo relativo a los dispositivos cedidos a la persona trabajadora, en el primer caso, sería el teclado; en el segundo, el lector y cualquier dispositivo que requiera proximidad; en el tercer supuesto, el lector de información biométrica; y, en último supuesto, cualquier dispositivo que contenga una etiqueta de radiofrecuencia. En cualquier caso, los sistemas de identificación vienen evolucionando, se armonizan y se dispone para su aplicación el uso de dos o varios métodos. Sea cual sea el caso concreto, lo importante será determinar los tipos de dispositivos que se ceden a las personas trabajadoras, las características técnicas que ofrezcan cada uno de ellos y las elecciones que se hagan desde la dirección empresarial.

Por otro lado, dentro del primer grupo también nos gustaría comentar el uso de dispositivos digitales que son cedidos a las personas trabajadoras como recursos destinados a contribuir al desempeño de la actividad laboral en determinadas tareas. En primer lugar, tenemos a los llamados asistentes personales virtuales que comienzan a ser utilizados en los

¹²⁵² A partir de la evolución de la tecnología de RFID, denominado RTL (*Real Time Location*, en inglés).

¹²⁵³ Es decir, las funciones técnicas serán ejecutadas sin que se requiera proximidad ni contacto directo con algún lector. En algunos sistemas de control, se administra la información y se comunica con una base de datos gestionada por un dispositivo móvil u ordenador, que se encargará de corroborar la identificación para autorizar el acceso seguro e individualizado. Si se trata de sistemas «autónomos», la funcionalidad del proceso de identificación no requeriría de un ordenador. Las etiquetas sólo de lectura devuelven un código único grabado «a fuego» al fabricar el chip. Puede consultarse más ampliamente sobre el tema en la tesis doctoral de RUIZ RUIZ, M. L., *Aplicaciones de los sistemas de radiofrecuencia y posicionamiento en la seguridad industrial*, Universidad de Córdoba, 2013.

¹²⁵⁴ Podrían ser parte de RTLS, por sus siglas en inglés. Puede consultarse a ALEXANDRES FERNÁNDEZ, S., MUÑOZ FRÍAS, J. D. y RODRÍGUEZ-MORCILLO GARCÍA, C., «RFID: la tecnología de identificación por radiofrecuencia», *Anales de mecánica y electricidad*, vol. 83, nº 1, 2006, pp. 47-52.

Ciertamente los sistemas de localización en tiempo real suponen alguna forma de comunicación por RF, aunque pueden funcionar a partir de tecnología óptica (infrarrojos) o acústicas (usualmente ultrasonido), tecnología Bluetooth 4.0 o tecnología UWB, entre otros. Los RTLS son sistemas de posicionamiento local utilizados en áreas internas y confinadas a espacios cerrados, donde la tecnología GPS carece de utilidad.

ambientes de trabajo como recurso para la atención al público¹²⁵⁵. Estos dispositivos autónomos con forma de altavoz tienen a un micrófono y a Internet como los grandes protagonistas¹²⁵⁶. Su principal vocación es escuchar al usuario para responder a todos los requerimientos que puedan ser ofrecidos por Internet, de forma oral a través de los altavoces, mientras aprende los detalles sobre hábitos para ofrecer respuestas cada vez más precisas. Lo que nos interesa resaltar es que el uso del dispositivo genera y recolecta información muy específica sobre dichas interacciones, que quedará almacenada de forma detallada en unos ficheros¹²⁵⁷. Asimismo, dado que el uso de estos dispositivos puede iniciarse solo a partir del reconocimiento de específicos comandos de voz, se alerta que el micrófono de este último debería encontrarse encendido antes de que se requiera su intervención. Quizás grabando permanentemente el sonido ambiente con una calidad de audio suficiente para identificar patrones de voz en segundo plano sin que se haya requerido su uso con fines relacionados con la actividad laboral¹²⁵⁸. En segundo lugar, pondremos como ejemplo la cesión de drones y en general los vehículos aéreos no tripulados, en los sectores primarios agrícola y ganadero, para la gestión «de grandes extensiones de terreno o grandes dispersiones de datos de animales y avanzar en la optimización de recursos por parte de las empresas de este sector¹²⁵⁹»; o en el sector de la construcción, para la optimización y digitalización de «los proyectos de

¹²⁵⁵ Catalogados como inteligencia artificial y que forma parte del Internet de las cosas. Según el Diccionario de la RAE, la Inteligencia Artificial es entendida como «el desarrollo y utilización de ordenadores con los que se intenta reproducir los procesos de la inteligencia humana». En cualquier caso, aun cuando «no hay un consenso sobre su definición, se puede decir que la Inteligencia Artificial se encarga de modelar la inteligencia humana en sistemas computacionales y que posee características humanas tales como el aprendizaje, la adaptación, el razonamiento, la autocorrección, el mejoramiento implícito y la percepción modular del mundo. Así, se puede hablar ya no sólo de un objetivo, sino de muchos, dependiendo del punto de vista o utilidad que pueda encontrarse a la Inteligencia Artificial.» JIMÉNEZ MARTÍN, P. y Sánchez ALLENDE, J., «De Eliza a Siri, la evolución», *Revista Tecnol@ y desarrollo*, nº 13, 2015.

¹²⁵⁶ Estos dispositivos poseen un *hardware* parecido al de los *smartphones*. Según describe MANUEL GUERRA, analista informático forense, examinando un dispositivo Google Home mini, su placa base está compuesta por un Procesador ARM Dual Core, una Antena WiFi y Bluetooth, Memoria SDRAM 4 GB DDR3 y una Memoria interna NAND FLASH de 256 Mb. Puede consultarse el análisis completo en <https://glider.es/ok-google-me-estas-espiando/> (última consulta: 30 de marzo de 2022).

¹²⁵⁷ En el caso de Google Home, en el directorio «Asistente» encontraremos los ficheros más importantes de todo este análisis. Por ejemplo, en el fichero «MiActividad.html», se registra toda la actividad del dispositivo en forma de un listado transcrito con todos los comandos de voz que el dispositivo ha ejecutado correctamente. Por cada comando de voz que se haya realizado se archivará una transcripción de lo que la persona usuaria haya pronunciado, lo que el dispositivo haya hecho, la fecha y la hora de la ejecución del comando, así como las coordenadas GPS de la posición del dispositivo cuando se ejecutó el comando y los detalles de la hora en que el usuario apaga el dispositivo. Aún más, todos los comandos de voz también quedan almacenados, no en el dispositivo mismo, sino en los servidores vinculados al motor de búsqueda, en ficheros que especifican la fecha y hora de grabación en formato MP3.

¹²⁵⁸ Según explica MANUEL GUERRA, analista informático forense, la capacidad de memoria limitada que poseen estos dispositivos permite únicamente almacenar aproximadamente dos horas de audio, por lo que sería probable que estos dispongan de «un pequeño búfer de audio, el cual le permita almacenar los últimos segundos de voz antes de que pueda ser activado con el comando «OK Google», de este modo es posible que guarde la voz del usuario diciendo «OK Google» sin guardar el resto de sonidos que le puedan llegar hasta el dispositivo». Asimismo, considera que «este dispositivo pueda estar subiendo a los servidores de Google todo el sonido ambiente que escuche [...]», aunque no tiene evidencia de ello. Disponible en: <https://glider.es/ok-google-me-estas-espiando/> (última consulta: 30 de marzo de 2022).

¹²⁵⁹ ONTSI, *INFORME E-PYME 2018. Análisis sectorial...*, cit., 2019, p. 66. También, ONTSI, *INFORME DE DIGITALIZACIÓN...*, cit., 2021, pp. 78-79.

construcción, permitiendo realizar un mejor seguimiento de las obras, tanto desde el punto de vista del avance de los trabajos como de la inspección, la logística o la idoneidad de las medidas seguridad»¹²⁶⁰. Dispositivos que, en general, se encuentran dotados de cámaras, videocámaras o sistemas de GPS y, a partir de allí, diferentes tipos de sensores, cámaras de visión nocturna, escáner 3D, dispositivos WIFI y/o Bluetooth o sistemas de detección de dispositivos móviles, que se encargan de recolectar datos personales que podrían no estar únicamente referidos a las actividades productivas y que supondrían riesgos colaterales¹²⁶¹.

Encontramos el ejemplo recogido por el INTSI sobre Bodegas Matarromera, una empresa dedicada a la Elaboración de vinos. La empresa inició un proceso de transformación digital en 2018 que incorporaba una serie de tecnologías basadas en soluciones en la nube, IoT, *big data*, automatización avanzada de procesos, ERP y CRM. Entre las tecnologías empleadas se encontraba la monitorización de los viñedos a vista de dron, el establecimiento de estaciones meteorológicas, y sensores en las cepas y en las tareas de recogida de las uvas, así como un sistema de visión artificial empleado en la mesa de selección de uva¹²⁶².

Pasando al segundo grupo, podríamos comentar la entrega de dispositivos que se han denominado dispositivos ponibles (insertables) o *wearables*. Pueden tener variadas formas, no obstante, se trata de dispositivos que serán llevados encima y usados durante determinados intervalos. Estos dispositivos incorporan en sí mismos uno o varios microprocesadores electrónicos que, aunque forman parte de sistemas de almacenamiento de datos, poseen una autonomía propia bastante amplia que se encarga de recolectar de forma directa la información de la persona que los lleva. Su interacción continua con el cuerpo humano permitiría obtener información personal sensible de los trabajadores. Por ejemplo, los monitores de actividad son capaces de medir información relativa al movimiento de la persona, como los desplazamientos, la velocidad, la distancia recorrida; pero también medir pulsaciones, ritmo cardiaco, presión arterial, e incluso pasos durante el día, porcentaje de grasa corporal o índice de masa corporal con la ayuda de distintos tipos de *softwares* de aplicación. Los relojes inteligentes o *smartwatches*, además de lo anterior, añaden funciones de comunicación, como utilización de redes sociales, correo electrónico, mensajería instantánea, gracias a la sincronización con los teléfonos móviles. Algunos de ellos están siendo desarrollados para reconocer el impacto de factores externos sobre el cuerpo de las personas trabajadoras como la medición de vibraciones en los entornos laborales con mayor representatividad de los niveles de exposición que pueden

¹²⁶⁰ *Loc. cit.*

¹²⁶¹ *Vid. AEPD, Guía sobre Drones y Protección de datos.*

¹²⁶² Bodegas Matarromera, entre 50 y 350 trabajadores. ONTSI, *INFORME DE DIGITALIZACIÓN...*, *cit.*, 2021, pp. 80-81.

causar enfermedades profesionales en el brazo o en la mano¹²⁶³ e identificar con alto grado de eficacia los riesgos que pueden ocasionar aquellas vibraciones sobre la salud de los trabajadores¹²⁶⁴. O el caso de los cascos inteligentes para bomberos que incluyen dispositivos digitales integrados de monitorización continua de variables fisiológicas, como la oxigenación de los tejidos, la frecuencia del pulso, frecuencia respiratoria y temperatura del cuerpo, en tiempo real y con conectividad a un centro de monitoreo. Equipados, además, con un *hardware* de geolocalización que permite conocer la ubicación exacta de los trabajadores y todo el resto de información en tiempo real.

En términos teóricos, gracias a la facilidad de uso, portabilidad, conectividad inalámbrica y autonomía de funcionamiento, se trata de dispositivos capaces de recopilar información personal, incluso de naturaleza sensible, y almacenarla para diversos fines, tales como la monitorización de la salud, la verificación del cumplimiento de la actividad laboral fuera del centro de trabajo o la prevención de riesgos laborales. Aun así, las condiciones de uso de herramientas digitales cedidas por el empleador a las personas trabajadoras deben encontrarse intrínsecamente relacionadas con el ejercicio legítimo de las facultades empresariales¹²⁶⁵.

No obstante, la utilización de las TIC en la empresa puede suponer una interactividad inevitable entre dispositivos y personas trabajadoras que se traduce en una monitorización simultánea de información personal irrelevante e innecesaria para el adecuado desarrollo de sus actividades laborales. En todo ese proceso, como aspecto disruptivo, se pone de manifiesto la mayor interconectividad de personas trabajadoras y dispositivos digitales en el entorno laboral que nos llevará a abordar retos complementarios¹²⁶⁶. Unos retos que podemos advertir ahora, pero que se verán potenciados ante la generalización del uso de la tecnología también interconectada «en el marco de la necesidad de monitorizar procesos de producción y negocio»¹²⁶⁷.

II.2.B. Los usos de dispositivos y el alcance de la protección a la intimidad

Al hilo de esto último podemos comentar las otras dos ideas que se extraen del apartado bajo comentario.

¹²⁶³ El grupo de Investigación en Instrumentación y Acústica Aplicada (I2A2) de la UPM ha participado en un proyecto para analizar las posibilidades de uso de los relojes inteligentes en el ámbito laboral como solución tecnológica para la evaluación de la exposición de las vibraciones que afectan a la mano y el brazo.

¹²⁶⁴ Según los creadores, a través de los sensores de bajo coste denominados MEMS (*Micro Electro Mechanical System*, en inglés) que están disponibles actualmente en la mayoría de los relojes inteligentes, puede lograrse la medición de exposición a vibraciones en el puesto de trabajo. Los sensores MEMS representarían un gran potencial futuro de medición precisa y fácil para ser utilizados en numerosos ámbitos de la prevención de riesgos laborales.

¹²⁶⁵ «Con este tipo de soluciones tecnológicas, los fabricantes pueden saber si su máquina se comporta correctamente, si el usuario está haciendo un buen uso de sus máquinas o predecir cuándo va a sufrir una avería». ONTSI, *INFORME E-PYME 2018. Análisis sectorial...*, cit., 2019, p. 67.

¹²⁶⁶ *Ibid.*, p. 64.

¹²⁶⁷ ONTSI, *INFORME E-PYME 2018. Análisis sectorial...*, cit., 2019, p. 64.

Por un lado, la ausencia de referencia expresa en el precepto normativo a la naturaleza de los usos que se hagan de los dispositivos nos lleva a entender que la protección de la intimidad no debe entenderse reducida, de forma general, a los usos realizados estrictamente en el desempeño de las actividades de trabajo, incluso con el sustento jurisprudencial que se ha venido reforzando antes del precepto¹²⁶⁸. Esto nos llevaría a aceptar que sería jurídicamente admisible cierto margen en el uso de los mismos para actividades no vinculadas al trabajo, y que también sobre dichos usos existe cierto grado de protección a la intimidad de las personas trabajadoras¹²⁶⁹: bien porque se emplean fuera del horario, o en momentos en que no se desempeña de forma estricta la labor o, simplemente, en el domicilio particular, en aquellos casos en los que la persona trabajadora se lleva el dispositivo del trabajo a casa, sin perjuicio del derecho a la desconexión que le asiste. Todo ello más allá de que cualquier uso de dispositivos digitales no puede entenderse separado de todos aquellos recursos que estos ofrezcan, especialmente en lo que respecta a los medios digitales accesibles a través de aquellos. Es decir, no puede negarse que en el supuesto de hecho de la norma se integren de forma necesaria las posibilidades que ofrece la interconexión de las redes, sobre todo, el acceso a Internet a través de estos dispositivos.

Por otro lado, con la declaración expresa del derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a disposición de la empresa, queda manifiesta la imposibilidad de reducir a cero las expectativas de intimidad en el ámbito de las relaciones laborales, tal como venía defendiendo parte de la doctrina y la jurisprudencia a lo largo de los últimos años¹²⁷⁰. Ahora bien, el artículo 20 *bis* es suficiente para entender que el punto de partida es la vigencia del derecho fundamental a la intimidad de los trabajadores y el artículo 87 de la LOPDGDD sostiene la existencia de una expectativa razonable de intimidad que debe ser garantizada, aun cuando pueda ser modulada razonablemente de acuerdo a las circunstancias de cada relación laboral y los propios usos por los que hayan sido cedidos. A su vez, la protección de cierto grado razonable de expectativa de intimidad define la imposibilidad de desplegar las potestades

¹²⁶⁸ Con el desarrollo jurisprudencial europeo, al no encontrarse vigente aún la LOPDGDD, resuelve la STSJ de Andalucía 905/2019, de 28 de marzo (ROJ 1355/2019, FD Único) y señala: «El trabajador tiene una expectativa razonable de confidencialidad, según la cual puede realizar un uso moderado, con fines privados, de los dispositivos digitales facilitados por la empresa, como herramientas de trabajo. 2. Esta expectativa razonable de confidencialidad puede neutralizarse por el empresario mediante la prohibición expresa del uso para fines privados de los dispositivos digitales, facilitados por la empresa. 3. Los trabajadores deben ser debidamente informados de la prohibición y, se entiende cumplida esta obligación, si la prohibición se contempla en el convenio colectivo, en el contrato de trabajo o, en la normativa sobre las técnicas de información y comunicación de la empresa. En el caso de autos, la expectativa razonable de confidencialidad del trabajador no ha quedado neutralizada por la prohibición del uso para fines privados del ordenador de la empresa, ni ha existido información al demandante».

¹²⁶⁹ Vid. ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C., «Facultades empresariales de control, TICs y privacidad del trabajador», *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 37, 2015, p. 45.

¹²⁷⁰ Se repite en la STS 119/2018, de 8 de febrero (ROJ 594/2018, FD 6).

empresariales de forma generalizada, debiendo basarse en la legitimidad del objeto que motiva dicho despliegue.

Se entiende reconocida la protección de una esfera que no puede verse reducida a la vertiente negativa del derecho a la intimidad, sino también —y principalmente, añadiríamos— a su vertiente positiva, es decir, a la protección del ejercicio de cierta libertad en el ámbito de la vida privada social de la persona trabajadora, de modo que no se impida o dificulte el normal desarrollo de la autonomía personal, o se modifiquen sus pautas de razonable y libre comportamiento mientras desarrolla el encargo¹²⁷¹. En ese sentido nos parece interesante la reciente sentencia del TS 119/2018 que ha repetido la idea de que «la clara y previa prohibición de utilizar el ordenador de la empresa para cuestiones estrictamente personales» implica que no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, y con ello, «no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, porque, al no existir una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad y porque, si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo»¹²⁷². Al hilo, conviene remarcar que la posición central de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico trae consigo la defensa de cualquier interpretación que conlleve eliminar a cero las expectativas de intimidad. De lo contrario, se vaciaría el contenido del derecho fundamental y se atentaría en última instancia contra la propia dignidad de los trabajadores¹²⁷³.

Cualquier debate sobre el tema se sitúa, ya no en la vigencia del derecho a la protección de la intimidad de las personas trabajadoras en el uso de los dispositivos digitales puestos a disposición por el empleador, sino en las condiciones en las que deben llevarse a cabo dichos usos, así como en el tipo de control que puede hacerse sobre estos. Esto viene en la línea de los comentarios hechos líneas arriba: se pone el foco en los detalles de la actuación del empleador, la que será legítima cuando sea cuidadosa y esté encaminada a la protección y respeto de este derecho.

Más bien, el problema sigue, justamente, en precisar aquellas cuestiones, sabiendo y pudiendo distinguir los usos de los abusos. A efectos puramente sistemáticos, abordaremos ambos aspectos de forma autónoma. Trataremos de analizar, a partir del propio precepto, el despliegue del ejercicio de las facultades empresariales de control sobre dichos usos; y, a continuación, aquellas posibilidades y limitaciones sobre el uso de las TIC por parte de los trabajadores, en consonancia con los parámetros establecidos en el precepto.

¹²⁷¹ Comentado en el Capítulo anterior.

¹²⁷² STS 119/2018, de 8 de febrero (ROJ 594/2018, FD 6).

¹²⁷³ «Una prohibición no puede conllevar la exclusión de la vigencia de los derechos», ABERASTURI GORRIÑO, U., «Control empresarial del correo electrónico...», *cit.*, 2015, p. 217.

II.2.C. El despliegue de las facultades empresariales, la intimidad y el uso de TIC

Del mismo modo que se declara el derecho fundamental a la intimidad de los trabajadores en el uso de los dispositivos digitales cedidos por el empleador, este último tiene la facultad de verificar si la gestión de estos recursos digitales es adecuada, así como de protegerse contra responsabilidades y daños que puedan provocar las acciones de los trabajadores¹²⁷⁴.

En el artículo 87.2, la LOPDGDD dispone que el empleador podrá «acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores» ya sea para «controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias», ya sea para «garantizar la integridad de dichos dispositivos». Dos son, pues, los intereses que legitiman al empleador para llevar a cabo acciones de control del uso que se hagan de las TIC cedidas a las personas trabajadoras.

II.2.C.a. La habilitación legal para acceder a contenidos derivados del uso de TIC

Antes de la vigencia de la LOPDGDD, el despliegue de las facultades empresariales en lo relativo al uso de las TIC por parte de los trabajadores se venía sustentando genéricamente en el artículo 20.3 del ET. Ahora, con la nueva normativa, como punto de partida, se ven ampliados los intereses empresariales legítimos, que en el caso del artículo 20.3 del ET solo se referían a la posibilidad de hacerlo con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales de la persona trabajadora¹²⁷⁵.

Como decíamos antes, el ejercicio de las facultades empresariales debe desplegarse con el objetivo de conocer algo en concreto, una realidad sobre la que se proyecta la indagación y de la que se espera obtener una información. El punto de partida es, en el primer supuesto que nos ofrece la norma, la legitimidad del despliegue de facultades de control con el objeto de asegurarse que las personas trabajadoras cumplan con las obligaciones laborales o estatutarias. Conviene recordar que una eventual acción que esté destinada a satisfacer este interés se entiende integrada en el poder de dirección «en la fase de cumplimiento de la prestación del trabajador en sentido estricto»¹²⁷⁶.

Mientras tanto, el segundo supuesto, el que tiene como objeto garantizar la integridad de dichos dispositivos, representa un poder de verificación «conceptualmente separado del poder

¹²⁷⁴ Punto 116. del Memorandum Explicativo de la Recomendación CM/Rec(2015)5 del Cde.

¹²⁷⁵ Por último, nada dice el precepto sobre la posibilidad de acceso al contenido ante sospechas de uso para cometer actividades de naturaleza delictiva. Hay que apuntar en estos casos, como apuntaba parte de la doctrina, el deber de otros distintos requerimientos como la orden judicial, no siendo suficiente meras sospechas que habiliten la actuación empresarial. En base a la STC 170/2013, opinaba VALDÉS DAL-RÉ, F., «Doctrina constitucional...», *cit.*, 2017, p. 32.

¹²⁷⁶ MARTÍNEZ FONS, D., *El poder de control del empresario...*, *cit.*, 2002, p. 45.

directivo que se integraría por intereses organizativos extraños a la propia causa de atribución del control empresarial y en particular, la defensa o tutela del patrimonio empresarial»¹²⁷⁷. En este caso, la normativa habilita unos controles de actividad que superan el ámbito natural del poder empresarial y que se dirigen a un ámbito específico que no se encuentra referido a un control puramente laboral, habida cuenta que «se pretende la tutela de ciertos intereses que escapan al derecho de crédito empresarial derivado del contrato»¹²⁷⁸.

Asimismo, la referencia al acceso de los contenidos derivados del uso a fin de «garantizar la integridad» refleja, a nuestro modo de ver, una justificación normativa que puede contradecirse en sí misma: si lo que se pretende es garantizar la integridad de las TIC mientras la persona trabajadora hace uso de los dispositivos, las garantías que el empleador debe desplegar deben hacerse con anterioridad a dichos usos, tanto más si existen para ello recursos informáticos que evitan ciertos usos. Aun cuando la responsabilidad del cuidado de los dispositivos cedidos por empleador recae sobre la persona trabajadora, la integridad de los dispositivos que pretende alcanzar el empleador no pueden ser permitidos a través de accesos preventivos, sino únicamente cuando se haya encontrado indicios fehacientes de un daño. El control sobre su integridad no puede contemplarse *ex ante*, esto es, recurriendo a contenidos y accesos por meros caprichos. Los controles *ex post* pueden considerarse medidas legítimas si, por ejemplo, el dispositivo ha sufrido daños. En ese caso, procederá la aplicación de medidas disciplinarias.

Se hace preciso que recordemos que la justificación de las facultades empresariales de control no se fundamenta en el derecho a la propiedad privada, sino en el derecho de libertad de empresa, y que están destinadas a controlar que las actividades de los trabajadores se realicen de manera adecuada¹²⁷⁹. De ese modo, la titularidad de los medios digitales no debería condicionar ni legitimar, por sí sola, la aplicabilidad y el alcance de este segundo supuesto. No encontramos acertado que se haya incluido de forma tan genérica la posibilidad de acceso a los contenidos para satisfacer un interés no vinculado directamente a la actividad laboral al mismo nivel que el primer supuesto, teniendo en cuenta además que las eventuales garantías a la propiedad privada del empleador pueden alcanzarse sin que sea necesario el acceso a tales contenidos.

Creemos que no podría autorizarse el acceso ni tan siquiera con el consentimiento del trabajador, puesto que la posición superior del empleador podría propiciar vulneraciones al derecho a la intimidad. Dicho esto, habiendo sido incluido este supuesto, se trata de un interés

¹²⁷⁷ *Loc. cit.*

¹²⁷⁸ *Ídem.*

¹²⁷⁹ ABERASTURI GORRIÑO, U., «Control empresarial del correo electrónico...», *cit.*, 2015, p. 198.

organizativo que, en todo caso, debería requerir justificaciones más estrictas de la parte empleadora para llevar a cabo accesos a los contenidos que se hayan podido generar.

II.2.C.b. La referencia al uso de «medios digitales» y su contenido

El legislador ha utilizado en el artículo 87.2 de la LOPDGDD la referencia al uso de medios digitales facilitados a los trabajadores, distinta de la utilizada para el apartado 1 en el que se utiliza, como hemos visto, el término «dispositivos digitales».

Los «medios digitales» son cualquier medio codificado de información o comunicación que posee un formato legible para un dispositivo digital y, de ese modo, pueden crear, visualizar, distribuir, modificar y preservarse en estos últimos¹²⁸⁰. Ahora bien, en los términos tecnológicos acogidos, los dispositivos digitales conectados a las redes —especialmente a Internet— aseguran la transmisión dentro de un marco predefinido digitalmente, realizando procesos de «mediación» comunicativa e informacional¹²⁸¹. En ese sentido, desde un punto de vista jurídico, nada impide que se integre en este supuesto normativo cualquier contenido derivado del uso de dispositivos digitales cedidos por el empleador en tanto cumplan las funciones de medios digitales¹²⁸². Esto nos permite considerar la referencia de un acceso a los contenidos de las TIC entendidas en sentido amplio, según el caso concreto y la función que cumplan las mismas.

De hecho, la realidad nos muestra datos sobre el uso de algunos medios digitales por parte de los trabajadores que han sido cedidos por sus empleadores. La anterior edición del Informe e-Pyme recogía que, de las empresas analizadas, el 94,4% entre pymes y grandes empresas y el 79,3% de las microempresas cedían un dispositivo portátil para acceder al correo electrónico de la empresa, mientras que el 51,9% de las microempresas y el 62,2% de las empresas de mayor tamaño lo hacían con el objeto de acceder y modificar documentos de la empresa. También, el 66,4% de las pymes y grandes empresas y el 51,6% de las empresas de menos de 10 trabajadores proporcionaban dispositivos portátiles a sus empleados para usar aplicaciones informáticas de la empresa. En el mismo año, el 87,4% de las pymes y grandes

¹²⁸⁰ SALAVERRÍA ALIAGA, R., «Tipología de los cibermedios periodísticos: bases teóricas para su clasificación», *Revista Mediterránea de Comunicación: Mediterranean Journal of Communication*, vol. 8, n° 1, 2017, p. 24.

Pueden ser programas informáticos y *software*; imágenes, audios y videos digitales; páginas y sitios web; medios de comunicación social digitalizados; medios y bases de datos; libros electrónicos; así como un largo etcétera.

¹²⁸¹ Puede revisarse a CARDOSO, G., *Los medios de comunicación en la sociedad red: filtros, escaparates y noticias*, 2.ª ed., UOC, Barcelona, 2009, p. 45.

¹²⁸² Por ejemplo, el TC reconocía que «la utilización de ordenadores u otros medios informáticos por parte de los trabajadores está generalizada en el mundo laboral», STC 241/2012, de 17 de diciembre (el subrayado es nuestro).

compañías y el 64,8% de compañías de menos de 10 trabajadores utilizaban *software* de código abierto¹²⁸³.

Por su parte, el último Informe muestra que el 95,3% de las grandes empresas, el 88,7% de las medianas, el 75,8 de las pequeñas y el 28,8% de las microempresas analizadas disponían de página web corporativa, pudiendo ser las personas trabajadoras quienes se encarguen de gestionar su uso si se dispone su cesión¹²⁸⁴. Respecto a la utilización de servicios de Computación en la nube (*cloud computing*, en inglés), aunque su uso todavía no esté extendido significativamente entre el tejido empresarial español, un 64,3% de las grandes compañías, un 43,7% de las medianas, un 24,2% de las pequeñas empresas y un 8,5% de las microempresas los utilizan¹²⁸⁵. Este servicio «se considera como base del resto de las tecnologías ya que, más allá de las tecnologías concretas, es un modelo asociado a la gestión de las TIC, favorable a todos los sectores, dado que permite reducir el coste asociado a los procesos de transformación digital»¹²⁸⁶.

Con mayor detalle, los de correo electrónico, los de servicios de almacenamiento de ficheros o los servidores de bases de datos, fueron los más requeridos¹²⁸⁷. Incluso los medios digitales pueden formar parte de sistemas internos de seguridad y, en 2020, el 96,3% de las pymes y grandes empresas, así como el 70,2% de las microempresas hicieron uso de ellos, siendo estas últimas las que cada vez hacen un mayor uso de este tipo de medidas¹²⁸⁸. Se observa la formulación del indicador a través de la ampliación del conjunto de tipologías consideradas como la autenticación mediante contraseñas fuertes, el mantenimiento de softwares actualizados, autenticaciones biométricas, técnicas de encriptación de datos, documentos o correos electrónicos, copias de seguridad de datos (*backup*) de datos. Asimismo en los últimos años se ha detallado el uso de herramientas de negocio, como la ERP, y de gestión de información de clientes, como la CRM, destinados a permitir la gestión de aspectos tan básicos como la contabilidad, facturación, proveedores, clientes, o los impuestos; siendo el

¹²⁸³ Navegadores de Internet, Aplicaciones ofimáticas, Sistemas operativos, Software de seguridad, Servidores web/Internet/correo electrónico, Aplicaciones, servidores de correo, etcétera. En, ONTSI, *INFORME E-PYME 2018. Análisis sectorial...*, cit., 2019, p. 29.

¹²⁸⁴ ONTSI, *INFORME DE DIGITALIZACIÓN...*, cit., 2021, p. 51; y ONTSI, *INFORME E-PYME 2019. Edición 2020. Análisis sectorial...*, cit., 2020, p. 34. Por su parte, los medios sociales constituyen una herramienta importante y necesaria para su presencia en Internet. Aunque su uso, en términos generales, aún no se ha extendido tanto como el uso de páginas web corporativas, al menos en el caso de las pymes y grandes empresas. En 2019, el 52,9% de las empresas de 10 o más empleados utiliza medios sociales, mientras que el 32,7% de las microempresas españolas también lo hacía (p. 36). Por su parte, a modo de recoger el alza, en 2020, el 63% de las empresas de 10 o más empleados utiliza medios sociales, mientras que el 35,2% de las microempresas españolas también lo hace (p. 55).

¹²⁸⁵ ONTSI, *INFORME DE DIGITALIZACIÓN...*, cit., 2021, p. 46.

¹²⁸⁶ ONTSI, *INFORME E-PYME 2018. Análisis sectorial...*, cit., 2019, p. 62.

¹²⁸⁷ ONTSI, *INFORME E-PYME 2019. Edición 2020. Análisis sectorial...*, cit., 2020, p. 46.

¹²⁸⁸ ONTSI, *INFORME DE DIGITALIZACIÓN...*, cit., 2021, p. 23.

82,5% y 59,9% de las grandes, el 67,7% y 47,7% de las medianas, el 40,3% y 32,5% de las pequeñas, mientras es el 8% y 7,5% de las microempresas, respectivamente¹²⁸⁹.

Ahora bien, teniendo en cuenta el uso que puede hacerse de los medios digitales en combinación con Internet y los propios dispositivos, el contenido derivado de tal uso puede ser inmenso. Una cantidad enorme si tenemos en cuenta que el propio Internet es considerado un medio digital en sí mismo. Pero lo que más interesa es que no siempre es del mismo tipo. Podrían diferenciarse contenidos de carácter informacional de aquellos derivados de procesos comunicativos. Y dentro de cada uno de ellos sería posible hacer una distinción adicional.

Traemos también el ejemplo de los correos electrónicos de propiedad de la empresa para decir que ya se ha alertado sobre una distinción de importante calado en materia de comunicaciones: una cosa es el flujo de las comunicaciones realizadas a través del correo electrónico y otra muy distinta el contenido mismo de la comunicación¹²⁹⁰.

Más bien, esta configuración diferenciada del tipo de contenido debiera aplicarse a los medios de información y comunicación actuales y futuros, sean cuales sean los medios para realizar llamadas, navegar en Internet, utilizar aplicaciones de mensajería instantánea, el uso de redes sociales, etcétera. Las diferencias se podrán ampliar entre flujos de contenidos informacionales o comunicativos, y ante el contenido mismo de aquellas concretas informaciones o comunicaciones, que, a su vez, podrá ser de diversa naturaleza. Será distinto, por ejemplo, si el contenido se refiere a un «historial de navegación» que a si se refiere a contenidos concretos sobre sitios web determinados, o fotografías o contenidos de documentos guardados en los dispositivos que información referida únicamente a la frecuencia de descargas o almacenamiento de archivos en los dispositivos. Además, distintos si se tratan de contenidos de procesos comunicativos que se refieran a cuestiones personales o relativas al trabajo¹²⁹¹.

De hecho, el tipo de contenido también es capaz de ofrecer mayores detalles de la persona trabajadora. De hecho, sin el acceso al contenido mismo, a partir de los flujos, podría ser suficiente para alcanzar los objetivos deseados. Al hilo, no puede desconocerse que la información derivada del uso de las TIC no es inocua, sino todo lo contrario. Por todo ello, es

¹²⁸⁹ ONTSI, *INFORME E-PYME 2019. Edición 2020. Análisis sectorial...*, cit., 2020, p. 52.

¹²⁹⁰ Sentencia del caso *Bărbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre (STEDH, Gran Sala, ap. 74 y 121). El uso de correos electrónicos se ha convertido en una forma cotidiana de comunicación que ha alterado los patrones tradicionales de relaciones personales y profesionales, imponiéndose como sistema de comunicación interpersonal, como un vehículo básico de trabajo y socialización. *Vid.* ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C., «Facultades empresariales...», cit., 2015, p. 42.

¹²⁹¹ De hecho, se ha insistido en que es perfectamente posible que el contenido de dichos correos electrónicos, por ejemplo, sean de naturaleza privada o de carácter sensible —como el caso de información de carácter sindical—, pese a ser una cuenta cedida por la empresa. El TEDH, de manera específica en el caso *Copland c. Reino Unido*, de 3 de abril de 2007 (STEDH, ap. 41 y 44) señalaba que «los correos electrónicos enviados desde el lugar del trabajo están incluidos en el ámbito de protección del art. 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, por cuanto pueden contener datos sensibles que afecten a la intimidad y al respeto a la vida privada». También puede consultarse la STC 173/2011, de 11 de noviembre.

lógico reconocer que el alcance del derecho a la intimidad se entiende extendido tanto al uso de dichas tecnologías como al contenido derivado del mismo¹²⁹². Si esa información es parte de un proceso de indagación, resulta potencialmente más peligrosa. De acuerdo al tipo de contenido será más o menos posible conocer aspectos personales del trabajador relacionados con su intimidad o elaborar perfiles subjetivos relativos a aspectos propios de su intimidad. Sobre todo, porque, técnicamente, todo el contenido de las interacciones realizadas queda almacenado en formato digital y permanece accesible «hasta que las rutinas informáticas — decisiones tomadas por la máquina o la acción de una persona— las elimine¹²⁹³.

Conviene traer a colación que los límites a la actuación empresarial están destinados a evitar abusos a los derechos fundamentales de los trabajadores, que perfectamente permite en este caso la técnica¹²⁹⁴. A pesar de ello, la nueva normativa hace referencia al «acceso a los contenidos» derivados del uso de medios digitales cedidos por el empleador, pero no absuelve las diferencias entre los tipos de contenidos que hemos comentado. Más bien, evita una regulación precisa que otorgue seguridad jurídica y que impida el acceso a contenidos de comunicaciones que desencadenen la vulneración de otros derechos. No es capaz de dotar de mayor protección a aquellos contenidos que, por su naturaleza, puedan presentar mayores detalles privados, blindando su acceso lo máximo posible.

Valga señalar, del mismo modo, que el acto de control mediante el acceso a contenidos derivados del uso de TIC constituye un acto limitativo del derecho fundamental a la intimidad¹²⁹⁵. Permitir el acceso a contenidos de forma indiscriminada, sin establecer límites o protocolos de actuación, no puede ser una medida proporcionada o necesaria, puesto que, de acuerdo al tipo contenidos, las condiciones de uso, las condiciones de acceso y el despliegue de garantías no es el mismo¹²⁹⁶. El conocimiento y la valoración de dicha información por parte del empleador sin esas precisiones y las correspondientes garantías, resulta un peligro potencial

¹²⁹² Vid. MARTÍNEZ FONS, D., «Uso y control de las tecnologías...», *cit.*, 2002, pp. 1314-1315.

¹²⁹³ LESSIG, L., *El código...*, *cit.*, 2001, p. 268. Además, toda la información almacenada puede permanecer más tiempo y de forma más detallada que el contenido de las comunicaciones escritas, *vid.* VALDÉS DAL-RÉ, F., «Doctrina constitucional...», *cit.*, 2017, p. 28.

¹²⁹⁴ *Bărbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre de 2017 (STEDH Gran Sala, 61496/08, ap. 121).

¹²⁹⁵ Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F., «Contrato de trabajo...», *cit.*, 2003, p. 100. Asimismo, puede consultarse a GALLARDO MOYA, R., «Un límite a los límites de la vida privada y la correspondencia en los lugares de trabajo. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017 en el caso *Bărbulescu II c. Rumanía*», *Revista de Derecho social*, nº 79, julio-septiembre, 2017, p. 155.

¹²⁹⁶ Por ejemplo, cuando se utiliza un dispositivo de telefonía móvil para realizar una llamada telefónica queda registrado un historial de llamadas que queda almacenado en la terminal que tiene en su poder la persona trabajadora y en el servidor de la empresa de telefonía, pero que también puede quedar almacenado en el servidor del empresario. Hay que diferenciar del contenido de esas llamadas telefónicas que se encuentran protegidas por el derecho a la intimidad y también por el derecho al secreto de comunicaciones.

para la intimidad de las personas trabajadoras¹²⁹⁷. En todo caso, la ley existe, pero la calidad de la misma no se logra¹²⁹⁸.

A todo ello podemos sumar lo que trae consigo la masificación de las dinámicas de teletrabajo que se han sucedido desde el inicio de la pandemia de la Covid-19. El desarrollo del teletrabajo se realiza mediante la cesión de medios digitales para lograr una conexión remota con la empresa, que funcionan ya sea mediante la cesión de dispositivos ya sea con la utilización de dispositivos de propiedad de las personas trabajadoras. Conviene remarcar que se hace uso de redes domésticas para uso empresarial para el acceso a Internet. ¿Dónde encuentra el límite un eventual control empresarial remoto, incluso de páginas web o correo electrónico? El acceso a contenido de carácter privado, tal y como está redactada la norma, ¿cómo adquiere legitimidad? ¿Puede exigirse la obligatoriedad en la implantación de mecanismos que protejan la información que en general es de naturaleza privada?

Así, en el ejemplo, en tanto el internet constituye un medio que pertenece a la persona trabajadora no podría aplicársele la normativa bajo comentario por lo que no es posible el desarrollo de acciones de control empresariales sobre dicho medio. Por el contrario, sí serían válidos los controles sobre información almacenada en la nube, incluidos accesos, transferencias, etc.

II.2.C.c. Inconvenientes derivados de la regulación sobre el acceso a contenidos

Ciertamente, la monitorización legítima no es algo nuevo. Básicamente, el acceso a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores supone la ejecución de unas facultades que, basadas en aquellos intereses legítimos, requieren unas precisiones adicionales que no han sido recogidas en el nuevo precepto normativo, pero que van al hilo del análisis compartido sobre el artículo 20.3 del ET¹²⁹⁹.

Teniendo en cuenta que se trata de herramientas tecnológicas de propiedad de la empresa que forman parte del aparato organizativo, el empleador podrá adoptar medidas que considere más oportunas para proteger sus intereses legítimos, siempre que respondan efectivamente a objetivos de interés particular que no prevalezcan sobre aquellos intereses de las personas trabajadoras.

¹²⁹⁷ Vid. GOÑI SEIN, J. L., «Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derecho de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016», *Revista de Derecho Social*, nº 78, 2017, p. 19.

¹²⁹⁸ Advertía la necesidad de la calidad de la ley, CASAS BAAMONDE, M.^a E., «Anotaciones sobre las obligaciones del estado de garantizar la vida privada en el trabajo en la era digital», *Actum Social*, nº 136, Junio, 2018.

¹²⁹⁹ Como se ha visto recogido en el Capítulo sobre las relaciones privadas.

Ya se ha recorrido ese camino de imprecisión antes. Lo que pasa es que la nueva realidad suscitada a partir del uso de las TIC es sustancialmente distinta: ahora la capacidad de generar contenido, recolectarlo, organizarlo y someterlo a escrutinio es mayor y más peligrosa para el ámbito de intimidad de los trabajadores¹³⁰⁰. Es evidente que el empleador debe superar un análisis cuidadoso que posee especial trascendencia en el momento previo al control empresarial. Por ejemplo, más allá de que el dispositivo sea de titularidad empresarial, el control del acceso debe limitarse al horario laboral. Incluso, la normativa debería exigir la implantación de mecanismos tecnológicos para permitir el borrado de datos que se hayan podido almacenar fuera de la jornada de trabajo, así como limitar los periodos de conservación a mínimos.

Sea cualquiera de los dos supuestos, es el momento en el que el empleador deberá ceñirse a la legitimidad del porqué y el cómo de la medida de acceso al contenido, puesto que son los aspectos sobre los que se proyecta la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida¹³⁰¹. Ciertamente, la persona trabajadora deduce de forma general que su comportamiento puede ser controlado, pero la habilitación al empleador del artículo 87.2 de la LOPDGDD ni es suficiente para determinar el alcance del control ni reconoce que dicho alcance es ilimitado, al igual que ocurre con el artículo 20.3 del ET.

¿Cómo podrá, entonces, exigirse efectivamente que el empleador emprenda acciones que respondan a criterios lógicos de finalidad?¹³⁰² Si para la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores es necesario que el empleador deba identificar unos objetivos o fines concretos suficientemente relevantes que justifiquen el acceso a unos contenidos y que sean compatibles con alguno de los intereses recogidos en el precepto¹³⁰³, ¿cómo podrá garantizarse que los motivos posean realmente tal relevancia? En general, debe definirse bien qué es eso que trata de protegerse: seguridad de la red, del sistema corporativo, de la página web, integridad de los dispositivos. Aun así, si tales contenidos son diferenciados y algunos pueden tener un alcance más invasivo que otros, que requieran una justificación más fuerte y más fundamentada¹³⁰⁴, ¿cuál es la garantía que permitirá corroborar el grado de intrusión sobre el

¹³⁰⁰ LESSIG decía que antes la llevaban a cabo «personas cuyas memorias eran imperfectas y que, probablemente, solo monitorizaban las conductas que se salieran de lo ordinario. Además, los datos de tales memorias no podían ser sometidos a escrutinio, recolectado, y organizados en registros». LESSIG, L., *El código...*, cit., 2001, p. 278.

¹³⁰¹ También, en esa línea generalizada, el punto 116 del Memorandum Explicativo de la Recomendación CM/Rec(2015)5 del CdE, que se refiere al punto 14.2 de dicha Recomendación, y señala que «las actividades de monitoreo y vigilancia en interés del empleador deben ser legales, transparentes, efectivas y proporcionadas, y este enfoque razonable también evitaría posibles efectos negativos en la calidad de su relación profesional».

¹³⁰² MOLINA NAVARRETE lo llama el «principio de causalidad real y seria». MOLINA NAVARRETE, C., «El poder empresarial de control...», cit., 2017, p. 293.

¹³⁰³ Siendo inadmisibles las meras alegaciones generales a alguno de los dos supuestos recogidos en la norma. En esos términos puede decirse que el interés representaría la garantía del cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias o la integridad de los dispositivos, mientras que la finalidad es el motivo por el que se acceden a los contenidos.

¹³⁰⁴ Al hilo de *Bărbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre (STEDH, Gran Sala, ap. 121 (iii)).

ámbito de intimidad de las personas trabajadoras? En el mismo sentido, si desde la perspectiva de la protección a la intimidad, el cumplimiento de este criterio constituye una pauta necesaria para llevar a cabo una actividad de control y verificación proporcionada¹³⁰⁵, ¿cómo podemos acreditar que se ha cumplido con satisfacer tal criterio?

Ciertamente, se ha ido advirtiendo de la importancia de que el empleador tenga en cuenta la naturaleza y el alcance de la medida de acceso a los contenidos derivados del uso de las TIC. Y si, además, la medida de acceso a los contenidos debe cumplir con los criterios de finalidad y proporcionalidad, ¿cómo sabrá el empleador qué factores deberá tener en cuenta para cumplir con estos requisitos?

En el análisis deberán incluirse todos los aspectos concretos que tengan que ver con la medida, tanto las características de la medida en sí misma, como todo lo relacionado con el sistema de control que se pretende utilizar y las características técnicas diferenciadas de las TIC que se pretenden controlar (la memoria del ordenador, los historiales de navegación, la frecuencia e intervalos de navegación, etcétera).

A partir de aquí, de acuerdo al tipo de actividad laboral, es posible alcanzar el adecuado desempeño de la actividad laboral o garantizar la integridad de los dispositivos de diferentes formas, menos intrusivas. En todo caso, habría de tener en consideración la distinción y relación entre el acceso a los contenidos y la forma en que se ha usado el dispositivo. Por ejemplo, en el caso de que se requiera garantizar el adecuado desempeño laboral, podría bastar con análisis estadísticos sobre el cumplimiento de las obligaciones laborales que le hayan sido asignados a los trabajadores, sin necesidad de intervenir o utilizar de forma directa el uso que se haya dado a los dispositivos y mucho menos en los contenidos derivados de dicho uso.

De hecho, resulta inconcebible que los controles o el despliegue de medidas disciplinarias se extiendan a partir de la mera alegación de usos indebidos de dispositivos digitales. Un control podría ser legítimo si se acreditan indicios objetivos suficientes que sustenten irregularidades o atentados a los intereses de la empresa, y teniendo en cuenta que mientras más detallados se pretendan los accesos, las acciones deberán ser más justificadas. Digamos que, si estamos ante el caso de un *hackeo* de una cuenta o ante la afectación de la seguridad de la red, no resultan justificaciones relevantes para disponer la indagación en todo el buzón del correo electrónico o en las páginas web consultadas, sino en qué momento y qué códigos maliciosos se emplearon para hacer tales ataques, por ejemplo. Asimismo, sería importante que el empleador cumpla con valorar las consecuencias concretas en el derecho a la

¹³⁰⁵ Vid. PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *El derecho a la protección...*, cit., 2017, p. 86. También, en el caso *Worten*, de 30 de mayo de 2013 (STJUE, Asunto C-342/12, ap. 140).

intimidad de las personas trabajadoras afectadas, de modo que pueda alcanzar el respeto por el criterio de proporcionalidad necesario¹³⁰⁶.

No obstante, ¿cómo se garantiza que las consideraciones analizadas por el empleador superan el análisis necesario? Con esta regulación se mantiene la vía a posibles generalizaciones en el acceso a contenidos que pueden contener información personal sobre las personas trabajadoras que no tengan vinculación con algunos de los intereses legítimos empresariales y que su conocimiento suponga riesgos para su ámbito personal. Con todo, sobre este último aspecto quedan por precisar algunas cuestiones también importantes que se escapan a la estricta protección a la intimidad, de modo que la reconstrucción de la legitimidad de las medidas de control deberá hacerse en línea con la normativa de protección de datos, como veremos más adelante.

II.2.D. Los usos adecuados de los dispositivos propiedad de la empresa

Antes bien, el artículo 87.3 de la LOPDGDD ha dispuesto la elaboración de «criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente».

Es cierto que tanto el derecho a la propiedad sobre aquellos dispositivos como el ejercicio legítimo de sus facultades de dirección habilitan al empleador a alentar una gestión eficiente en el desarrollo de las actividades laborales a partir de la utilización de las TIC.

Aún más, es de sobra entendido que el desempeño de las actividades laborales debe ir acompañado de un ámbito de confianza de ambas partes, y el modo en que se utilizan los dispositivos cedidos por la empresa representa también un ámbito que debe cumplir con los principios de lealtad y buena fe. De hecho, el uso de los dispositivos no adecuado por parte de los trabajadores puede suponer una reducción de la productividad o un uso ineficiente de los medios de producción proporcionados por la empresa. Por ello, el control sobre el uso de esas herramientas resulta necesario. Más bien, recordemos que la propiedad sobre los dispositivos digitales no puede utilizarse como causa habilitante para eliminar o anular las expectativas de intimidad de los trabajadores en el ámbito de las relaciones laborales, tanto en el desempeño de la actividad laboral como fuera del mismo.

La novedad no reside, pues, en el establecimiento de protocolos empresariales de actuación en Convenios colectivos o en Reglamentos internos, incluso validados mediante la

¹³⁰⁶ Según lo manifestado también por MOLINA NAVARRETE, C., «El poder empresarial de control...», *cit.*, 2017, p. 293.

doctrina jurisprudencial, dado que estos se han venido configurando desde hace mucho tiempo¹³⁰⁷.

La novedad radica en la configuración de obligatoriedad de dichas acciones atribuible al empleador. Con esto, los criterios de utilización están encaminados, no solo a gestionar el uso eficiente de los dispositivos digitales, sino también a garantizar el derecho a la intimidad de las personas trabajadoras en lo referido a dichos usos. Aunque nada dice el precepto sobre la naturaleza de estos criterios, la obligación habrá de incluir todos los posibles escenarios. En ese sentido, podrán referirse a habilitaciones, limitaciones y prohibiciones concretas, ya sea sobre usos personales o profesionales que no competan a las personas trabajadoras.

Además, este mandato adquiere mayor relevancia, puesto que incluye, de forma expresa, el deber de los empleadores de incluir en la elaboración de dichos criterios la participación de los representantes de los trabajadores y el deber de informar a los trabajadores sobre tales criterios de uso.

II.2.D.a. Aspecto previo: los «estándares mínimos de intimidad»

Antes, ¿a qué se refiere el precepto cuando hace referencia al respeto a unos «estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente»? Es decir, ¿cuáles son aquellos estándares mínimos de protección de la intimidad que debe respetar el empleador al momento de establecer los criterios de utilización?

En lo que se refiere a los usos sociales, carece de sentido intentar desentrañar (aquí o en cualquier espacio) todos los usos sociales que deban tomarse en consideración, pero merece la pena recordar que aquellos podrán considerarse fuentes aplicables en el Derecho laboral en defecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales¹³⁰⁸. Y, del mismo modo, estas y aquellos deberán encontrarse en respeto y connivencia con los derechos fundamentales de las partes¹³⁰⁹. En ese sentido, solo sería posible analizar y determinar el cumplimiento de los estándares mínimos en cada caso concreto, a través de una valoración puntual de las TIC dispuestas en la empresa, de sus capacidades técnicas, de las necesidades de la misma de acuerdo al sector empresarial, de los eventuales usos que se hagan de las mismas o los riesgos que puedan suponer para el empleador.

¹³⁰⁷ Por ejemplo, la STS de 6 de octubre de 2011(FD 4).

¹³⁰⁸ Artículo 3.4 del ET.

¹³⁰⁹ No cabe duda de la admisibilidad de la «ordenación y regulación de los usos de los medios informáticos de titularidad empresarial por parte del trabajador, así como la facultad empresarial de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio en cuestión, siempre con pleno respeto a los derechos fundamentales», SSTC 241/2012, de 7 de diciembre y 170/2013, de 7 de octubre.

En todo caso, de la normativa legal y del sistema de derechos fundamentales apuntalado en el ámbito estatal, podrán tomarse en consideración algunos estándares mínimos generales que hemos ido reconociendo a partir de las ideas previas:

Como primer estándar mínimo de protección a la intimidad de los trabajadores podemos identificar el cumplimiento de los criterios de razonabilidad de las medidas de utilización¹³¹⁰. Las políticas concretas responden a intereses empresariales particulares y estos, sabemos, no pueden ser arbitrarios. Si bien es cierto que el establecimiento de criterios de utilización de dispositivos digitales que serán cedidos a la persona trabajadora se configura en la normativa como una obligación, el contenido de los mismos responde a intereses particulares. Para que los criterios de utilización se entiendan derivados del ejercicio legítimo de los derechos que posee el empleador deberán cumplir con, al menos, dos dimensiones.

Por un lado, la materialización de las condiciones de uso deberá cumplir con una dimensión finalista que motive cada medida concreta. Las justificaciones podrían estar referidas a evitar que pueda afectarse negativamente el desarrollo de la actividad laboral encomendada, a proteger los propios dispositivos o evitar responsabilidades externas para la empresa¹³¹¹. No obstante, el empleador tiene la responsabilidad de identificar unas necesidades, objetivos o fines concretos que respondan a aquellos intereses legítimos, de acuerdo a las circunstancias concretas de la actividad laboral y los dispositivos que se traten¹³¹². Más aún, teniendo en cuenta la participación de los representantes de los trabajadores en el proceso de elaboración, se exige del empleador la obligación de establecer y comunicar de forma explícita, clara y suficientemente detallada aquellos motivos concretos y específicos. Solo a partir de ahí los representantes de los trabajadores pueden iniciar una evaluación del cumplimiento de las obligaciones de ambas partes en aras de procurar las garantías de protección de la intimidad de las personas que representan y, en particular, perseguir la previsibilidad o la seguridad de las medidas.

Por otro lado, se parte de que los criterios de utilización que deben estar en sintonía con aquellos fines legítimos que se han presentado, de acuerdo a los eventuales usos y dispositivos concretos. Habría que tener en cuenta una dimensión espacial, es decir, una serie de parámetros sobre el espacio físico o virtual que alcanza a dicha utilización; así como una dimensión

¹³¹⁰ Se sostiene que «lo opuesto a la razonabilidad es la arbitrariedad». Vid. BIDART CAMPOS, G. J. *Compendio de Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 71.

La determinación arbitraria de criterios de utilización resulta atentatoria con el derecho a la intimidad de las personas trabajadoras, en tanto conduce a una interpretación de las relaciones laborales en las que el derecho a la intimidad de la persona trabajadora queda en manos de las decisiones empresariales. Vid. ABERASTURI GORRIÑO, U., «Control empresarial del correo electrónico...», *cit.*, 2015, p. 199.

¹³¹¹ *Loc. cit.* También ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C., «Facultades empresariales...», *cit.*, 2015, p. 46.

¹³¹² En ese sentido, este trabajo de elaboración debe partir de algunas necesidades u objetivos que se encuadren dentro de alguno de los fines genéricos y abstractos como son las facultades empresariales.

temporal, que requeriría aclaraciones sobre el uso de herramientas tecnológicas durante determinados momentos o periodos. La proporcionalidad de los criterios de utilización se reconocerá en cuanto estos sirvan para alcanzar el o los objetivos planteados; sean necesarios en sus detalles para alcanzar dichos objetivos, sin que exista otras opciones menos restrictivas; y, además, que dichos criterios no supongan un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre el alcance de la restricción del derecho a la intimidad y el grado de satisfacción del fin perseguido por la empresa¹³¹³.

El siguiente estándar mínimo que debe tener en cuenta el empleador al momento de establecer unas políticas de uso se refiere al respeto de cierta expectativa de intimidad de las personas trabajadoras en el uso de los dispositivos digitales cedidos. Eso comporta que en ningún caso puede atribuirse la eliminación de la virtualidad del derecho a la intimidad al establecimiento de dichos criterios¹³¹⁴. Si tenemos en cuenta el reconocimiento expreso del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos cedidos por el empleador del artículo 87.1 comentado, no puede admitirse que las instrucciones de uso de un empleador reduzcan a cero las expectativas de intimidad de las personas trabajadoras¹³¹⁵. Tanto más si con ello se pretende resolver cualquier «problema» sobre la vigencia del derecho a la intimidad de las personas trabajadoras¹³¹⁶, asumiendo una «noción profundamente contractualista de la vigencia aplicativa de los derechos fundamentales», del todo inaceptable¹³¹⁷.

En ese sentido, no se admiten prohibiciones absolutas y generalizadas sobre los usos privados, en tanto atentan contra la propia dignidad de los trabajadores¹³¹⁸. Tampoco se admiten criterios de usos profesionales injustificados o irrazonables, en tanto pretendan dirigir detalladamente el desarrollo de la actividad laboral¹³¹⁹.

Esto no quiere decir que no puedan admitirse criterios de utilización prohibitivos o estrictamente detallados sobre usos determinados. Aquellas limitaciones en el uso podrán

¹³¹³ STC 140/2016, de 21 de julio (FJ 7). Es decir, «si la limitación al derecho fundamental guarda una relación razonable y proporcionada con relevancia del interés que se ha tratado de proteger por parte del empleador». *Vid.* VALDÉS DAL-RÉ, F., «Contrato de trabajo...», 2003, pp. 100-101.

¹³¹⁴ *Vid.* SERRANO OLIVARES, R., «Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales», *IUS LABOR*, nº 3, 2018, pp. 219-220.

¹³¹⁵ De hecho, en el caso *Bărbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre (STEDH, Gran Sala, ap. 80), el TEDH analizaba este asunto y concluía en todo caso la imposibilidad de reducir a cero la vida social privada del trabajador en el lugar de trabajo. También SERRANO OLIVARES, R., *op. cit.*, pp. 219-220.

¹³¹⁶ Como ha ocurrido con la STS 119/2018, de 8 de febrero (ROJ 594/2018, FD 6) referida.

¹³¹⁷ Revisar a VALDÉS DAL-RÉ, F., «Doctrina constitucional...», *cit.*, 2017, p. 32, en referencia a las SSTC 141/2012 y 170/2013.

¹³¹⁸ ABERASTURI GORRIÑO, U., «Control empresarial del correo electrónico...», *cit.*, 2015, p. 217. Además, supondría ir en contra del artículo 8.1 de la CEDH que reconoce una esfera legítima de privacidad que no puede ser desconocida por el empleador en el ejercicio de sus facultades.

