



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

Facultad de Derecho

**LA EFICACIA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL
ENTORNO DIGITAL Y SU PROTECCIÓN.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RELACIÓN LABORAL**

Autor: Eugenio Lanzadera Arencibia

Tesis dirigida por los Profesores Doctores:

**D. José Luis López González, Profesor Titular de Derecho
Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid**

**D. Juan José Solozábal Echavarría, Catedrático de Derecho
Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid**

ÍNDICE GENERAL

AGRADECIMIENTOS	19
ÍNDICE DE ABREVIATURAS	21
PRESENTACIÓN	25
CAPÍTULO I. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL MARCO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	37
1. ALGUNAS CUESTIONES BÁSICAS DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	37
1.1. Introducción	37
1.2 Teorías y modelos de fundamentación de los derechos fundamentales.	41
1.3. Criterios de fundamentalidad.....	47
1.4. Implicaciones del enfoque institucional de los derechos fundamentales, en relación a sus características materiales y formales y a la garantía institucional.....	49
1.5. La colisión entre los derechos fundamentales y la problemática de sus límites. El contenido esencial.	55
2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD COMO DERECHOS FUNDAMENTALES.....	63
2.1. La dignidad de la persona como fundamento de los derechos de la personalidad en general y de la intimidad en particular.	63
2.1.1 El carácter " <i>interdisciplinar</i> " y " <i>ambiguo</i> " de la dignidad de la persona como derecho.....	63
2.1.2 La dignidad humana en las declaraciones de derechos.....	65
2.1.3 La dignidad de la persona en la Constitución Española.....	69
2.2. Los derechos de la personalidad.	71
2.2.1 El objeto de los derechos de la personalidad: Los conceptos de intimidad, privacidad y protección de datos.	71
2.2.2 Antecedentes y formulación constitucional de los derechos de la personalidad en la Constitución Española.....	76
2.3. El derecho al honor.	78
2.4. El derecho a la intimidad.	84
2.4.1 Origen y desarrollo del derecho a la intimidad.	84
2.4.1.1 Antecedentes remotos.	84
2.4.1.2 El derecho a la " <i>privacidad</i> " o " <i>intimidad</i> " en el Derecho anglosajón, como origen de un nuevo derecho.....	85
2.4.1.3 La constitucionalización del derecho a la intimidad en el derecho comparado.....	88
2.4.2 Doctrinas sobre el derecho a la intimidad: Teoría de las esferas y teoría del mosaico.	89

2.4.3. Delimitación, objeto y fundamento del derecho fundamental a la intimidad en la Constitución Española.....	91
2.4.4 Caracteres del derecho a la intimidad.	94
2.4.5. El contenido esencial del derecho a la intimidad como derecho fundamental.....	96
2.4.6. La dimensión objetiva de la norma que garantiza el derecho a la intimidad y su adaptación a la amenaza de los medios tecnológicos.....	102
2.4.7. La dimensión subjetiva del derecho fundamental a la intimidad.....	104
2.4.8. Límites del derecho fundamental a la intimidad.	105
2.5. El derecho a la propia imagen.	109
2.5.1 Delimitación y ámbito.	109
2.5.2 Autonomía del derecho.	111
2.5.3 Contenido del derecho	112
2.5.4 Límites.....	114
2.5.4.1 El consentimiento del titular.	114
2.5.4.2 La relevancia pública, los lugares públicos y la colisión con otros derechos	117
2.6. Las libertades instrumentales.....	120
2.6.1. La inviolabilidad del domicilio.	120
2.6.2 El secreto de las comunicaciones.....	123
2.6.2.1 Origen y formulación del secreto de las comunicaciones.....	123
2.6.2.2 Autonomía del secreto de las comunicaciones frente al derecho a la intimidad.	126
2.6.2.3 El concepto de " <i>comunicaciones</i> " amparadas por el secreto como bien jurídico protegido.	127
2.6.2.4 Duración de la protección del secreto.....	129
2.6.2.5 El secreto cubre solo comunicaciones cerradas entre sus interlocutores y a través de un canal concebido para ello.	130
2.6.2.6 El alcance del secreto de la comunicación a los interlocutores y otros datos relacionados.....	131
2.6.2.7 El secreto de las comunicaciones electrónicas: Dimensión y alcance.....	133
2.6.3 La libertad informática (derecho a la autodeterminación informativa o derecho a la protección de datos).	136
2.6.3.1 El nacimiento de un nuevo derecho en el constitucionalismo moderno.....	136
2.6.3.2 El ámbito y justificación de la libertad informática en la CE.....	138
2.6.3.3 Tesis que apoyan la suficiencia de la intimidad como derecho fundamental que engloba la protección de datos.	140
2.6.3.4 Tesis que apoyan la autonomía del derecho fundamental a la protección de datos.....	141
2.6.3.5 La postura del Tribunal Constitucional y el debate que encierra.	143
2.6.3.6 Recapitulación y concreción del contenido esencial del derecho a la protección de datos.	146

CAPÍTULO II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y RELACIONES ENTRE PARTICULARES: EFICACIA Y LÍMITES. APLICACIÓN A LA RELACIÓN LABORAL.	151
1. EL EFECTO HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO JURÍDICO-PRIVADO. ESPECIAL REFERENCIA A LA RELACIÓN LABORAL.	151
1.1. Planteamiento: La necesidad de garantizar la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares en un Estado social y democrático de derecho.	151
1.2. Fundamentos doctrinales.	154
1.2.1 La eficacia inmediata o directa de los derechos fundamentales.	155
1.2.2 La eficacia mediata o indirecta.	156
1.2.3 La eficacia de los derechos fundamentales a través del Estado.	159
1.2.4 La tesis del deber de protección del Estado.	159
1.2.5 El modelo de los tres niveles de Robert Alexy.	160
1.3. Fundamentos jurídico-materiales.	161
1.3.1 La eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito internacional. El Convenio para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y Tratados de la Unión Europea.	161
1.3.2 La eficacia directa de los derechos fundamentales en la Constitución Española.	167
1.3.2.1 La ausencia de previsión constitucional expresa y el reconocimiento implícito de la compatibilidad entre la eficacia directa e indirecta.	167
1.3.2.2 La influencia de la función legislativa en la eficacia de los derechos fundamentales.	170
1.3.2.3 La eficacia directa a través de la vía judicial y el recurso de amparo.	173
1.3.3 Derechos fundamentales y autonomía privada.	174
1.3.3.1 La eficacia genérica de los derechos fundamentales frente a la genérica libertad de todos: El deber de respeto a los derechos ajenos.	174
1.3.3.2 El marco del conflicto entre derechos fundamentales y la autonomía privada.	183
1.3.3.3 El marco del conflicto en sus aspectos dinámicos: La dificultad de aplicar e interpretar el alcance de los derechos al caso concreto.	186
2. LA RELACIÓN LABORAL COMO ESPACIO DE EJERCICIO Y CONFRONTACIÓN DE DERECHOS.	190
2.1. Características de la relación laboral como fundamento del contrato de trabajo.	190
2.1.1 Delimitación del contrato de trabajo.	190
2.1.2. La ajeneidad, eje principal del contrato de trabajo.	191
2.1.3. La dependencia, causa de la subordinación típica del trabajador en la relación laboral, ¿es el principio de la limitación de derechos?	192
2.1.4 Hacia un nuevo concepto de trabajador "El trabajador digital y el teletrabajador"	194
2.2. Los derechos constitucionales laborales "inespecíficos".	196
3. LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RELACIÓN LABORAL	201

3.1. ¿Por qué la relación laboral merece una mayor preocupación que el resto de las relaciones jurídico-privadas?.....	203
3.2. La proyección de la dignidad de la persona al trabajador.....	207
3.2.1 La eficacia " <i>limitada</i> " de la dignidad del trabajador.....	207
3.2.2 El alcance de la dignidad como derecho inespecífico del trabajador.....	211
3.2.3 El acoso en la relación laboral como vulnerador de la dignidad de la persona.....	213
3.3. Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales.....	217
3.4. La libertad de expresión y el derecho de información en el marco de las relaciones laborales.....	222
3.4.1 Delimitación de derechos.....	222
3.4.2 La libertad de expresión.....	223
3.4.3. Derecho a comunicar y recibir libremente información veraz (art. 20.1.d CE).....	226
3.4.4. La libertad de prensa.....	232
3.4.5. La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas.....	232
3.5. La libertad ideológica y religiosa.....	237
3.5.1 La libertad ideológica.....	238
3.5.2 La libertad religiosa.....	242
3.6. La eficacia del derecho a la intimidad del trabajador y de los derechos de la personalidad en el ámbito laboral.....	245
3.6.1 El derecho al honor " <i>del trabajador</i> "......	247
3.6.2 La intimidad " <i>del trabajador</i> "......	251
3.6.2.1 Delimitación y alcance del ámbito de la intimidad del trabajador en el seno de la empresa.....	251
3.6.2.2 Aspectos personales del trabajador que repercuten en el trabajo.....	256
3.6.2.3 Condicionantes personales que no repercuten en el trabajo.....	260
3.6.3 La propia imagen " <i>del trabajador</i> "......	267
3.6.3.1 El derecho a la propia imagen en la dinámica de la relación laboral.....	267
3.6.3.2 La vulneración de la propia imagen a través de dispositivos de videovigilancia.....	271
3.6.4 La limitación a la " <i>libertad informática</i> ", para garantizar el honor y la intimidad personal, la protección de datos personales y el secreto de las comunicaciones " <i>del trabajador</i> "......	271
3.6.5 El secreto de las comunicaciones en el ámbito laboral.....	272
4. EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO: CONTENIDO Y ÁMBITO.....	275
4.1. El poder de dirección como manifestación del derecho constitucional a la libertad de empresa.....	276
4.2. Delimitación y características del poder de dirección empresarial.....	280
4.2.1 Contenido y ámbito del poder de dirección.....	280
4.2.2 Características del poder de dirección nacido de la relación laboral.....	282
4.3. El alcance " <i>limitado</i> " del correlativo deber de obediencia del trabajador.....	285

4.4. El control y vigilancia empresarial que deriva del poder de dirección. Especial referencia a la “ <i>vigilancia tecnológica</i> ”	289
4.4.1 Medios de control: Ámbito y finalidad para el ejercicio legítimo del poder de dirección.....	289
4.4.2 De la observación directa “ <i>in situ</i> ” hacia el control de resultados.....	290
4.4.3 Medios de control a través de instrumentos de registro del tiempo de trabajo y su especial incidencia en el derecho a la intimidad del trabajador.	293
4.4.4 Los registros sobre la persona o los bienes del trabajador.	296
4.4.5 La vigilancia de la salud y el control de las bajas laborales.	300
4.4.6 Dispositivos de escucha, grabación y reproducción de imagen.	302
4.4.7 El control tecnológico.....	305
4.4.8 El control extra-muros de la jornada y centro de trabajo.	307
4.4.8.1. El control del teletrabajo.....	307
4.4.8.2 El control de las circunstancias personales del trabajador que incidan en el trabajo.	309
4.4.9 El control disciplinario.....	312
5. LOS LÍMITES AL PODER DE DIRECCIÓN EMPRESARIAL COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR Y, EN ESPECIAL, DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.	313
5.1. La protección internacional de los derechos del trabajador como persona.	315
5.1.1. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948.	315
5.1.2. El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, del Consejo de Europa, hecho en Roma el 14 de noviembre de 1950.	316
5.1.3. La Unión Europea y La Carta de los Derechos Fundamentales.	318
5.2. El respeto a la dignidad del trabajador y a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.....	320
5.2.1 Los derechos fundamentales del trabajador como límite al poder de dirección.	320
5.2.2 El principio de proporcionalidad como delimitador de los límites de un derecho fundamental.	322
5.3. La derechos de la personalidad (intimidad, secreto de las comunicaciones y libertad informática) como límite específico al control y vigilancia empresarial.	327
5.4. El principio de la buena fe.	330
CAPÍTULO III. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y SU IMPACTO EN LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD, ESPECIALMENTE EN EL ÁMBITO DE LA PRIVACIDAD DEL TRABAJADOR	335
1. EL NUEVO MARCO TECNOLÓGICO PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS.	335
1.1. Los avances en la sociedad de la información.	335
1.1.1 Contexto social y tecnológico.	335

1.1.2 Contexto legal: La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.....	343
1.2. Vida y realidad digital. Cifras y datos. El impacto de las TIC en sectores y ámbitos de la sociedad.....	348
1.2.1 El impacto de las TICs en los hogares.....	350
1.2.2 El uso generalizado de las TICs en la Empresa.....	350
1.2.3 Las TICs como elemento de transformación de la economía.....	351
1.2.4 La Administración electrónica.....	352
1.3. El marco jurídico para el ejercicio de derechos en Internet.....	356
1.3.1 El marco constitucional: El ejercicio de los derechos fundamentales, su coexistencia y límites en Internet.....	356
1.3.2 La regulación de Internet.....	366
1.3.2.1 Propuestas iniciales de regulación.....	366
1.3.2.2 La Gobernanza de Internet.....	372
1.3.3 El ejercicio de los derechos de la personalidad en el entorno de Internet: Riesgos y amenazas.....	377
1.3.4 El derecho al honor en Internet.....	382
1.3.5. El ejercicio del derecho a la intimidad en Internet ¿Es posible tener intimidad en Internet?.....	383
1.3.6 Un nuevo límite a la privacidad: La ciberseguridad.....	388
1.3.7 El secreto de las comunicaciones en Internet.....	393
1.3.8 El derecho a la propia imagen en Internet.....	399
1.3.9 El derecho a la protección de los datos personales en Internet.....	401
1.3.10 La libertad de expresión e información en Internet.....	406
1.3.10.1 Especialidades en el ejercicio de la libertad de expresión e información a través de Internet.....	407
1.3.10.2 El ámbito laboral: La libertad de expresión e información del trabajador, a través de Internet y redes sociales.....	412
2. EL "RENACIMIENTO" DE UN "ANTIGUO" DERECHO, "NUEVO" EN INTERNET: EL DERECHO AL OLVIDO.....	416
2.1. Planteamiento y antecedentes del derecho al olvido.....	416
2.1.1 ¿Por qué no se planteó el derecho al olvido tras la invención de la imprenta y sin embargo, es una demanda social tras la aparición de Internet?.....	416
2.1.2 Antecedentes del derecho al olvido.....	419
2.1.3 El derecho al olvido en Internet.....	423
2.1.4. Claves para encontrar una aguja en un pajar: Los buscadores de Internet.....	425
2.2. La configuración propia de un derecho al olvido.....	429
2.2.1 ¿Existe un derecho autónomo al olvido?.....	429
2.2.2 El reconocimiento del derecho al olvido en la STJUE - Asunto Mario Costeja -.....	433

2.2.3 Pronunciamientos judiciales posteriores a la sentencia “Mario Costeja” que reconocen el “derecho al olvido”.....	437
2.2.4 El derecho al olvido como parte del derecho a la intimidad.....	440
2.2.5 El derecho al olvido como parte del derecho al honor.....	442
2.2.6 El derecho al olvido como parte del derecho a la protección de datos.	442
2.2.7 Hacia una configuración del derecho al olvido “por defecto”.	445
2.3. La colisión del derecho al olvido con la libertad de expresión y el derecho de información.	447
2.4. Repercusiones del derecho al olvido en la relación laboral.....	452
3. LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LA ERA DIGITAL.....	453
3.1. El entorno de la empresa digital y su proyección sobre los trabajadores.....	453
3.2. La dirección y el control sobre los trabajadores en la empresa digital.....	456
3.3. Medios de control tecnológico restrictivos de derechos individuales.....	457
3.3.1 El control del ordenador a través de programas espía.	457
3.3.2 El "robo" de información a través de conexiones inalámbricas a Internet (Wi-Fi).	459
3.3.3 Las técnicas de control biométrico para la identificación del trabajador.	460
3.3.3.1 El control biométrico: Su utilización en el ámbito laboral y la incidencia en la intimidad del trabajador.....	460
3.3.3.2 La obtención, recogida y almacenamiento de datos biométricos y el derecho a la protección de datos del trabajador.....	463
3.3.4 Métodos de control a través de identificación por radiofrecuencias (RFID).	465
3.3.4.1 Las RFID y el derecho a la intimidad.	465
3.3.4.2 Radiofrecuencias y protección de datos.	468
3.3.5 Smartphones y teléfonos móviles.....	470
3.3.6 Woreables.....	472
3.4. La utilización de redes sociales para los fines de la propia empresa.	473
3.4.1 La generalización de las redes sociales y la identidad "digital" institucional y personal.....	473
3.4.2 El concepto y utilidad de las redes sociales a la empresa.	475
3.4.3 Riesgos de las redes sociales aplicadas a la empresa.	478
3.4.4 Las redes sociales externas a la empresa.....	482
3.4.5 Intromisiones a la intimidad del trabajador en la participación en redes sociales y medidas preventivas.	483
 CAPÍTULO IV. LA EFICACIA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR ANTE EL CONTROL TECNOLÓGICO DEL EMPRESARIO EN EL SENO DE LA RELACIÓN LABORAL	487
 1. LA INFLUENCIA DE LA TECNOLOGÍA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR Y EN LA LIBERTAD DE EMPRESA.....	487

1.1. A modo de recapitulación: La empresa tecnológica en un marco laboral más flexible y más vigilado.....	487
1.2. Relaciones laborales y nuevas tecnologías.....	492
1.2.1 Hacia una mayor flexibilización de la relación laboral en el entorno digital: Ventajas de la tecnología.....	492
1.2.2 Límites a la flexibilidad tecnológica: La seguridad y el control de un uso inadecuado de los recursos tecnológicos.....	494
1.2.3 La “ <i>flexiseguridad tecnológica</i> ” o la doble naturaleza de las TICs: Herramientas de trabajo (flexibilidad) e instrumentos de control empresarial (seguridad). La extinción del contrato por causas tecnológicas.....	496
1.3. El respeto a los derechos fundamentales del trabajador en el uso de los dispositivos tecnológicos facilitados por la empresa.....	502
1.3.1 El alcance del poder de dirección en la vigilancia del uso legítimo de dispositivos tecnológicos frente a los derechos fundamentales del trabajador.....	502
1.3.2 El derecho a la dignidad e intimidad del trabajador en la era digital.....	504
1.3.3 El secreto de las comunicaciones laborales y extralaborales.....	506
1.3.3.1 Comunicaciones protegidas en el ámbito laboral: Teléfono, correo electrónico y mensajería.....	506
1.3.3.2 El contenido y eficacia de la protección del secreto de las comunicaciones en la empresa.....	510
1.3.3.3 La vulneración del secreto de las comunicaciones a través del acceso del empresario al correo electrónico del trabajador o a otros medios de comunicación.....	511
1.3.4 El respeto a los datos personales en la vigilancia a través de los medios tecnológicos puestos a disposición de los trabajadores.....	516
2. MARCO JURÍDICO PARA EL EJERCICIO DEL CONTROL Y VIGILANCIA EMPRESARIAL EN EL USO Y ABUSO DE LAS TICs POR PARTE DE LOS TRABAJADORES.....	519
2.1. Ausencia de normativa específica sobre el control empresarial de carácter “ <i>tecnológico</i> ”.....	519
2.2. La aplicación del marco normativo genérico constitucional y laboral.....	522
2.3. La regulación a través de la negociación colectiva: El convenio colectivo como instrumento regulador del uso adecuado de las TICs por el trabajador y del control empresarial.....	525
2.4. Otras fuentes reguladoras del uso y control de las TICs en el ámbito laboral: El poder de dirección y los pactos individuales entre el empresario y los trabajadores.....	528
2.4.1 Iniciativas reguladoras en el ámbito de la empresa y su fundamentación.....	528
2.4.2 El establecimiento empresarial de condiciones previas para la utilización de los recursos informáticos y digitales: El “ <i>Código de conducta</i> ”.....	530
3. EL PODER DE DIRECCIÓN TECNOLÓGICO: EL CONTROL EMPRESARIAL ANTE EL USO Y ABUSO DE LA TECNOLOGÍA POR EL TRABAJADOR.....	533
3.1. Planteamiento.....	533

3.2. Delimitación del uso legítimo de la tecnología para fines profesionales.....	535
3.2.1 Delimitación por las condiciones de lugar y tiempo de trabajo.....	535
3.2.2 Prohibición expresa y uso autorizado.....	537
3.2.2.1 Efectos de la prohibición de uso personal de los medios propiedad de la empresa en los derechos fundamentales del trabajador.....	537
3.2.2.2 Ausencia de prohibición expresa.....	541
3.2.3 La expectativa de privacidad y el acto consentido.....	542
3.2.3.1 La expectativa de privacidad como refugio de la intimidad.....	542
3.2.3.2. Marco jurídico y fundamentación del “ <i>acto consentido</i> ”.....	544
3.2.3.3. El reflejo del “ <i>acto consentido</i> ” y de la “ <i>expectativa de privacidad</i> ” en la jurisprudencia.....	548
3.2.3.4. La necesidad de un protocolo regulador de las condiciones de uso de los medios puestos a disposición del trabajador.....	551
3.3. El control empresarial sobre los medios tecnológicos.....	553
3.3.1 Argumentos que sustentan el control empresarial sobre los medios tecnológicos y finalidad del control.....	553
3.3.1.1 La titularidad o propiedad de los medios utilizados por los trabajadores.....	553
3.3.1.2 Cumplimiento “ <i>normal</i> ” de las obligaciones laborales y detección de abusos e ilícitos graves intencionados contra el patrimonio e intereses de la empresa.....	556
3.3.2 Medios de control: Control preventivo y control fiscalizador.....	561
3.3.2.1 Control preventivo.....	561
3.3.2.3 Control fiscalizador de los medios de comunicación (correo electrónico, chat, mensajería instantánea, redes sociales y otros).....	563
4. LÍMITES AL CONTROL TECNOLÓGICO DE LOS TRABAJADORES. PRINCIPIOS APLICABLES QUE GARANTIZAN EL CONTROL LEGÍTIMO Y LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	565
4.1. El principio de legitimidad.....	566
4.2. El principio de transparencia: Prohibición expresa, uso consentido y expectativa de privacidad.....	570
4.2.1 La información al trabajador sobre el alcance de la prohibición y de las medidas de vigilancia y control.....	570
4.2.2 La información a los representantes de los trabajadores.....	573
4.2.3 Transparencia y expectativa de intimidad. Evolución jurisprudencial.....	574
4.2.4 Transparencia y uso consentido.....	576
4.2.5 Transparencia y protección de datos.....	577
4.2.6 Argumentos críticos a la justificación de la transparencia para excluir la expectativa de intimidad.....	578
4.3. El consentimiento prestado o pactado por el trabajador permitiendo el control empresarial.....	578
4.4. El principio de la buena fe.....	582

4.5. El principio de proporcionalidad.	586
4.5.1 La colisión de derechos y el principio de proporcionalidad.	586
4.5.2 El juicio de proporcionalidad.	586
4.5.2.1 El juicio de idoneidad de la medida de acuerdo a la finalidad.	587
4.5.2.2 El juicio de necesidad.	589
4.5.2.3. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto o " <i>juicio de ponderación</i> ".	591
4.5.3 La aplicación del principio de proporcionalidad a supuestos concretos.	591
4.5.4 ¿Resulta suficiente el principio de proporcionalidad para garantizar los derechos fundamentales del trabajador frente a la libertad de empresa?	593
4.6. El principio del respeto al derecho de protección de datos personales del trabajador en el control informático y digital.	595
4.7. Cautelas específicas a tener en cuenta por el empleador, respecto al correo electrónico e Internet de sus trabajadores y soluciones propuestas.	597
4.7.1 La utilización de Internet con fines privados en el lugar de trabajo.	597
4.7.2 Cautelas específicas que debe tener en cuenta el empresario en la utilización del correo electrónico y dispositivos de comunicación similares.	599
5. INTIMIDAD INFORMÁTICA Y LIBERTAD SINDICAL.	602
5.1. El carácter reservado de la afiliación sindical protegido por la libertad informática.	603
5.2. La utilización de los medios tecnológicos de la empresa para la difusión de información sindical.	605
6. LA REGULACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LA UTILIZACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA EMPRESA POR EL TRABAJADOR.	610
6.1. Uso personal o profesional del ordenador, correo electrónico e Internet.	611
6.1.1 Prohibición absoluta de utilización de las TICs para uso personal.	611
6.1.2 Prohibición de uso personal en general, sin perjuicio de un uso razonable privado.	612
6.1.3 Uso privado permitido, salvo daños en el sistema o envío de mensajes ofensivos.	612
6.2. Cláusulas referidas a la utilización de las TICs para fines sindicales o de representación.	613
6.2.1 Distribución de información sindical: Dotación de medios.	613
6.2.2 Tablón de anuncios y local para los representantes de los trabajadores.	615
6.3. Convenios colectivos que advierten sobre el control del uso de los equipos y de las TICs.	616
6.3.1 Información de herramientas de control.	616
6.3.2 Auditorías y registros.	616
6.4. Cláusulas que regulan el acceso a redes sociales o a sistemas de mensajería instantánea.	617
6.5. Prohibición de dispositivos electrónicos personales durante el trabajo.	617
6.6. Convenios que contienen cláusulas sobre protección de datos personales.	618
6.7. Convenios que regulan las nuevas tecnologías y su implicación en la dinámica de la relación laboral o prevén el estudio o la regulación del uso de las tecnologías de la empresa	

por los trabajadores.	618
6.8. Graduación y tipificación de las faltas.	619

CAPÍTULO V. LA EFICACIA DE LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR EN RELACIÓN A LOS DISPOSITIVOS DE VIDEOVIGILANCIA Y GEOLOCALIZACIÓN.....623

1. LA UTILIZACIÓN DE LOS SISTEMAS DE VIDEOVIGILANCIA Y SU AMENAZA A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.	623
1.1. Los sistemas de videovigilancia y su utilización en la sociedad.....	623
1.2. Videovigilancia y derecho a la intimidad y a la propia imagen.	626
1.3. La vinculación entre la videovigilancia y la protección de datos.	627
1.4. Videovigilancia, libertad de expresión y asociación.	629
1.5. Videovigilancia, libertad sindical y derecho de huelga.	630
2. MARCO NORMATIVO.	631
2.1. La normativa internacional sobre videovigilancia.....	631
2.1.1 Normativa internacional de carácter general.	631
2.1.2 La videovigilancia en el marco de la Directiva 95/46/CE y su sustitución por el Reglamento UE 2016/679.....	633
2.1.3 Hacia una legislación común y específica para el " <i>uso democrático de la videovigilancia</i> " en Europa.	637
2.2. Normativa española: Criterios generales que intervienen en la determinación de la legalidad o ilegalidad de los sistemas de videovigilancia.	639
2.2.1 Los derechos y libertades fundamentales.....	639
2.2.2 La normativa de seguridad pública y privada en materia de videovigilancia.....	641
2.2.3 La legislación laboral.....	644
2.2.4 Los límites a la videovigilancia en la legislación civil y penal.	647
2.2.5 La normativa de protección de datos.	648
2.2.5.1 La aplicación de la normativa española de protección de datos a la videovigilancia en general.	648
2.2.5.2 Videovigilancia y protección de datos del trabajador.....	651
2.2.5.3 El problema al aplicar la normativa de protección de datos al ámbito laboral: ¿Sirve la finalidad e información de la videovigilancia general, para imputar incumplimientos laborales a los trabajadores?	654
2.2.5.4 La cesión de datos de imágenes a terceros ¿se pueden ceder las imágenes a los representantes de los trabajadores? El supuesto de las empresas de seguridad.	658
2.2.5.5. Consecuencias del incumplimiento de la LOPD en este ámbito.	660
3. LA VIDEOVIGILANCIA DEL TRABAJADOR EN LOS CENTROS DE TRABAJO.....	661
3.1. Justificación de la videovigilancia en los centros de trabajo.....	661
3.2. La videovigilancia como medio de control empresarial.	662
3.3. Límites del poder de dirección a la videovigilancia de los trabajadores.	664

3.3.1 Límites a la videovigilancia en los centros de trabajo por razón del lugar o espacio con carácter " <i>reservado</i> ".	664
3.3.2. Los derechos fundamentales como límite al control de la actividad del trabajador a través de la videovigilancia.....	666
3.3.2.1 Utilización de micrófonos como medida empresarial de control, que se añade a un circuito cerrado de televisión (STC 98/2000, de 10 de abril).....	668
3.3.2.2 Despido del cajero de un economato al constatarse irregularidades a través de la grabación de unas cintas de vídeo (STC186/2000, de 10 de julio).	670
3.3.2.3 El caso de la utilización de las grabaciones de seguridad para un fin disciplinario no informado al trabajador: La STC 29/2013, de 11 de febrero.....	672
3.3.2.4 Legitimidad del control empresarial ante sospechas fundadas de apropiación de dinero por el trabajador: La STC 39/2016, de 3 de marzo.....	673
3.3.2.5 Valoración de las sentencias y su proyección en el resto de los Tribunales.	677
3.3.3. Principios orientadores de la compatibilidad de la videovigilancia y el control empresarial con la eficacia del derecho a la intimidad del trabajador.	682
3.3.3.1 Finalidad y justificación de la medida.	683
3.3.3.2 La información a los trabajadores implicados. Excepciones ante sospechas fundadas de comisión de un ilícito grave por el trabajador.	687
3.3.3.3 Proporcionalidad de la medida: Idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.....	690
3.3.4 La ilegalidad de la prueba " <i>ilícitamente</i> " obtenida.....	695
3.3.5 La disposición ilícita de imágenes grabadas y el riesgo potencial de Internet.....	696
4. DE LA VIGILANCIA A LA GEOLOCALIZACIÓN: UNA NUEVA TRABA A LA INTIMIDAD.	698
4.1. Los sistemas de geolocalización y sus usos más frecuentes.	698
4.1.1 Descripción general.	698
4.1.2 El control empresarial a través de geolocalización.....	699
4.2. Los derechos afectados por el control empresarial a través de geolocalización.	700
4.2.1 El derecho a la intimidad del trabajador.	700
4.2.2 El derecho a la protección de datos.....	704
4.2.3 La normativa española de protección de datos y la geolocalización.....	705
4.3. La geolocalización en la jurisprudencia laboral.	706
CAPÍTULO VI. LA EFICACIA DEL DERECHO A LA LIBERTAD INFORMÁTICA DEL TRABAJADOR EN RELACIÓN A SUS DATOS PERSONALES	711
1. DEMOCRACIA Y PROTECCIÓN DE DATOS: A MODO DE INTRODUCCIÓN.	711
2. LIMITACIONES AL USO DE LA INFORMÁTICA. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES FRENTE A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.	713
2.1. Marco normativo internacional y general para la protección de datos personales	713