¹³¹⁹ Por ejemplo, la determinación de unas pautas sumamente estrictas que incluyan horarios o intervalos concretos de utilización de los dispositivos cedidos. Por su parte, no cabría permitir actuaciones de la persona trabajadora que impliquen, por ejemplo, operaciones de actualización de *software* o descargas de contenido innecesario, aunque estén referidos a la actividad laboral.

existir guardando la proporcionalidad debida en la medida de lo necesario. Es decir, el derecho a la intimidad seguirá vigente y las garantías de protección de ese ámbito deberán tenerse en cuenta en la elaboración, sin que ello impida que el empleador pueda incluir eventuales sanciones frente a incumplimientos de las políticas de uso de TIC que se diseñen¹³²⁰. En cualquier caso, la existencia de criterios de utilización en uno u otro sentido ni evita en la práctica la generación de contenidos de naturaleza íntima ni supone *per se* la eliminación de expectativas de privacidad de la persona trabajadora sobre dichos aspectos.

Siguiendo esto, los criterios de utilización adecuados son capaces de reducir a lo necesario las expectativas de intimidad de las personas trabajadoras de acuerdo a los intereses empresariales legítimos. Unos criterios que, por ello, deben establecerse de forma clara, precisa, específica para que pueda realizarse la evaluación de adecuación a Derecho exigida en los términos comentados. Que, además, contengan aquellas descripciones sobre la naturaleza y el alcance de las limitaciones, prohibiciones o habilitaciones, que sirvan a la persona trabajadora para conocer eventualmente qué usos puede o no llevar a cabo, o habiliten al empleador a llevar a cabo medidas de control. Este es el caso del propio artículo 87.3 de la LOPDGDD que señala que el ejercicio de medidas de control de usos de dispositivos digitales respecto de los cuales haya admitido usos privados estará supeditado a que se hayan especificado de «modo preciso los usos autorizados», estableciendo, en su caso, «la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para esos fines».

Por último, reivindicamos que, si no se han establecido de modo preciso los usos adecuados o no se han dispuesto los detalles de los criterios de utilización y las consecuencias de los incumplimientos, la verificación de dichos usos no podrá considerarse legítima al haber excedido las expectativas de intimidad de la persona trabajadora y, con ello, haberse vulnerado su derecho a la intimidad¹³²¹. Esto nos lleva inevitablemente a rechazar de forma categórica la existencia de políticas de uso de dispositivos digitales genéricas, que han venido siendo validadas incluso desde la doctrina y la jurisprudencia¹³²².

Insistimos que no es, por tanto, dónde debe ponerse el límite a las acciones de las personas trabajadoras, sino cómo respetar la titularidad de su derecho a la intimidad, que trasciende hasta las relaciones laborales. En cualquier caso, el cumplimiento de las exigencias

¹³²⁰ ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C., «Facultades empresariales...», *cit.*, 2015, p. 65.

¹³²¹ Más bien, tal como señalaba el TEDH en el caso *Bărbulescu c. Rumanía*, la existencia de políticas de utilización sobre el uso de los dispositivos digitales por parte de los trabajadores constituye un elemento fundamental a los efectos de establecer el grado de las expectativas que sobre los usos de dichos dispositivos se tenga y, por consiguiente, de las posibilidades de registro que sobre dicho espacio puedan tenerse. En ese sentido ya se refería MARTÍNEZ FONS, D., «Uso y control de las tecnologías...», *cit.*, 2002, p. 1321.

¹³²² A través de la sentencia recaída en el caso *Bărbulescu c. Rumanía*, la Gran Sala del TEDH ha cuestionado la validez de una política que advierte de forma genérica posibles monitorizaciones sin concretar la extensión, alcance o finalidad de las mismas.

para la elaboración de los criterios de utilización no será suficiente para que las personas trabajadoras vean reducidas sus expectativas de intimidad en el uso de dispositivos digitales ni para validar control empresarial alguno¹³²³. Deberá exigirse el cumplimiento de un sistema de control previo de proporcionalidad de los criterios de utilización para que estos sean válidos. Este apartado hace mención únicamente a la transparencia, pero olvida la proporcionalidad de la medida prohibitiva o limitativa, una proporcionalidad que también sirve para medir las expectativas de los trabajadores.

II.2.D.b. La participación de los representantes de los trabajadores

Con la nueva regulación, son inadmisibles las declaraciones unilaterales sobre usos de TIC que den los empleadores. Al hilo de ello, serán inválidas aquellas que «actualmente vienen aplicando las empresas, en las que fijan su política en relación con el derecho a la intimidad de las personas trabajadoras [en el] entorno laboral y el uso de los equipos digitales»¹³²⁴.

Esta disposición nos sitúa en una etapa previa a la propia utilización de los dispositivos, por lo que el deber de participación de los representantes de los trabajadores debe entenderse como la primera garantía de protección del derecho a la intimidad de estos últimos en el uso de dispositivos digitales¹³²⁵. La obligación del empleador de establecer unos criterios de utilización respetuosos con los estándares de protección a la intimidad de las personas trabajadoras supone la pauta para alcanzar la protección del derecho fundamental. Sin embargo, dicha protección también recae activamente en los representantes de aquellas. A pesar de que la normativa no especifica los canales de participación para la elaboración de dichos criterios, los representantes de los trabajadores deben vigilar paso a paso la elaboración de los criterios de utilización. De esa forma, en teoría, podría alcanzarse el despliegue una protección real de la intimidad de las personas trabajadoras.

El problema que se observa en este ámbito es la ausencia de capacidad de medidas que pueden adoptar los representantes de los trabajadores para sacar adelante unos procesos de

¹³²³ También sobre esto, la sentencia recaída en el caso *Bărbulescu c. Rumanía*. Ya advertía ABERASTURI GORRIÑO que «se ha otorgado a la empresa la facultad, por ejemplo, de prohibir un uso personal del correo electrónico, y se ha considerado que esa mera prohibición, que el empleador puede imponer en gran medida a su voluntad, es argumento suficiente para justificar el acceso al correo de un trabajador, sin mayores garantías». ABERASTURI GORRIÑO, U., «Control empresarial del correo electrónico...», *cit.*, 2015, p. 217.

¹³²⁴ Tal como manifestaba la Confederación Sindical de Comisiones Obreras en su nota, el 27 de noviembre de 2018. Disponible en:

<https://www.ccoo.es/noticia:346164-->

CCOO cree que se ha perdido la oportunidad de garantizar los derechos de las personas trabajadoras (última consulta: 30 de marzo de 2022).

¹³²⁵ Advierte SERRANO OLIVARES que «no resulta evidente si esta nueva previsión supone el reconocimiento de un nuevo derecho en favor de la representación del personal, que se suma al ya previsto en el artículo 64.5 f) ET, o bien si se trata de una mera concreción de lo dispuesto en el citado artículo 64.5 f) ET en materia de control de los dispositivos digitales. Especialmente útil a efectos de clarificar esta cuestión hubiera resultado la reforma del actual artículo 64 ET, a fin de recoger expresamente esta previsión.» SERRANO OLIVARES, R., «Los derechos digitales...», *cit.*, 2018, p. 220.

utilización de TIC en la empresa respetuosos con los derechos de los trabajadores, puesto que sigue siendo la empresa la que determina los criterios de utilización sin que la participación de dichos representantes sea decisoria¹³²⁶.

II.2.D.c. El deber de informar sobre los criterios de utilización

Si la legitimidad de los criterios de utilización de las herramientas tecnológicas representa la forma idónea para que, en principio, la expectativa de intimidad disminuya, el cumplimiento del deber de información viene a validar la interpretación de que dicha expectativa efectivamente ha disminuido¹³²⁷. Así, el deber de información sobre los criterios de utilización se constituye como un elemento esencial e indispensable que protege frente a intromisiones ilegítimas en la intimidad¹³²⁸.

No obstante, pudiendo hacerlo, el legislador no ha hecho el esfuerzo de delimitar el momento en el que debe cumplirse con dicho deber, la forma en que debe hacerse ni el contenido de la información que debe procurar el empleador a las personas trabajadoras. A pesar de ello, la única forma que encontramos de cumplir con el mandato de protección de la intimidad de las personas trabajadoras es que el deber de informar sea cumplido por el empleador de forma previa a la utilización. Además, es la única vía posible deducible ante la obligada participación de los representantes de los trabajadores en la elaboración de los criterios de uso. Una información con esas condiciones temporales deberá realizarse de forma clara, específica y expresa; y deberá contener aquellas descripciones concretas sobre la naturaleza y el alcance de las limitaciones, prohibiciones o habilitaciones; con especial atención a las habilitaciones de uso con fines privados, teniendo en cuenta que se tratan, en todo caso, de obligaciones y cargas que deben cumplirse en el *iter* contractual, por lo que forman parte de la relación laboral.

Ahora bien, la naturaleza y el alcance de los criterios de utilización no estarán completos si el trabajador no conoce las posibles medidas de verificación sobre el cumplimiento de los criterios que puede llevar a cabo el empleador o las consecuencias de los incumplimientos de aquellas directrices de uso¹³²⁹. En ese sentido, además de las condiciones de uso que se dispongan, será necesaria la advertencia clara y previa a la supervisión sobre eventuales

¹³²⁶ BAYLOS GRAU, A., «Una nota sobre el papel de la negociación colectiva en la configuración de los derechos derivados de la ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales», *Ciudad del Trabajo*, nº 14, 2019, p. 159.

¹³²⁷ Luego, «la falta de información previa y adecuada invalida la interpretación de que esa expectativa ha caído». ABERASTURI GORRIÑO, U., «Control empresarial del correo electrónico...», *cit.*, 2015, pp. 202 y 213.

¹³²⁸ El punto 119. del Memorándum Explicativo de la Recomendación CM/Rec(2015)5 del CdE, señala que «[u]na política adecuada aclarará las expectativas legítimas de los empleados o terceros respecto a la confidencialidad de sus comunicaciones».

¹³²⁹ Decía la AEPD y advertía ABERASTURI GORRIÑO, U., «Control empresarial del correo electrónico...», *cit.*, 2015, p. 207; que deberá informarse sobre la finalidad y el alcance de posibles controles y vigilancia por la empresa que puedan repercutir sobre las TIC que el trabajador utiliza.

controles¹³³⁰. Así, a partir de la comunicación de los detalles, las personas trabajadoras conocerán en qué medida, en cuáles circunstancias y de qué modo se verían limitadas sus eventuales expectativas de intimidad. El deber de información sobre los criterios de utilización representa, pues, una garantía de validez para la puesta en marcha de eventuales sistemas de verificación y control empresarial sobre los usos de los dispositivos digitales.

Con todo, aun cuando el legislador tampoco haya delimitado los efectos del incumplimiento de este requisito, ha de tenerse en cuenta que el mismo produce consecuencias de gran calado. La inclusión en la norma de la obligación de establecer criterios de utilización actúa como elemento esencial para la protección del derecho a la intimidad de las personas trabajadoras en lo relativo al uso de los dispositivos digitales cedidos por la empresa. Asimismo, la legitimidad del ejercicio de los poderes empresariales radicará en la razonable justificación de las medidas dispuestas para la utilización y esta se alcanzará si se comunican estos aspectos también de forma previa. Ello permite entender que, en principio, la ausencia de información reflejaría que la utilización de las TIC sea realizada en ámbitos o entornos dotados de cierta intimidad, ajenos a la verificación del empleador¹³³¹.

Así, el incumplimiento de la comunicación no solo provocará que los criterios de utilización resulten ineficaces, sino que se vulnere el derecho a la intimidad de las personas trabajadoras¹³³². Sin perjuicio de ello, la propia falta de regulación en torno a las condiciones de uso y a los mecanismos de protección del derecho entrañaría, desde nuestro punto de vista, ausencia de buena fe y proporcionalidad en la adopción de eventuales medidas disciplinarias tales como el despido o la suspensión¹³³³. Ahora bien, la ausencia de regulación sobre determinados usos no impedirá el acceso a dichos ámbitos cuando se esté ante la necesidad de satisfacer intereses generales o de gran calado, de acuerdo a cada caso concreto y en aplicación de los principios de buena fe y proporcionalidad¹³³⁴.

Con todo ello, en términos generales, el acceso a los datos por parte del empleador exigirá que, previamente, se hayan establecido los criterios de utilización que incluyan las

¹³³⁰ A partir del caso *Bărbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre de 2017 (STEDH Gran Sala 61496/08).

¹³³¹ *Vid. Ibid.*, p. 203.

¹³³² Así lo cree también SERRANO OLIVARES, R., «Los derechos digitales...», *cit.*, 2018.

¹³³³ ABERASTURI GORRIÑO, U., «Control empresarial del correo electrónico...», *cit.*, 2015, p. 203.

En el entendido de que, por ejemplo, «el uso de un dispositivo móvil no puede constituir, por sí mismo, una causa suficiente de despido, salvo en los casos en que concurran circunstancias reveladoras de una cualificada imprudencia», STSJ de Cantabria 447/2014, de 18 de junio (ROJ 498/2014, FD Único).

¹³³⁴ Recuérdese la necesidad de autorización judicial motivada para el acceso de datos con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales, según Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

posibilidades de control en los términos necesarios, los efectos del incumplimiento y que se haya cumplido con informar a las personas trabajadoras sobre aquello¹³³⁵.

II.3. La protección de datos personales y el uso de TIC de propiedad del empleador

Más peligroso aún, y aquí queríamos llegar, el legislador no reconoce de forma expresa que tanto el uso de TIC por parte de los trabajadores como el acceso a los contenidos derivados de dichos usos comportan, en muchas ocasiones, tratamientos de datos personales y requieren la aplicación de la normativa al respecto¹³³⁶. No ha tenido en cuenta que esa misma existencia, conocimiento y valoración supondría una eventual vulneración del derecho a la protección de datos personales si no se cumplen con los principios relativos al tratamiento de datos. Tampoco que la rápida adopción de las TIC en el ámbito laboral, «en términos de infraestructura, aplicaciones y dispositivos inteligentes, permite nuevos tipos de tratamiento de datos sistemáticos y potencialmente invasivos»¹³³⁷. Y que, por ello, resulta trascendental que se señalen garantías específicas adicionales.

Incluso, mediante el artículo 2.1 de la LOPDGDD, el legislador excluye del ámbito de aplicación de la norma estatal al artículo 87 que venimos comentando¹³³⁸ y, coincidimos, con ello se «deja deliberadamente fuera del terreno de la protección de datos» el artículo 87, lo que puede entenderse como una contradicción normativa¹³³⁹.

Es así como no puede obviarse que debe protegerse a los trabajadores desde el momento previo a la implantación de las TIC en la empresa, exigiendo al empleador el cumplimiento de las exigencias que se desplieguen de la normativa de protección de datos. Tampoco puede soslayarse el hecho de que los datos derivados del uso de las TIC se consideran datos personales de los trabajadores que las utilizan, no solamente debido a la naturaleza de los mismos, sino especialmente a la calidad y cantidad de ellos.

Parte de la información disponible al empleador puede dibujar un perfil personal y de desempeño laboral tan detallado gracias a las características técnicas de programación que

¹³³⁵ Vid. SERRANO OLIVARES, R., «Los derechos digitales...», *cit.*, 2018, p. 219. Puede verse la STSJ de Andalucía 905/2019, de 28 de marzo (ROJ 1355/2019, FD Único).

¹³³⁶ «[I]a recopilación, almacenamiento y uso de información sobre los trabajadores por medios electrónicos, y las diversas herramientas de uso común en buena parte de las empresas, tales como el correo electrónico o el acceso a Internet, implican en muchas ocasiones el tratamiento de datos personales de los trabajadores». GT 29, Dictamen 8/2001, *sobre el tratamiento de datos personales en el contexto laboral*, de 13 de septiembre.

GOÑI SEIN hace referencia a esta situación en lo relativo a las omisiones de los Tribunales. Vid. GOÑI SEIN, J. L., «La protección de las comunicaciones electrónicas del trabajador: la doctrina del Tribunal de Estrasburgo y la jurisprudencia constitucional», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 40, 2018.

¹³³⁷ GT 29, Dictamen 2/2017, *sobre el tratamiento...*, *cit.*, p. 3.

¹³³⁸ El artículo 2.1 de la LOPDGDD señala que la norma estatal «se aplica a cualquier tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero».

¹³³⁹ MERCADER UGUINA, J. R., *Protección de datos...*, *cit.*, 2019, pp. 128-129.

ofrezcan los dispositivos. Estos últimos se convierten en excelentes medios de vigilancia, dado que, a partir de ellos, podrán conocerse aspectos relacionados con las aficiones personales, preferencias políticas, sindicales, religiosas, vínculos personales o familiares, etcétera. A través de rutinas informáticas el empleador tendría la posibilidad de determinar las interacciones entre las personas trabajadoras o entre ellas y otras personas, así como el contenido que comparten entre ellas¹³⁴⁰. Aquí, además, resulta de lo más elemental reconocer que quien se encuentre sometido a escrutinio y sus movimientos controlados, puede verse condicionado en el libre desarrollo de su personalidad, más allá del tipo de información de carácter íntimo que se obtenga de este.

Si se habla de acceso a un contenido derivado del uso de TIC, consideramos pertinente la identificación de tres escenarios diferenciados, aunque vinculados entre sí: un uso de TIC de propiedad del empleador por parte de las personas trabajadoras, una generación de contenido derivada de dicho uso y la propia acción de acceder a dicho contenido (que, además, puede involucrar las comunicaciones con terceras personas que pueden resultar afectadas).

El contenido derivado de dichos usos podrá ser generado directa y automáticamente según la propia tecnología, o podrá ser fruto de una acción adicional del empleador que incluya otros mecanismos digitales. Sea del tipo que sea —íntimo o no— podrá vincularse a una persona trabajadora identificada o identificable, al habersele cedido el uso de las herramientas tecnológicas de forma individualizada. De ese modo, aquellos contenidos derivados del uso de TIC cedidas por el empleador podrían tratarse de datos personales que estén destinados a configurarse como un auténtico tratamiento de datos personales¹³⁴¹.

II.3.A. Operaciones de tratamiento en el uso de TIC por parte de los trabajadores

Por ejemplo, el uso de la propia TIC cedida por el empleador irá generando información referida a las personas trabajadoras que estará a disposición del mismo. En términos generales, mientras se utiliza la TIC cedida, se realizan una o varias operaciones de tratamiento de datos de las personas trabajadoras sometidas a la normativa de protección de datos.

¹³⁴⁰ Vid. LESSIG, L., *El código...*, cit., 2001, p. 268. Por lo general, los datos de comunicaciones son datos personales y, en gran medida, datos de una naturaleza bastante íntima y sensible. Puede consultarse también el documento del GT 29, Dictamen 1/2017, *sobre la propuesta de Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (2002/58/CE)*, de 4 de abril, p. 33.

¹³⁴¹ Artículo 2.2 del RGPD. Teniendo en cuenta el Considerando (15), deberán tratarse de ficheros estructurados de acuerdo a criterios específicos. Puede consultarse los cambios sobre el contenido de ficheros a partir de las nuevas tecnologías a CARDOSO, G., *Los medios de comunicación...*, cit., 2009, p. 46, en relación a Dominique WOLTON.

Veamos que, para cumplir su obligación de garantizar los registros diarios de jornada¹³⁴², el empleador decide poner en marcha un sistema de control digital que puede venir aparejado a la cesión en uso de TIC que sirva para recoger información de los tiempos. A pesar de que el cumplimiento del registro de jornada representa una obligación, en términos de la normativa, la puesta en marcha de un registro supone la recopilación de información que representa una operación de tratamiento de datos de cada persona trabajadora. Téngase en cuenta que el tipo de información que podría recogerse podría variar según la TIC que pretenda cederse a la persona trabajadora, como ya veníamos comentando¹³⁴³. En ese sentido, la elección del sistema específico para cumplir la obligación puede exceder de lo estrictamente necesario, no ser proporcional al fin legítimo ni respetar el contenido esencial de los derechos y libertades de las personas trabajadoras. No será el mismo alcance de los principios que deberá cumplir el empleador¹³⁴⁴. Tampoco será el mismo impacto sobre los derechos y libertades de los trabajadores si se eligen sistemas de control no digitales que si se optan por sistemas de control digital, ni mucho menos si se dispone la utilización de sistemas de control biométrico, por ejemplo. En este último caso ha de tenerse en cuenta incluso que, tal como alerta también la AEPD, dependiendo de qué tipo de dato biométrico sea utilizado durante un procedimiento de autenticación o identificación puede revelar más información personal sobre la persona trabajadora, como su raza o género, su estado emocional, enfermedades, discapacidades y características genéticas, consumos de sustancias, etcétera¹³⁴⁵.

De hecho, la utilización de TIC podría generar información que no sería necesaria para los fines conocidos, obtenerse otro tipo de información a partir de aquella e, incluso, utilizarse con muy diversas finalidades¹³⁴⁶. Por ejemplo, a través de la generación de información cruzada pueden obtenerse datos sobre listados de absentismo, bajo rendimiento, intrusión, malos hábitos para análisis de productividad o rutinas de movimiento, etcétera¹³⁴⁷. Así, la

¹³⁴² Que deberán incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora. Artículo 34.9 del ET, modificado recientemente por el Real Decreto-ley 8/2019, en su artículo 10. Además, puede consultarse la sentencia recaída en el caso *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) y Deutsche Bank, S.A.E.*, de 14 de mayo de 2019 (STJUE, C-55/18) que resuelve la controversia sobre la obligatoriedad del registro de jornada.

¹³⁴³ Véase, por ejemplo, el caso *Worten*, de 30 de mayo de 2013 (STJUE, Asunto C-342/12) o *Pharmacontinente-Saúde e Higiene S.A y otros*, de 19 de junio de 2014 (STJUE, Asunto C-683/13).

¹³⁴⁴ Puede consultarse a GRACIA GARCÍA, D., «El impacto de la privacidad en los sistemas biométricos de control de acceso y horario laboral tras el Dictamen 63/2018 de la Autoridad Catalana de Protección de Datos», *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, nº. 8, 2019, pp. 56-65.

¹³⁴⁵ <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-06/nota-equivocos-biometria.pdf> (última consulta: 30 de marzo de 2022), que hace referencia a : <https://www.scientificamerican.com/article/the-hidden-data-in-your-fingerprints/>

¹³⁴⁶ GALA DURÁN, C. y ROIG BATALLA, A., «El uso de las etiquetas...», *cit.*, 2010, p. 1.

¹³⁴⁷ La información residirá en un controlador o lector si el sistema de conexión a PC es *offline* o residirá en un servidor si la conexión a PC es *online*. Con estos últimos sistemas el empleador contará con más funcionalidades, sobre todo con información en tiempo real, aplicaciones de contadores, temporizadores, controles sobre equipos, etc.

Además, puede leerse a MERCADER UGUINA, J. R., «Derechos fundamentales...», *cit.*, 2001, p. 670.

creación de registros implica también un aumento de control empresarial de la prestación personal de servicios¹³⁴⁸.

Veamos también el supuesto de cesión de TIC que lleve implícito operaciones de tratamiento de datos de naturaleza sensible. Aquellos dispositivos posibles que recogen, entre otros, datos relativos a la salud; la aplicación de sistemas de autenticación biométrica; o los altavoces inteligentes que procesan la voz. Teniendo en cuenta que, por su naturaleza, el tratamiento de estos datos podría entrañar importantes riesgos para los derechos y las libertades fundamentales de la persona trabajadora, en principio, su tratamiento estaría prohibido¹³⁴⁹. Según lo que veníamos desarrollando en el capítulo anterior, en esos y otros supuestos similares, dada la relación desigual entre empleador y persona trabajadora resulta muy improbable que se configure un consentimiento legítimo para la recolección de este tipo de datos, por lo que el empleador tendría que encontrar otra base legítima que justifique un eventual tratamiento. En todo caso, deberían estar sujetos a estrictas necesidades de índole vital en relación con la actividad laboral desempeñada o especialmente sensible en términos de seguridad¹³⁵⁰. Siempre y cuando no existan otras formas menos intrusivas disponibles y siempre que su uso vaya acompañado de salvaguardas adecuadas, mayores de acuerdo a la naturaleza sensible de los datos recolectados¹³⁵¹. Por ejemplo, si se opta por la implantación de alguno de estos sistemas, en aras de determinar el rendimiento en la empresa, ¿realmente se trata de una medida que encuentra justificación? ¿En qué medida el rendimiento de cada uno de los trabajadores según unos parámetros, puede alegarse como justificación para mejorar el rendimiento de una empresa en su totalidad? Si, como se sabe, se requieren de más factores para mejorar el rendimiento global de una empresa (como políticas de marketing, la coyuntura económica, la gestión empresarial en sí, el precio de las materias primas, etc.), estaríamos ante una medida restrictiva no proporcional.

Por su parte, el uso de TIC como herramientas de trabajo puede llevar consigo el registro y almacenamiento de los detalles de dicho uso y de las dinámicas realizadas en el entorno digital, porque el dispositivo puede permitirlo técnicamente o porque la propia utilización lleva aparejada un tratamiento de datos imprescindible para el desarrollo de los deberes laborales. Sea el caso de historiales de navegación de Internet considerada como «datos personales», perfectamente asociables a una persona trabajadora identificada, que permite su evaluación y

¹³⁴⁸ Vid. la STS 246/2017, de 23 de marzo (ROJ 1275/2017, FD 5).

¹³⁴⁹ Puede consultarse sobre protección de datos y vigilancia de la salud a través de dispositivos a MERCADER UGUINA, J. R., *Protección de datos...*, cit., 2019, p. 170 y ss.

¹³⁵⁰ Punto 137. del Memorándum Explicativo de la Recomendación CM/Rec(2015)5 del CdE, referido al punto 18.2 de la misma.

¹³⁵¹ Punto 18.1 de la Recomendación CM/Rec(2015)5 del CdE.

puede repercutir directamente en sus derechos e intereses¹³⁵². O de las denominadas *cookies*, pequeños ficheros que los sitios web instalan y almacenan información en los dispositivos utilizados para, entre otras cosas, reunir información sobre los hábitos de uso del sitio web que faciliten la navegación¹³⁵³. Una cantidad de datos personales de diversa naturaleza a la que podría acceder el empleador, elaborar perfiles de los trabajadores y desvelar aspectos de la esfera privada de los usuarios-trabajadores¹³⁵⁴. Así, esas mismas herramientas que resultan útiles y son cedidas en el ejercicio del poder de dirección, a la vez, facilitarían la labor del control empresarial.

Sobre todo, el contexto de crisis sanitaria actual que ha motivado la implementación de sistemas de teletrabajo forzado, ha traído la masiva utilización de herramientas digitales que no solo hacen posible el desarrollo de una actividad empresarial, sino que su uso genera información de las personas trabajadoras. Redes privadas virtuales (VPN), plataformas de trabajo colaborativo y herramientas de videoconferencias, aplicaciones de mensajería en grupos, sincronización de archivos, autorizaciones y firmas electrónicas, se han puesto en marcha para llevar a cabo operaciones laborales en confinamiento desde dispositivos móviles que pueden ser de propiedad de la empresa. Incluso otros, como los sistemas de registro de jornadas a través de aplicaciones de control horario que permiten el fichaje vía ordenador o mediante los propios teléfonos móviles de los trabajadores. El entorno de trabajo cambia drásticamente y se plantea, con ello, una serie de riesgos de exposición de la información personal de la persona trabajadora, adicional a la normalmente referida, así como aquella relacionada con su vida personal o familiar, su ubicación o la información que se desprende de los dispositivos personales conectados a la red del hogar donde también se conecta el dispositivo de trabajo, por ejemplo. Información personal de este tipo puede, técnicamente, ser accesible y controlada por el personal de la empresa. Se requiere, en ese sentido, pensar en una estrategia de seguridad en el entorno del teletrabajo o evaluar si las estrategias que se exigen

¹³⁵² MERCADER UGUINA, J. R., *Protección de datos...*, cit., 2019, p. 129. El autor recoge la posición de la AEPD en su Resolución R/02615/2010, a la que no hemos tenido acceso.

¹³⁵³ Más información sobre las *cookies* en CUBERO MARCOS, J. I., «Protección de datos en las comunicaciones electrónicas (comentario al artículo 95 RGPD y a la Disposición Adicional Undécima LOPDGDD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento...*, Tomo II, cit., 2021, p. 4530 y ss. También en MENÉNDEZ, L., «¿Qué son las ‘cookies’?», *Escritura Pública*, nº 82, 2013, p. 18.

Un archivo o fichero se considera «una estructura de datos que reside en la memoria secundaria, consistente en un conjunto de informaciones estructuradas en unidades de acceso denominadas registros, todos del mismo tipo y en número indeterminado», según ALCALDE, E. y GARCÍA, M., *Informática...*, cit., 1997, p. 221.

Una serie de archivos o programas informáticos que se descargan en los equipos de uso que quedan almacenados y que podrán ser actualizados y recuperados por la entidad responsable de su instalación, Según la definición proporcionada por la AEPD.

¹³⁵⁴ Es perfectamente posible que el contenido de los correos electrónicos, por ejemplo, sea de naturaleza privada o de carácter sensible —como el caso de información de carácter sindical—, pese a ser una cuenta cedida por la empresa. El TEDH, de manera específica en el caso *Copland c. Reino Unido*, de 3 de abril de 2007 (STEDH, ap. 41 y 44) señalaba que «los correos electrónicos enviados desde el lugar del trabajo están incluidos en el ámbito de protección del art. 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, por cuanto pueden contener datos sensibles que afecten a la intimidad y al respeto a la vida privada». También puede consultarse la STC 173/2011, de 11 de noviembre.

para desarrollos de actividades laborales en centros trabajo requieran mayores garantías en este nuevo escenario.

De acuerdo a la naturaleza técnica de los sistemas digitales, los contenidos sobre las actuaciones de las personas trabajadoras pueden llegar a ser aún más precisos y detallados de lo que necesita real y objetivamente el empleador para proteger sus intereses. Y unas y otras formas de llevar a cabo los tratamientos podrán ser más o menos invasivas en las esferas que protegen sus derechos fundamentales. Por ello, las acciones empresariales que lleven aparejadas tratamiento de datos de las personas trabajadoras o deriven en ellas, requerirán de otras actuaciones concretas del empleador que se exigen de acuerdo al supuesto de hecho pero que no han sido referidas en la LOPDGDD.

Así, aunque la cesión de dispositivos puede constituir un componente importante del desarrollo de la actividad laboral, su uso no solo debe ajustarse a meros criterios de legalidad. Más allá de los intereses jurídicos que posean los empleadores derivados de sus derechos, el verdadero asunto sobre el que apuntalar la protección de los derechos y libertades fundamentales es el riesgo que podría provocar el uso de determinada TIC en relación con el tratamiento de datos personales, el riesgo de proporcionarle al empleador un nivel invasivo de conocimientos y control sobre las actividades del trabajador en el lugar de trabajo¹³⁵⁵.

II.3.B. Operaciones de tratamiento relacionadas con el control del uso de las TIC

Si respecto del uso de TIC se configura un tratamiento de datos personales del que se exige asuma responsabilidades el empleador, cualquier acción de indagación o verificación de su parte que suponga generar contenido debe correr la misma suerte. En este otro escenario posible, las TIC cedidas por el empleador siguen siendo útiles porque son la base sobre la que se pone en marcha una medida de control empresarial que requiere el previo almacenamiento de datos. Esta vía está relacionada con una actuación subordinada a dicho uso, sin embargo, requiere acciones empresariales adicionales de implantación de TIC que actúen como medios de control, a diferencia del anterior supuesto en la que el mero uso puede generar contenido que debe protegerse.

Siendo el control y vigilancia unas facultades necesarias y legítimas si se encuentran dentro de los límites aceptables, se han venido planteando cuestiones más complejas en lo que respecta al alcance del monitoreo legítimo del uso que las personas trabajadoras hacen de las TIC puestas a disposición por la empresa, como la puesta en marcha de medios de control «digitales» y el obligado respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores, en

¹³⁵⁵ Vid. GT 29, Dictamen 2/2017, *sobre el tratamiento...*, cit., p. 20, que señala esas mismas precisiones respecto de los sistemas de acceso.

particular el derecho a la intimidad¹³⁵⁶. Desde luego, los empleadores están legitimados para realizar una investigación que se ajuste a los intereses legítimos, así como para elegir los medios necesarios para ello. Sin embargo, la legitimidad de la medida empresarial deberá analizarse conforme al mecanismo concreto que se haya escogido y a la información que eventualmente pueda tratarse a través de dicho mecanismo.

En un principio, las verificaciones se llevaban a cabo por personal de la empresa y el acceso a la información referida a la persona trabajadora podía entenderse, en gran medida, limitada. Antes también, no eran TIC los bienes cedidos al empleado, por lo que la información misma que podía generarse no alcanzaba la misma dimensión que la explicada con las herramientas tecnológicas. Con la presencia de las TIC, no solo los contenidos pueden ser inmensos, sino que las formas de llevar a cabo un control también se multiplican.

El modo de ejercer las facultades propias del poder empresarial no varía solo debido al uso de las TIC como medios de control, sino entre cada una de ellas. Cada mecanismo y cada forma a través de la cual se lleve a cabo una medida de control producirán un grado diferente en la incidencia directa sobre los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Así, la determinación del alcance de la supervisión y el grado de intrusión en la privacidad estará sujeta en un primer momento al mecanismo de control que se pretenda elegir y los detalles de operatividad de acuerdo a los cuales se pretenda poner en marcha. Estas precisiones adquieren suma importancia para realizar el análisis de justificación y proporcionalidad de la medida que se decida llevar a cabo. Por ello, su elección tampoco puede ser inopinada, ilimitada o irrespetuosa con esos derechos y libertades¹³⁵⁷.

Al hilo, la disposición del artículo 87 de la LOPDGDD, que permite acceder al contenido derivado del uso de medios digitales cedidos a la persona trabajadora, no ha tomado en cuenta que ese contenido podría haber sido generado no solo de forma directamente relacionada con dicho uso, sino que podría haberse generado información a partir de una intervención adicional de la parte empleadora. Tampoco se ha tenido en cuenta que los avances tecnológicos vienen permitiendo nuevas formas de control que suelen quedar incorporadas en TIC cedidas o realizan sus operaciones de acuerdo al uso que se hagan de las mismas, y que poseen una alta eficacia al momento de almacenar la información de forma automatizada.

¹³⁵⁶ Vid. ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C., «Facultades empresariales...», *cit.*, 2015, p. 55.

¹³⁵⁷ Los empleadores están interesados en «establecer controles para conocer el uso que los trabajadores le dan a sus herramientas informáticas y el acceso al centro de trabajo y de esa forma poder controlar el tiempo efectivo de trabajo del trabajador en su empresa», en palabras de GARCÍA COCA, O., «Algunas cuestiones sobre las posibilidades y limitaciones de supervisión del ordenador del trabajador por parte del empleador», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 34, 2014.

Podríamos mencionar el ejemplo de la tecnología *Data Loss Protection* (DLP), destinada a prevenir la pérdida de datos y capaz de controlar las comunicaciones salientes con el fin de detectar posibles violaciones de la seguridad de los datos. No obstante, la utilización sin límites de esta herramienta «puede implicar un tratamiento de datos personales innecesario» e, incluso, podría alertar sobre posibles violaciones que en realidad no lo son, que den lugar a accesos no legítimos a contenidos de correos electrónicos personales enviados por los trabajadores¹³⁵⁸. Riesgos similares a partir de herramientas como los *New Generation Firewalls* o llamados cortafuegos de próxima generación (GFW), así como los *Unified Threat Management* o sistemas de gestión unificada de amenazas (UTM), que podrían proporcionar al empleador formas de inspección profunda de paquetes, filtrado de sitios web, filtrado de contenido, informes sobre dispositivos o interceptación TLS¹³⁵⁹. No obstante, a partir de un registro y análisis, de toda la actividad en línea de un trabajador en la red de la organización, que han sido puestos en marcha para proteger los flujos de datos en línea, un dispositivo de interceptación TLS permite el control permanente de todas las actividades en línea de los trabajadores ciertamente innecesaria y muchas veces atentatoria con sus derechos y libertades fundamentales¹³⁶⁰.

Del mismo modo, las herramientas de gestión de dispositivos móviles (MDM) que permiten al empleador la gestión de aquellos dispositivos móviles entregados a las personas trabajadoras con el fin de optimizar la funcionalidad y seguridad de los dispositivos dentro y fuera del ámbito físico de la empresa, facilitan la obtención de datos que permiten «localizar dispositivos de forma remota, utilizar configuraciones y/o aplicaciones específicas y borrar datos previa petición (...), registren o sigan el dispositivo instantáneamente, incluso si no se ha denunciado su robo»¹³⁶¹. Menos lícitos en principio, a través de *software* de espionaje de los que el trabajador no conoce, pueden llevarse a cabo rastreos más específicos y detallados de la navegación del usuario, aplicaciones que permanecen ocultas y pueden ofrecer también contenidos de mensajes o conversaciones, incluso pudiendo hacer capturas de pantalla, registrando vídeos o audios¹³⁶². O, incluso, algunos otros medios digitales capaces de, por ejemplo, registrar pulsaciones de teclado o movimientos del ratón, habilitar cámaras web o recopilar secuencias de las mismas. O, en general, cualquier tecnología de detección electrónica (*eDiscovery*) que lleve consigo un proceso de búsqueda de datos electrónicos a partir del seguimiento detallado de usos ya sea de dispositivos o medios digitales, dentro de los que podríamos incluir a los sistemas aplicación de aprendizaje automático. Estos se dirigen a

¹³⁵⁸ GT 29, Dictamen 2/2017, *sobre el tratamiento...*, cit., p. 16.

¹³⁵⁹ Seguridad de las capas de transporte o *Transport Layer Security* (TLS).

¹³⁶⁰ GT 29, Dictamen 2/2017, *sobre el tratamiento...*, cit., pp. 14-15.

¹³⁶¹ GT 29, Dictamen 1/2017, *sobre la propuesta de Reglamento...*, cit., p. 18.

¹³⁶² ALCALDE, E. y GARCÍA, M., *Informática...*, cit., 1997, p. 410.

detectar parámetros que se salgan de parámetros normales, y requieren de análisis de datos relativos al uso de TIC a manos de los trabajadores.

Se trata de formas de control que resultan potencialmente más intrusivas, generalizadas y peligrosas¹³⁶³. La existencia de un medio de control que actúa de forma remota, es decir, que no requiera un acceso directo sobre la TIC cedida a la persona trabajadora, no puede garantizar que la información no resultará en extremo detallada¹³⁶⁴. Aquellas alegaciones que solo reconocen grandes riesgos en el acceso a información detallada mediante controles directos no pueden ser aceptadas. Las matizaciones en lo referido a la protección del derecho a la intimidad y sus eventuales expectativas razonables sobre los espacios virtuales de los que hacen uso no son ahora posibles. Y aquellos elementos que representen dicha expectativa (como podrían ser claves de acceso, carpetas o correos denominados «personal») no suponen por sí solos impedimento alguno para la recolección automatizada de información con las nuevas herramientas descritas. Incluso, el acceso a dicha información puede realizarse desde otro dispositivo diferente al cedido a la persona trabajadora, sin mayores límites, tratándose de TIC de propiedad del empleador.

Como dice el GT 29, teniendo intereses legítimos en mitigar ciertos tipos de riesgo para la esfera empresarial, los empleadores pueden pensar que existe una justificación para utilizar alguna de las tecnologías que requieren el tratamiento de datos personales¹³⁶⁵. No obstante, el tratamiento que se realice a partir de estas tecnologías podría ser desproporcionado y sería muy poco probable que existiera «un fundamento jurídico en virtud del interés legítimo, por ejemplo, para registrar las pulsaciones en el teclado y los movimientos del ratón de un trabajador»¹³⁶⁶. Es evidente que un acceso al contenido derivado del uso de TIC puede suponer para la persona trabajadora un eventual riesgo para la esfera de intimidad y de control sobre sus propios datos personales y que todos los detalles deben responder al máximo respeto posible a los derechos destinados a proteger dichos bienes.

¹³⁶³ Como advertía el GT 29, «se consideraba que el control de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo se constituía como la principal amenaza para la privacidad de las personas trabajadoras», y, aunque es verdad que dichas amenazas siguen vigentes, el foco debe ponerse también en las capacidades técnicas que ofrecen aquellas nuevas formas de control que se vienen desarrollando.

¹³⁶⁴ MARTÍNEZ FONS señalaba hace muchos años que una recolección de estas características podría ser aceptada, habida cuenta que no representa una medida que, en principio, pudiera entenderse que provoque una trasgresión a la intimidad de los trabajadores. Puede consultarse MARTÍNEZ FONS, D., «Uso y control de las tecnologías...», *cit.*, 2002, p. 1318.

¹³⁶⁵ En el caso *Bărbulescu c. Rumanía*, la Sala señalaba que, aunque en el juicio se llegó a mencionar la necesidad de «evitar una vulneración en los sistemas informáticos de la empresa, el cuestionamiento de la responsabilidad de la empresa en caso de actividad ilegal en el espacio virtual, así como la divulgación de sus secretos comerciales», esas alusiones representaban meras indicaciones teóricas, ya que no se acusó formal ni concretamente al demandante de exponer a la empresa a ninguno de esos riesgos. Así, no era un propósito válido en conocer el uso que el empleador hacía de los medios [Caso *Bărbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre de 2017 (STEDH Gran Sala 61496/08, ap. 135)].

¹³⁶⁶ GT 29, Dictamen 2/2017, *sobre el tratamiento...*, *cit.*, p. 17.

Teniendo en cuenta que el derecho fundamental a la protección de datos personales representa una garantía que impone la prohibición de que los datos se conviertan en fuentes de información ilegítimas y sin las debidas garantías, y reconociendo el deber que se le impone al empleador de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información, se espera que aquel responda enfáticamente a sus obligaciones de acuerdo a la normativa. Es decir, el empleador deberá pensar y actuar en términos de protección de datos y garantía de los derechos y libertades de los trabajadores, en garantía de la buena fe que se le exige en sus actuaciones, desde el momento que se tenga intención de realizar una acción que suponga un tratamiento y durante todo su proceso, así como poder demostrarlo cuando sea requerido.

Por su parte, el interés de acceder al contenido será legítimo de acuerdo al alcance real de la medida concreta y el grado de intrusión que suponga esta sobre los derechos y libertades fundamentales de la parte trabajadora¹³⁶⁷. La valoración activa y determinación del grado de intrusión concreto se hará de acuerdo a ese alcance real de la medida. Y para el alcance real de la medida deberá tenerse en cuenta el entorno de trabajo (no es lo mismo una oficina que un laboratorio con material peligroso o una industria); el nivel de seguridad requerido de forma objetiva; el tipo de trabajador que utilizará el sistema u otros muchos detalles; la necesidad del tratamiento de contenido: concretar qué contenido debe ser tratado (si se pretende un monitoreo del flujo de utilización o el contenido mismo del uso de los medios digitales), si será necesario todo el contenido o parte de él; si será por tiempo limitado y cuál será, el número de personas que tendrá conocimiento del contenido o los límites espaciales del control, si es el caso¹³⁶⁸. Es decir, debe tenderse a la recopilación de aquellos datos personales que sean adecuados, pertinentes y limitados a lo estrictamente necesario en relación con esos fines para los que sean tratados. Siempre que sean útiles para alcanzar la finalidad legítima, tengan una conexión con la finalidad, con la naturaleza de la relación laboral concreta y sus características propias, procurando en todo caso disponer de la menor información posible¹³⁶⁹. La medida

¹³⁶⁷ Lo que hay más allá del interés legítimo señalado es «la realidad que haya detrás de cada afirmación hecha por el responsable del tratamiento», es decir, el empleador. GT 29, Dictamen 06/2014, *sobre el concepto de interés legítimo...*, *cit.*

¹³⁶⁸ Al hilo de *Bărbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre (STEDH, Gran Sala, ap. 72) y *Copland c. Reino Unido* (ap. 121. (ii)).

¹³⁶⁹ Dice GOÑI SEIN que el principio de proporcionalidad comporta «extender el control tan solo a una parte de las comunicaciones y no a la totalidad de ellas, y la obligación de limitar el tiempo, el espacio y el número de personas que puedan tener acceso a sus resultados, siempre a lo estrictamente imprescindible al cumplimiento del objetivo propuesto.» GOÑI SEIN, J. L., «La protección de las comunicaciones...», *cit.*, 2018.

Por su parte, el GT 29 pone como ejemplo el caso de la aplicación de tecnología de interceptación del tráfico TLS y señala que «si alguna interceptación del tráfico TLS es estrictamente necesaria, deberá evitarse el registro permanente de la actividad del trabajador. Si aun así es estrictamente necesario el registro general, podría configurarse para no realizar almacenamiento de datos, reduciendo al mínimo la información recopilada»,. GT 29, Dictamen 2/2017, *sobre el tratamiento...*, *cit.*

debe presentarse como estrictamente necesaria si representa la manera menos intrusiva posible de llevar a cabo la satisfacción de los intereses del empleador.

La prueba de ponderación provisional encaminada a alcanzar los objetivos de responsabilidad proactiva del empleador debe resultar del todo rigurosa, puesto que, recordemos, de acuerdo a los resultados, ante un mayor impacto en los derechos y libertades de las personas trabajadoras, corresponderá una justificación más estricta y el despliegue de mayores garantías¹³⁷⁰.

Para concluir este comentario relativo al alcance del derecho de protección de datos en lo relativo al uso de TIC de la empresa por parte de los trabajadores, insistimos en que la ausencia de mención expresa a este asunto no evita que, en la práctica, la regulación sobre el acceso al contenido pierda legitimidad si no se introduce el factor del eventual tratamiento de datos personales.

Como hemos visto, el derecho a la protección de datos personales armoniza la defensa de los derechos y libertades fundamentales de la persona también en su etapa de trabajadora. En lo relativo al uso de TIC de propiedad del empleador, la cesión de dichas herramientas debe verificar no solo el respeto del derecho a la intimidad de los trabajadores, sino también su derecho a la protección de sus datos personales¹³⁷¹. Para el despliegue de las facultades legítimas de acceso a los contenidos derivados del uso de medios digitales, deberán incluirse las consideraciones particulares necesarias que permitan alcanzar un adecuado tratamiento de datos personales, cuando sea el caso. En ese sentido, el contenido que se vaya a generar a partir de la medida deberá plantearse como el menos intrusivo para que pueda reconocerse uso de habilitación de acceso al contenido más respetuosa con los derechos de las personas trabajadoras.

Para ello, cualquier análisis deberá centrarse ineludiblemente en los datos que se vayan a derivar de dichos usos de acuerdo o en función al sistema que habrá que aplicarse. Si la cesión de TIC a la persona trabajadora y el acceso al contenido deben responder al ejercicio legítimo de alguna de las facultades empresariales, el contenido que se genere de dichos usos deberá estar sometido al cumplimiento de los lineamientos establecidos para el adecuado tratamiento de datos personales. Deberán desplegarse garantías necesarias para que los datos que se generen sean exactos respecto de los fines por los que se tratan, así como mantenidos por no

¹³⁷⁰ Caso *Bărbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre (STEDH, Gran Sala, ap. 121).

¹³⁷¹ El GT 29, Dictamen 2/2017, *sobre el tratamiento...*, *cit.*, señala que «el hecho de que el empleador sea propietario de los medios electrónicos no excluye el derecho de los trabajadores a mantener en secreto sus comunicaciones, los datos de localización relacionados y la correspondencia» (p. 24).

Un comentario de gran interés sobre el citado Dictamen puede verse en RECIO GAYO, M., «Nuevo dictamen del GT29 sobre tratamiento de datos en el trabajo: el interés legítimo», *Diario La Ley*, nº 8, Sección Ciberderecho, 2017.

más tiempo que el necesario; debiendo garantizarse su seguridad contra tratamientos no autorizados o ilícitos, contra su pérdida, destrucción o daño accidental. Como decíamos, la evaluación del respeto de un derecho pasará por la verificación del respeto del otro, incluso antes de la utilización cualquier TIC.

Con todo, insistimos en que el riesgo que supone no haber incluido de forma expresa la aplicación de la normativa de protección de datos personales en lo relativo al uso de TIC de los trabajadores de propiedad del empleador, resulta importante, puesto que, de acuerdo al tipo de contenidos, las condiciones de uso, las condiciones de acceso, las TIC utilizadas; el despliegue de garantías no es el mismo¹³⁷². La capacidad que ofrecen las TIC para poner a disposición del empleador información sobre sus trabajadores no solo supone un riesgo en cuestión de cantidad o calidad de la información, sino también en lo relativo a la posibilidad de su conservación ilimitada. Pese a que la Limitación de la conservación de los datos personales forma parte de los principios generales relativos al tratamiento de datos personales, no existe capacidad técnica ni jurídica que garantice que la conservación de los mismos vaya a realizarse según se estipule en la norma o según los términos del empleador.

II.4. La intimidad y protección de datos de los trabajadores frente a la videovigilancia y grabación de sonidos en el ámbito laboral

El artículo 89 de la LOPDGDD introduce la nueva regulación sobre el uso de dispositivos de videovigilancia y grabación de sonidos por parte del empleador en el lugar de trabajo. Un avance, teniendo en cuenta que antes no existía normativa legal que, de forma específica, regulase sobre la instalación y utilización de medios de captación de imagen y sonido en el ámbito de las relaciones laborales¹³⁷³.

En su apartado 1 incluye la facultad expresa del empleador para tratar imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras «para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores» previstas «en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo». En lo que respecta a sistemas de grabación de sonidos, en el apartado 3, el legislador concede al empleador la opción de utilizar dichos sistemas «cuando resulten relevantes los

¹³⁷² La información recogida mediante el seguimiento del uso que hace una persona de Internet se encuentra amparada por el artículo 8 del CEDH [*Bărbulescu c. Rumania*, de 5 de septiembre (STEDH, Gran Sala, ap. 72) y *Copland c. Reino Unido* (ap. 23)].

¹³⁷³ Puede leerse sobre esta incorporación y el engranaje en el sistema de protección de datos personales de los trabajadores en relación con los sistemas de videovigilancia: VILLENA HUERTA, K., «Videovigilancia y privacidad en las relaciones laborales: una reflexión a partir de la nueva regulación sobre protección de datos», en LANDA GOROSTIZA, J. M. (Dir.) y GARRO CARRERA, E. (Coord.), *Retos emergentes de los derechos humanos: ¿garantías en peligro?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 517-534.

riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo».

Ahora bien, como vemos, el título del nuevo precepto normativo hace referencia a la protección del derecho a la intimidad de las personas trabajadoras frente al uso de dichos dispositivos, mientras el contenido del mismo no hace alusión expresa a la protección de este derecho. Más bien, se refiere de forma expresa al tratamiento de imágenes y sonidos de las personas trabajadoras a través de sistemas de cámaras, videocámaras o grabación de sonidos. En ese sentido, hará falta que el empleador tenga absoluta consideración por lo dispuesto en la normativa de protección de datos¹³⁷⁴.

II.4.A. Aplicación de la normativa de protección de datos en el uso de estos sistemas

Efectivamente, la imagen de la persona trabajadora, en la medida en que la identifica o pueda identificarla, constituye un dato de carácter personal, puesto que representa un atributo principal de su personalidad y revela características únicas que la distinguen de las demás personas. Del mismo modo, lo son los sonidos —incluida la voz— que identifiquen o puedan identificar a una persona trabajadora¹³⁷⁵. En términos generales, según los sistemas de grabación de imágenes o sonidos se pongan en marcha, estos datos personales podrán ser capturados, almacenados o contrastados con otros archivos desde distintas posiciones. Este proceso significaría un tratamiento de datos personales, más allá de las finalidades que se aludan¹³⁷⁶.

La captación de imágenes a través de sistemas de videovigilancia ha venido llevándose a cabo desde hace mucho tiempo, la grabación de sonidos, no tanto. En todo caso, son innegables las ventajas de su utilización destinada a alcanzar unas finalidades técnicas de control o vigilancia. Se trata de medios destinados a alcanzar un eficaz seguimiento de las actividades encomendadas a las personas trabajadoras que permita, a su vez, una exacta evaluación de su desarrollo laboral y una puesta en marcha de mejoras en la organización empresarial¹³⁷⁷. Del mismo modo, resulta un medio eficaz para alcanzar los niveles de seguridad respecto de las

¹³⁷⁴ Se trataría de una contradicción normativa respecto de la denominación utilizada para dicho precepto, según MERCADER UGUINA, J. R., *Protección de datos...*, cit., 2019, p. 129. En todo caso, la aplicación de la normativa de protección de datos se entiende del artículo 2.1 de esta misma norma.

¹³⁷⁵ Puede consultarse AEPD, Informe Jurídico N° 497/2007.

¹³⁷⁶ Puede consultarse a ARZOZ SANTISTEBAN, X., *Videovigilancia, seguridad ciudadana y derechos fundamentales*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010. También, aunque sobre otro tema principal, ARZOZ SANTISTEBAN, X. y LAZCANO BROTONS, I., «La distribución de fotografías e imágenes por la policía y las autoridades de videovigilancia a los medios de comunicación», *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 67, 2003, p. 72.

¹³⁷⁷ Caso *Bărbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre (STEDH, Gran Sala, ap. 133). El empleador posee un interés legítimo de garantizar el buen funcionamiento de su empresa y que para ello puede establecer mecanismos de verificación del cumplimiento de los deberes profesionales de los empleados, de manera adecuada y con la diligencia necesaria.

instalaciones, de los bienes que se encuentran dentro de la empresa o respecto de las personas que se hallan dentro de la misma¹³⁷⁸.

Sin embargo, los efectos sobre la persona trabajadora pueden ser variados y producir auténticos daños, siempre degradantes. Con el avance y perfeccionamiento tecnológico, su capacidad técnica ha evolucionado hasta ser capaces de identificar con detalle y mayor precisión las características personales. Además, los avances se potencian con los desarrollos de *software* de nuevos análisis a partir de la información recolectada.

En lo relativo a las videocámaras, estas son capaces de recoger expresiones, gestos faciales o movimientos, desde un mayor alcance espacial, así como ofrecer desviaciones con respecto a patrones de movimiento predefinidos o elaborar perfiles más detallados que, posiblemente, incluyen tomas de decisiones también automatizadas¹³⁷⁹. Todo ello sin apenas intervención humana y durante intervalos pronunciados. El denominado «ojo electrónico» se vuelve cada vez más penetrante, dominante y ubicuo, teniendo en cuenta que las cámaras o videocámaras son capaces de captar todo en el espacio y tiempo que se dispongan para operar¹³⁸⁰. Por su parte, los sistemas de grabación de sonidos permiten captar comentarios privados, tanto de las personas trabajadoras como de terceras personas, que son completamente ajenos al interés profesional y, por tanto, irrelevantes desde la perspectiva de control de las obligaciones laborales. Por la naturaleza de la información a la que puede tenerse acceso, la grabación de datos referidos a conversaciones entre empleados o entre estos y terceros se configura incluso más intrusiva, respecto de su intimidad, que la captación de imágenes, y pueden tenerse también «consecuencias negativas para los trabajadores que, en todo caso, se van a sentir constreñidos de realizar cualquier tipo de comentario [...]»¹³⁸¹.

El uso que importe la captación de este tipo de datos posee una enorme capacidad agresiva sobre el ámbito de la vida privada de los trabajadores, no solo en la medida en que se puedan obtener datos o informaciones de los trabajadores que puedan llevar al empleador a conocer aspectos que forman parte de su ámbito privado. Del mismo modo, su mera existencia condiciona o limita la libre autodeterminación personal o sus relaciones con otros trabajadores, sin que sea necesaria la constatación de modificación de sus conductas o la existencia de una sensación de incertidumbre con impacto negativo sobre ellos¹³⁸².

¹³⁷⁸ Hemos tomado en consideración las apreciaciones recogidas por LLAMOSAS TRAPAGA, A., *Relaciones laborales y nuevas tecnologías...*, cit., 2015, p. 140.

¹³⁷⁹ GT 29, Dictamen 2/2017, *sobre el tratamiento...*, cit., p. 21.

¹³⁸⁰ Vid. MERCADER UGUINA, J. R., «Derechos fundamentales...», cit., 2001, p. 667.

¹³⁸¹ STC 98/2000, de 10 de abril. Al respecto puede consultarse a LLAMOSAS TRAPAGA, A., *Relaciones laborales y nuevas tecnologías...*, cit., 2015.

¹³⁸² GT 29, Dictamen 2/2017, *sobre el tratamiento...*, cit. Asimismo, el caso *Antović y Mirković c. Montenegro*, 28 de noviembre de 2017 (STEDH 70838/13). Sin perjuicio de reconocer que también ocurre una afectación a la

De esa forma, es evidente que existe relación entre la eventual captación de imágenes o sonidos de las personas trabajadoras y la protección que debe alcanzar a su intimidad en relación con dicha captación. No obstante, no hay lugar a contradicciones respecto a la normativa de protección de datos. Uno de los objetivos de la normativa de protección de datos es armonizar la protección de los derechos y libertades fundamentales de la persona trabajadora en relación con las actividades de tratamiento de sus datos de carácter personal donde está incluida su intimidad. Más bien, la mera incorporación de posibles medidas con fines de videovigilancia o sistemas de grabación viene a redimensionar el alcance de la intimidad y protección de datos de los trabajadores, en tanto se excluye de su protección cierto ámbito, incluso cuando el empleador los aplica respondiendo a fines legítimos.

II.4.B. El despliegue legítimo de los poderes empresariales en relación con dichos sistemas

La utilización de estos sistemas por parte del empleador ha venido representando un grave problema para la eficacia de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Es más, a raíz de su alcance e intromisión, se ha puesto en evidencia una profundización de los conflictos entre los intereses legítimos de las partes que constituyen la relación laboral. De hecho, la videovigilancia representa la parte más visible de los inconvenientes que se presentan a partir de su uso, aunque en ambos casos se trata de TIC que no sirven como herramientas de trabajo y no forman parte propiamente de la actividad laboral, sino más bien de dispositivos externos introducidos por el empleador.

Veamos que la facultad expresa al empleador introducida en el artículo 89 de la LOPDGDD para tratar imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras se sustenta en un interés empresarial de ejercer funciones de control que será legítimo en tanto se destine a garantizar el cumplimiento de las obligaciones y deberes de los trabajadores. Podríamos considerar que se pretende establecer un límite restrictivo al despliegue de la medida a este único interés legítimo. No obstante, es difícil concluir que con ello estemos ante un avance, teniendo en cuenta que antes de la entrada en vigor de esta nueva normativa ya se venía aplicando el tantas veces mencionado artículo 20.3 del ET que ha generado muchas críticas en relación con la falta de eficacia en la protección de los derechos de los trabajadores. La referencia tan amplia a la garantía del cumplimiento de obligaciones y deberes laborales para el uso de sistemas tan invasivos como son los sistemas de grabación de imágenes, no solo representa una pretensión de atajar una problemática del siglo XXI con una normativa del siglo

privacidad de terceros cuando son atendidos, por ejemplo, por personal de atención al público. Los terceros solo podrán aparecer en las imágenes en la medida estrictamente necesaria para garantizar la seguridad del negocio (bancos, establecimientos comerciales, etc.).

Sobre un estudio de la paradoja de la privacidad desde una perspectiva emocional, puede verse a SARABIA-SÁNCHEZ, F.-J., AGUADO J.-M. y MARTÍNEZ-MARTÍNEZ, I. J., «La paradoja de la privacidad en el entorno móvil: influencia de las emociones», *El profesional de la información*, vol. 28, n° 2, 2019.

XX, sino que no satisface la finalidad del sistema de protección de derechos fundamentales que sería poner en el centro, como eje regulador, al derecho fundamental¹³⁸³. Estamos de acuerdo con que «el legislador se ha centrado en considerar los sistemas tecnológicos como instrumentos de vigilancia y control al servicio del poder de dirección» y, con ello, «el enfoque adoptado se ha asentado sobre una suerte de presunción de intromisión legítima del empleador en la confidencialidad de los datos y la esfera privada de los trabajadores»¹³⁸⁴. No obstante puede representar un peligro para el ámbito del libre desarrollo de la personalidad de los trabajadores si no cuenta con límites más estrictos.

En lo que respecta a sistemas de grabación de sonidos de personas trabajadoras en el lugar de trabajo, el legislador ha sido mucho más estricto. Introduce la relevancia de los riesgos para la seguridad de instalaciones, bienes y personas, así como la vinculación de la actividad que se desarrolle en el centro de la empresa a dichos riesgos, como los factores que deberán confluirse para identificar como legítima la instalación de sistemas de grabación de sonidos.

El objetivo de velar por la seguridad no es un tema nuevo. Se le reconoce como un bien jurídico de interés público y uno de los «pilares primordiales de la sociedad», de competencia exclusiva del Estado que se complementa con la actuación de agentes privados¹³⁸⁵. Al hilo, no encontramos impedimento para reconocer que la licitud de un tratamiento destinado a evitar los riesgos relevantes para la seguridad de las personas podría entenderse sustentada en la existencia de un interés público e, incluso, en la necesidad de cumplir con obligaciones empresariales. Por el contrario, la referencia a los riesgos relevantes para la seguridad de instalaciones o bienes representa en su mayoría una protección más acorde con la intención de satisfacer intereses particulares.

El concepto de seguridad y la relevancia del riesgo que se exigen son conceptos amplios y dinámicos, y, vinculados al ámbito laboral, sin haber adquirido siquiera un desarrollo jurisprudencial sólido, todavía se presentan más versátiles¹³⁸⁶. Sin la asignación estricta y clara de las diferencias y las competencias necesarias para llevar a cabo acciones de este tipo, creemos que las dudas sobre su legitimidad se multiplican. No se ataja una realidad susceptible

¹³⁸³ También es una crítica recogida por MOLINA NAVARRETE, C., «Poder de geolocalización...», *cit.*, 2018.

¹³⁸⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Derechos laborales digitales...*, *cit.*, 2019, p. 168, en referencia a BAYLOS GRAU, A., «Una nota sobre el papel...», *cit.*, 2019, p. 159.

¹³⁸⁵ Preámbulo Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada. También parte de esta idea el comentario de GOÑI SEIN, J. L., «El derecho a la privacidad frente al uso de los dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo (Comentario al artículo 89 LOPDGDD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento...*, Tomo II, *cit.*, 2021, p. 4048.

¹³⁸⁶ Caso *Antović y Mirković c. Montenegro*, 28 de noviembre de 2017 (STEDH 70838/13, ap. 59). A pesar de estar referida a la videovigilancia en el ámbito laboral por razones de seguridad, no ha ahondado en el concepto ni se ha hecho un análisis profundo sobre su adecuación a dicho ámbito. Las alegaciones se han reducido a la falta de evidencia del real peligro de las instalaciones para concluir que la injerencia no se ajustaba a la ley.

de ampliar el ámbito de poder empresarial y de provocar un sometimiento de ciertos trabajadores a un estado de presión incompatible con sus derechos.

Aun así, el interés de proteger la seguridad es difícil de objetar desde su consideración de bien jurídico digno de protección. Lo cierto es que no puede negarse que la finalidad de la seguridad pueda estar vinculada a la satisfacción de intereses particulares del empleador derivado de su derecho de propiedad. Pudiendo estar ante intereses legítimos diferenciados, el problema que se presenta es cómo garantizar los derechos fundamentales a la intimidad y protección de datos en la utilización de estos sistemas, si el legislador no ha procurado respuestas según los distintos escenarios como necesidad de distintos despliegues de protección. El sistema de equilibrio de derechos fundamentales funciona con distintas reglas de juego, sobre todo, teniendo en cuenta que la satisfacción de un interés público o general podría permitir el sacrificio de los derechos y libertades de los trabajadores, mientras que la satisfacción de un interés particular solo sería legítima en tanto prevalezca sobre los intereses y derechos de los trabajadores, con las modulaciones propias de la relación laboral. Y que cada uno exigirá un distinto nivel de garantías para los derechos y libertades de los trabajadores.

De hecho, el concepto de seguridad utilizado para habilitar el tratamiento de datos personales a través de grabación de sonidos, así como sus complejas recurrencias, abre la puerta para trasladar el comentario al panorama de actuación empresarial referido a un eventual tratamiento de imágenes de las personas trabajadoras¹³⁸⁷. Una posibilidad que parecía cerrada líneas arriba.

Recurrimos al artículo 22.1 de la LOPDGDD que habilita el uso de videovigilancia para la satisfacción de un interés público¹³⁸⁸. En términos generales, regula que las «personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, podrán llevar a cabo el tratamiento de imágenes a través de sistemas de cámaras o videocámaras con la finalidad de preservar la seguridad de las personas y bienes, así como de sus instalaciones». Si bien es cierto que no se trata de una regulación específica que deba aplicarse frente al tratamiento de imágenes por parte de un empleador —y, de hecho, remite al artículo 89 el tratamiento por el empleador de dichos datos—, en la práctica, este podría llevar a cabo la instalación de cámaras de videovigilancia destinadas a estos fines que podrían incluir la captación de imágenes de sus trabajadores de forma indirecta. Así, dispositivos en un primer momento utilizados con fines de seguridad privada, grabarían

¹³⁸⁷El Memorandum Explicativo de la Recomendación CM/Rec(2015)5 del CdE, en relación con el punto 15.1 de la Recomendación reconoce que «[s]in perjuicio de las medidas relacionadas con procedimientos de defensa bien fundados, el uso de los sistemas y tecnologías de información, como la vigilancia por video en el lugar de trabajo o los sistemas de geolocalización, se limitará solo a las necesidades de organización y / o producción, o por razones de seguridad, o protección de la salud.»

¹³⁸⁸Según el Preámbulo de la LOPDGDD.

imágenes de las personas trabajadoras tales como hábitos de trabajo, relaciones conductuales con los compañeros de trabajo y con terceros no trabajadores en la empresa.

Sin mayores precisiones restrictivas, se evidencia la facilidad con la que podría confundirse la necesidad de satisfacción de un interés público con la satisfacción de un interés particular, o incluso utilizarlo como habilitación. Nuevamente, la adecuación de la medida a los parámetros legítimos se encuentra sujeta a interpretación de términos y conceptos excesivamente vagos y, en último caso, a enfrentarse a la inseguridad jurídica que viene aquejando desde antes de la nueva normativa. También eso se traduce potencialmente en mayores dificultades para identificar del todo como ilícitos los comportamientos del empleador, ante la inexistencia de límites específicos y concretos que determinen de forma clara hasta dónde puede ejercitarse esa vigilancia empresarial.

Luego, aun cuando desde la doctrina y jurisprudencia se ha impulsado la prohibición general de introducir el uso de dichos sistemas con el propósito principal y directo de monitorear el comportamiento o localización de los trabajadores, o vigilar de forma permanente la cantidad o calidad del trabajo individual, lo cierto es que en la práctica las captaciones pueden darse y producir un impacto igual de importante¹³⁸⁹. Incluso, desde la doctrina se han ido identificando escenarios de utilización de la videovigilancia, diferenciando, según el objetivo, entre aquellas medidas de control «ordinario», destinadas a la obtención de información sobre el cumplimiento del objeto del contrato, en búsqueda de la satisfacción del interés empresarial de velar por el adecuado desenvolvimiento de la obligación laboral; y, entre otras medidas de control «extraordinario», destinadas a la comprobación de actuaciones de los trabajadores que impliquen la comisión de faltas graves o delitos que afecten intereses empresariales distintos a los referidos al trabajo en sí mismo e, incluso, afecten al interés público¹³⁹⁰. O entre aquellas medidas de control tecnológico «directo», ligadas al objetivo de obtener información del comportamiento laboral del trabajador; de aquellas medidas de control tecnológico «indirecto» que, aún destinadas a otros fines, permiten el acceso a información sobre la actividad de los trabajadores¹³⁹¹.

¹³⁸⁹ Puede consultarse la Recomendación CM/Rec(2015)5 del CdE, punto 15.1 o, en el mismo sentido, el GT 29, Dictamen 4/2004, *relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara*, de 11 de febrero, que recoge, como regla general, que «no debe estar permitida la videovigilancia para el control directo de los trabajadores».

¹³⁹⁰ GUERRA RODRÍGUEZ, L., «Ejercicio del poder de control...», *cit.*, 2017, pp. 7/11.

Por su parte, PÉREZ CANET ha comentado la diferenciación en este punto entre su utilización como simple medida de monitorización rutinaria (control preventivo), y, su empleo puntual para esclarecer las sospechas razonables que puedan albergar el empleador sobre la existencia de incumplimientos laborales concretos (*ad hoc*). PÉREZ CANET, A., «De nuevo, sobre la videovigilancia como medida de control de la actividad laboral», *Revista de información laboral*, nº 1, 2018, pp. 55-63.

¹³⁹¹ GOÑI SEIN, J. L., «Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos», *Justicia laboral: revista de derecho del trabajo y de la seguridad social*, agosto, 2009, pp. 13-14. Referida también por GUERRA RODRÍGUEZ, L., *op. cit.*, pp. 7/11.

En todo caso, no se supera una regulación que, efectivamente, no sitúa a los derechos fundamentales como límites a la actuación empresarial. Con ello, se pierde el respeto por el deber de justificar el poder de control empresarial en la necesidad de controlar que las actividades de los trabajadores se realicen de manera correcta, y no en el derecho de propiedad¹³⁹². Así, podrían enmascararse actuaciones basadas en intereses públicos o particulares vinculados a la actividad laboral con el objeto real de controlar directamente a las personas trabajadoras, que alcancen extremos que no guarden relación directa con el desempeño laboral y que no exijan la existencia de una sospecha fundamentada sobre los trabajadores titulares de los datos¹³⁹³.

En ese sentido, tampoco se ha regulado en función del impacto específico que produce la instalación de estos sistemas según el objeto que pretenda alcanzar el empleador, que por sí mismos poseen un efecto mayor no solo entre ellos, sino también respecto de otras formas de llevar a cabo un control empresarial. Según esto, convendría que se hubiese incluido una prohibición genérica de llevar a cabo la instalación de estos sistemas. La única prohibición expresa que ha considerado el precepto normativo está referida también al impacto que puede producir su instalación en determinados lugares que reflejan ámbitos físicos que se reconocen objetivamente dotados de expectativas de intimidad. El empleador no podrá instalar «sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores [...], tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos»¹³⁹⁴. Pareciera que solo correspondería la exclusión de uso de estos sistemas en zonas físicas donde no se desarrolla prestación laboral alguna, dejando abierta la posibilidad de hacerlo en todas aquellas zonas que no se ajusten a dicha exclusión categórica.

No obstante, en la línea de esa extraordinariedad, nada dice sobre las directrices que deberá seguir el empleador cuando requiera emprender acciones de tratamiento de imágenes de trabajadores. La normativa no ha tenido en cuenta el cumplimiento de aquellos criterios lógicos de finalidad. También desde la transversalidad del principio de «responsabilidad proactiva», el empleador no puede ni debe basarse únicamente en la mera referencia a las habilitaciones teóricas integradas en la normativa para proceder a la instalación de estos sistemas. De ahí que debe imponerse al empleador la obligación de establecer, de forma explícita, unos motivos

¹³⁹² ABERASTURI GORRIÑO, U., «Control empresarial del correo electrónico...», *cit.*, 2015, pp. 181-220.

¹³⁹³ GT 29, Opinión 03/2013, *sobre limitación...cit.* Asimismo, la sentencia del caso *López Ribalda y otros c. España*, de 9 de enero de 2018 (STEDH 1874/13 y 8567/13). El Tribunal señalaba que la videovigilancia encubierta no siguió una sospecha fundamentada contra las empleadas toda vez que no estaba dirigida contra ellas, sino sobre todo el personal que trabajaba en las cajas registradoras, durante semanas, sin límite de tiempo y durante todas las horas de trabajo. También, el caso *Bărbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre de 2017 (STEDH Gran Sala 61496/08, ap. 135) y a MOLINA NAVARRETE, C., «El poder empresarial de control...», *cit.*, 2017, pp. 287-297.

¹³⁹⁴ Artículo 89.2 de la LOPDGDD. Se trata de la materialización jurídico-normativa de lo que venían afirmando los Tribunales desde hace casi dos décadas, por lo que la instalación en estos espacios supondría la vulneración del derecho a la intimidad de las personas trabajadoras (STC 98/2000, de 10 de abril).

concretos y específicos que justifiquen la decisión de realizar una videovigilancia y que, desde luego, respondan a unas necesidades palpables que se encuadren dentro de alguno de los fines genéricos y abstractos recogidos en los artículos 22.1 o 89 bajo comentario¹³⁹⁵, y que en ningún caso estén destinadas a grabar, reproducir o conocer la vida íntima de los trabajadores¹³⁹⁶.

En aras de cumplir con los criterios exigidos en la normativa general de protección de datos, deberá poner en marcha el análisis sistemático a partir de la naturaleza del beneficio que pretende obtener con la medida en concreto. En ese sentido, el tratamiento deberá responder también a criterios de proporcionalidad, y aquellos fines son la pauta necesaria. El legislador debió exigir de forma clara la obligación de los empleadores de llevar a cabo procesos documentados de verificación de los detalles del futuro tratamiento, en cuanto a que las imágenes objeto de tratamiento deban ser adecuadas, pertinentes y limitadas a lo necesario en relación con esos fines concretos para los que se haya decidido sean tratadas. Todo ello implica dejar establecido que la imagen de los trabajadores solo podrá tratarse si resulta útil para conseguir el objetivo concreto propuesto y procurando en todo momento disponer de la menor información posible. Ello requerirá, en particular, garantizar que se limite a un mínimo estricto su plazo de conservación¹³⁹⁷ y con acceso al mínimo personal, que solo deban tratarse si la finalidad del tratamiento no pudiera alcanzarse sin que se tenga acceso directo a las imágenes de los trabajadores. Una medida que debe exponerse a nuestro juicio según el lugar donde pretenda instalarse, o el tipo de sistema que pretende utilizar, vinculado a la capacidad de enfoque del mismo, así como los planos que puede enfocar o recoger con ellos.

Se trata de una obligación a que se presente, en conjunto, como un tratamiento, de acuerdo a todos estos detalles del alcance, útil para alcanzar los fines concretos y estrictamente necesario para tal fin¹³⁹⁸. No puede obviarse la necesaria valoración de la existencia de una prevalencia de los intereses del empleador sobre los de las personas trabajadoras en el momento y en el contexto dispuestos, teniendo en cuenta las expectativas razonables de estas

¹³⁹⁵ TEDH. Caso *Bărbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre de 2017 (STEDH Gran Sala 61496/08), ap. 121 y 135, al hilo del art. 52.1 CDFUE.

¹³⁹⁶ La ley 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en su artículo 7, las considera como intromisiones ilegítimas.

¹³⁹⁷ Que para el caso de los sonidos registrados se ha concretado en no más de un mes desde su recogida. El artículo 89.3 de la LOPDGDD deriva al empleador a cumplir con el deber de supresión de los sonidos conservados en los términos indicados en el artículo 22.3 del mismo cuerpo legal, que señala que los datos serán suprimidos «en el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo cuando hubieran de ser conservados para acreditar la comisión de actos que atenten contra la integridad de personas, bienes o instalaciones. En tal caso, las imágenes deberán ser puestas a disposición de la autoridad competente en un plazo máximo de en el setenta y dos horas desde que se tuviera conocimiento de la existencia de la grabación».

¹³⁹⁸ El GT 29, Dictamen 2/2017, *sobre el tratamiento...*, *cit.*, advierte que las cámaras pueden instalarse también en vehículos. Que incluso algunas de ellas podrían estar configuradas para grabar cuando se evidencian incidencias en aras de la seguridad de los trabajadores. No obstante, esto podría constituir un tratamiento de imágenes desproporcionado, puesto que podría utilizarse un sistema de frenado avanzado de emergencia o sistemas de alerta de abandono de carril que podrían ser igual de eficaces para alcanzar los fines propuestos.

últimas¹³⁹⁹ y el riesgo potencial que dicha medida podría significar sobre los trabajadores. De este modo, puede cumplir con su obligación de desplegar las medidas técnicas y organizativas que la norma le exige.

Por su parte, como pieza esencial para la garantía de los derechos de los trabajadores, ha eludido dotar de un sistema de participación activa de los representantes de los trabajadores en la etapa previa a la implantación de sistemas de este tipo.

II.5. La intimidad y protección de datos personales de las personas trabajadoras frente al uso de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral

De la misma manera, en el artículo 90 de la LOPDGDD se regula de forma expresa otra forma de control de los trabajadores a través de sistemas digitales. El precepto atribuye a los empleadores la posibilidad de que puedan «tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores (...) previstas, (...) en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores (...) siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo».

Al igual que en la videovigilancia y grabación de sonidos, el título del nuevo precepto normativo hace referencia a la protección del derecho a la intimidad de las personas trabajadoras, mientras el contenido del mismo se refiere de forma expresa al tratamiento de los datos de localización. En relación al derecho a la intimidad, estamos de acuerdo con que la regulación «defrauda más que innova, favoreciendo el interés empleador», pero añadimos que lo mismo sucede en relación con el derecho a la protección de datos de las personas trabajadoras¹⁴⁰⁰.

II.5.A. Los datos de geolocalización, también como datos personales

Los sistemas de geolocalización están basados en la capacidad de identificar la posición o ubicación geográfica de un objeto o de una persona¹⁴⁰¹. A partir de mayores precisiones, un conjunto organizado de *hardware* y *software* dispone de capacidades destinadas a determinar la georreferenciación o posicionamiento, más allá de la indicación de meras coordenadas geográficas. La tecnología de geolocalización se configura como una tecnología clave para

¹³⁹⁹ AEPD, Informe Jurídico N° 0475/2014.

¹⁴⁰⁰ MOLINA NAVARRETE, C., «Poder de geolocalización, intimidad y autodeterminación digital en las relaciones de trabajo: ¿un nuevo orden eficaz de garantías y límites?», *Diario La Ley*, n° 9319, Sección Tribuna, 2018.

¹⁴⁰¹ Puede consultarse a por LLAMOSAS TRAPAGA, A., *Relaciones laborales y nuevas tecnologías...*, cit., 2015, p. 163 y ss.

Los tipos de sistemas de geolocalización no se reducen al ya conocido GPS (Sistema de posicionamiento Global), aunque puede considerarse este el más utilizado. Para la navegación y el rastreo, el GPS es una tecnología comprobada y precisa que ha estado activa desde la década de 1970 en aplicaciones militares, comerciales y personales.

determinar el posicionamiento por ubicación, pero también para poder ejecutar cada vez más aplicaciones sensibles a dicha ubicación. Su presencia integrada, cada vez más extendida en dispositivos digitales y servicios digitales a través de aplicaciones informáticas facilita el intercambio rápido de datos, transformando flujos de telemetría en información utilizable. Por ejemplo, si se encuentran instalados en vehículos, podrían obtener información sobre el rendimiento del motor (encendido, apagado, ralentí), su mal funcionamiento, el comportamiento al volante e, incluso, los tiempos, intervalos o velocidad del vehículo¹⁴⁰². Si se encuentran en dispositivos móviles portátiles, podría considerarse un alcance de información mayor, teniendo en consideración que dichos dispositivos habrían sido cedidos para desarrollar la actividad laboral por lo que, de forma directa, el trabajador estaría en posesión continua de dicho dispositivo.

Ciertamente, como ha señalado el TEDH en su jurisprudencia, «la vigilancia por GPS debe distinguirse, por su propia naturaleza, de otros métodos de vigilancia visual o acústica que, por regla general, son más susceptibles de interferir en el derecho de una persona al respeto de su vida privada, porque revelan más información sobre la conducta, las opiniones o los sentimientos de una persona.» Ahora bien, si las circunstancias, el tratamiento y la utilización de datos son suficientemente útiles para la persona que despliega el dispositivo, la observación a través del GPS puede equivaler a una injerencia en su vida privada¹⁴⁰³.

Los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización son, pues, cualquier dato tratado en una red de comunicaciones electrónicas que indique la posición geográfica del equipo terminal de un usuario vinculado a una persona trabajadora identificada o identificable, y se constituyen como datos personales que merecen protección normativa¹⁴⁰⁴.

Es evidente que estos sistemas pueden ser útiles, especialmente, para aquellas labores que se han de desarrollar en lugares diferentes a los tradicionales espacios de trabajo fijos¹⁴⁰⁵. Toda la información que puede obtenerse permite obtener resultados y tomar decisiones informadas para ejercer sus poderes empresariales y realizar ajustes de eficiencia en el desempeño de las labores de las personas trabajadoras que generen mayores índices de productividad. No obstante, dado el alcance que tiene esta medida en términos generales, así como la cantidad de datos de diferente naturaleza que pueden obtenerse, podría tratarse de una

¹⁴⁰² Se alerta sobre este tratamiento de datos en GT 29, Dictamen 2/2017, *sobre el tratamiento...*, cit., p. 21.

¹⁴⁰³ Caso *Uzun c. Alemania*, de 2 de septiembre de 2010 (STEDH 35623/05, ap. 52). Además, en el Caso *Ben Faiza c. Francia*, de 8 de febrero de 2018 (STEDH 31446/12).

¹⁴⁰⁴ Sobre datos de localización puede consultarse el artículo 2 de la Directiva 2002/58/CE o el artículo 64.b) del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

¹⁴⁰⁵ ONTSI, *INFORME E-PYME 2018. Análisis sectorial...*, cit., 2019, p. 87. Serían los sectores de construcción, transporte y almacenamiento, y actividades inmobiliarias y administrativas los que optan en mayor medida por análisis de datos por geolocalización a partir de dispositivos portátiles.

forma eficaz para el empleador de obtener y generar información que refleje una monitorización continua, amplia y detallada de los movimientos de la persona trabajadora, útil para la elaboración de perfiles personales. Tal es el caso de aplicaciones informáticas que, de forma paralela a la localización de los trabajadores, generan informes sobre su rendimiento, realizan reconocimientos fáciles por fotografía, o, incluso, crean denominadas «zonas negras» que informan sobre movimientos no permitidos al dispositivo.

II.5.B. Despliegue de las facultades de control mediante geolocalización

La novedad de una normativa específica para este tipo de tratamiento no trasciende al contenido del precepto que se presenta como copia de la introducida para la utilización de sistemas de tratamiento de imágenes analizado en el punto anterior. Es decir, los empleadores podrán introducir sistemas de geolocalización para controlar a los trabajadores en tanto se destinen a garantizar el cumplimiento de las obligaciones y deberes derivados de su labor. Análisis y críticas sobre este aspecto que han de entenderse extrapoladas a este asunto¹⁴⁰⁶.

Estamos ante un precepto normativo de utilización de TIC en el ámbito laboral que opta por una especificación diferenciada de esta modalidad de control a los trabajadores, sin embargo, no ha sido capaz de habilitar un uso de los sistemas de geolocalización sometido a pautas mínimas ni criterios más específicos. Incluso, cuando las pautas y recomendaciones para un despliegue de mayores garantías efectivas para proteger los derechos de los trabajadores y para establecer límites más estrictos de actuación empresarial se han venido estableciendo desde hace mucho tiempo.

Por ejemplo, respecto a la obligación de exigir una causa específica, queda dejar atrás las meras referencias a intereses genéricos de «verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales» de los trabajadores¹⁴⁰⁷. En esa línea se ha venido explicando la justificación del tratamiento de los datos de geolocalización si forma «parte del control del transporte de personas o bienes o de la mejora de la distribución de los recursos para servicios en puntos remotos (por ejemplo, la planificación de operaciones en tiempo real) o cuando se trate de lograr un objetivo de seguridad en relación con el propio empleado o con los bienes o vehículos a su cargo»¹⁴⁰⁸. Del mismo modo sucede en relación al tratamiento de datos con fines diferentes a los que motivan una instalación de estos sistemas. En esa línea, los dispositivos de seguimiento de objetos o bienes, como los dispositivos de seguimiento de vehículos, no deben considerarse como dispositivos legítimos para determinar la localización de trabajadores, dado que el fin para que fueran implementados sería hacer un seguimiento o vigilancia de los bienes

¹⁴⁰⁶ En esta línea también MOLINA NAVARRETE, C., «Poder de geolocalización...», *cit.*, 2018, p. 1/4.

¹⁴⁰⁷ GT 29, Dictamen 2/2017, *sobre el tratamiento...*, *cit.*

¹⁴⁰⁸ GT 29, Dictamen 5/2005, *sobre el uso de los datos de localización con vistas a prestar servicios con valor añadido*, de 25 de noviembre. También, AEPD, Informe Jurídico N° 0090/2009.

de la empresa¹⁴⁰⁹. Se plantea la imposibilidad de utilizar estos dispositivos para que sean destinados al seguimiento y monitoreo de personal, que deberían entenderse legalmente prohibidos¹⁴¹⁰.

Puede verse el razonamiento de la Audiencia Nacional en la sentencia 13/2019 que declaraba vulnerado el derecho a la privacidad de los trabajadores. Para el Tribunal, la decisión del empleador de obligar a sus repartidores a aportar un teléfono móvil para «geolocalizar» pedidos que entregaban en beneficio de la empresa, instaurado para que los clientes usasen el servicio de geolocalización en tiempo real, supone una vulneración de la privacidad de los trabajadores¹⁴¹¹. Esta medida destinada a que el cliente conozca en todo momento la ubicación de su pedido no supera a juicio de la Sala dicho criterio de necesidad. Más bien, señala que una medida que supondría una menor injerencia en los derechos fundamentales de los empleados pudiera ser la implantación de «sistemas de geolocalización en las motocicletas en las que se transportan los pedidos o las pulseras con tales dispositivos que no implican para el empleado la necesidad de aportar medios propios y lo que es más importante, ni datos de carácter personal como son el número de teléfono o la dirección de correo electrónico en la que han de recibir el código de descarga de la aplicación informática que activa el sistema.»¹⁴¹². Además, queda claro, que la finalidad de la medida destinada a realizar la entrega en tiempo y condiciones de calidad debe cumplir con otros requisitos, dado que, siendo que los datos de localización son datos personales sometidos a tratamiento, «cualquier actuación empresarial que incida sobre los mismos afecta al derecho la privacidad del trabajador protegido por los arts. 18.1 y 4 de la CE [...]»¹⁴¹³.

¹⁴⁰⁹ GT 29, Dictamen 13/2011. *sobre los servicios de geolocalización en los dispositivos móviles inteligentes*, de 16 de mayo, p. 15.

¹⁴¹⁰ Puede consultarse la Recomendación CM/Rec(2015)5 del CdE, punto 16.1.

¹⁴¹¹ SAN 13/2019, de 6 de febrero (ROJ 136/2019).

¹⁴¹² La SAN 13/2019, de 6 de febrero (ROJ 136/2019).

Mientras la STSJ de Madrid 260/2014, de fecha 21 de marzo (ROJ 3074/2014), señalaba que al trabajador le asistía el derecho de protección de datos y, en consecuencia, también el derecho a estar debidamente informada respecto de la implantación de la medida y su finalidad.

Por su parte, la STSJ de Asturias 2191/2017, de 3 de octubre (ROJ 3032/2017), validaba el uso del GPS de la Tablet de un vendedor para probar que no trabajaba toda la jornada y que cobraba dietas pese a comer en casa.

También, el GT 29 plantea, entre otras cuestiones, la relativa a la línea divisoria entre la vida laboral y la privada. Al respecto: «En cualquier caso, el requisito relativo a la finalidad implica que un empleador no debería recoger datos de localización en relación con un empleado fuera de su tiempo de trabajo. Por consiguiente, el Grupo recomienda que se dote a los equipos puestos a disposición de los empleados, y especialmente a los vehículos que también puedan ser utilizados con fines privados, de un sistema que les permita desactivar la función de localización.» GT 29, Dictamen 5/2005, *sobre el uso de los datos de localización...*, *cit*.

¹⁴¹³ SAN 13/2019, de 6 de febrero (ROJ 136/2019, FD 6). Asimismo, la STSJ de Madrid 260/2014, de fecha 21 de marzo (ROJ 3074/2014, FD 16), resolvía el caso de un trabajador al que la empresa le había instalado un sistema de GPS en el vehículo que le había sido cedido para uso profesional, sin dar a conocer tal situación y las consecuencias del uso de esos datos recopilados. Señalaba que el hecho de que la empresa pudiese conocer en todo momento determinadas parcelas de la vida de la misma, por muy imbricadas que estuvieran con el desarrollo de la relación laboral, se incidía en la esfera del derecho a la intimidad personal.

En un reciente caso, el TS en su sentencia de 15 de septiembre de 2020¹⁴¹⁴, resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por una trabajadora despedida por la empresa en la que trabajaba al constatarse que había utilizado el vehículo de la empresa para fines no autorizados en fin de semana que no trabajaba. La Sala no encuentra vulneración del derecho a la intimidad ni a la protección de datos personales de la trabajadora, ya que tanto las condiciones del uso del vehículo como la finalidad de la existencia del GPS («garantizar la seguridad y coordinación de los trabajos») se comunicaron a la trabajadora de forma previa. La Sentencia recurrida entendió que la empresa utilizó los datos del GPS para una finalidad distinta a la prevista, en tanto recabó los que correspondían a tramos horarios ajenos a la jornada laboral. Sin embargo, el TS no comparte ese argumento e indica que «[l]a seguridad del vehículo -y la responsabilidad civil que pudiera aparecerse de un quebranto de la misma- sigue hallándose en la esfera de las obligaciones de la empresa, como titular del mismo, fuera de la jornada de trabajo». Más allá de lo peligrosa que resulta esta validación de un control empresarial que deviene fuera de la jornada de trabajo, consideramos que la Sentencia no hace el esfuerzo de analizar si el despliegue de las facultades del empleador fue legítimo. Efectivamente, «verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales» de los trabajadores justifica además garantizar la seguridad y coordinación de los trabajos. Pero nada se dice sobre que las características de la medida cumplieren con los criterios de proporcionalidad, es decir, si la implantación del GPS constituía, de acuerdo al trabajo desempeñado, una medida útil, necesaria y proporcional en relación a los tiempos y modo en los que se recogía la información. Ahora bien, si bien es cierto los hechos sucedieron antes de la entrada en vigor de la actual normativa de protección de datos personales y protección del derecho a la intimidad de los trabajadores frente al uso de sistemas de geolocalización, como norma general, un tratamiento de datos personales de los trabajadores no debería abarcar periodos de tiempo que no corresponden a los de la jornada de trabajo. La empleadora tiene la responsabilidad de proteger sus bienes en aquellos períodos de tiempo en los que la jornada laboral haya acabado, y tendrá la responsabilidad de activar unas garantías de protección de datos personales desde el diseño y por defecto, por ejemplo, menos intrusivos para garantizar la seguridad de un bien (que, en este caso, el empleador ha permitido siga en posesión de la trabajadora fuera del horario laboral). En todo caso, no es menos cierto que la persona trabajadora no puede ver reducida a cero su expectativa a la intimidad, por lo que las medidas que se hayan dispuesto, antes incluso de la normativa actual, deberían haber sido respetuosas con el derecho a la trabajadora a mantener dicha expectativa, aspectos que no pueden, además, verse socavados por una comunicación a la trabajadora sobre la existencia del sistema de

¹⁴¹⁴ STS 766/2020, de 15 de septiembre (ROJ 3017/2020)

geolocalización¹⁴¹⁵. En todo caso, la constatación de una comunicación sobre la existencia de sistemas de esta naturaleza no suponen habilitación suficiente para dar por válidas unas consecuencias sobre la trabajadora y sus derechos: recordemos que la verificación del cumplimiento del deber de informar es una condición de no convalida el incumplimiento de otros principios en materia de protección de datos, como ha sido el caso.

Además, teniendo en cuenta que era imposible alegar una verificación al desempeño laboral fuera de la jornada de trabajo, ¿el acceso a la información recopilada por el GPS constituía una medida legítima si no se demostraban indicios objetivos suficientes sobre si la seguridad del vehículo se veía comprometida? ¿En qué condiciones o en qué medida podía haberse accedido a la información sobre geolocalización? ¿La trabajadora tenía conocimiento de los casos que se consideraban como un riesgo para la seguridad del bien de la empresa que podría dar lugar a un acceso a la información referida? Además, ¿por cuánto tiempo se almacenaba esa información? No es materia de análisis si la actuación de la trabajadora constituyó una contravención a las obligaciones contractuales, sino si la actuación empresarial se realizó en cumplimiento de los derechos fundamentales en cuestión. El despido puede considerarse la consecuencia correcta ante la actuación de la trabajadora, pero ¿la actuación empresarial, y la consiguiente obtención de pruebas, fue respetuosa con tales derechos?

En todo caso conviene investigar si existe una necesidad demostrable de controlar la localización exacta de los vehículos, bienes y empleados con un fin legítimo y sopesar dicha necesidad con los derechos y libertades fundamentales de los trabajadores. Incluso más, saber cuál es el objeto de la decisión empresarial de dejar en manos de la trabajadora la responsabilidad sobre el vehículo en aquellos periodos de tiempo que no constituyen jornada laboral. Podría haberse optado por indicar la obligación de dejar estacionado en vehículo en determinado espacio, por ejemplo. También, el empresario debe poder demostrar que la necesidad del servicio requiere unas medidas de especial monitorización del producto, dado su valor o importancia. Además de buscar los medios menos intrusivos que eviten seguimientos continuos, pudiendo elegir, por ejemplo, sistemas de alerta ante desplazamientos innecesarios o fuera de ámbitos de trabajo o bloqueos de uso en sistemas más avanzados¹⁴¹⁶. Se requiere la exigencia de considerarlo, además de útil para alcanzar el fin, un medio de control subsidiario respecto de otros, y, en todo caso, proporcional¹⁴¹⁷. No menos importante, hace falta que la información brindada a la trabajadora sobre la existencia de sistemas GPS no convalide la

¹⁴¹⁵ Coincidimos con la opinión de CALVO GALLEGO, J., «Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral (Comentario al artículo 90 LOPDGDD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento...*, Tomo II, *cit.*, 2021, p. 4207 y ss.

¹⁴¹⁶ GT 29, Dictamen 13/2011. *sobre los servicios de geolocalización...*, *cit.*

¹⁴¹⁷ En la misma línea, CALVO GALLEGO, J., «Derecho a la intimidad...», *cit.*, 2021, p. 4163 y ss., en especial, p. 4208.

obligación de brindar una información detallada y clara sobre los usos, prohibiciones y consecuencias en caso de incumplimiento.

A partir de ahí, se exige el cumplimiento de minimizar el uso de datos personales de los trabajadores¹⁴¹⁸, a que se recolecten datos exactos y actualizados o se garantice que su plazo de conservación sea mínimo.

III. LAS MEDIDAS CONCRETAS PARA UN ADECUADO TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN LAS RELACIONES LABORALES

A pesar de las anomias o lagunas normativas que se identifican en la normativa, los principios generales relativos al tratamiento de datos personales deben ser cumplidos a cabalidad por el empleador. Estos principios, recordemos, se sitúan en el núcleo de la normativa general y se convierten en el objetivo que todo sistema, aplicación, servicio o proceso que pretenda ser utilizado por el empleador.

Recordemos también que, desde la transversalidad de su responsabilidad proactiva, los empleadores tendrán que ceñirse a la normativa general en este caso. Su responsabilidad de actuar como garantes directos de los derechos de los trabajadores requiere, no solo que sean quienes deciden los fines y medios del tratamiento de acuerdo a las bases jurídicas existentes, sino que actúen de forma concreta para prevenir o mitigar las consecuencias negativas que supongan las operaciones de tratamientos sobre los derechos fundamentales de las personas trabajadoras¹⁴¹⁹.

Para conseguirlo, es necesario que cumplan, además, con su deber de adoptar y aplicar una serie de medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con la normativa¹⁴²⁰. Medidas que presenta la normativa comunitaria conforme al cumplimiento del deber de garantizar un nivel de seguridad en el tratamiento; y que deberán ser tomadas de acuerdo a los resultados del análisis serio sobre la naturaleza, el ámbito, el contexto, los fines del tratamiento y riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de los trabajadores. Es decir, que requerirán la consideración del contexto específico de cada situación¹⁴²¹.

¹⁴¹⁸ Puede consultarse el documento de la AEPD, Resolución E/742/2008.

¹⁴¹⁹ Véase el artículo 24 del RGPD.

¹⁴²⁰ Artículo 24 del RGPD. *Vid.* PIÑAR MAÑAS, J. L., «Protección de datos: origen, situación actual y retos de futuro», en MURILLO DE LA CUEVA, P. L. y PIÑAR MAÑAS, J. L., *El derecho a la autodeterminación...*, cit., 2009, pp. 178-179. Asimismo, la Recomendación CM/Rec(2015)5 del CdE, punto 4.2.

¹⁴²¹ TRONCOSO REIGADA, A., «La seguridad en el tratamiento de datos personales (Comentario al artículo 32 RGPD y a la Disposición Adicional primera y Disposición Adicional decimoctava LOPDGDD)», TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento...*, Tomo I, cit., 2021, p. 1966. El autor hace un análisis comparativo con la legislación anterior sobre protección de datos en relación al tema de la seguridad.

Medidas que, por otro lado, no se han ampliado ni desarrollado como obligaciones específicas y diferenciadas en el ámbito laboral, ni siquiera en la LOPDGDD, a pesar de que los Estados poseen la responsabilidad de velar por que el establecimiento de cualquier medida que implique el tratamiento de datos personales de las personas, sean cuales sean sus características, vaya acompañada de garantías concretas, adecuadas y suficientes contra los abusos.

III.1. Actuaciones empresariales de acuerdo al riesgo para los derechos de los trabajadores

Un riesgo podría considerarse «un escenario que describe un evento y sus consecuencias, estimado en términos de impacto y probabilidad»¹⁴²², o la combinación de la posibilidad de que se materialice una amenaza y sus consecuencias negativas. Por su parte, una amenaza se entiende como cualquier factor de riesgo con potencial para provocar un daño o perjuicio a los interesados sobre cuyos datos de carácter personal se realiza un tratamiento. De ahí que pueda entenderse que un determinado riesgo se deriva de la exposición a amenazas, es decir, que las amenazas y los riesgos asociados están directamente relacionados. En consecuencia, identificar los riesgos siempre implica considerar la amenaza que los puede originar¹⁴²³.

Recordemos que el actual enfoque de protección de datos se caracteriza por la gestión continua de los riesgos potenciales con anterioridad al inicio del tratamiento y también cuando se esté desarrollando. Esbozada hasta aquí la obligación del empleador de establecer la naturaleza, el ámbito, el contexto, los fines del tratamiento, corresponde comentar las cuestiones relativas al análisis de los riesgos, a fin de que el empleador pueda identificar las medidas concretas que deberá poner en marcha.

III.1.A. La necesidad previa de llevar a cabo un análisis de riesgos

La normativa de protección de datos centra su atención en las amenazas sobre los derechos y libertades de los interesados, y la evaluación de los riesgos debe ser el resultado de una reflexión sobre las implicaciones que los tratamientos de datos de carácter personal pueden tener o tienen sobre los interesados. Se trata de establecer de forma detallada hasta qué punto una actividad de tratamiento, por sus características, el tipo de datos a los que se refiere o el tipo de operaciones, puede causar un daño a los interesados. El riesgo debe ponderarse sobre la

¹⁴²² GT 29, *Directrices sobre la evaluación de impacto relativa a la protección de datos (EIPD) y para determinar si el tratamiento «entraña probablemente un alto riesgo» a efectos del Reglamento (UE) 2016/679*, de 4 de abril de 2017. Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/wp248rev01-es.pdf> (última consulta, 30 de marzo de 2022).

¹⁴²³ Explicación obtenida de la AEPD, *Gestión del riesgo y evaluación de impacto en tratamientos de datos personales*, p. 32. Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-evaluaciones-de-impacto-rgpd.pdf> (última consulta: 30 de marzo de 2022).

base de una evaluación objetiva mediante la cual se determine si dichas operaciones suponen un riesgo o si el riesgo es alto¹⁴²⁴. Además, el nivel de riesgo se medirá según su probabilidad de materializarse y el impacto que tenga en caso de hacerlo. Ese análisis le permitirá al empleador gestionarlos y minimizarlos al máximo a través de la implantación de aquellas medidas más idóneas¹⁴²⁵.

En términos generales, el riesgo determina la obligatoriedad de ciertas medidas, aunque deberán modularse en función del nivel y del tipo de riesgo que el tratamiento conlleve. Del mismo modo, la obligatoriedad de algunas de las medidas solo se desplegará cuando el tratamiento suponga un alto riesgo para los derechos y libertades de los titulares de los datos¹⁴²⁶. En todo caso, se trata de que el responsable entienda el análisis de riesgos como un proceso y no como un mero cumplimiento puntual, y actuar en consecuencia. Comprender cómo un tratamiento de datos personales puede llegar a afectar a los derechos y libertades de los interesados «es la clave para diseñar y desarrollar sistemas confiables desde un punto de vista de protección de datos»¹⁴²⁷. Así, la gestión de riesgos no puede llevarse cabo de forma aislada o después del diseño o implementación de los tratamientos. Para ser eficaz y eficiente, deberá estar integrada en la gobernanza y políticas de la entidad¹⁴²⁸.

Aplicando la metodología planteada por la AEPD, el responsable deberá considerar determinados criterios, diferenciados en dos fases que se complementan. En la primera, deberá analizar aquellas referencias específicas en la normativa o contenidas en listas que invoquen el grado de riesgo de determinados tratamientos para los derechos y libertades de los interesados¹⁴²⁹. Al respecto, el propio RGPD ha recordado que aquellos tipos de operaciones que impliquen el uso de nuevas tecnologías pueden entrañar probablemente un alto riesgo para

¹⁴²⁴ Considerando (76) del RGPD. AEPD, *Guía sobre Listado de cumplimiento normativo*, p. 2. Disponible en: <https://www.aepd.es/media/guias/guia-listado-de-cumplimiento-del-rgpd.pdf> (última consulta: 30 de marzo de 2022).

¹⁴²⁵ AEPD, *Gestión del riesgo y evaluación de impacto en tratamientos de datos personales*, p. 32.

¹⁴²⁶ AEPD, *Guía del Reglamento General de Protección de Datos para responsables...*, cit., p. 16. Disponible en: <https://www.aepd.es/media/guias/guia-rgpd-para-responsables-de-tratamiento.pdf> (última consulta: 30 de marzo de 2022).

La AEPD ha puesto a disposición de los responsables la herramienta «Facilita-RGPD» y «Facilita-emprende» con el fin de que estos determinen si un tratamiento implica «un escaso nivel de riesgo para los derechos y libertades de los interesados, teniendo en cuenta que todo tratamiento conlleva un cierto nivel de riesgo». Para aquellos supuestos en los que la herramienta no cubre las necesidades de los responsables, corresponderá evaluar si las actividades de tratamiento entrañan un alto riesgo para los derechos y libertades del interesado. AEPD, *Gestión del riesgo y evaluación de impacto en tratamientos de datos personales*, p. 73. Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-evaluaciones-de-impacto-rgpd.pdf> (última consulta: 30 de marzo de 2022).

¹⁴²⁷ AEPD, *Guía de Privacidad desde el Diseño*, p. 12. Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-11/guia-privacidad-desde-diseno.pdf> (última consulta: 30 de marzo de 2022).

¹⁴²⁸ AEPD, *Gestión del riesgo y evaluación de impacto...*, cit., p. 23.

¹⁴²⁹ Por otro lado, la AEPD, en su calidad de autoridad de control, tiene la potestad de elaborar y publicar listas de los tipos de operaciones de tratamientos que requieran una EIPD, así como de aquellas operaciones que no la requieran, debiendo, en ambos casos, comunicar estas listas al Comité Europeo de Protección de datos (Artículos 35.4 y 35.5 del RGPD).

los derechos y libertades de las personas físicas¹⁴³⁰. Asimismo, la AEPD ha precisado que las elaboraciones de perfiles sobre cuya base se tomen decisiones que produzcan efectos jurídicos para las personas físicas o que les afecten de modo similar, así como los tratamientos a gran escala de datos sensibles¹⁴³¹, o la observación sistemática de zonas de acceso, son tratamientos que podrán entenderse de alto riesgo¹⁴³². Incluso el GT 29 advertía que el análisis de contenidos es un tratamiento de alto riesgo, en relación con la privacidad y las comunicaciones electrónicas¹⁴³³. También el artículo 28.2 de la LOPDGDD ha recogido algunos supuestos que podrían producir «mayores riesgos» y que deben tenerse en especial consideración por los responsables empleadores a la hora de adoptar las medidas técnicas y organizativas que le impone el «principio de responsabilidad proactiva»¹⁴³⁴. No obstante, en relación al análisis de los factores de riesgo en relación a las categorías de interesados del tratamiento o de responsables, la propia AEPD señala *a priori* que tratamientos relacionados con empleados o empleadores constituyen factores de riesgos «bajos». En todo caso, la mera existencia o ausencia de referencias concretas no podrá utilizarse como único indicador para determinar las acciones u omisiones empresariales para la realización de análisis de riesgos dirigidos a conocer los detalles específicos del impacto.

Por ello, en la segunda fase, el análisis ha de centrarse en evaluar las características de las actividades de tratamiento a fin de determinar los riesgos altos o bajos determinados. Aspectos como los fines del tratamiento (además de tomas de decisiones o elaboración de perfiles, análisis predictivo, prestación de servicios relacionados con la salud, seguimiento, control y observación de personas o la monitorización)¹⁴³⁵, y los detalles sobre el mismo: como su naturaleza, a través de la valoración de las características más básicas del tratamiento (además de categorías especiales de datos, datos a gran escala o seguimiento exhaustivo de las personas, si se combinan diferentes conjuntos de datos, si los datos se refieren a personas en situación de

¹⁴³⁰ Considerando (89) y art. 25 RGPD.

¹⁴³¹ Según el GT 29, para valorar si un tratamiento se realiza a «gran escala» debe tenerse en cuenta el número de interesados afectados (bien en términos absolutos, bien como proporción de una determinada población), el volumen de datos y la variedad de datos tratados, la duración o permanencia de la actividad de tratamiento o la extensión geográfica de la actividad de tratamiento. GT 29, *Directrices sobre los delegados de protección de datos (DPD)*, de 5 de abril de 2017, p. 8 y ss.

Incluso el GT 29 ha advertido, en relación con la privacidad y las comunicaciones electrónicas, que el reconocimiento de que los metadatos puede revelar datos muy sensibles es una adición fundamental para el nuevo Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas. GT 29, Dictamen 1/2017, *sobre la propuesta de Reglamento...*, cit., p. 9.

¹⁴³² AEPD, *Guía del Reglamento General de Protección de Datos para responsables...*, cit., pp. 24-25.

¹⁴³³ El considerando 19 y el artículo 6, apartado 3, letra b), establecerían la presunción legal lógica de que el análisis de contenido es un tratamiento de alto riesgo con arreglo al artículo 35 del RGPD y, aparentemente con independencia de la existencia de un alto riesgo residual, siempre requiere consultar previamente a la Autoridad (principal) de protección de datos.

¹⁴³⁴ Artículo que puede entenderse relacionado al documento del GT 29, *Directrices sobre las Evaluaciones...*, cit.

¹⁴³⁵ Pueden ampliarse las consideraciones en AEPD, *Gestión del riesgo y evaluación de impacto en tratamientos de datos personales...*, cit., p. 29 y ss. En todo caso, se debe mantener evidencia documentada de la casuística completa que se ha llevado a cabo para dicho análisis, incluso si el resultado ha determinado que las actividades de tratamiento no están expuestas a riesgos relevantes. Deberá documentarse adecuadamente los motivos por los cuales, sin lugar a dudas, se ha llegado a dicha conclusión.

vulnerabilidad); el alcance del tratamiento, debiendo valorarse los efectos o consecuencias del tratamiento (además de procesos de toma de decisiones con efectos jurídicos, si se realiza una valoración de riesgo crediticio, si se valora la exclusión de beneficios sociales o fiscales, etcétera); el contexto, es decir, el conjunto de circunstancias bajo las cuales se realizarán las actividades de tratamiento (si existen varios responsables del tratamiento, si existen cadenas complejas de encargados de tratamiento, si se producen transferencias internacionales o si existen cesiones de datos, como en el caso de la computación en la nube) ¹⁴³⁶.

La normativa general señala que, si el resultado del análisis determina que el tratamiento conlleva un escaso riesgo, no sería necesario análisis adicional. De lo contrario, el responsable estaría obligado a llevar a cabo un posterior análisis de riesgos a través de una Evaluación de Impacto relativa a la protección de datos (EIPD, en adelante) ¹⁴³⁷. Ahora bien, la AEPD señala que basarse únicamente en esos dos niveles de riesgo «podría ser una dificultad a la hora de establecer una gestión eficaz del riesgo, pues limitaría la granularidad para la evaluación del riesgo residual y, en general, para la gestión del riesgo a lo largo del ciclo de vida del tratamiento.», por lo que considera necesario establecer los niveles de riesgo «muy alto», «alto», «medio» y «bajo» ¹⁴³⁸.

Al hilo, como ejemplo, nos interesa comentar la consulta que hace un Colegio profesional a la Agencia Catalana de protección de datos sobre la utilización de sistemas de fichaje mediante huella dactilar con finalidad de control horario de los trabajadores. Entre otras cosas, la Autoridad de control señala que, dada la naturaleza de los datos biométricos, parece que se deberá optar en primer lugar por otros sistemas de control que, sin utilizar categorías de datos especialmente protegidos, puedan permitir alcanzar la misma finalidad. Además, dadas las circunstancias de la consulta, «no parece que se pueda concluir la proporcionalidad de la utilización de la huella dactilar», excesiva en relación con el ámbito y finalidades determinadas para establecer un sistema de control horario. Asimismo, recomienda la elaboración de una Evaluación de Impacto para determinar la legitimidad y proporcionalidad de la medida ¹⁴³⁹.

¹⁴³⁶ El punto 143. del Memorándum Explicativo de la Recomendación CM/Rec(2015), señala que la computación en la nube supone un procesamiento que representa riesgos específicos para los derechos de los empleados. Los datos son almacenados o procesados por un proveedor de la nube y/o sus subcontratistas y la pérdida del control sobre los datos personales no puede ser evitada. Asimismo, tener información insuficiente sobre cómo, dónde y quién procesa o subprocesa los datos.

¹⁴³⁷ La AEPD ha puesto en marcha la herramienta «Gestiona EIPD» como guía a los usuarios a través de los elementos básicos que deben ser tenidos en cuenta en los análisis de riesgos de los tratamientos y en las evaluaciones de impacto. Sobre todo, señala que se trata de una herramienta que puede ser especialmente útil para aquellas PYMES que necesitan iniciarse en la realización de evaluaciones de impacto en protección de datos personales.

¹⁴³⁸ Que se obtiene de la combinación de niveles de impacto del riesgo en «muy significativo», «significativo», «limitado» y «muy limitado», así como con niveles de probabilidad de ocurrencia de «muy alta», «alta», «baja» e «improbable». AEPD, *Gestión del riesgo y evaluación de impacto en tratamientos de datos personales...cit.*, p. 74.

¹⁴³⁹ ACPD, Dictamen en relación a la consulta CNS 63/2018, de 14 de febrero de 2019, p. 7.

En todo caso, el problema que advertimos sobre el análisis de riesgos preliminar en el ámbito de las relaciones laborales es el de su ineficacia. ¿Cómo puede recaer en el empleador el poder de decidir unilateralmente qué grado de riesgo supone determinada operación de tratamiento sobre el derecho de los trabajadores si actúa desde antes en una posición de superioridad? El nuevo modelo de responsabilidad proactiva —de control *ex post*— no alcanza sus objetivos si no cuenta con ciertos límites y controles previos por parte de los representantes de los trabajadores y de los poderes públicos¹⁴⁴⁰.

Por otro lado, dada la diversidad de amenazas que pueden establecerse y de que las que se identifiquen puedan evolucionar en el tiempo y adaptarse a los continuos cambios tecnológicos, la dificultad para analizar la naturaleza de los riesgos se presenta como un factor importante a tener en cuenta. Ciertamente, desde la doctrina se reconoce la necesidad de llevar a cabo una evaluación de riesgos adecuada, para lo que hará falta establecer lo que se ha venido a llamar «entradas dinámicas», como una monitorización sistemática que pueden llevarse a cabo a través de herramientas SIEM (*Security Information and Event Management*, por sus siglas en inglés)¹⁴⁴¹. Aun así, desconocemos si, a partir de la teórica responsabilidad proactiva, los empleadores podrán llevar a cabo adecuados análisis de riesgos que se adapten a la diversidad y evolución de amenazas, o si quiera, que existan a su disposición herramientas tecnológicas para ello.

III.1.B. Evaluación de Impacto relativa a la protección de datos y la intervención de la Agencia de Control

Según el RGPD, una EIPD no es de obligatoria realización en todos los casos. En términos generales, su procedencia queda circunscrita al alto riesgo que pueda entrañar un tipo de tratamiento para los derechos y libertades de las personas físicas, en particular si se utilizarán nuevas tecnologías, pero también por su naturaleza, alcance, contexto o fines¹⁴⁴². Tampoco la norma española ha previsto su obligatoriedad o señalado tratamientos específicos que requieran una EIPD previa. Ahora bien, en aquellos casos en los que no esté clara la necesidad de llevar a cabo una EIPD, es recomendable que se lleve a cabo la realización de la misma.

Aunque de modo no exhaustivo, el RGPD exige una EIPD en algunos supuestos particulares. Por ejemplo, en aquellos en los que el carácter del tratamiento sea automatizado y

¹⁴⁴⁰ Recordemos el documento del GT 29, Dictamen 3/2010, *sobre la responsabilidad...*, *cit.*, p. 18.

¹⁴⁴¹ ACINAS GARCÍA, N., «Seguridad de los tratamientos: los análisis de riesgos, la seudonimización, el cifrado y la adhesión a códigos de conducta (Comentario al artículo 32 RGPD), en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento...*, Tomo I, *cit.*, 2021, p. 2035.

¹⁴⁴² Artículo 35.1 del RGPD. Aquellos tipos de operaciones que impliquen el uso de nuevas tecnologías, pueden entrañar probablemente un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas [Considerando (89) y artículo 25 RGPD].

que implique una «evaluación sistemática y exhaustiva» de aspectos personales de personas trabajadoras, que incluye la elaboración de perfiles, y sobre cuya base se tomen decisiones que produzcan efectos jurídicos sobre estos sujetos, o que les afecten de modo similar¹⁴⁴³. En este caso, deben concurrir tales características para que la obligatoriedad se despliegue: el tratamiento automatizado, que la evaluación sea sistemática, que sea exhaustiva, que el fin sea la toma de decisiones que produzca efectos jurídicos o que dichas decisiones afecten a los sujetos.

Se observa que, añadida a la dificultad de garantizar que los empleadores cumplan por su propia cuenta con llevar a cabo una Evaluación de Impacto, la normativa no permite la precisión sobre el alcance de las características que se exigen para este supuesto. Resulta una tarea difícil determinar dónde están los límites técnicos y jurídicos para precisar si un tratamiento puede considerarse sistemático o exhaustivo; o cómo pueden comprobarse los efectos jurídicos que puedan producir tales tratamientos. Asimismo, cuáles pueden ser aquellos otros efectos perjudiciales que pueden considerarse para el caso; o qué se quiere decir cuando se dice que deben ser «similares», por ejemplo.

Del mismo modo, se exige una EIPD en los casos de «tratamiento a gran escala de las categorías especiales de datos personales, o datos sobre condenas e infracciones penales o medidas de seguridad conexas», situaciones que pueden materializarse en exclusión o discriminación contra unos u otros trabajadores¹⁴⁴⁴. En este supuesto basta que se trate de datos pertenecientes a categorías especiales, aunque precisa que dicho tratamiento sea a «gran escala»¹⁴⁴⁵.

Además, tenemos aquellos supuestos en los que se está frente a una «observación sistemática a gran escala de una zona de acceso público»¹⁴⁴⁶ que puede incluir una observación a los trabajadores que permita supervisarlos o controlarlos¹⁴⁴⁷.

¹⁴⁴³ Artículo 35.3.a) del RGPD.

¹⁴⁴⁴ Artículo 35.3.b) del RGPD

¹⁴⁴⁵ El GT 29 contribuye al alcance de «gran escala», y recomienda que se tengan en cuenta los siguientes factores: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/wp243rev01-es.pdf>

1. el número de interesados afectados, bien como cifra concreta o como proporción de la población correspondiente;
2. el volumen de datos o la variedad de elementos de datos que son objeto de tratamiento;
3. la duración, o permanencia, de la actividad de tratamiento de datos;
4. el alcance geográfico de la actividad de tratamiento.

¹⁴⁴⁶ Artículos 35.3, 35.4, y 35.5 del RGPD.

¹⁴⁴⁷ GT 29, *Directrices sobre la evaluación de impacto...*, cit. Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/wp248rev01-es.pdf> (última consulta: 30 de marzo de 2022).

El GT 29 interpreta «sistemática» en uno o más de los siguientes sentidos (véanse las Directrices del GT 29 sobre el delegado de protección de datos, WP 243):

- que se produce de acuerdo con un sistema;
- preestablecido, organizado o metódico;
- que tiene lugar como parte de un plan general de recogida de datos;

Hasta aquí, las precisiones normativas mantienen las dudas en torno a llevar a cabo una adecuada gestión de los riesgos para los derechos y libertades de los trabajadores. No solo estamos ante las dificultades vinculadas a las propias TIC que procuran unas operaciones de tratamiento de datos personales que no son visibles a los ojos de las personas interesadas, por tanto, que no permiten un escrutinio adecuado y oportuno. Se presenta difícil controlar las actuaciones de los responsables del tratamiento respecto de su obligación de llevar a cabo una EIPD frente a estos lineamientos tan cargados de un amplio margen de interpretación.