2.1.1. El Consejo de Europa: El Convenio N.º 108 del Consejo de Europa, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.....	713
2.1.2 La Organización Internacional del Trabajo: El repertorio de Recomendaciones prácticas sobre protección de los datos personales de los trabajadores, de 1997.....	714
2.1.3 La Unión Europea.....	716
2.1.3.1 La protección de datos en la Unión Europea.....	716
2.1.3.2 Propuestas para la reforma del marco normativo de la protección de datos en la Unión Europea: El Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva (UE) 2016/680.....	721
2.2. La protección de datos en España.	730
2.2.1 El derecho a la autodeterminación informativa en la Constitución Española.....	730
2.2.2 La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter Personal (LOPD).	736
2.3. Otras normas de tutela de la protección de datos en el ámbito de las telecomunicaciones y del comercio electrónico.	739
2.3.1 El marco jurídico español de la protección de las telecomunicaciones y el comercio electrónico.	739
2.3.2 La protección de las telecomunicaciones en la Unión Europea.	744
2.4. ¿Es suficiente la normativa existente para el control de Internet, especialmente, para garantizar la intimidad de los usuarios?.....	749
3. LA LIBERTAD INFORMÁTICA Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL ÁMBITO LABORAL COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EMPRESA.	753
3.1. ¿Existe un derecho laboral a la protección de datos?	753
3.2. El respeto empresarial a la protección de datos personales de los trabajadores.	757
3.2.1 ¿Qué interés puede tener el empresario en los datos personales de sus trabajadores?.....	757
3.2.2 ¿Qué datos de los trabajadores son considerados " <i>personales</i> " a efectos de su protección?	759
3.2.2.1 ¿Qué se entiende por " <i>datos personales</i> " de los trabajadores?.	759
3.2.2.2 Datos personales especialmente protegidos.	760
3.2.2.3 Datos con un nivel de protección medio.	762
3.2.2.4 Datos con un nivel de protección bajo.	763
3.3. La protección de datos en los procesos de selección de trabajadores.....	763
3.4. El deber empresarial de información del tratamiento de los datos personales de los trabajadores.	766
3.5. La protección del trabajador frente a los sistemas de denuncias internas o " <i>whistleblowing</i> " y frente a las " <i>listas negras de la empresa</i> ".	767
3.6. El acceso de los representantes de los trabajadores y de terceros a los datos personales de los trabajadores.....	769

3.6.1 Acceso a datos personales por los representantes de los trabajadores en virtud de su derecho de información.	769
3.6.2 Contratación de servicios externos para la cobertura de seguros.....	772
3.6.3 Contratación de la gestión de nóminas por terceros.	773
3.7. Protección de datos y prevención de riesgos laborales.....	773
3.7.1 La protección de datos médicos.	773
3.7.2 El conocimiento de la aptitud laboral del trabajador sin perjuicio del desconocimiento empresarial de sus causas.	775
3.7.3. Sobre el consentimiento del trabajador en los reconocimientos médicos.	777
3.7.4 El acceso a los datos por la empresa y los delegados de prevención.	779
4. PRINCIPIOS DETERMINANTES DE LA EFICACIA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR RESPECTO AL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN EL CONTEXTO LABORAL.	780
4.1. Los principios de calidad, finalidad y proporcionalidad en la obtención de los datos.	781
4.2. El principio de legitimidad.....	785
4.3. El principio del consentimiento.	786
4.4. El principio de la exactitud y conservación de los datos.	788
4.5. El principio de información y los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición por el trabajador a sus datos personales.	789
4.6. El principio de transparencia.	791
4.7. El principio de seguridad.....	793
4.8. El principio de formación del personal y el deber de secreto.	794
4.9. El principio de la necesaria interacción entre la legislación laboral y la legislación sobre protección de datos bajo el principio de responsabilidad.....	795
4.10. El principio de la limitación de transferencias de datos de trabajadores a terceros países.....	797
5. LA PROTECCIÓN DE DATOS DE LOS TRABAJADORES EN LA DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL.	798
5.1. La protección de datos personales vertidos en redes sociales en un entorno profesional.	798
5.2. El control del " <i>cloud computing</i> " (" <i>computación en la nube</i> ") frente al riesgo empresarial de garantizar la protección de datos de sus trabajadores y terceros.....	805
5.2.1 En qué consiste el servicio de " <i>Cloud Computing</i> " y su aplicación en la empresa.	805
5.2.2 Problemas del " <i>cloud computing</i> " en la garantía del derecho a la protección de datos.	808
CAPÍTULO VII. LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS ASPECTOS PROCESALES RELACIONADOS CON LA VALIDEZ DE LA PRUEBA TECNOLÓGICA. ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO LABORAL	813

1. LA PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VINCULADOS A LA INTIMIDAD EN UN ENTORNO DIGITAL.....	813
1.1 La necesidad de protección de los derechos en la sociedad digital.....	813
1.2 La aplicación e interpretación del derecho ante conflictos en un entorno digital.....	814
2. LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES A TRAVÉS DEL RECURSO DE AMPARO.....	822
2.1. Introducción.....	822
2.2. Naturaleza y regulación del recurso de amparo.....	824
2.3. Legitimación procesal y requisitos del recurso.....	831
2.3.1 Legitimación.....	831
2.3.2 La limitación en el acceso al amparo y la concepción " <i>objetiva</i> " del recurso tras la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.....	833
2.4. Ámbito de protección. La lesión de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.....	837
2.4.1 La limitación " <i>inicial</i> " de la protección en amparo a las vulneraciones de derechos fundamentales por los poderes públicos.....	837
2.4.2 Argumentos para entender extensible el recurso de amparo a las violaciones de derechos fundamentales por particulares.....	840
2.4.3 La doctrina de la asunción judicial de la violación del derecho fundamental por un particular.....	843
2.4.3.1 Los derechos fundamentales que pueden infringir los órganos de la jurisdicción ordinaria.....	843
2.4.3.2 El origen de la asunción judicial de la lesión del derecho fundamental por un particular en la jurisprudencia del TC.....	845
2.4.3.3 La consolidación de la doctrina de la asunción judicial.....	847
2.4.3.4 La imputación de la lesión del derecho fundamental al órgano judicial.....	849
2.4.3.5 La resolución judicial como origen inmediato y directo de la violación.....	851
2.4.3.6 Los actos lesivos del empresario como objeto del recurso en el procedimiento de amparo a instancias del trabajador.....	854
2.4.4 Procedimiento y fallo.....	855
3. LA PROTECCIÓN CIVIL Y PENAL FRENTE A LAS INTROMISIONES A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.....	859
3.1 La protección civil a través de la LO 1/1982, de 5 de mayo.....	859
3.1.1. Intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad.....	860
3.1.2. Intromisiones legítimas a la intimidad y a los demás derechos de la personalidad.....	865
3.1.2.1 El consentimiento como elemento excluyente de la intromisión.....	865
3.1.2.2 Los usos sociales y los propios actos del titular del derecho.....	866
3.1.2.3 Las intromisiones autorizadas por Ley.....	867
3.1.2.4 El interés histórico, científico o cultural relevante.....	868

3.1.2.5 La inviolabilidad de diputados y senadores por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.	870
3.1.2.6 Otras intromisiones legítimas en el derecho a la intimidad.	870
3.1.3. Aspectos procesales.	870
3.1.4. Las consecuencias de la intromisión. Alcance y parámetros de cálculo para la cuantificación del daño e indemnización.	873
3.2 La protección penal de la intimidad en el entorno digital.	875
3.2.1. Los delitos contra la intimidad en el ámbito de la informática.	876
3.2.2. El delito de revelación de secretos y vulneración de la intimidad.	878
3.2.3. El delito de intrusión informática.	881
3.2.4. El delito de daños informáticos.	882
3.2.5. La prueba electrónica en el proceso penal.	885
3.2.6 Los medios para la lucha contra la delincuencia y para obtención de pruebas a través de las comunicaciones telefónicas y telemáticas previstas en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.	888
4. LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO DE LA RELACIÓN LABORAL.	890
4.1. Antecedentes y regulación.	890
4.1.1 Hitos normativos y normas de competencia.	890
4.1.2 La aplicación judicial de la Constitución en el Orden Jurisdiccional Social.	897
4.1.3 Legitimación procesal.	899
4.1.3.1. Legitimación activa.	899
4.1.3.2 Legitimación pasiva.	901
4.1.4 La intervención del Ministerio Fiscal.	902
4.1.5 Principios del proceso especial de tutela de los derechos fundamentales en el Orden Social.	904
4.1.5.1 Principios generales y específicos de esta modalidad procesal.	904
4.1.5.2 El principio de preferencia.	905
4.1.5.3 El principio de sumariedad.	906
4.2. Procedimiento y tramitación.	907
4.2.1 La interposición de la demanda.	907
4.2.2 La adopción de medidas cautelares.	908
4.2.3 Especialidades en materia de prueba: La inversión de la carga de la prueba.	910
4.2.4 El contenido de la sentencia.	912
5. LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS TECNOLÓGICAS EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA Y SUS EFECTOS SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.	914
5.1. Planteamiento y fundamentos legales.	915
5.2. Fundamento constitucional.	917
5.3. La prueba obtenida a través de medios electrónicos.	919

5.3.1 La presentación de la prueba en el proceso.	919
5.3.1.1 Formato de la prueba.....	919
5.3.1.2 Momento procesal de presentación de la prueba.....	922
5.3.1.3 Autenticidad de la prueba y su valoración.	922
5.3.1.4 La prueba pericial informática en el proceso laboral.	925
5.4. Casos planteados sobre la prueba "electrónica" y su incidencia en los derechos fundamentales.	926
5.4.1 La valoración general de la prueba electrónica	927
5.4.2 Acceso a los equipos informáticos para la obtención de pruebas.	928
5.4.2.1 La imputación del acceso al equipo al trabajador que supuestamente comete un ilícito.	928
5.4.2.2 Acceso a los equipos ante la prohibición absoluta de uso particular.....	929
5.4.2.3 Acceso y hallazgo casual de irregularidades no buscadas que pretenden servir como prueba.	930
5.4.3. La monitorización mediante programas espía.	931
5.4.4. Casos planteados sobre la prueba que tiene por objeto la grabación de las comunicaciones.	931
5.4.5. Casos planteados sobre la prueba que tiene por objeto la grabación videográfica.	933
5.4.6. Mensajería instantánea tipo "WhatsApp", como medio de prueba.	937
5.4.7. El GPS como medio de prueba.	938
5.4.8. Casos planteados sobre la prueba practicada en redes sociales.	939
5.4.8.1 Insultos vertidos en redes sociales hacia la empresa o a otro trabajador.....	941
5.4.8.2 Suplantación de la personalidad en una red social.	943
5.4.8.3 Despido basado en el propio incumplimiento del trabajador en relación a la privacidad de un tercero.....	944
5.4.8.4 Comprobación de realización de actividades incompatibles con la incapacidad temporal a través de redes sociales.	945
5.4.8.5 Otros incumplimientos laborales constatados por la publicación en redes sociales de imágenes o vídeos admitidos como prueba.	946
 VIII. CONCLUSIONES	 949
 BIBLIOGRAFÍA	 961

AGRADECIMIENTOS

***“El amor como principio,
el orden como base y
el progreso como fin”***

Auguste Comte

Esta tesis doctoral es fruto de un largo periodo de tiempo, cambiante, en constante evolución y en continua adaptación al progreso y a los cambios tecnológicos. Por ello, nunca será una tesis cerrada, sino abierta y compartida con todos aquellos que aman el Derecho como principio de la convivencia pacífica, defienden un orden como base para la defensa de los individuos y persiguen compatibilizar el progreso con el desarrollo de los derechos de la personalidad y, en especial, los que derivan de la propia intimidad.

Por ello, es de agradecer la gran ayuda prestada para el desarrollo de este trabajo de todos aquellos que de forma directa o indirecta han hecho posible obtener una visión general de un hecho que parte de la propia realidad, cual es el de nuestra propia vida en un entorno digital, en el mundo de Internet y de sus aplicaciones, que en no pocas ocasiones se enfrenta al Derecho, planteando incluso si el ordenamiento jurídico actual es suficiente para afrontar los nuevos problemas que plantea esta forma de vida.

Desde la propia Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA), que persigue un modelo formativo basado en la tecnología a través de Internet, surgieron las primeras inquietudes para salvaguardar los derechos de estudiantes, profesores y del resto del personal, que desde un primer momento, asumimos con valentía y despreocupación. Nuestros datos, nuestra imagen, nuestras palabras... han ido quedando no solo a disposición de la comunidad universitaria, sino también de la sociedad, al compartir a través de Internet el conocimiento y nuestra experiencia (en el canal *Youtube*, en las redes sociales o en nuestra propia página de Internet). Gracias a la implantación y desarrollo de esta Universidad, ha sido posible comprender el alcance del problema, así como prevenir los riesgos de la difusión de la información personal y privada. Gracias a Roque de las Heras, como impulsor de este proyecto, por darme la oportunidad de formar parte del mismo y de conocer de primera mano muchos de los problemas que aquí se plantean.

Pero sin una adecuada orientación, la sistematización y la comprensión del problema jurídico no hubiera sido posible sin la dirección de la tesis llevada a cabo por los profesores Juan José Solozábal Echavarría, catedrático de Derecho Constitucional y de D. José Luis López González, profesor titular de la misma disciplina, ambos bajo las dependencias de la Universidad Autónoma de Madrid, un inmejorable marco científico para el desarrollo de este trabajo. Ellos han hecho posible una construcción doctrinal basada en una concepción sistemática del ordenamiento que en su conjunto, dispone de las garantías necesarias para resolver los problemas aquí planteados. Ellos, sin lugar a dudas, con sus directrices, propuestas y correcciones, me han prestado una ayuda fundamental, amable y profesional, haciendo posible que una inquietud se convierta en un trabajo de investigación, que de una manera ordenada, sistemática, precisa y adecuada se adapte a los fines pretendidos en un estudio universitario de este nivel.

No se haría justicia si no hiciera mención expresa a la persona que dirigió en su día los Cursos de Doctorado previos a la tesina de investigación y a la tesis doctoral, amigo entrañable, trabajador incansable y contumaz defensor del equilibrio entre los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito de las relaciones laborales, y el derecho a la libertad de empresa. Se trata del catedrático de Derecho del Trabajo, D. Luis Enrique de la Villa Gil, con quien el aprendizaje continuo y multidisciplinar llega a convertirse incluso en poesía, como ha demostrado en sus últimas obras.

Y por último, no se puede olvidar a ese entorno que, haciendo un paralelismo con el objeto de la tesis, pertenece a lo privado, a lo íntimo y familiar, formando parte de los engranajes que despiertan el ánimo, los sentidos, el sacrificio y la inmensa gratitud de poder hacer ilusión un sueño que sin el cariño de todos, no hubiera sido posible. Seguramente, en este ámbito, el mayor mérito corresponde a mis padres, a quienes tengo que agradecer, para lo bueno y lo malo, ser como soy.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores varios.
AGE	Administración General del Estado
AN	Audiencia Nacional.
ARCO	Derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición.
ATC	Auto del Tribunal Constitucional.
art.	artículo.
arts.	artículos.
AP	Audiencia Provincial.
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales.
BOCL	Boletín Oficial de Castilla y León.
BOCM	Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.
BOP	Boletín Oficial de la Provincia.
BORM	Boletín Oficial de la Región de Murcia.
CC	Convenio Colectivo.
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, modificada y proclamada por segunda vez en diciembre 2007. Adquiere el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados en diciembre de 2009.
CE	Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (BOE de 28 de diciembre).
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 14 de noviembre de 1950.
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 24 de noviembre).
DOG	Diario Oficial de Galicia.
DOCV	Diario Oficial de la Comunidad Valenciana.
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea.
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París.
Ed.	Editorial.
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 24 de octubre).
ETTs	Empresas de Trabajo Temporal.
FAPE	Federación de Asociaciones de Periodistas de España.
FJ	Fundamento jurídico.
GT art. 29	Grupo de Trabajo del art. 29 de la Directiva 95/46/CE.
LFB	Ley Fundamental de Bonn, de 1949.
LFE	Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica (BOE de 20 de diciembre).
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero).

LECr	Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Gaceta de 17 de septiembre).
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE de 8 de agosto).
LOLS	Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (BOE de 8 de agosto).
LO	Ley Orgánica.
LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE de 14 de diciembre).
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 2 de julio).
LOTG	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE de 5 de octubre).
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE de 10 de noviembre).
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE de 11 de octubre).
LSSICE	Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE de 12 de julio).
LT	Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (BOE de 10 de mayo).
N.º	Número.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
PRL	Prevención de Riesgos Laborales.
RD	Real Decreto.
Rec.	Recurso
R(UE) 2016/679	Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos).
RLOPD	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 (BOE de 19 de enero de 2008).
ss.	Siguientes.
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SRS	Servicios de Redes Sociales.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TC	Tribunal Constitucional.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TICs	Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones.

LGSS

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE de 31 de octubre).

TS

Tribunal Supremo.

UE

Unión Europea.

PRESENTACIÓN

Hoy en día nadie cuestiona la incidencia de las modernas tecnologías de la información y de las comunicaciones sobre el ámbito de la privacidad del individuo. Pero no es un hecho nuevo. El avance de la técnica y de los medios de comunicación siempre han provocado amenazas en la esfera privada del individuo. No sería descabellado argumentar que el nacimiento del derecho a la intimidad surge como un derecho de defensa frente a los medios, cada vez más invasivos, que utilizados por el Estado o por los particulares, cercenan la esfera íntima del individuo.

Un ejemplo de ello es el nacimiento de la fotografía, a finales del S. XIX. En 1888, *Kodak* presentó su primera cámara de instantáneas portátil. La cámara dejó de ser un aparato voluminoso, profesional y complicado para salir del estudio en forma de una pequeña caja al alcance de todos. En 1899, el *New York Times* publicó que los “*diabólicos seguidores de Kodak*” hostigaban a las damas de *Newport*. En aquella época ya se plantearon los problemas relacionados con la privacidad de la imagen, barajándose si las fotografías eran publicables o vulneraban el derecho a la intimidad. En este escenario aparece la obra de los jueces norteamericanos WARREN y BRANDEIS “*The Right to Privacy*”, verdadero antecedente de la configuración actual del derecho, desechando las antiguas doctrinas que incluían a la intimidad en el derecho de propiedad de cada individuo.

El desarrollo de los medios tecnológicos en un entorno digital, accesible y colaborativo, a través de Internet, ha creado la denominada “*sociedad de la información*”, permitiendo el desarrollo de libertades y derechos en un formato diferente.

La expresión “*entorno digital*” aúna todo lo que ha significado la revolución informática para el desarrollo de la sociedad de la información y del conocimiento. Además, Internet, ha provocado una intensa transformación por su omnipresencia e indispensabilidad, impulsando, además, la continua utilización de dispositivos electrónicos, universalizando la informática para cualquier ciudadano, en cualquier parte del mundo y en todos los ámbitos, a nivel personal y profesional.

Es precisamente el objeto del presente trabajo de investigación analizar la eficacia de los derechos de la personalidad en este escenario tecnológico que afecta a todas las facetas de la vida diaria del individuo. Estos derechos se incorporan en un ámbito social y dinámico, provocado por el carácter relacional del individuo, amoldándose a la cultura de la persona y al tiempo en el que vive. Por tanto, ante la convivencia social del individuo en cada cultura y en cada época, los derechos de la personalidad jugarán un papel importante en cuanto a la salvaguarda de su propia identidad en unos casos y, en cuanto a las cualidades y actos que deben quedar en el ámbito más íntimo o privado, en otros.

Los derechos de la personalidad, presididos por el derecho a la intimidad, poseen una identidad propia, aunque se encuentran directamente interrelacionados, ya que en su conjunto, ordenan la vida privada frente a las intromisiones ajenas e in consentidas, ya sea en el plano tradicional, o en el entorno de Internet. La conjunción de los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen nos va a permitir valorar cuando se ha lesionado la privacidad en alguna de sus manifestaciones, sin que sin embargo, se pueda definir con certeza y a priori, en qué consiste exactamente esta noción jurídica.

Junto a ellos, los derechos a la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones y el derecho a la autodeterminación informativa o derecho a la protección de datos, poseen una autonomía propia reconocida por la CE, siendo manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar, como instrumentos dirigidos a la protección de dicho derecho fundamental. Un derecho que ha de estar en sintonía con la inmediatez de la técnica, que disloca el espacio-tiempo típico de la protección tradicional, a una magnitud superior, en ocasiones ilimitada (por no delimitada). ¿Por qué otorgar la máxima protección a la inviolabilidad domiciliaria, cuando el grueso de nuestra información más personal está en la red, en un servidor cuyo lugar y tiempo de disposición se ignora?

Pero no es la tecnología la que colisiona con el derecho a la intimidad en todas sus manifestaciones. La tecnología crea el espacio para el ejercicio de derechos y es aquí donde se produce la colisión de éstos entre sí, cuando no hay una prevalencia clara entre los mismos. Un ejemplo de ello es el ejercicio de las libertades de expresión y de información, especialmente en Internet, como derechos que tienden a colisionar con la intimidad, el derecho a la propia imagen o la protección de datos personales.

Además, la autonomía de la voluntad crea vínculos entre los particulares en sus relaciones jurídicas, algunas de las cuales, como la relación laboral, se caracteriza por la nota de dependencia del trabajador frente al empresario. Ello plantea la cuestión de la pervivencia de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito del contrato de trabajo y, por tanto, una nueva colisión entre el poder de dirección del empresario, fruto del ejercicio del derecho a la libertad de empresa y los derechos del trabajador.

Para exponer y solventar las situaciones de conflicto que se originan entre la intimidad y otros derechos y, en particular, en las relaciones jurídicas privadas, se hace necesario un estudio metodológico amplio, que a su vez tenga en cuenta la incidencia del entorno digital como un espacio que no puede escapar, a pesar de las dificultades, de la garantía constitucional que implica el reconocimiento de un derecho fundamental.

Son muchas y variadas las críticas que se pueden oponer a una investigación tan compleja y extensa, como es el intento de analizar, desde un punto de vista multidisciplinar y transversal, los efectos que las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación provocan en la eficacia del derecho fundamental a la intimidad y en los demás derechos de la personalidad en el ámbito jurídico-privado. Cabría reducir el estudio al plano teórico del contenido y límites de los derechos fundamentales, o bien, a un estudio jurídico-privado sobre el alcance de la autonomía de la voluntad en las relaciones entre particulares, cuando entra en juego un derecho fundamental. Podría también abordarse desde la perspectiva de las normas y principios que regulan la relación laboral, paradigma de la conjunción heterónoma entre normas públicas y privadas.

Pero es precisamente la causa y el objetivo de este trabajo abordar la necesaria complementariedad entre las distintas disciplinas que contemplan una misma situación de hecho, ya sea en el plano tradicional o tecnológico. Como señalara ALONSO OLEA, *“los sectores del ordenamiento no son estancos, la delimitación rígida de las disciplinas, cualquiera que sea el elemento que se tome como diferenciador, es tarea de antemano condenada al fracaso”*.

El ordenamiento jurídico reviste una profunda unidad que supera la artificialidad de la división académica de las distintas ramas. Por ello se hace necesario llevar a cabo un

estudio que tenga en cuenta los distintos sectores del ordenamiento, para entender las soluciones propuestas con el fin de lograr una coexistencia pacífica entre los distintos derechos que pugnan por la prevalencia y, en algunos casos, incluso por su propia supervivencia.

El objetivo de esta tesis se sustancia en sustituir una concepción conflictivista que llevaría a la defensa a ultranza de unos derechos por encima de otros, por otra armonizadora y capaz de delimitar el ámbito de su ejercicio legítimo, permitiendo su ajuste en el ordenamiento jurídico y el contexto vital en que tales derechos de ejercen.

Cada uno de los Capítulos de esta tesis trata de aportar los principios y criterios que, en su conjunto, son aplicables para armonizar situaciones de conflicto:

1) El estudio del derecho a la intimidad y de los derechos de la personalidad en el entorno digital, afectados, sin duda, por la rápida evolución de las tecnologías de la información y de la comunicación a través de Internet y los pujantes y evolucionados sistemas de comunicación, debe partir de la teoría de los derechos fundamentales, analizando su delimitación, contenido esencial y sus límites, en cuanto a garantizar la privacidad del individuo. Un breve análisis histórico permitirá entender la concepción dinámica de estos derechos, para afrontar los problemas planteados en un escenario diferente al amparo del que nacieron y se positivizaron.

Fruto de esta evolución, se constata un primer factor de adaptación al entorno digital y tecnológico. El derecho a la intimidad, como salvaguarda de una esfera privada, ya sea personal, familiar o social, ha trascendido hacia un nuevo ámbito: La limitación de la informática para salvaguardar la intimidad, entendida ahora como el derecho a la protección de los datos personales, o derecho a la autodeterminación informativa. Este derecho protege al individuo sobre el control de sus propios datos personales, que sin ser íntimos, permiten la identificación del individuo y de sus características, gustos y aficiones.

2) La colisión de derechos, resuelta tradicionalmente por la delimitación del núcleo esencial de los mismos y la configuración de sus límites, aplicando las reglas de ponderación bajo el principio de proporcionalidad, resulta más complejo en el ámbito de la sociedad de la información. El conflicto de derechos y la tutela del Estado ya no se plantea como una protección frente a actos vulneradores de los poderes públicos, sino también frente a la omisión de éstos en su deber de garantizarlos.

La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, plantea a su vez, en qué medida repercute en el principio de la autonomía de la voluntad, pudiendo afectar a la libertad individual de cada uno en el libre desarrollo de su personalidad. Ya desde este primer momento, nos postulamos a defender que esta eficacia no supone la eliminación de la autonomía privada, si bien, de igual forma que los derechos fundamentales actúan como limitadores al poder del Estado, al tener virtualidad y eficacia en las relaciones entre particulares, actúan también como limitadores de los poderes privados, pudiendo afectar, por tanto, a la autonomía de la voluntad.

En el plano de las relaciones laborales, se define y describe el poder de dirección empresarial reconocido en el ET, como una manifestación de la dependencia que implica la propia existencia del contrato de trabajo y que conlleva la subordinación del trabajador a las órdenes e instrucciones a través de las cuales el empleador ordena la prestación

debida por el trabajador y especialmente, el uso adecuado de las herramientas de trabajo puestas a disposición de este último.

El contrato de trabajo no puede suponer la negación de los derechos fundamentales del trabajador, que como ciudadano, conserva su derecho a la protección de su intimidad. Sin embargo, este derecho no es absoluto, en la medida que está sujeto a los límites internos que derivan de su coexistencia con otros derechos, también constitucionalmente protegidos, como es el derecho del empresario a la libertad de empresa.

La propia existencia de la relación laboral, en cuanto pacto o contrato entre empleador y trabajador, posee unas características intrínsecas, como son la bilateralidad, reciprocidad, dependencia y ajeneidad, que modulan la eficacia del derecho a la intimidad, respetando, claro está, su contenido esencial. El uso de la tecnología y la puesta a disposición del trabajador de herramientas informáticas que son propiedad de la empresa ha planteado la cuestión de si el trabajador (o en el plano colectivo, los representantes de sus trabajadores) puede hacer un uso particular de estos modernos sistemas de comunicaciones (como Internet, correo electrónico, *chat*, etc.), y en qué medida, de forma que no constituya un uso abusivo, de acuerdo a los intereses de la empresa.

Ello conlleva una reinterpretación de las normas para salvaguardar el derecho a la intimidad del trabajador en su ámbito profesional. La amplitud de los métodos de control que la tecnología facilita al empresario, de no ordenarse adecuadamente, puede suponer una ruptura del equilibrio de los intereses laborales y empresariales, bien privando al trabajador de su derecho a la intimidad, bien restringiendo el poder de dirección, constitutivo y necesario en la propia naturaleza de la relación laboral.

3) La potencialidad de las vías de comunicación a través de Internet, como verdaderas autopistas del conocimiento, intercambio de datos, e incluso, espacio de trabajo, pone en riesgo la privacidad de la información, que incluso puede ser "*integral*" de la persona. El problema no es solo la falta de consentimiento del afectado, sino que en demasiadas ocasiones, éste ni siquiera conoce la información que sobre sí mismo circula en la red.

En la sociedad de la información, se difumina la separación entre lo privado y lo público. La comunicación no es estrictamente privada, pero tampoco es completamente pública. Internet permite mayor libertad al individuo para satisfacer sus necesidades y desdibuja los límites entre la libertad de expresión e información, asumiendo un importante papel en la evolución y desarrollo de la opinión pública. Todos los usuarios acceden, opinan e informan a su voluntad. Las redes sociales permiten interactuar, sin necesidad de identificación, ante una comunidad específica, lo que implica riesgos ante la difusión de información de cualquier tipo, propia o de terceros que, además, está al alcance de todos a través de motores de búsqueda rápidos y efectivos. El resultado es el acceso público a cualquier tipo de información, ya sea en forma escrita, de imagen o sonido, con o sin consentimiento de la persona afectada.

Las redes sociales, como *Facebook* o *Twitter*, se han convertido en un medio de influencia y de opinión pública, superando a los tradicionales medios de prensa. La difusión de la información a través de las redes sociales puede suponer un ataque en toda regla al honor de las personas, físicas o jurídicas, con una trascendencia enorme, por la publicidad negativa que se difunde y multiplica en un espacio universal.

El crecimiento exponencial del número de usuarios de Internet, el uso de ordenadores, *smartphones* y otros dispositivos avanzados como bienes básicos de consumo han generado importantes beneficios económicos y sociales, incorporándose a la vida diaria de los ciudadanos. A ello contribuye la extensión de la banda ancha y la sustitución de los medios tradicionales de comunicación oral y escrita por el correo electrónico, la mensajería instantánea, las videollamadas, las redes sociales, los servicios de *cloud computing* y muchos otros directamente relacionados con Internet.

Al amparo de las distintas aplicaciones puestas a disposición de los “*internautas*”, se crea una industria propia que comercializa las preferencias de los usuarios, su identidad y sus datos, para fines comerciales o para el desarrollo de bancos de información útiles para cualquier finalidad, que a priori, se desconoce. Ello provoca la necesidad de articular una adecuada protección de la privacidad de las personas. A mayor cantidad de información procesada, mayor necesidad de protección.