Ahora bien, la AEPD publica en 2019 una Lista orientativa de tipos de tratamiento que requerirán una EIPD, de conformidad con el artículo 35.4 del RGPD. La Autoridad de control señala que dicha obligatoriedad se desplegará «en la mayoría de los casos» en los que un tratamiento «cumpla con dos o más criterios de la lista», salvo que el tratamiento se encuentre en la lista de tratamientos que no requieren EIPD, de conformidad con el artículo 35.5 del RGPD. Por lo que puede interesar en el ámbito laboral, encontramos, en primer lugar, la exigencia de esta evaluación en aquellos tratamientos «que impliquen perfilado o valoración» de trabajadores, incluida la recogida de datos sobre el desempeño en el trabajo, personalidad y comportamiento, «que cubran varios aspectos de su personalidad o sobre sus hábitos». En segundo lugar, si se trata de un tratamiento que implique la toma de decisiones automatizadas o que contribuya en gran medida a la toma de tales decisiones, incluyendo cualquier tipo de decisión que impida a un trabajador el ejercicio de un derecho o el acceso a un bien o un servicio o formar parte de un contrato. En tercer lugar, se señala como un caso que puede requerir una EIPD cuando un tratamiento implique la observación, monitorización, supervisión, geolocalización o control de los trabajadores de forma sistemática y exhaustiva, que incluye «la recogida de datos y metadatos a través de redes, aplicaciones o en zonas de acceso público, así como el procesamiento de identificadores únicos que permitan la identificación de usuarios de servicios de la sociedad de la información como pueden ser los servicios web, TV interactiva, aplicaciones móviles, etc.». De hecho, el CEPD señala que, por ejemplo, algunas aplicaciones del IoT, ante la posibilidad de tener un impacto significativo sobre la vida diaria y la privacidad de las personas, requieren una EIPD. En cuarto lugar, para el caso de tratamientos que impliquen el uso de categorías especiales de datos, datos relativos a condenas o infracciones penales o datos que permitan determinar la situación financiera o de solvencia patrimonial o deducir información sobre las personas trabajadoras relacionadas con categorías especiales de datos. En quinto lugar, tratamientos que impliquen el uso de datos biométricos con el propósito de identificar de manera única a un trabajador. En sexto lugar, en aquellos que impliquen el uso de datos genéticos para cualquier fin. En séptimo lugar, que

- que se lleve a cabo como parte de una estrategia.

El GT 29 interpreta «zona de acceso público» como cualquier sitio abierto a cualquier persona, por ejemplo, una plaza, centro comercial, calle, mercado, estación de tren o biblioteca pública.

impliquen el uso de datos a gran escala. En octavo lugar, en tratamientos que impliquen la asociación, combinación o enlace de registros de bases de datos de dos o más tratamientos con finalidades diferentes o por responsables distintos. En noveno lugar, tratamientos de datos de sujetos vulnerables, que podrían considerarse los trabajadores. En décimo lugar, en tratamientos que impliquen la utilización de nuevas tecnologías o un uso innovador de tecnologías consolidadas, incluyendo la utilización de tecnologías a una nueva escala, con un nuevo objetivo o combinadas con otras, de forma que suponga nuevas formas de recogida y utilización de datos con riesgo para los derechos y libertades de las personas trabajadoras. En décimo primer lugar, tratamientos de datos que impidan a los trabajadores ejercer sus derechos, utilizar un servicio o ejecutar un contrato, «como por ejemplo tratamientos en los que los datos han sido recopilados por un responsable distinto al que los va a tratar y aplica alguna de las excepciones sobre la información que debe proporcionarse a los interesados» según el RGPD.

Respecto de aquellos casos en los que la AEPD considera que no es necesario realizar dicha EIPD, siempre exige que dicha decisión haya de estar suficientemente fundamentada, en aquellos casos de tratamientos que deban realizarse «estrictamente bajo las directrices establecidas o autorizadas con anterioridad mediante circulares o decisiones emitidas por las Autoridades de Control, en particular la AEPD, siempre y cuando el tratamiento no se haya modificado desde que fue autorizado». Además, en aquellos tratamientos que se realicen «estrictamente bajo las directrices de códigos de conducta aprobados por la Comisión Europea o las Autoridades de Control, en particular la AEPD, siempre y cuando una EIPD completa haya sido realizada para la validación del código de conducta y el tratamiento se implementa incluyendo las medidas y salvaguardas definidas en la EIPD». También, en tratamientos que sean necesarios para el cumplimiento de obligaciones legales, misiones realizadas en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable, pero siempre que no exista mandato legal de obligación de una EIPD y «siempre y cuando ya se haya realizado una EIPD completa». Por otro lado, en aquellos tratamientos que sean realizados en el ejercicio profesional individual de trabajadores autónomos, salvo que cumplan, de forma significativa, con dos o más criterios establecidos en la lista de tipos de tratamientos de datos que requieran una EIPD. Curiosa la exclusión de tratamientos realizados por las PYMES, obligatorios por ley y realizados con relación a la gestión interna del personal cuya finalidad sea la «contabilidad, gestión de recursos humanos y nóminas, seguridad social y salud laboral»¹⁴⁴⁸.

En modo general, la normativa deja abierta la posibilidad de que, según las circunstancias, sea «razonable y económico que una evaluación de impacto relativa a la

¹⁴⁴⁸ AEPD, *Lista orientativa de tipos de tratamientos que no requieren una evaluación de impacto relativa a la protección de datos según el artículo 35.5 RGPD*. Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/ListasDPIA-35.5I.pdf>

protección de datos personales abarque más de un único proyecto», como puede ser el caso de varios responsables que proyectan la introducción de una aplicación o un entorno de tratamiento común en un sector o segmento empresarial¹⁴⁴⁹.

Con el fin de valorar la particular gravedad y probabilidad del alto riesgo, esta herramienta preventiva obliga al responsable a que cumpla también con una mínima metodología de actuación: al menos, cuatro aspectos agrupados en dos secciones¹⁴⁵⁰.

Una sección ha sido denominada por la AEPD como «el contexto del tratamiento». Por un lado, incluye una descripción sistemática de la actividad de tratamiento prevista y de los fines del tratamiento, siendo necesaria una descripción detallada del ciclo de vida¹⁴⁵¹ y del flujo de datos en el tratamiento; debe incluir la identificación de los datos tratados, de los intervinientes, terceros, sistemas implicados y cualquier elemento relevante que participe en la actividad de tratamiento. Por otro, una evaluación de la base de legitimación, la finalidad y la necesidad y proporcionalidad del tratamiento que se pretenden llevar a cabo.

La otra sección ha sido denominada como la «gestión de riesgos» e incluye, de acuerdo a los riesgos y amenazas identificados, por un lado, una evaluación de los riesgos para los derechos y libertades de los interesados, y, por el otro, las medidas previstas para afrontar los riesgos, incluidas garantías, medidas de seguridad y mecanismos que garanticen la protección de datos personales¹⁴⁵². La evaluación de riesgos implicará la evaluación de la probabilidad y el impacto de que se materialicen los riesgos a los que está expuesta la actividad empresarial, mientras que la aplicación de medidas implicará el tratamiento de los riesgos, es decir, dar una respuesta ante los riesgos identificados, con el objetivo de minimizar la probabilidad y el impacto de que estos se materialicen hasta un nivel de riesgo aceptable que permita garantizar los derechos y libertades de las personas físicas.

Del seguimiento de estos pasos se podrá llegar a una conclusión, teniendo como base el nivel de riesgo residual obtenido durante la fase de gestión de riesgos. Si la conclusión de la EIPD resulta favorable, la actividad de tratamiento puede llevarse a cabo, siempre y cuando las medidas de control incluidas en el plan de acción hayan sido implantadas. Si, por el contrario,

¹⁴⁴⁹ Considerando (92) del RGPD.

¹⁴⁵⁰ Art. 35.7 RGPD.

¹⁴⁵¹ La AEPD señala que el típico ciclo de vida de los datos se puede dividir en las siguientes etapas: captura de datos, clasificación y almacenamiento, uso y explotación, cesiones y transferencias y bloqueo y o supresión. *Vid.* AEPD, *Gestión del riesgo y evaluación de impacto en tratamientos de datos personales*, p. 66. Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-evaluaciones-de-impacto-rgpd.pdf> (última consulta: 30 de marzo de 2022).

¹⁴⁵² Como último paso en la realización de una EIPD, el responsable deberá elaborar un plan de acción documentado que incluya la descripción de todas las medidas de control definidas para tratar los riesgos identificados y actuar conforme al resultado obtenido. Señala la AEPD que un plan de acción «es el conjunto de iniciativas que se deben llevar a cabo para implantar los controles que ayudan a reducir el riesgo de una actividad de tratamiento hasta un nivel considerado aceptable». AEPD, *Guía práctica para las Evaluaciones de Impacto...*, *cit.*, p. 33.

la conclusión no es favorable, se deberá analizar la posibilidad de incluir medidas de control adicionales que disminuyan los niveles de exposición al riesgo hasta un nivel aceptable. Si esto último no fuese posible, incluso con esas medidas adicionales, el tratamiento no podría llevarse a cabo, y será obligatorio activar el procedimiento de consulta previa a la Autoridad de Control. Esta segunda medida involucra una adecuada supervisión, una posterior revisión de la implantación de las medidas de control que vengán definidas en la Evaluación de Impacto, así como un asesoramiento al empleador sobre la proporcionalidad o no de la medida que intente este último implementar¹⁴⁵³.

Como vemos, aquí se ven condensados todos los principios y criterios con los que debe cumplir el responsable del tratamiento y, al ser una medida de carácter preventivo, en teoría, constituye una medida de un alto contenido de efectividad para la protección de los derechos de las personas trabajadoras que nos ocupan. Sobre todo, en lo relativo a los tratamientos a través las TIC que estamos comentando.

El CEPD se refiere a la EIPD como «un proceso concebido para describir el tratamiento, evaluar su necesidad y proporcionalidad y ayudar a gestionar los riesgos para los derechos y libertades de las personas físicas derivados del tratamiento de datos personales evaluándolos y determinando las medidas para abordarlos.» Por tanto, como proceso, los responsables no pueden realizarlo como una actividad puntual y aislada en el tiempo. Además, si bien es cierto debe tratarse de un proceso documentado, su existencia no puede reducirse al mero Informe que refleje sus resultados.

No obstante, al no ser obligatoria en todos los supuestos generales de tratamiento ni en aquellos llevados a cabo por el empleador, quedarán fuera de su efecto protector muchos casos de tratamiento de datos personales de trabajadores.

Aquí también el despliegue de las debidas garantías está supeditado a una decisión del empleador que puede llegar a ser suficientemente discrecional, que puede escapar al control previo de los poderes públicos. Sin duda, la LOPDGDD ha desperdiciado una gran oportunidad para otorgar una protección reforzada o mayores estándares de garantía de acuerdo al carácter intrusivo y al alto nivel de riesgo que puede provocar las actividades de tratamiento a través de las TIC sobre los derechos y libertades fundamentales de las personas trabajadoras. Aun así, con objeto de dar mayores facilidades a los responsables en la realización de este proceso, la AEPD viene publicando modelos y guías actualizadas para llevar a cabo este proceso y documentar ante la Autoridad de Control sus resultados. También se encuentra desarrollando herramientas digitales para ayudar a los responsables a llevar adelante una EIPD, como es

¹⁴⁵³ Art. 36 RGPD.

«Evalúa-Riesgo RGPD». Hay que decir que hasta el momento del cierre de este trabajo no existen herramientas específicas para el ámbito laboral.

Un tema que reviste especial importancia del artículo 35.9 del RGPD al ámbito laboral. Este precepto dispone que, cuando proceda, podrá recabarse «la opinión de los interesados y de sus representantes» en relación con el tratamiento previsto, que podría suponer formular alguna consulta a la «representación unitaria y/o sindical en la empresa»¹⁴⁵⁴. Ámbito que podría haber servido para incorporar mejoras significativas en la garantía de protección de datos personales de los trabajadores.

En términos teóricos, se exige al empleador que considere que sus decisiones deben comportar para la esfera protegida el menor sacrificio, sin que se identifique un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable» entre el alcance de la restricción de los derechos y libertades fundamentales de las personas trabajadoras y el grado de satisfacción del interés que trata de proteger¹⁴⁵⁵. Se le compele a que, si no realiza el trabajo de identificar todos estos aspectos, no será reconocible un futuro tratamiento de datos conforme a Derecho. Pero en la práctica, el tema resulta más complejo, dadas las matizaciones de cada medida que se pretenda adoptar.

Incluso, a pesar de que las medidas que se hayan dispuesto en la normativa puedan resultar teóricamente eficaces, la exigencia de objetividad decae ante la posibilidad de que el resultado sea una decisión discrecional. En definitiva, es una evidente muestra de continua materialización de inseguridad jurídica que somete la obligatoriedad de la EIPD a un concepto jurídico también indeterminado como es el «alto riesgo» para los derechos y libertades, y que se inicia desde el RGPD¹⁴⁵⁶. Cualquier declaración por parte de los poderes públicos de tratamiento inadecuado será posterior a la vulneración de derechos que puedan haber producido los mismos, cuando la eficacia normativa esperada ya ha fracasado.

III.1.C. Protección de datos de los trabajadores desde el diseño y por defecto: la «nueva» normalidad organizativa de la empresa

La responsabilidad proactiva determina que el empleador responsable del tratamiento deba pensar y actuar en términos de protección de datos y garantía de los derechos y libertades de los interesados, desde el mismo momento en que diseña un tratamiento de datos personales. En particular, el responsable deberá aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas «tanto en el momento de determinar los medios de tratamiento como en el propio tratamiento»¹⁴⁵⁷. Ello indica que la protección de datos desde el diseño y por defecto se proyecta también sobre

¹⁴⁵⁴ BAZ RODRÍGUEZ, J., *Privacidad y protección de datos...*, cit., 2019, p. 88.

¹⁴⁵⁵ Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F., «Contrato de trabajo...», cit., 2003, pp. 100-101.

¹⁴⁵⁶ Vid. PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *El derecho a la protección...*, cit., 2017, p. 121.

¹⁴⁵⁷ Artículo 25 del RGPD.

los productos y servicios que se utilicen para llevar a cabo el tratamiento de datos de las personas trabajadoras.

Estas medidas y políticas internas suponen un enfoque orientado a la gestión de cada uno de los eventuales riesgos identificados, minimizándolos hasta un nivel de riesgo aceptable que permita cumplir los requisitos normativos y garantizar los derechos y libertades de las personas físicas de forma eficaz.

La garantía eficaz se asume desde la protección de los datos personales de forma preventiva. Por ello, en la fase de diseño de un tratamiento se exige una obligación que incluye actuaciones de control y garantía de un nivel de seguridad adecuado en función de los riesgos detectados en el análisis previo¹⁴⁵⁸. Se debe pensar, por ejemplo, «en reducir al máximo el tratamiento de datos personales, seudonimizar lo antes posible los datos personales, dar transparencia a las funciones y el tratamiento de datos personales, permitiendo a los interesados supervisar el tratamiento de datos y al responsable del tratamiento crear y mejorar elementos de seguridad»¹⁴⁵⁹. Las exigencias derivadas de la protección de datos en el diseño y, en especial, del principio de minimización, obligan a escoger aquellas TIC que resulten menos intrusivas desde el punto de vista de la protección de datos, lo que incluye, además de escoger formas de alcanzar la finalidad evitando o reduciendo al máximo el tratamiento de datos, no tratar datos de categorías especiales¹⁴⁶⁰.

Además, al seleccionar y usar aplicaciones, servicios y productos que están basados en el tratamiento de datos personales o que tratan datos personales para cumplir su función, el empleador será responsable de asegurarse que, con la debida atención al estado de la técnica, estará en condiciones de garantizar los derechos y libertades de sus trabajadores, y de cumplir sus obligaciones en materia de protección de datos¹⁴⁶¹. Esto se traduce en la necesidad de afrontar un diseño organizativo sobre protección de datos personales de los trabajadores que se inserta, forma parte o, más bien, determina la organización empresarial en su conjunto¹⁴⁶².

¹⁴⁵⁸ Artículo 32 del RGPD. Las medidas técnicas y organizativas deberán establecerse teniendo en cuenta el estado de la técnica, los costes de aplicación, y la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento, así como riesgos de probabilidad y gravedad variables para los derechos y libertades de las personas físicas. El Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (vigente al cierre de este trabajo), recoge un esquema de medidas de seguridad que los responsables podrán seguir aplicando si los resultados del análisis de riesgos previo concluyen que las medidas son realmente las más adecuadas para ofrecer un nivel de seguridad adecuado. En otros casos será necesario completarlas con medidas adicionales o prescindir de alguna de ellas.

¹⁴⁵⁹ Considerando (78) y artículo 25.1 del RGPD.

¹⁴⁶⁰ ACPD, Dictamen en relación a la consulta CNS 63/2018, de 14 de febrero de 2019, p. 6.

¹⁴⁶¹ Vid. Considerando (78) del RGPD.

¹⁴⁶² BAZ RODRÍGUEZ, J., *Privacidad y protección de datos...*, cit., 2019, p. 81. También, MIRALLES LÓPEZ, R., «Protección de datos desde el diseño y por defecto (Comentario al art. 25 RGPD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento...*, Tomo I, cit., 2021, p. 1817.

Asimismo, los empleadores deberán adoptar medidas técnicas y organizativas que sirvan para garantizar que, por defecto, solo sean objeto de tratamiento aquellos datos estrictamente necesarios para alcanzar los fines específicos y legítimos que han sido determinados por él mismo, incluyendo lo relativo a la cantidad de datos tratados, la extensión del tratamiento, los periodos de conservación y la accesibilidad a los datos¹⁴⁶³.

A modo de evitar tratamientos de datos innecesarios, merece la pena que prestemos especial atención al caso de la obligación del empleador de establecer unos criterios de utilización de las TIC por parte de las personas trabajadoras. Los mismos deberían estar acompañados de acciones preventivas que impidan ciertas operaciones que el empleador pretende que no realicen los trabajadores. Por ejemplo, a través de la instalación de filtros, no solo se garantizaría el cumplimiento de las políticas de uso, es decir, se satisfarían los intereses empresariales; sino también se evitaría el tratamiento posterior de datos personales de los trabajadores, esto es, la generación de contenidos derivados de dicho uso que podrían vulnerar sus derechos fundamentales¹⁴⁶⁴. En particular, en lo que respecta a Internet, a través de los filtros, el potencial riesgo que podría suponer la navegación de sitios, cargas o descargas de *software* o archivos no relevantes o perjudiciales, podría evitarse. Estamos de acuerdo que esto plantea una previsión que se retrotrae a la esencia técnica misma de las herramientas tecnológicas que serán capaces de ofrecer estas posibilidades de protección de datos y procurar para los empleadores un desarrollo de la actividad empresarial más eficiente e, incluso, económica¹⁴⁶⁵.

En el caso de procesamiento de datos personales, las medidas estarían encaminadas a minimizar el tratamiento de la información de los trabajadores en la medida de lo necesario. El empleador será responsable de garantizar, por ejemplo, que la utilización de sistemas digitales de geolocalización se desactive fuera del horario de trabajo o en circunstancias donde se justifica, o se permita que los trabajadores lo hagan¹⁴⁶⁶. Asimismo en el caso de tratamiento de datos biométricos, y en cualquier otro supuesto en el que pueda aplicarse, la aplicación de técnicas de cifrado, el almacenamiento en dispositivos locales y no en sistemas de almacenamientos centralizados, procesos de anonimización o de técnicas que no permitan la identificación inmediata de los usuarios trabajadores, así como la preferencia a controles aleatorios no individuales, representarán una mayor garantía para los derechos y libertades de aquellos¹⁴⁶⁷.

¹⁴⁶³ Artículo 25.2 del RGPD.

¹⁴⁶⁴ Vid. el punto 116 del Memorándum Explicativo de la Recomendación CM/Rec(2015).

¹⁴⁶⁵ BAZ RODRÍGUEZ, J., *Privacidad y protección de datos...*, cit., 2019, p. 85.

¹⁴⁶⁶ Vid. el punto 117 del Memorándum Explicativo de la Recomendación CM/Rec(2015).

¹⁴⁶⁷ Vid. el punto 14.2 de la Recomendación CM/Rec(2015)5 del CdE. Asimismo, puede consultarse el documento de la AEPD, Resolución R/00900/2018, p. 11/14.

En fin, la prevención debe tener más peso que la detección e, incluso, se traduce en más beneficios para el empleador¹⁴⁶⁸. Las medidas preventivas de identificación y especificación de categorías de uso y acciones, que definitivamente no están relacionadas con el desempeño laboral, contribuirían a concretar las actuaciones empresariales desde el diseño y por defecto que se le exigen al empleador. Será responsabilidad de este definir e integrar todas aquellas medidas técnicas y organizativas, de control y seguridad, que permitan que el tratamiento estrictamente necesario inicie y se desarrolle respetando los requerimientos de intimidad y protección de datos asociados al nivel de riesgo al que puede estar expuesto. Aun así, hará falta que tenga en cuenta la relación entre los riesgos derivados del tratamiento, los objetivos que se persiguen y el contexto en el que las medidas serían aplicadas¹⁴⁶⁹.

III.1.D. La figura del Delegado de protección de datos

La posición y actuación del Delegado de protección de datos (en adelante, DPD) en las organizaciones supone un especial avance en el cumplimiento de los lineamientos sobre protección de los datos personales. La figura en sí misma constituye una muestra de garantía para alcanzar los objetivos generales de un adecuado tratamiento de datos personales de los interesados. No obstante, no se trata de una medida de obligatorio cumplimiento en relación con cualquier tratamiento de datos personales y tampoco está directamente vinculada a la posibilidad de que el mismo cause un alto riesgo¹⁴⁷⁰.

Según la normativa europea, su designación será obligatoria siempre que el tratamiento sea llevado a cabo por Autoridades y organismos públicos, los responsables o encargados tengan entre sus actividades principales las operaciones de tratamiento que requieran una observación habitual y sistemática de interesados a gran escala, o los responsables o encargados tengan entre sus actividades principales el tratamiento a gran escala de datos sensibles¹⁴⁷¹. Por su parte, la LOPDGDD precisa su designación obligatoria cuando corresponda la responsabilidad del tratamiento a específicas entidades recogidas en el artículo

Por su parte, el documento del GT 29, Dictamen 5/2014, *sobre técnicas de anonimización* señala que es técnicamente difícil en algunos casos garantizar la anonimización completa de los datos. Incluso en un entorno con más de mil empleados, habida cuenta de la disponibilidad de otros datos sobre los trabajadores, el empleador aún podría distinguir a los trabajadores individuales con indicadores de salud particulares, como hipertensión y obesidad.

¹⁴⁶⁸ GT 29, Dictamen 2/2017, *sobre el tratamiento...*, cit., p. 25.

¹⁴⁶⁹ BAZ RODRÍGUEZ, J., *Privacidad y protección de datos...*, cit., 2019, p. 85.

¹⁴⁷⁰ Puede consultarse sobre la figura del DPD, a MARTÍNEZ, R., «El delegado de protección de datos», en RALLO LOMBARTE, A. (Coord.), *Tratado de protección de datos: actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 431-458.

¹⁴⁷¹ Artículo 37 del RGPD.

34, que podrían o no entenderse referidas al ámbito laboral. En aquellos supuestos no comprendidos en la normativa, su designación será voluntaria¹⁴⁷².

El ejercicio de sus funciones debe responder a una total autonomía, aunque debe existir una relación con el nivel superior de la dirección. Tanto el responsable como el encargado deberán facilitar al DPD todos los recursos necesarios para desarrollar su actividad. Una actividad que se circunscribe principalmente a inspeccionar los procedimientos relacionados con la protección de datos y emitir recomendaciones, o brindar información y asesoramiento en el ámbito de sus competencias¹⁴⁷³. Por ejemplo, ante el requerimiento del responsable al realizar la EIPD¹⁴⁷⁴. Asimismo, a actuar como interlocutor del responsable o encargado del tratamiento ante la AEPD y las autoridades autonómicas de protección de datos, así como con los interesados, quienes podrán plantearle cualquier cuestión relativa a la protección de sus datos personales¹⁴⁷⁵.

A pesar de su importancia y el especial papel que puede desempeñar como sujeto experto en materia de protección de datos, consideramos que, vista la normativa en su conjunto, se observa la carencia del despliegue de sus ventajas de protección en el ámbito de las relaciones laborales. Es evidente que, por la naturaleza de la relación, la complejidad en el tratamiento de datos a través de las TIC y el grave riesgo de comisión de arbitrariedades, hubiera convenido que se haya dispuesto su participación obligatoria para aquellos casos de tratamiento de datos de los trabajadores por parte de su empleador. Ya sea de forma individual, en aquellas empresas que sean capaces de realizar mayor cantidad de tratamientos datos personales, es decir, con mayor acceso a implementación en TIC; ya sea por grupos de actividades empresariales en aquellas empresas en las que no se configure el supuesto de implementación tecnológica a esos niveles altos; o, incluso, que su experiencia se encuentre a disposición por parte de los poderes públicos para aquellos empleadores que, por cuestiones económicas, no sean capaces de asumir su contratación.

III.1.E. La llevanza de registro de actividades

La llevanza de registros de actividades se trata de una medida obligatoria encaminada a demostrar el cumplimiento de la normativa de protección de datos, pero que supone un proceso en sí mismo que forma parte del análisis provisional en materia de tratamiento de datos. Esta

¹⁴⁷² Artículo 34.2 de la LOPDGDD y 38.4 del RGPD.

¹⁴⁷³ Artículo 36.1 de la LOPDGDD. Cuando el responsable o el encargado del tratamiento hubieran designado un delegado de protección de datos deberán comunicarle cualquier adición, modificación o exclusión en el contenido del registro (artículo 31 de la LOPDGDD).

¹⁴⁷⁴ Artículo 35.2 del RGPD.

¹⁴⁷⁵ Artículo 38.4 del RGPD.

medida se encuentra excluida de forma expresa para aquellas organizaciones que cuenten con menos de 250 empleados¹⁴⁷⁶.

Según vemos de las estadísticas del tejido empresarial español, la no obligatoriedad se extiende sobre una cantidad de empresas, más bien, mayoritaria. Veamos que, a octubre de 2021, el 85,77% del tejido empresarial con asalariados español está constituido por microempresas (a partir de 1 asalariado), el 11,91% de pequeñas empresas, el 1,93% de medianas empresas y solo el 0,38% de grandes empresas (250 o más empleados esta última). De hecho, también la mayor parte del empleo generado en empresas con asalariados se concentra en las compañías con menos de 250 trabajadores: el 22,92% de empleados se concentran en las microempresas, el 20,63% en pequeñas empresas y el 16,89% en las medianas; mientras el 39,55% del empleo generado lo hacen las grandes compañías¹⁴⁷⁷. Un número de personas trabajadoras que verían un trato diferenciado en forma de ejecutar la protección de sus derechos y libertades fundamentales en lo relativo a la protección de sus datos personales, que ha tenido como fundamento normativo el fomento económico de las empresas.

Estamos de acuerdo en que, en términos generales, esta medida puede considerarse «la génesis o el comienzo que nos permitirá establecer con garantías óptimas, el desarrollo posterior de políticas de protección de datos personales»¹⁴⁷⁸. De hecho, la liberación de esta carga burocrática no les exime de cumplir con el análisis de las actividades relativas al tratamiento, pero nos preocupa que la no obligatoriedad de su llevanza se constituya en la regla general en estas categorías de empresas y, con ello, se lleven a cabo actividades de tratamiento con menos rigor garantista que, además, imposibilite el control eficaz de las Autoridades de control y se materialicen mermas en el ámbito de la intimidad y la protección de datos de un grupo no menos importante de personas trabajadoras.

Si se considera que el tamaño de la empresa es un factor decisivo para dotarle de medidas excepcionales en lo que respecta al rigor exigible en el tratamiento de datos, la vigencia efectiva y la defensa de los mismos se presenta diferenciada. En la práctica, la presencia de medidas excepcionales lleva consigo tratos desiguales entre unos trabajadores y otros, siendo desfavorecidos un alto número de trabajadores. No estamos seguros de que empresas con número de trabajadores superior a 50 o 100, por poner un ejemplo, puedan evidenciar una incapacidad de recursos económicos para llevar a cabo un tratamiento de datos con todas las garantías exigidas para el resto de responsables. En todo caso, podría entenderse el despliegue

¹⁴⁷⁶ Artículo 30.5 y Considerando (13) del RGPD.

¹⁴⁷⁷ Según el documento de la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa. Datos octubre 2021. Disponible en: <https://plataformapyme.es/Publicaciones/Cifras%20PYME/CifrasPYME-octubre2021.pdf>.

¹⁴⁷⁸ COSTA HERNANDIS, R., «Registro de actividades del tratamiento (Art. 30)», en LÓPEZ CALVO, J. (Coord.), *El nuevo marco...*, cit., 2018, p. 449.

de dichas excepciones para empresas con los más bajos números de trabajadores a su cargo, siempre que dichas excepciones a la responsabilidad directa de los empleadores se vean compensadas por apoyo técnico cuyo costo sea asumido por los poderes públicos o por la externalización de consultorías¹⁴⁷⁹.

Ahora bien, la normativa prevé unos supuestos en los que la excepción de llevanza de Registro de Actividades a empresas con menos de 250 trabajadores queda excluida. La normativa hace referencia a aquellos casos en los que el tratamiento pueda entrañar un riesgo para los derechos y libertades de los interesados, el tratamiento no sea ocasional o cuando incluya categorías especiales de datos o datos relativos a condenas e infracciones penales. Hemos de decir que, según la naturaleza y alcance del tratamiento y de los datos personales, puede fácilmente configurarse esta exclusión: dado que el empleador deberá tratar datos sobre la salud de sus trabajadores, por ejemplo, se configurará una de las exclusiones anotadas, y, con ello, deberá cumplirse con llevar un Registro de actividades¹⁴⁸⁰. El problema se sitúa en la disponibilidad del empleador a la hora de evaluar los otros dos supuestos, sobre todo el que conlleva el reconocimiento de un eventual riesgo para los derechos y libertades de los trabajadores, puesto que importaría el cumplimiento de mayores garantías.

Respecto al contenido del Registro de Actividades, notamos que se ha dispuesto que contenga información similar a la que se exige se informe a los interesados, de conformidad con los artículos 13 y 14 del RGPD. No obstante, se añade, «cuando sea posible» la obligación de incluir «una descripción general de las medidas técnicas y organizativas de seguridad a que se refiere el artículo 32.1»¹⁴⁸¹, datos en conjunto que deberán estar a disposición de la AEPD cuando así lo requiera.

IV. LA TRANSPARENCIA Y LEALTAD REFORZADAS EN LAS RELACIONES LABORALES CON LA PRESENCIA DE LAS TIC

Ya hemos visto en el capítulo anterior que el recién estrenado principio de «transparencia» se ha reconocido como uno de los elementos nucleares del derecho a la protección de datos, y puede reconocerse como expresión del principio de «lealtad»¹⁴⁸². A su

¹⁴⁷⁹ La Disposición adicional decimoctava de la LOPDGDD señala que la AEPD «desarrollará, con la colaboración, cuando sea precisa, de todos los actores implicados, las herramientas, guías, directrices y orientaciones que resulten precisas para dotar a los profesionales, microempresas y pequeñas y medianas empresas de pautas adecuadas para el cumplimiento de las obligaciones de responsabilidad activa establecidas en el Título IV del Reglamento (UE) 2016/679 y en el Título V de esta ley orgánica.» Quedará pendiente el análisis sobre la efectividad de dichas precisiones.

¹⁴⁸⁰ Vid. IGUALADA MENOR, Á., «El Registro de Actividades de tratamiento en el Reglamento General de Protección de Datos (Comentario al artículo 30 RGPD y al artículo 31 y a la Disposición Final Undécima uno LOPDGDD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento...*, Tomo I, *cit.*, 2021, p. 1909 y ss.

¹⁴⁸¹ Artículo 30.1.g) del RGPD.

¹⁴⁸² Sección sobre la Lealtad y Transparencia.

vez, ambos se encuentran intrínsecamente vinculados al principio de responsabilidad proactiva que asume el empleador. Además, en clara vinculación al principio de buena fe contractual, brindar información a los trabajadores resulta, en términos generales, un requisito indispensable para que una actividad de tratamiento se considere adecuada y conforme a la normativa.

Los principios de lealtad y transparencia implican en sí mismos una forma de otorgar cierto control a las personas trabajadoras en lo relativo al tratamiento de sus datos personales, más allá de la base jurídica que motiva el tratamiento y de si se ha incluido o no en la regulación estatal. En todo caso, por sí solos, los principios de lealtad y transparencia no garantizan que la comunicación a la persona trabajadora sobre el tratamiento de sus datos personales sea de carácter previo, pero sí resultan imprescindibles para garantizar la seguridad jurídica de las relaciones.

El conjunto de las informaciones requeridas por el RGPD puede agruparse, a los efectos de su organización y presentación, tal como veíamos en el capítulo anterior: información de contacto del empleador o de sus representantes, así como del DPD cuando exista, de modo que se establezca de forma clara la responsabilidad. Asimismo, debe notificarse los fines del tratamiento, así como la base jurídica sobre la que se pretende realizar el tratamiento de cualquier dato personal de los trabajadores. También deberá informarse a los trabajadores el plazo durante el cual se conservarán los datos personales o, cuando no sea posible, los criterios utilizados para determinar este plazo. Por su parte, deberá indicarse la intención de decisiones automatizadas o elaboración de perfiles a partir de dichos datos, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado. También si existe la intención u obligación de transferencias a Terceros Países; o si se proyecta un tratamiento ulterior de datos personales para un fin diferente, que incluya ese otro fin y cualquier información adicional pertinente. Del mismo modo, la posibilidad de ejercer los derechos específicos frente al empleador, o el derecho a presentar una reclamación ante la Autoridad de control.

Tengamos en consideración, al menos, cuatro aspectos que se buscan alcanzar con la información: por un lado, que la parte interesada conozca la existencia y alcance del tratamiento de datos personales o las intenciones de que se realice; luego, saber qué medidas asume el empleador para proteger los derechos y libertades fundamentales de las personas trabajadoras involucradas en el tratamiento; en tercer lugar, conocer si se toman decisiones respetuosas con los derechos fundamentales de ambas partes; y cuarto, saber cómo pueden actuar los trabajadores para la defensa de sus derechos.

Recordemos que el artículo 88 del RGPD dispone que las normas más específicas que podrán establecer los Estados en lo relativo al tratamiento de datos personales de los trabajadores, incluirán medidas adecuadas y específicas para preservar su dignidad humana, así como sus intereses legítimos y derechos fundamentales, prestando especial atención, entre otros aspectos, a la transparencia del tratamiento. Veamos, en ese sentido, las consideraciones recogidas por la LOPDGDD sobre el deber de informar a las personas trabajadoras en lo que respecta al uso de TIC en el entorno digital.

IV.1. Información sobre operaciones de tratamiento en relación con el uso de TIC

Como hemos comentado, en relación con el uso de TIC cedidas por el empleador, el legislador ha recogido de forma expresa el deber de informar sobre los criterios de utilización de las mismas que deban establecerse. Además, hemos precisado que el alcance de dicha obligación debe extenderse a las posibles medidas que se dispongan para verificar el cumplimiento de los criterios, así como las consecuencias de los incumplimientos de aquellas directrices de uso.

Visto que la LOPDGDD no ha hecho referencia alguna al tratamiento de datos personales de los trabajadores en el uso de TIC cedidos por la empresa o en el ejercicio de sus facultades de control y vigilancia empresariales, no existe apunte alguno al deber de informar a los trabajadores sobre aquellas actuaciones que configuren auténticos tratamientos de datos personales.

De entrada, puede parecer que la ausencia de regulación al respecto determina su inaplicabilidad. También podría alegarse que, ante prohibiciones sobre determinados usos de TIC, podrían habilitarse acciones de control y vigilancia empresarial sin mayores requisitos de comunicación. Sin embargo, como expresión de un principio general relativo al tratamiento de datos, ante la configuración de una operación de esta naturaleza, su exigibilidad se hace manifiesta. La información proporcionada debe incluir todos los detalles requeridos por la normativa sobre la finalidad, naturaleza y el alcance del control, así como el grado de intrusión en sus derechos y libertades fundamentales. Información detallada en la que se incluye la base jurídica en la que se sustenta, los intereses legítimos que se pretendan satisfacer, el propósito, los destinatarios, la naturaleza de los datos, los riesgos del tratamiento, las consecuencias, las salvaguardas y los derechos específicos relativos al tratamiento de datos personales, así como el modo y medios de hacer valer tales derechos. A eso se añaden las precisiones específicas de acuerdo a las particularidades de cada tipo de tratamiento y los medios utilizados para tal efecto.

Ciertamente, el deber de información sobre los criterios de utilización de dispositivos digitales y las posibles medidas de verificación sobre dichos usos difiere del deber de información sobre lo referido a cualquier operación de tratamiento vinculada de forma directa o indirecta a la utilización de las TIC por parte de los trabajadores. No obstante, se encuentran relacionados en el fundamento mismo de la obligatoriedad de las medidas de utilización y, por ello, identificamos una vinculación al momento en que debe cumplirse con dicha obligación.

Por un lado, si la forma de evitar interferencias injustificables en el derecho a la intimidad y protección de datos personales de los trabajadores es informar sobre dichos criterios de forma previa a la utilización, toda acción vinculada a dichos usos deberá ser comunicada igualmente de forma previa¹⁴⁸³. Por otro lado, la acción de informar a los trabajadores representa para ellos mismos una forma de buscar el reequilibrio de los intereses de las partes y para alcanzar una eficaz protección de sus derechos en lo relativo al tratamiento de sus datos personales derivados del uso de TIC de la empresa. Aquellos criterios deberán ser aprobados con la participación de los representantes de los trabajadores, con quienes se organizarán y documentarán¹⁴⁸⁴.

A modo de reforzar estas ideas, traemos a colación la jurisprudencia de los últimos años con pronunciamientos sobre el deber de información a los trabajadores, en relación a las medidas de los empleadores que involucran el uso de TIC. En términos de protección de la vida privada de las personas trabajadoras, la Gran Sala del TEDH, mediante su sentencia del caso *Bărbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre de 2017, resolvía sobre la posibilidad de que la empresa pueda monitorizar, previa advertencia prohibitiva de su uso, los instrumentos informativos que ha cedido en uso al trabajador. En cuanto al tema que nos ocupa, hacía hincapié en el cumplimiento estricto del responsable de su deber de transparencia informativa. En particular, consolidaba la obligación de comunicación previa como condición necesaria para iniciar una futura satisfacción del juicio de legitimidad del tratamiento de datos de los trabajadores¹⁴⁸⁵. A partir de ahí se entiende que el poder empresarial está sujeto a garantizar los derechos de los trabajadores «asegurando que los principios de transparencia, necesidad y proporcionalidad sean respetados y se lleven a cabo políticas laborales que tengan en cuenta el

¹⁴⁸³ El punto 114. del Memorándum Explicativo CM/Rec(2015)32-add, sobre Internet, pero aplicable a todos los usos, señala que los empleadores pueden llevar a formalizar la información (...) en un documento, como una carta de TI o una política de privacidad, que debe ser firmada por los empleados y ser actualizada periódicamente. La información en la política sobre el uso de los medios y sobre el monitoreo debe ser clara, completa, precisa y fácilmente accesible a las personas afectadas.

¹⁴⁸⁴ El artículo 34.9 del ET continúa señalando: «Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empleador previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada.»

¹⁴⁸⁵ Referencia al artículo 12 del RGPD. Caso *Bărbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre de 2017 (STEDH Gran Sala 61496/08, ap. 121 (i)), que «para que las medidas puedan ser consideradas conforme a los requisitos del artículo 8 del Convenio, la advertencia debe ser, en principio clara en cuanto a la naturaleza de la supervisión y antes del establecimiento de la misma» (el subrayado es nuestro).

aviso previo al control o vigilancia»¹⁴⁸⁶. Al no haber cumplido con informar de forma previa al trabajador sobre la vigilancia de las comunicaciones electrónicas efectuadas desde la cuenta profesional, encontraba vulnerado el artículo 8 del CEDH.

Asimismo, la Sección 5ª del TEDH resolvía el caso *Libert c. Francia*, con fecha 22 de febrero de 2018, en la que se resuelve el caso de acceso del empleador a los archivos del ordenador de trabajo cedido al trabajador sin haber sido informado. En este caso, el Tribunal constata que las acciones empresariales configuran una injerencia en el derecho al respeto de su vida privada del trabajador, aunque con ciertos matices incluidos en la normativa interna, y declaraba la no vulneración del derecho¹⁴⁸⁷. En este caso, las precisiones hechas por el legislador laboral incluían de forma específica que los reglamentos internos no pueden contener disposiciones que restrinjan los derechos o libertades individuales de los trabajadores que no estén justificadas por la naturaleza de la tarea a realizar o que no sean proporcionales al objetivo perseguido¹⁴⁸⁸. Por su parte las precisiones jurisprudenciales al respecto mantenían la prohibición para los empleadores de leer mensajes personales enviados o recibidos a través de instalaciones informáticas incluso si estaba prohibido el uso para fines personales¹⁴⁸⁹. Más bien, salvo en caso de riesgo grave o en circunstancias excepcionales, un empleador sólo podría abrir archivos identificados por un empleado como personales y almacenados en el disco duro de su computadora de trabajo en presencia del trabajador o después de haber sido debidamente llamado¹⁴⁹⁰. Al hilo, los Tribunales señalaban que las carpetas y archivos creados por un empleado utilizando las instalaciones informáticas suministradas por su empleador con fines laborales se presumían como documentos profesionales, a menos que el empleado los hubiera identificado como personales¹⁴⁹¹. El Reglamento Interno señalaba la tolerancia de usos y almacenamientos de naturaleza privada, debiendo identificarse dicha información o los medios que la almacena con la denominación «privada/o» lo que no había ocurrido en el caso.

En el ámbito estatal, destaca con posterioridad a la sentencia del caso *Bărbulescu* la STS 119/2018, de 8 de febrero, aunque los hechos y las instancias sucedieron con anterioridad a la misma. Se trata de un examen del correo electrónico desde el servidor de la empresa, y no directamente desde el ordenador del trabajador, a partir de unas sospechas tras el «hallazgo casual» de información de actividades irregulares del trabajador, que habían sido prohibidas en el Código de Conducta de la empresa. En lo que nos interesa, el Tribunal traía a colación la obligación de los trabajadores de aceptar, de forma previa al acceso a las TIC de la empresa,

¹⁴⁸⁶ MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M., *Una revisión del derecho...*, cit., 2018, p. 151. La autora en una reflexión sobre la sentencia del TEDH.

¹⁴⁸⁷ Caso *Libert c. Francia*, de 22 de febrero de 2018 (STEDH 61496/08, ap. 47-49)

¹⁴⁸⁸ Artículo L. 1321-3 del *Code du Travail*.

¹⁴⁸⁹ Sentencia de 2 de octubre de 2001, Sala de lo Social del Tribunal de Casación.

¹⁴⁹⁰ Sentencia de 17 de mayo de 2005.

¹⁴⁹¹ Sentencia de 18 de octubre de 2006.

las directrices establecidas en la Política de Seguridad de la Información de la empresa donde se indicaba expresamente que el acceso estaba destinado a fines estrictamente profesionales, reservándose la empresa el derecho de adoptar las medidas de vigilancia y control necesarias para comprobar la correcta utilización de las herramientas cedidas a los empleadores. Con ello, señalaba que el trabajador conocía que no podía utilizar el ordenador para fines particulares y que la empresa podía controlar el cumplimiento de esta directriz.¹⁴⁹². No obstante, lo descrito nos permite señalar que los aspectos rescatados por el Tribunal se vinculan con una obligación de informar sobre los criterios de utilización y posibles controles de verificación vinculados, más bien de acuerdo con lo comentado en relación con el artículo 87 de la LOPDGDD. Una alegación que no responde a la naturaleza del deber de informar sobre un tratamiento de datos personales, que implica una comunicación más detallada.

Ciñéndonos al aspecto de la transparencia, aunque no se haya especificado el deber de los empleadores de dar cumplimiento a los principios de lealtad y transparencia sobre las medidas de tratamiento de datos personales de sus trabajadores, que se deriven del uso de dispositivos digitales de su propiedad, se trata del derecho de los trabajadores a ser informados sobre dichas medidas, de conformidad con la normativa del RGPD¹⁴⁹³. Del mismo modo, dicha información debe ser lo suficientemente detallada y contenga todos los aspectos que se correspondan con el tratamiento en sí mismo, que incluyan de forma adecuada los detalles de los juicios de finalidad y proporcionalidad de la medida, tal como se explicó en el capítulo anterior.

IV.2. El deber de información sobre el uso de sistemas de videovigilancia y grabación de sonidos

En lo referido al posible tratamiento de imágenes a través de sistemas de videovigilancia, el artículo 89.1 de la LOPDGDD incluye la obligación de los empleadores de «informar con carácter previo» acerca de la medida. Por su parte, en lo que respecta al tratamiento de sonidos de los trabajadores, aunque la norma no hace referencia expresa al cumplimiento del deber de información, sí señala que la medida podrá llevarse a cabo, en lo que aquí nos interesa, «siempre respetando (...) las garantías previstas en los apartados anteriores», es decir, informando previamente a los trabajadores. Teniendo en cuenta que la normativa ha establecido por regla general que, al menos, el responsable deberá cumplir con facilitarle la información en el momento de la obtención¹⁴⁹⁴, lo regulado en la normativa estatal constituye el despliegue de mayores garantías.

¹⁴⁹² STS 119/2018, de 8 de febrero (ROJ 594/2018).

¹⁴⁹³ Vid. BAZ RODRÍGUEZ, J., *Privacidad y protección de datos...*, cit., 2019, p. 184.

¹⁴⁹⁴ Artículo 13 del RGPD.

Sin perjuicio del contenido de la información que debe facilitarse, el precepto normativo ha incidido en que dicha acción deberá hacerse «de forma expresa, clara y concisa»¹⁴⁹⁵. También en este caso, ya sea en aras de garantizar el derecho a la intimidad de los trabajadores o el mismo derecho a la protección de datos personales, son inaceptables las informaciones genéricas o ambiguas¹⁴⁹⁶. En ese sentido, no podrá admitirse como cumplido este deber con la existencia de distintivos anunciando la instalación de cámaras y captación de imágenes¹⁴⁹⁷. Tampoco las meras referencias del empleador a los artículos 20 del ET o 89 de la LOPDGDGD podrán admitirse, puesto que no son suficientes para que los trabajadores conozcan que pueden implantarse los sistemas de videovigilancia y tratarse sus datos personales y sus detalles, de modo que puedan ejercer sus derechos específicos en relación al uso y tratamiento de sus datos personales que poseen.

El legislador también ha dispuesto que la información debe ser brindada en esos términos, «en su caso», a los representantes de los trabajadores. Teniendo en consideración que se trata de medidas que pueden afectar a aquellos en sus derechos fundamentales, no puede negarse la especial importancia del conocimiento previo sobre el desarrollo de estas medidas a los representantes, en particular, dada la complejidad de detalle de la información y la correspondiente verificación que merece que se haga para evitar vulneraciones de derechos. Nos encontramos frente a una obligación que va más allá de la existencia o no de un Convenio específico. Una consideración que se reconoce incluso de una «relevante trascendencia constitucional [...] como parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos»¹⁴⁹⁸.

Asimismo, estamos de acuerdo con que el cumplimiento de tal obligación se entiende incardinado en las exigencias del artículo 64 del ET en relación a la actuación de los comités de empresa de ser informados y consultados por el empleador sobre aquellas cuestiones. Del mismo modo, teniendo en cuenta que los sistemas de videovigilancia se constituyen como auténticos sistemas de control, el empleador deberá contar además con un informe que haya sido emitido por los comités de empresa, en el ejercicio de su derecho concedido por el artículo 64.5 del ET. Aun así, la información previa supone, también en estos casos, una garantía para que la defensa de los derechos de las personas trabajadoras sea ejercida activamente por parte de los representantes cuando no estén conformados los Comités de empresa, por lo que la obligación debe extenderse a todos los casos.

¹⁴⁹⁵ Sobre los derechos específicos, la AEPD matizaba en el caso de videovigilancia para el caso de seguridad y otras finalidades, su ejercicio debería ser matizado, no siendo factible el ejercicio del derecho de rectificación, el de portabilidad o el derecho a la limitación del tratamiento. AEPD, *Guía sobre el uso de videocámaras para seguridad y otras finalidades*, p. 25.

¹⁴⁹⁶ Vid. ABERASTURI GORRIÑO, U., «Control empresarial del correo electrónico...», *cit.*, 2015, p. 208.

¹⁴⁹⁷ Al hilo de lo que se recogía en la STC 29/2013, de 11 de febrero.

¹⁴⁹⁸ BAZ RODRÍGUEZ, J., *Privacidad y protección de datos...*, *cit.*, 2019, p. 184.

La normativa también incluye una mención expresa al cumplimiento del deber de información en aquellos casos en los que las imágenes hayan captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores¹⁴⁹⁹. La norma señala que «se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica»¹⁵⁰⁰. Aquí nos parece de suma importancia ser enfáticos en que de aquello no puede deducirse que la exigencia de la información previa en los casos de videovigilancia en el ejercicio de sus funciones de control según el artículo 20.3 del ET quede exceptuada¹⁵⁰¹.

A modo de neutralizar cualquier interpretación que pretenda disminuir la otorgada garantía reforzada, es de suma importancia que se distingan dos momentos. Dado que la norma se refiere al «supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores», debe reconocerse que en un primer momento ya se encontraba en funcionamiento un sistema de videovigilancia. Ese primer sistema debe haber cumplido las exigencias propias del deber de brindar la información previa, respondiendo al uso de sistemas de videovigilancia que estuvieran destinados a llevar a cabo verificaciones sobre la actividad laboral. Es decir, para que la captación de imágenes inicial se haya puesto en marcha, debe haberse cumplido con todos los principios generales relativos al tratamiento de datos personales de la persona trabajadora de acuerdo con los intereses legítimos que posea el empleador, incluido el deber de información previa en todo su contenido. Así, será aceptable que la flexibilización en el deber de informar a los trabajadores sobre el tratamiento de imágenes se refiera únicamente al segundo momento, sin que ello suponga la flexibilización sobre el adecuado cumplimiento de los cánones de finalidad y proporcionalidad de la propia medida en todo lo que contenga.

Tampoco puede recibirse como válida una interpretación que suponga la aplicación de este precepto normativo al ámbito de las relaciones laborales dando por regularizada una videovigilancia irregular, teniendo en cuenta, al menos, dos aspectos. Por un lado, debe notarse que los sistemas de videovigilancia recogen las imágenes directamente de los trabajadores, así que la información deberá brindarse como exige la normativa de forma general, al momento de la recogida. Por otro lado, los contenidos mínimos del deber de información señalan, según el artículo 12 del RGPD, que el empleador deberá facilitar a los trabajadores toda la información relativa a los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales y la base jurídica del

¹⁴⁹⁹ Por acto ilícito se ha de entender cualquier acto que va en contra del ordenamiento, incluyendo los delitos, infracciones administrativas o incumplimientos laborales. Sentencia del Juzgado en lo Social de Pamplona 52/2019, de 18 de febrero (ROJ 281/2019).

¹⁵⁰⁰ Artículo 89.3 de la LOPDGDD.

¹⁵⁰¹ Puede consultarse la Sentencia del Juzgado en lo Social de Pamplona 52/2019, de 18 de febrero (ROJ 281/2019). La exclusión del deber de información que forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos personales de las personas trabajadoras, supone la vulneración de este derecho y del derecho a la intimidad, en tanto, con el primero también se entiende garantizado el segundo.

tratamiento, los intereses legítimos del empleador o de un tercero, así como la información para el ejercicio de sus derechos específicos relativos al tratamiento. En consecuencia, la protección mínima, que se deriva del principio general a la transparencia informativa en cuanto a protección de datos personales, también alcanza a aquellos datos de los trabajadores¹⁵⁰².

Ciertamente, se viene comentando que esta excepción podría entenderse en el caso de tratamiento de imágenes basado en otros fines, como por razones de seguridad que involucren la captación de imágenes de trabajadores o cuando la captación de imágenes sea temporal y responda a fundadas sospechas previas de comisión de actos ilícitos¹⁵⁰³. Entenderíamos que el deber de información se sujete a lo recogido en el artículo 22.4, es decir, a la «colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679»¹⁵⁰⁴. Aunque ello constituye una limitación en las garantías destinadas a la protección de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, no se estaría vulnerando el contenido esencial del derecho, puesto que sí se estipula la obligación de brindar información sobre las actividades de tratamiento de datos; y, del mismo modo, la captación de las imágenes de los trabajadores no se encontraría vinculada a la verificación del desarrollo adecuado de la actividad laboral. Siempre y cuando la interpretación que se haga del contenido de la «existencia del tratamiento» involucre los elementos mínimos recogidos en el artículo 13 del RGPD, así como que se esté ante una medida que cumpla con los demás criterios de licitud, limitación de finalidad, minimización de datos, etcétera.

No consideramos del todo acertado considerar que atenuar las exigencias de la transparencia deba suponer ocultamiento de determinada información, sobre todo la referida a la finalidad del tratamiento. Hacerlo coartaría la defensa de los intereses de los trabajadores y de sus representantes de verificar si la medida es respetuosa con los derechos fundamentales. De hecho, si la normativa hace referencia a la aplicación del artículo 22.4, eso implica que los fines del tratamiento deberán estar encaminados a garantizar la seguridad de los bienes,

¹⁵⁰² Sentencia del Juzgado en lo Social de Pamplona 52/2019, de 18 de febrero (ROJ 281/2019). «El deber informativo sobre el alcance de las medidas de videovigilancia, incluyendo la finalidad sancionadora, es una exigencia que se impone en todo caso, más allá de la mera colocación del cartel informativo, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el propio Reglamento General de Protección de Datos a que se ha hecho referencia, que obligan a su aplicación y a interpretar la propia normativa nacional en los términos que exige el TEDH y que se derivan del Reglamento Europeo, dotado de eficacia directa y primacía frente a la norma nacional que contradiga su contenido, teniendo en cuenta que en dicho reglamento no se establece excepción alguna al deber de transparencia e informativo en materia de protección de datos aplicable a las relaciones laborales».

¹⁵⁰³ Interesante análisis de SERRANO OLIVARES, R., «Los derechos digitales...», *cit.*, 2018.

¹⁵⁰⁴ El artículo 22.4 también incluye la posibilidad, aunque no obligación, de «incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet a esta información».

personas e instalaciones, lo cual implicaría la existencia real de amenazas a la seguridad¹⁵⁰⁵. No obstante, si se realiza captación de imágenes de los trabajadores, el empleador deberá cumplir con la información previa en el sentido apuntado por el artículo 22.8 de la LOPDGDD.

Sobre esto último, cabe destacar la STEDH en el caso *Antović y Mirković c. Montenegro*, que resolvía la injerencia en el ámbito de la vida privada de unos profesores a causa de la instalación de un sistema de unas cámaras en los auditorios universitarios donde estos impartían clases. Si bien es cierto, habían sido avisados sobre la instalación de la videovigilancia, el objetivo comunicado había sido el de garantizar la seguridad de los bienes y las personas, incluidos los estudiantes, y la vigilancia de la enseñanza. Señalaba el Tribunal que, aunque estos objetivos podrían determinar la instalación de cámaras, solo pueden hacerse si no se pudieran lograr de manera general por otros medios. Además, en el presente caso, no había evidencia de que alguna propiedad o persona estuvieran en peligro¹⁵⁰⁶.

No es esta interpretación cerrada y restrictiva la que se ha venido sosteniendo por parte de la jurisprudencia interna, sobre todo ante el argumento de que la obligación de comunicar al trabajador en los términos recogidos puede impedir la verificación efectiva de conductas irregulares de los trabajadores. Se han venido considerando, pues, lícitas las medidas de videovigilancia oculta, sin el conocimiento previo de los trabajadores, ante la existencia de motivos de seguridad para las personas o las cosas, cuando se trata de poner en evidencia una conducta irregular de un empleado ante la fundada sospecha, siempre y cuando sea el menos lesivo para alcanzar dichos fines¹⁵⁰⁷. De forma escueta, incluimos la STC 39/2016, de 3 de marzo, donde el Tribunal resolvía el caso de una videovigilancia a una trabajadora ante sospechas previas de hurto, sin que se le avisara expresamente de la colocación o de la finalidad de control laboral. El Tribunal declaraba las sospechas fundadas y la observación del

¹⁵⁰⁵ Al hilo de la Sentencia del Juzgado en lo Social de Pamplona 52/2019, de 18 de febrero (ROJ 281/2019), ECHEVARRÍA DE RADA, señala que «el deber de información sobre la existencia de un sistema de videovigilancia requiere no solo la colocación de carteles informativos genéricos de su instalación, sino que también ha de comunicarse su finalidad y, por tanto, la posibilidad de su utilización para controlar y sancionar a los trabajadores. Asimismo, que estos requisitos «también son exigibles en supuestos de captación de actos ilícitos, pues, a pesar de que la normativa española rebaja las exigencias de información en estos casos, debe prevalecer tanto la jurisprudencia del TEDH como el Reglamento europeo sobre la normativa nacional. Ante las sospechas fundadas de comisiones de actos ilícitos por los trabajadores «lo más razonable es impetrar el auxilio judicial, de modo que el empresario debería interponer la correspondiente denuncia y solicitar las medidas de investigación del delito adecuadas, incluida la videovigilancia, que podrá acordarse si resulta eficaz a los fines de la instrucción penal y si concurren los requisitos legales, salvaguardo así los derechos del empleador, sólo que con el amparo y debido control judicial». ECHEVARRÍA DE RADA, M.^a T., «Protección de datos y Videovigilancia en el ámbito laboral», *Actualidad Civil*, nº 9, 2019.

¹⁵⁰⁶ Caso *Antović y Mirković c. Montenegro*, 28 de noviembre de 2017 (STEDH 70838/13, ap. 59).

¹⁵⁰⁷ También comentado por RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Derechos laborales digitales...*, cit., 2019, pp. 209-210.

Puede consultarse a GOÑI SEIN, J. L., «Vídeo vigilancia empresarial mediante cámaras ocultas. Su excepcional validez como control defensivo "ex post"», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 47, 2018, pp. 74-81, donde ofrece una construcción doctrinal sobre la videovigilancia oculta defensiva. Sobre este asunto, poniendo énfasis en la legitimidad de la captación de imágenes como pruebas lícitas para acreditar el comportamiento de los trabajadores, BAZ RODRÍGUEZ, J., *Privacidad y protección de datos...*, cit., 2019, p. 207 y ss.

principio de proporcionalidad, dado por cumplido el deber de información con la simple visualización del distintivo informativo de «zona videovigilada»¹⁵⁰⁸. Aunque la controversia daba origen a pronunciamientos jurisprudenciales más garantistas, sobre aquella base parece haberse sustentado la redacción del apartado normativo que se comenta.

Por su parte, en la STS de 07 de julio de 2016 se consideraba legítima la medida de videovigilancia que captaba un hurto de la persona trabajadora, cuando la medida se había tomado como reacción a una situación de múltiples pérdidas de materiales y se había colocado carteles que avisaban de la existencia de cámaras¹⁵⁰⁹. Así también, la STS de 31 de enero de 2017, que señalaba que los trabajadores se encontraban informados, «expresamente, de la instalación del sistema de vigilancia, de la ubicación de las cámaras por razones de seguridad» y que la medida era «justificada por razones de seguridad (control de hecho ilícitos imputables a empleador, clientes y terceros así como rápida detección de siniestros), idónea para el logro de ese fin (control de cobros y de la caja en el caso concreto) y necesaria y proporcionada al fin perseguido, declaraba legítima la medida que probaba el hurto de diferentes cantidades de dinero y la manipulación de tickets¹⁵¹⁰. La STS de 2 de febrero de 2017 resolvía en base a la grabación de conductas irregulares del trabajador, declarando que la instalación de cámaras de videovigilancia era conocida por todos los trabajadores y era «razonable y proporcionad[a] a su objeto sin que por el lugar de su instalación [existiera] riesgo para la vulneración del derecho al honor a la intimidad personal y familiar [...]»¹⁵¹¹. La STS 21/2019, de 15 de enero, en unificación de la doctrina, sobre el deber de información, mencionaba que en el contrato de trabajo se había informado a la trabajadora de la existencia de las medidas de seguridad, sin embargo, «no se conocía la finalidad u objetivo que se perseguía con la instalación de dichas cámaras más de diez años antes de los hechos imputados ni el de las grabaciones que con ella se obtenían», mientras «la instalación de cámaras era general, prolongada y sin conocerse su objetivo»¹⁵¹².

En definitiva, no se recoge en la norma supuesto alguno que excluya del todo al empleador de su deber de información ni que se incumplan los demás requisitos derivados de la obligación de llevar a cabo un adecuado tratamiento de datos personales de los trabajadores. Por ello, no debe aceptarse interpretación alguna en ese sentido, que incluso rebaje la calidad de la información que ha de brindarse a las personas trabajadoras, no solo por la posición de sujeto particular en situación de poder que poseen los empleadores sobre la persona trabajadora, sino porque el deber de información se deriva del principio de transparencia que

¹⁵⁰⁸ STC 39/2016, de 3 de marzo.

¹⁵⁰⁹ STS de 7 de julio de 2016 (ROJ 4070/2016).

¹⁵¹⁰ STS de 31 de enero de 2017 (ROJ 654/2017).

¹⁵¹¹ STS de 2 de febrero de 2017 (ROJ 817/2017).

¹⁵¹² STS 21/2019, de 15 de enero (ROJ 363/2019).

ha adquirido la categoría de principio general relativo al tratamiento de datos. Pero, aún más, porque este deber forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos personales¹⁵¹³.

Las cuerdas se tensan con la sentencia del TEDH (Gran Sala), de octubre de 2019, recaída en el caso *López Ribalda y otros c. España*¹⁵¹⁴. Mientras que en la primera sentencia resolvía declarar vulnerado el derecho a la vida privada de los trabajadores, al no cumplir el empleador con informar previamente sobre las cámaras que enfocaban a las cajas de pago, tal como se encontraba regulado en aquel momento por la norma vigente; en la segunda se cambia de criterio y valida la medida¹⁵¹⁵. Pese a la normativa sobre protección de datos del momento de los hechos —que guarda similitud respecto al deber de información previa que comentamos—, el Tribunal funda su decisión en las sospechas razonables que poseía el empleador sobre la comisión de hurto, con el objetivo de investigar las pérdidas económicas importantes. De hecho, las ubica como argumento suficiente y excluyente para llevar a cabo, no solo una medida de naturaleza encubierta, sino también para señalar que el cumplimiento de la obligación de la información previa a los trabajadores es una cuestión que puede someterse a decisiones discrecionales del empleador¹⁵¹⁶. No tiene en cuenta, entre otros aspectos sobre protección de la privacidad de los trabajadores, que el cumplimiento de los cánones de finalidad, proporcionalidad y transparencia informativa no pueden superponerse por ser aspectos diferenciados, que necesitan ser cumplidos en su totalidad para aceptar las actuaciones empresariales como legítimas.

IV.3. El deber de información sobre el uso de sistemas de geolocalización

En lo que respecta a la eventual instalación de sistemas de geolocalización, el legislador ha incluido en el artículo 90.2 de la LOPDGDD el deber del empleador de informar «a los trabajadores y, en su caso, a los representantes», «acerca de la existencia y características de estos dispositivos». Ha señalado que dicha obligación deberá cumplirse «con carácter previo»

¹⁵¹³ BAZ RODRÍGUEZ, J., *Privacidad y protección de datos...*, cit., 2019, p. 206, señala que no resulta admisible «entender que un precepto encargado de la adaptación al ámbito laboral de la normativa general en materia de protección de datos [...] acabe eliminando totalmente la vigencia de los principios de lealtad y transparencia reconocidos en el marco general[...]». Por su parte, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Derechos laborales digitales...*, cit., 2019, pp. 215-217, acepta la admisión de una vigilancia secreta individualizada y ex post, en la línea de GOÑI SEIN, J. L., «Vídeo vigilancia empresarial...», cit., 2018, p. 81. Sin embargo, de su análisis se observa que no desmerece la obligatoriedad de la colocación del dispositivo que, a nuestro juicio, en sí misma, no puede considerarse oculta.

¹⁵¹⁴ Puede consultarse CLIMENT GALLART, J. A., «La videovigilancia encubierta en los puestos de trabajo, a la vista de la STEDH en el caso López Ribalda y otros contra España», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 52, 2020.

¹⁵¹⁵ Contando los trabajadores al momento del tratamiento de datos con unas expectativas razonables de privacidad que nunca desaparecen en el ámbito laboral. Caso *López Ribalda y otros c. España*, de 9 de enero de 2018 (STEDH 1874/13 y 8567/13).

¹⁵¹⁶ En sentido contrario ha resuelto el TEDH en el caso *López Ribalda y otros c. España*, de 17 de octubre de 2019 (STEDH Gran Sala 1874/13 y 8567/13), justificando el uso de cámaras ocultas al haber captado la comisión de actos delictivos de algunos trabajadores.

y «de forma expresa, clara e inequívoca». Asimismo, añade la comunicación «acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión»¹⁵¹⁷.

Sobre las consideraciones específicas del momento en el que debe cumplirse con dicho deber, así como respecto a los requerimientos adicionales respecto de las dinámicas de comunicación con los representantes de los trabajadores, nos remitimos a lo comentado en el supuesto general de videovigilancia. Además, conviene resaltar que no existe supuesto que se haya considerado como modulador del momento en el que debe cumplirse este requisito, por lo que no solo no podrá aceptarse como legítimo el acto de instalación de sistemas de geolocalización que involucre datos personales de los trabajadores sin que se haya notificado sobre la medida, sino que siempre deberá tratarse de una comunicación previa expresa, clara e inequívoca.

Más bien, respecto al contenido de lo que debe informarse, aunque la normativa no lo haya señalado de forma expresa, el empleador no podrá alegar, como válida, aquella notificación que haga referencia únicamente a la existencia de la medida y de las características de tales dispositivos. El deber informativo sobre la medida que incluye este tipo de tecnología no puede implantarse con menos garantías que las establecidas en la normativa general sobre protección de datos que emana de los artículos 13 y 14 del RGPD. Así, el contenido deberá ceñirse a detalle con lo que ya hemos señalado sobre el deber de información en lo relativo al tratamiento de datos personales, cuyos componentes coinciden básicamente en la información referida a la existencia de la medida concreta, los fines del tratamiento y la base jurídica en la que se sustenta, los intereses legítimos que se pretendan satisfacer, así como los destinatarios y la naturaleza de los datos, entre otros. Ello sin perjuicio del cumplimiento de informar a los trabajadores sobre el posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión, que se ha recogido de forma expresa en el apartado normativo.

En todo caso, diversos Tribunales han venido pronunciándose sobre la necesidad de informar a los trabajadores sobre este tipo de medidas, aunque las resoluciones respondan a supuestos de hechos anteriores a la vigencia de la actual normativa. Más allá del sentido de los fallos, se ha venido vinculando la legitimidad de la medida en sí misma al cumplimiento del deber de informar a los trabajadores sobre la misma. Rescatamos el caso que motiva la STSJ de Madrid, de 21 de marzo de 2014, que señala que la posibilidad de conocer en todo momento los datos de geolocalización y «no sólo el posicionamiento de éste por razones de seguridad, sino también el lugar exacto en donde se halla el trabajador y, a su vez, el posterior tratamiento de los datos obtenidos con una finalidad completamente distinta de la anunciada y, por ende,

¹⁵¹⁷ Artículo 90.2 de la LOPDGDD.

sin conocimiento del conductor, hacen que las conclusiones extraídas merced a este dispositivo tecnológico [...] constituyan un procedimiento que lesiona los derechos fundamentales de constante cita»¹⁵¹⁸. También, en el caso de la STSJ de Cataluña, de 25 de abril de 2015, que declaraba que «el elemento central para establecer la validez, o no, de una prueba obtenida a través de los datos que transmite un geo-localizador GPS a la empresa sobre los desplazamientos del vehículo que conduce uno de sus trabajadores, y por tanto sobre la vida de este trabajador mientras presta sus servicios para la empresa, dependerá de que exista o no información previa al trabajador sobre la existencia de dicho dispositivo y la finalidad del mismo», lo que sí se había constatado en ese caso concreto¹⁵¹⁹. Además, la STSJ de Asturias de 27 de diciembre de 2017, también reconocía que «es imprescindible cumplir con el deber informativo» a los interesados, lo que ocurrió en ese caso, puesto que la empresa, «antes de comenzar el seguimiento con dispositivos GPS procedió a comunicar al Comité de Empresa y a los trabajadores la medida en unos términos que cumplen el mandato legal, al proporcionar a los representantes unitarios de los afectados y a éstos mismos la información precisa para conocer de la existencia del fichero, el procedimiento de captación de datos personales, finalidad, consecuencias y de los demás requisitos mínimos establecidos en la norma»¹⁵²⁰. Por su parte, la STSJ de Valencia 1165/2017, de 2 de mayo, señalaba que «para la debida utilización de mecanismos de geolocalización como prueba se ha aludido a la conveniencia de haber informado al empleado de su instalación [...]», requisito que en ese caso se veía cumplido, pues el trabajador «tenía conocimiento del sistema de localización del vehículo que le había puesto a disposición la empresa». Sin embargo el alegado conocimiento se basaba en «las declaraciones testimoniales, en particular de un compañero y amigo del demandante, de que todos los comerciales conocían la instalación de estos dispositivos, en particular, porque los mismos emitían un sonido cuando se abre el vehículo y se apaga al introducir la llave»¹⁵²¹. Por último, la SAN 13/2019, de 6 de febrero, declaraba, con referencia expresa al artículo 90 de la LOPDGDD, que se vulneraba el derecho de los trabajadores de Telepizza a su privacidad, en lo que aquí nos interesa, «porque además para la implantación del sistema de geolocalización por parte del empleador se ha prescindido de proporcionar a los trabajadores de la información a

¹⁵¹⁸ STSJ de Madrid, de 21 de marzo de 2014 (ROJ 3074/2014, FD 20). También, STSJ de Madrid 739, de 29 de septiembre (ROJ 11669/2014, FD 5).

¹⁵¹⁹ STSJ de Cataluña 2758/2015, de 24 de abril (ROJ 4947/2015, FD 5). Explicaba que la información que sí había sido brindada al trabajador donde «en una reunión celebrada por la delegación de la empresa [...] se les informó a éstos de la instalación de localizadores GPS en los vehículos de la empresa, al tiempo que se les advirtió que en el caso de apreciar la existencia de irregularidades en la ejecución de los trabajos en ruta se procedería adoptar medidas disciplinarias. En la reunión estaban los representantes legales de los trabajadores, así como todos los empleados y que los trabajadores tenían conocimiento de los vehículos que tenían instalado el localizador GPS». Esta sentencia motiva el ATS de 13 de septiembre de 2016 (ROJ 8691/2016).

¹⁵²⁰ STSJ de Asturias 3058/2017, de 27 de diciembre (Rec. 2241/2017, FD 4).

¹⁵²¹ STSJ de Valencia 1165/2017, de 2 de mayo (ROJ 4109/2017, FD 2).

que se refieren los arts. 12 y 13 del Reglamento 679/2016, de la anterior Ley de protección de datos y 11 y 90 de la vigente LO 3/2018»¹⁵²².

IV.4. Requisito determinante del tratamiento adecuado: el deber de información previa a los trabajadores como regla general

Con todo lo dicho, queremos resaltar que el cumplimiento del deber de información constituiría, en última instancia, un elemento central para determinar el alcance del ejercicio de los poderes empresariales y el grado de intrusión sobre los ámbitos protegidos por los derechos a la intimidad y protección de datos personales de los trabajadores. En ese sentido, se considera la nota esencial para que cualquier medida llevada a cabo por el empleador que involucre el tratamiento de datos personales se encuentre en última instancia justificada y sea legítima. Podría considerarse necesariamente como el «único medio de conseguir una protección eficaz del derecho de autodeterminación informativa inherente al derecho a la protección de datos»¹⁵²³.

Insistimos en que su incumplimiento configuraría no solo la vulneración de la normativa, sino también del propio derecho fundamental a la protección de datos. Así, en cuanto contenido del derecho fundamental, su cumplimiento no es ponderable a través de juicios de proporcionalidad ni, mucho menos, reducible a una mera disposición legal sujeta a discrecionalidad empresarial para su cumplimiento.

Por ejemplo, el empleador puede ser capaz de aplicar medidas empresariales que respondan a criterios de finalidad, necesidad y proporcionalidad; que se configuren, en ese caso, como ejercicio legítimo de sus derechos a la libertad de empresa y propiedad privada. Pero si toda esa información no es debidamente comunicada, a la par de la reivindicación legítima del derecho a la propiedad y del ejercicio de las facultades del empleador, no se estará cumpliendo con los estándares mínimos de protección de la intimidad y datos personales de los trabajadores y no podrán ponerse en marcha las garantías de eficacia.

El cumplimiento o no de este requisito imprescindible determina en última instancia si estamos ante un tratamiento que garantiza o vulnera los derechos y libertades fundamentales de las personas trabajadoras comentados. Con la presencia de las TIC como medios de control y vigilancia, la necesidad de transparencia informativa se hace aún más evidente. Ante las grandes cantidades de datos personales que pueden ser tratados, las garantías de control sobre ellos deben materializarse, y la garantía mínima para la protección de los ámbitos jurídicos

¹⁵²² SAN 13/2019, de 6 de febrero (ROJ 136/2019, FD 6).

¹⁵²³ Sentencia del Juzgado en lo Social de Pamplona 52/2019, de 18 de febrero (ROJ 281/2019, FD. 2).

protegidos de la persona trabajadora será conocer los posibles tratamientos sobre dichos datos¹⁵²⁴.

Con todo, en el entorno actual de avance tecnológico en constante modificación, se presenta como un problema adicional a la ausencia de mecanismos de garantía para garantizar la transparencia con los trabajadores, lo que se ha llamado «la paradoja de la transparencia» que se refiere a la exigencia de simplicidad y claridad en la información llevará inevitablemente a una pérdida de precisión en los detalles¹⁵²⁵. Detalles que si se refieren a la técnica de por sí ya son muy difíciles de entender.

V. CONSIDERACIONES FINALES: PROBLEMÁTICA VIGENTE DERIVADA DE LA NORMATIVA Y EL USO DE LAS TIC EN LA EMPRESA

Las cuestiones que motivan el uso de TIC en las empresas, a escala macro y microeconómica, podrían aceptarse como suficientes para justificar la integración de las TIC en la empresa. El problema es que esa justificación, como hemos visto, no es suficiente y exige la satisfacción de unos parámetros de protección eficaz de los derechos fundamentales de los trabajadores, que no hemos visto en la normativa general estatal. Mediante la reciente normativa se ha perdido la ocasión de afrontar los cambios tecnológicos y acercarse a la adaptación de la velocidad de las innovaciones¹⁵²⁶.

V.1. Problemática derivada a partir de la cesión de TIC de propiedad de la empresa

El intento que se ha hecho para dotar al ámbito de las relaciones privadas de una regulación específica sobre el uso de ciertas TIC dentro de la normativa general de protección de datos, puede parecer un avance en lo relativo al propio reconocimiento de la protección de estos dos derechos fundamentales. Sin embargo, estamos de acuerdo que se trata de una «reacción incipiente» frente a la «permeabilidad del mercado laboral a los avances tecnológicos», que, además, se limita a reproducir criterios generales que ya han sido observados por la normativa europea, por los organismos internacionales y por los Tribunales. Sin contar con que esta realidad de cambios tecnológicos vertiginosos «contrasta con un marco legal que permanece anclado [en términos generales] en lo clásico»¹⁵²⁷.

¹⁵²⁴ Vid. GT 29, Dictamen 2/2017, *sobre el tratamiento...*, cit.

¹⁵²⁵ Que han denominado así BAROCCAS, S. y NISSEBAUM, H. en «Privacy, big data and the public good», *Cambridge University Press*, 2014, referida por GIL GONZÁLEZ, E., *Big Data, privacidad y protección de datos*, Agencia Estatal de Protección de datos, Madrid, 2016, p. 71.

¹⁵²⁶ Vid. GARCÍA MURCIA, J. Y RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «La protección de datos personales en el ámbito del trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo», *Revista Española de derecho del Trabajo*, nº 216, 2019.

¹⁵²⁷ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «Generalización tecnológica: efectos sobre las condiciones de trabajo y empleo», en *Conferencia Nacional Tripartita. El futuro del trabajo que queremos*, vol. II, OIT y MESS, Madrid, 2017, p. 302.

Como hemos observado al respecto del uso de TIC de propiedad del empleador por parte de las personas trabajadoras, el legislador ha optado por reconocer algunas garantías a la protección del derecho a la intimidad, excluyendo la referencia expresa a la protección de los datos personales de aquellas frente a tales usos. Teniendo en consideración que la utilización de TIC en lo relativo al desempeño laboral involucra distintas formas de tratamiento de datos personales, la consideración de dicha normativa como de obligatorio cumplimiento se hubiera proyectado como un compromiso de protección normativa general, más garantista. Las mayores concreciones de esta última, en contraposición con las que se han desplegado sobre el derecho a la intimidad, hubieran podido reforzar y compensar algunas carencias en la aplicación de la normativa.

En la medida que no se admite de forma expresa la aplicación de la normativa de tratamiento de estos datos personales en estos supuestos, ¿será posible que veamos intentos de implementar el uso de TIC como técnicas ordinarias de gestión organizativa, de producción, de control o vigilancia, que no superen un análisis de adecuación al ámbito del derecho de los trabajadores a la protección de sus datos personales en el uso de TIC en las empresas? La intimidad goza de protección, pero no garantiza, *per se*, la autodeterminación informativa o el *habeas data*. Es a través de la protección jurídico-normativa, a partir de unas reglas comprendidas y explicadas, que la auténtica protección de los datos personales puede desplegarse.

Al hilo, pese a que se ha venido advirtiendo y exigiendo la necesidad de ofrecer unas soluciones precisas y concretas según las tecnologías diferenciadas que permita hacer frente a una problemática específica para cada situación¹⁵²⁸, el legislador no ha tenido en cuenta la necesidad de alcanzar la seguridad jurídica a través de exigencias concretas sobre lo que las partes deben o no hacer. La normativa presenta una serie de carencias en lo que respecta a las precisiones sobre el uso de TIC de propiedad del empleador que los trabajadores deberán hacer. En ese sentido, no ha sido claro sobre la naturaleza de los usos que quedan protegidos por el derecho a la intimidad. Tampoco ha tomado en consideración los límites que no puede traspasar el empleador en lo referido a la imposibilidad de reducir a cero las expectativas de intimidad de los trabajadores en el uso de TIC, sea cual sea la naturaleza de los usos que se realicen.

Lo mismo ha ocurrido con la concreción del derecho al acceso a los contenidos de los equipos o dispositivos digitales cedidos que se le otorga al empleador. La normativa no refleja la especial consideración que debe tenerse al respecto, en tanto los efectos sobre los derechos de estos últimos pueden ser más perjudiciales en unos casos más que en otros, debido a

¹⁵²⁸ Recomendación CM/Rec(2015)5 del CdE.

factores como los diversos tipos de contenidos, la gran cantidad de información que se genera con el mero uso, los diversos tipos de monitorización que pueden efectuarse sin conocimiento de los trabajadores, entre otras razones. Por ejemplo, la normativa no ha tenido en cuenta la necesidad de proteger de forma más eficaz aquellos contenidos que, por su naturaleza, puedan albergar información de carácter privado o más sensible, incluso prohibiendo el acceso a ciertos tipos de contenidos. Asimismo, no limita de forma alguna el tratamiento de información generada por dichos usos ni incluye prohibiciones a la actuación empresarial en el manejo de información derivada del uso de TIC de su propiedad que impida, no solo el acceso, sino la generación de contenidos que puedan ser utilizados para fines no justificados. Al respecto, se deja a los empleadores un margen de apreciación amplio y no se procura el cumplimiento de procedimientos ajustados a los principios finalidad y proporcionalidad de las medidas.

Del mismo modo, la normativa no ofrece una adecuada protección de los derechos que analizamos, en tanto utiliza habilitaciones al acceso, tales como «controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias», sin precisiones adicionales restrictivas que garanticen una actuación empresarial basada en intereses legítimos, y que cumplan con criterios de finalidad y proporcionalidad de las medidas de acceso. Mucho menos exige el cumplimiento de un procedimiento de actuación empresarial que incluya la acreditación de una serie de requisitos claros, como la existencia indicios fehacientes de daños o de actuaciones peligrosas de los trabajadores, que motiven el acceso a los contenidos¹⁵²⁹.

Además, en cuanto a la obligación de establecer criterios de utilización sobre los usos de TIC, la normativa hace referencia al respeto de los estándares mínimos sobre protección a la intimidad de los trabajadores, sin mayores concreciones. El riesgo se sitúa nuevamente en la inseguridad jurídica que supone tal referencia. Aunque incluye aspectos a seguir en el caso de usos privados, no incorpora los requisitos mínimos de habilitaciones y prohibiciones que debe seguir y respetar en su elaboración también para aquellos usos en el desempeño de la actividad laboral, ámbito en el que también gozan los trabajadores de sus derechos fundamentales.

Aspectos referidos al cumplimiento de cuestiones sobre la finalidad y proporcionalidad también en los criterios de utilización de las TIC son de especial importancia. Del precepto no se observa la imposición de criterios obligatorios para el uso de las TIC. No se exige que dichos criterios deban adecuarse a las TIC específicas que se ponga a disposición de los trabajadores y a las posibilidades técnicas que estas ofrezcan, al sector empresarial y la actividad laboral que se desarrolle, o a los potenciales riesgos que pueda ocasionar un uso inadecuado. En tal caso, la norma no precisa la obligación de que se incluyan de forma clara y

¹⁵²⁹ Ya lo advertía la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, el 27 de noviembre de 2018. Ver nota: https://www.ccoo.es/noticia:346164--CCOO_cree_que_se_ha_perdido_la_oportunidad_de_garantizar_los_derechos_de_las_personas_trabajadoras

precisa la naturaleza, alcance y contexto de los usos adecuados, las limitaciones o prohibiciones de dichos usos, así como que se establezcan sanciones ante el incumplimiento.

Merece especial atención la ausencia de regulación específica sobre los plazos de conservación de la información que se genere del uso de TIC, sobre todo, ante la posibilidad de aplicación de técnicas de IA sobre la información recopilada. Al hilo, recordemos que el RGPD dispone el despliegue de garantías para el cumplimiento del principio de limitación del plazo de conservación de los datos personales, a través del establecimiento de plazos para su supresión o revisión periódica¹⁵³⁰. Aquí, no se establecen referencias sobre limitación de los plazos de conservación ni criterios para dilucidar los mínimos estrictos de datos personales que puede permitir la normativa general. El gran valor del necesario control y limitación que debe incluirse en las cláusulas relativas a la protección de datos radica, sobre todo, en la necesaria conservación de los datos que debe existir para poder aplicar los sistemas de IA.

Desde luego, no queremos decir que para el empleador no deban cumplirse estos aspectos, pero el proceso de cumplimiento se presenta más difícil ante la inexistencia de precisiones normativas. Lo que sucede es que, si bien es cierto, el empleador debe cumplir con el principio general del tratamiento de limitación del plazo de conservación, y con la obligación de bloqueo, en el caso del artículo 32 de la LOPDGDD, queda en manos de aquel señalar el tiempo que tomará dicha conservación¹⁵³¹.

La normativa tampoco ofrece luces en lo que respecta a la participación de obligatoria de los representantes de los trabajadores en su elaboración. No establece el procedimiento de participación que han de llevar a cabo las partes en dicha elaboración, ni en qué instrumentos deben materializarse. Tampoco hace referencia precisa y concluyente del papel de los representantes de los trabajadores en el proceso de adopción de tales medidas ni el valor o incidencia de las opiniones que pudiesen tener aquellos en tal proceso.

Tampoco incluye la asignación de un papel más categórico, de mayor incidencia, que le podría corresponder a la AEPD en la colaboración y control de las medidas de actuación que se pongan en marcha en relación con el uso de TIC por parte de los trabajadores.

Por último, no precisa el momento, la forma o el contenido de la información que debe brindarse a los trabajadores sobre los criterios de utilización adoptados, de modo que puedan hacer sus derechos de forma eficaz.

¹⁵³⁰ Considerando (39) del RGPD.

¹⁵³¹ La AEPD establece el siguiente listado ejemplificativo de plazos de bloqueo. Puede consultarse <https://www.uria.com/documentos/circulares/1348/documento/12062/UM-nota.pdf?id=12062>

V.2. Aspectos inexistentes en relación a los sistemas de grabación y geolocalización

Por su parte, la regulación sobre el uso de sistemas de videovigilancia, grabación de sonidos o geolocalización en el ámbito de las relaciones laborales, si bien representa una regulación específica sobre el uso de dichos dispositivos en el ámbito laboral, no introduce una protección reforzada. La normativa no establece de forma clara límites diferenciados de acuerdo a las especificaciones de cada TIC ni mayores estándares de protección específica de acuerdo al carácter intrusivo y al alto nivel de riesgo que puede provocar tales actividades de tratamiento sobre el derecho a la vida privada de los trabajadores¹⁵³².

El legislador ha perdido la oportunidad de afrontar aquella regulación, atribuyendo a la actividad la consideración de alto impacto para la intimidad y la protección de datos de los trabajadores en determinados supuestos. Al hilo, se echa en falta la inclusión de motivos de actuación concretos que conduzcan a la puesta en marcha de tales dispositivos de geolocalización en situaciones excepcionales, así como la inclusión de supuestos en los que su utilización esté prohibida, lo que podría haber supuesto un paso hacia adelante en la salvaguarda de estos derechos. Mucho menos, incluye la obligación de los empleadores de señalar las causas específicas que motiven la puesta en marcha de estos mecanismos, que cumplan, además, con ser proporcionales. En particular, se repiten vías de análisis a partir del artículo 20.3 del ET, que ya no eran aceptables para otros medios de control y vigilancia que no son de naturaleza digital.

Tampoco cumple con la tarea de reducir la incertidumbre interpretativa vinculada a los términos utilizados como «seguridad», «riesgo relevante», «acto ilícito» o «ejercicio legítimo de poderes empresariales», dejando un amplio margen de interpretación en los motivos que puede alegar la parte empleadora para poner en marcha tales dispositivos. Se regula una utilización de estos sistemas de control y vigilancia como si se entrañasen medio o bajo riesgo de vulneración de los derechos de los trabajadores.

Por su parte, no se desarrolla el alcance y el impacto de la actuación de los representantes de los trabajadores, de modo que pudiesen ejercer su labor de defensa de los derechos de estos últimos en óptimas condiciones. Hablamos de carencias referidas a la implantación de un modelo de actuación y defensa previo al tratamiento que permita, incluso, oponerse a los mismos y paralizar su puesta en marcha en caso se advierta riesgo de vulneración de la intimidad o a la protección de datos personales de los trabajadores. En ese sentido, no se incluye la actuación de la AEPD para guiar y resolver la utilización de estos sistemas en el

¹⁵³² Al hilo de la crítica de MOLINA NAVARRETE, C., «El poder empresarial de control digital...», *cit.*, 2017, p. 293. También, caso *Bărbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre de 2017 (STEDH Gran Sala 61496/08, ap. 121 (vi)).

ámbito de la empresa, garantizando de forma eficaz el respeto de los derechos a la intimidad y protección de datos personales de los trabajadores.

Tampoco incluye unas garantías destinadas a controlar que se cumplan los criterios de protección de datos personales de las personas trabajadoras. A partir de la normativa, no existe un despliegue de actuaciones que garantice, por ejemplo, que no se realizan grabaciones ocultas, que se realicen fuera de los límites temporales o espaciales que se hayan dispuesto, que se hayan notificado previamente toda la información exigida, que los datos personales se almacenen por el tiempo permitido, que no hayan sido cedidos a terceros o que no sean utilizados para la elaboración de perfiles, por ejemplo.

V.3. Inseguridad derivada de la ausencia de garantías específicas ante el uso de TIC en el ámbito del trabajo

Se han venido reclamando unos límites claros de actuación empresarial para que el empleador sea capaz de regular su conducta. Asimismo, se ha planteado la necesidad de la implantación de mayores garantías que mitiguen las consecuencias de esas asimetrías de poder fruto del avance tecnológico del siglo XXI, así como la constante intervención de los poderes públicos que encaminen dicha actuación hacia el respeto de los derechos y libertades fundamentales que el modelo de Estado de Derecho les exige¹⁵³³.

Como se ha advertido, este nuevo modelo general de autorregulación y responsabilidad proactiva, si bien dotaría al empleador de mayores responsabilidades, no resulta eficaz en el ámbito laboral, toda vez que no responde a problemática propia de este ámbito. El margen de apreciación que posee el empleador es alto, de modo que con el uso de TIC se ve fortalecida su posición de poder en la relación. ¿Cómo pueden los trabajadores recibir las debidas garantías si el despliegue de las mismas debe emanar de una decisión suficientemente discrecional del empleador sin ningún control previo de los poderes públicos?

Se ha perdido la oportunidad de dotar de ciertos mecanismos de compensación para hacer frente a la nueva dimensión que provoca el uso de TIC, materializados en medidas técnicas y organizativas concretas para alcanzar tratamientos de datos adecuados. Observamos una lista de carencias referidas, principalmente, al momento previo de la implantación de las TIC, que es cuando, insistimos, puede alcanzarse una protección adecuada de los derechos de los trabajadores bajo análisis.

¹⁵³³ Decía MOLINA NAVARRETE «regulaciones sistemáticas, precisas y coherentes para generar las necesarias y suficientes dosis de previsibilidad, confianza y equidad a la hora de establecer el debido equilibrio entre la libertad de empresa y la privacidad». MOLINA NAVARRETE, C., «El poder empresarial de control...», *cit.*, 2017, p. 289.

Apreciamos que no se obliga al empleador a llevar a cabo Evaluaciones de Impacto cuando se pretenda implementar TIC en la empresa, ni siquiera en función de sus características. Incluso, no considera otros factores como el tipo de actividades que realiza la empresa, según el cual puede procurar mayor presencia de TIC. Aun siendo de pequeño tamaño, concurre un riesgo importante cuando se gestiona gran cantidad de información que también puede incluir la de sus trabajadores. Esta medida es fundamental, puesto que, estableciendo los criterios de evaluación, empleadores y personas trabajadoras podrán conocer con mayor seguridad jurídica las normas de TIC que deben regir en la específica relación laboral para garantizar los derechos. A partir de una información de calidad, podrían conocer, entender y acordar medidas adecuadas para la protección de ambos derechos.

La normativa no establece ni exige el cumplimiento de criterios para llevar a cabo la ponderación entre los derechos en conflicto ante la utilización de TIC en el trabajo. Se echa en falta una referencia explícita para el cumplimiento de aquellos criterios de finalidad y proporcionalidad de las medidas que se pretendan implantar.

Tampoco se despliega la obligatoriedad de tener a disposición de las empresas a la figura del Delegado de Protección de Datos o la llevanza de registros de actividades, sin importar el tamaño de la empresa. Teniendo en cuenta que la titularidad de los derechos fundamentales, cualesquiera, no ofrecen distinción alguna según el tamaño de empresa en que se ejerciten, no son aceptables medidas de apoyo a empresas pequeñas que pretendan fomentar la inversión privada a través del debilitamiento de las garantías exigibles, dado que el efecto indirecto es la vulneración de los derechos de los trabajadores incluidos en este tipo de organizaciones productivas.

No se ha dispuesto en ningún caso un sistema control previo de seguimiento de la AEPD en aras de evitar vulneraciones de derechos fundamentales de las personas trabajadoras ante la implantación de medidas que involucren uso de TIC en la empresa, a partir de una determinación de los efectos particulares que cada grupo de TIC signifique para los derechos a la intimidad y protección de datos.

Al hilo, recordemos que el RGPD ha dispuesto la posibilidad de utilizar diversos instrumentos, como los Códigos de conducta para ayudar a cumplir con la aplicación y el cumplimiento de las responsabilidades de las empresas en el uso de TIC. Teniendo en cuenta que se ha dejado en manos de los Estados miembros el desarrollo y complemento de este tipo de instrumentos, la normativa estatal ha perdido la oportunidad de impulsarlos como pieza clave obligatoria para que las organizaciones empresariales pongan a disposición de las empresas del sector. De ese modo, se liberaría la presión de acreditar el cumplimiento de la

normativa de forma individual, y se aliviarían los costes y dificultades que suponen el cumplimiento de la normativa y la aplicación eficaz de las empresas más pequeñas. Además, sin contar la valiosa implicación de la AEPD como autoridad que guía y exige el desarrollo óptimo de su contenido que no puede reducirse a repetir lo que exige la normativa, estos documentos podrían servir para establecer reglas específicas dentro del ámbito de las relaciones laborales para determinados sectores y determinadas TIC.

V.4. Ausencias fundamentales sobre la participación de los representantes de los trabajadores

Esta realidad tecnológica obliga no solo a asumir mayor responsabilidad estatal, sino también a promover la responsabilidad social de las empresas más específica en relación a este tema. Incluso, la posición central de estos derechos fundamentales también dota de argumentos suficientes para una posición activa de los agentes sociales, incluidos las asociaciones de empleadores, de trabajadores y estos últimos.

En términos generales, otro mecanismo fundamental para alcanzar ese objetivo es la negociación colectiva, toda vez que con él se puede «equilibrar las relaciones entre el empresariado y la clase trabajadora»¹⁵³⁴. Estas relaciones se presentan más difíciles de equilibrar con la aparición de las TIC en estos entornos, e intuimos que el trabajo conjunto de ambas partes también debe extenderse desde estos espacios.

En lo que respecta a la participación de los representantes de los trabajadores en el ámbito de la protección eficaz de los datos personales de los trabajadores, el artículo 88 del RGPD únicamente menciona que los Estados miembros, a través de Convenios Colectivos, «podrán» establecer normas más específicas para este objeto. No obstante, omite referencias vinculantes que hubieran resultado de suma importancia para desarrollar la participación activa y con cierto peso de los representantes de los trabajadores a tales efectos mencionados.

En este tema en concreto, además, hay que destacar la remisión expresa que hace la LOPDGDD a los convenios colectivos para el establecimiento de garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral. En ese caso, la

¹⁵³⁴ Amparo MERINO SEGOVIA, profesora titular y Decana de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Castilla-La Mancha, en una entrevista para Madrid Sindical, disponible en: <https://madridsindical.es/2019/07/31/la-negociacion-colectiva-fundamental-para-llevar-la-democracia-a-las-empresas/> (última consulta: 30 de marzo de 2022).

negociación colectiva podrá mejorar, pero no empeorar, los estándares de protección previstos¹⁵³⁵.

La negociación colectiva puede operar en distintos niveles y hacer frente a los problemas aplicativos que se desencadenan de la normativa, pudiendo reforzar las garantías individuales y los medios de intervención sindical¹⁵³⁶.

De hecho, ya podemos observar Convenios Colectivos posteriores a la reciente normativa que han llegado a introducir cláusulas respecto del uso de TIC en la empresa, incluso siendo muy detallados¹⁵³⁷:

- Es el ejemplo del II Convenio colectivo de ADIF y ADIF-AV, con CC.OO., UGT, SCF y CGT, en representación de los trabajadores afectados, publicado el 16 de junio de 2019, que, mediante su Cláusula 13.^a, incorpora a la normativa laboral de la empresa, los nuevos derechos de garantía digital reconocidos en la LOPDGDD, «para regular los aspectos «privados» de la misma (...), a cuyo efecto se establece un período de seis meses, para efectuar los trabajos técnicos de índole normativa que ello conlleva. En este sentido, se negociará el establecimiento de periodos horarios de desconexión digital laboral y establecer una guía de uso de los medios digitales en el marco legal establecido»¹⁵³⁸. Hasta el cierre de este trabajo no hemos encontrado publicado el estado del proceso de dicha guía.
- En sentido parecido, el III Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal (CEM), publicado en 19 de diciembre de 2019, que dedica un Capítulo a la protección de datos de carácter personal y garantías digitales¹⁵³⁹. En su

¹⁵³⁵ No es menos cierto que la condición de norma jurídica que se inserta en el cuadro de fuentes del Derecho Laboral es la que se asigna a los Convenios Colectivos de carácter estatutario, situación que debe tenerse en cuenta al momento de fortalecerse la negociación en relación con el uso de TIC y la protección a la intimidad y protección de datos de los trabajadores. Advertía MERCADER UGUINA, J. R., «Aspectos laborales de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre: una aproximación desde la protección de datos», *Trabajo y derecho*, nº 52, 2019.

¹⁵³⁶ Se decía en la convocatoria a la «Jornada de Estudio sobre los efectos laborales de la nueva regulación de protección de datos personales», organizada por el gabinete de estudios jurídicos de Comisiones Obreras (CCOO) con la colaboración de la Asociación Juezas y Jueces para la Democracia, en febrero de 2019. Disponible en: <https://www.ccoo.es/f274bae69436610601074f626b51296c000001.pdf> (última revisión: 30 de marzo de 2022).

¹⁵³⁷ Antes bien, tenemos el VIII Convenio Colectivo de Unidad Editorial, S.A. (BOE de 29 de mayo de 2009, nº 130) que en su artículo 2 hacía una extensa mención al uso del correo electrónico cedido por la empresa: «Los usuarios evitarán en lo posible facilitar su dirección de correo electrónico a efectos particulares a personas o instituciones que, ajenas a su ámbito familiar o de amistad, puedan provocar el riesgo de remisiones masivas o improcedentes. En todo caso, si las mismas se produjeran, adoptarán las medidas oportunas o las solicitarán de los responsables de sistemas.» O el X Convenio Colectivo de Repsol Química S.A. (BOE de 28 de octubre de 2009, nº 260) que en su artículo 63 que incluye puntualizaciones sobre la utilización indebida más o menos detallada de los medios informáticos cedidos a los trabajadores.

¹⁵³⁸ II Convenio colectivo de las entidades públicas empresariales Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) y Administrador de Infraestructuras Ferroviarias de Alta Velocidad (ADIF-AV), suscrito el 8 de mayo de 2019, con los sindicatos CC.OO., UGT, SCF y CGT, en representación de los trabajadores afectados.

¹⁵³⁹ Capítulo XXIII del III Convenio colectivo Estatal de la Industria, la Tecnología y los Servicios del Sector del Metal, suscrito por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales del Metal (CONFEMETAL),

artículo 113 dispone que «[e]n las empresas del sector deberán articularse los medios necesarios para el adecuado ejercicio y respeto de los derechos establecidos en la [LOPDGDD] y en la normativa que la desarrolle o sustituya», lo que supone una declaración bipartita de esfuerzo colectivo para adecuarse a los cambios tecnológicos y a la normativa vigente. El mismo contenido se encuentra en el artículo 117 del IV Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal (CEM), publicado en 12 de enero de 2022.

Asimismo, incluye en su artículo 117 (antes, artículo 114), una apuesta de responsabilidad proactiva, al disponer que las empresas tienen la obligación de informar a los representantes de las personas trabajadoras «con la debida antelación de la toma de las decisiones de aquellas propuestas de transformación digital o tecnológica que no supongan modificación sustancial en las condiciones de trabajo pero que pudieran tener cualquier efecto sobre el empleo y los métodos o formas de trabajo», debiendo incidir en las «nuevas formas operativas y las modificaciones tecnológicas en las que se incida».

No es menos interesante el contenido del artículo 118 que incide en la obligación de que el tratamiento de datos en las empresas se rija «por el principio de intervención mínima y proporcionalidad al fin pretendido, así como por las disposiciones comunes contenidas en este capítulo». Así como una medida destinada a garantizar la confidencialidad de los datos, estipulando que aquellas personas que «accedan a los datos personales de las personas trabajadoras deberán guardar el deber de secreto y confidencialidad respecto de la información a la que tuvieran acceso en el transcurso del desarrollo de su actividad».

También el artículo 119 que hace referencia al derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales que, además de introducir el contenido normativo del artículo 87 de la LOPDGDD, especifica que el empresario, «con la participación de la representación legal de los trabajadores, deberá realizar mediante una normativa interna el uso y acceso a los sistemas, uso de correo electrónico de la empresa, instalación de programas, almacenamiento de la información, etc.»

Sobre la videovigilancia y grabación de sonidos, en su artículo 120 añade la obligación de informar «con carácter previo a la instalación de cualesquiera de los sistemas no prohibidos a la representación de los trabajadores, expresando las causas que concurren

suscrito el 5 de noviembre de 2019, con las organizaciones sindicales Industria de Comisiones Obreras (CC.OO. Industria) y la Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores (FICA-UGT) en representación de los trabajadores.

para su instalación, así como, sus características y funcionamiento, señalizando con claridad su existencia para el conocimiento claro e inequívoco por las personas trabajadoras».

Por su parte, el artículo 121 en relación con la intimidad y el uso de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral, establece «la obligación de las empresas de garantizar que, cualquier dispositivo de geolocalización implantado, cese o deje de estar operativo a partir del momento en que finalice la jornada laboral de la persona trabajadora.»

Su artículo 122 (antes, artículo 119) dispone precisiones interesantes a la normativa, que hemos querido reproducir fielmente de modo que se pueda observar la intencionalidad de tales medidas. Incluye la obligación en «la adopción de cualquier medida en relación al uso por el empleador de estos dispositivos y el tratamiento de datos obtenidos de su uso, deberá tanto contar con la previa información expresa, clara e inequívoca a la representación legal de los trabajadores, como atender a la existencia de un fin legítimo, y respetar los principios de proporcionalidad e intervención mínima»; asimismo, que «[t]odas las personas que presten sus servicios en las empresas del sector deberán ser informados de los derechos que les asisten relativos a la protección de sus datos de carácter personal, así como del contenido de los criterios de utilización del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral y del tratamiento, información y datos obtenidos a través de dichos sistemas.» Hace hincapié en la vinculación de la normativa general de protección de datos aplicable al ámbito laboral indicando que «aquellos datos objeto de tratamiento deberán ser adecuados, pertinentes y limitados en relación con los fines para los que son tratados». Incide en el ejercicio, por las personas trabajadoras, de sus derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión de datos, indicando que «[t]odos los derechos contenidos en este capítulo quedan afectos» al posible ejercicio de los mismos. Por último en este artículo, aunque no menos importante, incluye la obligación del empresario de «consultar a los [trabajadores], con la debida antelación, sobre la adopción de cualquier decisión relativa a la planificación y la organización del trabajo en la empresa y la introducción de nuevas tecnologías, en todo lo relacionado con las consecuencias que estas pudieran tener para la seguridad y la salud de las personas trabajadoras, derivadas de la elección de los equipos, la determinación y la adecuación de las condiciones de trabajo y el impacto de los factores ambientales en el trabajo.». Esta previsión podría complementarse mejor si se incluyen, de forma expresa en la normativa, las consecuencias psicosociales vinculadas al uso de TIC que comentábamos líneas arriba.

El contenido del artículo 122 (antes, artículo 120) constituye la materialización de un ambiente de contribución colectiva para hacer frente a procesos de transformación digital en las empresas de forma responsable. En este se recomienda la creación de una Comisión para la Protección de los Derechos Digitales en las Empresas en aquellas que cuenten con convenio propio, que ejercerá específicamente las competencias sobre las materias relacionadas con la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral, de negociar los criterios referidos en los preceptos anteriores de utilización de los dispositivos digitales durante la vigencia del convenio, el establecimiento de las garantías relativas a los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de datos personales de las personas trabajadoras, y la regulación de las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión.

- Interesante también Convenio colectivo de la Unión General de Trabajadores 2019-2020, que fue suscrito con fecha 15 de julio de 2019, que dedica también un Capítulo a los derechos digitales¹⁵⁴⁰. En su capítulo 45 señala que se «informará a la SSR correspondiente, con antelación de al menos un mes a la toma de la decisión de aquellas propuestas de transformación digital o tecnológica que no supongan modificación sustancial en las condiciones de trabajo pero que pudieran tener cualquier efecto sobre el empleo y los métodos o formas de trabajo.»¹⁵⁴¹. Asimismo, dispone de forma expresa el contenido de la información que deberá incluir «el detalle de las consecuencias, las nuevas formas operativas y las modificaciones tecnológicas en las que se incida, así como exposición de las razones que acompañen a la decisión tomada». Ello supone una declaración de la necesidad de llevar a cabo un análisis de riesgo en el momento oportuno para poder evidenciar el impacto y amenazas que de dichas incorporaciones tecnológicas pueda esperarse.

Del mismo modo, conviene reconocer como interesante la incorporación de un apartado relacionado con el uso de las nuevas tecnologías y la consideración oportuna de eventuales riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores derivados de su uso. Así, en el considerando d) del artículo 46, el Convenio colectivo señala la obligación de informar sobre cualquier decisión de «introducción de nuevas tecnologías, en todo lo relacionado con las consecuencias que estas pudieran tener para la seguridad y la salud de los trabajadores, derivadas de la elección de los equipos, la determinación y la

¹⁵⁴⁰ Capítulo XI Convenio colectivo de la Unión General de Trabajadores 2019-2020, que fue suscrito con fecha 15 de julio de 2019, de una parte por la Comisión de Personal en representación de la empresa y, de otra, por la Sección Sindical Estatal de UGT en representación de los trabajadores.

¹⁵⁴¹ Del mismo modo, el art III Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal (CEM).

adecuación de las condiciones de trabajo y el impacto de los factores ambientales en el trabajo.»

- Supone una mejora en algunos aspectos del contenido, lo estipulado en el VIII Convenio colectivo estatal del corcho 2020-2121, de fecha 19 de diciembre de 2019¹⁵⁴², que dedica su Título X a la protección de datos y los derechos digitales y contiene algunos artículos que merece la pena comentar.

Por ejemplo, en su artículo 208, hace referencia a la obligación de la empresa de informar «a la representación de los trabajadores con antelación de al menos un mes a la toma de la decisión de aquellas propuestas de transformación digital o tecnológica que no supongan modificación sustancial en las condiciones de trabajo pero que pudieran tener cualquier efecto sobre el empleo y los métodos o formas de trabajo», tal como se viene repitiendo en otros Convenios colectivos.

Asimismo, en su artículo 110 las partes acordaron que «los criterios de utilización de los dispositivos digitales «serán negociados con la representación de los trabajadores en el plazo de seis meses desde la publicación del convenio.», lo que supone un gran avance respecto a la normativa que solo hace referencia a la mera participación de la representación de los trabajadores en este tema. También supone una puntualización importante la participación de la representación de los trabajadores para establecerse en el mismo plazo, «los criterios de acceso del empleador a los dispositivos digitales de uso por los trabajadores y trabajadoras», aunque se hubiera revestido de mayor fuerza si se hubiese tratado de una negociación como en el punto anterior. En todo caso, resalta la consideración del ánimo de especificar de modo preciso los usos autorizados de los dispositivos, así como las garantías para preservar la intimidad de los trabajadores; y los periodos de tiempo de uso de tales dispositivos para uso privado. Incluso de mayor valor entendemos que ha sido la incorporación de la obligación y compromiso de llevar a cabo «actividades formativas en tal sentido que aseguren el correcto conocimiento de los criterios».

En el artículo 115 se constituye la Comisión para la Protección de los Derechos Digitales, compuesta por 4 miembros, entre la representación empresarial y la representación de los trabajadores, con competencias sobre la salvaguarda de derechos

¹⁵⁴² VIII Convenio colectivo estatal del corcho (Código de convenio: 99010185011996), que fue suscrito con fecha 19 de diciembre de 2019, de una parte, por la Asociación de Empresarios del Corcho de Cataluña (AECORK) y la Asociación San Vicenteña de Empresarios del Corcho (ASECOR), en representación de las empresas del sector, y de otra, por la Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores (UGT-FICA) y por Comisiones Obreras de Construcción y Servicios (CC.OO.), en representación de los trabajadores afectados.

digitales en el ámbito laboral, haciendo frente a las obligaciones que del Convenio se derivan. Además, introducen las vías de solución de conflictos vía mediación y, posteriormente arbitraje, en caso no lleguen a un acuerdo. Esta Comisión asume funciones de crucial importancia en el ámbito de la sensibilización sobre los derechos digitales de las personas trabajadoras, a través de la formación o la implementación de garantías adicionales, así como tareas de vigilancia y control del cumplimiento de lo pactado en esta materia, y el impulso de cuantas medidas «sean convenientes de cara a observar la adecuación o la conveniencia de modificar los criterios de utilización pactados, o establecer salvaguardas adicionales». Muy útil la incorporación de competencias relativas a la garantía del ejercicio de los derechos digitales en aquellas empresas que no cuenten con representación legal de los trabajadores, a través de criterios de aplicación directa.

- Por su parte, el XXIV Convenio colectivo del sector de la banca, publicado el 30 de marzo de 2021, que incluye en su Capítulo XV asuntos sobre Transformación digital y derechos digitales, destacables como el derecho a la educación digital en su artículo 80. Al respecto, se incluye el compromiso de las empresas a formar al personal en aquellas «competencias y habilidades digitales necesarias para afrontar la transformación digital y facilitar así su reconversión digital y la adaptación a los nuevos puestos de trabajo, así como para evitar y erradicar las brechas digitales y garantizar su empleabilidad». Aunque no se especifica la formación en lo referido al impacto de uso tecnológico en el ámbito de trabajo o sobre los derechos fundamentales que les asisten, puede suponer una puerta al mundo tecnológico que genere conocimiento residual en estos aspectos de valiosa necesidad.
- Cuestión aparte es la inclusión del «derecho ante la inteligencia artificial» que, si bien alerta sobre los peligros inherentes al uso de estas herramientas y señala que «requiere de una implantación cuidadosa cuando se aplica en el ámbito de las personas», solo se limita a repetir lo ya señalado por la normativa europea sobre el derecho de las personas trabajadoras «a no ser objeto de decisiones basadas única y exclusivamente en variables automatizadas». Además, señala el deber de las empresas de informar a la RLT sobre el uso de la analítica de datos o los sistemas de inteligencia artificial «cuando los procesos de toma de decisiones en materia de recursos humanos y relaciones laborales se basen, exclusivamente en modelos digitales sin intervención humana»¹⁵⁴³, pero no se logra la

¹⁵⁴³ Señala, además, que tal «información, como mínimo, abarcará los datos que nutren los algoritmos, la lógica de funcionamiento y la evaluación de los resultados.»

incorporación de una participación más activa de los representante ante el uso de IA y una limitación más categórica sobre dicho uso.¹⁵⁴⁴

El artículo 91 de la LOPDGDD, si bien envuelve en su justificación la finalidad de destacar y fomentar el posible papel de la negociación colectiva en el ámbito de las relaciones laborales¹⁵⁴⁵ —que, de hecho, puede haber motivado las recientes inclusiones sobre la materia en los Convenios colectivos—, no dispone propuestas específicas sobre un papel claro, específico y activo de los representantes de los trabajadores. El poder de control sobre el tratamiento de los propios datos personales y sobre el derecho a la intimidad de estos últimos implica una actuación más concreta, específica y periódicamente monitorizada por los agentes sociales. Las disposiciones incluidas en los Convenios comentados evidencian las deficiencias en relación al papel nada potente que se les ha dado a estos en la normativa y el poco margen de maniobra que poseen. Llama la atención la ausencia de una regulación más precisa que contenga los detalles y elementos suficientes para alcanzar el fin, desde el diseño y según el sector y las actividades profesionales que se traten, en aras de alcanzar la legitimidad, finalidad, proporcionalidad y transparencia de las medidas.

La participación de los trabajadores y de sus representantes desde el momento previo a la implantación de TIC en el trabajo no se garantiza de forma suficiente. Una eventual forma de garantizar de forma efectiva los derechos de los trabajadores sería que estos o sus representantes pudiesen tener acceso a toda la información relevante sobre el futuro tratamiento de datos personales, incluidas las medidas técnicas y organizativas que se pretenden llevar a cabo para garantizar los derechos fundamentales de los interesados. Sin embargo, del desarrollo de la normativa no se ha podido determinar un camino claro para que dicha información llegue de forma previa a los trabajadores. Se menciona su inclusión en los Registros de Actividades, pero no se le incluye entre los requisitos que forman parte de la información previa que deberá otorgársele. Sin esta información, los trabajadores o sus representantes no podrán realizar un análisis completo sobre la idoneidad de las medidas y sobre la protección que debe desplegar el empleador sobre sus derechos a la intimidad y protección de datos personales, ante una eventual utilización de TIC por parte del empleador. Tampoco se ha previsto el instrumento legal a través del cual se deberán articular las medidas. Mucho menos se ha incluido un procedimiento de control externo que supervise el contenido.

¹⁵⁴⁴ En los mismos términos el Convenio colectivo para los establecimientos financieros de crédito, que fue suscrito, con fecha 20 de julio de 2021 y publicado en el BOE el 15 de octubre de 2021.

¹⁵⁴⁵ En opinión de CALVO GALLEGO, F. J., «Derechos digitales en la negociación colectiva (Comentario al artículo 91 LOPDGDD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento...*, Tomo II, *cit.*, 2021, p. 4243.

V.5. Cuestiones adicionales que pueden escapar a la aplicación de la normativa

Hemos ido constatando que el panorama aparece convulsionado no solo porque la utilización de las TIC permite al empleador una mayor efectividad en la aplicación de sus facultades empresariales en los términos reconocidos líneas arriba, sino que existen particularidades vinculadas a la información digital derivada de dicha utilización. El foco de atención se traslada del momento del acceso a ciertos datos, a la utilización y reutilización de datos masivos, sin capacidad inicial de ser controlada.

Si nos enfocamos en el uso de lo que se conoce como *Big data*¹⁵⁴⁶, podemos observar que en 2020 alcanza al 4% del total de empresas, sin embargo, supone un incremento de 1,2 puntos porcentuales en relación con el año anterior. La penetración en el tejido empresarial de España sigue siendo escasa, aunque ese crecimiento ligero con respecto al año precedente muestra el mayor crecimiento registrado entre las empresas de 0 a 9 empleados del sector del comercio al por menor¹⁵⁴⁷.

Por ejemplo, el ONTSI recoge la experiencia de SilverStorm, una empresa dedicada al desarrollo de programas de transformación digital, y que combina experiencias personalizadas de usuarios, negocios y tecnología. En los últimos años, ha visto necesario implementar cambios y afrontar una transformación digital, guiada a resolver los problemas de descoordinación entre los diferentes departamentos de la compañía, así como la incapacidad de estandarizar y automatizar procesos; esos problemas amenazaban los objetivos de calidad en la ejecución de sus proyectos. Se muestran algunos detalles en dicho proceso de transformación digital que incluye la «implantación de una plataforma de gestión interna que integra tecnología en la nube, big data e inteligencia artificial (concretamente capacidades de aprendizaje automático) para crear un espacio en el que unir a todos los empleados de la empresa y generar flujos de trabajo digitales». Se utiliza un vuelco de información en bases de datos digitalizadas en la plataforma a partir de la cual se realizan predicciones y se produce la automatización de procesos internos de gestión de IT¹⁵⁴⁸. Asimismo, se automatizan los procesos de implementación de proyectos como fichas de clientes, presupuestos, facturación y empleados involucrados¹⁵⁴⁹.

La pieza clave del análisis del *Big Data* dentro las compañías es la combinación de datos corporativos de fuentes dispares, «con el objetivo de poder otorgarles una utilidad que

¹⁵⁴⁶ MARKUS, M. L., «New games, new rules...», *cit.*, 2015, p. 58.

¹⁵⁴⁷ ONTSI, *Indicadores de uso de Inteligencia Artificial en las empresas españolas*, 2021, p. 6. <https://www.ontsi.es/es/publicaciones/Indicadores-de-uso-de-Inteligencia-Artificial-en-lasempresas-espanolas>.

¹⁵⁴⁸ Las bases de datos son entendidas como un «conjunto integrado de datos interrelacionados, junto con una serie de aplicaciones para su manejo, accesibles simultáneamente por diferentes usuarios y programas». ALCALDE, E. y GARCÍA, M., *Informática...*, *cit.*, 1997, p. 236.

¹⁵⁴⁹ *Silverstorm*, 129 empleados. ONTSI, *INFORME DE DIGITALIZACIÓN...*, *cit.*, 2021, pp. 74-75.

proporcione valor»¹⁵⁵⁰. Con ello que la calidad del conocimiento para los empleadores se incrementa exponencialmente. Podemos hablar de una integración en el análisis de datos en medios sociales, apoyados en técnicas de sentimientos y opiniones, datos procedentes de las búsquedas de la web, de la interconexión de dispositivos, biometría, datos personales de los trabajadores, etc.

En relación a dicho concepto, que hace referencia a esa gran cantidad y diversidad de datos, se identifica un componente vinculado al uso de las TIC —diríamos el más importante, porque de él se proyectan los demás—. Nos referimos al uso adicional de la información que se ha obtenido de esa primera utilización. Muchas de las actividades empresariales pueden poner a disposición del empleador una serie de informaciones relativas a los trabajadores o al desempeño de su trabajo, que pueden ser combinadas con otras recopilaciones. De acuerdo con ciertos patrones o perfiles, estas combinaciones pueden otorgar nuevo conocimiento al empresario¹⁵⁵¹. Así, pueden llevarse a cabo búsquedas y escrutinios adicionales y posteriores, de acuerdo al diseño de espacio virtual que se disponga y dada la propiedad que ostenta el empleador sobre las TIC¹⁵⁵². Por ejemplo, si se realiza un análisis global de mensajes de texto, de mensajería instantánea vía WhatsApp, textos de correos electrónicos enviados por la persona trabajadora, y se integra con información referida a la geolocalización de vehículos, de datos de venta realizados a clientes, entre otros; puede obtenerse información sobre el desempeño laboral de los trabajadores. El empleador puede recibir resultados del análisis que pueden luego atribuirse de forma específica a cierto personal. El problema es que los resultados y las estadísticas funcionan bien para realidades globales, pero no para detectar fehacientemente comportamientos particulares¹⁵⁵³.

Como ya se viene alertando desde la doctrina, incluso las técnicas de anonimización actuales bien aplicadas, eficaces en este momento, pueden volverse obsoletas ante la utilización de gran cantidad de información y la alta posibilidad de establecerse relaciones entre los datos tratados identificados y no identificados. El *Big data* desafía las técnicas de pseudonimización, lo que puede llevar a una reidentificación de los sujetos sin que estos sean conscientes de ello¹⁵⁵⁴. Incluso la técnica de anonimización no supone un procedimiento totalmente inocuo, dado que «podría desencadenar un doble efecto perjudicial para la persona afectada: una vulnerabilidad por deficiencia o ineficacia de las medidas de seguridad técnicas adoptadas, y

¹⁵⁵⁰ GIL GONZÁLEZ, E., *Big Data, privacidad...*, cit., 2016, p. 15.