La utilización ilimitada de la información que sobre el individuo consta en Internet ha provocado conflictos derivados de la autonomía o disposición sobre los datos personales. La demanda por la desaparición o cancelación de datos ha provocado la aparición del denominado “*derecho al olvido*”, cuyo objeto es la eliminación de aquella información que puede afectar negativamente al individuo. El caso más significativo ha sido el asunto *Mario Costeja*, resuelto por el TJUE en favor de retirar de los motores de búsqueda en Internet la publicación de una anterior sanción administrativa ya extinta.

Todo ello nos exige de nuevo buscar criterios de equilibrio y armonización entre el contenido de los derechos a la libertad de expresión e información y los derechos al honor, intimidad y propia imagen, bajo la perspectiva de esta nueva situación.

Si llevamos todo ello al terreno de la relación laboral, no puede pasar desapercibido que la tecnología y las telecomunicaciones, así como el uso de la informática son el centro y apoyo logístico para la gestión, visión y estrategia del conjunto de las áreas funcionales de la empresa. El trabajador se convierte en usuario de Internet y partícipe de la sociedad de la información, pero actuando por cuenta de la empresa. Los conflictos que genera para la privacidad del trabajador el hecho de tener que poner a disposición de terceros sus datos personales, perfil o fotografía, son una consecuencia más de lo que Marshall McLuhan, denomina la “*Galaxia Internet*”.

En esta “*Galaxia*” el empresario también puede recabar datos del trabajador publicados en otros contextos para tomar decisiones. Desde la búsqueda de competencias o referencias en un procedimiento de selección, hasta el conocimiento de hábitos personales que pueden influir en la relación laboral. Incluso, el trabajador también puede hacer uso de la red para divulgar, desde opiniones o críticas de la empresa o de sus componentes, hasta difundir información confidencial o transmitirla a terceros.

Con estos elementos de juicio, se trata ahora de buscar los criterios de solución frente a los conflictos que se presentan, fundamentalmente, ante la concurrencia de tres elementos: Los derechos fundamentales, la relación laboral y el escenario de las tecnologías de Internet y las telecomunicaciones.

4) El primer conflicto específico se genera a raíz del ejercicio del poder de dirección por

parte del empresario: ¿Puede el empresario restringir, limitar o prohibir el uso particular de los medios tecnológicos de la empresa por parte del trabajador? Siendo éste un tema manido en la doctrina, tanto constitucional, como laboral, sin embargo es extremadamente amplio, y existen todavía espacios donde se pueden hacer aportaciones interesantes, apuntadas por la doctrina o en sentencias de nuestros Tribunales de Justicia.

Las actuales tecnologías de la información y las comunicaciones, aplicadas a las relaciones laborales, posibilitan nuevas formas de organización del trabajo, más flexibles, dinámicas y eficientes, permitiendo aumentar la productividad, adaptarse al fenómeno de la globalización y crear estructuras organizativas o núcleos de actividad, que incluso permiten prescindir de un centro de trabajo físico (trabajo a distancia, teletrabajo, comercio electrónico, teleoperadores, etc.). La propia organización empresarial puede actuar en el mismo ciberespacio, en Internet, como espacio propio de negocios.

El uso de las herramientas informáticas propiedad de la empresa por el trabajador, constituye un espacio en el que éste puede ejercer su derecho a la intimidad, siempre en armonía con el uso racional y permitido de estos medios, cuya regulación, corresponde al empresario. Si del uso permisivo nace una cierta expectativa de intimidad, este derecho no es absoluto, debiendo coexistir con el ejercicio de la libertad de empresa, a través del cual, el empleador, en uso de su poder de dirección, podrá reclamar al trabajador la ejecución de su trabajo, de acuerdo a las pautas y al rendimiento indicado o pactado, exigiendo responsabilidad disciplinaria en caso de incumplimiento.

De la misma forma, cabe entender que el empresario puede controlar y fiscalizar por propia iniciativa el uso privado de los medios tecnológicos empresariales, puestos a disposición del trabajador, pero respetando siempre la expectativa de privacidad del trabajador, que vendrá determinada por la prohibición total o parcial y de las instrucciones y advertencias previamente establecidas en la normativa aplicable, o en los códigos o protocolos de conducta establecidos.

Sin embargo, el avance de la tecnología ha provocado al mismo tiempo una flexibilidad de la nota de dependencia en la relación laboral. Ello provoca y demanda una atención especial en relación a lo que podríamos llamar "*trabajo a reglamento*".

Esta flexibilización en el cumplimiento de los deberes laborales tiene repercusiones positivas para el trabajador, en cuanto le permite pactar condiciones de trabajo adaptadas a sus situaciones personales y familiares. La tecnología permite atender determinadas obligaciones laborales en un horario flexible, donde la disponibilidad ante determinadas situaciones puede ser inmediata. A cambio, el trabajador puede emplear y distribuir su tiempo de trabajo de forma compatible con actividades de formación, ocio, o de conciliación de la vida personal y familiar.

La relación entre la empresa y los trabajadores se configura desde unas expectativas de confianza y, concretamente, en el deber de lealtad. Pero esta relación de confianza no es unidireccional, sino que debe ser recíproca. De esta forma, si el trabajador goza de ciertos espacios de confianza que le pueden inducir a la deslealtad, es lógico la creación de un entorno de control adecuado en la empresa que inspire y promueva al mismo tiempo la necesaria confianza, creando así un equilibrio en el que estarían justificadas algunas políticas de control proporcionadas.

En este ámbito es donde se trata de proponer unos principios que hagan compatible el uso de la tecnología para fines particulares con el poder de dirección empresarial, de forma que sean compatibles los derechos del trabajador a la intimidad, secreto de comunicaciones y protección de datos en el ejercicio regular de su prestación laboral a través de Internet, correo electrónico o del resto de dispositivos electrónicos.

Estos principios deben atenderse en su conjunto, pues al carácter invasivo de la tecnología no se puede anteponer únicamente una proclamación de derechos. Es necesario velar por la eficacia en su ejercicio y preservar el núcleo irreductible de aquellos derechos inherentes a la dignidad de la persona, incluso en el ámbito de una relación presidida por la autonomía privada, en la que el consentimiento “obligado” no puede ser motivo para justificar una verdadera pérdida de capacidad o libertad real del individuo.

5) Una de las técnicas de control más invasivas de los derechos a la intimidad y a la propia imagen son los modernos sistemas de videovigilancia. El peligro que comporta la videovigilancia deriva de su confrontación con algunos derechos fundamentales que, en defensa de la inviolabilidad de la persona y de la facultad de exclusión de injerencias por terceros, resultan socavados por la técnica.

La instalación de cámaras en lugares públicos y centros de trabajo aumenta la sensación de seguridad, beneficia a las organizaciones, a sus clientes y a la sociedad en general. Sin embargo, si aplicamos la videovigilancia al ámbito laboral, con la finalidad de monitorizar a los trabajadores, se produce una invasión en la privacidad de las personas que aumenta los niveles de estrés y perjudica la salud, disminuyendo la calidad de vida en el trabajo. El trabajador monitorizado tiene una menor motivación por la falta de confianza, provocando además una disminución en el sentimiento de lealtad hacia la organización.

En el ámbito laboral, la protección frente a la videovigilancia de los trabajadores se lleva a cabo no solo por los derechos a la intimidad y a la propia imagen, sino también a través del derecho a la protección de datos. Estos procesos conllevan normalmente un tratamiento de la información. En la medida que los datos obtenidos permitan la identificación de la persona y sean almacenados y tratados, se sitúan dentro de la órbita de protección del derecho a la protección de datos.

Analizando los distintos argumentos doctrinales y jurisprudenciales, así como criterios administrativos y dictámenes de grupos especializados, nacionales o internacionales, se trata de establecer los principios en los que se desenvuelve el derecho a la intimidad del trabajador y a los que ha de someterse cualquier actividad empresarial de control y vigilancia, aún en el ámbito de la relación laboral.

En virtud de estos principios, el hecho de instalar un sistema de videovigilancia que suponga la obtención y tratamiento de datos personales, deberá estar justificado, vincularse a una finalidad y abstenerse de la libre disposición y cesión de dichos datos. El solo hecho de que los trabajadores puedan alegar un uso desviado y no informado de la vigilancia con videocámara, puede dar al traste con la prueba objeto de una sanción disciplinaria en ejercicio del poder de dirección del empresario.

Por tanto, la utilización de la videovigilancia como medio de control del poder de dirección del empresario no está limitado solo por un atentado directo a la intimidad, que excluye la grabación de imágenes en lugares reservados, sino también, por la indebida

utilización de los datos que han sido captados para otra finalidad. Así ha ocurrido, por ejemplo, en la STC 29/2013, de 11 de febrero, cuyos parámetros no se han seguido en la STC 39/2016, de 3 de marzo, en la que se sacrifica la información sobre el control al trabajador, ante las graves consecuencias del incumplimiento, aplicando el principio de proporcionalidad y resultando “*tocado*” el propio contenido esencial del derecho.

Otro de los medios tecnológicos de control empresarial, particularmente invasivo del derecho a la intimidad del trabajador, se basa en las aplicaciones de geolocalización *on-line* que permiten la obtención de todo tipo de información en tiempo real sobre la localización del portador del dispositivo.

En el ámbito profesional, la geolocalización sirve para dar a conocer a las empresas la localización de sus vehículos de transporte, así como disponer de sus recursos móviles para atender mejor a sus clientes. Sin embargo, en la medida que estos dispositivos permiten identificar estos movimientos y comportamientos, tanto dentro como fuera de la jornada de trabajo, atentan directamente contra la intimidad de las personas.

La salvaguarda de los derechos del trabajador exige un uso adecuado a la finalidad para la que se utilizan estos dispositivos. En la medida que recogen información fuera de la jornada laboral y, por tanto, de naturaleza privada, deben ser advertidos al trabajador y éste deberá prestar su consentimiento, facilitándosele además la oportunidad de desconectarlos. Sin embargo, este y otros medios de control han sido utilizados de forma oculta ante sospechas de un incumplimiento grave del trabajador. Se plantea así la necesidad de sacrificar una parte importante de los derechos a la intimidad y a la protección de datos, que podría afectar incluso al núcleo o contenido esencial de los mismos, ante la naturaleza de un incumplimiento grave, aplicando el principio de proporcionalidad en casos excepcionales y ante la imposibilidad de acreditar los hechos a través de un medio menos invasivo.

6) Enlazando con lo anterior, se acomete específicamente la repercusión que para la privacidad del individuo tiene la difusión y disponibilidad de sus datos personales, especialmente a través de los actuales medios telemáticos. El derecho a la intimidad, tiene por objeto salvaguardar el respeto de la vida privada y familiar del individuo, cuyo poder se limita a la exclusión de interferencias ajenas, siendo su tutela estática, es decir, negativa. Sin embargo, la protección de datos, por el contrario, fija normas sobre las modalidades de tratamiento de datos y se concreta en poderes de intervención: La tutela es dinámica, y sigue a los datos durante su circulación.

Cabe argumentar que la tradicional teoría de las esferas, válida para explicar el derecho a la intimidad, ha sido sustituida por la denominada “*teoría del mosaico*”, al entender que si bien es verdad que de toda la cantidad de datos almacenada de cada persona, separadamente no aporten nada relevante, sí que es posible que en su conjunto, permitan incluso conocer datos de la personalidad que llegarían a desvelar hasta sus gustos y aficiones, abarcando espacios o círculos reducidos de los que extrapolar información que puede ser relevante, por ejemplo, en un proceso de selección.

El riesgo se basa en la siguiente evidencia: Todo dato personal que figura en Internet en un formato que permita su búsqueda indexada está a disposición de cualquier persona con solo introducir en el buscador una palabra, un nombre o una característica peculiar o individualizada del objeto de búsqueda.

El problema reside en la situación de necesidad creada por la interrelación del hombre y la máquina. Se ha dicho que quien no está en Internet no existe. Ello provoca una artificial distinción entre la existencia física y la digital, donde ésta última puede incluso sobrevivir al propio individuo. La opción de mantenerse al margen de Internet supone un menoscabo en la capacidad del individuo en el ámbito profesional, relacional y personal. Existe una necesidad de un “*consumo tecnológico*”, generador de un auténtico entorno digital del individuo. A través del intercambio y acopio de una serie de *bytes* en este entorno digital se encuentra toda la información electrónica que voluntaria, o involuntariamente, consciente o inconscientemente, el individuo genera con su actividad.

Si bien la construcción y la concepción de este derecho no ofrece dudas sobre su eficacia en la salvaguarda de la denominada autodeterminación informativa del individuo, sin embargo, algunas malas prácticas en el ámbito, sobre todo de Internet, han provocado la necesidad de adoptar medidas que, fundamentalmente, garanticen la efectiva prestación del consentimiento. Las visitas a las páginas *web* o la propia navegación por Internet, dejan rastros de la persona a través del ordenador. La intervención en las redes sociales, con frecuencia provocan la construcción de un perfil, con una fotografía, acompañada de información relativa a educación, profesión, gustos y aficiones. En estas y otras ocasiones, es el propio individuo quien autoriza el tratamiento de sus datos personales sin ser plenamente consciente de ello.

Estas situaciones han hecho modificar la normativa europea de protección de datos, con el fin de garantizar, precisamente, la obtención del consentimiento informado, así como la conveniencia de adoptar aplicaciones cuyo diseño generen el menor menoscabo posible para el individuo. Se trata de la denominada “*Privacidad por diseño*”.

En el ámbito laboral, el derecho a la protección de datos también tiene peculiaridades, sobre todo, en relación a la prestación del consentimiento. El consentimiento no será preciso cuando los datos de carácter personal se refieran a personas vinculadas por una relación laboral y sean necesarios para el mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del contrato. Sin embargo, sí será necesario el consentimiento para recabar datos con otra finalidad distinta.

El estudio de la normativa de protección de datos incide en las relaciones laborales, de forma que el empresario no podrá hacer un uso inadecuado de los datos personales del trabajador, ni cederlos a un tercero. Además, se proponen unos principios que el empresario deberá tener en cuenta en el tratamiento de datos, entre los que destacan los de calidad, finalidad y proporcionalidad en la obtención y uso de tales datos.

7) En consonancia con el progreso tecnológico, cabe tener en cuenta que las colisiones de derechos en estos nuevos canales que conforman el entorno digital han provocado la necesidad de ajustar los mecanismos de protección, tanto frente al Estado, como frente a los particulares, ante actos invasivos de éstos en nuestros derechos y libertades.

La legitimidad del poder estatal depende de su capacidad para asegurar la vigencia de estos derechos, mediante la creación y aplicación eficaz del derecho positivo que los incorpora. Es decir, el Estado no solo asume la obligación negativa de respetarlos, ajustando el contenido de su propio poder a los límites que imponen los derechos, sino que asume la obligación positiva de hacerlos valer en el seno de la sociedad.

El desarrollo tecnológico y el cambio en los hábitos sociales han exigido una concreción escalonada y una adaptación del texto constitucional a las nuevas situaciones que incluso trascienden a la soberanía del propio Estado. Es necesario afrontar los problemas que superan los límites territoriales en una realidad virtual que carece de fronteras físicas.

Cada una de las vías de protección de los derechos fundamentales de la personalidad se ajusta a las normas procesales de cada uno de los Órdenes Jurisdiccionales, existiendo especialidades en cada uno de ellos que han de ser tenidas en cuenta. Pero a pesar de ello, el juez ordinario es considerado juez constitucional, en la medida en que incorpora los valores y derechos constitucionales que determinan su decisión y forman parte esencial de la fundamentación jurídica de sus fallos.

La garantía del recurso de amparo ante el TC, frente a violaciones de los derechos fundamentales por los poderes públicos, ha sufrido una evolución favorable hacia el conocimiento de las lesiones provocadas por los particulares. La LOTC omite los actos de particulares como posible objeto del recurso de amparo. Este silencio ha sido consecuencia de la falta de consenso sobre la cuestión sustantiva de hasta qué punto los derechos fundamentales deben desplegar eficacia en las relaciones entre particulares. Sin embargo, cuando el TC ha considerado que la respuesta ha de ser afirmativa, no ha tenido reparos en admitir el recurso de amparo, lo que justifica imputando la violación del derecho fundamental al órgano judicial que en su momento no otorgó la debida protección.

La protección civil de estos derechos, en su regulación por la LO 1/1982, de 5 de mayo, trata de restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior, reconociendo incluso una indemnización por los daños y perjuicios causados. Las intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen, pueden ser causadas por los actuales medios tecnológicos que permiten una amplia divulgación de las informaciones publicadas en perjuicio de estos derechos.

La protección otorgada por el derecho penal debe plantearse en el ámbito de la informática como un instrumento para garantizar que el progreso tecnológico no se realice a costa de la libertad y los demás derechos fundamentales de los ciudadanos. Por ello, la política criminal deberá servir de correctivo para aquellas situaciones en las que la lógica de las nuevas tecnologías implique un sacrificio de los bienes jurídicos.

Fruto de ello, ha sido la reforma operada en el CP a través de los arts. 197 a 200 del CP de 1995, que regula los delitos denominados "*contra la libertad informática*", en el Capítulo I "*Del descubrimiento y revelación de secretos*" del Título X, denominado "*Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*". Ha sido la constante evolución de la tecnología y el empleo de ésta para llevar a cabo diversas conductas reprobables, lo que ha obligado al legislador a incorporar nuevas figuras delictivas o adecuar los tipos penales existentes, con el fin de ofrecer una respuesta más adecuada a las nuevas formas de delincuencia. De esta forma, además del delito de revelación de secretos y vulneración de la intimidad, se prevén otras figuras delictivas, como el delito de intrusión informática o el delito de daños informáticos.

De especial importancia resulta el Orden Social, donde el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales regulado en la LRJS es la vía adecuada para la protección del trabajador en sus derechos fundamentales en la relación laboral. La declaración de vulneración de un derecho fundamental, indicando el derecho o libertad infringidos y la declaración de nulidad radical de la conducta del empresario, formarán parte del fallo de la sentencia que obligará asimismo a la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable.

Sin embargo, lo más destacable en el aspecto procesal es la valoración de la prueba tecnológica, teniendo en cuenta que la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales determinará que los materiales probatorios obtenidos mediante dicho acceso habrán de ser considerados prueba ilícita y, por tanto, de acuerdo con lo previsto en art. 11 LOPJ, quedarán desprovistos de eficacia probatoria.

Se aportan algunos ejemplos sobre cómo las nuevas tecnologías se han incorporado también al proceso, especialmente en el ámbito laboral, tratando de acreditar hechos que han tenido lugar con ocasión o por consecuencia del manejo de un ordenador, el acceso a Internet, la mensajería instantánea, los dispositivos de geolocalización, e incluso, la propia constancia de un hecho en una red social en la que el trabajador llega a publicar el testimonio, las fotografías o vídeos que acreditan un incumplimiento laboral.

Finalmente, ha de advertirse al lector que la presente Tesis ha quedado cerrada a día 31 de agosto de 2016.

CAPÍTULO I

EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL MARCO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. ALGUNAS CUESTIONES BÁSICAS DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

1.1. INTRODUCCIÓN

El estudio del derecho a la intimidad y de los derechos de la personalidad, sea en el ámbito personal o laboral, o en el plano de la problemática que plantea la rápida evolución de las tecnologías de la información y de la comunicación, especialmente a través de Internet y los pujantes y evolucionados sistemas y elementos de comunicación, debe partir de la perspectiva de la teoría de los derechos fundamentales.

La delimitación de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares que se expone en este trabajo de investigación, precisa de una sistemática que, enfocada a un ámbito laboral o profesional y, en particular, a un entorno virtual, necesita partir de unas bases comunes de configuración de estos derechos.

Es precisamente la incidencia del factor tecnológico lo que ha llevado a plantear los efectos y consecuencias del ejercicio de derechos en un formato diferente. Por ello, no solo es necesario conocer los mimbres que conforman los derechos fundamentales en la sociedad a la hora de constituir un Estado de derecho, sino que habrá que llevar a cabo un ejercicio hermenéutico para que éstos se puedan aplicar en esta sociedad, que ahora, como en un mundo paralelo pero real, también es “*virtual*”. Por supuesto que en esta realidad deben ser igualmente eficaces los derechos de la personalidad, entre los que se abre paso el derecho a la protección de datos, protector del ámbito privado frente al enorme banco de información accesible en Internet. También aquellos que pudieran entrar en colisión con ellos, como la libertad de expresión, el derecho a informar y a ser informado, la libre comunicación y en especial, en el ámbito de la relación laboral, la libertad de empresa y su manifestación en el poder de dirección del empresario.

Por ello, la sistemática ha de ser muy clara para llegar a los objetivos marcados, que no son otros que valorar la eficacia de la tecnología en la dinámica de los derechos de la personalidad de un individuo sujeto a una relación jurídica particular, como es el contrato de trabajo.

En este sentido es preciso escalonar el objeto de estudio en las siguientes vetas, que se irán abriendo en cada uno de los Capítulos, pero cuya base parte de la existencia, significación y eficacia de los derechos reconocidos en nuestra Constitución:

1ª) Conocer, identificar y delimitar los derechos fundamentales que pueden estar en juego, en cuanto derechos-libertad que ostentan todos los individuos por el mero hecho de serlo en el entorno de la CE y de los Tratados internacionales de los que España sea parte y, por tanto, formen parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Si llevamos esta concepción tradicional al ámbito tecnológico, habría que plantear si cabe individualizar otros derechos que pudieran considerarse fundamentales, o si

formarían parte de los ya existentes, como por ejemplo, el derecho al olvido digital, o el derecho de todos los ciudadanos a acceder a Internet como medio de información y de comunicación sin sujeción a restricción o censura.

En este sentido, ha de propiciarse un adecuado conocimiento del alcance de los actuales derechos de la personalidad y, en particular, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como la garantía del derecho al secreto de las comunicaciones, en especial, las tecnológicas. Entre éstos, hay que incluir a la libertad informática en su doble vertiente: El respeto al carácter reservado de determinados datos personales (negativa) y la facultad de controlar esos datos por su titular (positiva). Partiendo de los mismos, se examinará en los Capítulos posteriores si fruto de la innovación tecnológica, pero desde el punto de vista constitucional, es posible reconocer nuevos derechos de libertad. Es decir, si es necesario elaborar o modificar nuevas normas constitucionales para definir o redefinir figuras jurídicas o instituciones de garantía. Sin embargo, la opción que desde este trabajo se tratará de defender es que nuestra Constitución es todavía un reflejo de nuestra sociedad, a pesar del progreso tecnológico. Los actuales derechos y libertades requieren un análisis interpretativo orientado a resolver los problemas planteados por el ejercicio de derechos en la sociedad virtual.

2ª) Conocer el derecho a la libertad de empresa, en virtud de la cual se lleva a cabo una actividad en la que se desenvuelve la relación laboral, un espacio de autonomía privada que, sin embargo, está tutelado por un conjunto de normas de distinta naturaleza, desde la CE, la ley y la potestad reglamentaria de la administración, las normas heterónomas a las que la ley reconoce eficacia vinculante (los convenios colectivos), hasta los pactos y acuerdos, individuales y colectivos que tienen una eficacia contractual entre las partes.

La actual sociedad de la información y del conocimiento, posibilita y sirve de base al negocio jurídico-digital, en el sentido de llevar a cabo actividades emprendedoras a través de Internet, lo que ha transformado incluso los hábitos del consumidor. En esta "nueva empresa" el trabajador se somete, de forma física, virtual o mixta, a un nuevo modelo de producción, interrelación y de utilización de herramientas de trabajo compatible con un mercado cambiante, tanto desde el punto de vista del tráfico negocial, como de las demandas tanto del productor como del consumidor.

La situación hasta aquí descrita plantea algunos interrogantes: ¿Está realmente preparado el conjunto de normas aplicable al individuo-trabajador para afrontar los problemas que pueden afectar a sus derechos en el ámbito de la empresa tecnológica o virtual? La concepción del sistema normativo integrador, ¿realmente prevé o puede dar cobijo a la eficacia de los derechos en un ámbito complejo en el que todos los protagonistas, y no solo la clásica relación empresario-trabajador, comparten acceso, comunicación e información, a través de Internet?

3º) Delimitar el alcance del poder de dirección derivado de la libertad de empresa, su legitimidad y justificación, para precisar su impacto en la persona del trabajador, sujeto además a las notas de subordinación y dependencia definitorias del contrato de trabajo en el marco de un catálogo de derechos y deberes que lejos de ser cerrado, es además difuso, en cuestiones que se enfrentan a la esfera de sus derechos fundamentales.

En el marco tecnológico de acceso y funcionamiento 24 horas al día y 365 días del año, como espacio común de intercambio de información y comunicación, ¿donde está la

separación de lo personal y lo profesional? La magnitud "*tiempo*" deja de ser una unidad de medida cuando el propio objeto de la prestación laboral se supedita, no ya a un trabajo con ordenador, sino a una disponibilidad relativa, aparentemente inocua, pero que permite actuar al trabajador como tal, a través de una red social, de un *smartphone*, una *tablet*, o a través de la mensajería instantánea en cualquier momento.

Además, el modo de prestación cambia, cuando lo que se exige ya no es un producto determinado, medido, contado o pesado, sino que es una acción o participación en un espacio virtual, en el que incluso cabe la comunicación en tiempo real, no solo con el empleador, un cliente u otro trabajador, sino con terceros presentes en esa realidad virtual que es Internet. ¿Hasta qué punto es trabajo, o hasta qué punto se ostenta la condición de "*trabajador*" y por tanto se está sujeto a la disciplina del poder de dirección del empresario? La delimitación entre los derechos de la personalidad, bajo un consentimiento cuasi forzado del trabajador, no ya por el empresario, sino por la propia sociedad, queda en un espacio difuso en el que adquiere ventaja la libertad de empresa, en perjuicio de derechos cada vez más difíciles de salvaguardar, sobre todo en lo relacionado con la privacidad.

4º) Constatar la colisión de derechos que se producen entre los que ostenta el trabajador, como individuo, en el marco de su libertad personal, y los que cabe atribuir al empleador o empresario, en el marco de la libertad de empresa. Dicha colisión de proyecta en diversos ámbitos, a saber:

En primer lugar, respecto a la afectación de la propia libertad de pactos que consagra el derecho civil, restringida en el contrato de trabajo a condiciones laborales que son cuestiones de orden público, establecidas por la ley (el ET y sus normas de desarrollo), y que incluso impide al trabajador renunciar a derechos indisponibles como el salario mínimo establecido, la seguridad en el trabajo, etc.

En segundo lugar, respecto a la autonomía de la voluntad, en cuanto a los pactos y cláusulas que, unas veces bajo la cobertura del convenio colectivo, y otras bajo el consentimiento personal, obligan en el seno de una relación recíproca a realizar determinadas prestaciones en las condiciones pactadas. Estas condiciones pueden ser contrarias no solo a la normativa laboral, sino que pueden incidir en los derechos fundamentales de forma directa, afectando a la propia dignidad de la persona (igualdad y no discriminación, integridad física y moral). Pero también el propio marco laboral restringe o modula el ejercicio de determinados derechos, como los relativos a la intimidad y privacidad, la libertad de expresión, libertad de información, libertad de prensa de los periodistas o sobre la libertad de pensamiento e ideología, al estar el trabajador sometido a una disciplina debida al negocio jurídico para el que aporta su trabajo, para la consecución de un beneficio que normalmente se refleja en el mercado.

En tercer lugar, respecto a las medidas de vigilancia y control del empresario, que pueden suponer una sensible intromisión en facetas tan protegidas como la privacidad en su más amplio espectro, con la posible vulneración de los derechos a la intimidad personal y familiar, al honor, a la propia imagen, a la inviolabilidad de domicilio (en supuestos de teletrabajo o de trabajo a distancia), al secreto de las comunicaciones o a la protección de datos personales.

La colisión de derechos, resuelta tradicionalmente por la delimitación del núcleo esencial de los mismos y la configuración de sus límites, aplicando las reglas de ponderación bajo el principio de proporcionalidad, resulta más complejo en el ámbito de la sociedad de la información. El conflicto de derechos y la tutela del Estado ya no se plantea como una protección frente a actos vulneradores de los poderes públicos, sino también frente a la omisión de éstos en su deber de garantizarlos frente a actos que provienen de los particulares.

De un lado, a los problemas tradicionales se suma el hecho de la gran repercusión social que puede tener un dato, una imagen, un vídeo o un escrito, en una plataforma virtual como Internet, espacio de trabajo a la vista de terceros y clientes, donde convive el trabajador en su círculo personal, y donde, vía redes sociales, por ejemplo, es posible acceder a la información de una persona (incluso a su imagen) que por sí, o por terceros, se haya "*subido*" a esta realidad virtual. El problema del consentimiento, especialmente el implícito o tácito, con el que se supone que se ha aportado el dato, puede legitimar el acceso a una información que sin embargo, se utiliza para una finalidad ilícita (por ejemplo, discriminatoria).

Por otra parte, no existen unos límites definidos en el contrato de trabajo o en la normativa aplicable que establezcan un catálogo de supuestos en los que se aclare donde termina el derecho de la empresa a exigir determinada conducta o restringir una determinada actuación, porque empieza el derecho del trabajador, ya sea en su ámbito a la intimidad, en su libertad de expresión o en ejercicio de su libertad ideológica o religiosa. En el espacio virtual "*on line*" de Internet, estos límites son todavía más difusos, ante la convivencia de información personal y profesional que parte de un mismo acceso, ya sea del empresario o del trabajador.

La utilización de unos medios tecnológicos puestos a disposición del trabajador que permiten un uso tanto personal como profesional, deriva en una potestad de control sobre tales medios que afecta o resulta susceptible de afectar al uso personal de los mismos. Ello implica que el control legítimo empresarial sobre el trabajo realizado, puede verse obstaculizado por el acceso a información que pertenece a la esfera privada del trabajador, a la que no debería acceder el empresario. En otras ocasiones, es al contrario, el trabajador utiliza medios propios, tanto para sus asuntos personales, como profesionales, pero que pueden afectar a la imagen de la empresa, sobre todo cuando es de contenidos críticos o de denuncia de una determinada situación.

La facilidad para romper la expectativa de intimidad o de privacidad del trabajador es muy fácil para el empresario con los actuales medios de control, ya sea sobre el elemento utilizado (el ordenador, teléfono móvil o *tablet*), sobre el canal, o bien con procedimientos de geolocalización.

Por todo ello, parece aconsejable enfocar la actual eficacia de estos derechos fundamentales, desde la perspectiva de sus aspectos nucleares o esenciales, por varios motivos:

- En primer lugar, porque la propia teoría de los derechos fundamentales se ha desarrollado en buena medida como consecuencia de las confrontaciones entre personas en una comunidad libre, siendo también libre, aunque menos regulada, la comunidad virtual en Internet en el seno de la sociedad de la información.

- En segundo lugar y, partiendo de la teoría de los derechos fundamentales, es posible identificar, delimitar y sistematizar éstos, mediante la distinción de diversos planos: La caracterización de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos o como garantías institucionales (vertiente institucional del derecho).
- En tercer lugar, se trata de comprender la "*esencialidad*" de los derechos fundamentales cuya eficacia actúa como garantía para asegurar el respeto a los ámbitos vitales del individuo, privados o de participación, directamente relacionados con la persona y de innegable protagonismo para asegurar su desarrollo como tal.

Todo ello suministra un eje clasificatorio elemental de las posiciones jurídicas protegidas y es de gran utilidad para aclarar el significado de la contribución normadora del legislador en el establecimiento del régimen completo de los derechos fundamentales, pero respetando la indisponibilidad sobre el contenido esencial de los mismos.

A su vez, no cabe eludir la necesidad de conectar la normatividad y la realidad con la comprensión institucional del derecho a la intimidad y de los derechos que pueden afectar al ámbito de privacidad de la persona en su sentido más amplio. Si la realidad es el espacio aplicativo de la norma, habrá que garantizar el derecho que la norma protege en cualquier entorno, modulando o adaptando su ejercicio, en un escenario que es tal cual es, y a veces no exactamente como la norma previó que debía ser.

La potencialidad de las vías de comunicaciones a través de Internet, como verdaderas autopistas de la información, intercambio de datos, e incluso, espacio de trabajo, pone en riesgo la privacidad de esa información, que incluso puede ser "*integral*" de la persona. El problema no es solo la falta de consentimiento del afectado, sino que en demasiadas ocasiones, ni siquiera se tiene conocimiento de la información que sobre cada uno circula en la red.

1.2 TEORÍAS Y MODELOS DE FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

El nacimiento y desarrollo de los derechos fundamentales como garantía jurídica está inseparablemente unido al desarrollo del Estado moderno, a la formación de la sociedad civil y a la afirmación del hombre como persona individual, poseedor de derechos naturales.

La idea de unos derechos de la persona inalienables y consustanciales a su dignidad (derechos de la persona, derechos humanos o derechos fundamentales) es muy anterior a la aparición del Estado constitucional. No obstante, es con éste con el que se consolida su positivación en Declaraciones y textos constitucionales y, por ende, cuando alcanzan de forma más clara naturaleza jurídica y con ella su eficacia.

Desde el momento en que pasan a considerarse parte del derecho positivo, los derechos fundamentales adquieren un doble carácter o una doble naturaleza. Por un lado, aparecen en su vertiente clásica de garantía de posiciones subjetivas; por otro, se convierten en normas. En las primeras formulaciones históricas los derechos humanos únicamente desarrollan una función "*subjetiva*". Sin embargo, progresivamente, junto a esta función que convierte a los derechos en una técnica de garantía de posiciones

subjetivas, se les atribuye al mismo tiempo el papel de constituir instrumentos de ordenación del sistema jurídico en su conjunto. Esta asunción por los derechos de una “*función objetiva*” repercute en la forma de entender la función subjetiva tradicional así como en el alcance que ésta desempeñará en el concepto de derechos¹.

Haciendo un recorrido por los modelos históricos de fundamentación de derechos, la concepción historicista se basa en la formación de los elementos sustanciales del Estado y de la sociedad con el transcurso del tiempo, hasta devenir en inmodificables. Así, la “*Constitución histórica*” estaría formada por costumbres y leyes pactadas entre el monarca y los representantes de la comunidad, perteneciendo los derechos a sus miembros y no a todo hombre, y configurándolos como límites al poder regio.

En la concepción iusracionalista el derecho válido es el derecho natural, aprehensible a través de la razón humana, donde las libertades del hombre son inherentes a su persona conociéndolas a través de una reflexión sobre su propio ser. Si bien en un primer estado de naturaleza todos los individuos son iguales y plenos titulares de todos los derechos y libertades absolutos, por el “*Pacto Social*” cada individuo renuncia a una parte de cada uno de sus derechos naturales absolutos, saliendo del estado de naturaleza y dando origen a la sociedad y al Estado. Los derechos experimentan una transformación de naturales a civiles, afectando su renuncia tanto a la titularidad como al objeto del derecho. Los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, no son más que ámbitos de autonomía a los que el individuo ha renunciado. El Estado recibe esa porción de derechos para garantizar que cada uno ejerza su propio derecho dentro de los límites trazados por la existencia de los derechos de los demás. A estos derechos, se añadirán otros que no traen su causa en el derecho natural, como los relativos a la participación política (derecho de voto), libertad de prensa, reunión y asociación.

Las declaraciones de derechos de finales del S. XVIII marcan el comienzo de la época constitucional, ligadas a su vez a importantes hitos políticos. Así, no se puede imaginar la independencia de los Estados Unidos sin el “*Bill of Rights*” de Virginia en 1776, ni cabe separar la Revolución Francesa de la “*Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789*”. Estas declaraciones comprenden por vez primera un catálogo completo de derechos humanos, calificándolos de “*inviolables*” e “*inalienables*”².

Aún descartada, esta concepción tiene reminiscencias en la DUDH de 1948, o en el CEDH, adoptado por el Consejo de Europa en 1950. La denominación “*derechos humanos*” ha quedado reservada para los consagrados en el ámbito internacional, a raíz de la creación de la ONU, cuya Carta hace varias referencias genéricas a estos derechos. Incluso se distingue entre los derechos civiles y políticos, que imponen a los Estados una obligación negativa de respeto (como derechos de defensa) y los derechos económicos, sociales y culturales que tienen como correlato una acción positiva.

A pesar de ello, todos son derechos humanos, en cuanto derivados de la dignidad

¹ BARRANCO AVILÉS, M.^a del Carmen: “*Teoría del Derecho y derechos fundamentales*”. Ed. Palestra. Lima, 2009. Págs. 32-33.

² Véase la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, que en su art. 4 dispone: “*La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a los demás. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos*”.

humana. Esta diferenciación se manifiesta en dos tipos de pacto internacional: El "*Pacto sobre derechos civiles y políticos*" y el "*Pacto sobre derechos económicos, sociales y culturales*", ambos de 1966³.

En la perspectiva positivista, los derechos traen su causa en la norma jurídica adoptada por el órgano estatal competente, por lo que no hay derechos previos al Estado. El contenido y los límites de los derechos quedarán configurados en el marco del Estado democrático de derecho a través de sus correspondientes centros de producción normativa, lo que implica que al legislador y a los poderes públicos les está vedada la libre disposición sobre tales derechos fundamentales.

El constitucionalismo hunde sus raíces en el modelo iusracionalista, aunque progresivamente fue afirmando su sentido plenamente positivo al formalizarse en un Estado constitucional. Si en un primer momento los derechos naturales del individuo debían garantizar al hombre una protección frente al poder estatal, a estos derechos se les fueron sumando las correspondientes obligaciones de seguridad y protección por parte del Estado. En un tercer momento, surgen los derechos de prestaciones sociales, aproximándose a una comprensión de los derechos fundamentales como principios rectores y objetivos para el legislador con el fin de lograr el equilibrio social.

En esta evolución, y a lo largo de los siglos XIX y XX, el sistema jurídico-constitucional se fue haciendo más autorreferencial (validez autónoma del derecho positivo, que puede coincidir o no con los postulados de un supuesto derecho natural) y se dotó de mayor positividad (capacidad jurídica para regular cualquier materia sin condicionamientos externos, iusracionales o de otro tipo). Este proceso fue gradual, registrando en ocasiones la pervivencia de algunas ideas iusracionalistas.

Una muestra de ello, destacada por Ernst BENDA, es que cuando la LFB establece en su art. 1.2 que el pueblo alemán reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamentos de la comunidad humana, está aludiendo a derechos preexistentes que no han sido creados por la LFB. Es un ordenamiento comprometido con valores, que reconoce la protección de la libertad y la dignidad humana como fin supremo de todo el derecho⁴. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional Federal alemán, señalando que ese carácter de inviolables y fundamentales de los derechos, hay que entenderlo referido a los positivizados en la Constitución.

En contraposición a la *Constitución de Weimar*, los derechos fundamentales de la LFB no solo no representan principios programáticos y directrices no vinculantes. Se trata de "*derecho directamente aplicable*". Obligan al legislador, al poder ejecutivo y a la jurisdicción (art 1.3 LFB)⁵. De modo similar, el art. 53.1 CE prevé que los derechos y

³ RUBIO LLORENTE, Francisco: "Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho", en REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (Coord.): "*La rebelión de las leyes. Demos y nomos: La agonía de la justicia constitucional*". Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, derecho público e historia constitucional (Junta General del Principado de Asturias). N.º 4. 2006. Págs. 232-233.

⁴ BENDA, Ernst: "Dignidad humana y derechos de la personalidad". En BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad y HEYDE, Wolfgang: "*Manual de Derecho Constitucional*". Ed. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales. Madrid, 2001. Pág. 118.

⁵ SCHNEIDER, Hans-Peter: "Problemática general de las instituciones de garantía. Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático". *Revista de Estudios Políticos*.

libertades reconocidos en el Cap. 2º del Título I vinculan a todos los poderes públicos.

Lo que se ha llamado el "*nuevo iusnaturalismo*" o la concepción "*sustancial*" de la democracia, florece en Europa después de la segunda guerra mundial como reacción teórica frente al positivismo y como reacción práctica frente a las pasadas experiencias del nacional-socialismo y el fascismo. En el ámbito del Derecho Constitucional ello no significa la asunción pura y simple de los derechos naturales como fuente, sino la concepción de los derechos naturales como núcleo sustancial de la propia Constitución⁶.

La concepción del Estado liberal se caracteriza por una radical separación entre Estado y sociedad. La Constitución es una norma que materializa el contrato social, donde los individuos libres e iguales por naturaleza se asocian en una sociedad civil. El Estado sujeta a los individuos para organizar la convivencia social en una situación de libertad en la mayor medida posible. Existe la idea de que hay unos derechos naturales del individuo que como tales preexisten al Estado.

En el Estado liberal la esencialidad de los derechos tiene un sentido antropocéntrico, donde son fundamentales los derechos básicos o esenciales del ser humano, desvinculándose así del derecho positivo. Se conciben como derechos absolutos, de forma que cuanto más libertad y dignidad tuviera el individuo, más se garantizaba una esfera inmune al Estado, en la que el individuo pudiera libremente configurar su existencia⁷. De ahí su calificación como inalienables, inviolables e imprescriptibles. Los derechos fundamentales son libertades privadas sin dimensión política de relación con el poder público. Su positividad queda circunscrita al campo de la limitación de derechos.

CRUZ VILLALÓN pone de manifiesto sobre esta etapa, que tanto los derechos del hombre en sociedad como la estructura política son parte, expresión y consecuencia del pacto social, de tal modo que ambos elementos se vinculan por igual a los derechos naturales, es decir, que los derechos del hombre no son más iusnaturales que el Estado⁸.

Peter HABÈRLE, por su parte, advierte del doble carácter de los derechos fundamentales, de forma que se puede decir que la estructura política incorpora derechos subjetivos de los individuos, al propio tiempo que es elemento fundamental del ordenamiento objetivo, es decir, que los derechos son elemento esencial del ordenamiento a la vez que derechos de los individuos⁹.

N.º 7. Enero-febrero 1979. Pág. 20.

⁶ ARAGÓN REYES, Manuel: "El control como elemento inseparable del concepto de Constitución". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 19. Enero-abril 1987. Pág. 41.

⁷ BENDA, Ernst: "Dignidad humana y derechos de la personalidad". En BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad y HEYDE, Wolfgang: "*Manual de Derecho Constitucional*". Ed. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales. Madrid, 2001. Pág. 118.

⁸ CRUZ VILLALÓN, Pedro: "Formación y evolución de los Derechos Fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 25. Enero-abril 1989. Págs. 49 y 51.

⁹ HABÈRLE, Peter: "*Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz – Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre des Gesetzesvorbehalts*". Ed. C.F. Müller. Heidelberg, 1983 (3ª ed.). Págs. 70 y ss.

El modelo de pluralismo que postula HABÈRLE se manifiesta como una multiplicidad de ideas e intereses, en el seno de una comunidad política dentro de los parámetros del “*aquí y ahora*”. Este conjunto de ideas se refiere a supuestos fácticos y a valores, concretándose en situaciones de consenso o de conflicto en el seno de las sociedades democráticas.

PÉREZ LUÑO concreta estas tendencias contrapuestas en el sistema español de derechos fundamentales, representadas por los principios de unidad y pluralismo¹⁰:

- Unidad en cuanto a que nuestro sistema de valores objetivos representa la suprema expresión del orden axiológico de nuestra sociedad. Incluso esta unidad de sentido alcanza a la exigencia de interpretación de los derechos y libertades fundamentales de conformidad con la DUDH y los acuerdos y tratados internacionales suscritos por España.
- Pluralismo en cuanto a que, junto a esa unidad básica, nuestro orden axiológico constitucional responde a una estructura abierta y dinámica, fundado en un orden político pluralista, acorde con una sociedad abierta. Es precisamente esta estructura pluralista la que legitima a los representantes parlamentarios para una concreción y desarrollo legislativo de los derechos fundamentales.

Ello es coherente con el hecho de que las Constituciones democráticas, como producto de la evolución de las Constituciones liberales, se basan prácticamente en los mismos derechos fundamentales. Sin embargo las normas que subyacen sobre su enunciado pueden ser muy diferentes porque la Constitución democrática, como norma suprema en una concepción positivista, es además fuente de producción de las demás normas del ordenamiento.

Hans-Peter SCHNEIDER destaca en su multiplicidad de niveles funcionales el carácter de los derechos fundamentales de conferir “*status*”: Determinan, aseguran o limitan la posición jurídica del individuo en sus bases y en sus relaciones jurídicas con otros individuos. Este carácter de *status* otorga la propiedad de los derechos fundamentales jurídico-constitucionales de la persona individual a todo hombre como ciudadano¹¹. Y así podemos observar en el articulado de la CE, el reflejo de expresiones como “*Todos tienen derecho a la vida...*” (art. 15 CE), “*Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad...*” (art. 17) o “*Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología...*” (art. 16.2).

En Europa, durante todo el s. XIX el principio de legalidad es el “*alfa y omega*” de los derechos individuales: Los derechos comienzan y acaban con el principio de legalidad¹². En este proceso evolutivo llamado por algunos “*desnaturalización*”, las

¹⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: “Dogmática de los Derechos Fundamentales y Transformaciones del sistema constitucional”. *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED), N.º 20, 2007. Pág. 500.

¹¹ SCHNEIDER, Hans-Peter: “Problemática general de las instituciones de garantía. Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”. *Revista de Estudios Políticos*. N.º 7. Enero-febrero 1979. Pág. 13.

¹² CRUZ VILLALÓN, Pedro: “Formación y evolución de los Derechos Fundamentales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 25. Enero-abril 1989. Pág. 49.

Constituciones van sustituyendo a las declaraciones de derechos que van desvinculándose del derecho natural por un positivismo teórico, donde el ejercicio de derechos exige la "*interpositio legislatoris*". En Francia, Maurice HAURIOU, defiende el ejercicio de los derechos en dos tiempos: Proclamación del derecho o de la garantía y determinación de su contenido por medio de una legislación específica o ley orgánica. "*Un derecho individual para el que no se haya hecho una ley orgánica no puede ser ejercido de forma lícita, incluso en el supuesto de que el principio se encontrase inscrito en las declaraciones de derechos o de una Constitución*"¹³.

Con el paso del Estado liberal al social, los derechos fundamentales pueden ser vulnerados no sólo a través de acciones del poder público, sino por acciones de los particulares, ante la imposibilidad de los poderes públicos de garantizarlos. Es decir, tanto por acciones positivas como negativas de estos poderes. De acuerdo con ello, tales derechos se salvaguardan no solo frente a los poderes públicos, sino frente a vulneraciones producidas por particulares y, asimismo, no se consideran únicamente como ámbitos de libertad frente al Estado, sino también como normas objetivas que deben garantizarse por todo el ordenamiento jurídico y político¹⁴.

Es evidente que la sociedad de nuestro tiempo exige, como advierte Augusto BARBERA, además de las libertades negativas, instituciones de libertad, contrapoderes, y también que los derechos fundamentales no solo sean derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, sino que simultáneamente, son también elementos del ordenamiento objetivo, esto es, normas jurídicas objetivas formando parte de un sistema axiológico que aspira a tener validez, como decisión jurídico-constitucional fundamental, para todos los sectores del derecho¹⁵.

Por ello, hoy día cabe afirmar que la teoría de los derechos públicos subjetivos es insuficiente a la hora de explicar los derechos fundamentales. Primero, porque el excesivo individualismo de los derechos subjetivos difícilmente puede integrar los llamados derechos sociales, cuya efectividad solo es posible en las relaciones sociales, pero sobre todo, porque la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales encuentra dificultades insalvables en la teoría de los derechos públicos subjetivos¹⁶.

El sistema constitucional democrático parte de una sociedad de individuos libres e iguales, como base para la soberanía popular, donde el ordenamiento jurídico ha de garantizar tanto la autonomía individual como la colectiva. La concreción constitucional de esa función son los derechos fundamentales y su corolario organizativo el Estado

¹³ HAURIOU, Maurice: "*Précis élémentaire de Droit Constitutionnel*". Ed. Bordeaux. París, 1933 (3ª ed.). Pág. 244.

¹⁴ CABEZUDO BAJO, María José: "La restricción de los Derechos Fundamentales: Un concepto en evolución y su fundamento constitucional". *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 77. Enero-abril 2010. Pág. 151.

¹⁵ BARBERA, Augusto: "Comentario al artículo 20 de la Constitución italiana", en BRANCA, Giuseppe (Coord.): "*Commentario della Costituzione*", Vol. 1º (Principi fondamentali), Nicola Zanichelli Editore-Soc. Editrice del Foro Italiano. Bologna-Roma 1975. Págs. 50 y ss.

¹⁶ AGUIAR DE LUQUE, Luis: "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución Española". *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 10. 1981. Pág. 111.

democrático social y de derecho. En la positividad del derecho está la fuerza creadora capaz de establecer las condiciones jurídicas para la realización de ese ideal de autogobierno de una sociedad de individuos libres e iguales. En el Estado constitucional democrático no hay soberano, porque soberana es la Constitución, "*pues fuera de nuestra Constitución no ha de admitirse la existencia de norma fundamental alguna*" (STC 84/1989, de 10 de mayo, FJ 4º).

Muestra de esa supremacía es el control como elemento clave en la Constitución del Estado democrático y social. El único concepto de Constitución "*constitucionalmente adecuado*", es decir, el único capaz de dotar a la Constitución de fuerza normativa, en cuanto que descansa en la limitación del Estado y no en su mera "*autolimitación*" es el que se articula sobre el principio democrático (la soberanía del pueblo), principio que no es solo de carácter político, sino también jurídico. No se puede concebir a un pueblo soberano si no es un pueblo libre y no cabe concebir a un pueblo libre, si la libertad no es disfrutada por todos los ciudadanos. Es decir, si los ciudadanos no son iguales en su libertad. Para ello es necesario el control, como elemento inseparable de la Constitución. Si no hay control, no solo ocurre que la Constitución ve anuladas sus garantías, ocurre simplemente que no hay Constitución¹⁷.

1.3. CRITERIOS DE FUNDAMENTALIDAD

La CE emplea una terminología muy variada para referirse a los derechos fundamentales. No habla de derechos políticos o de derechos naturales, pero sí lo hace de "*derechos humanos*" (Preámbulo. Párrafo 4º), derechos individuales (art. 9.3), o de los ciudadanos (art. 61.1 y rúbrica de la Sección Segunda, Capítulo Segundo del Título I). Ahora bien, estas denominaciones son "*obiter dicta*": La propiamente constitucional es "*derechos fundamentales*" (rúbrica del Título I), a la que en ocasiones se agrega "*libertades*" (art. 10.2) o libertades públicas (rúbrica de la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I). Sin embargo, lo decisivo e importante es la caracterización de los derechos en sí mismos, su fundamentalidad, su naturaleza básica, su carácter incoercible de "*derechos inviolables*" por ser inherentes a la dignidad de la persona (art. 10.2 CE)¹⁸.

A tenor del art. 53.1 CE, son fundamentales los derechos contenidos en el Capítulo Segundo del Título I. Por tanto, son fundamentales los derechos contenidos en los arts. 14 a 38 de la CE, en cuanto gozan de aplicabilidad directa vinculando al legislador, reserva de ley y contenido esencial. De ello se deriva que los elementos o datos que hacen reconocibles a los derechos fundamentales como categoría son la tutela judicial y el respeto a su contenido esencial por el legislador. Por esta razón, el criterio de

¹⁷ ARAGÓN REYES, Manuel: "El control como elemento inseparable del concepto de Constitución". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 19. Enero-abril 1987. Págs. 49-50 y 52. Véase también ARAGÓN REYES, Manuel: "Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional". *Revista de Estudios Políticos*, N.º 50. Marzo-abril 1986. Págs. 9-30. Págs. 9-30 y ARAGÓN REYES, Manuel: "Constitución y Estado de Derecho", en AA.VV.: "*España, un presente para el futuro*". Ed. Instituto de Estudios Económicos. Madrid, 1984. Vol II. Págs. 77-98. En estas obras, el profesor ARAGÓN REYES entiende que solo es Constitución normativa la Constitución democrática y solo a partir de ella puede configurarse el Estado constitucional como forma política, o el Estado de derecho como Estado constitucional.

¹⁸ GUAITA MARTORELL, Aurelio: "Régimen de los Derechos Constitucionales". *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 13. 1982. Pág. 76.

fundamentalidad excluye a los derechos contenidos en el Capítulo Tercero, a los que el art. 53.3 CE subordina su protección judicial, de acuerdo a las leyes que los desarrollen¹⁹.

CRUZ VILLALÓN apunta como criterios de fundamentalidad, los siguientes: Los derechos fundamentales son los derechos subjetivos que encuentran su reconocimiento en la CE (en su Cap. Segundo, Título I) y en la medida en que de este reconocimiento se deriva alguna consecuencia jurídica. Allí donde no hay Constitución, no puede haber derechos fundamentales, ya que nacen y acaban con las Constituciones²⁰.

Para SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, el criterio de fundamentalidad de los derechos constitucionales no puede ser sino material. Los derechos fundamentales no deben su fundamentalidad al nivel de su eficacia o a su protección institucional o procesal, pues estos aspectos de los derechos no son la causa de su valía, sino el exponente de la misma. Así, los derechos fundamentales se protegen por su importancia, pero no deben su importancia a su protección.

Los derechos fundamentales reconocen facultades referentes a ámbitos vitales, imprescindibles en el estado histórico y cultural en que nos movemos, para asegurar el desarrollo en libertad de la persona²¹.

Konrad HESSE, apunta que los derechos fundamentales son sobre todo "*derechos humanos*", ya que lo que con ellos se pone en juego son las condiciones esenciales de la vida individual y comunitaria en la libertad y dignidad humana, una tarea que no ha perdido, en las circunstancias presentes, su importancia para nuestro tiempo²².

Ahora bien, al incorporarse a la Constitución, el fundamento de validez de los derechos se asienta en el derecho positivo, en la decisión del soberano fundamental. Los derechos fundamentales pasan a ser una consecuencia del proceso de positivización. Su contenido aparece referido a sectores concretos de actividad del individuo, la sociedad o el Estado, y no a valores o bienes genéricos, como la libertad, la vida o la seguridad²³.

¹⁹ En este sentido, CRUZ VILLALÓN, Pedro: "Formación y evolución de los Derechos Fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 25. Enero-abril 1989. Págs. 39-40; LÓPEZ PINA, Antonio: "*La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*". Ed. Civitas. Madrid, 1991. Pág. 126; AGUIAR DE LUQUE, Luis: "Los límites de los Derechos Fundamentales". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. N.º 14. Enero-Abril 1993. Pág. 10; JIMÉNEZ CAMPO, Javier: "*Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*". Ed. Trotta. Madrid, 1999.

²⁰ CRUZ VILLALÓN, Pedro: "Formación y evolución de los Derechos Fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 25. Enero-abril 1989. Págs. 39-40; AGUIAR DE LUQUE, Luis: "Los límites de los Derechos Fundamentales". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. N.º 14. Enero-Abril 1993. Pág. 41.

²¹ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 71. Enero-marzo 1991. Pág. 92.

²² HESSE, Konrad: "Significado de los derechos Fundamentales". En BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad y HEYDE, Wolfgang: "*Manual de Derecho Constitucional*", Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales. Madrid, 2001. Pág. 115.

²³ RUBIO LLORENTE, Francisco: "Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho", en REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (Coord.): "*La rebelión de las leyes. Demos y nomos: La agonía de la justicia constitucional*". Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, derecho público e historia constitucional (Junta General del Principado de Asturias). N.º 4. 2006. Págs. 212-213.

La consecuencia directa que deriva del sentido de fundamentalidad es la vinculación del derecho al legislador. Es decir, la resistencia de su contenido esencial frente a la acción legislativa, lo que implica que el derecho no puede ser desfigurado por la Ley en estas tres perspectivas: *Secundum legem* (de acuerdo a lo que dispongan las leyes que los desarrollen, *contra legem* (en contra de la Ley) y *extra legem* (en ausencia de Ley de desarrollo)²⁴.

1.4. IMPLICACIONES DEL ENFOQUE INSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, EN RELACIÓN A SUS CARACTERÍSTICAS MATERIALES Y FORMALES Y A LA GARANTÍA INSTITUCIONAL.

Los derechos fundamentales constituyen facultades o pretensiones referentes a ámbitos vitales del individuo en su libertad, relaciones sociales o de participación, que además de constituir el núcleo básico de su *status* jurídico, son imprescindibles en la democracia, pues son sus rasgos funcionales, sin los que ésta no puede existir como sistema político efectivo.

La teoría institucional de los derechos fundamentales parte de una concepción realista de los mismos, como una idea jurídica y no moral o natural, que implica la existencia de tales derechos en el ordenamiento. Es el objeto principal de este enfoque institucional la intervención del legislador en el establecimiento del régimen de los derechos fundamentales, lo que lleva a la preocupación por la efectividad de derechos, no como meras prescripciones normativas, sino como instituciones o realidades efectivas.

El enfoque total de los derechos fundamentales es propio de la teoría institucional, lo que lleva a reparar en el relieve ideológico de los mismos. Los derechos se refieren a los valores o ideas que ellos mismos suponen y a la correspondiente cultura o ética necesaria para realizarlos. Esta visión material es imprescindible para el enfoque institucional, pues los derechos fundamentales son, antes de nada, la proyección jurídica de la dignidad de la persona, justamente la condición de su desarrollo. Esta relación de los derechos fundamentales con la dignidad subraya su dimensión individual.

En este sentido, el ordenamiento jurídico en su aplicación práctica, tiende a cumplir los principios básicos de unidad, plenitud y coherencia. Su estructura constituye un todo único en el que las normas se definen a partir de su pertenencia al ordenamiento jurídico y no al revés; ha de ser autosuficiente, para regular todos los supuestos que se susciten en su seno; y ha de ser coherente, en el sentido de conformarse como un todo ordenado en el que se da un orden sistemático. La unidad del ordenamiento jurídico define sus señas de identidad, la plenitud evita las posibles lagunas de estructura y la coherencia se orienta a eliminar antinomias o contradicciones que puedan surgir en su seno²⁵.

Desde el plano formal, el derecho fundamental se caracteriza por su estructura

²⁴ CIDONCHA MARTÍN, Antonio: "*La libertad de empresa*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2006. Pág. 196. En este sentido, véase también JIMÉNEZ CAMPO, Javier: "*Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*". Ed. Trotta. Madrid, 1999. Pág. 24.

²⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: "Dogmática de los Derechos Fundamentales y Transformaciones del sistema constitucional". *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED), N.º 20, 2007. Págs. 498-499.

“*principlal*”: Derechos contenidos en cláusulas abiertas, que adolecen de una evidente indeterminación o generalidad²⁶, resultando esquemáticas, abstractas, indeterminadas y elásticas²⁷. Es precisamente una concepción que permite un margen de libertad en relación a las posibilidades fácticas y jurídicas, constituyendo obligaciones o mandatos de optimización. Este margen deberá ser lo suficientemente amplio como para permitir el diálogo y el desarrollo dinámico de la sociedad, lo suficientemente flexible como para evitar su petrificación²⁸.

Por contra, al ser los derechos contenidos en la CE reglas con un alto contenido de principios y, por tanto, con un mayor margen de interpretación jurídica, existe el riesgo de la discrecionalidad, sobre todo en la aplicación judicial. Para limitar ese riesgo se arbitran como garantías el sometimiento del juez ante la Ley, que no puede aplicarla de manera que la contradiga y, en última instancia, el sometimiento a un modelo de justicia constitucional concentrada en el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la CE²⁹.

Un derecho fundamental es ante todo un derecho subjetivo, es decir, un apoderamiento jurídico (contenido del derecho) que la Constitución atribuye a un sujeto para que pueda defender, asegurar o ejercer determinadas expectativas (objeto del derecho). Este apoderamiento consistirá en la posibilidad de, con la fuerza normativa de la Constitución, exigir a un tercero, sea poder público o particular, el cumplimiento de un deber. Ahora bien, sólo son fundamentales los derechos que participan de la “*fundamentalidad de la norma fundamental*” del ordenamiento jurídico, es decir, la Constitución; lo que significa que ésta, como fuente jurídica directamente aplicable, establece esos derechos y los dota de una disponibilidad por su titular potencialmente inmediata y, como fuente de las demás fuentes del ordenamiento, preserva a los derechos fundamentales de su alteración o vulneración por normas infraconstitucionales y los hace indisponibles al legislador³⁰.

Es decir, que desde el punto de vista formal, los derechos fundamentales se caracterizan por su rango: Si bien sólo hay derechos fundamentales constitucionales, no todos los derechos constitucionales son fundamentales. Se trata de derechos “*supralegales*” que si bien, necesitan de una Ley para su desarrollo, pues demandan una configuración legal, sin embargo, están por encima de la Ley y no pueden contener una deslegalización o una habilitación en blanco. Quiere esto decir que la intervención del

²⁶ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: “Una revisión de la Teoría de los Derechos Fundamentales”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. N.º 4, 2001. Pág. 106.