¹⁵⁵¹ Al hilo de HOFFMAN-RIEM, W., *Big Data. Desafíos...*, 2018, p. 55.

¹⁵⁵² Puede consultarse el ejemplo recogido en el libro de LESSIG, L., *El código...*, cit., 2001, pp. 264-265.

¹⁵⁵³ GIL GONZÁLEZ, E., *Big Data, privacidad...*, cit., 2016, p. 26.

¹⁵⁵⁴ ROMEO CASABONA, C. M., «Datos personales (Comentario al Artículo 4.1 RGPD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento...*, Tomo I, cit., 2021, p. 589.

una vulnerabilidad por falta de protección jurídica en ciertas situaciones en las que dicha anonimización podría ser reversible»¹⁵⁵⁵.

Por su parte, observamos perfectamente posible, según el avance de la técnica, que el uso de información se convierta en valiosa para un empleador, incluso cuando dicha información no se considere personal, es decir, no sea posible o no interese vincularla a una persona trabajadora de forma individual. Por ejemplo, la categorización de los trabajadores según sus comportamientos de contenido político o social en la empresa puede motivar la puesta en práctica de decisiones organizativas destinadas a promover relaciones entre trabajadores que no sean afines, de modo que disminuyan las intenciones de asociación de los trabajadores. De hecho, podría servir como información valiosa para la elección de futuro personal más proclive a seguir el ideario empresarial, que suponga un menor riesgo de conflictos colectivos.

Es verdad que la aplicación de la normativa de protección de datos alcanza al tratamiento de datos derivados, cuando la información inicial se configure como datos personales de trabajadores identificados o identificables. Sin embargo, ¿qué ocurre cuando se trata de información que ha sido recabada de una empresa o de un grupo de ellas referido al colectivo del personal, y cuyo objetivo, por ejemplo, tomar decisiones sobre otro colectivo? Si observamos la protección que otorga el RGPD en su artículo 22, que no posee una dimensión colectiva, ¿cómo podría hacerse frente a una protección del colectivo de trabajadores perjudicados en su esfera personal a partir de datos que no son suyos? Tendríamos una producción de efectos sobre determinadas personas, a partir de la utilización de información no personal que podría poner sobre la mesa otra serie de problemáticas en relación con la protección de la intimidad y protección de datos de los trabajadores de las empresas que se vean perjudicados¹⁵⁵⁶. Sea o no de aplicación la normativa sobre protección de datos personales, cualquier información puede llegar a ser útil. Entre otras cosas, sin intervención humana, puede servir para ser analizada y aplicada a colectivos de trabajadores, como dirigir comportamientos colectivos, captar interacciones, registrar evolución de tendencias y comportamientos digitales (o digitalizados) de personal, entre otras cosas¹⁵⁵⁷. El impacto, realmente, puede ser mucho mayor: otros proveedores pueden encontrar valiosas esas informaciones para llevar a cabo decisiones sobre, por ejemplo, zonas donde podrían colocar sucursales que incorporen personal que estadísticamente participan menos en asociaciones colectivas.

¹⁵⁵⁵ ROMEO CASANOVA, C. M.^a, «Seudonimización (Comentario al artículo 4.5 RGPD), en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento...*, Tomo I, *cit.*, 2021, pp. 619-620.

¹⁵⁵⁶ Al respecto, SANCHO VILLA comenta la doctrina que ya ha puesto el foco en esta cuestión. *Vid.* SANCHO VILLA, D., «Las decisiones individuales...», *cit.*, 2021, pp. 1737-1738.

¹⁵⁵⁷ HOFFMAN-RIEM, W., *Big Data. Desafíos...*, *cit.*, 2018, p. 104.

El panorama se convulsiona aún más si tenemos en cuenta que los datos digitales, su flujo, su existencia o su utilización pueden perfectamente no ser perceptibles por el ojo humano, «o solo con un especial esfuerzo técnico»¹⁵⁵⁸ o, en el caso de los trabajadores, cuando se hayan hecho efectivas las sanciones. El medio digital que es capaz de ver sin ser visto y los vigilados que no tienen pruebas físicas de la vigilancia: no hay ni personal ni estructuras físicas que hagan imaginar que puede existir una vigilancia. En relación a la gestión algorítmica, sobre todo en lo que respecta a la transparencia de los sistemas automatizados desplegados y sobre los mecanismos de reparación y revisión de las decisiones impulsadas por algoritmos. ¿Qué podría evitar que las empresas evadan las reglas establecidas restando transparencia a los procesos de tratamiento de datos o eligiendo diseños digitales que resulten difícilmente reconocibles?¹⁵⁵⁹

Las TIC pueden procurar eso. Y, de forma simultánea, a partir de su presencia, resultaría más difícil para los trabajadores (o a veces imposible) saber si el empleador tiene información sobre ellos, de qué tipo de información se trataría o las múltiples formas en las que podría utilizarse. Efectos que, de hecho, no pueden descartarse del todo aun en caso de que dicha información hubiese sido recopilada de forma legítima, proporcional y menos intrusiva. Parece que la introducción de las TIC en las relaciones laborales puede entenderse como una adaptación de la visión panóptica de Bentham, sobre todo si unimos los riesgos tecnológicos con aquella posición doctrinal que insiste en igualar los efectos con aquellos provocados por medios de organización, control y vigilancia no digitales. El esquema panóptico que comenta FOUCAULT «es un intensificador para cualquier aparato de poder: garantiza su economía (en material, en tiempo); garantiza su eficacia por su carácter preventivo, su funcionamiento continuo y sus mecanismos automáticos»¹⁵⁶⁰. El mayor efecto del Panóptico de Bentham se materializa si reconocemos la posibilidad de inducir a los trabajadores a un «estado consciente y permanente de visibilidad que garantiza el funcionamiento automático del poder», «hacer que la vigilancia sea permanente en sus efectos, incluso si es discontinua en su acción»¹⁵⁶¹. Una vigilancia que puede ocasionar un impacto sobre el libre desarrollo de la personalidad de los trabajadores y que, de forma directa, supone que, al pensarse vigilados coartan su forma de comportarse¹⁵⁶².

¹⁵⁵⁸ Al hilo de lo dicho por HOFFMAN-RIEM, W., *op. cit.*, p. 57.

¹⁵⁵⁹ HOFFMAN-RIEM, W., *Big Data. Desafíos...*, *cit.*, 2018, p. 99.

¹⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 209.

¹⁵⁶¹ FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar...*, *cit.*, 2012, p. 204.

¹⁵⁶² Según la teoría panóptica de FOUCAULT, la sociedad actual es un reflejo del panóptico de Bentham. Para este autor, hemos estado sumergidos en una sociedad disciplinaria, que controla el comportamiento de sus miembros mediante la imposición de la vigilancia. A partir de la idea de que estamos vigilados, se busca un comportamiento típico dentro de unos rangos considerados normales por el vigilante.

De hecho, evoluciona y se refuerza su posible impacto: con las TIC como medio de intensificador del poder empresarial, el modelo de vigilancia ya no es efectuado por otros individuos, es menos costoso, menos visible, más peligroso.

Así, la vigilancia se sitúa en el «entorno digital», con sus propias lógicas y su propia arquitectura¹⁵⁶³. Un entorno que, de forma indirecta, es capaz de determinar la toma de decisiones empresariales, no a partir de lo que hacen realmente los trabajadores de acuerdo al contexto y momento, sino a partir de interpretaciones algorítmicas matemáticas, del todo deshumanizadoras. Los algoritmos en la digitalización forman parte de los sistemas digitales y pueden ser, con carácter general, aquellas reglas escritas en lenguaje digital para ejecutar las diversas tareas que las TIC puedan llevar a cabo¹⁵⁶⁴. Son los algoritmos los responsables de repercutir en las conductas de las personas, en las dinámicas sociales, económicas, culturales. A partir de ellos se produce la observación, el descubrimiento de las actuaciones o interacciones. Sobre estas informaciones, se permite una proyección sobre el comportamiento de las personas trabajadoras. Se produce una dirección sobre el desarrollo de la personalidad de la que no se tiene conciencia y que puede perfectamente exceder del requerido para el adecuado cumplimiento de la actividad laboral¹⁵⁶⁵.

En la teoría, todos estos aspectos de la IA, desde luego, deben explicarse o comunicarse con anterioridad a la firma de un contrato. No obstante, en la práctica, el poder jurídico que ofrecen los derechos a la intimidad y protección de datos de personales de los trabajadores no puede ejercerse eficazmente si no se ataja de forma específica todo lo que respecta al tipo de algoritmos o su empleo. La programación en sí misma carece de limitaciones éticas y controles estatales, se guía por cuestiones económicas, y supone una cuestión muy importante de cara a las aplicaciones que supone¹⁵⁶⁶.

Es un hecho que la utilización de este tipo de tecnología, por ejemplo, dificulta o hace imposible que los trabajadores conozcan del todo cómo se tratan sus datos personales, si para ello se utilizan técnicas avanzadas de procesamiento mediante IA (con los riesgos de ausencia de dominio humano que esta conlleva), dónde están ubicados los servidores que almacenan su información, quiénes realmente tienen acceso a sus datos, cuáles son las condiciones de

¹⁵⁶³ Puede leerse un comentario sobre la condición de las matemáticas como «tractor» de este siglo XXI, vinculado a la tecnología, en CATALÁ, J. M., *La gran espiral: capitalismo y paranoia*, Sans soleil, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 23-26.

¹⁵⁶³ MOLINA NAVARRETE, C., «Poder de geolocalización...», *cit.*, 2018.

¹⁵⁶³ CASTELLS, M., *Comunicación...*, *cit.*, 2009, p. 40.

¹⁵⁶⁴ La RAE los define como un «conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema».

¹⁵⁶⁵ Al hilo de lo dicho por HOFFMAN-RIEM, W., *Big Data. Desafíos...*, *cit.*, 2018, p. 68.

¹⁵⁶⁶ Puede leerse un comentario sobre la condición de las matemáticas como «atractor» de este siglo XXI, vinculado a la tecnología, en CATALÁ, J. M., *La gran espiral: capitalismo y paranoia*, Sans soleil, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 23-26.

seguridad, privacidad y conservación reales en los repositorios de datos. Si, incluso, puede decirse que esta información escapa al propio empleador, los trabajadores tienen más difícil exigir la protección de un ámbito de intimidad y de control de un ámbito de personales que le otorgan los derechos fundamentales que analizamos. En cualquier caso, la transparencia como motor de defensa de estos derechos fundamentales se ve seriamente amenazada ante la ausencia de control en la información de estos aspectos técnicos que son los que determinan de forma específica el impacto que podría provocar determinada TIC sobre estos derechos.

En líneas generales, estamos ante un escenario en el que, no solo se habla respecto a la disponibilidad ubicua de la información que se obtiene de la implantación de las TIC, sino de las múltiples posibilidades que tiene de «refinar su producto» y el peligro que supone que se haga fuera del ámbito jurídico permisivo, sin el conocimiento de las partes interesadas¹⁵⁶⁷ e, incluso, de un agente humano especializado¹⁵⁶⁸. Las predicciones llevadas a cabo tras un análisis del *Big data* llevan consigo el riesgo intrínseco de la incertidumbres, puesto que algunos datos sobre los que se basan no son precisos por naturaleza, como los sentimientos, el futuro, los sensores GPS que brindan información según las antenas a las que se conecten, los datos obtenidos en redes sociales, etc. Además, los resultados no se basan en la causalidad, sino, más bien, opera la correlación, esto es que, en lugar de tratar de comprender los motivos por los que se llevan a cabo ciertos sucesos, el *Big data* permite «recoger y analizar cantidades masivas de datos sobre estos eventos y todo lo asociado a éstos, para encontrar relaciones entre variables que permitan descubrir patrones ocultos y predecir cuándo estos eventos pueden volver a ocurrir»¹⁵⁶⁹. Mientras más datos se analicen, las estadísticas pueden mostrar relaciones falsas, y sobre dichas estadísticas los empleadores tomarán decisiones que pueden afectar a los trabajadores.

Aún más, dicho escenario se entremezcla con una problemática de naturaleza aplicativa adicional: algunas TIC pueden catalogarse como medios que provocan la transformación e intensificación del ejercicio de las facultades empresariales a través de un potencial enlace prácticamente impecable entre las herramientas de trabajo y las herramientas de control¹⁵⁷⁰. Con ello se provoca una confusión de las fronteras profesional y personal de los trabajadores, que entremezcla contenido generado que no solo está referido a la actividad laboral. Y, en ese sentido; se hacen más difíciles las ya complicadas medidas de protección diferenciada que

¹⁵⁶⁷ *Vid. op. cit.*, pp. 80-81.

¹⁵⁶⁸ SANCHO VILLA, D., «Las decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles» (Comentario al artículo 22 RGPD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento...*, Tomo I, *cit.*, 2021, pp. 1730-1731.

¹⁵⁶⁹ GIL GONZÁLEZ, E., *Big Data, privacidad...*, *cit.*, 2016, p. 28.

¹⁵⁷⁰ El control pasa a ser un «elemento eventual de la actividad organizativa para integrarse como parte de la misma actividad de trabajo». *Vid.* MARTÍNEZ FONS, D., *El poder de control del empresario...*, *cit.*, 2002, p. 33.

deben exigirse ante el despliegue de las facultades empresariales de control y vigilancia de los trabajadores.

En cualquier caso, podríamos estar ante la materialización de un reforzamiento del poder empresarial que escaparía al control estatal, al que habría que reconocerle repercusiones sociales negativas, es decir, generalizadas a todo el sector de las relaciones laborales. Y, además, lo más importante, podríamos estar ante la configuración de una vulneración del derecho a la intimidad del conjunto de trabajadores en su versión positiva, ante la perturbación del ejercicio de la libertad que se les ve garantizada constitucionalmente, en la medida que se impida o dificulte el normal desarrollo de la autonomía personal o modifiquen sus pautas de comportamiento. No creemos que el problema radique en definir si realmente toda la información obtenida, combinada con otros datos, y que genera un perfil o un prototipo por medio de algoritmos, se considera un dato personal y, por tanto, sujeto a la normativa mencionada. El problema tiene un trasfondo más profundo y se centra en siquiera ser capaces de que los trabajadores puedan identificar si durante el desarrollo de su actividad laboral se están realizando usos de TIC. La seguridad y el gobierno sobre el *Big data* serán todavía más importantes de alcanzar a medida que se empiecen a utilizar más fuentes de información¹⁵⁷¹.

Para ir acabando este apartado, conviene recordar que la exigencia de la garantía de los derechos a la intimidad y a la protección de datos de las personas trabajadoras ante la presencia de las TIC —en rápido perfeccionamiento de sus funciones técnicas— no pretende una mayor autonomía ni un desarraigo de las obligaciones de la relación laboral. Más bien se pretende una defensa más potente que logre la exigencia que el propio ordenamiento ha dispuesto, de igualdad de titularidad de la dignidad humana de las personas de la relación laboral. Como dice MOLINA NAVARRETE, es momento de una «integración-corrección de los vicios jurídicos» de la normativa, siempre teniendo como objetivo la mayor efectividad de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras en las relaciones laborales, ahora en los entornos digitales¹⁵⁷².

En todo caso, recordemos también que el Estado es «garante último de los micropoderes», calificación que podría atribuirse también al poder empresarial, puesto que se trata de un poder que se ejerce fuera de la esfera política, al menos, en teoría¹⁵⁷³. En el último capítulo, que a continuación afrontamos, pretendemos añadir algo en relación a esto último.

¹⁵⁷¹ Vid. PAREDES-MORENO, A., «Big data: estado de la cuestión», *IJIEBC*, nº 1, vol. II, 2015, pp. 38-59.

¹⁵⁷² MOLINA NAVARRETE, C., «Poder de geolocalización...», *cit.*, 2018.

¹⁵⁷³ CASTELLS, M., *Comunicación...*, *cit.*, 2009, p. 40.

CUARTA PARTE

PROPUESTAS DE ACTUACIÓN PARA LA EFICACIA EN LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD Y LOS DATOS PERSONALES DE LOS TRABAJADORES ANTE LA IMPLANTACIÓN DE TIC EN EL TRABAJO

CAPÍTULO VI

PROPUESTAS Y SOLUCIONES POSIBLES FRENTE AL USO DE TIC EN LA EMPRESA

I. CUESTIONES PREVIAS

Hemos visto que, en el actual escenario, se precisa ampliar la valoración de esta situación y afrontar las oportunidades y riesgos de la presencia de TIC en las empresas estableciendo objetivos jurídicos y de política social y económica, más específicos. A la par que el Estado desarrolla medidas para alcanzar sus objetivos de impulsar inmersiones tecnológicas en los procesos productivos, debe hacer frente a modificaciones en las estructuras sociales hacia la defensa y autodefensa de los colectivos de trabajadores en materia de protección eficaz de estos derechos fundamentales.

Ello supone enfrentar los cambios con directrices de protección para el conjunto del tejido empresarial, encaminadas a alcanzar las siguientes finalidades: primero, elevar la protección normativa de los derechos a la intimidad y protección de datos personales de los trabajadores frente al uso de las TIC en los entornos de trabajo, centrándose en las facetas iniciales; y, segundo, diseñar modelos de gestión en materia de transformación digital que compaginen el bienestar personal y profesional de las personas trabajadoras a partir del respeto de sus derechos.

Ciertamente, somos conscientes de la enorme dificultad que supone elaborar una normativa estricta para la protección de estos derechos, debido a la amplitud de entornos empresariales, actividades, TIC aplicables a todas aquellas circunstancias. Asimismo, no podemos negar la imposibilidad material de brindar una regulación suficientemente detallada. Aun así, resulta indispensable exigir una normativa con un mayor alcance de previsibilidad y disposiciones específicas para el ámbito de las relaciones laborales, y que deban asumirse complementos normativos que contribuyan a dilucidar las dudas de su aplicación y conflictos de interpretación que se sucedan¹⁵⁷⁴. Conviene, pues, establecer unos criterios mínimos, factores o indicadores específicos que pueden guiar a los empleadores, trabajadores y sus representantes.

¹⁵⁷⁴ En referencia al caso *Rotaru c. Rumanía*, de 4 de mayo de 2000 (STEDH 28341/95, ap. 55).

Por ello, desarrollamos a continuación varias líneas de respuesta que, consideramos, pueden servir para alcanzar una protección eficaz. En todo caso, se trata de escapar de las formas de verificación del respeto de estos derechos fundamentales que se realicen en los Tribunales que, como sabemos, no constituyen una protección eficaz de tales derechos¹⁵⁷⁵.

II. LA ACTUACIÓN EN EL ÁMBITO INTERNO

Aun cuando se asuma que el Derecho irá siempre por detrás de los cambios tecnológicos, debe exigirse una respuesta a la problemática, en consonancia con el grado de impacto que haya ido identificándose, más allá de meras apariencias sobre mayores garantías. Ni siquiera en esta era digital, el derecho puede descartarse como elemento solucionador. En ese sentido, la satisfacción de las tareas exige el despliegue de instrumentos jurídicos que tengan en cuenta la multidimensionalidad específica de los objetivos e instrumentos establecidos en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, para proporcionar la protección jurídica que se exige, los mecanismos y medidas concretas de protección de intimidad y de datos personales de los trabajadores, deben establecerse tanto para evitar o neutralizar el impacto de las TIC como para potenciar procesos de implantación de TIC en las empresas, respetuosos con los derechos de los trabajadores, más allá de meras referencias a la protección de su derecho de intimidad.

Aun ante la gran dificultad que supone la elaboración de una normativa específica laboral que incluya la gestión de esta problemática, no solo política, sino también técnica, es indiscutible la urgencia del trabajo estatal encaminado a estos objetivos. Es discutible la forma en la que se trate, pero no la urgencia de directrices que se difundan desde la comprensión de la propia naturaleza del Derecho del Trabajo¹⁵⁷⁶.

Ya sea a través de un proceso de reglamentación de la LOPDGDD o de una forma normativa *ad hoc*, ofrecemos algunas directrices de mejora. Así, al menos, debe garantizarse la protección de la intimidad y de los datos personales de los trabajadores a través de medidas destinadas a encauzar la actuación a los empleadores. Bien a través de prohibiciones, bien de incentivos, las obligaciones empresariales deben enfocarse al fortalecimiento de la autodeterminación informativa en el ámbito laboral. En ese sentido, en la medida de lo posible, conviene que se precisen algunas normas en el ámbito de las TIC que proporcionen a los empleadores, trabajadores y a sus representantes un criterio lo más claro posible sobre cómo

¹⁵⁷⁵ Los periodos de conflictos jurídicos corroboran la imposibilidad de una protección eficaz de los derechos fundamentales. Por ejemplo, la sentencia recaída en el caso Bărbulescu se origina en una demanda de 2008, siendo la sentencia de la Gran Sala diez años después, en 2018. Escenario similar identificable en todos los casos vistos por los Tribunales.

¹⁵⁷⁶ Vid. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «Generalización tecnológica...», *cit.*, 2017, p. 306.

actuar y, en su caso, reclamar conductas contrarias a la norma. Se requiere, pues, claridad y precisión en el contenido, así como también mayores garantías.

Con todo, el razonamiento legislativo que desde aquí también se exige requiere de antemano «un razonamiento social fundamental»¹⁵⁷⁷. Para definir el contenido, se hace imprescindible la participación activa de personal técnico especializado para determinar, en principio, la capacidad intrusiva que pueden producir los diferentes grupos de TIC según el tipo de uso que se haga de ellas. La participación de los agentes sociales también se hace imprescindible a modo de realizar una defensa activa, de aportar las experiencias que se recojan en el uso de TIC en diversos sectores, así como de precisar el impacto que dicha utilización haya podido suponer en los entornos laborales.

II.1. Criterios de mejora en relación con la delimitación de los derechos

Antes de entrar en los detalles, al hilo del artículo 20 *bis* incluido en el ET, no cabe aceptar una referencia normativa cerrada a los supuestos recogidos en el precepto como ejemplo de garantía de protección eficaz, habida cuenta del impacto de las tecnologías que se evidencia. Ciertamente, el dinamismo que ofrecen las TIC y su utilización requieren preceptos más abiertos que permitan expandir su protección a la aparición de nuevas herramientas tecnológicas en ámbito de las relaciones laborales.

II.1.A. En lo que respecta al artículo 87 de la LOPDGDD

Por un lado, tomando en consideración que la utilización de TIC en lo relativo al desempeño laboral involucra distintas formas de tratamiento de datos personales, debe incluirse la protección expresa a la autodeterminación informativa en el ámbito de las relaciones laborales que asiste a los trabajadores ante el uso de las TIC, de modo que pueda exigirse dicho uso en los términos recogidos por el sistema de protección de datos personales.

Ahora bien, en lo que se encuentra regulado sobre el derecho a la intimidad no se han realizado las precisiones sobre la naturaleza de los usos y el alcance de dicha protección. Se exige la inclusión de, al menos, dos cuestiones adicionales: deberá constar la imposibilidad de que el empleador prohíba de forma absoluta el uso privado de aquellos dispositivos cedidos que por sus características técnicas puedan ser utilizados para tales casos; así como la prohibición categórica de reducir a cero las expectativas de intimidad de las personas trabajadoras en el uso de dispositivos cedidos por el empleador.

¹⁵⁷⁷ Sobre el diálogo social, DUEÑAS HERRERO, L. J., «The necessary recovery of social dialogue to address regulation of the impact of new technologies on workers' rights», *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 4, nº 2, 2019, pp. 111-123.

En relación a los contenidos derivados del uso de dispositivos de propiedad del empleador se exige la inclusión de, al menos, algunas cuestiones. Primero, debe señalarse que el término «contenido» no solo se reduce a una información concreta, sino que alcanza a cualquier información que permita deducir un contenido concreto. Es decir, deberá establecerse la diferencia entre contenidos *per se* y flujo de los mismos. En segundo lugar, el legislador debe contemplar la diferencia entre tipos de contenidos y tipos de flujos, por ejemplo, tipos de contenidos informacionales o comunicativos, dado que el alcance de la protección puede tener que garantizarse a terceras personas. En tercer lugar, debe dejar constancia de prohibiciones expresas a accesos de contenidos que por su naturaleza puedan contener información de carácter privado, más detallada sobre la persona, o más sensible.

Por su parte, teniendo en consideración que, además del uso de TIC, el acceso a los contenidos derivados de dichos usos puede suponer tratamiento de datos personales, debe incluirse el ámbito de protección a la autodeterminación informativa y el habeas data sobre aquellos contenidos derivados.

Sobre la habilitación al empleador a acceder al contenido derivado del uso de los medios digitales cedidos a los trabajadores, deberá estipularse, como límites a dichas acciones, que se trata de medidas de control y vigilancia excepcionales, especialmente en aquellos casos en que los usos generen contenidos de naturaleza sensible o que puedan identificarse como de naturaleza privada; así como en aquellos casos en los que el acceso a ciertos medios permita, a su vez, acceder a otros medios digitales. Es decir, deberá blindar el acceso a contenidos que puedan desencadenar vulneración de otros derechos o de derechos de terceras personas, como es el caso de contenido de naturaleza comunicacional.

En el caso de la habilitación al acceso a los contenidos derivados del uso de TIC en la empresa para garantizar de la «integridad» de los dispositivos digitales, conviene que se precise que este interés empresarial podrá satisfacerse únicamente *ex post*, es decir, siempre que haya existido un hecho que suponga la vulneración a la integridad de dicho dispositivo, debiendo acreditarse los criterios de finalidad y proporcionalidad de la medida en base a dichos indicios. Para permitir un acceso, deberá exigirse, en todo caso, que los empleadores acrediten que llevaron a cabo medidas previas técnicas y organizativas destinadas a impedir acciones de uso de los trabajadores que pudiesen provocar daños a los equipos y medios digitales.

En todo caso, la normativa deberá exigir figure por escrito aquellas justificaciones legítimas y suficientes, la proporcionalidad de acceso, el tiempo o la forma en la que deben tenerse disponibles estos contenidos, cuestiones sobre usos adicionales de tales contenidos, así

como cuestiones relativas a la transparencia sobre dichas medidas de acceso. Con mayor detalle, debe establecerse la obligación del empleador de:

1. Ofrecer motivos concretos, específicos, explícitos y legítimos, fundamentados en indicios suficientes, que justifiquen el acceso a los contenidos derivados del uso de TIC en alguno de los dos supuestos incluidos en la normativa;

2. Deberá señalar a qué tipo de contenido pretende acceder y evaluar si dicho acceso recae sobre contenidos derivados que pueden considerarse de naturaleza personal o íntima;

3. Deberá determinar y poder acreditar que los contenidos que se derivan de los usos y que formarán parte del acceso tienen relación con el tipo de actividad que realiza el empleado o están relacionados con algún daño a la integridad de los dispositivos;

4. Deberá acreditar que la pretendida acción de acceso al contenido derivado del uso de TIC será útil para alcanzar el fin alegado, que dicha decisión de acceder a la información generada es necesaria y que supone el acceso a la menor información posible, no habiendo otro medio menos invasivo para alcanzar el fin. Asimismo, la descripción de una evaluación hecha sobre la forma y grado en que el ejercicio de los derechos de los trabajadores se verán limitados de forma concreta ante la satisfacción del bien jurídico que se pretende garantizar mediante dicha acción;

5. La obligación del empleador de establecer normas claras relativas al periodo de conservación, señalando plazo máximo para su supresión;

6. Se incluyan medidas de transparencia para que trabajadores y sus representantes conozcan de forma previa sobre los detalles del proceso para llevar a cabo dichas medidas y para que se realicen con su presencia, debiendo ser notificados con la suficiente antelación.

Asimismo, la normativa deberá establecer directrices sobre el papel de la Autoridad de control para el acompañamiento y verificación de estos aspectos, de forma previa a la ejecución de la medida, sobre todo en aquellos supuestos de innovación tecnológica, sectores empresariales o tipos de empresa, capaces de generar mayor impacto, de modo que se garantice que el grado de intrusión sobre el ámbito protegido por los derechos de los trabajadores sea legítimo;

La normativa deberá incluir la prohibición para los empleadores de poner en marcha actuaciones contra los trabajadores que supongan consecuencias perjudiciales, tales como suspensiones o despidos, si no se cumple estrictamente con las pautas de actuación.

Del mismo modo, ante la presencia del Teletrabajo en la que los dispositivos cedidos pueden ser trasladados a los domicilios particulares, deberá precisarse en la norma la prohibición de llevar a cabo controles remotos, salvo que pueda garantizarse la presencia de los representantes de los trabajadores y se cumpla con precisar previamente la urgencia de las medidas.

Sobre la elaboración de criterios de utilización de TIC en la empresa que se ha exigido, hemos visto conveniente que la normativa deberá precisar algunas cuestiones adicionales:

1. Debe exigirse la elaboración de criterios de utilización precisos y detallados sobre habilitaciones, prohibiciones o restricciones que abarquen tanto los supuestos de usos derivados de la actividad laboral como los eventuales usos privados;
2. Que cada criterio concreto responda a un fin legítimo, que podrá estar referido a evitar que pueda afectarse negativamente el desarrollo de la actividad laboral encomendada, a proteger los propios dispositivos o evitar responsabilidades externas para la empresa. Deberá indicarse aquellos objetivos o fines concretos que motivan cada criterio, de acuerdo a las circunstancias concretas de la actividad laboral y los dispositivos que se traten;
3. Que cada medida de utilización responda a criterios de proporcionalidad en relación con las TIC específicas, sus capacidades técnicas, el riesgo en su uso inadecuado, el sector empresarial que se trate, los eventuales usos que se hagan de aquellas, así como la dimensión espacial y temporal de los mismos. El desarrollo de estos aspectos deberá constar por escrito;
4. Que los criterios de utilización que se establezcan, en ningún caso, se traduzcan en la reducción a cero de las expectativas de intimidad de las personas trabajadoras. Por ello, deberá indicarse de forma categórica la imposibilidad de incluir prohibiciones absolutas y generalizadas sobre usos.
5. En todo caso, deberá constar la obligación del empleador de dotar de sistemas, programas informáticos, o cualesquiera medios técnicos, encaminados a evitar usos u operaciones inadecuadas, como es el caso de filtros, inhabilitaciones o bloqueos.
6. Los criterios de utilización también deberán prever medidas para verificar el cumplimiento de los criterios, sanciones específicas ante el incumplimiento, así como los procedimientos de aplicación de dichas sanciones; teniendo en cuenta que su no inclusión supondrá la imposibilidad de llevar a cabo verificaciones o aplicar sanciones ante eventuales incumplimientos de dichos criterios;

7. Asimismo, para su vigencia se hace preciso unas disposiciones adicionales en relación a la participación de los representantes de los trabajadores que se ha previsto. Con el objeto de garantizar los derechos de los trabajadores, se requiere la obligación de establecer un sistema de control previo de finalidad y proporcionalidad de los criterios de utilización para que estos sean válidos, así como precisar el alcance y la naturaleza de la participación:

- Deberá establecerse la obligación de los empleadores de notificar a los representantes la intención de diseñar o modificar los criterios de utilización de TIC en el trabajo;
- La comunicación deberá contener de forma explícita, clara y suficientemente detallada aquellos motivos concretos y específicos que sustentan dicha elaboración;
- Los trabajadores y sus representantes deberán contar con un periodo razonable en el cual puedan llevar a cabo una evaluación del cumplimiento de los criterios de finalidad y proporcionalidad, previsibilidad o la seguridad de las medidas en relación con los derechos de los trabajadores;
- De ser el caso, los trabajadores o sus representantes podrán oponerse a los contenidos de dichos criterios, en cuyo supuesto, deberán contar con una vía de consulta con la AEPD para que intervenga en aras de alcanzar unos criterios de utilización que cumplan con los estándares de actuación señalados en la norma. La misma vía deberá encontrarse a disposición de los empleadores en el proceso de elaboración;
- En ese sentido, los criterios de utilización no tendrán validez si no cuentan con la aceptación de los trabajadores o sus representantes, o, en último caso, con la aprobación de la AEPD;

La forma y el contenido de la información que debe brindarse a los trabajadores sobre los criterios de utilización adoptados, deberá ser, en todo caso, previa a la utilización de las TIC, de modo que puedan hacer sus derechos de forma eficaz.

II.1.B. En lo relativo a la implantación de sistemas de videovigilancia, grabación de sonidos y sistemas de geolocalización en el trabajo

Al respecto, consideramos especialmente importante la inclusión de los siguientes disposiciones:

1. La norma deberá declarar a estos sistemas como de alto impacto sobre el derecho a la intimidad y protección de datos personales de los trabajadores;
2. La norma debería señalar la prohibición de utilizar estos sistemas para verificar, de forma general, el cumplimiento de las obligaciones laborales de los trabajadores;
3. Al hilo, deberá indicarse la prohibición general de su utilización en los ámbitos de trabajo, salvo en situaciones de excepcional justificación empresarial, teniendo en cuenta la naturaleza y características de dicha excepcionalidad;
4. La norma deberá incluir aquellos tipos de actividad que realiza la persona trabajadora y que, por su riesgo o peligro relevantes, o la especial necesidad de brindar seguridad a los bienes o a otros trabajadores, como única medida disponible, puedan requerir de estos tipos de medidas. En relación a esto, deberá remitirse a la consulta de listas abiertas y continuamente actualizadas, publicadas por la Autoridad de control, sobre aquellas situaciones que, por su naturaleza, alcance o contexto puedan considerarse excepcionales;
5. Para alcanzar una habilitación, el responsable deberá iniciar el procedimiento de autorización por parte de la Autoridad, quien de forma clara, expresa y concisa, los motivos que ameriten la puesta en marcha de alguno de estos sistemas de control y vigilancia excepcional, así como las alegaciones que supongan la superación de los criterios de proporcionalidad;
6. De forma previa a la habilitación, deberá disponerse que la AEPD, ponga en conocimiento de los trabajadores o sus representantes las medidas que se pretendan implementar, otorgándoles un periodo para que puedan hacer valer su derecho de defensa y oposición, incluso cuando la captación de imágenes, sonidos o datos de localización de los trabajadores se aleguen como captación indirecta a la realización de medidas de interés general;
7. Para su implantación en el ámbito del trabajo deberá contar con la habilitación previa de la AEPD;
8. Excepcionalmente, cuando se trate de supuestos que no hayan sido considerados en las listas, deberá dejarse abierta la obligación de la Autoridad de control para que resuelva una autorización o denegación motivadas sobre el uso de sistemas TIC de control y vigilancia;

8. La norma deberá contener la prohibición expresa de llevar a cabo captaciones de información de los trabajadores para otros fines que no sean para los que fuesen autorizados;

9. Deberá ponerse a disposición de la AEPD, de los trabajadores y sus representantes, toda la información referida a los encargados del tratamiento de los datos obtenidos por estos dispositivos, de modo que pueda verificarse desde el primer momento el cumplimiento del tipo de datos que han sido tratados, los periodos de captación que se hubieran ejecutado, los accesos hechos al contenido, por quiénes y por cuántas veces se realizarán, bajo responsabilidad.

Sobre la transparencia en la información que ha de brindarse a los trabajadores y sus representantes, conviene que se precise en la norma lo siguiente:

1. Deberá notificarse a los trabajadores, en cualquier caso, incluso cuando no exista negociación colectiva, sobre la intención de llevarse a cabo dichas medidas;

2. Deberá prohibirse el cumplimiento de este deber a través de informaciones ambiguas o genéricas. Por ello, deberá exigirse el cumplimiento de informar sobre la operación de tratamiento, los fines e intereses legítimos y concretos de la medida, la naturaleza de los datos, el periodo y horarios durante los cuales se ejecutará la medida, los riesgos, las consecuencias, las normas, las salvaguardas dispuestas para la seguridad de los datos y de la ejecución del tratamiento de acuerdo a lo establecido, los derechos específicos relativos al tratamiento con la especificación del modo y medios en que podrán hacerse valer tales derechos;

3. Deberá indicarse que el cumplimiento del deber de información en el caso que involucre el tratamiento de datos de trabajadores, sea directa o indirectamente, deberá realizarse de forma previa al tratamiento de sus datos. En ese caso, deberá aclararse que la consideración sobre el cumplimiento del deber de información en caso de captación de comisión flagrante de ilícitos, hecha en el artículo 22.4 de la LOPDGDD, no exime al empleador de su deber de comunicar previamente sobre la instalación de estos sistemas en los términos descritos en la norma y con las precisiones hechas en las líneas anteriores, como corresponda;

Por su parte, los trabajadores y sus representantes deberán contar con una vía de participación concreta para poder oponerse a dichas medidas en el caso que identifiquen el incumplimiento de las exigencias o una eventual vulneración de los derechos, pudiendo presentarse queja ante la Autoridad de control sobre las carencias que pudieran ser halladas.

II.2. Criterios generales para el refuerzo de garantías de ambos derechos

Los diversos tipos de tratamiento de datos que pueden efectuarse tanto a partir del uso de TIC en los ámbitos de trabajo como de los diversos tipos de monitorización que pueden ocurrir a través del acceso a los contenidos, nos lleva a exigir que se ponga el foco en el despliegue de disposiciones garantistas encaminadas hacia una implementación de TIC respetuosa con ambos derechos que coexisten. Se hace preciso, pues, una normativa que establezca como base de actuación el eventual impacto que puede provocar el uso de TIC en las relaciones laborales, como indicador que valide su aprobación e impulso.

Como primera aproximación a esas carencias, deberá exigirse por ley a los empleadores la elaboración de Informes de Impacto tecnológico, según el tipo de uso de TIC que se pretendan introducir en el entorno laboral. Los Informes de Impacto TIC deberán contener aquellos aspectos exigidos por la normativa que se ha introducido como referencia. Esto se traduce en la obligación de asumir la construcción de dichos Planes en función del tipo de actividad que realiza la empresa y que desempeñan los trabajadores que se verán involucrados en el uso de TIC de forma directa o indirecta, según el tipo de TIC que se trate y sus potencialidades técnicas. Serán igualmente aplicables los Informes de Impacto tecnológico que incluyan a varias empresas del sector o a empresas que se adhieran a dichos Informes según el tipo de TIC a implantarse.

En todo caso, habrá de tenerse en cuenta siempre que el proceso no deberá ser exigible según el tamaño de las empresas, la disponibilidad de sus recursos, la especialidad o al sector al que pertenezcan; sino principal y esencialmente al posible impacto que se vaya a generar a partir de la implantación de TIC sobre los trabajadores y a la propia dificultad de los tratamientos de información. Esto implica que las medidas que pretendemos que se exijan deberán desplegarse para todos los empleadores, sin perjuicio de que se brinden estándares de actuación o apoyo técnico desde otros espacios de protección como los del Estado, los de los grupos empresariales o los de representantes de los trabajadores¹⁵⁷⁸.

En ese sentido, la normativa deberá tener en cuenta los aspectos siguientes:

¹⁵⁷⁸ «La complejidad del proceso de gestión de riesgo ha de ajustarse, no al tamaño de la entidad, la disponibilidad de recursos, la especialidad o sector de la misma, sino al posible impacto de la actividad de tratamiento sobre los interesados y a la propia dificultad del tratamiento. Si una entidad pretende abordar un tratamiento y no tiene la capacidad para hacer la necesaria gestión del riesgo, estará obligada a buscar algún tipo de ayuda, como recurrir a la consultoría externa, para realizarlo de la forma apropiada». En <https://www.aepd.es/es/documento/gestion-riesgo-y-evaluacion-impacto-en-tratamientos-datos-personales.pdf> (última consulta: enero de 2022)

Por su parte, el Real Decreto 389/2021, de 1 de junio, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos, establece la creación de la División de Innovación Tecnológica que, entre otras funciones, se hará cargo de asesorar, impulsar y gestionar aquellos temas referidos a la técnica, de modo que se contribuya al cumplimiento de la normativa de protección de datos y la garantía de los derechos de los individuos.

1. La norma deberá introducir la obligación expresa de los empleadores a justificar la introducción de TIC en el ámbito de trabajo.
2. Deberá indicar que los responsables se encontrarán obligados a realizar evaluaciones de riesgo sobre la implantación y uso de aquellas TIC, de modo que puedan determinar el grado de riesgo que supone su utilización respecto de los derechos de los trabajadores. Para ello deberá tenerse en cuenta factores como la naturaleza del uso que se haga de ella; el alcance de la implantación que incluya aspectos como los lugares y los periodos; el tipo de contenido que se produzca, como categorías especiales de información; la generación de información a gran escala o seguimiento exhaustivo de trabajadores; si se combinan diferentes conjuntos de información; las posibilidades de acceder a la información generada en relación al tipo de almacenamiento que se haga de ella. Asimismo, los medios para la generación de la información y los plazos del almacenamiento; las consecuencias de dicha generación, como las eventuales tomas de decisiones que se harían sobre dichos usos y los efectos jurídicos para los trabajadores. Asimismo, las circunstancias alrededor del uso de las TIC elegidas, como si existen varios responsables de las operaciones sobre la información, si existen cadenas complejas de encargados de llevarlas a cabo, si se producen transferencias internacionales o cesiones de tal información, como en el caso del *cloud computing*. Todo ello, en relación a los fines de dichos usos.

Al respecto, la normativa deberá señalar como de alto riesgo para los derechos a la intimidad y protección de datos personales de los trabajadores, involucrados directa o indirectamente, a aquellos tipos de operaciones realizados por los empleadores que impliquen el uso de TIC como herramientas de trabajo o que sean capaces de ser utilizadas, según las características técnicas, a lo largo de la jornada laboral. Asimismo, aquellas operaciones que supongan acceso a contenidos, que produzcan efectos jurídicos para las personas trabajadoras o que les afecten de modo similar, o en aquellas operaciones que supongan gran cantidad de información referida a ellos, de naturaleza sensible o no, así como la observación sistemática de zonas de acceso o zonas de desempeño de la actividad profesional.

Además, el análisis deberá contener de forma concreta y explícita el cumplimiento de los principios de proporcionalidad de la implementación de TIC en la empresa.

La norma deberá exigir actuaciones que garanticen niveles altos de seguridad, adecuadas en función de los riesgos detectados en el análisis previo, especialmente encaminadas a reducir al máximo el tratamiento de información. Al hilo, deberá exigirse la inclusión de

sistemas que eviten usos inadecuados de modo que se garantice la generación de información estrictamente necesaria para el cumplimiento de los fines y que cumpla, al menos, con satisfacer la mínima extensión, los periodos de conservación y la accesibilidad a dicha información. También, deberá exigirse que consten procedimientos de desvinculación entre información generada y los trabajadores en aquellos casos en los que no se requiera estrictamente dicha vinculación.

Por su parte, cuando el resultado determine que la implantación de TIC podría suponer el tratamiento de datos personales de los trabajadores, deberá exigirse el cumplimiento de los responsables de llevar a cabo una Evaluación de Impacto relativa a la protección de datos. Dicha obligación deberá incluir, como mínimo, aquellos aspectos que consten en la normativa general sobre protección de datos personales, referidos al contexto del tratamiento o tratamientos específicos previstos y sus fines que incluya, de forma detallada, una evaluación de la base de legitimación, la finalidad y proporcionalidad del tratamiento que se pretenden llevar a cabo. También, que se identifiquen de forma concreta y explícita los riesgos y amenazas sobre la intimidad y el derecho a la protección de datos personales. Asimismo, en base a tales riesgos, que se incluya una estrategia de respuesta ante los riesgos identificados, con el objetivo de afrontarlos y minimizarlos, que tenga en cuenta garantías, medidas de seguridad y mecanismos que garanticen la disminución o eliminación de tratamientos de datos personales de los trabajadores. Las Guías generales sobre EI publicadas por el AEPD son de gran ayuda para entender el entramado camino hacia el desarrollo de estos requisitos, no obstante, se hace necesario que dicho apoyo a los responsables se realice de forma específica a través de guías, recomendaciones y recursos tecnológicos que estén diseñados para el ámbito específico de las relaciones laborales. Estos propios recursos proporcionados por la Autoridad de control, pueden ser capaces de introducir umbrales de evaluación que permitan, según el impacto de las TIC sobre los derechos de los trabajadores y los demás requisitos exigidos, validar su aplicación de forma automática o reconducir sus carencias para ser perfeccionadas antes de su validación. Así, el despliegue de recursos personales de la Administración quedaría reducido a los casos más delicados en cuestión de vulneración de los derechos fundamentales analizados.

3. La norma requiere la inclusión de límites y controles previos por parte de los representantes de los trabajadores. El fortalecimiento específico de su labor incluye la reflexión previa, valoración y decisión sobre medidas técnicas y organizativas. A partir de precisiones sobre el alcance, naturaleza y vinculación de su participación en el momento de las decisiones de implementación de sistemas de TIC, deberá incluirse, de forma

imperativa, la comunicación previa sobre dichos Planes a aquellos, con aviso a la AEPD. Deberá establecerse un plazo prudencial para dicha comunicación que permita llevar a cabo un proceso de verificación por parte de los representantes sobre el cumplimiento de los requisitos exigibles a los empleadores y sobre los ámbitos protegidos por ambos derechos fundamentales que pudiesen sufrir intromisiones. En cuanto al contenido de la notificación, deberá exigirse la comunicación de los detalles que permitan el adecuado ejercicio de las funciones de representación, es decir, todos aquellos ámbitos exigibles por la normativa que se propone en las líneas precedentes. Se promoverá la realización de reuniones entre las partes de modo que pueda contribuirse a la mejora de los criterios y la defensa efectiva de los intereses de los trabajadores en aras de acuerdos sobre la implantación de TIC respetuosas con los derechos de las partes.

En aquellos casos en los que subsistan diferencias y se aleguen vulneraciones de derechos de las partes, deberá establecerse un procedimiento ante la AEPD, la que tendrá que aprobar la implementación de dichos Planes, previo ajuste que considere necesario para el cumplimiento de la normativa sobre protección de derechos fundamentales. En todo caso, la decisión sobre implantación de TIC recaerá en la AEPD en aquellos casos en los que las empresas, por su actividad, posean las más altas puntuaciones de integración tecnológica a nivel global o grado de penetración en ámbitos tecnológicos y conectividad¹⁵⁷⁹; en empresas cuya actividad se lleve a cabo en su mayoría mediante comercio electrónico, transacciones electrónicas, o cualquier actividad que suponga tratamiento de información¹⁵⁸⁰; así como en aquellos supuestos en los que los Planes de integración tecnológica tengan que ver con la implantación de ordenadores, uso de Internet, tecnología en la nube, tecnología sobre datos sensibles, sistemas de grabación de imágenes y sonidos, o sistemas de geolocalización.

4. Sin perjuicio de todo lo anterior, deberá implementarse un sistema de supervisión y control continuados sobre el riesgo y sus efectos en el ejercicio real de los derechos mencionados ante la presencia de TIC en la empresa, a través de la exigencia de informes regulares requeridos a los empleadores, o a solicitud de la parte interesada.

¹⁵⁷⁹ Como son los sectores de «Información y comunicaciones» y «hoteles y agencias de viaje», «actividades profesionales, científicas y técnicas», «venta y reparación de vehículos».

¹⁵⁸⁰ Según el ONTSI, el 10,3% del total de empresas en España realizaron ventas online en 2019, debiendo ser destacado el incremento de 18,9 puntos porcentuales con respecto a 2018 que han experimentado las empresas de 0 a 9 empleados de este sector, permitiendo reducir la brecha frente al segmento de mayor tamaño en más de 14 p.p.

En 2019, de todos los sectores de actividad considerados en el estudio, el de hoteles y agencias de viaje permanece en la primera posición en cuanto a penetración del comercio electrónico para vender sus productos y servicios, tanto al nivel de pymes y grandes compañías (88,6%) como de microempresas (63,3%). ONTSI, *INFORME DE DIGITALIZACIÓN...cit.*, 2021, p. 69.

5. Deberá incluirse en la normativa la designación obligatoria de Delegados de Protección de Datos o una figura similar que se encargue de dirigir los procesos de digitalización o transformación digital de forma responsable, a todos los empleadores, pudiendo las empresas más pequeñas recurrir a este personal que se encuentre disponible desde las organizaciones de empleadores.

6. Deberá imponerse y alentarse la elaboración y la adhesión a Códigos de conducta que encajen con el tipo y naturaleza de las organizaciones. Para ello, deberá señalarse la obligatoriedad para las Asociaciones y organismos en los que participen los empleadores de llevar a cabo la puesta en marcha de dichos documentos hasta su aprobación por la AEPD.

7. Además, deberán establecerse consecuencias jurídicas para los empleadores en caso de incumplimiento de la normativa, como la imposibilidad de aplicar sanciones a los trabajadores en aquellos casos en los que no se hubiese cumplido de forma estricta con lo exigido.

8. La elaboración de una normativa vinculante a los proveedores que se encuentre encaminada a habilitar la utilización de TIC certificadas en el ámbito de las relaciones laborales puede ser una vía de solución a la falta de control sobre la calidad en la actuación de los empleadores. De ese modo, el análisis sobre un eventual uso podría encontrarse en un segundo nivel en el interior de cada empresa, dado que el primer nivel de garantía de protección de los derechos de los trabajadores podría haber sido superado en el momento de la certificación estatal.

La transición hacia la puesta en marcha de un sistema de protección eficaz de la intimidad y protección de datos personales de los trabajadores puede evidenciar una carencia de medios estatales que haga necesario establecer en la propia normativa, etapas de adaptación y transición para alcanzar los objetivos de protección jurídica. En tal caso, podría ser aceptable iniciar el camino señalando umbrales temporales, periodos de adaptación, que permitan la adaptación de las empresas y la estandarización de las garantías de acuerdo al riesgo que pueda suponer determinado uso de TIC para los derechos de los trabajadores. Además, podrán establecer umbrales diferentes según el tipo de empresas y determinados casos de TIC según los cuales se deberían realizar evaluaciones estrictas y monitorizadas por la Autoridad de control.

II.3. Criterios para una estrategia de promoción de la intimidad y protección de datos personales desde la Administración

Los grandes protagonistas son los legisladores, pero no pueden ser los únicos. Nunca lo han sido, mucho menos puede pretenderse que lo sean en este escenario. Dada la complejidad que presenta la presencia de las TIC en los entornos laborales, es cierto que la solución a estas nuevas dinámicas es difícil de conseguir «a través de soluciones normativas con vocación de permanencia»¹⁵⁸¹.

Tampoco podemos olvidar que, en la tendencia que marca la UE, el desarrollo del sector empresarial a partir de la digitalización se convierte como un objetivo primordial dentro del propio Estado. Ahora bien, ante la ausencia de garantías de orden legislativo para supuestos particulares de uso de TIC del todo eficaces, las exigencias positivas de tutela a los poderes públicos requieren otros caminos de actuación. Se hace necesario que se impulsen unos planes de transformación digital de las empresas que sean no solo económica, sino, a su vez, sostenibles socialmente, en claro respeto de los derechos a la intimidad y protección de datos de las personas trabajadoras. Puede decirse, en la línea del cumplimiento de Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030 de la ONU—, las directrices deben ser parte de una estrategia clara para la creación de un entorno tecnológico seguro y, sobre todo, transparente con los trabajadores. Lo antes señalado supone necesariamente, no solo trabajar activamente por el respeto efectivo de los derechos laborales, sino también por la construcción a largo plazo de relaciones laborales funcionales para el desarrollo de la empresa y su competitividad en el mercado.

La actuación de los poderes públicos también debe estar encaminada a promover una cultura de colaboración y actuación tripartita. Conviene que se establezca la obligación de llevar a cabo Planes Estratégicos para la Transformación Digital que ponga en el centro una digitalización responsable de la economía que involucre el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores ante el uso de TIC, y en la que intervengan también agentes públicos y privados¹⁵⁸², desde cada uno de los sectores empresariales.

Justamente, dado el impacto real que pueden ocasionar la utilización de las TIC en los entornos laborales, provocando una serie de modificaciones en los métodos o formas de trabajo y en la autodeterminación personal de los trabajadores, con incidencia directa en el clima laboral, creemos oportuno que la intervención de los poderes públicos para garantizar un

¹⁵⁸¹ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «Generalización tecnológica...», *cit.*, 2017.

¹⁵⁸² Estamos de acuerdo con que la digitalización incide directamente en la competitividad del país y, en esa línea, resulta interesante el requerimiento de la Asociación Española de la Economía Digital. <https://confilegal.com/20190413-adigital-reclama-un-plan-estrategico-que-ayude-a-la-transformacion-digital-de-nuestro-pais-ante-el-retraso-de-nuestra-economia-digital/> (última consulta: 30 de marzo de 2022).

ambiente positivo en la calidad de vida de las personas trabajadoras debe materializarse mediante una guía para la acción y participación transversal.

II.3.A. Las vías de mejora desde el Ejecutivo

El respaldo político e institucional desde el Ejecutivo en relación a la digitalización ya se ha puesto en marcha, de modo que ya consta como una promesa de garantía para una «ordenada transición hacia la era digital que no deje a nadie atrás y que involucre a toda la sociedad»¹⁵⁸³. Conviene que las garantías se desplieguen a través de:

- La creación de una Comisión Interministerial sobre economía responsable y sostenible en materia de transformación y aplicación de TIC en el entorno laboral, que tenga competencias para todos los sectores empresariales y empresas de todos los tamaños, con el objeto de reforzar la presencia multiinstitucional en este asunto.
- El seguimiento y análisis permanente sobre la demanda de TIC y sobre la evolución de su uso en los diferentes sectores productivos, con la identificación de los beneficios y los riesgos diferenciados según cada TIC en dichos sectores.
- La conformación y coordinación de Mesas de trabajo ministeriales destinadas a la elaboración de propuestas y ejecución de las políticas de Estado que fomenten la puesta en marcha de procesos de transformación digital e implantación de TIC en la empresa, desde cada sector empresarial, en relación al impacto que determinadas TIC puedan ser mayormente utilizadas.
- El impulso de políticas de digitalización mediante campañas constantes de concienciación a las empresas en lo relativo a derechos fundamentales de los trabajadores y el uso responsable de las TIC en la empresa, de modo que se favorezca la adaptación de empresas y personas trabajadoras a los cambios tecnológicos.

¹⁵⁸³ DigitalES, la Asociación Española para la Digitalización, se pronunciaba previamente sobre la necesidad de tal cuestión. Disponible en. <https://www.digitales.es/nota-de-prensa/digitales-propone-un-programa-electoral-con-34-medidas-para-la-transformacion-digital-de-espana/> (última consulta: 30 de marzo de 2022).

El recién creado Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital (Artículo 16 del Real Decreto 2/2020, de 12 de enero, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales) se hace cargo de las propuestas y ejecución de las políticas del Gobierno en materia económica, de reformas para la mejora de la competitividad, las telecomunicaciones y la sociedad de la información; así como para la transformación digital y el desarrollo y fomento de la inteligencia artificial.

Organizaciones empresariales dedicadas a impulsar la digitalización empresarial aplaudían esta medida. AMETIC, por ejemplo, añadía que el proyecto digital debería contar «con unos objetivos ambiciosos que posicionen a España en la élite de los países más avanzados tecnológicamente de la Unión Europea, a partir de acciones concretas, y la disposición de los recursos suficientes para conseguirlo». <https://www.ituser.es/actualidad/2020/01/ametic-satisfecha-con-la-creacion-de-una-vicepresidencia-digital-que-dirigira-nadia-calvino> (última revisión: 30 de marzo de 2022).

- Desarrollo de actividades de formación, divulgación y sensibilización a las partes de la relación laboral en materia de implementación de TIC en las empresas, respetuosa con la intimidad y la protección de datos de las personas trabajadoras, así como sobre la importancia del despliegue de adecuadas garantías relacionadas con estas materias. Dichas actividades deberán incluir la formación jurídica y técnica de los representantes de las partes en lo referido a dichas tecnologías y su eventual impacto en la intimidad o protección de datos de los trabajadores¹⁵⁸⁴.
- Apoyo y promoción a las investigaciones destinadas al análisis del riesgo de la digitalización de las TIC, tanto descriptivo, predictivo y resolutivo, de modo que puedan observarse indicadores de posibles relaciones causales que aporten al diseño de medidas innovadoras de aplicación práctica, así como al desarrollo de sistemas digitales éticos que impulsen el respeto de las personas trabajadoras de acuerdo a la normativa.
- Apoyo y promoción a las investigaciones destinadas a la creación de sistemas de protección al contenido generado en el uso de TIC en la empresa, ya sea que eviten su generación o la minimicen.
- La creación de un Observatorio ante la injerencia en la vida privada de las personas trabajadoras que pueda producir la implantación y uso de TIC en el ámbito del trabajo.
- El fomento para la elaboración de sistemas de implementación tecnológica responsable y ética dentro de las empresas a través de incentivos económicos fiscales: incentivar el uso de sistemas digitales de redes con conexión local o «nubes» cerradas y descentralizadas que permitan a las empresas responsables de datos de sus trabajadores brindarles mayor seguridad y confidencialidad de sus datos; o que cuenten con sistemas que eliminen o reduzcan drásticamente el almacenamiento de información¹⁵⁸⁵.
- La inclusión de incentivos económicos para la implementación de TIC en los entornos laborales que ofrezcan protección desde el diseño y por defecto, especialmente destinados a las mejoras de los procesos productivos, minimizando su aprobación de uso

¹⁵⁸⁴ Vid. la propuesta de Comisiones Obreras: «Es preciso llevar a cabo una intensa participación sindical, en el conjunto de las organizaciones productivas, que incorporen las garantías de los derechos digitales para condicionar su uso a los supuestos en los que estrictamente se puede condicionar el derecho a la intimidad de las personas trabajadoras, con arreglo a los principios de estricta necesidad, idoneidad y proporcionalidad. Disponible en: <https://www.ccoo.es/noticia:346164-->

CCOO cree que se ha perdido la oportunidad de garantizar los derechos de las personas trabajadoras

¹⁵⁸⁵ LESSIG señalaba que «lo que el Estado hace es regular la conducta indirectamente mediante la regulación de las arquitecturas, lo cual, a su vez, influye en la conducta o restringe de una manera diferente». LESSIG, L., *op. cit.*, 2001.

En un aspecto más global, podría suponer una mejora en las arquitecturas que cuenten con mayor transparencia en el diseño y más garantías y control de carácter específico sobre los datos recolectados. Puede consultarse sobre este asunto ROTH, A., KEARNS, M., *The Ethical Algorithm: The Science of Socially Aware Algorithm Design*, Oxford University Press, New York, 2019.

como elementos de control y vigilancia en el desempeño de las actividades laborales que no sean estrictamente sustentados ante la Autoridad de control específica.

- Apoyo jurídico y logístico a las MYPES, de forma directa o a través de las asociaciones de empleadores, de modo que puedan afrontar los procesos de digitalización con responsabilidad social en las mismas condiciones que las grandes empresas.
- Incentivos a los compromisos éticos y de buenas prácticas empresariales en la gestión de riesgos en el uso de TIC, a través de la asignación de sellos de calidad que representen la puesta en marcha de planes de implementación de TIC en la empresa respetuosa con la intimidad y protección de datos personales de los trabajadores.