²⁷ RUBIO LLORENTE, Francisco: “La Constitución como fuente del Derecho”, en AAVV: “*Constitución Española y fuentes del Derecho*”. Ed. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid. 1979. Vol. I. Pág. 63.

²⁸ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: “Algunas reflexiones sobre el modelo social de la constitución española, 25 años después”. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*. (Universidad de Valencia). N.º 40, 2002. Pág. 167.

²⁹ ARAGÓN REYES, Manuel: “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”. *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad Autónoma de Madrid). N.º 1. 1997. Pág. 191.

³⁰ BASTIDA FREIJEDO, Francisco José; VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio; REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma; PRESNO LINERA, Miguel Ángel; ALÁEZ CORRAL, Benito; FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio: “*Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española*”. Ed. Tecnos. Madrid, 2005. Págs. 32-33.

legislador si bien es necesaria no es ilimitada o incondicionada, pues debe producirse teniendo en cuenta esa subordinación. La posición constitucional del legislador determina un límite evidente para el mismo que, con independencia de su formulación expresa en el propio texto constitucional, equivale a la prohibición de desfigurar el derecho fundamental cuando proceda a su normación.

En este sentido, Hans-Peter SCHNEIDER alude a la eficacia vinculante de los derechos fundamentales frente al poder público. Así, el legislador no puede aprobar ninguna ley, el poder ejecutivo no puede decretar ningún acto administrativo y la jurisdicción no puede fallar ninguna sentencia que sean incompatibles con las garantías de los derechos fundamentales. Si se parte de que en un Estado constitucional democrático sólo puede haber un poder público constituido, no cabe justificar una reserva extraconstitucional en la que el Estado pudiera librarse arbitrariamente de la vinculación de los derechos fundamentales³¹.

Y no sólo obligan los derechos fundamentales al legislador y en su configuración inicial son indisponibles para los eventuales titulares del poder, sino que se imponen frente al poder constituyente originario, que no puede llevar su actuación prescindiendo de los mismos. De esta manera, como afirma SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA³², “sólo hay derechos fundamentales constitucionales, pero no hay Constitución sin derechos fundamentales”³³. En similares términos SCHNEIDER afirma que se puede pensar en una protección jurídica de los individuos sin Estado de derecho, pero no al revés, un Estado de derecho sin protección jurídica. Los derechos fundamentales poseen, por tanto, además de su peso específico jurídico-individual, una significación que difícilmente puede sobrevalorarse para la totalidad jurídico-constitucional de la comunidad política³⁴.

Los derechos fundamentales no forman un sistema cerrado, trasunto de su existencia en un orden metapositivo que el Derecho constitucional se limitaría a reconocer o sancionar. Existen en el ordenamiento con independencia de su base filosófica o ideológica. Se trata de verdaderos derechos jurídicos, pretensiones concretas, dotadas de protección jurídica, pues son alegables ante el juez, en virtud del reconocimiento y amparo que les otorga el Estado. Los derechos fundamentales son derechos positivos y no naturales, lo que quiere decir que se disfrutan en los términos del ordenamiento en lo referente a su limitación, protección y alcance³⁵.

³¹ SCHNEIDER, Hans-Peter: "Problemática general de las instituciones de garantía. Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 7. Enero-febrero 1979. Pág. 20.

³² SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: “Una revisión de la Teoría de los Derechos Fundamentales”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. N.º 4, 2001. Pág. 109.

³³ Ya desde el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, se estableció como proclamación decidida e inequívoca que no hay Constitución sin derechos: “*Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene Constitución*”.

³⁴ SCHNEIDER, Hans-Peter: "Problemática general de las instituciones de garantía. Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 7. Enero-febrero 1979. Pág. 23.

³⁵ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”. *Revista de Estudios Políticos*. N.º 71. Enero-marzo 1991. Pág. 97.

El contenido concreto y la significación de los derechos fundamentales para un Estado dependen de numerosos factores extrajurídicos, como la idiosincrasia, la cultura y la historia de los pueblos. Por ello solo teniendo en cuenta estos aspectos resulta posible una comprensión objetiva de las tareas, la conformación y la eficacia de los derechos fundamentales en un ordenamiento estatal concreto³⁶. JIMÉNEZ CAMPO sugiere un entendimiento temporal y no espacial de lo que es el contenido esencial de un derecho fundamental, determinable por la cultura jurídica, no para todo el tiempo, sino para cada momento, "*un significado vivo y actual*"³⁷.

Conforme a la dimensión objetiva, los derechos fundamentales no sólo se consideran como derechos de defensa, en un sentido clásico, o como garantía institucional, frente a las intromisiones estatales, sino que además, están conectados en una relación, no tanto de yuxtaposición, cuanto de sumisión y reciprocidad³⁸, adquieren una nueva "*cualidad*" como normas objetivas que expresan un contenido axiológico o decisiones de valor objetivas de validez universal³⁹.

En esta misma idea insiste SCHNEIDER, cuando comparte que el principio de Estado de derecho no solo fundamenta exigencias subjetivas, sino también normativiza en su contenido central el ordenamiento jurídico entero de la comunidad. Los derechos fundamentales no solo son derechos frente al Estado, sino que simultáneamente, son también normas jurídicas objetivas, que forman parte de ese "*sistema axiológico*" que aspira a tener validez, como decisión jurídico-constitucional fundamental, para todos los sectores del derecho⁴⁰.

La denominada "*dimensión axiológica*" es el punto de partida para llegar a la doble vertiente de los derechos fundamentales, subjetiva y objetiva. Con el reconocimiento de dicho contenido axiológico de los derechos fundamentales, los valores que inspiran tales derechos se transmiten hacia todos los sectores del ordenamiento, lo que se ha llamado "*efecto irradiación*". Con esta expresión se quiere señalar la influencia de los derechos fundamentales sobre el derecho ordinario⁴¹. La validez de normas y actos jurídicos

³⁶ HESSE, Konrad: "Significado de los derechos Fundamentales". En BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad y HEYDE, Wolfgang: "*Manual de Derecho Constitucional*", Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales. Madrid, 2001. Págs. 83-85.

³⁷ JIMÉNEZ CAMPO, Javier: "*Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*". Ed. Trotta. Madrid, 1999. Pág. 71.

³⁸ HESSE, Konrad: "Significado de los derechos Fundamentales". En BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad y HEYDE, Wolfgang: "*Manual de Derecho Constitucional*", Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales. Madrid, 2001. Pág. 91.

³⁹ CABEZUDO BAJO, María José: "La restricción de los Derechos Fundamentales". *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 62. 2005. Pág. 152.

⁴⁰ SCHNEIDER, Hans-Peter: "Problemática general de las instituciones de garantía. Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 7. Enero-febrero 1979. Pág. 25.

⁴¹ HESSE, Konrad: "Significado de los derechos Fundamentales". En BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad y HEYDE, Wolfgang: "*Manual de Derecho Constitucional*", Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales. Madrid, 2001. Pág. 91.

depende de su coherencia con las normas de derechos fundamentales, de modo que los derechos deben tenerse en cuenta en cualquier decisión jurídica⁴².

PÉREZ LUÑO se refiere a un “*sistema constitucional*” de derechos fundamentales para poner de manifiesto la cuestión de interdependencia o mutua implicación existente entre tales derechos. La interconexión orgánica y finalista de los derechos fundamentales (su concepción sistemática), es garantía de seguridad jurídica. La sistematicidad permite un conocimiento, interpretación y consiguiente aplicación del derecho, fundada en criterios precisos y rigurosos, antes que en el arbitrio o en el azar⁴³.

El efecto práctico de esta concepción es que los tribunales han de tener en cuenta, en la interpretación y aplicación del derecho común, los contenidos normativos de los derechos fundamentales. Si un tribunal no sigue estas directrices, viola como órgano estatal y sujeto del poder público, la propia Constitución, por lo que deberá ser revocada a través de la institución del recurso de amparo ante el TC⁴⁴.

En definitiva, la teoría institucional de los derechos fundamentales, en su insistencia en la dimensión material o ideológica de los mismos que puede denotar una huella iusnaturalista, no debe hacer olvidar la importancia que en el enfoque institucional tiene la condición positiva de estos derechos. Es esta “*condición positiva*” lo que conlleva el carácter constitutivo de la Declaración de derechos. Ello quiere decir que “*no tenemos otros derechos fundamentales que los expresamente identificados como tales por la Constitución, así, obviamente, ni los principios son derechos, ni los derechos enunciados lo son a título de ejemplo*”⁴⁵.

El TC ha ido formulando y completando el concepto de derechos fundamentales resaltando esa doble vertiente, como derechos subjetivos y como elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional. Sin embargo, es preciso hacer una nueva distinción, entre el derecho subjetivo y la noción de garantía institucional, ya que tampoco es coincidente con la dimensión objetiva o institucional.

La garantía institucional tiene su origen en la doctrina alemana de la década de 1920 (GIESE, WOLF, SMEND y SCHMITT), teniendo por objeto la protección frente al legislador de determinadas instituciones que se recogen en la CE, pero que sin embargo, no se desarrollan en ella. Esta protección, por ejemplo, de la propiedad privada como institución, previene su destrucción o desnaturalización, al prohibir vulnerar su “*imagen maestra*”. Es decir, se trata de preservar la institución en términos reconocibles para la

⁴² BARRANCO AVILÉS, M.^a del Carmen: “*Teoría del Derecho y derechos fundamentales*”. Ed. Palestra. Lima, 2009. Pág. 21.

⁴³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: “Dogmática de los Derechos Fundamentales y Transformaciones del sistema constitucional”. *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED), N.º 20, 2007. Pág. 497.

⁴⁴ SCHNEIDER, Hans-Peter: “Problemática general de las instituciones de garantía. Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”. *Revista de Estudios Políticos*. N.º 7. Enero-febrero 1979. Pág. 25.

⁴⁵ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: “Una revisión de la Teoría de los Derechos Fundamentales”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. N.º 4, 2001. Pág. 114.

imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar⁴⁶.

El problema conceptual reside en la confusión entre la categoría de la garantía institucional con la dimensión objetiva de los derechos. A ello ha contribuido el TC, debido a que el derecho fundamental puede estar conectado con una garantía institucional, como sucede, por ejemplo, con el derecho a la libertad de expresión e información y la garantía institucional de la opinión pública; lo que también ocurre con el derecho a la libertad de empresa (derecho subjetivo), reconocida en el marco de la economía de mercado (garantía)⁴⁷. Incluso, en el reconocimiento de la libertad informática a través del art. 18.4 CE, que parte como instituto de garantía de otros derechos, existe además un derecho fundamental a controlar los datos personales.

Esta diferenciación es importante en el estudio de la protección de los derechos de la personalidad y sus límites, sobre todo en su equilibrio con el poder de dirección que deriva de la libertad de empresa en la relación jurídica del contrato de trabajo y el marco jurídico impuesto por el legislador. Por ello, cabe aludir a la diferenciación práctica entre el derecho fundamental, tanto en su dimensión subjetiva como objetiva, y la garantía institucional.

Así, para ARAGÓN REYES, el derecho fundamental protege derechos subjetivos, garantizando un contenido esencial a cada uno de ellos, mientras que la garantía institucional protege instituciones, una "*imagen maestra*" mucho más abierta a la acción del legislador. CIDONCHA MARTÍN, añade que los derechos subjetivos son situaciones jurídicas activas conferidos a la persona que se integran en su patrimonio jurídico, mientras que las instituciones de garantía son ámbitos objetivos de la realidad⁴⁸.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA concreta esta distinción en el sentido que mientras el titular del derecho fundamental es el individuo o persona, de la garantía institucional lo es la institución, cuya existencia y rasgos básicos ("*imagen maestra*") se quiere proteger. El derecho fundamental tiene protección jurisdiccional y goza de eficacia directa, de los que carece la garantía institucional. El derecho fundamental alberga situaciones jurídicas subjetivas que son su verdadero objeto, lo que solo mediatamente ocurre en la garantía institucional⁴⁹.

El TC ha interpretado que, en su dimensión objetiva, los derechos fundamentales pueden ser protegidos como garantías institucionales, en la medida en que sirvan para dar mayor efectividad al ejercicio de derechos. "*Las libertades del art. 20 de la Constitución no son sólo derechos fundamentales de la persona, sino también significan*

⁴⁶ CIDONCHA MARTÍN, Antonio: "Garantía institucional, dimensión inistitucional y derecho fundamental: Balance jurisprudencial". *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED). N.º 23. 2009. Págs. 150-151.

⁴⁷ ARAGÓN REYES, Manuel: "La libertad de empresa". *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. N.º 108. 2014. Pág. 19.

⁴⁸ CIDONCHA MARTÍN, Antonio: "Garantía institucional, dimensión inistitucional y derecho fundamental: Balance jurisprudencial". *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED). N.º 23. 2009. Pág. 183.

⁴⁹ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: "Garantías institucionales", en ARAGÓN REYES, Manuel (Dir.) y AGUADO RENEDO, César (Coord.): "*Temas básicos de Derecho Constitucional. Derechos Fundamentales y su protección*". Ed. Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2011. Vol. III. Págs. 110-113.

el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, que es una institución ligada de manera inescindible al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático, estando estas libertades dotadas por ello de una eficacia que trasciende a la común y propia de los demás derechos fundamentales" (STC 121/1989, de 3 de julio, FJ 2º).

Esto no quiere decir que haya una prevalencia entre garantía institucional y derecho fundamental, sino que ambos se complementan. *"La fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes"* (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2º).

Tampoco quiere decirse que exista una jerarquización o preferencia de unos derechos sobre otros, ni de las regulaciones concretas de los derechos cabe deducir servidumbres al ejercicio de derechos. *"Es admisible, y por lo tanto es constitucionalmente preferible, una interpretación que busque y fije el equilibrio y no la jerarquización entre los derechos en concurrencia, pues todos ellos son bienes del ordenamiento que importa conservar y armonizar en la mayor medida posible"* (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 15º).

1.5. LA COLISIÓN ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA PROBLEMÁTICA DE SUS LÍMITES. EL CONTENIDO ESENCIAL.

En un sentido amplio, la expresión de límites de los derechos fundamentales alude a toda acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que, en cuanto a derechos subjetivos, constituyen el contenido de los citados derechos⁵⁰.

Las Constituciones tipifican un catálogo de derechos fundamentales que representan un intento de organizar la acción colectiva y, a la vez, asegurar los derechos individuales. Este doble carácter atribuye al legislador la posibilidad de restringir derechos fundamentales imponiendo límites, avalados por la Constitución en su conjunto⁵¹.

En el marco constitucional los derechos pueden presentarse como límites o prohibiciones que pesan sobre el legislador. Es decir, ostentan un contenido prescriptivo inaccesible al legislador, porque la fuerza normativa de la Constitución impide que cualquier poder público someta a debate lo que ha decidido el poder constituyente. Pero no por eso los derechos son ilimitados en el sentido que autoricen cualquier conducta⁵². De hecho, las normas constitucionales suelen presentarse más como límites que como

⁵⁰ AGUIAR DE LUQUE, Luis: "Los límites de los Derechos Fundamentales". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. N.º 14. Enero-Abril 1993. Pág. 10.

⁵¹ ALEXY, Robert: "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 66. Septiembre-diciembre 2002. Pág. 64.

⁵² PRIETO SANCHÍS, Luis: "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades". *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (Universidad Carlos III), N.º 8. Enero-Junio 2000. Pág. 430.

mandatos. La regulación constitucional establece límites que vienen a enmarcar espacios de libertad o, al menos, importantes márgenes de apreciación que la propia CE reconoce a quienes se dirige⁵³.

Para determinar los límites de un derecho fundamental, la cuestión parte de su delimitación, es decir, de su contenido: “*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 deriva la eventual amenaza del bien de cuya protección se trata, sencillamente no pertenece al ámbito del derecho fundamental*”⁵⁴.

Conviene, por tanto, distinguir entre limitación de un derecho, justificada y, por tanto legítima, y lesión o vulneración de un derecho, que se produce cuando un derecho se ignora o se niega y, por consiguiente, deviene ilegítima. Así, son tres los elementos que definen a un límite de un derecho fundamental: Su carácter externo, su proyección sobre el objeto del derecho fundamental y la necesidad de que la propia Constitución habilite al poder público para limitar derechos fundamentales.

Hay ocasiones en que la propia CE alude expresa y reiteradamente a los límites de los derechos fundamentales (por ejemplo, el art. 18.4, cuando establece que el uso de la informática estará limitado para garantizar el honor y la intimidad). Ello permite, en un primer momento, justificar la medida restrictiva de modo que el fin perseguido no sea contrario a la CE y represente un sacrificio razonable para el derecho.

En otros casos, el alcance del derecho no se desprende, como en la limitación, de exigencias externas, expresas o no, establecidas por la CE, sino de la propia delimitación del derecho que se refiere a facultades concretas decididas directamente por el constituyente. Es por ello que conviene distinguir entre la limitación de los derechos fundamentales de su delimitación o configuración constitucional.

La delimitación viene a marcar el contenido del derecho, su ámbito, el tipo de conductas que en el derecho se incluyen y, por lo mismo, las que en el derecho se excluyen. Los límites, en cambio, vienen a condicionar el ejercicio del derecho, esto es, a modular o “*limitar*” conductas que aún siendo propias del derecho (integrando su contenido) deben sufrir restricciones para preservar otros bienes o derechos⁵⁵.

En cualquier caso, un límite a un derecho fundamental es siempre la negación en último término de la garantía iusfundamental a una de las posibles conductas que cabría encuadrar en el objeto del propio derecho. Por consiguiente, un límite, al tiempo que priva de protección constitucional a una específica expectativa de conducta, permite, precisamente por esa exclusión, el ejercicio del poder público sobre ella o el ámbito en el

⁵³ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: “La interpretación de la Constitución”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º 169. 2014. Pág. 24.

⁵⁴ DE OTTO Y PARDO, Ignacio: “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio: “*Derechos fundamentales y Constitución*”. Ed. Civitas. Madrid. 1988. Pág. 137.

⁵⁵ ARAGÓN REYES, Manuel: “El Derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de Información”. *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. 1999. Pág. 34.

que la misma se desenvuelve⁵⁶.

En una primera aproximación en función de lo hasta aquí comentado, los derechos fundamentales no toleran más límites que los reconocidos en la CE, o que caben en su letra y espíritu. Ello permite al legislador modular disposiciones restrictivas de los derechos fundamentales, pero en este caso, no son los particulares que las impugnan en el recurso de amparo quienes han de demostrar su falta de justificación de las restricciones, sino a la inversa, es el Estado el que ha de demostrar que los actos restrictivos tuvieron plena justificación, pues se trata de derechos básicos que la CE reconoce a los ciudadanos⁵⁷.

De esta forma, como considera ARAGÓN REYES, la Ley desempeña una función, no ya “*garantizadora*” del derecho en concreto, sino “*garantista*” del sistema de derechos en su conjunto, delimitando el ejercicio de cada derecho en función de la garantía de ejercicio de los demás. “*No hay derechos absolutos, por principio, y es la Ley, en el marco de la Constitución, la que debe asegurar el desarrollo normativo equilibrado de los distintos derechos constitucionales. El mantenimiento de la condición sistemática del conjunto de derechos se consigue más adecuadamente por la intervención del legislador que como el sólo resultado de la práctica judicial*”⁵⁸.

Ahora bien, el problema es que si tenemos en cuenta la letra y el espíritu de enunciado constitucional, nos encontramos con una dificultad añadida: La sumariedad o incompletud de las cláusulas constitucionales que reconocen los derechos. Esta incompletud hace que puedan faltar las prescripciones sobre sus límites⁵⁹.

La indeterminación del Derecho es un fenómeno que afecta especialmente a las cláusulas materiales de la Constitución, de manera que en las “*zonas de penumbra*” no hay criterio seguro que permita discernir cuándo una obligación jurídica representa un límite al derecho y cuándo es una interferencia en la mera libertad natural⁶⁰.

En cualquier caso, cabe recordar que la interdependencia entre los distintos derechos contemplados en la CE obligan a no interpretar aisladamente cada uno de ellos, sino en su conjunto, en base al principio de unidad de Constitución. Ello implica un principio de optimización entre normas constitucionales en las que puedan darse

⁵⁶ BASTIDA FREIJEDO, Francisco José; VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio; REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma; PRESNO LINERA, Miguel Ángel; ALÁEZ CORRAL, Benito; FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio: “*Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española*”. Ed. Tecnos. Madrid, 2005. Pág. 120.

⁵⁷ GUAITA MARTORELL, Aurelio: “Régimen de los Derechos Constitucionales”. *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 13. 1982. Pág. 85.

⁵⁸ ARAGÓN REYES, Manuel: “Constitución y Derechos Fundamentales”. *Quaderns de Treball*. N.º 2. 1994. Pág. 19.

⁵⁹ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: “Los límites de los derechos y el sistema normativo”. *Derecho Privado y Constitución*. N.º 17. Enero-Diciembre 2003. Pág. 453.

⁶⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis: “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (Universidad Carlos III), N.º 8. Enero-Junio 2000. Pág. 455.

relaciones de tensión, de forma que el intérprete ha de realizar una interpretación sistemática en la que cada precepto encuentra su sentido valorándolo en relación con los demás (STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 4º)⁶¹.

En este sentido, el TC ha ido configurando la noción de los límites de los derechos, partiendo de que ni los derechos fundamentales son absolutos, ni tampoco sus límites (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7º; 2/1982, de 29 de enero, FJ 5º; 81/1983, de 10 de octubre, FJ 2º, 185/1997, de 2 de junio, FJ 4º y 312/2006, de 8 de noviembre, FJ 4º). Aunque es habitual tomar en consideración los límites de los derechos de una forma genérica, debe distinguirse entre los límites en sentido propio de los derechos fundamentales, denominados “límites externos”, de los llamados “límites internos”, pues ambos tipos de restricción responden a un status y función bien distintos (SSTC 58/1998, FJ 3.º y 14/2003, FJ 9.º)⁶².

Los límites internos son aquellos que vienen dispuestos explícitamente por la Constitución, o bien derivan de la coexistencia de los derechos fundamentales con otras normas de igual rango constitucional (límites inmanentes o lógicos). En rigor, los límites internos son criterios de delimitación del derecho fundamental en cuestión.

Los límites externos son aquéllos creados por el poder público habilitado a tal fin por la Constitución. En el caso del sistema constitucional español, sólo el legislador está apoderado para realizar esta tarea en virtud de los arts 81.1 y 53.1 CE y de las expresas remisiones que la propia CE hace con ese propósito.

Ahora bien, la intervención limitadora del legislador resulta de un equilibrio adecuado del derecho en cuestión con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, sin que se pueda acudir a un “*óptimo equilibrio ideal*”, de modo que se hace necesaria una operación de ponderación. El legislador debe actuar teniendo en cuenta la imprescindibilidad de todos los derechos y la exigencia de una conducta restrictiva de los derechos cautelosa y prudente⁶³. “*La fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos*” (STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 4º).

Esta interpretación restrictiva de los límites se articularía en unos “*elementos limitadores de los límites*”, entre los que destacan: La necesaria habilitación legal, la causalización, el respeto al contenido esencial (límite de límites) y la proporcionalidad entre medios y fines, sin perjuicio de la reserva jurisdiccional en cuanto a posibilidad de

⁶¹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: “La interpretación de la Constitución”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º 169. 2014. Pág. 35.

⁶² BASTIDA FREIJEDO, Francisco José; VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio; REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma; PRESNO LINERA, Miguel Ángel; ALÁEZ CORRAL, Benito; FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio: “*Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española*”. Ed. Tecnos. Madrid, 2005. Pág. 20.

⁶³ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: “Los límites de los derechos y el sistema normativo”. *Derecho Privado y Constitución*. N.º 17. Enero-Diciembre 2003. Págs. 469 y 470.

recurrir ante los tribunales como vía reparadora del caso concreto⁶⁴.

Otro de los límites a los que el legislador, en su actividad normadora, estaría sujeto es el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales. Entre las garantías de los derechos fundamentales previstas por la CE figura el respeto a su contenido esencial cuando se regule por Ley el ejercicio de tales derechos, según dispone el art. 53.1 CE, a cuyo tenor literal: “*Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a)*”.

Esta garantía implica que los derechos fundamentales no podrán ser alterados en su contenido esencial por las leyes que regulen su ejercicio. La soberanía popular, representada por el Parlamento, puede ordenar el contenido de los derechos fundamentales y libertades públicas, pero sin rebasar en ningún caso el límite infranqueable del contenido esencial de aquellos, que habrá de ser respetado, bajo el control del TC y con la protección de Jueces y Tribunales, los cuales no podrán aplicar leyes que desnaturalicen el contenido esencial de los derechos fundamentales, ni ellos mismos podrán desconocer o alterar dicho contenido en su labor interpretativa de las normas, pues en plena vigencia y correcta aplicación de las normas reguladoras de los derechos fundamentales y libertades públicas descansa el orden político democrático y la paz social (art. 10.1 CE).

PAREJO ALFONSO matiza la garantía del contenido esencial en el sentido de que todos los derechos fundamentales, por el solo hecho de su reconocimiento por la norma fundamental, son resistentes en su contenido esencial. De otra forma, el derecho dejaría de ser aquello a lo que la norma fundamental se refiere. Por ello cabe hablar de un carácter puramente declarativo de la prohibición de lesión del contenido esencial⁶⁵.

No ha de confundirse, sin embargo, el ámbito del contenido esencial del derecho, límite que se impone a la actividad del legislador (art. 53.1 CE), con el ámbito de protección en amparo del derecho fundamental (art. 53.2 CE), que incluye el efectivo goce del derecho en el marco de su regulación legal (STC 61/1989, de 3 de abril, FJ 2º).

La configuración del contenido esencial de los derechos fundamentales requiere⁶⁶:

- Su delimitación dentro del contenido general de cada derecho fundamental con criterios de esencialidad, suministrados por los datos normativos que ofrece la Constitución y por otros que contribuyen a la fijación de su esencia.
- Configurarlos también mediante las limitaciones que establece la propia

⁶⁴ AGUIAR DE LUQUE, Luis: “Dogmática y Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional español”. *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 18-19. 1983. Pág. 29.

⁶⁵ PAREJO ALFONSO, Luciano: “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*. Vol.I. N.º 3. Septiembre-diciembre 1981. Págs. 180-181.

⁶⁶ LÓPEZ ALARCÓN, Mariano: “Contenido esencial del derecho a la libertad religiosa”. *Anales del Derecho* (Universidad de Murcia). N.º 15. 1997. Pág. 27.

Constitución, o que son esenciales para su correcta funcionalidad, sin restricciones que los anulen, los dificulten o los hagan impracticables, lo que viene a constituir una garantía institucional de todos y cada uno de los derechos fundamentales.

Sobre la noción del contenido esencial de los derechos fundamentales, es obligado recurrir a la importante STC 11/1981 (FJ 7º y 8º), que perfila este concepto y los caminos seguidos para su definición:

En este sentido, el TC entiende que corresponde al legislador ordinario, como representante en cada momento histórico de la soberanía popular, 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 (...)”*. Por tanto, la cuestión es si se sobrepasa o no el contenido esencial del derecho. Ahora bien, plantea el TC si los derechos reconocidos o consagrados por la CE solo pueden quedar acotados por los límites reconocidos y declarados en la misma. En este sentido, destaca que la CE establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones, pero, en otras, *“el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”* (FJ 7º).

Para perfilar la noción de contenido esencial el TC distingue dos caminos (FJ 8º):

- Acudir a la *“naturaleza jurídica”* o modo de concebir o de configurar cada derecho. Se trata de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el *“metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho”*. Muchas veces el *nomen* y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por el legislador. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una *“recognoscibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta”*. 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.

Así, constituye 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. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

- El segundo posible camino versa sobre los *“intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos”*. Se trata de identificar la esencialidad del derecho con aquella parte del contenido del mismo que *“es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”*. Así, no se respeta 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”*.

Estos caminos no son alternativos, ni antitéticos, sino que, por el contrario, se consideran “*complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse (...)*”.

De todo lo dicho, cabe hacer las observaciones siguientes⁶⁷:

- Es evidente que lo que contiene el art. 53.1 CE es una prohibición de desfiguración del derecho fundamental dirigida al legislador que lo regula.
- La indisponibilidad del contenido esencial para la ley no se deriva de la prohibición del art. 53 CE, sino de la propia posición constitucional del legislador a quien obviamente le está vedada, de acuerdo con la idea normativa de la Constitución, una actuación desfiguradora de la misma.
- Ello hace posible que extendamos el límite del contenido esencial más allá del supuesto contemplado en el art. 53 CE, que establece la garantía del contenido esencial sólo en el caso de la regulación del ejercicio de los derechos del Capítulo II CE. Así, tal límite existe asimismo para el desarrollo de los derechos fundamentales, a que se refiere la reserva de ley orgánica del art. 81 CE.
- Este límite obliga a los demás poderes y desde luego al juez. En realidad, la suerte de los derechos fundamentales está en manos del juez (y subsidiaria o finalmente el juez constitucional, como máximo intérprete de la CE) que es quien lleva cabo en concreto el juicio de ponderación entre los derechos fundamentales en situaciones determinadas. Pero el límite del contenido esencial no puede concebirse en el plano de la vida efectiva del derecho como absoluto, sino como un mandato de optimización, imponiendo en el sacrificio concreto del derecho determinadas precauciones constitucionales, entre ellas las exigidas por el principio de proporcionalidad.

A nivel práctico, los tribunales ordinarios, y finalmente el TC, resolverán los conflictos de estos derechos entre sí y con otros bienes constitucionales asumiendo la imprescindibilidad de todos los derechos fundamentales. Para ello y en cada caso concreto, mediante la correspondiente ponderación, se determinará la prevalencia de un derecho sobre otro, atendiendo a las circunstancias en que la colisión tiene lugar. El principio de proporcionalidad impone el sacrificio de un derecho sólo si la resolución del conflicto lo demanda, produciendo el mínimo sacrificio en el que cede cuando no sea posible la compatibilización de los derechos. Se trata de un principio de naturaleza sustantiva, íntimamente ligado a la noción de justicia material, importante parámetro de constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta recae sobre los derechos fundamentales⁶⁸.

⁶⁷ Véase SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: “Una revisión de la Teoría de los Derechos Fundamentales”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. N.º 4, 2001. Págs. 118-121.

⁶⁸ VIDAL FUEYO, María del Camino: “La constitucionalidad de determinadas diligencias de investigación policial que afectan a la intimidad”, en RUBIO LLORENTE, Francisco; JIMÉNEZ CAMPO, Javier; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José; BIGLINO CAMPOS, Paloma y GÓMEZ MONTORO, Ángel José (Dirs.): “*La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*”.

Ello ha llevado a considerar que el contenido esencial, más que un concepto jurídico indeterminado, es un concepto impredecible. Es precisamente el enjuiciamiento del TC el que podrá determinar si aquello que se nos presenta como un derecho, sigue siendo reconocible como tal a la luz del significado constitucional del tipo iusfundamental en cuestión⁶⁹.

Sin embargo, cabe entresacar la importancia del principio de proporcionalidad como mecanismo jurídico para clarificar y ponderar la mayor o menor justificación para la limitación de un derecho, con la necesidad y los beneficios que proporciona. La aplicación de este principio resulta más efectivo que discernir cuál de las partes de un derecho resulta intocable, en la idea de que cuanto más se sacrifica un derecho, mayor necesidad de justificación reclamará la medida limitadora.

El principio de proporcionalidad juega, sin embargo, como límite de los límites de los derechos fundamentales. Una vez respetado el contenido esencial, el legislador no es libre para establecer límites a los derechos fundamentales, ya que solo puede hacerlo para preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos y aplicando el principio de proporcionalidad.

A juicio de Robert ALEXY, el principio de proporcionalidad es consecuencia de entender los derechos como mandatos de optimización, en el sentido de exigir que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo a sus posibilidades fácticas y jurídicas existentes⁷⁰.

Ahora bien, no existe una completa seguridad entre la prevalencia de un derecho sobre otro con carácter general. Incluso el principio de proporcionalidad representa una técnica que ha de ser aplicada al caso concreto. En función de los derechos en litigio y de las circunstancias del caso, hoy puede prevalecer un derecho y mañana otro, de suerte que un nuevo caso y unas nuevas circunstancias concurrentes exigirán normalmente una ponderación distinta⁷¹. La noción de “*unidad de Constitución*” ayudará a armonizar y complementar los diversos enunciados constitucionales partiendo del principio de proporcionalidad, lo que permite la limitación de un derecho fundamental no solo en función de la existencia de una justificación, sino teniendo en cuenta además la finalidad objetivamente perseguida por la norma limitadora. Además, habrá de tenerse en cuenta los principios de abuso de derecho y buena fe, como nociones abstractas que en algunos casos pueden ayudar a objetivar el daño o el perjuicio causado⁷².

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016. Pág. 962. Este trabajo puede localizarse también en la Revista *Ceflegal* (Centro de Estudios Financieros), N.º 177. Octubre 2015. Págs. 99-124.

⁶⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis: “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (Universidad Carlos III), N.º 8. Enero-Junio 2000. Pág. 439.

⁷⁰ ALEXY, Robert: “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 91. Enero-abril 2011. Pág. 12.

⁷¹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: “La interpretación de la Constitución”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º 169. 2014. Pág. 37.

⁷² AGUIAR DE LUQUE, Luis: “Los límites de los Derechos Fundamentales”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. N.º 14. Enero-Abril 1993. Pág. 34.

Sin embargo, está técnica de la proporcionalidad está predispuesta a la creación de una zona de penumbra entre los terrenos del legislador y el juez, pues puede provocar un arriesgado "*decisionismo judicial*" donde el intérprete efectúe una arbitraria ponderación de valores al margen de la estricta interpretación jurídica⁷³. La subjetividad de la ponderación de intereses, so pretexto de concretar los límites del derecho, puede terminar vaciando su contenido⁷⁴. Así, se ha criticado algún pronunciamiento del TC en el que parece que prevalece la ponderación de derechos sobre el contenido esencial de los mismos⁷⁵.

2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD COMO DERECHOS FUNDAMENTALES.

2.1. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN GENERAL Y DE LA INTIMIDAD EN PARTICULAR.

2.1.1 El carácter "*interdisciplinar*" y "*ambiguo*" de la dignidad de la persona como derecho.

*"Las cosas tienen utilidad; las personas, en cambio, dignidad"*⁷⁶.

Desde una perspectiva general, pero que también ejerce su influencia en la evolución que han desarrollado los derechos fundamentales y en especial, los derechos de la personalidad, la dignidad de la persona humana ha sido objeto y centro de múltiples disciplinas, que confluyen en una idea: El núcleo de la existencia humana, el contenido de la personalidad. Es un derecho del hombre, independientemente de su nacionalidad o filiación, de forma que puede afirmarse, como ya se ha repetido con fórmulas similares por algunos tribunales nacionales y supranacionales, que "*allí donde existe vida humana, ha de reconocerse la dignidad correspondiente, sin que sea decisivo que el sujeto sea consciente de esa dignidad y sepa guardarla por sí mismo*"⁷⁷.

Así, no cabe desvincular la idea de dignidad humana de las raíces cristianas e

⁷³ CANOSA USERA, Raúl: "Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales", en CARPIZO MAC GREGOR, Jorge y ASTUDILLO REYES, César Iván (Coords.): "*Constitucionalismo: Dos siglos de su nacimiento en América Latina*". Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, DF, 2013. Pág. 147.

⁷⁴ MEDINA GUERRERO, Manuel: "El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales". *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 5. Septiembre-diciembre 1998. Pág. 134.

⁷⁵ Voto particular a la STC 39/2016, de 3 de marzo, formulado por el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, ante un caso de control oculto del trabajador para verificar que se apropiaba de dinero. El voto particular incide en que la videocámara no respetaba el derecho de información del trabajador, parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos.

⁷⁶ FERNÁNDEZ-MIRANDA HEVIA, Torcuato: "*El hombre y la sociedad*". Ed. Doncel. Madrid, 1960. Pág. 14.

⁷⁷ VON MÜNCH, Ingo: "La dignidad del hombre en el Derecho constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 5. Mayo-agosto 1982. Pág. 16.

iusnaturalistas, o en la tradición cultural en que se incardina el derecho. En ciencias como la medicina o la biología, se ha planteado la dignidad del ser humano, casi siempre relacionándose con su derecho a la vida (frente al derecho al aborto), o con la muerte (el derecho a decidir sobre la propia muerte o la "*muerte de gracia*"), o en el ámbito de las pruebas médicas y experimentos con seres humanos⁷⁸. Así, en determinadas ocasiones se mezclan dos conceptos difusos, como son la dignidad y la ética.

En la economía y en su vinculación con la sociedad, sobre todo en el ámbito laboral, se ha vinculado la dignidad al trabajo productivo y a las condiciones en que éste se presta: La abolición de la esclavitud no garantiza un trabajo digno, considerándose "*indigno*" el trabajo remunerado con una retribución insuficiente, en una jornada excesiva, o bajo condiciones abusivas. Ahora bien, "*¿puedo esperar que otra persona haga el trabajo que yo mismo rechazo por considerarlo indigno para mi propia persona, porque para esa otra persona, no es indigno atendiendo a sus circunstancias?*"⁷⁹.

Atendiendo a estas circunstancias, no se puede afirmar que la dignidad sea un concepto absoluto. Incluso se ha llegado a considerar un concepto de dudosa utilidad⁸⁰. Es posible que una misma conducta sea considerada una violación de la dignidad para una persona y no para otra. Ello depende más de las circunstancias, de los sujetos y del momento en el que se plantea, debiendo estar al supuesto concreto para estimar su violación en el momento temporal preciso y en conexión con otro derecho fundamental al que realmente inspira. Una misma medida puede violar la dignidad de la mujer pero no la de un hombre, un sueldo puede considerarse digno para una persona, pero no para la otra, una manutención que puede ser indigna para alguien de nuestro tiempo, posiblemente fuera un lujo en tiempos de crisis o catástrofes.

En otras ocasiones, es la propia ley la que priva de las condiciones que pueden estimarse dignas para una persona normal, pero no por ejemplo, para una persona privada de libertad: Así, un registro a un recluso puede considerarse digno, dentro de determinadas condiciones, por necesidades de seguridad, mientras que no así para otra persona que no se encuentra en esa situación.

De la misma forma, tampoco se puede considerar "*indigno*" el comportamiento subjetivo con elementos de intencionalidad en diverso grado, como la culpa o el dolo, pues de la misma forma una buena intención puede suponer la violación de la dignidad personal: A modo de ejemplos, la alimentación forzada a una persona en huelga de hambre o el cacheo de los pasajeros de un avión por motivos de seguridad.

⁷⁸ MEGÍAS QUIRÓS, José Juanjo: "Dignidad del hombre ante la muerte". *Humana Iura* (Universidad de Navarra), N.º 4. 1994. Págs. 120 y ss. Otros estudios que profundizan en la materia en DÜRR, Daniel: "La muerte digna". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. N.º 61-62. Mayo-Junio 2016. Págs. 54-57 y en BARRAL VIÑALS, Inmaculada: "La dignidad en el momento de la muerte: La autodeterminación del paciente acerca de la propia vida". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. N.º 61-62. Mayo-Junio 2016. Págs. 58-67.

⁷⁹ VON MÜNCH, Ingo: "La dignidad del hombre en el Derecho constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 5. Mayo-agosto 1982. Pág. 14.

⁸⁰ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo: "¿Es útil el concepto de dignidad humana?". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. N.º 61-62. Mayo-Junio 2016. Pág. 14.

Y además, a pesar de ser un derecho inalienable, es decir, irrenunciable, es determinante la opinión del afectado sobre si se ha violado su intimidad o no, para apreciar su vulneración. Si bien no se puede renunciar al derecho fundamental en cuanto a todo, sí que cabe renunciar a determinadas potestades derivadas del mismo. Sin embargo, la dignidad permanece con independencia del trato recibido. La humillación viola la dignidad pero no la hace desaparecer⁸¹.

A pesar de todo ello, la dignidad de la persona se ha ido consolidando como un derecho fundamental, en la medida que existe un compromiso de los Estados para respetarla y protegerla. El deber del Estado de respetar la dignidad significa que es el propio Estado quien ha de omitir todas aquellas medidas que se dirijan contra la dignidad humana. Y ello debe incluir impedir ataques a la dignidad que se originen en terceras personas, sobre todo, de particulares. Y el fundamento de tales afirmaciones estriba en la conexión de la dignidad con el resto de derechos fundamentales, pues de ella se deriva la idea de que en todos los derechos fundamentales se haya comprendido un núcleo de dignidad personal⁸².

De cara a la concreción de este derecho y a su vinculación con otros que aquí interesan, la dignidad humana actúa como principio-guía de todo Estado de derecho. De esta forma, la dignidad constituye no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraña también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. En tal virtud, la dignidad humana supone el valor básico, fundamentador de los derechos humanos que tienden a explicar y satisfacer las necesidades de la persona en la esfera moral. Este es el principio legitimador de los "*derechos de la personalidad*", y por su puesto, del derecho a la intimidad⁸³. En relación con este derecho, en un primer momento, se consideró a la intimidad dentro de la teoría jurídica tradicional como una manifestación de los derechos de la personalidad, y en el sistema actual de los derechos fundamentales se considera como expresión del valor de la dignidad humana.

2.1.2 La dignidad humana en las declaraciones de derechos.

La dignidad de la persona se constituye en un valor supremo reconocido por las declaraciones internacionales de derechos y supone la piedra angular de todo el ordenamiento constitucional. Se considera la fuente de todos los derechos fundamentales, irradiando todo el sistema jurídico, el cual debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que se garantice la dignidad de la persona.

Esta opinión no ha sido sin embargo unánime, pues ante la cuestión de cual debe ser el valor constitucional de rango supremo, Michael KLOEPFER defiende que éste debe ser la vida y no la dignidad de la persona⁸⁴, que contrasta con algunas frases célebres,

⁸¹ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier: "Derechos Fundamentales y dignidad humana". *Papeles El Tiempo de los Derechos*. N.º 10, 2011. Pág. 1-17.

⁸² VON MÜNCH, Ingo: "La dignidad del hombre en el Derecho constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 5. Mayo-agosto 1982. Págs. 24 y 27.

⁸³ Véase PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: "*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*". Ed. Tecnos. Madrid. 1984. Págs. 317-318.

⁸⁴ KLOEPFER, Michael: "*Festgabe für das Bundesverfassungsgericht*". Tübingen, 1976. Vol II. Pág. 412.

como la del líder del "*Sindicato Independiente Polaco Solidaridad*", Lech WALESSA: "*Es mejor morir de pie que ser humillado y doblegado*".

Este valor supremo o superior reconocido a la dignidad de la persona, ha ocupado un lugar importante en las declaraciones internacionales de derechos, entre las que caben destacar las siguientes:

El art. 1 de la DUDH, de 10 de diciembre de 1948, establece que "*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*".

El preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 afirma que "*considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana...*".

En el ámbito de la UE, la CDFUE⁸⁵ (incluida como tal en la Parte II de la Constitución Europea⁸⁶) reconoce en su art. 1 que "*La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida*". Ya en el Preámbulo de la citada Carta se dice "*La Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación*".

A tenor de estas declaraciones, internacionales o en el ámbito de la UE, incluso en el reconocimiento constitucional de cada uno de los Estados, todo indica en una primera aproximación que la dignidad de la persona humana no sólo es en sí un derecho fundamental, sino que constituye la base misma, la clave de bóveda de los derechos fundamentales en el seno de la UE. Ahora bien, la cuestión planteada, no solo a nivel internacional, sino a nivel nacional en el derecho español, es si ese reconocimiento otorga a la dignidad un valor autónomo, es decir directamente aplicable, o si por el contrario forma parte del conjunto de los valores superiores en los que se inspira el ordenamiento. La solución no está nada clara, contrastando el valor de principio e incluso de derecho fundamental, con la aplicación práctica del mismo en los casos en los que se ha planteado de forma autónoma.

Así, a pesar de su reconocimiento, no ha pasado de la categoría de principio a derecho autónomo directamente aplicable, sino que en la mayoría de los casos, debe ir acompañado de alguno de los derechos fundamentales a los que inspira.

La STJUE de 9 de octubre de 2001, asunto C-377/98, tuvo ocasión de precisar la

⁸⁵ DOUE C 303, de 14 de diciembre de 2007 y DOUE C 83, de 30 de marzo de 2010 (ésta última versión, incluye las "*Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales*").

⁸⁶ Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma, el 29 de octubre de 2004, publicado el 16 de diciembre de 2004 en DOUE C 310.

posición que ocupan la dignidad humana y su protección en el Derecho Europeo. Dicho asunto se inscribía en el contexto de un recurso de anulación interpuesto contra la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. El demandante alegaba, entre otras cosas –en clara referencia a la citada "fórmula sujeto-objeto" de la dignidad humana–, que la patentabilidad de elementos aislados del cuerpo humano que se deriva del art. 5.2 de la Directiva equivale a una instrumentalización de la materia viva humana contraria a la dignidad del ser humano. A este respecto, el Tribunal de Justicia señaló lo siguiente: "*Corresponde al Tribunal de Justicia, al controlar la conformidad de los actos de las instituciones con los principios generales del Derecho comunitario, velar por que se respete el derecho fundamental a la dignidad humana y a la integridad de la persona*". A continuación, el Tribunal de Justicia negó la existencia de una ilegalidad basada en la violación de la dignidad humana.

En este sentido y en cuanto a la consideración de la dignidad como valor superior, más que como derecho fundamental, en la STJUE de 14 de octubre de 2004, en las conclusiones del Abogado General⁸⁷, se cuestiona el hecho de si la dignidad humana se incorpora en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros predominantemente en el marco de un reconocimiento general como principio fundamental, de valoración o constitucional –frecuentemente desarrollado en la jurisprudencia–, y no como norma jurídica autónoma que pueda ser invocada ante los órganos jurisdiccionales⁸⁸.

Sin perjuicio de ello considera como una excepción a una norma como la que existe, por ejemplo, con arreglo a lo establecido en la Constitución alemana, de acuerdo a la que –al menos según el criterio predominante– el respeto y la protección de la dignidad humana, tal como está consagrada en el art. 1 de la Ley Fundamental, no sólo constituye un "*principio constitutivo subyacente*", sino también un derecho fundamental autónomo⁸⁹. Sin embargo, alude también a la posible confusión terminológica entre dos conceptos: "*Beachtung*" (respeto -de la dignidad humana-) y "*Grundrecht*" (derecho fundamental)⁹⁰.

En conclusión, a la vista de estos pronunciamientos, el hecho de que la dignidad humana sólo adquiera un contenido material concreto a través de sus derivaciones y formulaciones en los diferentes derechos fundamentales y que actúe solo en relación con los mismos, viene a situar a este derecho como un criterio de valoración y de interpretación, más que como derecho fundamental.

Cabe incluso especificar que la garantía de la dignidad no es un valor que pueda colocarse sobre la balanza para ser ponderado con el valor de otro derecho fundamental,

⁸⁷ Conclusiones del Abogado General, N.º 84. Asunto C-36/02: El Derecho de la UE no se opone a que una actividad económica que consista en la explotación comercial de juegos de simulación de acciones violentas y homicidas («jugar a matar») sea objeto de una medida nacional de prohibición, por motivos de protección del orden público, debido a que esta actividad menoscaba la dignidad humana.

⁸⁸ BRUGGER, Winfried: "*Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte*". Baden-Baden, 1997. Págs. 29 y ss.

⁸⁹ Conclusión del Abogado General N.º 85.

⁹⁰ Conclusión del Abogado General N.º 90.

y ello porque la dignidad humana, en cuanto raíz de todos los derechos fundamentales, no es susceptible de ser ponderada con respecto a ningún derecho fundamental singular⁹¹.

Aparte de estos pronunciamientos, la jurisprudencia del TJUE ha venido reconociendo a la dignidad humana en el ámbito europeo, de la siguiente forma, sin apostar de forma clara y terminante por su carácter de derecho fundamental autónomo, pero destacando su importancia en la interpretación y como límite a las disposiciones normativas⁹²:

- Se integra en el reconocimiento de los principios generales del derecho resultantes, especialmente, de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.
- Es norma y requisito para la legalidad de los actos comunitarios.
- Actúa como principio de interpretación en las disposiciones de derecho comunitario.

Estas declaraciones de principios y el reconocimiento efectivo a todos los ciudadanos, tanto a nivel internacional, como en los ordenamientos nacionales, del derecho a la dignidad humana como base de los derechos fundamentales, de carácter vinculante a los poderes públicos, tanto en sus propias actuaciones, como garantizando y tutelando su eficacia entre particulares, configuran y refuerzan el carácter democrático de un Estado de derecho a la vez que lo caracterizan como Estado moderno y desarrollado.

Pierre ROSSANVALLON, en sus estudios sobre legitimidad democrática, destaca la importancia para el Estado de derecho, tanto del reconocimiento de derechos, como el de la dignidad a todos los ciudadanos: "*Si la democracia supone considerar a cada individuo como portador de derechos irreductibles, el consentimiento de todos es la única garantía indiscutible del respeto a cada uno. Esta comprensión individualista del requisito de unanimidad funda en su principio el Estado de derecho*"⁹³.

Por su parte, como característica de un Estado moderno y avanzado, Francis FUKUYAMA incide en que la protección de la dignidad humana, que tiene como presupuesto la propia vida y que no puede separarse de la libertad individual, que tiene como presupuesto a la persona, constituye hoy día "*la gran oferta del mundo moderno*", ya que cuenta con un gran atractivo: "*Conjuga la prosperidad material con la libertad política y cultural de la democracia liberal. Se trata (...) de una combinación que resulta objeto de deseo para cantidades ingentes de personas y así lo demuestra el flujo prácticamente unilateral de inmigrantes y refugiados que se desplazan desde los países*

⁹¹ LUTHER, Jörg: "Razonabilidad y dignidad humana". *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. N.º 7. Enero-junio 2007. Pág. 306.

⁹² TAPIA HERMIDA, Antonio: "La protección de los derechos fundamentales en el Derecho comunitario. Sus funciones. La «dignidad humana» como principio general del derecho y norma jurídica". *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 265. Abril 2005. Págs. 115-142.

⁹³ ROSSANVALLON, Pierre: "*La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*". Ed. Paidós. Barcelona, 2010. Pág. 41.

menos desarrollados a otros más desarrollados"⁹⁴.

2.1.3 La dignidad de la persona en la Constitución Española.

Los derechos fundamentales son, antes que nada, la proyección jurídica de la dignidad de la persona, justamente la condición de su desarrollo. En el estadio cultural en que nos movemos es imposible una vida verdaderamente humana sin el reconocimiento y ejercicio de estas facultades de obrar, relacionarnos, participar o solicitar determinadas prestaciones, a las que llamamos derechos fundamentales. Alguien a quien no se reconocen estos derechos es tratado indignamente, vejado en su condición de ser racional y libre. Esta relación de los derechos fundamentales con la dignidad subraya la dimensión individual de los mismos⁹⁵.

La dignidad humana representa el núcleo axiológico de los derechos de la personalidad dirigidos a tutelar su integridad moral (derecho al honor, a la intimidad, propia imagen o a la abolición de tratos inhumanos y degradantes), así como su integridad física (derecho a la vida e integridad, prohibición de la tortura, etc), en cuanto se concreta en el autónomo desarrollo de la personalidad. Tampoco puede ser ajena a la libertad, ya que ésta, a su vez, no solo se haya inescindiblemente vinculada a la dignidad, sino que en sus dimensiones positiva y comunitaria implica a la igualdad, porque difícilmente se puede hablar de libertad para todos, si todos no son iguales entre sí. Al mismo tiempo, la igualdad persigue y se orienta hacia la dignidad y la libertad, puesto que repugnaría a su propia condición de valor el que se la pudiera concebir (aunque de ello no han faltado ejemplos históricos) como igualdad en la humillación y en la opresión⁹⁶.

A raíz de la CE, se planteó qué lugar ocupa la dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional, pues ni aparece entre los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1), ni entre los principios que garantiza el art. 9.3, sino que aparece en el art. 10.1 como fundamento del orden político y de la paz social, al mismo tiempo que se adjudica como una cualidad inherente a los derechos fundamentales. En ellos se traducen y se concretan las facultades que vienen exigidas por la dignidad, así como el ámbito que se debe garantizar a la persona para que aquella dignidad sea respetada y posible⁹⁷.

En cuanto se ha positivizado en la norma jurídica constitucional, es norma de derecho positivo, lo que lleva a entender que a partir de la CE han quedado derogadas todas las normas anteriores contrarias a la dignidad de la persona, así como que su contravención determinará la inconstitucionalidad de la norma a través de los

⁹⁴ FUKUYAMA, Francis: "*La construcción del Estado: hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*". Ediciones B. Barcelona. 2004.

⁹⁵ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: "Una revisión de la Teoría de los Derechos Fundamentales". *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. N.º 4, 2001. Págs. 106-107.

⁹⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: "El concepto de los Derechos Humanos y su problemática actual". *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (Universidad Carlos III), N.º 1. Febrero-October 1993. Págs. 190-191.

⁹⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: "La dignidad de la persona en la Jurisprudencia constitucional". *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*. N.º 62. 1985. Pág. 142.

procedimientos que el ordenamiento arbitra.

Lógicamente, el respeto a la dignidad de la persona se hará valer ante el orden jurisdiccional que corresponda, en función de la naturaleza del acto determinante de la ofensa o lesión. Por tanto, si se trata de un trabajador, podrá recabar la tutela de su dignidad ante el orden social, en su proyección a otros derechos que tienen cabida en la relación laboral y por tanto, objeto de proyección, aunque no se trate de derechos típicamente laborales, como son los derechos de la personalidad.

Entonces, ¿Cómo podemos definir la dignidad que refleja la CE? El reconocimiento de los tradicionales derechos de la personalidad como derechos fundamentales, como le sucedió a la intimidad en el art. 18 CE, supuso un paso decisivo para precisar su *status* jurídico y su propia individualización. Estos derechos suponen la concreción y explicitación del valor de la dignidad humana, por lo que resulta evidente el trasfondo iusnaturalista que inspira y fundamenta la consagración constitucional de la intimidad, como también sucedió en Italia y Alemania, donde se hace mención a los derechos inviolables de la persona basados en la dignidad⁹⁸.

La CE conjuga estas dos concepciones (iusnaturalista y positivista) sobre los derechos humanos en el art. 10, al establecer que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la DUDH (art. 10.2 CE).

Sin embargo, es el propio TC quien se ha aventurado a definir o delimitar el concepto de dignidad, que interpreta. La STC 53/1985, de 11 de abril, eleva a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta. En este sentido, afirma que la dignidad se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que *“la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”* (FJ 8º).

Desde este punto de vista, la dignidad es el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos fundamentales⁹⁹.

Como mínimo invulnerable, la STC 120/1990, de 27 de junio, considera que la dignidad de la persona se proyecta sobre los derechos individuales y que la regla del art. 10.1 CE implica que, *“en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona (...) la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre (...) constituyendo, en consecuencia, un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se*

⁹⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *“Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”*. Ed. Tecnos. Madrid. 1984. Pág. 318.

⁹⁹ OJEDA AVILÉS, Antonio e IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa: *“La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional”*. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º 73. 2008. Pág. 151.

impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona” (FJ 4º).

Por su parte, en este mínimo invulnerable, la dignidad de la persona inspira la prohibición de tratos vejatorios y degradantes o el derecho a no sufrir torturas o humillaciones (STC 57/1994, de 28 de febrero).

En consecuencia, no cabe concebir por tanto la dignidad como un derecho concreto con un contenido específico, pues de la propia configuración constitucional, tanto en la norma suprema, como en su interpretación por el TC, queda como un valor que aunque “*mínimo*”, “*inalterable*”, “*inseparable a la persona en cualquier situación*” y base del resto de derechos, no es autónomo en cuanto a su protección en amparo, ya que debe ir acompañada de la lesión de otro derecho fundamental para obtener la máxima protección constitucional.

Esta interpretación encuentra un paralelismo con la doctrina alemana, que básicamente gira en torno a la idea de que quien estime que una situación subjetiva está “*absolutamente*” tutelada por su dignidad, ha de adjuntar también a su propia queja un concreto derecho fundamental y reconocer que el respectivo principio ha de ser atemperado con el resto de derechos fundamentales.

De esta forma, la dignidad humana solo puede integrar la defensa de derechos fundamentales particulares, como por ejemplo, la vida, la integridad física o las libertades, para hacer que prevalezcan, gracias al peso de aquéllos, los principios relativos a los mismos en la ponderación con otros principios en conflicto. En esencia, quien reivindica el respeto a su dignidad, debe contextualizarla y relacionarla con otros derechos. Por el contrario, si un derecho fundamental debe “*relativizarse*” y sufrir limitaciones en virtud de otros valores constitucionales, debe demostrar que esa situación no afecta a la dignidad humana. El legislador es libre de resolver colisiones entre derechos fundamentales y retocar las ponderaciones, pero debe tener en cuenta el “*peso*” de la dignidad, que inclinará siempre la balanza en una concreta dirección¹⁰⁰.

2.2. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

2.2.1 El objeto de los derechos de la personalidad: Los conceptos de intimidad, privacidad y protección de datos.

El concepto de persona encierra ya un significado vinculado a lo privado, a lo íntimo. En su Diccionario de Filosofía, ABBAGNANO entiende que “*persona es el hombre en sus relaciones con el mundo y consigo mismo*”¹⁰¹. Cuando el Derecho trata de salvaguardar estos ámbitos de la persona, tanto interior, como exterior, nos referiremos entonces a los derechos de la personalidad. Así lo expresa SERRANO ALONSO: “*El ser humano es el centro y razón de ser del Derecho, ya que éste trata de regular las diversas*

¹⁰⁰ LUTHER, Jörg: “Razonabilidad y dignidad humana”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. N.º 7. Enero-junio 2007. Págs. 309 y 310.

¹⁰¹ ABBAGNANO Nicola: “*Dizionario di Filosofia*”. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1961. Puede consultarse la versión española en “*Diccionario de Filosofía*”. Fondo de Cultura Económica. México. 1980. Pág. 909.

*situaciones en que la persona puede encontrarse en su vida en sociedad*¹⁰².

A su vez, estos derechos de la personalidad se incorporan en un ámbito social y dinámico, provocado por el carácter relacional del individuo. Además, es lógico pensar que los derechos de la personalidad han de amoldarse a la cultura de la persona y al tiempo en el que vive. Por tanto, ante la convivencia social del individuo en cada cultura y en cada época, los derechos de la personalidad jugarán un papel importante en cuanto a la salvaguarda de su identidad en unos casos y en cuanto a las cualidades y actos que deben quedar en el ámbito más íntimo o privado, en otros (ámbito familiar, profesional o social).

Antes de entrar en el estudio de los diferentes derechos de la personalidad, conviene detenerse en cuanto al objeto o bien jurídico que estos derechos tutelan. Cuando hablamos indistintamente de intimidad o de privacidad, nos referimos sin embargo a espacios distintos, que aunque pertenecen a la vida privada, sin embargo abarcan distintas realidades. Incluso cuando hablamos de datos personales, éstos pueden ser tanto íntimos, como públicos, pero sin embargo, se caracterizan por el poder de disposición de su titular frente al conocimiento de terceros.

¿Cuándo entenderemos entonces que hay una intromisión en nuestra parte privada, sea interior o exterior, que justifique por tanto un amparo en alguno o en varios derechos de la personalidad? Las situaciones son múltiples y, el desarrollo tecnológico ha provocado que se multipliquen por la incidencia de medios o recursos que gestionan y acumulan información y que hasta ahora no existían. Esa información es en muchos casos parte de la esfera privada de la persona, sobre la que ésta pierde el dominio sobre la misma y, en muchos casos, por tanto, su dignidad.

No falta razón a PARDO FALCÓN cuando se refiere a los derechos de la personalidad como aquellos que pretenden proteger una serie de bienes jurídicos lo suficientemente semejantes como para que puedan ser conculcados por análogos medios¹⁰³.

Se viola la intimidad, entendida en un sentido amplio, por la entrada en un domicilio particular o por el acceso a sus comunicaciones secretas o correspondencia contra la voluntad de sus titulares. También cuando se dispone de su imagen sin su consentimiento, e incluso, se atenta contra el derecho al honor cuando no se garantiza ser tratado ante los demás sin disminución del aprecio propio y ajeno. Pero también por la difusión pública de aspectos reservados, sean o no ciertos, por la identificación de la persona a través de sus datos o de su imagen y por la disposición y difusión de éstos. Es contrario a la intimidad entrar en los espacios privados del individuo o donde se ha especulado con una existencia de privacidad. También lo es recomponer las características físicas o cualidades de una persona, a través de la recopilación de datos cuyo fin no fue precisamente difundirlos públicamente.