II.3.B. La inmersión de la AEPD en aspectos de uso de TIC en el ámbito laboral

Centrándonos en la AEPD, su trabajo relativo a la protección de datos personales de las personas físicas es importante. Elabora informes y recomendaciones de naturaleza general y dicta instrucciones o directrices de actuación y prevención, las cuales pueden ser aplicadas en el ámbito laboral. Del mismo modo, los Informes Jurídicos juegan un papel importante, sobre todo, teniendo en cuenta que han sido emitidos ante situaciones específicamente relacionadas con el ámbito laboral, que, en determinados aspectos, han servido de referente a otras entidades públicas y privadas.

No obstante, el desarrollo de sus funciones se ve limitado. No existe hasta el momento un desarrollo específico sobre este ámbito que suponga para los empleadores una herramienta distintiva¹⁵⁸⁶. En cualquier caso, podemos acotar algunas funciones que podría asumir para contribuir en los objetivos de protección eficaz mencionados:

1. La verificación sobre aquellos diseños que pretendan ser utilizados y, en su caso, su aprobación, que cuenten con un control continuo, con especial cuidado en aquellas TIC que tengan relación con datos de naturaleza sensible o que representen ejemplos de inteligencia artificial.
2. La publicación de normas estándar sobre elaboración de planes de implementación de TIC en el ámbito laboral, que tengan en consideración los posibles riesgos de cada TIC, de acuerdo al sector empresarial que se trate.
3. La publicación de Guías y actualización de las ya existentes, sobre directrices generales de actuación desde los sectores empresariales teniendo en cuenta las

¹⁵⁸⁶ Salvo las competencias otorgadas en relación al fomento de la sensibilización a empleadores y trabajadores de microempresas y las pequeñas y medianas empresas acerca de medidas específicas que puedan referirse a los riesgos, las normas, las garantías y los derechos en relación con el tratamiento de datos personales que pueden extraerse del RGPD. Considerandos (122) y (132) del RGPD.

necesidades del sector, las características de las TIC que se pretendan incluir; así como, los riesgos propios de la actividad laboral y los posibles riesgos derivados del uso de las TIC.

4. La elaboración de listas sobre TIC que no se encuentren autorizadas o que deban limitarse en su utilización en aquellos casos en los que, por su diseño o funcionamiento, no pueda evitarse o sea imposible corroborar de forma fehaciente una utilización respetuosa con estos derechos de los trabajadores¹⁵⁸⁷.

5. Brindar servicios de asistencia técnica a las empresas y trabajadores, antes, durante y después de los procesos de implantación de TIC en los ámbitos de trabajo, con especial incidencia sobre las vías de respeto de la intimidad y protección de datos de las personas trabajadoras a través del respeto de los principios de finalidad, proporcionalidad y derechos específicos sobre el tratamiento de datos personales.

6. Brindar servicios de información y asistencia jurídica a las Mesas de Trabajo conformadas respecto a la aplicación de las normas señaladas, así como la resolución de consultas realizadas por los trabajadores y sus representantes en materia de utilización de TIC en las empresas.

7. Puesta a disposición de las partes de la relación laboral la información relativa a la aplicación práctica especialmente centrada en los riesgos que pueda provocar la utilización de TIC en los entornos productivos sobre los derechos a la protección de datos personales e intimidad de los trabajadores, de modo que los empleadores y representantes de los trabajadores puedan acceder a ella antes, durante y después de los procesos de digitalización y transformación digital de las empresas.

8. Realizar la prospección, análisis y seguimiento en las negociaciones colectivas que incluyan aspectos referidos a la utilización de las TIC en los entornos laborales.

9. Habilitación expresa para que pueda dictar órdenes de paralización inmediata de sistemas de implantación de TIC en el trabajo ante la inobservancia de la normativa.

10. Habilitación expresa sobre funciones de mediación, conciliación o arbitraje en lo que respecta al diseño e implantación de sistemas de TIC en los entornos laborales.

¹⁵⁸⁷ Viendo que poco más se puede hacer para regular su prohibición o habilitación. *Vid.* LESSIG, L., *El código...*, *cit.*, 2001, p. 173.

II.3.C. La participación activa de las Asociaciones de empleadores

En concreto, dado que las Asociaciones de empleadores tienen especial relevancia en el abordaje de procesos de digitalización responsable con los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, se hace preciso que:

1. Se disponga la obligación de contribuir a la realización de estudios previos de diagnóstico sobre las nuevas dinámicas que se van configurando a partir del uso de TIC en los entornos laborales. Bajo la forma de Planes de Evaluación previa deberán identificarse las diferencias y problemática en la utilización de TIC, según la naturaleza de la actividad, naturaleza del riesgo, el sector empresarial y las propias TIC que forman parte de dicho proceso de digitalización.
2. Deberá incluirse la obligación de desplegar un apoyo activo para las empresas pequeñas en lo que respecta al cumplimiento de la normativa sobre protección del derecho a la intimidad y protección de datos personales de los trabajadores. Para ello, deberán tener a su disposición a la figura de, al menos, un Delegado de protección de datos o personal capacitado en dichos temas¹⁵⁸⁸.
3. Deberá disponerse la puesta en marcha de proyectos de Códigos de conducta, así como el impulso para su aprobación por la AEPD, según los sectores empresariales y los tipos de TIC que se utilicen en ellos, de modo que puedan facilitar a las empresas la adhesión a dichos documentos y, con ello, el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos personales y derecho a la intimidad de los trabajadores.

II.4. La participación de los representantes de los trabajadores. La negociación colectiva

Decíamos que la negociación colectiva puede operar en distintos niveles y hacer frente a los problemas aplicativos que se desencadenan de la normativa, pudiendo reforzar las garantías individuales y los medios de intervención sindical¹⁵⁸⁹.

Dada la falta de guía normativa al respecto de la participación de las representaciones de los trabajadores y sobre el verdadero peso que deben tener en la defensa activa y eficaz de los

¹⁵⁸⁸ De hecho, en 2020, según el informe e-Pyme, la presencia de especialistas en tecnologías y de desarrollo de capacidades digitales permanece como un fenómeno exclusivo de las compañías de 250 o más empleados, así como del sector de información y comunicaciones por su estrecha relación con el ámbito tecnológico. Por su parte, Del lado de las microempresas, solamente las de actividades profesionales, científicas y técnicas tuvieron el incremento más destacado del porcentaje en ambos indicadores con respecto al año precedente, aunque sin llegar a superar los 2 puntos porcentuales. ONTSI, *INFORME DE DIGITALIZACIÓN...*, cit., 2021, p. 154.

¹⁵⁸⁹ Las organizaciones sindicales vienen realizando directrices de actuación que permitan a los representantes de los trabajadores presentarse a los procesos de negociación con información sobre este tema. Véase, por ejemplo, https://www.ugt.es/sites/default/files/guia-proteccion_de_datos.pdf

derechos a la intimidad de las personas trabajadoras y de la protección de sus derechos personales, resulta conveniente que:

1. La elaboración de propuestas sobre acciones de formación y sensibilización de personas trabajadoras y empleadores en relación con la protección de datos personales y derechos digitales, así como la necesidad de establecimiento de adecuadas garantías según el sector empresarial, deben afrontarse también desde las Comisiones Paritarias¹⁵⁹⁰. Ahora bien, deberán ser estas las que recurran a la AEPD para que acompañe el proceso de negociación colectiva en materia de adecuada utilización de TIC en el ámbito de las relaciones laborales.

2. Deberán incluirse procedimientos para vigilancia y control del cumplimiento de lo pactado sobre protección de datos y derechos digitales desde las Comisiones paritarias, así como el impulso de cuantas medidas sean convenientes de cara a observar la adecuación o la conveniencia de modificar los criterios de utilización pactados¹⁵⁹¹. Las mismas deberán cumplir con la obligación de informar a la AEPD de forma periódica sobre la evolución de dichos pactos.

3. En todo caso, resulta de vital importancia que las representaciones de trabajadores, de manera especial los Sindicatos, brinden a las personas trabajadoras formación específica sobre materia de impacto del uso de TIC en la empresa, de modo que se profundice en el contenido de las negociaciones y no se limiten a repetir la normativa general, como viene ocurriendo.

4. Asimismo, se hace necesario un marco legal sobre dicha participación que le otorgue suficiente presencia a aquellas decisiones que involucren los procesos de transformación digital en las empresas o adaptaciones tecnológicas puntuales. De forma especial, destinadas a alcanzar, caso por caso, usos altamente éticos de TIC en aquellos casos en los que técnica o voluntariamente involucren tratamiento de información personal de los trabajadores o una vinculación con el ámbito de su intimidad:

- Se establezcan procedimientos claros y precisos para el análisis conjunto y colaborativo en el proceso de implantación tecnológica en las empresas, de modo que,

¹⁵⁹⁰ El ejemplo incluido en el III Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal (CEM), publicado en 19 de diciembre de 2019, suscrito el 5 de noviembre de 2019, con las organizaciones sindicales Industria de Comisiones Obreras (CC.OO. Industria) y la Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores (FICA-UGT) en representación de los trabajadores. En su artículo 18 incluye tales funciones para su Comisión paritaria del sector metal.

¹⁵⁹¹ Esta función ha sido asignada a la Comisión paritaria del sector metal en el III Convenio colectivo Estatal de la Industria, la Tecnología y los Servicios del Sector del Metal, suscrito por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales del Metal (CONFEMETAL), suscrito el 5 de noviembre de 2019, con las organizaciones sindicales Industria de Comisiones Obreras (CC.OO. Industria) y la Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores (FICA-UGT) en representación de los trabajadores.

puedan evaluarse los requisitos normativos en aras de garantizar un futuro acceso a la información o a la esfera íntima de los trabajadores con las mayores garantías y de acuerdo al cumplimiento de los principios de proporcionalidad e intervención mínima;

– Que las representaciones de trabajadoras formen parte en la identificación de resultados no deseados y en la propuesta de medidas necesarias para prevenirlos o mitigarlos;

– Se articulen procedimientos de transparencia previa, clara, concisa a los representantes de los trabajadores, en cada paso, de modo que puedan realizar sus funciones de defensa proactiva de los derechos de los trabajadores que suponga el desarrollo de la transformación digital sostenible.

– Garantizar que los afectados puedan impugnar los resultados o las decisiones de los empleadores.

III. LA VÍA DE LOS CRITERIOS SUPRANACIONALES SOBRE TIC Y RELACIONES LABORALES

No podemos dejar de comentar el papel importante que también deben seguir desempeñando los organismos internacionales europeos para ofrecer avances en lo que a protección de privacidad de las personas trabajadoras se refiere.

El modo en que Europa hace las cosas, se dice, es humano y ético, y debe materializarse ante tal fenómeno en este escenario particular. En esta nueva realidad global el impulso legislativo decidido que ha supuesto el RGPD hace referencia a la necesidad de desarrollar unas directrices imperativas en relación con la vida privada de las personas trabajadoras. Sin embargo, lo cierto es que no se pone en el foco y el énfasis en la cuestión práctica: en unas garantías exigibles a los Estados y a los empleadores que ponga en el centro actuaciones claras y efectivas para el tratamiento de información generada a partir del uso de TIC.

Las políticas laborales europeas merecen materializarse en un texto normativo, teniendo en cuenta que las empresas desarrollan sus actividades económicas en un mundo globalizado y, sobre todo, que las relaciones laborales constituyen un modelo de relaciones jurídicas que requieren de un reequilibrio de la posición de la situación de las partes para evitar vulneraciones de derechos fundamentales. El establecimiento de normas europeas puede mejorar la claridad jurídica del uso de TIC en las relaciones laborales y conceder mejores vías de gestión del riesgo derivado sobre la intimidad y la protección de datos personales de los trabajadores. La problemática derivada del uso de TIC en las empresas opera en múltiples jurisdicciones, y también deberían hacerlo los responsables políticos.

La elaboración de un texto *ad hoc* requeriría una primera fase de consulta a los interlocutores sociales, de modo que se trate de un documento resultante del diálogo social sólido. La conformación de mesas de trabajo a escala supranacional, dada la respuesta positiva que puede provocar a escala estatal, tal como ha ocurrido con el RGPD, puede ser una vía de avance importante en el proceso de comunicación que haga frente a la problemática común de la presencia de TIC en la empresa¹⁵⁹².

En particular, la propuesta y el tema de debate podrían centrarse en los siguientes aspectos:

En lo relativo al uso específico de TIC en la empresa, a partir de la calificación de los nuevos escenarios que traen consigo, se requiere la delimitación de actuaciones obligatorias estandarizadas de los empleadores y los Estados, así como la aplicación de medidas de garantía mínimas comunes de obligatorio cumplimiento para las partes.

También debe exigirse el apoyo a las empresas y comprobación permanente de su actuación por parte de los poderes públicos. A través de medidas vinculantes, se requiere que se facilite y dirija el camino de actuación responsable a los empleadores en aras de asumir procesos de digitalización respetuosos con la persona trabajadora. Consideramos especial la atención a las estrategias de apoyo a aquellas empresas que por sí solas no pudiesen hacerse cargo de su responsabilidad de proteger la intimidad y la protección de datos de sus trabajadores en cualquier introducción de TIC que se pretenda.

En lo que respecta a los sistemas digitales que puedan ser utilizados en los ámbitos de trabajo, convendría que la protección de la privacidad de los trabajadores deba partir de la garantía de la integridad y confidencialidad de los propios sistemas de TIC, con independencia de la materialización de injerencias en los derechos a la intimidad y protección de datos personales de los trabajadores¹⁵⁹³. Es decir, debe promoverse la disposición de directrices en relación a la ética de los sistemas de TIC a implantar en las empresas. Ello conllevaría la existencia de una normativa general que materialice la protección de los sistemas de TIC que ya se viene exigiendo y que alcance, además, a la protección de información almacenada en los servidores externos¹⁵⁹⁴.

Las evaluaciones de riesgo estandarizadas en el ámbito de las libertades individuales, tales como el artículo 35 del RGPD, deben alcanzar a la evaluación de

¹⁵⁹² El diálogo social y la participación en los procesos normativos no es algo nuevo y, más bien, supone la materialización del principio de democracia.

¹⁵⁹³ Nos ha sido de gran aporte, el trabajo de HOFFMAN-RIEM en lo relativo a la descripción de la experiencia alemana. *Vid.* HOFFMAN-RIEM, W., *Big Data. Desafíos...*, *cit.*, 2018, p. 89 y ss.

¹⁵⁹⁴ Al hilo de la sentencia del TC alemán sobre la inconstitucionalidad de la Ley de Investigación criminal de 2016.

aquellos factores que implican el manejo de grandes cantidades de información no necesariamente personal que se genera del colectivo de trabajadores, así como del impacto que puede suponer la vulneración de la intimidad de aquellos sobre los intereses del bien común afectados por las actuaciones empresariales.

Asimismo, deberán conformarse Mesas de trabajo permanentes que nutran a los Estados y a la Agencia de control, sobre el avance tecnológico vertiginoso con la aparición de nuevas TIC de posible aplicación en el ámbito del trabajo, sus posibles efectos y las medidas que deban desplegarse de forma obligatoria para menguar el impacto negativo sobre la privacidad de los trabajadores.

También resulta necesario centrarse en la elaboración de unas directrices sobre la aplicación de la legislación de la UE en materia de uso de TIC en el trabajo y sobre la competencia de los convenios colectivos en lo relativo a las condiciones de uso y gestión del riesgo sobre los derechos fundamentales a la intimidad y protección de datos personales de los trabajadores.

CONCLUSIONES

Desde la consideración de individuos dignos y merecedores de respeto, las personas trabajadoras son titulares inequívocos de derechos fundamentales de naturaleza no negociable —derechos de la personalidad— entre los que se encuentran sus derechos a la intimidad y a la protección de sus datos personales. Ambos derechos forman parte, desde hace décadas, de un sistema de protección jurídica afianzado, tanto en el ámbito general supranacional como interno.

Dentro de las relaciones laborales, el modelo de defensa trasciende a partir de la natural desigualdad estructural que las caracteriza. En aras de evitar abusos de poder, se requiere un reequilibrio dinámico entre las partes contrapuestas a través de una actuación ponderada de derechos y obligaciones. Por su parte, este reequilibrio requiere una posición (y disposición) estatal activa de protección que se circunscribe a proteger a las partes frente a agresiones o alteraciones sobre el ámbito protegido de los derechos por parte de otros sujetos, pero, especialmente, a realizar acciones de promoción pública que contribuyan a su efectivo respeto y al de los valores y principios que representan. Ese despliegue dentro de las relaciones laborales requiere una regulación cuidadosa, específica y detallada, una doctrina bien construida y una refinada labor jurisprudencial, que doten a los derechos de los trabajadores de una especial resistencia. De hecho, la arquitectura jurídica de protección de derechos fundamentales plasmada en la CE, con incidencia supranacional, es capaz de justificar el despliegue de soluciones útiles de defensa efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores frente a cualquier escenario. Esto quiere decir que se trasciende a la sola precisión de los contornos de validez de los derechos y se posiciona sobre el ámbito de la efectividad de los mismos, vía el despliegue de garantías eficaces de protección.

Ahora bien, hemos constatado que no existe en el Derecho laboral una adaptación sistemática del contenido de estos derechos en lo relativo a la regulación de su ejercicio en el seno de estas relaciones. Las referencias escuetas y genéricas al derecho a la intimidad de los trabajadores han sido acompañadas de una contribución doctrinal y jurisprudencial, que, ciertamente, han ayudado a definir la existencia de una esfera íntima y reservada de los trabajadores reconocida como irrelevante para la relación laboral. Más allá de ello, siguen ausentes garantías específicas, *per se*, para la autodeterminación personal de los trabajadores en el trabajo. Prueba de ello, hemos observado que, en aquella estructura insustancial de trato

diluido, se ha venido solapando una inclinación doctrinal y jurisprudencial por identificar el límite de este derecho en las propias actuaciones empresariales, validando actuaciones empresariales basadas en análisis también genéricos, nada rigurosos, respecto de la exigencia de razones concretas, legítimas, necesarias y proporcionales que deben exigirse para llevar a cabo la modulación en el ejercicio de los poderes empresariales. De allí, hemos reconocido lo que llamamos «falsas garantías», respuestas ante vulneraciones de derechos, *a posteriori*, que, en esencia, discrepan de la auténtica garantía de protección que debe suponer el despliegue de medidas *ex ante*.

Por su parte, el reconocimiento del derecho a la protección de datos personales encuentra su lugar en el sistema de protección moderno, basado en el actual paradigma de la revolución tecnológica y la globalización, como derecho autónomo y protagonista de las recientes actualizaciones normativas. Parece, en un primer momento, un elemento esencial, un intento potente, por garantizar un poder amplio de control sobre los datos personales de las personas, incluidas en su calidad de trabajadoras, frente a cualquier operación llevada a cabo por los empleadores. Ciertamente, hemos visto que, en esa línea de mayor desarrollo y concretización de este derecho, los datos personales encuentran, en líneas generales, una armadura jurídica capaz de dotar de una mayor protección a través de la exigencia de mayor cantidad de garantías mínimas. Sin embargo, no se observan concreciones ajustadas a las particularidades de la relación laboral, y lo que parece ser el punto fuerte de la renovada protección jurídica (la responsabilidad proactiva de los responsables de tratamientos de datos personales), para el ámbito laboral, supone uno de los puntos más ambivalentes diseñados para la protección de este derecho fundamental y puede servir como punto débil para los trabajadores. Por otra parte, la consolidación de la transparencia de la información pierde fuerza en tanto en cuanto no se le ha rodeado de detalles concretos y exhaustivos sobre el contenido, tiempo y forma en que deben comunicarse las actuaciones empresariales. Con este escenario, la consecuencia inevitable sigue situándose en la inseguridad jurídica y en la producción de conflictos de intereses de las partes, sin control eficaz de los poderes públicos y de los propios trabajadores.

El elemento central sobre el que gira este trabajo, es decir, el uso de TIC en el ámbito del trabajo, ha cambiado de gran manera la forma en que el mundo laboral se desarrolla e interactúa. Su posicionamiento como elementos técnicos cada vez más requeridos en el ámbito del trabajo, demuestra un protagonismo que va en alza, cada vez más potente, a través de elementos comunes que dejan claro que el poder empresarial sufre una reestructuración «multidimensional». Mientras ofrecen nuevas formas contractuales, nuevas formas de producción, modifican los procesos productivos; además, ofrecen a los empleadores nuevas y múltiples formas eficaces de control y vigilancia de las actividades de las personas

trabajadoras, desde luego, más allá de los tradicionales puestos de trabajo físicos-tradicionales. Permiten, pues, ampliar las posibilidades de ejecución de diversas tareas a través de distintas operaciones susceptibles de automatización o asistencia remota. Las posibilidades de «refinamiento» de la información generada por el uso de TIC, el uso de algunas de estas como herramientas de trabajo a la vez que de control, su aplicación para fines diversos en momento posteriores, su utilización como herramientas de control y vigilancia imperceptibles, su capacidad técnica para ofrecer resultados basados en fórmulas algorítmicas sin controles de diseño ético o jurídico; ofrecen un largo camino de luces y sombras.

Desde luego que el actual proceso de innovación tecnológica dentro de las organizaciones productivas se presenta como una oportunidad de impulso económico. De hecho, los procesos de digitalización que se vienen poniendo en marcha dentro de las organizaciones productivas españolas están siendo monitorizados e, incluso, impulsados por Estado. Ahora bien, el motivo económico ha puesto en evidencia lo que podemos denominar como una «autovalidación» para dar inicio a dichos procesos, una aparente buena razón, la única, para dar el salto tecnológico que el tejido empresarial requiere. Con ello, estamos frente a una dimensión actualizada, pero simplificada, para legitimar de antemano los intereses de la parte empleadora cuando estos impliquen implantación de TIC en la empresa.

Aunque el horizonte de efectos positivos sobre las empresas tenga una traducción amplísima, lo cierto es que la influencia de las TIC en la construcción de las facultades legítimas empresariales, adquiere en la actualidad mayor importancia que la construcción misma del contrato de trabajo y que la relación tradicional en su conjunto, a niveles incalculables. Luego, la consecuencia adyacente al uso de las TIC en el ámbito de las relaciones laborales es la generación de gran cantidad de información vinculada de forma directa o indirecta al desempeño de las actividades laborales y a los propios trabajadores, que diluye la diferenciación entre información íntima, personal o de otra naturaleza. Hay innumerables concretizaciones del impacto que puede provocar la implantación de TIC en el trabajo, y no es posible identificarlas todas en un análisis de forma generalizada. No obstante, todas y cada una de ellas, representan una fuente de intensificación del ejercicio del poder empresarial que es capaz de provocar incidencias directas o indirectas en el desenvolvimiento individual o colectivo de los trabajadores, sin siquiera ser evidentes para los afectados. Como resultado, la influencia sobre la persona trabajadora traspasa con mayor facilidad los ámbitos legítimos del empleador, mientras que la injerencia sobre algún ámbito personal o íntimo es más difícil de evitarse. La mayor dificultad en la solución del tradicional conflicto entre los intereses de ambas partes se desata a partir de un despliegue de facultades empresariales que

puede ser más incisivo y potente sobre la intimidad y los datos personales de los trabajadores, que en el pasado.

Ciertamente, hemos tenido por delante la imposibilidad de reconocer el alcance concreto de la repercusión e incidencia sobre el ejercicio de los derechos a la intimidad y protección de datos personales de los trabajadores frente al uso de TIC en el trabajo. De ahí la razón de que hayamos realizado aproximaciones a deficiencias en los ámbitos jurídicamente protegibles y realizado análisis sobre TIC concretas que permitiesen identificar algunas líneas de actuación en favor de la autonomía personal de los trabajadores.

Queda constatado que el abanico de tipos de TIC que puede utilizar el empleador en el ámbito del trabajo o poner a disposición de los trabajadores es amplio. Desde la aplicación práctica más generalizada, previos a la LOPDGDD, se pusieron sobre la mesa sendos análisis doctrinales y jurisprudenciales sobre el uso de un gran grupo de TIC (los dispositivos digitales cedidos por los empleadores para su uso por los trabajadores), así como dos sistemas más utilizados (sistemas de videovigilancia y de geolocalización). Estos mismos grupos de TIC han servido como esquema normativo para incluir la protección de la intimidad en la LOPDGDD y para llevar a cabo el análisis en este trabajo. Sin embargo, aunque hemos partido de esos tres grupos, dada la velocidad con la que se desarrollan, cambian y mejoran, las referencias puntuales a algunas TIC que han sido comentadas podrían dejar de ser utilizables en corto tiempo. La normativa no ha tenido en cuenta esto. Ahora bien, el alcance de cada una de las TIC puede entenderse a través de un análisis concreto sobre la técnica y funcionamiento de aquellas, es decir, las características propias de cada TIC pueden poner sobre la mesa, según sean analizadas, teniendo en cuenta el alcance y naturaleza del uso que se le pretenda dar, los efectos que pueden beneficiar a alcanzar los objetivos empresariales, pero también para identificar posibles efectos sobre los ámbitos jurídicamente protegidos por los derechos a la intimidad y protección de datos personales. Así, pues, la identificación del riesgo que sobre la intimidad y otros derechos fundamentales puede ocasionar el uso de cada TIC o grupo de ellas en el ámbito del trabajo, se posiciona como un elemento clave, como un parámetro que permite valorar el despliegue de medidas concretas que se requieren para eliminar o minimizar los riesgos.

El Derecho, como técnica de regulación del poder social, no puede ignorar el fenómeno de los grupos privados de poder. De hecho, no puede desligarse del análisis profundo, que, a su vez, debe motivar sus actuaciones. Contrariamente a lo que cabría esperar, nos hemos encontrado una normativa general de protección de la intimidad y de datos personales que pretende hacer frente a este fenómeno de una forma reducida a su expresión más mínima y, al mismo tiempo, poco o nada novedosa para la complicada realidad que se presenta. Resulta

incomprensible el desdén de legislador por afrontar este llamado sin una necesaria protección sistemática, que parta desde una reflexión crítica a la técnica. El escueto articulado específicamente dirigido al ámbito de las relaciones laborales demuestra las carencias legisladoras y la falta de capacidad estatal por llevar a cabo un proceso de transformación digital en las empresas, respetuoso con los derechos fundamentales. El encargo europeo hecho al Estado para dar respuesta a la necesidad de una protección más eficaz para los derechos de los trabajadores queda reducido a un burdo intento por dar respuestas como si se tratase de medios de control y vigilancia clásicos.

Hemos determinado que el punto de partida debía ser, justamente, la configuración de un sistema de actuación cuyo objetivo fuese una implantación de TIC en las empresas que cumpliera con los parámetros de respeto a los derechos a la intimidad y protección de datos personales de los trabajadores. En relación a esto, para llevar a cabo cualquier análisis se hace necesaria una distinción obligatoria entre los usos de TIC en sí mismos y los posteriores accesos a los contenidos derivados de dichos usos. La satisfacción de intereses particulares para poner en marcha la implementación de TIC en la empresa debe basarse en la legitimidad, como primer filtro para llevar a cabo estos procesos tecnológicos. Esto ha conducido de forma necesaria a valorar qué parámetros ha incluido el legislador para permitir el uso de TIC en la empresa.

Como resultado, una inexistente guía de actuaciones desde momentos previos a la puesta en marcha de los procesos de transformación y de herramientas de contrapeso y control a la actuación empresarial, de acuerdo a umbrales de riesgo (en función del tipo de actividad que podría realizar una empresa y que podrían desempeñar los trabajadores involucrados en el uso de TIC de forma directa o indirecta, según el tipo de TIC que se trate y sus potencialidades técnicas), que pudiesen producir determinados usos sobre determinadas informaciones.

Nos hemos encontrado con una laguna jurídica sobre este tema. Ante este vacío, hemos propuesto un enfoque basado en habilitaciones estatales que permitan llevar a cabo implantaciones de TIC, con filtros previos. La acreditación de una serie de requisitos técnicos y jurídicos que deberán llevar a cabo los empleadores, deberán contar con la aprobación de los representantes de los trabajadores y la validación de la Autoridad. No se puede dejar en mano de los empleadores, la capacidad de decidir, sin control previo, sobre medidas de uso de TIC que involucren generación de datos referidos a trabajadores, aunque fuera de forma indirecta. El principio de responsabilidad proactiva encuentra sus limitaciones en el ámbito de las relaciones laborales, justamente, debido al poder con el que cuentan los primeros sobre los segundos. Hacerlo se convierte en una habilitación para acrecentar el poder empresarial. Para alcanzar esas habilitaciones, los empleadores deben poder iniciar los procedimientos que

contengan especificaciones claras, expresas y concisas sobre los motivos que ameritan la puesta en marcha de alguno de estos sistemas de uso, control y vigilancia, así como las alegaciones que supongan la superación de criterios de proporcionalidad de las medidas. Para ello, hemos visto que adquiere especial importancia la exigencia detallada de aspectos referidos a la naturaleza de los datos que se generarán a partir de uso de las TIC, el periodo y horarios durante los cuales se ejecutará dicho uso la medida, los riesgos, las consecuencias, las normas, las salvaguardas dispuestas para la seguridad de los datos que se generen en dicho uso y de la ejecución de tratamientos que puedan llevarse a cabo sobre dichos usos. Desde luego, el papel de los poderes públicos se sitúa también en un acompañamiento a las partes para dotar de herramientas que les permitan cumplir con sus obligaciones de forma óptima. El cumplimiento de estos aspectos, desde luego, supone un desafío en sí mismo. Se trata de detalles que no escapan a un conocimiento previo de la técnica y de los efectos que esta podría provocar. Un conocimiento que, por otro lado, difícilmente tienen actualmente empleadores, trabajadores o la Administración. Además, supone un alto gasto público para poner en marcha las herramientas de ayuda, pero que, en ningún caso, puede servir de argumento para medrar la defensa de los derechos fundamentales que son el eslabón principal en esta sociedad que se ha construido.

En esta línea se sitúa la necesidad de poner a disposición de las empresas sistemas de garantías de protección de datos desde el diseño y por defecto, que lleven a implantar sistemas tecnológicos que minimicen los riesgos desde el inicio, y a simplificar las consecuencias de los usos de TIC. Encontramos de gran utilidad jurídica las herramientas técnicas y jurídicas que podrá ofrecer la AEPD que, de hecho, viene poniendo a disposición de los responsables de tratamiento de datos personales de forma general. Convendrá, en todo caso, que se desplieguen guías, recomendaciones y herramientas específicas para el ámbito de las relaciones laborales. Por su parte, la complejidad en el control del impacto que pidiesen suponer las TIC para los derechos de los trabajadores, podrá paliarse si, además, el Estado impulsa y regula la puesta a disposición de los empleadores de tecnologías que superen, a partir de su propio diseño y arquitectura, niveles mínimos de garantía de protección de ámbitos privados de los usuarios.

Concluimos que, dado que lo que está en juego son los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, la complejidad del proceso de gestión de riesgo ha de ajustarse, no al tamaño de la entidad, la disponibilidad de recursos, la especialidad o sector de la misma, sino al grado del posible impacto de la actividad de tratamiento sobre los interesados y a la propia dificultad del tratamiento. El mayor o menor acompañamiento y apoyo estatal dependerá de si las empresas requieren mayor apoyo para dar cumplimiento a sus obligaciones.

Superada la primera etapa y autorizada la puesta en marcha de la utilización de determinada TIC en la empresa, hemos encontrado que el segundo filtro que debe establecerse es el referente al acceso a los contenidos derivados del uso de TIC en el ámbito del trabajo. La norma habilita al empleador a acceder a los contenidos derivados del uso de TIC, cuando hayan sido cedidas a los trabajadores, cuando requiera desplegar facultades de control o vigilancia sobre las actuaciones del personal o sobre los propios dispositivos. Hallamos, en realidad, una repetición de la fórmula inútil ya utilizada en el ET, que sitúa a las actuaciones empresariales en un punto de partida privilegiado y que habilita al empleador, sin mayores concreciones, para llevar a cabo medidas de dirección, control y vigilancia sobre los trabajadores cuando considere oportuno. El peligro puede verse con mayor claridad en aquellos casos referidos a la implantación de sistemas de videovigilancia y de geolocalización, que también repiten esas generalidades, y que nada dicen sobre el carácter más intrusivo y de alto nivel de riesgo que les caracterizan. Una fórmula que, por otro lado, ya ha traído consecuencias jurídicas negativas sobre la protección adecuada de los derechos fundamentales de los trabajadores, dilucidadas en instancias judiciales. La problemática ocasionada con el modelo anterior se arrastra con la ausencia de puntualizaciones y exigencias adicionales a esta habilitación tal como se encuentra planteada y vuelve a representar una declaración de posición de poder de la que parten los empleadores. Continuamos en el camino de la imprecisión normativa y en el de la inevitable vía hacia una interpretación beneficiosa para las actuaciones de estos últimos que mantenga la vía libre para la implantación de TIC en la empresa.

Partiendo de que son capaces por sí solas de generar distintos tipos de contenidos de acuerdo a su estructura, la obligación de desplegar una protección efectiva de los derechos materia de análisis permite demarcar el ámbito de ciertas habilitaciones excepcionales también respecto al acceso a contenidos derivados de ciertos usos. Mientras existen usos de TIC que pueden generar contenidos que, por su naturaleza, puedan contener información de carácter privado, más detallada sobre la persona, o más sensible, hacemos hincapié en la falta de blindaje al acceso a contenidos que puedan desencadenar vulneración de otros derechos o de derechos de terceras personas, como es el caso de contenido de naturaleza comunicacional. No existen, actualmente, las precisiones normativas que evoquen calidad en el contenido y en los límites que cabría esperar para encaminar la actuación empresarial en este aspecto. En relación a ello, hemos observado que el despliegue de límites en la actuación empresarial y su obligación de aportar garantías se reduce solo al genérico cumplimiento del «respeto al derecho a la intimidad de los trabajadores» y de la «dignidad de los trabajadores». En cualquier caso, no puede equipararse un acceso a contenidos de un tipo con los de otro, puesto que la naturaleza de cada uno implica la graduación de un riesgo sobre los derechos de los trabajadores sujetos a comentario y sobre las garantías que requieren ser desplegadas.

Para aplacar estos aspectos, insistimos en la fórmula de prohibiciones previas sobre el acceso a contenidos de tal sensibilidad, con exigencias potentes para justificar casos puntuales en los que deban permitirse dichos accesos, que cuenten con habilitaciones previas, vía acreditación estatal, con la participación activa de los representantes de los trabajadores desde el inicio del proceso —que deberá ser previamente pautado— y con capacidad reglada para impulsar medidas claras para la defensa de sus intereses.

La exigencia de un proceso de habilitación previa por la Autoridad de control, con participación activa y decisiva de los representantes de los trabajadores, debe ser entendido, en realidad, como un recurso disponible en distintos grados en muy diversas condiciones laborales y técnicas. En esta misma línea de argumentación debemos valorar la exigencia de elaboración de criterios de utilización de TIC en la empresa, un requisito que se ha incluido en la reciente normativa, pero que deja atrás la oportunidad de acompañar esta obligación con mayores precisiones. Así, la obligación de establecer criterios de utilización de TIC en el trabajo merece convertirse en un proceso de implementación claro y más detallado, que esté en consonancia con la práctica, es decir, que se refiera de forma concreta a habilitaciones, prohibiciones o restricciones que abarquen tanto los supuestos de usos derivados de la actividad laboral como los eventuales usos privados. Se trata de un diseño de normas sobre la utilización de las TIC cedidas, pero que se exige que superen criterios de legitimidad destinados a evitar el inadecuado desarrollo de la actividad laboral, a proteger los propios dispositivos o evitar responsabilidades externas para la empresa. A partir de la comunicación a los representantes de los trabajadores de unos objetivos o fines concretos que motiven cada criterio, y de acuerdo a las circunstancias concretas de la actividad laboral, las capacidades técnicas de los dispositivos que se traten, la naturaleza de su uso, el riesgo en su uso inadecuado; deberá procederse también a la exposición por escrito del cumplimiento de criterios de proporcionalidad. Y que, además, incluya las sanciones claras y los procedimientos de aplicación de las mismas en casos de incumplimientos.

Al hilo, vista la antigua predominancia por aplicar sobre los trabajadores consecuencias como el despido ante meros alegatos sobre incumplimientos de sus deberes laborales, desde nuestro punto de vista, un factor realmente importante a introducir —que puede marcar la diferencia respecto a la predisposición empresarial a llevar a cabo estos procesos de implementación de forma adecuada—, es la prohibición de llevar a cabo verificaciones o, incluso, aplicar sanciones a los trabajadores, si no se ha superado dicho proceso previo. Puede considerarse una forma más de reequilibrio del poder que fomente, a su vez, la puesta en marcha de medidas de prevención claras, basadas en sistemas, programas informáticos, o cualesquiera medios técnicos que están a disposición de los empleadores, a través de filtros,

inhabilitaciones o bloqueos, para evitar usos u operaciones no deseados. Esto es, que se fomente la minimización del riesgo de usos inadecuados y, en ese sentido, de sanciones ante incumplimientos, que podrán recaer sobre la parte empleadora cuando no haya hecho uso de esos recursos disponibles.

Sobre la transparencia de la información, concluimos que debe tener un despliegue mucho más amplio y transversal. Hemos constatado que se considera la nota esencial para que cualquier medida llevada a cabo por el empleador se encuentre y sea, en última instancia, justificada y legítima. No obstante, es un principio que se puede desarrollar con cierta flexibilidad dentro del marco del sistema de protección de los derechos a la intimidad y protección de datos personales de los trabajadores y no, únicamente, en la forma en la que se ha señalado en el articulado analizado. Requiere que se tome en cuenta su despliegue en momento previo, sin excepciones, a cualquier actuación empresarial que involucre TIC en la empresa. Se propone, para tal efecto, como punto de partida, la imposibilidad de computarse como válido cuando se lleve a cabo a través de informaciones ambiguas o genéricas. Este comportamiento involucra la necesidad imperativa de establecer el contenido claro y las formas estrictas de dar cumplimiento al principio de transparencia. De la eficiencia de dicha técnica deriva la capacidad de los trabajadores y sus representantes para intervenir y desplegar sus facultades de defensa de sus intereses.

Los de la intimidad y protección de datos personales son derechos fundamentales de los trabajadores, así que no puede obstaculizarse el despliegue de una garantía efectiva para ellos, con excusas relativas a los costos o a las dificultades administrativas que puedan generarse. Sabemos que el camino para la incorporación a un texto normativo de las cuestiones analizadas no es rápido ni fácil. Sin embargo, el respaldo político e institucional desde la Administración y las organizaciones de agentes sociales cobra importancia para hacer frente al cumplimiento de estos aspectos. Además de la vía de respuesta que pretende elevar la protección de la intimidad y del tratamiento de datos personales mediante fortalecimiento en la delimitación de estos derechos, se ha observado la necesidad de exigir el diseño de modelos de gestión en transformación digital que estén destinados a usos respetuosos. Un trabajo que requiere la promoción de espacios de trabajo conjunto y transversal de los agentes sociales, con la participación de personal técnico, para poner en marcha soluciones administrativas con lo que ya está en la normativa.

La falta de conocimiento de las partes sobre los aspectos técnicos y su falta de concientización con respecto a los términos y condiciones que deben rodear el uso de TIC hacen inútil cualquier despliegue normativo más preciso y garantista. Las buenas intenciones no son suficientes en este escenario. Es por eso que es necesario que, incluso, las acciones que

se requieren por parte de los representantes de los trabajadores, así como el contenido mismo de aquellas, deban encontrarse estipuladas en la normativa. No podemos esperar que las partes tengan la iniciativa de actuar de forma eficaz, porque se correrá el riesgo de encontrar meras repeticiones al articulado normativo, ya sea por falta de voluntad o por falta de conocimiento técnico o mecanismos de presión, como hemos constatado en los recientes convenios colectivos.

La crítica se extiende a la ausencia regulatoria específica a nivel europeo. De forma especial, visto el impacto del RGPD, dada su naturaleza vinculante, se requiere el desarrollo urgente de herramientas jurídicas especialmente referidas al ámbito laboral, que sean igual o más incisivas que la normativa general en materia de protección de datos.

Por último, sería ilusorio y hasta ingenuo creer que existirán medidas que sean suficientes para afrontar el impacto que pueden provocar las TIC en el ámbito de intimidad y de protección de datos personales de los trabajadores y trabajadoras. Se trata, en todo caso, de partir de la elaboración de medidas que vayan en esa dirección y que permitan la mejora y actualización continua. Para que la esencia del Estado de Derecho perdure y los valores y principios se mantengan, existe la obligación estatal —pero también como sociedad— de comprender en profundidad los cambios que están teniendo lugar en las relaciones laborales y trabajar para acercarnos a respuestas concretas en cuestiones técnicas, en particular, respecto de las consecuencias de estar sometidos a las lógicas algorítmicas.

Recopilando todo lo analizado y comprobado, por fin sabemos que:

En primer lugar, que las TIC son capaces de redimensionar las dinámicas de las relaciones laborales. Las TIC y su utilización provocan en el ámbito laboral un ambiente disruptivo importante que reconfigura a su paso las tradicionales dinámicas laborales y son capaces de definir nuevas vías de empoderamiento del empleador sobre los trabajadores que no podemos alcanzar a conocer.

En segundo lugar, que el Derecho laboral no se ha adaptado al uso masivo de las TIC en las relaciones laborales, lo que ocasiona que no exista un sistema jurídico capaz de garantizar la protección de los derechos fundamentales a la intimidad y protección de datos de los trabajadores, ante el fenómeno del uso de TIC en el trabajo. Sin embargo, hemos comprobado que el diseño del sistema de protección constitucional de los derechos fundamentales de los trabajadores puede ser capaz de permitir el despliegue de una mayor protección de ambos derechos de las personas trabajadoras ante la presencia de estos elementos técnicos.

El legislador considera a las TIC como unos instrumentos de vigilancia y control al servicio del poder de dirección, como cualesquiera otros. Es la vigencia del propio modelo de

Estado y la estructura garantista de los derechos fundamentales los que ceden su despliegue ante la revolución tecnológica y la globalización con la flexibilización normativa de los procesos y dinámicas en el ámbito privado de las relaciones laborales.

Con todo, nuestro análisis, nos ha llevado a abrir caminos que no habíamos considerado en un principio. Las TIC, en su camino disruptivo, nos presentan inquietudes adicionales, en concreto, respecto a las diversas posibilidades que ofrece el *Big data*. Está claro que su implementación efectiva aún es un proceso, sin embargo, la problemática central que podemos identificar parte de una utilización y reutilización de ingentes cantidades de datos que, en principio, puede realizarse sin ser controlada, porque puede ser aplicada sin que los trabajadores lo noten. Más allá de ello, puede tener incidencia sobre la forma en la que las empresas dirigen a sus trabajadores no solo allí donde se recopilan los datos. Un régimen jurídico que no contempla la regulación algorítmica invisible, no hace nada para neutralizarla —o la facilita—, impide cualquier posibilidad de ejecutar, no ya la resistencia al impacto que se produzca, sino la resistencia que deben ejercer los propios derechos fundamentales desde su configuración constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

ABERASTURI GORRIÑO, U., «Derecho a ser olvidado en Internet y medios de comunicación digitales. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2015», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 175, 2016, pp. 259-290.

ABERASTURI GORRIÑO, U., «Control empresarial del correo electrónico del empleado y relevancia de la información previa a los trabajadores como garantía mínima para ejercer ese control, a la luz de la STC 7 octubre 2013», *Nueva revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 180, 2015, pp. 181-220.

ABERASTURI GORRIÑO, U., *La protección de datos en la sanidad*, Thomsom-Reuters Aranzadi, Zizur Menor, 2014.

ABRIL, P. S. y PIZARRO MORENO, E., «La intimidad europea frente a la privacidad americana: una visión comparativa del derecho al olvido», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2014.

ACINAS GARCÍA, N., «Seguridad de los tratamientos: los análisis de riesgos, la seudonimización, el cifrado y la adhesión a códigos de conducta (Comentario al artículo 32 RGPD), en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de datos y a la Ley Orgánica de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 2033-2042.

AGUDO ZAMORA, M. J., «La protección de los derechos en la Unión Europea: claves para entender la evolución histórica desde el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», *Revista de Derecho Constitucional europeo*, nº 4, 2005, pp. 373-430.

AGUILAR MARTÍN, M.^a C., «Vulneración del derecho a la imagen por la extralimitación del poder de dirección empresarial», en VV.AA., *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Cinca, Madrid, 2014.

AHUMADA RUIZ, M.^a, «Neoconstitucionalismo y constitucionalismo», en COMANDUCCI, P., AHUMADA RUIZ, M.^a, GONZÁLEZ LAGIER, D., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

AJUNWA, I., CRAWFORD, K., FORD, J., «Health and Big Data: an ethical framework for Health Information Collection by Corporate Wellness Programs», *Journal of Law, Medicine and Ethics*, vol. 44, 2016, p. 474-480.

ALÁEZ CORRAL, B., *Nacionalidad, ciudadanía y democracia: ¿a quién pertenece la Constitución?*, CEPC, Madrid, 2006.

ALCALDE, E. y GARCÍA, M., *Informática básica*, 2.^a ed., Mc Graw Hill, Madrid, 1997.

ALCHIAN, A. y DEMSETZ, H., «Producción, costes de información y organización económica», en PUTTERMAN, L. (Ed.), *La naturaleza económica de la empresa*, Alianza, Madrid, 1994, trad. PASCUAL ENCUESTRA, B. y VELASCO KINDELÁN, J.

ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, León, 1996.

ALEMÁN PÁEZ, F., *Curso de Derecho del Trabajo I. Relación individual de trabajo*, Tecnos, Madrid, 2011.

- ALEXANDRES FERNÁNDEZ, S., MUÑOZ FRÍAS, J. D. y RODRÍGUEZ-MORCILLO GARCÍA, C., «RFID: la tecnología de identificación por radiofrecuencia», *Anales de mecánica y electricidad*, vol. 83, nº 1, 2006, pp. 47-52.
- ALEXY, R., *La institucionalización de la justicia*, 2.^a ed. Ampl., Comares, Granada, 2010, trad. SEOANE, J. A. y otros.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2001, trad. GARZÓN VALDÉS, E.
- ALEXY, R., «Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral», en VÁZQUEZ, R. (Coord.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona, 1998.
- ALEXY, R., *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, trad. VILLAR BORDA, L.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Autonomía privada y derechos fundamentales», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, nº 1, 1993, pp. 57-122.
- ALONSO GARCÍA, E., «La jurisprudencia constitucional», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 1, 1988, pp. 173-209.
- ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- ALONSO GARCÍA, M., *Curso de derecho del trabajo*, 9.^a ed., Ariel, Barcelona, 1985.
- ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.^a E., *Derecho del Trabajo*, 24.^a ed., Aranzadi, Zizur Menor, 2006.
- ALONSO OLEA, M., «La Constitución española como fuente del Derecho del Trabajo», en MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (Coord.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2003, pp. 3-33.
- ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, 5.^a ed., Civitas, Madrid, 1994.
- ALTUNA URDIN, J., *Integración de Internet en la didáctica de la asignatura «conocimiento del medio» en el tercer ciclo de Primaria: posibilidades y análisis de la situación en un centro educativo*, Tesis doctoral, UPV/EHU, 2010.
- ÁLVAREZ CARO, M., «El derecho a la supresión o al olvido», en PIÑAR MAÑAS, J. L. (Dir.), *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016, pp. 241-256.
- ÁLVAREZ CONDE, E., «Prohibición de discriminación», en ÁLVAREZ CONDE, E., FIGUERUELO BURRIEZA, Á. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.), *Estudios interdisciplinarios sobre la igualdad*, Iustel, Madrid, 2009.
- ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentario Sistemático a la Constitución española de 1978*, 2.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2016.
- ANDONEGI, J. M., CASADESÚS, M., ZAMANILLO, I., «Evolución histórica de los sistemas ERP: de la gestión de materiales a la empresa digital», *Revista de Dirección y Administración de Empresas*, nº 12, 2005, pp. 61-72.
- ANGULO LÓPEZ, G., *Teoría contemporánea de los Derechos Humanos. Elementos para una reconstrucción sistémica*, Dykinson, Madrid, 2015.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, Dykinson, Madrid, 1997.

AÑÓN ROIG, M.^a J., «Fundamentación de los Derechos Humanos y necesidades básicas», en BALLESTEROS LLOMPART, J. (Coord.), *Derechos humanos: concepto, fundamentos, sujetos*, Tecnos, Madrid, 1992.

APARICIO ALDANA, R. K., *Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones jurídico laborales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

APARICIO PÉREZ, M. A., «Sobre la estructura formal de los derechos constitucionales en la Constitución Española», en APARICIO PÉREZ, M. A. (Coord.), *Derechos Constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, CEDECS, Barcelona, 2001, pp. 43-92.

APARICIO SALOM, J., «Derechos del interesado (Arts. 12-19)», en LÓPEZ CALVO, J. (Coord.), *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos. Adaptado al Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de 10 de noviembre de 2017*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 363-400.

APARICIO, PÉREZ, M. A., «Formación y constitucionalización del Estado», en APARICIO, PÉREZ, M. A. y BARCELÒ I SERRAMALERA, M. (Coord.), *Manual de Derecho constitucional*, 2.^a ed., Atelier, Barcelona, 2012.

APARICIO, PÉREZ, M. A., «Naturaleza, estructura y elementos de los derechos constitucionales», en APARICIO, PÉREZ, M. A. y BARCELÒ I SERRAMALERA, M. (Coord.), *Manual de Derecho constitucional*, 2.^a ed., Atelier, Barcelona, 2012.

APARISI MIRALLES, A., «Fundamento y justificación de los derechos humanos», en MEGÍAS QUIRÓS, J. J. (Coord.), *Manual de derechos humanos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

APARISI MIRALLES, A., «Los derechos humanos en la Declaración de Independencia americana de 1776» en BALLESTEROS LLOMPART, J. (Coord.), *Derechos humanos: concepto, fundamentos, sujetos*, Tecnos, Madrid, 1992.

ARA, I., «El concepto de derechos fundamentales», en SAUCA, J. M.^a (Ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III/BOE, Madrid, 1994.

ARAGÓN REYES, M., «El principio democrático en la Constitución», en VV. AA., *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. II, Ministerio de Justicia-Secretaría General Técnica, Madrid, 1988.

ARAGÓN REYES, M., «La eficacia jurídica del principio democrático», *Revista Española de Derecho constitucional*, nº 24, 1988, pp. 9-46.

ARANGÜENA FANEGO, C., «El cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo», en GARCÍA ROCA, F., J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ P. A. (Coord.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid, 2009.

ARENAS RAMIRO, M., «El derecho de acceso y las condiciones generales de ejercicio de los derechos (Comentario al artículo 15 RGPD y a los artículos 12 y 13 LOPDGDD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de datos y a la Ley Orgánica de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1437-1490.

ARENAS RAMIRO, M., *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

ARIAS DOMÍNGUEZ, Á. y RUBIO SÁNCHEZ, F., *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

- ARIAS POU, M.^a, «Definiciones a efectos del Reglamento general de Protección de Datos», PIÑAR MAÑAS, J. L. (Dir.), *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016, pp. 115-134.
- ARZAMENA SIERRA, J., «Principio de igualdad y derechos fundamentales», en VV. AA., *XI Jornadas de estudio. El principio de Igualdad en la Constitución española*, vol.
- ARRIOLA ECHANIZ, N., «La Unión Europea y la Organización Mundial del Comercio. Comenzando un diálogo proto-constitucional», en GARCÍA GUERRERO, J. L. y MARTÍNEZ ALARCÓN, M.^a L. (Dir.), *Constitucionalizando la globalización*, vol. II, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1171-1211.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X., «Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar», en LASAGABASTER HERRARTE, I. (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 3.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2014.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X., *Videovigilancia, seguridad ciudadana y derechos fundamentales*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X. y LAZCANO BROTONS, I., «La distribución de fotografías e imágenes por la policía y las autoridades de videovigilancia a los medios de comunicación», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 67, 2003, pp. 55-98.
- ATIENZA, M., «Constitucionalismo, globalización y Derecho», en VV. AA., *Globalización en el siglo XXI: retos y dilemas*, Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras, Vitoria-Gasteiz, 2009, pp. 214-224.
- ATIENZA, M., *Introducción al derecho*, Club Universitario San Vicente, Alicante, 1998.
- ATRIA, F., «La ironía del positivismo jurídico», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 27, 2004, pp. 81-142.
- AZPITARTE SÁNCHEZ, M., «El Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución nacional: su relación con el Tribunal de Justicia», en CARMONA CONTRERAS, A. M. (Coord.), *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- BACHOF, O., *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985.
- BALADO RUIZ-GALLEGOS, M., «En torno al concepto de derecho fundamental en la Constitución de 1978», en VV. AA., *Introducción a los derechos fundamentales. X Jornadas de estudio Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, vol. I, Ministerio de Justicia, 1988.
- BALAGUER CALLEJÓN, M.^a L., *Igualdad y Constitución española*, Tecnos, Madrid, 2010.
- BALAGUER CALLEJÓN, M.^a L., *El derecho fundamental al honor*, Tecnos, Madrid, 1992.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., «Capacidad creativa y límites del legislador en relación con los derechos fundamentales: la garantía del contenido esencial de los derechos», en APARICIO PÉREZ, M. A. (Coord.), *Derechos Constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, CEDECS, Barcelona, 2001, pp. 93-116.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., «Soberanía popular y democracia en la Constitución española de 1978», *Revista de Derecho Político*, nº 27-28, 1988, pp. 97-112.

- BALLARÍN IRIBARREN, J., «Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La “Drittwirkung” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 24, 1988, pp. 283-318.
- BALLESTEROS LLOMPART, «Los derechos de los nuevos pobres», en BALLESTEROS LLOMPART, J. (Coord.), *Derechos humanos: concepto, fundamentos, sujetos*, Tecnos, Madrid, 1992.
- BAÑO LEÓN, J. M.^a, «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 24, 1988, pp. 155-179.
- BARBERIS, M., «Ferrajoli, o el neoconstitucionalismo no tomado en serio», en FERRAJOLI, L. y otros, *Un debate sobre el constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J., *La propiedad constitucional del estatuto jurídico del suelo agrario*, Civitas, Madrid, 1988.
- BARRIO GALLARDO, A., *Autonomía privada y matrimonio*, Reus, Madrid, 2016.
- BARROSO, L. R., *La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo: la construcción de un concepto jurídico a la luz de la jurisprudencia mundial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, trad. NEVARES, S.
- BASILE, S., «Los ‘valores superiores’, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PREDIERI, A. (Dir.), *La Constitución española de 1978*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 1981.
- BASTERRA MONTSERRAT, D., *El derecho a la libertad religiosa y su tutela jurídica*, Civitas, Madrid, 1989.
- BASTIDA FREIJEDO, F. J. y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.
- BASTIDA FREIJEDO, F. J., «La soberanía borrosa. La democracia», *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, nº 1, 1998, pp. 381-460.
- BATTAGLIA, F., *Estudios de teoría del Estado*, Real Colegio de España, Bolonia, 1966.
- BAUMAN, Z., *Globalización: consecuencias humanas*, Fondo de Cultura Económica, 2.^a ed., México, 2001.
- BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E., *Manual de Derecho del Trabajo*, 12.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 1978.
- BAZ RODRÍGUEZ, J., *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.
- BAZÁN, V., «Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión», *Revista Derecho del Estado*, nº 20, 2007, pp. 121-144.
- BECK, U., *Poder y contrapoder en la era global*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2004.
- BÉJAR, H., *El ámbito íntimo (privacidad, individualismo y modernidad)*, Alianza, Madrid, 1988.
- BÉRAUD, J-M., «Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d’entreprise et le contrat du travail», *Le Droit Ouvrier*, 1997.
- BERLIN, I., *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 2003.
- BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3.^a ed., CEPC, Madrid, 2007.

- BETTI, E., *Teoría general de las Obligaciones*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, trad. DE LOS MOZOS, J. L.
- BIDART CAMPOS, G. J. *Compendio de Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2008.
- BILBAO UBILLOS, «La consolidación dogmática y jurisprudencial de la *drittwirkung*: una visión de conjunto», en IZQUIERDO SANZ, C. y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.^a (Ed.), *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 21, 2017.
- BILBAO UBILLOS, J. M.^a, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 1997.
- BLANC ALTEMIR, A., «Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los Derechos Humanos», en BLANC ALTEMIR, A. (Coord.), *La protección internacional de los Derechos Humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Tecnos, Madrid, 2001.
- BLOCH, E., *Derecho natural y dignidad humana*, Aguilar, Madrid, 1980, trad. GONZÁLEZ VICEN, F.
- BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1993, trad. ARAGÓN RINCÓN, P.
- BOBBIO, N., *Estudios de Historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci*, Debate, Madrid, 1985, trad. BAYÓN, J. C.
- BÖCKENFÖRDE, E-W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000, trad. DE AGAPITO SERRANO, R.
- BÖCKENFÖRDE, E-W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993, trad. REQUEJO PAGÉS, J. L. y VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.
- BONILLA SÁNCHEZ, J. J., *Personas y derechos de la personalidad*, Reus, Madrid, 2010.
- BORRAJO DACRUZ, E., *Nuevas normas laborales*, 2.^a ed., Edersa, Madrid, 1981.
- BUENO GALLARDO, E., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad. En particular, el derecho a la intimidad de los obligados tributarios*, CEPC, Madrid, 2009.
- CABERO ALMENARA, J., BARROSO OSUNA, J., ROMERO TENA, R. y otros, *Nuevas Tecnologías Aplicadas a la Educación*, McGraw-Hill Interamericana de España, 2006.
- CABEZA PEREIRO, J., «La protección jurisdiccional de los derechos humanos y libertades fundamentales de los trabajadores ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de derecho social*, nº 69, 2015, pp. 79-102.
- CABEZUELO ARENAS, A. L., *Derecho a la intimidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- CALVO GALLEGU, F. J., «Derechos digitales en la negociación colectiva (Comentario al artículo 91 LOPDGDD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de datos y a la Ley Orgánica de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 4225-4270.
- CALVO GALLEGU, J., «Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral (Comentario al artículo 90 LOPDGDD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de datos y a la Ley Orgánica de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 4163-4224.
- CAMPS RUIZ, L. M., «El concepto laboral de empresario», en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo I, Edersa, Madrid, 1990.

- CANO MATA, A., *El recurso de amparo (doctrina del TC)*, Edersa, Madrid, 1983.
- CARDOSO, G., *Los medios de comunicación en la sociedad red: filtros, escaparates y noticias*, 2.ª ed., UOC, Barcelona, 2009.
- CARNELUTTI, F., *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, 2.ª ed., CEDAM, Padua, 1936.
- CARPINTERO BENÍTEZ, F., «El Derecho Penal en la definición del derecho», *Persona y Derecho*, nº 40, 1999, pp. 307-322.
- CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Historia breve del Derecho natural*, Colex, Madrid, 2000.
- CARRILLO SALCEDO, J. A., *Dignidad frente a la barbarie. La Declaración Universal de los Derechos Humanos cincuenta años después*, Trotta, Madrid, 1999.
- CARRILLO SALCEDO, J. A., «El proceso de internacionalización de los derechos humanos. El fin del mito de la soberanía nacional (II). Plano regional: el sistema de protección instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en VV. AA., *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el Siglo XXI. Seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1995.
- CARRILLO SALCEDO, J. A., «La protección de los derechos humanos en las Comunidades Europeas», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1986.
- CASAS BAAMONDE, M.ª E., «Anotaciones sobre las obligaciones del estado de garantizar la vida privada en el trabajo en la era digital», *Actum Social*, nº 136, Junio, 2018.
- CASAS BAAMONDE, M.ª E., «¿Una nueva constitucionalización del Derecho del Trabajo?», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, 2004, pp. 129-140.
- CASAS ROMA, J. y ROMERO TRIS, C., *Privacidad y anonimización de datos*, UOC, Barcelona, 2017.
- CASCAJO CASTRO, J. L. y GIMENO SENDRA, V., *El recurso de amparo*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1988.
- CASTELLS, M., *Comunicación y poder*, Alianza, Madrid, 2009.
- CASTELLS, M. y otros, *La transición a la sociedad red*, Ariel, Barcelona, 2007.
- CASTELLS, M., «Informacionalismo, redes y sociedad: una propuesta teórica», en CASTELLS, M. (Ed.), *La sociedad red: una visión global*, Alianza, Madrid, 2006.
- CASTELLS, M., *La era de la información: Economía, sociedad y cultura. Volumen I: La sociedad Red*, Alianza, Madrid, 1997.
- CASTRO ARGÜELLES, M.ª A., *El régimen disciplinario en la empresa. Infracciones y sanciones laborales*, Aranzadi, Zizur Menor, 1993.
- CATALÁ, J. M., *La gran espiral: capitalismo y paranoia*, Sans soleil, Vitoria-Gasteiz, 2016.
- CHAOS GARCÍA, D. y otros, *Introducción a la informática básica*, UNED, Madrid, 2017.

- CHUECA SANCHO, Á. G., «Mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos», en VV. AA., *Los derechos humanos, camino hacia la paz: Seminario de Investigación para la paz*, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1997.
- CLIMENT GALLART, J. A., «La videovigilancia encubierta en los puestos de trabajo, a la vista de la STEDH en el caso López Ribalda y otros contra España», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 52, 2020.
- COBO ROMANÍ, J. C., «El concepto de tecnologías de la información. Benchmarking sobre las definiciones de las TIC en la sociedad del conocimiento», *ZER: Revista de Estudios de Comunicación*, vol. 14, nº 27, 2009, pp. 295-318.
- COMANDUCCI, P., «Constitucionalización y Neoconstitucionalismo», COMANDUCCI, P., AHUMADA RUIZ, M.^a, GONZÁLEZ LAGIER, D., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- COMANDUCCI, P., «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, nº. 16, 2002, pp. 90-112.
- CONSTANT, B., *Escritos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, trad. SÁNCHEZ MEJÍA, M.^a L.
- CONSTANT, B., *Principios de Política*, Aguilar, Madrid, 1970, trad. HERNÁNDEZ ALFONSO, J.^a
- CÓRDOBA CASTROVERDE, D. y DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Reflexiones sobre los retos de la protección de la privacidad en un entorno tecnológico» en VV. AA., *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico. XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEPC, 2016, pp. 99-122.
- COSSÍO DÍAZ, J. R., *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989
- COSTA HERNANDIS, R., «Registro de actividades del tratamiento (Art. 30)», en LÓPEZ CALVO, J. (Coord.), *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos. Adaptado al Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de 10 de noviembre de 2017*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- CROSSMAN, R. H. S., *Biografía del Estado Moderno*, 3.^a ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1974, trad. FERNÁNDEZ DE CASTRO, J. A.
- CRUZ VILLALÓN, J., *Compendio de Derecho del Trabajo*, 11.^a ed., Tecnos, Madrid, 2018.
- CRUZ VILLALÓN, J., «Derechos fundamentales y derecho privado», *Academia sevillana del Notariado*, Tomo Extra 1, 1988, pp. 97-114.
- CRUZ VILLALÓN, P., «Concepto de derecho fundamental: identidad, estatus, carácter», en SAUCA, J. M.^a (Ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III/BOE, Madrid, 1994.
- CRUZ VILLALÓN, P., «El legislador de los derechos fundamentales», en LÓPEZ PINA, A. (Ed.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*, Universidad Complutense-Civitas, Madrid, 1991.
- CRUZ VILLALÓN, P., «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 25, 1989, pp. 35-62.
- CRUZ VILLALÓN, P., «¿Reserva de Constitución?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 9, 1983, pp. 185-208.

- CUBERO MARCOS, J. I., «Protección de datos en las comunicaciones electrónicas (comentario al artículo 95 RGPD y a la Disposición Adicional Undécima LOPDGDD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento...*, Tomo II, cit., 2021, p. 4530 y ss.
- CUBERO MARCOS, J. I. y ABERASTURI GORRIÑO, I. «Protección de los datos personales en las comunicaciones electrónicas: especial referencia a la Ley 25/2007, sobre conservación de datos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 83, 2008, pp. 175-197.
- DE ASÍS ROIG, R., «Sobre la libertad en el Estado social y democrático», *Sistema: revista de ciencias sociales*, nº 101, 1991, pp. 87-104.
- DE CASTRO VÍTORES, G., «La consideración jurídica del ser humano en formación: notas acerca de la normativa sobre técnicas de reproducción asistida», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 1, 2001, pp. 7-28.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho Civil*, Gráficas Mariscal, Madrid, 1970, p. 17.
- DE DOMINGO, T., «La teoría de la justicia del neoconstitucionalismo: los derechos fundamentales como núcleo del bien común», en MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L. y DE DOMINGO, T., *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Comares, Granada, 2011.
- DE DOMINGO, T. «El problema de la Drittwirkung de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho», *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 11, 2002, pp. 251-290.
- DE DOMINGO, T., *¿Conflictos entre derechos fundamentales?: un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*, CEPC, Madrid, 2001.
- DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J., *Curso de Derecho Constitucional español*, vol. II, Universidad Complutense, Madrid, 1993.
- DE ESTEBAN J. y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J., *Curso de Derecho Constitucional español*, , Universidad Complutense, Madrid, 1992.
- DE ESTEBAN, J. (Dir.), *Normas Políticas de España*, Tecnos, Madrid, 1983.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, T., «Derecho público, derecho privado y derechos fundamentales», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 34, 2013, pp. 1-66.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, T., *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1981.
- DE LA VEGA BENAYAS, C., *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil*, Civitas, Madrid, 1976.
- DE LA VILLA GIL, L. E., «El concepto de ‘trabajador’ (En torno al artículo 1)», *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo. El Estatuto de los trabajadores veinte años después*, nº 100, Tomo I, 2000, pp. 37-60.
- DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2.^a ed., Ariel, Barcelona, 1988.
- DE PÁRAMO ARGÜELLES, J., «Razonamiento jurídico e interpretación constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 22, 1988, pp. 91-122.
- DE TOCQUEVILLE, A., *La democracia en América*, 2, El Cid Editor, Buenos Aires, 2005.

- DE VEGA GARCÍA, P., «Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)», en PÉREZ LUÑO, A. E. (Coord.), *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- DE VEGA GARCÍA, P., «La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social», en CORCUERA ATIENZA, J. y GARCÍA HERRERA, M. A. (Ed.), *Derecho y economía en el estado social*, Tecnos, Madrid, 1988.
- DE VICENTE PACHÉS, F., *El derecho del trabajador al respeto de su dignidad*, Consejo Económico Social, Madrid, 1998.
- DEL REY GUANTER, S., «Sobre el futuro del trabajo: modalidades de prestaciones de servicios y cambios tecnológicos», *IUSLabor*, nº 2, 2017.
- DEL REY GUANTER, S., «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, 1995, pp. 181-212.
- DEL VALLE VILLAR, J. M., «El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo en el ordenamiento laboral español», en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (Coord.), *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 157-184.
- DEL VALLE VILLAR, J. M., «El derecho a la intimidad de trabajador durante la relación de trabajo», *Actualidad Laboral*, nº 3, 1991, pp. 485-506.
- DELGADO PINTO, J., «La función de los derechos humanos en un régimen democrático», en MUGUERZA, J. y PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (Coord.), *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989.
- DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A. B., «Protección de datos y contrato de trabajo», *Justicia Laboral*, nº 46, 2011, pp. 13-66.
- DÍAZ CREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, Reus, Madrid, 2009.
- DÍAZ REVORIO, F. J., «Derecho de la información en la recogida de datos. Una perspectiva constitucional», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 433-454.
- DÍAZ REVORIO, F. J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- DÍAZ RODRÍGUEZ, H. E., «Tecnologías de la información y comunicación y crecimiento económico», *Economía Informa*, nº 405, julio-agosto, 2017, pp. 30-45.
- DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8.ª ed., Taurus, Madrid, 1991.
- DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *Las Organizaciones internacionales*, 14.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.
- DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, 4.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2013.
- DÍEZ-PICAZO, L., «La Ley y la potestad normativa privada», en LÓPEZ PINA, A., *Democracia representativa y parlamentarismo*, Servicio de Publicaciones del Senado, Madrid, 1994, pp. 81-87.
- DONATO RAMÍREZ, M. A., «Sobre el Derecho fundamental a la intimidad. Breves reflexiones jurídicas», en LÓPEZ ORTEGA, J. J. (Dir.), *El derecho a la intimidad. Nuevos y viejos debates*, Dykinson, Madrid, 2017.

- DORADO FRÍAS, F., «El pluralismo político en la Constitución española», en VV. AA., *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. I, Ministerio de Justicia-Secretaría General Técnica, Madrid, 1988.
- DUEÑAS HERRERO, L. J., «The necessary recovery of social dialogue to address regulation of the impact of new technologies on workers' rights», *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 4, nº 2, 2019, pp. 111-123.
- DURÁN CARDO, B., «Responsable del tratamiento (Comentario al Artículo 4.7 RGPD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de datos y a la Ley Orgánica de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- DURÁN CARDO, B., *La figura del responsable en el derecho a la protección de datos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- DURÁN LÓPEZ, F., «Artículo 18.-Inviolabilidad de la persona del trabajador», en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IV, Edersa, Madrid, 1983.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, 2.ª ed., Ariel, Barcelona, 1989, trad. GUASTAVINO, M.
- ECHEVARRÍA DE RADA, M.ª T., «Protección de datos y Videovigilancia en el ámbito laboral», *Actualidad Civil*, nº 9, 2019.
- ECHEVERRÍA, J., *Telópolis*, 2.ª ed., Destino, Barcelona, 2000.
- EMBED IRUJO, A., «El TC y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado», *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 25, 1980, pp. 191-206.
- ESCOBAR ROCA, G., «Indivisibilidad y derechos sociales: de la declaración universal a la Constitución», *Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, nº 2, 2012, pp. 47-61.
- ESTRADA, A. J., *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.
- FARIÑAS MATONI, L. M.ª, *El derecho a la intimidad*, Trivium, Madrid, 1983.
- FELIZ-MURIAS, T., y RICOY M.ª C., «La tableta: fascinación por el aprendizaje ubicuo», en VÁZQUEZ-CANO, E. y SEVILLANO GARCÍA, M. L. (Ed.), *Dispositivos digitales móviles en educación: el aprendizaje ubicuo*, Narcea Ediciones, 2015, pp. 85-104.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (Coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 3.ª ed., Dilex, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, Madrid, 1991.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 39, 1993, pp. 195-247.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.
- FERNÁNDEZ, M.ª E., «Los derechos humanos de segunda y tercera generación», en MEGÍAS QUIRÓS, J. J. (Coord.), *Manual de derechos humanos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- FERNÁNDEZ-GALIANO, A. y otro, *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Universitas, Madrid, 1993.

- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación: los derechos educativos en la Constitución española*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988.
- FERRAJOLI, L., «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», en FERRAJOLI, L. y otros, *Un debate sobre el constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 10.ª ed., Trotta, Madrid, 2011, trad. ANDRÉS IBÁÑEZ, P. y otros.
- FERRAJOLI, L., «Los derechos fundamentales», en DE CABO, A. y PISARELLO, G. (Ed.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4.ª ed., Trotta, Madrid, 2009.
- FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2002.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, trad. ANDRÉS IBÁÑEZ, P. y GREPPI, A.
- FERRER I RIBA, J. y SALVADOR CODERCH, P., «Asociaciones, democracia y “drittwirkung”», en SALVADOR CODERCH, P. (Coord.), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Civitas, Madrid, 1997.
- FONSECA MORILLO, F., «La gestación y el contenido de la Carta de Niza», en MATIA PORTILLA, F. J. (Dir.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002.
- FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Biblioteca Nueva, 2012, trad. GARZÓN DEL CAMINO, A.
- FREIXES SANJUÁN, T., *Constitución y derechos fundamentales. I-Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978*, PPU, Barcelona, 1992.
- GABILONDO, Á., «Sociedad y globalización: lo singular, lo plural y lo común», en VV. AA., *Sociedad y globalización en el siglo XXI: retos y dilemas*, Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras, Vitoria-Gasteiz, 2008, pp. 198-211.
- GALA DURÁN, C. y ROIG BATALLA, A., «El uso de las etiquetas de identificación y radiofrecuencia en las empresas ¿un nuevo riesgo para los derechos de los trabajadores?», *Actualidad laboral*, nº 8, 2010, p. 1.
- GALLARDO MOYA, R., «Un límite a los límites de la vida privada y la correspondencia en los lugares de trabajo. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017 en el caso Bârbulescu II c. Rumanía», *Revista de Derecho social*, nº 79, julio-septiembre, 2017, pp. 141-156.
- GALLARDO, L., GONZÁLEZ, C., TAPIA, F., «Sistemas ERP: importancia de sus aplicaciones en la gestión empresarial», *Seminario para optar al título de Ingeniero en Información y Control de Gestión*, 2003.
- GARCÍA AMADO, J. A., «Los derechos de los trabajadores en la Constitución: una lectura», en BETEGÓN CARRILLO, J. y otros (Coord.), *Constitución y derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2004, pp. 819-854.
- GARCÍA COCA, O., «Algunas cuestiones sobre las posibilidades y limitaciones de supervisión del ordenador del trabajador por parte del empleador», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 34, 2014, pp. 113-130.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 2006.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Civitas, Madrid, 1981.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma jurídica*, Civitas, Madrid, 1981.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho del Trabajo*, Ariel, Barcelona, 1990.
- GARCÍA GUERRERO, J. L., «Los embates de la globalización a la democracia», en GARCÍA GUERRERO, J. L. y MARTÍNEZ ALARCÓN, M.^a L. (Dir.), *Constitucionalizando la globalización*, vol. II, Tomo II, Tirant lo Blanch, 2019, p. 1335-1372.
- GARCÍA MURCIA, J. Y RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «La protección de datos personales en el ámbito del trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo», *Revista Española de derecho del Trabajo*, nº 216, 2019, pp. 19-64.
- GARCÍA NINET, J. I. (Dir.), *Derecho del trabajo*, 8.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ-BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La drittwirkung en la jurisprudencia del TC*, Civitas, Madrid, 1986.
- GARCÍA-ATANCE Y GARCÍA MORA, M.^a V. y otros, *Derecho Constitucional III. Derechos y Libertades*, Colex, Madrid, 2003.
- GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2.^a ed., Alianza, Madrid, 1985.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., «La protección de datos se come a la intimidad: la doctrina de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de septiembre de 2017 (caso Bărbulescu v. Rumania; nº 61496/08; Gran Sala)», *Revista de Información Laboral*, nº 10, 2017.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Manual de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- GARRIDO FALLA, F., «Artículo 10», en GARRIDO FALLA, F., (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980.
- GARRIDO GÓMEZ, M.^a I., «La relación entre los derechos fundamentales y el poder», *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 10, 2009, pp. 5-28.
- GARRIDO GÓMEZ, M.^a I., *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*, Dilex, Madrid, 2007.
- GARRIDO MORENO, A. y PADILLA MELÉNDEZ, A., «El CRM como estrategia de negocio desarrollo de un modelo de éxito y análisis empírico en el sector hotelero español», *Revista europea de dirección y economía de la empresa*, vol. 20, nº 2, 2011, pp. 101-118.
- GARRORENA MORALES, Á., *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, 3.^a ed., CEPC, Madrid, 2014.
- GARRORENA MORALES, Á., *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.
- GAVARA DE CARA, J. C., «La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales», *Teoría y Realidad constitucional*, nº 20, 2007, pp. 277-320.
- GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, CEPC, Madrid, 1994.

GIERKE, O. V., *Las raíces del contrato de servicios*, 1.ª ed., Civitas, Madrid, 1982, trad. y comentarios BARREIRO GONZÁLEZ, G.

GIL GONZÁLEZ, E., *Big Data, privacidad y protección de datos*, Agencia Estatal de Protección de datos, Madrid, 2016.

GIL Y GIL, J. L., *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.

GIMBERNAT, J. A., «Consideraciones histórico-argumentativas para la fundamentación ética de los derechos humanos», en MUGUERZA, J. y PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989.

GODED MIRANDA, M., «Un ensayo sobre los desiguales conceptos del principio de igualdad», en VV. AA., *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. I, Ministerio de Justicia-Secretaría General Técnica, Madrid, 1988.

GOIG MARTÍNEZ, J. M., «La OCDE en un contexto de globalización. Su influencia en la política económica mundial: en influjo de la OCDE en España», en GARCÍA GUERRERO, J. L. y MARTÍNEZ ALARCÓN, M.ª L. (Dir.), *Constitucionalizando la globalización*, vol. II, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1233-1287.

GÓMEZ HIDALGO, J. M.ª y otros, «Las tecnologías de los motores de búsqueda del futuro», *DYNA*, vol. 82, nº 8, noviembre, 2007, pp. 401-410.

GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad del legislador. Una realidad susceptible de control*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

GÓMEZ TORRES, C. J., «El abuso de los derechos fundamentales», en PÉREZ LUÑO, A. E. (Ed.), *Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema*, Universidad de Sevilla, 1979.

GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *Louis Blanc y los orígenes del socialismo democrático*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1989.

GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. y SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. A., *Curso de Derecho Internacional Público*, 7.ª ed., Civitas, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ GAITANO, N., *El deber de respeto a la intimidad*, EUNSA, Pamplona, 1990.

GONZÁLEZ PÉREZ, F. F., «Los derechos colectivos de representación y reunión en la empresa, en el Estatuto del Trabajador», *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Extremadura), nº 1, 1982.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, 3.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1980.

GONZÁLEZ RIVAS, J. J., *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional (1980-2005)*, Thomson-Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

GONZÁLEZ RIVAS, J. J., «IX Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado sobre el tema: ‘Título Preliminar de la Constitución’», en VV. AA., *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. I, Ministerio de Justicia-Secretaría General Técnica, Madrid, 1988.

GOÑI SEIN, J. L., «El derecho a la privacidad en el uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral (Comentario al artículo 87 LOPDGD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al*

Reglamento General de Protección de datos y a la Ley Orgánica de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 4041-4072.

GOÑI SEIN, J. L., «El derecho a la privacidad frente al uso de los dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo (Comentario al artículo 89 LOPDGDD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de datos y a la Ley Orgánica de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 4127-4162.

GOÑI SEIN, J. L., «La protección de las comunicaciones electrónicas del trabajador: la doctrina del Tribunal de Estrasburgo y la jurisprudencia constitucional», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 40, 2018, pp. 12-26.

GOÑI SEIN, J. L., «VÍdeo vigilancia empresarial mediante cámaras ocultas. Su excepcional validez como control defensivo "ex post"», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 47, 2018, pp. 74-81.

GOÑI SEIN, J. L., «Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derecho de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016», *Revista de Derecho Social*, nº 78, 2017, pp. 15-42.

GOÑI SEIN, J. L., «Inviolabilidad de la persona del trabajador», en GOERLICH PESET, J. M.^a (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GOÑI SEIN, J. L., «Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2016, de 3 de marzo. Instalación de cámaras de videovigilancia para la obtención de pruebas y deber de información previa», *Ars Iuris Salmanticensis: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. 4, nº 2, 2016, pp. 288-291.

GOÑI SEIN, J. L., «Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos», *Justicia laboral: revista de derecho del trabajo y de la seguridad social*, agosto, 2009, pp. 11-58.

GOÑI SEIN, J. L., *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988. ALONSO OLEA, M., *El estatuto de los trabajadores: texto, comentarios, jurisprudencia*, 4.^a ed., Civitas, Madrid, 1995.

GRACIA GARCÍA, D., «El impacto de la privacidad en los sistemas biométricos de control de acceso y horario laboral tras el Dictamen 63/2018 de la Autoridad Catalana de Protección de Datos», *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, nº. 8, 2019, pp. 56-65.

GUASTINI, R., «Principios de Derecho y discrecionalidad judicial», *Jueces para la democracia*, nº 34, 1999, trad. ANDRÉS IBAÑEZ, P.

GUERRA RODRÍGUEZ, L., «Ejercicio del poder de control a través de cámaras de videovigilancia: análisis de la doctrina constitucional», *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 29, 2017, pp. 11.

GUILLÓ SÁNCHEZ-GALIANO, A., «Intimidad y familia», en BALADO RUIZ-GALLEGOS, M. (Coord.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Bosch, 1998, pp. 415-442.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

GUTIÉRREZ PÉREZ, M., *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, Laborum, Murcia, 2011.

- HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Dykinson, Madrid, 2003, trad. BRAGE CAMAZANO, J.
- HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998.
- HARTLEY, J. F. y STEPHENSON, G. (Comps.), *Relaciones laborales: la psicología de la influencia y del control en el trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, trad. CIFUENTES CASTRO, I.
- HERNÁNDEZ GIL, A., «Sistema de valores en la Constitución», en LÓPEZ PINA, A. (Ed.), *La Constitución de la monarquía parlamentaria*, Fondo de Cultura Económica, 1983.
- HERNÁNDEZ GIL, A., *El cambio político español y la Constitución*, Planeta, Madrid, 1982.
- HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor, intimidad y propia imagen*, 2.ª ed., Coolex, Madrid, 1994.
- HESSE, K., *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1995, trad. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I
- HILTON, R., *La transición del feudalismo al capitalismo*, Crítica, Barcelona, 1977, trad. BERGADÀ, D.
- HOBBES, T., *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Alianza, Madrid, 2009, trad. MELLIZO, C.
- HOBBES, T., *Leviatán*, 2.ª ed., Editora Nacional, Madrid, 1983, trad. ESCOHOTADO, A.
- HOERSTER, N., *En defensa del positivismo jurídico*, Gedisa, Barcelona, 1992, trad. SEÑA, J. M.
- HOFFMAN-RIEM, W., *Big Data. Desafíos también para el Derecho*, Civitas, Madrid, 2018, trad. KNÖRR ARGOTE, E.
- HUIDOBRO MOYA, J. M., «La tecnología de proximidad NFC», *Antena de telecomunicación*, nº 183, septiembre, 2011, pp. 64-66.
- IGUALADA MENOR, Á., «El Registro de Actividades de tratamiento en el Reglamento General de Protección de Datos (Comentario al artículo 30 RGPD y al artículo 31 y a la Disposición Final Undécima uno LOPDGDD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de datos y a la Ley Orgánica de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1903-1922.
- IRURZUN MONTORO, F., «La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una aproximación a la práctica española», en QUERALT JIMÉNEZ, A. (Ed.), *El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., «El legislador de los derechos fundamentales», en GÓMEZ ÁLVAREZ, U. (Coord.), *Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993.
- JIMÉNEZ MARTÍN, P. y Sánchez ALLENDE, J., «De Eliza a Siri, la evolución», *Revista Tecnología@ y desarrollo*, nº 13, 2015.
- KAHN-FREUND, O., *Trabajo y Derecho*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, trad. GALIANA MORENO, J. M.
- KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las Costumbres*, Ariel, Barcelona, 1996.

- KELSEN, H., *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988, selección y presentación RUIZ MANERO, J.
- KRIELE, M., *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional democrático*, DePalma, Buenos Aires, 1980, trad. BULYGIN, E.
- LACALLE NORIEGA, M., *La persona como sujeto de derecho*, Dykinson, Madrid, 2013.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de Derecho Civil I. Parte General: Personas*, vol. 2, 4.^a ed., Dykinson, Madrid, 2004.
- LAPORTA, F. J., «Sobre el uso del término ‘libertad’ en el lenguaje político», *Sistema: revista de ciencias sociales*, n° 52, 1983, pp. 23-44.
- LASAGABASTER HERRARTE, I., «Los derechos humanos en la Unión Europea: derecho positivo y vigencia práctica, deseo y realidad», en ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dir.), *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- LASAGABASTER HERRARTE, I., «Preámbulo: La Declaración Universal de los Derechos Humanos: un mito a preservar y repensar», en ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dir. Coord.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos: ayer, hoy y mañana*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- LEIBHOLZ, G., *Conceptos fundamentales de la política y teoría de la Constitución*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964.
- LESSIG, L., *El código y otras leyes del ciberespacio*, Taurus, 2001, trad. ALBEROLA, E.
- LLÁCER MATA CÁAS, M.^a R., *La autorización al tratamiento de información personal en la contratación de bienes y servicios*, Dykinson, Madrid, 2012.
- LLAMAS CASCÓN, A., *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Universidad Carlos III/BOE, Madrid, 1993.
- LLAMOSAS TRAPAGA, A., *Relaciones laborales y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación: una relación fructífera no exenta de dificultades*, Dykinson Madrid, 2015.
- LLUIS Y NAVAS, J., «Las comunidades de bienes ante el Derecho Laboral», *Revista Técnico Laboral*, vol. VII, n° 23, 1985.
- LOCKE, J., *Carta sobre la tolerancia*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 1994, trad. BRAVO GALA, P.
- LOCKE, J., *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid, 1969, trad. LÁZARO ROS, A.
- LOCKE, J., *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Tecnos, Madrid, 2010, trad., MELLIZO, C.
- LÓPEZ CALVO, J. (Coord.), *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos. Adaptado al Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de 10 de noviembre de 2017*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- LÓPEZ CALVO, J., *Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos*, Sepín, Madrid, 2017.
- LÓPEZ GUERRA, L. y otros, *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional, derechos y deberes de los ciudadanos*, 10.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- LÓPEZ GUERRA, L., «La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en LÓPEZ GUERRA, L. y SAIZ ARNAIZ, A. (Dir.), *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos*, Palestra, Lima, 2015.

- LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M., *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución española*, Comares, Granada, 1996.
- LOY, G., *El derecho del trabajo según Sancho Panza*, Sinca, Madrid, 2009.
- LUCAS VERDÚ, P., «Artículo 1.º: Estado Social y Democrático de Derecho», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Preámbulo y artículos 1 a 9*, Tomo I, Edersa, Madrid, 1996.
- LUCAS VERDÚ, P., *El sentimiento constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*, Reus, Madrid, 1985.
- LUCAS VERDÚ, P., *Estimativa y política constitucionales*, Universidad Complutense, Madrid, 1984.
- LUCAS VERDÚ, P., «Los título preliminar y primero de la Constitución y la interpretación de los derechos fundamentales», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº Extra 2, 1979, pp. 9-38.
- MACPHERSON, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo: de Hobbes a Locke*, Trotta, Madrid, 2005, trad. CAPELLA, J-R.
- MADRID CONESA, F., *Derecho a la intimidad. Informática y Estado de Derecho*, Universidad de Valencia, Valencia, 1984.
- MANDER, J., *En ausencia de lo sagrado. El fracaso de la tecnología y la supervivencia de las naciones indígenas*, Cuatro Vientos, Santiago de Chile, 1994, trad. MEDINA, E. y CORREA, P.
- MARIA MASTINU, E., «La procedimentalización sindical del ejercicio de los poderes y prerrogativas del empresario», en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.), M., *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005.
- MARKUS, M. L., «New games, new rules, new scoreboards: the potencial consequences on big data», *Journal of information technology*, nº 30, 2015, pp. 58-59.
- MARQUÈS, P. y MAJÓ, J., *La revolución educativa en la era Internet*, CISSPraxis, Barcelona, 2002.
- MARTÍN CUBAS, J., «Garantías de los Derechos Humanos (II)», en DURÁN Y LALAGUNA, P. (Coord.), *Manual de derechos humanos*, Comares, Granada, 1993.
- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 25.ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.
- MARTÍN VALVERDE, A., «El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Política Social*, nº 137, 1983, pp. 105-167.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Tecnos, Madrid, 2001.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Derechos humanos: historia, fundamento y realidad*, Egido, Zaragoza, 1997.
- MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, B., «La intimidad exteriorizada: un bien jurídico a proteger», *DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 13, 1993, pp. 191-214.
- MARTÍNEZ FONS, D., «Uso y control de las tecnologías de la información y comunicación en la empresa», *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, 2002, pp. 1311- 1344.
- MARTÍNEZ FONS, D., *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Consejo Económico y Social de España, 2002.

- MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M., *Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Un reto en clave de diálogo judicial y constitucionalismo nivel en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MARTÍNEZ RAMÍREZ, J. M., «Derechos y deberes laborales (En torno a los artículo 4 y 5)», *Civitas. Revista Española del Derecho del Trabajo, El Estatuto de los trabajadores veinte años después*, nº 100, Tomo I, 2000.
- MARTÍNEZ RANDULFE, F., «Derecho a la intimidad y relación de trabajo: aproximaciones», en LOUSADA AROCHENA, F. y MOVILLA GARCÍA, M. (Coord.), *Derechos fundamentales y contrato de trabajo, las Jornadas de Outono de Dereito Social*, Comares, Granada, 1998, pp. 45-64.
- MARTÍNEZ, R., «El delegado de protección de datos», en RALLO LOMBARTE, A. (Coord.), *Tratado de protección de datos: actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 431-458.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 1997.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., «Hacia un concepto constitucional de persona», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Furió Ceriol*, nº 11-12, 1995, pp. 135-153.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Los derechos fundamentales y la Constitución a los veinticinco años», *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, nº 0, 2004, pp. 33-58.
- MARTÍN-RETORTILLO, L. y DE OTTO Y PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1992.
- MARTOS, N., «Principios (Arts. 6-11)», en LÓPEZ CALVO, J. (Coord.), *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos. Adaptado al Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de 10 de noviembre de 2017*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- MASUDA, Y., *La sociedad informatizada como sociedad post-industrial*, Fundesco, Madrid, 1984, trad. OLLERO, J.
- MAURER, B., *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention Européenne des droits de l'homme*, La Documentation Française, Paris, 1999.
- McCRUDDEN, C., «Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights», *European journal of international law*, vol. 19, nº 4, 2008, pp. 655-724.
- MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Mc Graw Hill, Madrid, 1996.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, E. M.^a, «Globalización de la información», en CARIDAD SEBASTIÁN, M. (Dir.), *La Sociedad de la Información. Política, Tecnología e Industria de los contenidos*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, pp. 59-110.
- MENÉNDEZ, L., «¿Qué son las ‘cookies’?», *Escritura Pública*, nº 82, 2013, pp. 16-18.
- MERCADER UGUINA, J. R., «Aspectos laborales de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre: una aproximación desde la protección de datos», *Trabajo y derecho*, nº 52, 2019.
- MERCADER UGUINA, J. R., *Protección de datos y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales*, Francis-Lefebvre, Madrid, 2019.
- MERCADER UGUINA, J. R., «Protección de datos y relaciones laborales: apuntes prácticos sobre la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 41, 2018, pp. 113-126.

- MERCADER UGUINA, J. R., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 6.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MERCADER UGUINA, J. R., «Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?», *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, 2001, pp. 665-686.
- MESONERO-ROMANOS, R. y MUÑOZ GONZÁLEZ, M., «Protección de datos y relaciones laborales en el Reglamento General de Protección de Datos», en PIÑAR MAÑAS, J. L. (Dir.), *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016, pp. 621-636.
- MILL, J. S., *Sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1996, trad. DE AZCÁRATE, P.
- MILLÁN PUELLES, A., *Persona humana y justicia social*, 5.^a ed., Rialph, 1982.
- MIRALLES LÓPEZ, R., «Protección de datos desde el diseño y por defecto (Comentario al art. 25 RGPD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1813-1818.
- MOLERO MANGLANO, C., «Inviolabilidad de la persona del trabajador (art. 18)», *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 100, 1, 2000, pp. 543-554.
- MOLINA NAVARRETE, C., «Poder de geolocalización, intimidad y autodeterminación digital en las relaciones de trabajo: ¿un nuevo orden eficaz de garantías y límites?», *Diario La Ley*, nº 9319, Sección Tribuna, 2018.
- MOLINA NAVARRETE, C., «El poder empresarial de control digital: ¿«Nueva doctrina» del TEDH o mayor rigor aplicativo de la precedente? A propósito de la STEDH de 5 de septiembre, caso Barbulescu c. Rumanía», *IUSLabor*, nº 3, 2017, pp. 287-297.
- MOLINA NAVARRETE, C., «Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales: el paradigma de “Drittwirkung” laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 3, 1991, pp. 63-104.
- MONEREO PÉREZ, J. L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Bomarzo, Albacete, 2009.
- MONEREO PÉREZ, J. L., «Estudio Preliminar. Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho», en GALLART FOLCH, A., *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo*, Comares, Granada, 2000.
- MONEREO PÉREZ, J. L., «Aspectos generales», en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998, pp. 28-34.
- MONTORO PUERTO, M., «Anotaciones en torno a la responsabilidad de los poderes públicos», en VV. AA., *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. I, Ministerio de Justicia-Secretaría General Técnica, Madrid, 1988.
- MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 31.^a ed., Tecnos, Madrid, 2010.
- MONTOYA MELGAR, A., «Nuevas tecnologías y buena fe contractual (Buenos y malos usos del ordenador en la empresa)», *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, 2009, pp. 185-200.
- MONTOYA MELGAR, A., «Artículo 20. Dirección de la actividad laboral», en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo V, Edersa, Madrid, 1985.

- MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1965.
- MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 37.ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.
- MORALES PRATS, F., *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Destino, Barcelona, 1984.
- MUELLE GÓNGORA, E., *Derechos Humanos en el derecho internacional*, Författares Bokmaskin, Suecia, 1997.
- MUMFORD, L., *Técnica y civilización*, Alianza, Madrid, 2002, trad. AZNAR DE ACEVEDO, C.
- MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Diccionario del español jurídico*, Espasa, Barcelona, 2016.
- MUÑOZ ONTIER, J., «Disposiciones generales (Arts. 1-5)», en LÓPEZ CALVO, J. (Coord.), *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos. Adaptado al Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de 10 de noviembre de 2017*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- MURILLO DE LA CUEVA, P. L. y PIÑAR MAÑAS, J. L., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- MURILLO DE LA CUEVA, P. L., *El derecho a la autodeterminación informativa: la protección de los datos personales frente al uso de la informática*, Tecnos, Madrid, 1990.
- NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, 10.ª ed., Ariel, Barcelona, 2001
- NINO, C. S., *Ética y derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984.
- NOAIN SÁNCHEZ, A., «La privacidad como integridad contextual y su aplicación a las redes sociales», *Zer: Revista de estudios de comunicación/Komunikazio ikasketen aldizkaria*, nº 39, 2015, pp. 163-175.
- NOYA, J. y RODRÍGUEZ, B., *Teorías sociológicas de la globalización*, Tecnos, Madrid, 2010.
- OJEDA-AVILÉS, A., «Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato», *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, nº 195, 2007, pp. 13-24.
- OLIVERAS I JANÉ, N., «Los tratados internacionales y las fuentes del derecho comunitario», en APARICIO, PÉREZ, M. A. y BARCELÒ I SERRAMALERA, M. (Coord.), *Manual de Derecho constitucional*, 2.ª ed., Atelier, Barcelona., 2012.
- OLLERO TASSARA, A., *¿Tiene razón el Derecho?*, 2.ª ed., Congreso de los Diputados, Madrid, 2006.
- OLLERO TASSARA, A., *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989.
- OROZCO PARDO, G. y MORENO NAVARRETE, M. A., «Comentario al artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el contexto de la sociedad de la información», en BAUZÁ REILLY, M. y BUENO DE MATA, F. (Coord.), *El derecho en la sociedad telemática: estudios en homenaje a Valentín Carrascosa López*, Andavira, Santiago de Compostela, 2012, pp. 87-128.
- ORTEGA CARRILLO, J. A., «Los medios digitales en educación», en ORTEGA CARRILLO, J. A., VICTORIA MAS, J. S., CRISTÓFOL RODRÍGUEZ, C. y MARTÍNEZ RODRIGO, S., *Publicidad, educación y nuevas tecnologías*, Ministerio de Educación, 2011.

- ORTI VALLEJO, A., *Derecho a la intimidad e informática: tutela de la persona por el uso de ficheros y tratamientos informáticos de datos personales, particular atención a los ficheros de titularidad privada*, Comares, Granada, 1994.
- ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C., «Facultades empresariales de control, TICs y privacidad del trabajador», *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 37, 2015, pp. 41-72.
- ORTIZ PRADILLO, J. C., «Informática y derechos fundamentales: hacia un derecho fundamental a la confidencialidad e integridad de los equipos informáticos», en BAUZÁ REILLY, M. y BUENO DE MATA, F. (Coord.), *El derecho en la sociedad telemática: estudios en homenaje a Valentín Carrascosa López*, Andavira, Santiago de Compostela, 2012, pp. 57-86.
- PABÓN DE ACUÑA, J. M.^a, «La llamada “Drittwirkung” de los derechos fundamentales», en VV. AA., *Poder judicial*, vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.
- PACE, A., *Problematika delle libertà costituzionali, Parte Generale*, 3.^a ed., CEDAM, 2003.
- PACHECO ZERGA, L., *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.
- PALOMEQUE LÓPEZ M. C., *Derecho del Trabajo*, 20.^a ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2012.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 18.^a ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2010.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Derecho sindical*, 5.^a ed., Tecnos, Madrid, 1994.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Los derechos laborales en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: las comunidades de bienes», *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, nº 2, 1980, pp. 217-232.
- PARDO TORÍO, J. L., *La intimidad*, Pre-textos, Valencia, 1996.
- PAREJO ALFONSO, L. J., «Constitución y valores del ordenamiento», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (Coord.), *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. I, Civitas, Madrid, 1991, pp. 29-134.
- PAREJO ALFONSO, L. J., «El derecho fundamental a la intimidad» en SAUCA, J. M.^a (Ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III/BOE, Madrid, 1994.
- PAREJO ALFONSO, L. J., *Constitución y valores del ordenamiento*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- PAREJO ALFONSO, L. J., *Estado social y administración pública: los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1986.
- PAREJO ALFONSO, L. J., «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 3, 1981, pp. 169-190.
- PASCUAL HUERTA, P., «El derecho a la limitación del tratamiento (Comentario al artículo 18 RGPD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de datos y a la Ley Orgánica de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1605-1632.
- PASCUAL HUERTA, P., «El derecho de rectificación (Comentario al artículo 16 RGPD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de datos y a la*

Ley Orgánica de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1529-1556.

PASCUAL LAGUNAS, E., *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2009.

PASCUALI, A., *Comprender la comunicación*, Monte Ávila Editores, Caracas, 1979.

PASTOR RIDRUEJO, J. A., «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ P. A., (Coord.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid, 2009.

PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*, 18.^a ed., Tecnos, Madrid, 2014.

PECES-BARBA DEL BRIO, G., *Derechos fundamentales*, 4.^a ed., Universidad Complutense, Madrid, 1983.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, 2.^a ed., Dykinson, 2003.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III/BOE, Madrid, 1999.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (Dir.), *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Tránsito a la Modernidad Siglos XVI y XVII*, Dykinson, Madrid, 1998.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Los valores superiores», en VV. AA., *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. I, Ministerio de Justicia-Secretaría General Técnica, Madrid, 1988.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.

PECES-BARBA, G. y PRIETO SANCHÍS, L., *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y Política*, Fernando Torres, Valencia, 1981.

PEDRAJAS MORENO, A., *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, Trotta, Madrid, 1992.

PÉREZ CANET, A., «De nuevo, sobre la videovigilancia como medida de control de la actividad laboral», *Revista de información laboral*, nº 1, 2018, pp. 55-63.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, P., «El trabajo subordinado como tipo contractual», *Documentación laboral*, nº 39, 1993, pp. 29-48.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2013.

PÉREZ LUÑO, A. E., «El derecho ante las nuevas tecnologías», en BAUZÁ REILLY, M. y BUENO DE MATA, F. (Coord.), *El derecho en la sociedad telemática: estudios en homenaje a Valentín Carrascosa López*, Andavira, Santiago de Compostela, 2012, pp. 129-137.

- PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10.^a ed., Tecnos, Madrid, 2010.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Madrid, 2005.
- PÉREZ LUÑO, A. E., «Sobre la igualdad en la Constitución española», *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 4, 1987.
- PÉREZ LUÑO, «Estado de Derecho y derechos fundamentales», en PÉREZ LUÑO, A. E. (Ed.), *Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema*, Universidad de Sevilla, 1979.
- PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 12.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2010.
- PÉREZ VERA, E., «El Consejo de Europa y los derechos humanos», en CARDONA LLORENS, J. (Coord.), *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. IV, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2001.
- PINO, G., «Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos», FERRAJOLI, L. y otros, *Un debate sobre el constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- PIÑAR MAÑAS, J. L. y RECIO GAYO, M., *El derecho a la protección de datos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, La Ley, Madrid, 2018.
- PIÑAR MAÑAS, J. L. (Dir.), *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016.
- PIÑAR MAÑAS, J. L., «Protección de datos: origen, situación actual y retos de futuro», en MURILLO DE LA CUEVA, P. L. y PIÑAR MAÑAS, J. L., *El derecho a la autodeterminación...*, cit., 2009.
- POQUET CATALÁ, R., *El actual poder de dirección y control del empresario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- PORRAS RAMÍREZ, J. M., *Principio democrático y función regia en la Constitución normativa*, Tecnos, Madrid, 1995.
- POZZOLO, S., «Apuntes sobre “neoconstitucionalismo”», en FABRA ZAMORA, J. L., NÚÑEZ VAQUERO, A. (Coord.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.
- PRADOS DE REYES, F. J., «Nuevas tecnologías y derecho a la intimidad en el ámbito laboral», *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, nº 13, 2018.
- PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *El derecho a la protección de Datos en el contrato de trabajo. Adaptado al nuevo Reglamento 679/2016, de 27 de abril*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- PRIETO ÁLVAREZ, T., *La dignidad de la persona. Núcleo de moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- PRIETO SANCHÍS, L., «Nota sobre el concepto de derechos fundamentales» en SAUCA, J. M.^a (Ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III/BOE, Madrid, 1994.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- PRIETO SANCHÍS, L., «El sistema de protección de los derechos fundamentales: El artículo 53 de la Constitución española», *Anuario de Derechos Humanos*, nº 2, 1983, p. 367-425.
- PROWN, J. D., «Mind in Matter: An Introduction to Material Culture Theory and Method», *Winterthur Portfolio*, vol. 17, n.º 1, 1982, pp. 1-19.

- QUERALT JIMÉNEZ, A., «El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH», en GARCÍA ROCA, F. J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ P. A. (Coord.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid, 2009.
- QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2008.
- RADBRUCH, G., «Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes», en RADBRUCH, G., SCHMIDT, E. y WELZEL, H., *Derecho injusto y Derecho nulo*, Aguilar, Madrid, 1971, trad. RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.
- RALLO LOMBARTE, A. (Dir.), *Tratado de protección de datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- RALLO LOMBARTE, A., «De la “libertad informática” a la constitucionalización de nuevos derechos digitales (1978-2018)», *Revista de Derecho Político*, nº 100, 2017, pp. 639-669.
- RAMÍREZ BERASATEGUI, J., «La protección de datos como derecho fundamental», en FARRIOLS I SOLÁ, A. (Dir. y Coord.), *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, Ediciones Cinca, Madrid, 2006, p. 37-47.
- RAMOS QUINTANA, M., «El convenio colectivo como fuente del Derecho del Trabajo: alcance y nivel de protección del derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Anales de la facultad de Derecho*, nº 16, 1999, pp. 377-402.
- REBOLLO DELGADO, L., *Vida privada y protección de datos en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2014.
- REBOLLO DELGADO, L., *Introducción a la protección de datos*, Dykinson, Madrid, 2008.
- REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, 2.^a ed. Actualizada, Dykinson, Madrid, 2005.
- RECIO GAYO, M., «Nuevo dictamen del GT29 sobre tratamiento de datos en el trabajo: el interés legítimo», *Diario La Ley*, nº 8, Sección Ciberderecho, 2017.
- REMIRO BROTONS, A., *La acción exterior del Estado*, Tecnos, Madrid, 1984.
- REQUEJO ISIDRO, M., «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ámbito de aplicación», en RUIZ MIGUEL, C. (Coord.), *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004.
- REY PÉREZ, J., *El discurso de los derechos. Una introducción a los derechos humanos*, UPC, Madrid, 2011.
- RIVERO LAMAS, J., «Las relaciones entre la ley, el convenio colectivo y las manifestaciones de negociación informal», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 3, 1997, pp. 93-120.
- ROBLES, G., «Algunas precisiones en torno a los derechos humanos», en MEGÍAS QUIRÓS, J. J. (Coord.), *Manual de derechos humanos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- RODOLFO HERRERA, J., «Tecnología/ingeniería: un resumen de conceptos», *Ingeniería: Revista de la Universidad de Costa Rica*, vol. 21, nº 2, 2011, pp. 41-52.
- RODRIGO SAN JUAN, C., «Redes y conectividad», en CHAOS GARCÍA, D. y otros, *Introducción a la informática básica*, UNED, Madrid, 2017.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ A., «Diligencia de registro de dispositivos y Smartphones», en BUENO DE MATA, F. (Coord.), *FODERTICS 5.0: estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*, Comares, Granada, 2016, 255-263.

- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- RODRÍGUEZ MANCINI, J., *Derechos fundamentales y relaciones laborales*, Astrea, Buenos Aires, 2004.
- RODRÍGUEZ PUERTO, M. J., «Algunas precisiones en torno a los derechos humanos», en MEGÍAS QUIRÓS, J. J. (Coord.), *Manual de derechos humanos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- RODRÍGUEZ VERGARA DÍAZ, A., *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001.
- RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., «El Tribunal de Justicia y los derechos en la sociedad de la información: privacidad y protección de datos frente a libertades informativas», *Revista de Derecho Constitucional europeo*, nº 24, 2015.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «25 años de Derecho del Trabajo en *Relaciones Laborales*», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Tomo 2, 2010, pp. 343-376.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y BRAVO-FERRER, «Contrato de trabajo y autonomía del trabajador», en CRUZ VILLALÓN, J. (Ed.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 1999.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «El papel de la Ley en y tras la reforma del estatuto de los trabajadores», en CRUZ VILLALÓN, J. (Dir.), *Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., *La razón de los derechos*, Tecnos, Madrid, 1995.
- ROGEL VIDE, C., *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Real Colegio de España, Bolonia, 1985.
- ROMÁN DE LA TORRE, M.^a D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Grapheus, Valladolid, 1992.
- ROMEO CASABONA, C. M., «Datos personales (Comentario al Artículo 4.1 RGPD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de datos y a la Ley Orgánica de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 573-590.
- ROMEO CASANOVA, C. M.^a, «Seudonimización (Comentario al artículo 4.5 RGPD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de datos y a la Ley Orgánica de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 613-628.
- ROMEO CASABONA, C. M., *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.
- ROTH, A., KEARNS, M., *The Ethical Algorithm: The Science of Socially Aware Algorithm Design*, Oxford University Press, New York, 2019.
- ROUSSEAU, J. J., *El contrato social*, Nuevas Escrituras, Madrid, 2000, trad. DOPPELHEIM.
- RUBIO LLORENTE, F., «Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España», *Claves de Razón Práctica*, nº 75, 1997, pp. 2-10.

- RUBIO LLORENTE, F., *La forma de poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- RUBIO LLORENTE, F., «La Constitución como fuente del Derecho», en VV. AA, *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.
- RUIZ CASTILLO, M. del M. y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2013.
- RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995.
- RUIZ RUIZ, M. L., *Aplicaciones de los sistemas de radiofrecuencia y posicionamiento en la seguridad industrial*, Universidad de Córdoba, 2013.
- RUIZ RUIZ, R., «La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 10, 2006/2007.
- RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J. (colaboración de RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, I.), «Artículo 10: Derechos fundamentales de la persona», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Artículos 10 a 23*, Tomo II, Edersa, Madrid, 1997.
- SAIZ ARNAIZ, A., «La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución española)», en LÓPEZ GUERRA, L. y SAIZ ARNAIZ, A. (Dir.), *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos*, Palestra, Lima, 2015.
- SAIZ ARNAIZ, A., «De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: la declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», en LÓPEZ CASTILLO, A., SAIZ ARNAIZ, A. y FERRERES COMELLA, V., *Constitución española y Constitución Europea*, CEPC, Madrid, 2005.
- SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- SALA FRANCO, T. y LÓPEZ MORA, F., «Contrato de Trabajo», en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo I, Edersa, Madrid, 1990.
- SALAS, J., «Protección judicial ordinaria y recurso de amparo frente violaciones de libertades públicas», *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 27, 1980, pp. 553-562.
- SALAVERRÍA ALIAGA, R., «Tipología de los cibermedios periodísticos: bases teóricas para su clasificación», *Revista Mediterránea de Comunicación: Mediterranean Journal of Communication*, vol. 8, nº 1, 2017, pp. 19-32.
- SALAZAR UGARTE, P., «Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 34, 2011, pp. 289-310.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «Generalización tecnológica: efectos sobre las condiciones de trabajo y empleo», en *Conferencia Nacional Tripartita. El futuro del trabajo que queremos*, vol. II, OIT y MESS, Madrid, 2017.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.^a, SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.), *Derechos fundamentales inespecíficos y negociación colectiva*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «La incidencia de la globalización en las condiciones de trabajo y empleo: el caso de España», en MONTALVO ROMERO, J. (Coord.), *Trabajo y Empresa: perspectivas globales*, Arana, México, 2007.

SÁNCHEZ AGESTA, L. *Sistema político de la Constitución española de 1978. Ensayo de un sistema*, 7.ª ed., Edersa, Madrid, 1993.

SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema político de la Constitución española de 1978*, 5.ª ed., Edersa, Madrid, 1987.

SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Estudio sobre las libertades*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

SÁNCHEZ MEDINA, A., «Los derechos fundamentales en la religión, la ciencia-política y la legislación», en VV. AA, *Introducción a los derechos fundamentales. X Jornadas de estudio Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, vol. I, Ministerio de Justicia, 1988.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y CUADROS GARRIDO, M.ª E., «Autodeterminación informativa: un derecho en alza», *Revista Galega de Dereito Social*, nº 8, 2019, pp. 85-127.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «Poderes directivos y nuevas tecnologías», *Temas Laborales*, nº 138, 2017, pp. 163-184.

SANCHO VILLA, D., «Las decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles (Comentario al artículo 22 RGPD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de datos y a la Ley Orgánica de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1725-1746.

SANDOVAL FORERO, E. A., «Cibersocioantropología de comunidades virtuales», *Revista argentina de Sociología*, nº 9, 2007, pp. 64-89.

SANTAMARÍA RAMOS, F. J., «El derecho a la portabilidad: un nuevo derecho esencial en materia de protección de datos (Comentario al artículo 20 RGPD y al artículo 17 LOPDGDD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de datos y a la Ley Orgánica de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1655-1681.

SANTOS CORRAL, M. J., *Cien mil llamadas por el ojo de una aguja*, México, UNAM, Plaza y Valdés, 2000.

SANZ CABALLERO, S., «La contribución del Consejo de Europa al acervo de la Unión Europea en materia de Derechos Fundamentales: sinergias y divergencias de ambos sistemas», en FERNÁNDEZ SOLA, N. (Coord.), *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004.

SARABIA-SÁNCHEZ, F-J., AGUADO J-M. y MARTÍNEZ-MARTÍNEZ, I. J., «La paradoja de la privacidad en el entorno móvil: influencia de las emociones», *El profesional de la información*, vol. 28, nº 2, 2019.

SCHNEIDER, H. P., «Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», *Revista de Estudios Políticos*, nº 7, 1979, pp. 7-36.

SEMPERE SAMANIEGO, F. J., «La licitud del tratamiento. (Comentario al artículo 6 RGPD y al artículo 8 LOPDGDD y disposición adicional duodécima LOPDGDD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de datos y a la Ley Orgánica de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 925-944.

SERNA BERMÚDEZ, P. «Derechos fundamentales, el mito de los conflictos. Reflexiones teleológicas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información», *Humana Iura: suplemento de derechos humanos (Persona y derecho)*, nº 4, 1994, pp. 197-234.

SERRANO OLIVARES, R., «Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales», *IUS LABOR*, nº 3, 2018, pp. 216-229.

- SERRANO OLIVARES, R., «El derecho a la intimidad como derecho de autonomía personal en la relación laboral», *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 103, 2001, pp. 97-124.
- SEVERÍN CONCHA, J. P., *Derechos fundamentales en el trabajo y derecho internacional*, Universidad Complutense de Madrid, 2015.
- SMEND, R., *Constitución y Derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, trad. BENEYTO PÉREZ, J. M.^a
- SOLÓZABAL, J. J., *Nación y Constitución. Soberanía y autonomía en la forma política española*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004.
- SOLÓZABAL ECHAVARRÍA, J., «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», *Revista de Estudios Políticos*, nº 71, 1991, pp. 87-109.
- SOSA SACIO, J., «Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad», en SÁENZ DÁVALOS, L. (Coord.), *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, pp. 97-147.
- STEGER, M. B., *Globalización: una breve introducción*, Antoni Bosch editor, Barcelona, 2019, trad. SOLER CHIC, J.
- STERN, K., «El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 1, 1988, pp. 261-277.
- STIEGLER, B. *La Técnica y el Tiempo. El pecado de epimeteo*, Tomo I, Cultura Libre, Hondarribia, 2002.
- TALAVERA, P., «Historia de su nacimiento», en MEGÍAS QUIRÓS, J. J. (Coord.), *Manual de derechos humanos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, E., «Comentarios a las Disposiciones Finales Decimotercera y Decimocuarta de la LOPDGDD», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de datos y a la Ley Orgánica de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 4087-4106.
- TERRATS PLANEL, J. L., *El control de la legalidad de los Convenios Colectivos por parte de los Poderes Públicos*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- TOMÁS MALLEN, B. «La justificación de los derechos humanos», en DURÁN Y LALAGUNA, P. (Coord.), *Manual de derechos humanos*, Comares, Granada, 1993.
- TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de datos y a la Ley Orgánica de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de datos y a la Ley Orgánica de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- TRONCOSO REIGADA, A., «La seguridad en el tratamiento de datos personales (Comentario al artículo 32 RGPD y a la Disposición Adicional primera y Disposición Adicional decimoctava LOPDGDD)», TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de datos y a la Ley Orgánica de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1951-2008.
- TRONCOSO REIGADA, A., «Los principios relativos al tratamiento (Comentario al Artículo 5 RGPD y al artículo 4 LOPDGDD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de datos y a la Ley Orgánica de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 847-908.

TRUYOL Y SERRA, A., *Los Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1982.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I. y RIPOL CARULLA, S., *El Tribunal Constitucional en la encrucijada europea de los Derechos Fundamentales. Un análisis a partir del asunto Melloni y sus implicaciones*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2017.

URIOS MOLINER, S., «Garantías de los derechos humanos (I). La protección internacional de los Derechos Humanos», en DURÁN Y LALAGUNA, P. (Coord.), *Manual de derechos humanos*, Comares, Granada, 1993.

VALDÉS DAL-RÉ, F., «Doctrina constitucional en materia de videovigilancia y utilización del ordenador por el personal de la empresa», *Revista de Derecho social*, nº 79, 2017, pp. 15-36.

VALDÉS DAL-RÉ, F., *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Bomarzo, Albacete, 2016.

VALDÉS DAL-RÉ, F., «Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicación de su ejercicio», *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, 2003, pp. 69-76.

VALDÉS DAL-RÉ, F., «Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, 2003, p. 89-102.

VALDÉS DAL-RÉ, F., «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», en GÓMEZ ÁLVAREZ, U. (Coord.), *Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993.

VALDÉS DAL-RÉ, F., «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», en APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A. (Ed.), *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992.

VALERA SUANZES, J., «Algunas reflexiones sobre la soberanía popular en la Constitución española», *Revista Española de Derecho constitucional*, nº 36, 1992, pp. 71-104.

VAN BOVEN, T., «Criterios distintivos de los derechos humanos», en VASAK, K., (Ed.), *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, vol. I, Serbal/UNESCO, Barcelona, 1984.

VAN PARIJS, P., *Libertad real para todos: qué puede justificar el capitalismo*, Paidós, Barcelona, 1996, trad. ÁLVAREZ, J. F.

VARELA DÍAZ, S., «La idea del deber constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 4, 1982, pp. 69-98.

VÁZQUEZ, R., *Entre la libertad y la igualdad: introducción a la filosofía del derecho*, Trotta, Madrid, 2006.

VÁZQUEZ-CANO, E. y SEVILLANO GARCÍA, M. L. (Ed.), *Dispositivos digitales móviles en educación: el aprendizaje ubicuo*, Narcea Ediciones, 2015.

VENEGAS GRAU, M.^a, *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, y el principio de autonomía privada*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 2003.

VIDAL MARTÍNEZ, J., «La protección de la intimidad de la persona en el ordenamiento positivo español», *Revista de derecho privado*, Tomo II, 1980, pp. 755-774.

- VIDAL MARTÍNEZ, J., «Manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar», *Revista General del Derecho*, Tomo II, 1980, pp. 1162-1188.
- VILLÁN DURÁN, C., «La Declaración Universal de los Derechos Humanos en la práctica de las Naciones Unidas», en BLANC ALTEMIR, A. (Coord.), *La protección internacional de los Derechos Humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Tecnos, Madrid, 2001.
- VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Trotta, Madrid, 2002.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *La igualdad en la diversidad. Forma de Estado y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental a la protección de datos personales», en FARRIOLS I SOLÁ, A. (Dir. y Coord.), *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, Ediciones Cinca, Madrid, 2006, pp. 48-63.
- VILLENA HUERTA, K., «Videovigilancia y privacidad en las relaciones laborales: una reflexión a partir de la nueva regulación sobre protección de datos», en LANDA GOROSTIZA, J. M. (Dir.) y GARRO CARRERA, E. (Coord.), *Retos emergentes de los derechos humanos: ¿garantías en peligro?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 517-534.
- VV. AA., *Cambiar las gafas para mirar el mundo. Una nueva cultura de la sostenibilidad*, Libros en Acción, Madrid, 2015.
- WARREN, S. y BRANDEIS, L., *Derecho a la intimidad*, Civitas, Madrid, 1995, trad. BASELGA. P.
- WILLIAMS, R., *Cultura y cambio tecnológico: el MIT*, Alianza, Madrid, 2004.
- WILLIAMSON, O., «La organización del trabajo: un enfoque institucional comparativo», en PUTTERMAN, L. (Ed.), *La naturaleza económica de la empresa*, Alianza, Madrid, 1994.
- YEUNG, K., «Algorithmic regulation: A critical interrogation», *Regulation & Governance*, vol. 12, nº 4, 2018, pp. 505-523.