¹⁰² SERRANO ALONSO, Eduardo: "*Derecho de la persona*". Ed. La Ley. Madrid. 1992. Pág. 5.

¹⁰³ PARDO FALCÓN, Pedro: "Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 34. Enero-abril 1992. Pág. 144.

Sin embargo, la línea divisoria de estos conceptos es difusa. Unas veces por influencia del Derecho anglosajón, que incluye en el concepto de "*privacy*" todo aquello que pertenece al espacio reservado de la persona, que incluye tanto lo realmente íntimo (familiar o personal), como aquello que, siendo externo, no es disponible por terceros. Por ejemplo, es frecuente en las redes sociales e Internet, la expresión "*política de privacidad*" cuando se informa a los usuarios sobre el acceso por terceros al contenido de lo publicado y raramente o nunca se alude a "*política de intimidad*". Este es un ejemplo que nos puede servir de pauta, pues lo publicado en Internet o en redes sociales implica extraer del ámbito más íntimo de la persona aquellos aspectos que publica, sin embargo, ello no es obstáculo para que pueda mantener un ámbito privado con las personas que comparte la información o el círculo en el que se desenvuelve el usuario.

Otras veces, la intimidad se identifica con lo realmente reservado, incluyendo el aspecto corporal, pero sin embargo, también hablamos de intimidad económica, cuando queremos mantener la privacidad de nuestras cuentas o situación financiera. El carácter "*reservado*" de los datos médicos es otro ejemplo de información que siendo íntima, puede tener relevancia en determinados ámbitos, como el laboral, pero a pesar de ser conocida, queda protegida por el derecho a la intimidad o, en su caso, por el derecho a la protección de datos, respecto al conocimiento de éstos por terceros ajenos a la relación.

Los derechos de la personalidad se caracterizan precisamente por salvaguardar aspectos de la vida privada frente al conocimiento ajeno, pero sin embargo, hoy día, no podemos considerar a todos ellos como íntimos. Surge la noción de privacidad para garantizar a la persona la posibilidad de contar con varias facetas y actuar de forma contextualmente diferente en cada una de ellas, siendo el derecho a la protección de datos personales una herramienta para dotar a los "*individuos contextuales*" de medios para asegurar la integridad contextual de su margen informativa¹⁰⁴.

Por ello, y ante la utilización de una denominación indistinta o general, merece la pena estudiar estos conceptos, que tendrán su diferencia más notable, como se verá más adelante, al examinar el derecho a la protección de datos personales, también llamado "*derecho a la autodeterminación informativa*". Este derecho es fruto de los avances tecnológicos y ha adquirido una enorme importancia frente a las tradicionales concepciones de la intimidad o privacidad. Cabe entender que se ha producido una evolución en la dimensión defensiva de la intimidad hacia un poder o derecho interactivo de control sobre el flujo de información que afecta al individuo, lo que incorpora una dimensión intersubjetiva, social o externa de la intimidad, en la que participan los poderes públicos con importantes obligaciones de tutela y salvaguarda de este bien jurídico¹⁰⁵.

A título de ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, para conectar los conceptos con los distintos ámbitos privados o íntimos protegibles por los derechos de la personalidad, se destacan a continuación algunas definiciones o caracteres elaborados por la doctrina y

¹⁰⁴ GARCÍA SANZ, Rosa María: "Redes sociales on-line: Fuentes de acceso público o ficheros de datos personales privados (Aplicación de las directivas de protección de datos y privacidad en las comunicaciones electrónicas). *Revista de Derecho Político* (UNED), N.º 81. 2011. Pág. 121.

¹⁰⁵ OLLERO TASSARA, Andrés: "*De la protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales. Exigencias jurídico-naturales e historicidad en la jurisprudencia constitucional*". Discurso de recepción de académico de número. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 2008. Pág. 137.

utilizados por la jurisprudencia.

El TEDH entiende que el concepto de privacidad no puede ser definido de forma exhaustiva, debiendo entenderse desde una perspectiva amplia, ya que se incurriría en un error manifiesto si se limitara a una esfera de intimidad personal de la que se excluyera absolutamente el mundo exterior (asuntos *Niemitz* o *Costello Roberts*). Sin embargo, es posible deducir de las sentencias dictadas por dicho Tribunal una diferencia destacable entre las nociones de privacidad e intimidad: El mayor ámbito de alcance de aquélla con respecto a ésta, distinguiendo distintos niveles de intimidad dentro de la privacidad¹⁰⁶.

En este sentido, el concepto de privacidad es un tanto ambiguo, pues resulta ser heterogéneo, multidimensional y dinámico. Se trata de un valor que debe ser protegido de manera diferente en función de los cambios tecnológicos y del contexto¹⁰⁷.

Jon BING entiende la privacidad como una protección general contra toda invasión indebida contra la persona (sus cartas, su domicilio, sus llamadas telefónicas...), mientras que alude a la protección de datos como algo más limitado que se refiere al control moderno de los archivos informatizados¹⁰⁸.

Vittorio FROSINI, define la privacidad como el retiro temporal de un sujeto que se separa de la sociedad voluntariamente a través de todo tipo de medios psicológicos o físicos. Por intimidad, sin embargo, entiende que es algo más específico, aquella fase de la privacidad en la que el sujeto se encuentra situado en un grupo reducido en el que caben una serie de relaciones como las derivadas de la esfera familiar o conyugal¹⁰⁹.

Sin embargo, también en la doctrina italiana, Tommaso Edoardo FROSINI, ofrece un análisis en profundidad en el ámbito tecnológico, cuando se refiere al reconocimiento de un derecho a la identidad personal como nuevo derecho a la personalidad, constituido por la proyección social de la personalidad del individuo, que se asimila a un interés del sujeto a ser representado en la vida social con su verdadera identidad¹¹⁰.

En la doctrina española, ALBALADEJO se refiere a la intimidad como el "*poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo, personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado*"¹¹¹.

¹⁰⁶ RUIZ MIGUEL, Carlos: "*El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*". Ed. Civitas. Madrid. 1994. Págs 34 y 35.

¹⁰⁷ HERNÁNDEZ MARTÍN, Miguel Ángel: "La privacidad: Una mirada desde la Economía", en APARICIO VAQUERO, Juan Pablo y BATUECAS CALETRÍO, Alfredo (Coords.): "*En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*". Ed. Comares. Granada, 2015. Págs. 1 y 2.

¹⁰⁸ BING Jon: "Privacy and surveillance systems: Balancing competing interests". *The International Computer Lawyer*. Vol. 1. N.º 10. Septiembre 1993. Pág. 18.

¹⁰⁹ Un desarrollo en profundidad de estos conceptos puede encontrarse en FROSINI, Vittorio: "*Il diritto nella società tecnologica*". Ed. Giuffrè, Milán. 1981.

¹¹⁰ FROSINI, Tommaso Edoardo: "Nuevas tecnologías y constitucionalismo". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 124. Abril-Junio 2004. Pág. 132.

¹¹¹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: "*Derecho Civil*". Ed. Bosch. Barcelona. 1985. Tomo I. Vol. 2º. Pág. 65.

En este punto, ha de destacarse el carácter abierto que propone O'CALLAGHAN MUÑOZ, a cuyo parecer ha de ponerse en valor el hecho de que el concepto de intimidad adolece de una falta de claridad, provocada sin duda por la constatación de que si la intimidad se centra en un círculo íntimo de la persona, éste concepto variará según sea la actividad a la que se dedique el sujeto¹¹².

Particularmente afortunado resulta el planteamiento de RUIZ-GIMÉNEZ que a modo de una verdadera premonición a lo que luego sería el desarrollo de la informática, en 1969 escribió que "*si la intimidad es un valor fundamental del ser del hombre, uno de sus bienes básicos, no cabe duda de que ha de reflejarse en la existencia colectiva como un derecho natural o fundamental, que el ordenamiento jurídico debe proteger contra cualquier violación por parte de los demás hombres, y más aún de las instituciones o comunidades que éstos forman*"¹¹³.

Por tanto, a tenor de estas propuestas doctrinales, parece entenderse que la intimidad encierra un campo del individuo en cuanto a la concepción íntima, ya sea interior de la persona o en sus círculos más cercanos, vinculándose con su dignidad. Pero en la concepción exterior de la persona, también existe una intimidad, en el momento en que el individuo se abre a los demás por su naturaleza social, pero conservando su dignidad. Las personas con una dimensión pública, objeto incluso del derecho a la información, también son titulares del derecho a la intimidad, si bien este derecho se ve afectado por el interés social de las personas en conocer ciertos aspectos de su vida privada.

Resulta especialmente aclaratorio, teniendo en cuenta todo lo apuntado con anterioridad, una diferenciación que puede resultar de utilidad para distinguir los conceptos empleados y que permite, además, servir de base para el estudio de la intimidad en el ámbito tecnológico. Esta diferenciación es la propuesta por VICENTE Y GUERRERO que sugiere los siguientes ámbitos¹¹⁴:

- a) El ámbito de la intimidad abarca las facetas de la vida humana que proporcionan datos de especial valor o consideración sobre la persona, como los datos concernientes a la ideología, a las creencias religiosas o a la salud.
- b) El concepto de privacidad comprendería todas aquellas facetas de la vida de la persona, independientemente de su importancia o valor, que todo individuo tenga derecho a mantener reservadas.

¹¹² O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: "Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen", en AAVV: "*Los derechos fundamentales y libertades públicas*". XII Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Servicio de publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid. 1992. Vol. I. Pág. 577.

¹¹³ RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín: "El derecho a la intimidad", *Diario Ya*, Madrid, 14.01.1969. Reed. *Cuadernos para el Diálogo*. N.º 66. 1969. Págs. 9-12.

¹¹⁴ VICENTE Y GUERRERO, Guillermo: "El derecho a la privacidad frente al uso justificado de los sistemas de vigilancia". *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (Universidad Carlos III). N.º 6. 1998. Pág. 525.

- c) El ámbito de la protección de datos alcanza toda actividad que tenga como objeto la salvaguarda de datos personales almacenados en archivos informáticos.

En esta línea, el derecho fundamental a la protección de datos tendría por finalidad la garantía de la privacidad individual, de forma que su objeto protegido no serían los datos personales, sino ese ámbito de la vida privada que se preserva de la curiosidad o injerencia ajena mediante el control que ejerce la persona sobre sus datos íntimos. Es decir, la protección de datos no persigue el secreto al dato, sino su publicidad controlada¹¹⁵.

CÓRDOBA CASTROVERDE y DÍEZ-PICAZO apuntan a la protección de la privacidad en el entorno tecnológico como un concepto más amplio y conectado a la protección de datos que abarcaría también el nombre de la persona, su imagen, sus direcciones IP y de correo electrónico, así como cualquier dato que permita identificar a la persona física¹¹⁶.

La primera conclusión que se puede extraer ante la diversidad de la información más o menos pública, es que la protección de estos ámbitos no debe ser parcelada, asignando su salvaguarda a un determinado derecho. Para una eficacia de los derechos constitucionalmente reconocidos debe hacerse una labor armonizadora de todo el sistema jurídico, que integre, además, las nuevas situaciones que la tecnología pueda plantear. La compatibilidad sistémica de estos derechos implica además resolver los distintos conflictos que entre ellos se puedan producir, así como con otros bienes jurídicos. A tal efecto, debemos aplicar el principio de proporcionalidad que, indisolublemente unido al valor de justicia, debe resolver aquellos casos en los que se planteen conflictos frente a la privacidad, mediante una adecuada ponderación de los bienes jurídicos enfrentados.

2.2.2 Antecedentes y formulación constitucional de los derechos de la personalidad en la Constitución Española.

Las anteriores Constituciones españolas reconocieron derechos cercanos a los de la personalidad, pero nunca reconocieron específicamente los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Entre los derechos próximos a los de la personalidad reconocidos históricamente en nuestro constitucionalismo cabe destacar los siguientes: El derecho a la inviolabilidad del domicilio se reconoció en las Constituciones de 1812 (art. 306), 1837 (art. 7), 1845 (art. 7), 1869 (art. 5), 1876 (art. 6) y 1931 (art. 31). Por su parte, el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia se reconoció en las Constituciones de 1869 (art. 7), 1876 (art. 7) y 1931 (art. 32).

La CE de 1978 reconoce en un mismo precepto los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en su art. 18.1. La amplitud o dispersión del objeto del contenido del derecho de la intimidad, es lo que ha llevado a plantear si se

¹¹⁵ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental a la protección de datos personales", en FARRIOLS I SOLÁ, Antoni (Dir.): *"La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo"*. Ed. Cinca. Madrid, 2006. Págs. 49-51.

¹¹⁶ CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: "Reflexiones sobre los retos de la protección de la privacidad en un entorno tecnológico", en AA.VV.: *"El derecho a la privacidad en el nuevo entorno tecnológico"*. XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016. Pág. 104.

trata de un derecho único o de una pluralidad de derechos. En la actualidad, estos derechos poseen una identidad propia, aunque se encuentran directamente interrelacionados, ya que en su conjunto, ordenan la vida privada¹¹⁷. En efecto, la vida privada se manifiesta en estos derechos, que han ido evolucionando y adaptándose a la evolución social, cultural y tecnológica. Es la conjunción de estos tres derechos la que nos va a permitir valorar cuando se ha lesionado la privacidad en alguna de sus manifestaciones, sin que sin embargo, se pueda definir con certeza y a priori, en qué consiste exactamente esta noción jurídica. Con cierto sarcasmo, RUBENFELD plasmó este problema, así como su solución, cuando afirmó: "*Nadie sabe definir con certeza qué es el derecho a la privacidad, pero un juez lo reconoce en cuanto se lo encuentra*"¹¹⁸.

Esta ubicación dentro del texto constitucional les confiere la naturaleza de derechos fundamentales, lo que les hace beneficiarios de la máxima protección jurídica. Por tanto, el desarrollo legislativo de estos derechos está reservado a la ley orgánica (art. 81 CE) y la regulación de su ejercicio habrá de respetar en todo caso el contenido esencial de cada uno de ellos (art. 53.1). Asimismo, cualquier ciudadano puede recabar la tutela jurisdiccional de estos derechos ante los tribunales ordinarios a través de un procedimiento preferente y sumario y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el TC (art. 53.2 CE).

En cuanto al desarrollo legislativo de estos derechos, hay que destacar dos leyes orgánicas que tienen como fin la protección civil y penal de los mismos: La LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen; y la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, que tipifica en los arts. 197 a 204 los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y en los arts. 205 a 216 los delitos contra el honor¹¹⁹.

Los derechos de la personalidad tienen como objeto proteger la vida privada de la persona en algunas de sus distintas facetas. Son bienes que garantizan el disfrute por cada persona de sus propias facultades físicas, intelectuales y morales, sin las que el hombre carecería de sus propias garantías para asegurar su pleno y efectivo desarrollo¹²⁰. En concreto, protegen el honor, la intimidad personal y familiar y la imagen de la persona, bienes considerados intrínsecos a la dignidad humana (STC 231/1988, de 2 de diciembre) y merecedores del amparo constitucional. La reputación que tenemos entre los demás, nuestra privacidad personal y familiar y el uso de nuestra imagen son pues esenciales para el desarrollo de la personalidad y para mantener una correcta relación con los demás miembros de la sociedad. No olvidemos que somos ciudadanos libres necesitados de un cierto grado de autonomía en nuestras relaciones sociales.

¹¹⁷ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: "El derecho a la vida privada en España", en PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y BADÍA Y LIBERAL, Enrique (Coords.): "*El debate sobre la privacidad y seguridad en la red: Regulación y mercados*". Colección Fundación Telefónica. Ed. Ariel. Barcelona. 2012. Pág. 126.

¹¹⁸ RUBENFELD, Jed: "The right to privacy". *Harvard Law Review*. Vol. 102. N.º 4. Febrero 1989. Pág. 751.

¹¹⁹ Téngase en cuenta las modificaciones operadas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (BOE de 31 de marzo).

¹²⁰ HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel: "*El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*". Ed. Dykinson. Madrid. 2002. Pág. 10.

2.3. EL DERECHO AL HONOR.

El concepto de “*honor*” (del latín *honos, honoris*), implica históricamente rectitud, decencia, dignidad que debían tener las personas que ejercen cargo público, estando reservado a los estamentos dominantes de la sociedad (como a la nobleza o al clero en el Antiguo Régimen), pues sólo a sus miembros se les reconocía cierta dignidad. Ya en el Antiguo Régimen, la dignidad (y algunas cualidades como el honor) fue extendiéndose a la burguesía mediante la compra de oficios o cargos públicos.

Cada época vive y concibe un honor distinto, no sólo como sentimiento individual (honra), sino como creencia colectiva (honor) y que en tal honor influyen los más variados conceptos sociales, que determinarán a su vez el concepto que se atribuya en un momento determinado al delito de injuria. Es obvio que cada época basa insensiblemente su vida colectiva en una serie de creencias o valores sociales y éstos repercuten jurídicamente en la vigencia legal de la época. Así, el honor es un hecho social con repercusiones jurídicas; vivido por los hombres, tiene todos los caracteres opuestos a cualquier hecho físico, biológico o perteneciente a la naturaleza. Es impalpable, inaprehensible, sin reglas fijas de evolución e ilimitadamente voluble según épocas y lugares. Es pues relativo, mutable, eminentemente social, construido a partir de las creencias de cada momento histórico y de la verdad creída y admitida en cada instante¹²¹.

Cabe así distinguir el honor, como la buena reputación que una persona merece en el conjunto social, de la honra (más subjetivo, relativo a las virtudes que la persona posee) y de la fama (opinión externa de la persona, o lo que los demás piensen de ella)¹²².

Después, con el advenimiento del Estado constitucional, la dignidad se hará extensible a todos los ciudadanos, distinguiéndose entre dignidad de la persona y derecho al honor: El derecho al honor protege una dignidad subjetivizada y, por ende, relativa, mientras que la dignidad de la persona que proclama el art. 10.1 CE constituye una categoría personal¹²³.

En la actualidad, el concepto de honor tiene un fin igualitario de las personas, pues no en vano es cualidad predicable de todo ser humano: La buena reputación o la buena fama de una persona en la sociedad (o más concretamente en su entorno social). Se trata, por tanto, de proteger al sujeto frente a manifestaciones o imputaciones que en cada momento y lugar puedan suponer para ella descrédito o menosprecio y, por tanto, desmerecer su consideración ajena.

En un primer momento, el derecho fundamental al honor se entendió por el TC, en pura tradición jurídica española, como “*el derecho a la propia estimación, al buen nombre y reputación*” (ATC 106/1980). En relación al empleo de apelativos injuriosos o insultos, confiere a su titular el derecho a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante

¹²¹ SERRA RUÍZ, Rafael: “Honor, honra e injuria en el Derecho medieval español”. *Anales de la Universidad de Murcia* (Derecho). Vol XXIII. Núms. 3-4. 1965. Págs 61-62.

¹²² REBOLLO DELGADO, Lucrecio: “Derechos de la Personalidad y Datos personales”. *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 44. 1998. Pág. 149.

¹²³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: “La dignidad de la persona en la Jurisprudencia constitucional”. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*. N.º 62. 1985. Pág. 145.

los demás (STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4º).

El honor, como la concepción de intimidad, son derechos dinámicos en el tiempo, que evolucionan con la sociedad, la cultura y los avances tecnológicos. Ya el propio TC, en su STC 171/1990, de 12 de noviembre, advierte que "*Intimidad y honor son realidades intangibles cuya extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico y cuyo núcleo esencial en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del Poder Judicial*" (FJ 4º).

En la STC 223/1992, de 14 de diciembre, FJ 3º, se ofrece una definición más completa y objetivada: "*Opinión que las gentes tienen de una persona*". El denominador común de todos los ataques o intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas.

La protección dispensada para el derecho al honor alcanza a la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio (STC 51/2008, de 14 de abril). En esta dirección el Tribunal ha señalado la especial conexión entre el derecho al honor y la dignidad humana, pues la dignidad es la cualidad intrínseca al ser humano y, en última instancia, fundamento y núcleo irreductible del derecho al honor (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre; y 170/1994, de 7 de junio), cuya negación o desconocimiento sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional el ejercicio de otros derechos o libertades, como la libertad de expresión (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 5º). También ha declarado que, a menudo, "*el propósito burlesco, animus iocandi, se utiliza precisamente como instrumento de escarnio*" y ello puede resultar vulnerador del citado derecho al honor (STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 5º). Desde esta perspectiva, puede afirmarse que el derecho al honor es una emanación de la dignidad, entendido como el derecho a ser respetado por los demás (STC 208/2013, de 16 de diciembre de 2013, FJ 3º).

Así, el derecho al honor entra en conflicto con el derecho a la libertad de expresión e información, cuestión abordada entre otras, por la STC 219/1992, de 3 de diciembre (FJ 2º) de forma no sólo supone un límite a estas libertades, sino que es un derecho propio que deriva de la dignidad de la persona. En este sentido, salvo que los propios actos lo disminuyan socialmente (STC 50/1983, de 14 de junio), su titular tiene derecho al respeto y reconocimiento de la dignidad personal que se requiere para el libre desarrollo de la personalidad en la convivencia social, sin que pueda "*ser escarnecido o humillado ante uno mismo o los demás*". Pero al mismo tiempo, y de otro lado, ha de tenerse en cuenta que las libertades garantizadas por el art. 20.1 a) y d) CE "*además de derechos fundamentales, son valores objetivos esenciales del Estado democrático y, como tales, están dotados de un valor superior o eficacia irradiante*"; de manera que, en relación con el derecho al honor, el deber de realizar un juicio de ponderación conduce a "*establecer previamente si el ejercicio de aquellas libertades ha supuesto lesión del derecho al honor y, en caso afirmativo, si esa lesión viene o no justificada por el valor prevalente de tales libertades*" (STC 85/1992, de 8 de junio).

Respecto a los límites entre el derecho al honor y los derechos de expresión e información, O'CALLAGHAN MUÑOZ considera que para que prevalezca el derecho al

honor, sobre estos otros derechos, es necesario que lo que se revela sea veraz, por lo que parece ir más allá de lo que supone la libertad de expresión, ya que la veracidad normalmente afecta a la libertad de información. Pero este autor, no sin cierta agudeza, entiende que el honor, en su concepto de dignidad propia y consideración de los demás, presupone la verdad de esa dignidad y esa consideración, por lo que la falta de veracidad en lo que se dice es un elemento necesario para que se produzca la intromisión en el derecho al honor. "*Porque si se dice la verdad, no es que se carezca de protección jurídica, es que se carece de honor. Es decir, un ataque veraz no es un ataque al honor, porque se carece de honor*"¹²⁴.

Además de la veracidad, PARDO FALCÓN añade para el ejercicio legítimo de la libertad de información, sin vulnerar el honor, que la información se refiera a asuntos públicos de interés general, por razón de la materia o de la persona; que la información se ejercite a través de los medios institucionalizados, con independencia de la condición profesional de periodista o no y que el ejercicio de la libertad de información exija, en su caso, el sacrificio del derecho al honor (es decir, que no cabrían las descalificaciones gratuitas o injustificadas).

En cambio, para el ejercicio de la libertad de expresión, no se requiere el requisito de veracidad, al no tratarse de difundir hechos que "*por su materialidad, son susceptibles de prueba*", sino de pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor¹²⁵.

Por tanto, en la medida en que determinadas expresiones puedan ser atentatorias contra la dignidad de la persona, el derecho al honor supone un límite a la libertad de expresión, cuestión que se aprecia claramente en la STC 214/1991, de 11 de noviembre, cuando afirma que ni la libertad ideológica (art. 16 CE) ni la libertad de expresión (art. 20.1 CE) comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, puesto que, a tenor del art. 20.4 CE, no existen derechos ilimitados y ello es contrario no sólo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana (art. 10 CE), que han de respetar tanto los poderes públicos como los propios ciudadanos (FJ 8º).

Cabe apreciar diferencias entre el derecho al honor y el derecho a la intimidad. Así, un atentado contra la vida privada (intimidad) no exige necesariamente que quien lo ejecuta atente con manifestaciones contra la dignidad de una persona, causando descrédito o menosprecio (honor), como de igual manera, un atentado contra el honor no supone la intromisión en el espacio reservado de una persona, para lo que puede utilizar información externa o proveniente de terceras personas. En este sentido se ha identificado al honor con la dignidad, mientras que el derecho a la intimidad y a la propia imagen conciernen a la privacidad¹²⁶.

¹²⁴ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: "*La libertad de expresión y sus límites: Honor, Intimidad y Propia Imagen*". Ed. EDERSA (Editoriales de Derecho Reunidas). Madrid 1991. Págs. 53 y 54.

¹²⁵ PARDO FALCÓN, Pedro: "Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 34. Enero-abril 1992. Págs. 155 y 156.

¹²⁶ BONILLA SÁNCHEZ, Juan José: "*Personas y derechos de la personalidad*". Ed. Reus. Madrid. 2010. Pág. 32.

Sin embargo, todavía existen definiciones del derecho a la intimidad que engloban referencias al honor o a la reputación personal. Esta circunstancia hace pensar que algunas violaciones de la honra y honor personal impliquen además un atentado a la intimidad, por cuanto el honor no sería sino un género incluido en la especie de la intimidad. Ahora bien, el hecho de que cada uno tenga un ámbito diferente de protección delimitado, bien por la reserva de la vida privada, bien por la reputación o el buen nombre, no significa que se produzcan situaciones en las que se atenta al unísono a ambos derechos. Es preciso distinguir lo que concierne al honor, como reputación personal y el daño moral que provoca, de lo que afecta al ámbito de la vida privada¹²⁷.

Son caracteres del derecho al honor, como derecho de la personalidad:

- El derecho al honor es innato e igual, correspondiendo a toda persona por el solo hecho de serlo.
- Es irrenunciable, inalienable e indisponible. A diferencia del derecho a la intimidad o a la propia imagen, en que la persona puede desprenderse de alguna de las facultades que la integran, sin que ello implique renuncia de su titularidad, el honor es un derecho personalísimo, que no puede ser objeto de desprendimientos parciales.
- El derecho al honor no tiene carácter patrimonial, al no ser susceptible de patrimonialización ni de apropiación.
- El derecho al honor es imprescriptible. No se extingue por inactividad o por falta de uso de su titular. Incluso puede ir más allá de la propia vida, pues cabe la defensa del honor del fallecido.

La protección del derecho al honor se lleva a cabo en la vía penal, con la tipificación de la injuria y de la calumnia; y en el ámbito civil, a través del art. 1902 del Código Civil y por los procedimientos judiciales ordinarios, además de por la vía establecida en la LO 1/1982.

Son los órganos de la jurisdicción ordinaria los que se encargan de prestar esa protección frente a todo género de intromisiones ilegítimas y así lo ha reconocido el TC cuando ha declarado que la eventual lesión del derecho al honor que los particulares pueden cometer es un tema respecto al que este Tribunal no tiene por qué pronunciarse. Tales lesiones dan origen a los diferentes medios de defensa que el ordenamiento jurídico reconoce y que se decidirá ante los Tribunales ordinarios (Auto 502/1986, de 11 de junio, FJ 3º). Ello no impide que una resolución judicial pueda ser recurrida por no reparar la violación producida por un particular respecto al honor del defendido (Auto 259/1988, de 29 de febrero, FJ 2º).

En el ámbito constitucional el honor se protege a través de tres vías:

¹²⁷ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José: "La configuración constitucional del Derecho a la Intimidad". *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (Universidad Carlos III), N.º 3. Mayo-Diciembre 1994. Págs. 319-320.

- El derecho de rectificación, regulado en la LO 2/1984, de 26 de marzo, que en su art. 1 prevé que “*Toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio*”.
- El procedimiento preferente y sumario ante la jurisdicción ordinaria regulado en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.
- A través del recurso de amparo ante el TC.

Se ha planteado en relación a este derecho si su titularidad, como derecho fundamental, puede ostentarse por sujetos diferentes a sus titulares naturales, a pesar de haber sido configurado como un derecho personalísimo¹²⁸. Ello nos daría pie, por ejemplo, en las relaciones laborales, para atribuir también el derecho al honor, no solo al trabajador, sino a las asociaciones en las que se integra, como los sindicatos.

Partiendo de la idea de que el honor no es solo el “*honor espiritual*”, sino también el “*honor mercantil*”, el “*honor comercial*” o el “*honor profesional*”, una persona jurídica puede ser perfectamente titular de ese derecho y obtener la tutela judicial frente a sus vulneraciones¹²⁹.

Sin embargo, la doctrina constitucional no ha seguido esta interpretación a lo largo del tiempo, pudiéndose distinguir varias etapas:

En un primer momento, el derecho al honor fue objeto de configuración en el ámbito del derecho privado, incluyéndolo dentro de la categoría de los derechos de la personalidad, considerándose que sólo estaba encaminado a proteger al individuo.

Ahora bien, en el ámbito de unas sociedades tan complejas como las actuales, en las que los individuos, conscientes de sus limitaciones y en ejercicio del libre desarrollo de su personalidad, ponen en común sus intereses con otros individuos con vistas a la consecución de determinados fines, no parece posible defender que el derecho al honor, en tanto que consideración social, sea un interés exclusivamente individual¹³⁰.

Así, en un primer momento, el TC se mostró reacio a reconocer este derecho a las personas jurídicas, por considerar el carácter exclusivamente personalista del derecho al honor. La STC 107/1988, de 8 de junio, se inclinó por un significado personalista en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases

¹²⁸ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: “Los derechos colectivos desde la perspectiva constitucional española”. *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 12. Enero-abril 2001. Pág. 109.

¹²⁹ ARAGÓN REYES, Manuel: “El Derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de Información”. *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. 1999. Pág. 14.

¹³⁰ VIDAL MARÍN, TOMÁS: “Derecho al honor, personas jurídicas y Tribunal Constitucional”. *In Dret. Revista para el Análisis del Derecho* (Universidad Pompeu Fabra). N.º 1/2007. Enero 2007. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/397_es.pdf.

determinadas del Estado (FJ 2º)¹³¹.

En este sentido, cabe hacer una importante distinción, entre personas o instituciones públicas, que es el caso analizado en la STC 107/1988, de 8 de junio, y sus concordantes, y las personas de derecho privado. Respecto a estas últimas, en un primer momento la STC 214/1991, de 11 de noviembre, da paso a la idea de que la legitimación originaria personal no excluye, *“ni la existencia de otras legitimaciones (v. gr., la legitimación por sucesión de los descendientes, contemplada en los arts. 4 y 5 de la LO 11/982 de Protección del Derecho al Honor), ni que haya de considerarse también como legitimación originaria la de un miembro de un grupo étnico o social determinado, cuando la ofensa se dirigiera contra todo ese colectivo, de tal suerte que, menospreciando a dicho grupo socialmente diferenciado, se tienda a provocar en el resto de la comunidad social sentimientos hostiles o, cuando menos, contrarios a la dignidad, estima personal o respeto al que tienen derecho todos los ciudadanos con independencia de su nacimiento, raza o circunstancia personal o social (arts. 10.1 y 14 C.E.)”* (FJ 3º).

El reconocimiento expreso de la titularidad del derecho al honor por parte de personas jurídicas de derecho privado, tuvo lugar a partir de la STC 139/1995, de 29 de septiembre¹³², que expresamente reconoce que *“el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas”*. Así, *“las personas jurídicas pueden ser titulares del derecho al honor, sin que ello suponga el establecimiento de un límite ilegítimo al derecho de información, sino, por el contrario, una interpretación constitucionalmente adecuada del alcance subjetivo del derecho al honor que reconoce el art. 18.1 de la Constitución”* (FJ 2º).

Resulta evidente que, *“a través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos distintos: tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines, como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor. En tanto que ello es así, la persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena (art. 7.7 LO 1/1982)”* (FJ 5º).

En el orden social, se ha admitido la vía procesal de tutela de derechos fundamentales para la defensa del derecho al honor de la empresa, cuando algunos trabajadores y el sindicato al que pertenecían, profirieron públicamente expresiones como *“terrorismo patronal”*, si bien, en este caso, prevaleció su derecho a la libertad de expresión¹³³.

En el derecho positivo también cabe aludir, en apoyo de la titularidad del derecho al honor por las personas jurídico-privadas, a la LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, al reconocer en su art. 1 este derecho, tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas que hayan sido objeto de una información que les perjudique.

¹³¹ En estos mismos términos, SSTC 51/1989, de 22 de febrero (FJ 2º) y 121/1989, de 3 de julio (FJ 2º).

¹³² En el mismo sentido, la STC 183/1995, de 11 de diciembre (FJ 2º).

¹³³ SAN (Sala de lo Social), de 15 de diciembre de 2015, N.º 220/2015 (Ar JUR\2016\15446).

2.4. EL DERECHO A LA INTIMIDAD.

2.4.1 Origen y desarrollo del derecho a la intimidad.

El reconocimiento de los derechos de la personalidad es relativamente reciente, iniciándose con el movimiento codificador. La DUDH de 1948 es el primer texto que los reconoce, mientras que en España no fueron incorporados a un texto constitucional hasta la vigente CE de 1978. Sin embargo, cabe repasar los orígenes y evolución de estos derechos, especialmente en derecho anglosajón, para advertir de sus elementos y su configuración como un derecho propio, distinto por ejemplo, del derecho de propiedad.

2.4.1.1 Antecedentes remotos.

En cuanto al origen de la intimidad, existen dos teorías: La racionalista y la histórica.

La teoría racionalista sitúa la idea de intimidad con el nacimiento de la burguesía, a partir de la ratificación revolucionaria de los derechos del hombre y su pretensión de asegurar la propiedad¹³⁴.

La teoría histórica entiende que la intimidad como derecho también ha experimentado una evolución histórica, no teniendo siempre una idéntica configuración. Tiene por tanto un carácter histórico que varía según las épocas y lugares. Aparece tímidamente en Grecia, se hace más presente en el Helenismo con los estoicos y en Roma con Séneca. La aparición del cristianismo será decisiva y sobre todo cobra identidad en las obras de San Agustín¹³⁵.

Siguiendo esta teoría, Aristóteles ya es consciente de la distinción entre lo público y lo privado, cuando entiende que no es lo mismo ser gobernante de una ciudad que administrador de su casa, llegando incluso a utilizar la expresión de vida privada. En Roma, se pueden encontrar leyes que suponen el desconocimiento de la intimidad. Los romanos ignoraban la intimidad como principio rector de su legislación subordinando a la persona a lo público hasta extremos hoy considerados intolerables.

Con el advenimiento del cristianismo la intimidad experimentará un mayor reconocimiento, pues la Iglesia tenía su razón de ser en la convivencia de una vida terrenal y corporal, con una vida espiritual, que debía servir como medio de comunicación del alma con Dios. La primera muestra de ello, en cuanto a la libertad y reconocimiento de cultos, es el Edicto de Milán, en 313, donde los emperadores Constantino y Licinio acuerdan “*dar así a los cristianos, como a todos, la libertad de seguir la religión que cada cual quisiera*”. Sin embargo, es San Agustín quien representa el apogeo de la idea de intimidad, pues llega a utilizar el vocablo “*intimus*” en el mismo sentido que hoy día. En su

¹³⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: “*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*”. Ed. Tecnos. Madrid. 1984. Pág. 321.

¹³⁵ Un completo estudio sobre la evolución de la intimidad desde la teoría histórica en RUIZ MIGUEL, Carlos: “*La configuración constitucional del derecho a la intimidad*”. Universidad Complutense de Madrid. 1992.

obra *“Las Confesiones”* hace una exploración sistemática y completa de la intimidad.

La idea de lo íntimo y de lo privado también está presente en la Edad Media. Entre las manifestaciones de la intimidad, es seguramente la inviolabilidad de domicilio la que tiene mayor desarrollo en esta época. Se reconoce una paz especial que protege la casa y da base a la *“tranquilitas”* doméstica. La paz de la casa se aplica como garantía a los registros desde el Fuero de León, proclamado por el Rey Alfonso V en 1020: *“Mandamos que ni el merino ni el sayón ni el señor del solar ni otro señor entren en la casa de ningún morador de león por caloña alguna, ni arranque las puertas de su casa”* (Art. XLII del Fuero de León).

Incluso en las Capitulaciones de Granada de 1492, la historiografía árabe deja muestras del respeto a la intimidad en el mundo islámico, especialmente en la casa o domicilio, cuando alude a *“Que ningún cristiano escale por las murallas, ni contemple desde arriba las casas de los musulmanes, ni curioseee su intimidad”*¹³⁶.

2.4.1.2 El derecho a la *“privacidad”* o *“intimidad”* en el Derecho anglosajón, como origen de un nuevo derecho.

Es posible identificar algunas curiosas referencias que apuntan a un derecho a la privacidad en la época colonial, recibidas sin duda de la tradición jurídica inglesa¹³⁷. Entre estas referencias, destaca un aforismo inglés *“a man's house as his castle”*, que traducido como *“la casa de cada uno es su castillo”* confiere al hogar del individuo la máxima protección, lo que sin duda es un lejano antecedente del derecho a la *“inviolabilidad del domicilio”*. Este principio fue objeto del discurso que pronunció *Sir William Pitt* ante el Parlamento inglés en 1763, para reivindicar la protección personal del individuo frente al poder del Monarca, incluso en su más humilde morada:

“El hombre más pobre, en su cabaña, desafía todas las fuerzas de la Corona. [Su cabaña] puede ser frágil, su techo tal vez es inestable, el viento se cuele por él, la tempestad lo penetra, no impide el paso de la lluvia, pero el rey de Inglaterra no puede entrar en ella: ni con todo su poder se atreve a cruzar el umbral de esa ruinosa morada”.

Posteriormente, el juez Thomas M. Cooley afirmaba en 1868¹³⁸ en la primera edición de su Tratado de Derecho Constitucional, que las garantías de la Tercera, Cuarta y Quinta Enmiendas constituyen vehículos de protección de la privacidad individual, señalando que la máxima del *common law* *“a man's house as his castle”* que garantiza la inmunidad del ciudadano en su domicilio frente a la acción del gobierno y la protección en

¹³⁶ LAPIEDRA GUTIÉRREZ, Eva: “Privacidad e intimidad en el Islam, espacios, miradas y perspectivas”, en ANARTE BORRALLA, Enrique; MORENO MORENO, Fernando y GARCÍA RUÍZ, Carmen Rocío (Coords.): *“Nuevos conflictos sociales. El papel de la privacidad”*. Ed. Lustel, Madrid, 2015. Pág. 47.

¹³⁷ Un análisis en profundidad sobre la génesis del derecho a la privacidad en el derecho anglosajón en los artículos de SALDAÑA DÍAZ, María Nieves: “El Derecho a la privacidad en los Estados Unidos: Aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego”. *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED) N.º 28. 2011. Págs 279-312 y “The right to privacy. La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: El centenario legado de Warren y Brandeis”. *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 85. 2012. Págs 195 a 240.

¹³⁸ COOLEY, Thomas M.: *“A Treatise on the Constitutional Limitations which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union”*. Boston, Little, Brown and Co., 1868. Págs. 299-300.

su persona, propiedad y documentación personal incluso frente a un proceso judicial, salvo supuestos muy específicos, formaba parte del Derecho constitucional norteamericano a través de la cláusula de la Cuarta Enmienda que prohíbe registros y requisas injustificadas de personas y domicilios.

Sin embargo, los cimientos del derecho a la intimidad, como derecho a la inviolabilidad de la persona, tuvieron como punto de partida un artículo publicado en Estados Unidos, en 1890, en la Revista *"Harvard Law Review"*, denominado *"The Right to Privacy"*¹³⁹. Este ensayo escrito por WARREN¹⁴⁰ y BRANDEIS¹⁴¹, acota un ámbito de protección circunscrito a la necesidad de no padecer injerencias no consentidas en la vida privada, entendiendo por ésta un ámbito propio y reservado de cada sujeto, indispensable para mantener una calidad mínima de vida humana, siempre según las pautas de nuestra cultura, entendiéndolo como la facultad de estar solo o ser dejado en paz (*"to be let alone"*). Con el tiempo, el ámbito de este derecho se ha ido ampliando más allá de ese núcleo esencial¹⁴², evolucionando hasta un derecho de control sobre la información que afecta a la persona y su divulgación, tanto en el aspecto material de su contenido, como formal, en cuanto a la vía de difusión, en su caso, de esa información.

Ahora bien, es importante destacar, aunque sea a nivel testimonial, que la obra de WARREN y BRANDEIS, contiene ya los elementos que predicen lo que efectivamente ha ocurrido en pleno siglo XXI, respecto a la evolución del derecho a la intimidad: *"Las instantáneas fotográficas y las empresas periodísticas han invadido los sagrados recintos de la vida privada y hogareña; y los numerosos ingenios mecánicos amenazan con hacer realidad la profecía que reza: Lo que se susurre en la intimidad, será proclamado a los cuatro vientos"*¹⁴³. Tampoco tiene desperdicio otra cita que bien pudiera servir para nuestro tiempo: *"El chismorreo ha dejado de ser ocupación de gente ociosa y depravada, para convertirse en una mercancía, buscada con ahínco e, incluso, con descaro. Los más íntimos detalles de las relaciones sexuales se divulgan en las columnas de los periódicos,*

¹³⁹ WARREN, Samuel Dennis y BRANDEIS, Louis Dembitz: "The Right to Privacy". Edición original en *"Harvard Law Review"*, vol. IV, N.º 5. 1890. Edición en español *"El Derecho a la Intimidad"*. Introducción de Benigno Pendás y traducción de Pilar Baselga. Ed. Civitas. Madrid. 1995.

¹⁴⁰ Samuel Dennis WARREN (1852-1910) fue un *"lawyer"* próspero y reconocido, con un bufete presente en las ciudades más importantes de la Unión y etiquetado como *"demócrata independiente"*.

¹⁴¹ Louis Dembitz BRANDEIS (1856-1946) fue el primer judío que accedió en calidad de Juez al Tribunal Supremo federal, siendo nombrado por el presidente Wilson en 1916. Fue un defensor a ultranza de los derechos civiles, siendo conocido como *"People's Lawyer"*, por su sensibilidad hacia los menos favorecidos. Fue durante 25 años uno de los grandes jueces de la *"Supreme Court"*. Un ejemplo de su personalidad puede verse en el famoso Voto Particular que formuló en el caso *"Olmstead et alii v. United States"*, de 1928, un caso de escuchas telefónicas para obtener pruebas acusatorias, que concluye con las siguientes palabras: *"El delito es contagioso. Si el Estado quebranta la Ley (...) está invitando a todo el mundo a que haga lo mismo"*. Véase. Prólogo de Benigno Pendás a la edición española de *"The Right of Privacy"*. Ed. Civitas. Madrid. 1995. Págs 16-17.

¹⁴² NOVOA MONREAL, Eduardo: *"El Derecho a la vida y a la libertad de información: Un conflicto de derechos"*. Ed. Siglo XXI (6º ed.), México, 2001. Págs. 26 y ss.

¹⁴³ WARREN, Samuel Dennis y BRANDEIS, Louis Dembitz: "The Right to Privacy". Edición original en *"Harvard Law Review"*, vol. IV, N.º 5. 1890. Edición en español *"El Derecho a la Intimidad"*. Introducción de Benigno Pendás y traducción de Pilar Baselga. Ed. Civitas. Madrid. 1995. Pág. 25.

para satisfacción de la curiosidad lasciva”¹⁴⁴.

Y algunas notas que todavía son coetáneas a nuestros tiempos, ya apuntadas en 1890, inciden en que la existencia de este derecho no depende de la naturaleza o del valor del pensamiento o de la emoción, ni de la calidad de los medios empleados en su expresión. En cada uno de estos casos, es el autor quien tiene derecho a decidir si lo que es suyo debe salir a la luz pública¹⁴⁵. Todo ello lleva a la conclusión de que estos derechos no emanan de una especial buena fe, sino que son derechos *erga omnes*, sin que sean amparables en un hipotético derecho de propiedad privada, sino en un derecho propio que es el derecho a la intimidad¹⁴⁶.

Sin embargo, ya en en su origen, se apuntaba a que este derecho no es un derecho absoluto, ya que: 1) No impide la publicación de aquello que es de interés público o general¹⁴⁷; 2) No prohíbe la información sobre un tema, aún siendo éste de naturaleza privada¹⁴⁸; 3) No otorgaría ninguna reparación por violación de la intimidad, cuando su publicación se haga en forma oral y sin causar daños especiales¹⁴⁹; 4) Decae con la publicación de los hechos por el individuo, o con su consentimiento¹⁵⁰; 5) La veracidad de lo que se publica no supone una defensa¹⁵¹ y, 6) La ausencia de malicia tampoco lo es¹⁵².

Así, en el derecho norteamericano la formulación del derecho a la privacidad adquiere una connotación caracterizada por el rechazo de toda intromisión no consentida en la vida privada, especialmente del Estado y los medios de comunicación, haciendo prevalecer las ideas de aislamiento y autonomía. Sin embargo, la aproximación al concepto de privacidad en la cultura jurídica norteamericana ha dependido de factores sociológicos, culturales y temporales que han dificultado una definición unánimemente aceptada, repercutiendo en los diferentes ámbitos constitucionales protegidos.

Se ha formulado la privacidad en términos de anonimato y soledad, de secreto, atendiendo a los conceptos de autonomía, individualidad, desarrollo de la personalidad, y como sustrato esencial de la inviolable dignidad personal, y, recientemente, se reivindica como derecho de control sobre el flujo de la información personal.

La dificultad para definir con precisión el ámbito de la privacidad ha motivado que la jurisprudencia norteamericana haya adoptado una orientación pragmática, identificando el conjunto de intereses relevantes que progresivamente integran esta noción desde la perspectiva constitucional.

Aunque ni la Constitución norteamericana de 1787 ni sus Enmiendas mencionan expresamente el derecho a la privacidad (*right to privacy*), sin embargo, el Tribunal Supremo, a lo largo de una amplia y fluctuante jurisprudencia, lo ha considerado implícito en la libertad de asociación que ampara la Primera Enmienda, que salvaguarda frente a

¹⁴⁴ Ibidem, pág. 27.

¹⁴⁵ Ibidem, págs. 32-33.

¹⁴⁶ Ibidem, pág. 59.

¹⁴⁷ Ibidem, pág. 62.

¹⁴⁸ Ibidem, pág. 66.

¹⁴⁹ Ibidem, pág. 67.

¹⁵⁰ Ibidem, pág. 68.

¹⁵¹ Ibidem, pág. 69.

¹⁵² Ibidem, pág. 69.

cualquier obligación legal de revelar la pertenencia a un grupo u organización; en la garantía de la Cuarta Enmienda, frente a registros y requisas arbitrarias (*unreasonable searches and seizures*), que limita la intrusión del gobierno en las personas, domicilios, documentos y efectos personales, incluyéndose no sólo los supuestos de invasión material (*physical trespass*) sino también de vigilancia electrónica; en la Quinta Enmienda, que protege frente a la incriminación contra uno mismo y la obligación de revelar información personal; en la reserva de derechos del pueblo que reconoce la Novena Enmienda y en el concepto de libertad sustantiva, que el Tribunal Supremo ha interpretado ampara la cláusula del debido proceso legal (*due process of law*); de la Decimocuarta Enmienda, que garantiza el derecho fundamental de la persona a la autonomía en la toma de decisiones de especial relevancia para el desenvolvimiento de la personalidad individual sin injerencia estatal alguna, lo que le ha otorgado una “*posición preferente*” que impone a toda legislación que pretenda su restricción demostrar una extraordinaria justificación, esto es, un interés estatal relevante (*compelling state interest*).

Finalmente, en la década de los sesenta emerge una jurisprudencia vacilante que tiende a incluir en la zona de privacidad protegida constitucionalmente por el concepto de libertad de la Decimocuarta Enmienda, el interés individual en evitar la divulgación de información personal, la llamada “*informational privacy*”¹⁵³.

Ante la clarividencia de tales manifestaciones, cabe aclarar que intimidad y privacidad no son palabras con el mismo significado. Lo íntimo, tiene un núcleo más interno que lo privado, situado en el interior de la persona, mientras que la privacidad, debe ser entendida como la persona, separada de la compañía u observación de los demás. Esta distinción también es propia del derecho anglosajón (*intimacy y privacy*)¹⁵⁴.

En la era tecnológica, esta influencia ha exigido reconfigurar y ampliar el derecho a la intimidad en un doble sentido: Respecto al control de la información referente a uno mismo (autonomía personal) y respecto al límite para que los demás no puedan acceder a la información que nos concierne (libertad de pensamiento y acción)¹⁵⁵.

2.4.1.3 La constitucionalización del derecho a la intimidad en el derecho comparado.

La recepción del derecho a la intimidad o a la vida privada por parte de los sistemas jurídicos es reciente, y data fundamentalmente del siglo XX. Dicha recepción se ha producido, en lo normativo, a través de dos fuentes formales del derecho: La Constitución y la Ley.

En cuanto al derecho positivo a la intimidad, los primeros textos de derecho en

¹⁵³ SALDAÑA DÍAZ, María Nieves: “The right to privacy. La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: El centenario legado de Warren y Brandeis”. *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 85. 2012. Págs 201-202.

¹⁵⁴ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la voz “*privacidad*” se define como “*Ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión*” y la acepción de intimidad se identifica con la “*Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia*”.

¹⁵⁵ LUCENA CID, Isabel Victoria: “La protección de la intimidad en la era tecnológica: Hacia una reconceptualización”. *Revista Internacional de Pensamiento Político*. N.º 7. 2012. Págs. 117-144.

reconocer la “*privacidad*” fueron las Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos, en especial, el art. 12 de la DUDH de 1948, que habla de “*vida privada*”, expresión que se repite en el art. 17 de la Declaración de Derechos Civiles y Políticos, de 1966. A partir de estos antecedentes normativos, los distintos países comienzan a incorporar el derecho a la intimidad a sus cartas constitucionales (Venezuela en 1961, Bolivia en 1967, Ecuador en 1967, Egipto en 1971 y España en 1978, sin que la constitucionalización del derecho a la intimidad se lleve a cabo expresamente en los países que más han aportado a su desarrollo conceptual, como Estados Unidos, Alemania, Italia y Francia).

En el plano constitucional, el modo de reconocimiento ha sido distinto:

En primer lugar, se encuentran los países que, siguiendo las Declaraciones Internacionales de Derechos, expresa y nominalmente han reconocido en sus textos fundamentales el derecho a la intimidad o a la vida privada, como los casos de Ecuador (art. 19), Honduras (art. 76), España (art. 18.1), Chile (art. 19.4) y Brasil (art. 5. X).

En segundo lugar, se encuentran aquellos países que sin referirse expresamente al derecho a la intimidad o a la vida privada, reconocen manifestaciones específicas o determinadas de dicho derecho (inviolabilidad del domicilio o de las comunicaciones, protección contra registros, etc.), como Italia, Uruguay o Canadá, cuestión que ha llevado a las doctrinas y jurisprudencias respectivas a entenderlo implícitamente reconocido.

En este último caso está Estados Unidos, ya que pese a constituir el país de origen doctrinario de este derecho, su Declaración de Derechos no se refiere ni garantiza expresamente el denominado “*Right to privacy*”, si bien, como se ha visto anteriormente, puede considerarse implícito en varias de sus Enmiendas.

Además, el continuo desarrollo doctrinal y jurisprudencial sobre la materia, perfiló y estructuró este derecho, cuya existencia, como destaca SCHWARTZ¹⁵⁶, será definitivamente reconocida por la Corte Suprema, a partir del caso *Griswold vs. Connecticut*¹⁵⁷, señalándose que dicho derecho “*estaba bajo la penumbra protectora de las garantías específicas de la Declaración de Derechos*”. Quizás, cabría agregar, que la falta de un texto constitucional más explícito en esta materia, lejos de representar una desventaja, ha constituido un desafío que las comunidades dogmáticas de estos países han enfrentado con solvencia, y cuyo resultado es que las más sofisticadas teorías sobre el alcance de la intimidad provengan de sus autores, como, por ejemplo, la teoría de las esferas alemana o la norteamericana de los atentados a la privacidad.

2.4.2 Doctrinas sobre el derecho a la intimidad: Teoría de las esferas y teoría del mosaico.

Existen dos grandes grupos de doctrinas en la explicación del concepto de intimidad: Las teorías de las “esferas” y la del “*mosaico*”.

¹⁵⁶ SCHWARTZ, Bernard: “*Algunos artifices del Derecho norteamericano*”. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1989. Pág. 194.

¹⁵⁷ En 1965 la Corte Suprema de Estados Unidos consideró inconstitucional una ley estatal que prohibía el uso de anticonceptivos, en razón a que infringía el derecho a la privacidad marital.

Las teorías de las esferas parten de que el ser humano es un centro de actividades alrededor del cual se desarrollan varios círculos concéntricos. Los más unidos al individuo son los más íntimos y los más externos son los menos privados. Es decir, mientras más íntimos sean, más privados son y mientras más externos, menos privados serán. Las tradicionales teorías¹⁵⁸ han dejado paso a otras más modernas relacionadas con el entorno digital: Así, se podrían distinguir las siguientes esferas¹⁵⁹:

- Una esfera corporal que, incluso, el mismo individuo mantiene a veces en el subconsciente (el cuerpo y las características biométricas y genéticas).
- Una esfera íntima, en la cual la persona se cuida de no dar entrada a prácticamente nadie (preferencias y hábitos de la personalidad, creencias religiosas, etc.)
- Una esfera de privacidad de las comunicaciones (tradicionales y electrónicas).
- Una esfera individual propia y privada que contiene los datos personales, como la identidad, la imagen o la voz.
- Una esfera de la localización del individuo en el espacio (no ser identificado en público).
- La privacidad en la libre asociación voluntaria con otros individuos.
- Por último, una esfera pública, en donde, el propósito específico del individuo es darse a conocer, relacionarse, crear una imagen y no sólo permite, sino que provoca que los demás se introduzcan en ella.

Es así que dentro de lo que se considera público, se incluyen los datos de interés público; dentro de lo que catalogamos como privado, se encuentran los datos personales; y, finalmente, lo que consideramos íntimo, estaría constituido por los datos personalísimos

¹⁵⁸ Entre el elenco de aportaciones doctrinales, cabe destacar, por su particular interés, las siguientes:

1. La alemana de Hubmann, que reconoce tres esferas: La "*intimsphäre*": Esfera de lo secreto. Comprende todas aquellas noticias y sucesos que el sujeto desea que no sean objeto de comunicación exterior. La "*Privatsphäre*": Incide en todas aquellas facetas íntimas que estén integradas en la vida familiar y conyugal. La "*Individualsphäre*": Equivale a los aspectos que comprenden la peculiaridad del individuo, como el nombre.
2. La Italiana de Frosini, que distingue cuatro fases de aislamiento: soledad, intimidad, anonimato y la reserva;
3. La norteamericana de Jhon H. Shattuck, sostiene que la privacy abarca cuatro aspectos, a saber:
 - a) "*Freedom from unreasonabale search*", libertad o seguridad frente a cualquier tipo de intromisión indebida en la esfera privada,
 - b) "*Privacy of association and belief*", garantía del respeto a las opciones personales en materia de asociación o creencias,
 - c) "*Privacy and autonomy*", tutela de la libertad de elección sin interferencias; y
 - d) "*Information control*", posibilidad de los individuos y grupos de acceder y controlar las informaciones que les atañen.

¹⁵⁹ FINN, Rachel L.; WRIGHT, David; FRIEDEWALD, Michael: "Seven types of privacy", en GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul y POULLET, Yves: "*European Data Protection: Coming of Age*". Ed. Springer, Dordrecht, 2013. Pág. 7.

o sensibles.

En cuanto al ámbito de las teorías de “mosaico”¹⁶⁰, hacen más énfasis en los roles que sociológicamente desempeña el individuo cuya privacidad se afecta. El término “mosaico” deviene de la afirmación de que un individuo no es sólo una información, sino un complejo de ellas y, relacionadas unas con otras el resultado puede variar. Esta teoría es aplicable sobre todo en lo relativo a la salvaguarda de los datos personales del individuo. En tal sentido, cabe sostener que un dato en sí puede no ser agresivo al derecho de la intimidad, sin embargo reunido con otros, puede mostrar rasgos de la personalidad del individuo que pertenecen a su privacidad. Asimismo, un dato atribuido a una persona, o conocido por ella puede no suponer invasión de la vida privada, pero sí, si quien accede es otra persona distinta.

Sin duda estas dos teorías contemplan al individuo como sujeto activo para moverse con libertad en el ámbito que le es propio, las cosas que desea compartir y las que no. La intimidad es una esfera personal de decisión inherente del individuo.

En el ámbito de las relaciones laborales, la bilateralidad y la reciprocidad entre empleador y trabajador provocan que no podamos atribuir una esfera única a este último, en cuanto accesible por el empresario, pues bien sea por los datos personales o profesionales, aptitudes y cualidades, unido a la relación de confianza y buena fe que preside la relación, es posible que características personales tales como la nacionalidad, características del grupo familiar, grado de discapacidad y, en su caso, otras limitaciones físicas o psíquicas, afiliación sindical, etc. pasen a formar parte de la denominada “esfera social”, cuando en otros escenarios, serían atribuibles a la esfera de confianza o individual.

Por ello, la teoría del mosaico tiene una especial importancia en esta relación, pues es tal la variedad de datos a la que puede acceder el empleador, o que pueda conocer por el propio devenir de la relación laboral, por las facultades de control y vigilancia, especialmente en el uso de las TICs propiedad de la empresa, que puede llegar fácilmente a un conocimiento profundo e incluso íntimo del trabajador.

2.4.3. Delimitación, objeto y fundamento del derecho fundamental a la intimidad en la Constitución Española.

Delimitar un derecho fundamental consiste en precisar qué ámbitos de la realidad, qué comportamientos y qué sectores del ordenamiento han sido seleccionados por la CE en sus derechos fundamentales para elevarlos de ser meras expectativas sobre comportamientos libres, en el sentido de no prohibirlos por el ordenamiento jurídico, a objeto de normas constitucionales. Un derecho fundamental cuando permite hacer algo, atribuye a su titular el poder jurídico de comportarse conforme a dicho permiso, que puede hacer valer jurisdiccionalmente frente a terceros.

La CE no ofrece una definición del derecho a la intimidad personal, lo que obliga a recurrir a la DUDH y demás tratados suscritos por España sobre la materia¹⁶¹. Pues bien,

¹⁶⁰ MADRID CONESA, Fulgencio: “Derecho a la Intimidad, Informática y Estado de Derecho”. Universidad de Valencia. 1984. Pág. 45.

¹⁶¹ Arts. 8 y 10 del CEDH; y arts. 7 y 8 de la CDFUE.

el TC, a la luz de los mismos, señala que el derecho a la intimidad personal reconocido en el art. 18.1 CE se halla “*estrechamente vinculado a la propia personalidad y deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce*”(STC 127/2003, de 30 de junio).

El derecho a la intimidad personal y familiar se configura como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad. Trae su causa directa de la dignidad de la persona humana que el art. 10.1 CE reconoce, junto con los derechos inviolables que le son inherentes (y con el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás), como fundamento del orden político y de la paz social.

Dicho derecho implica “*la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana*”(STC 231/1988, de 2 de diciembre)¹⁶².

Es más, “*el atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos*” (STC 142/1993, de 22 de abril).

Se trata, por consiguiente, de que ese ámbito propio de la vida personal y familiar debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones exteriores de los demás, salvo autorización del interesado, por lo que de algún modo se introduce un concepto subjetivo de intimidad, al depender del sujeto la determinación de esa esfera¹⁶³.

El objeto de un derecho fundamental es aquello que garantiza la disponibilidad que su titular tiene de él. Todo derecho fundamental es un ámbito de plena inmunidad frente a la coacción del Estado o de terceros, con el propósito de asegurar al individuo o a los colectivos en los que se integre una determinada expectativa de conducta (STC 166/1966, FJ 2º). Ahora bien, el derecho a la intimidad, además de configurarse como un derecho subjetivo de defensa o de libertad negativa, conlleva deberes positivos para el Estado, tendentes a asegurar la efectividad del derecho (STC 53/1985, FJ 4º).

El objeto del derecho fundamental a la intimidad, en cuanto disponibilidad que tiene su titular y la indisponibilidad que supone para el legislador, es la protección de la esfera espiritual, afectiva o íntima de la persona y de su círculo familiar (STC 110/1984). El derecho a la intimidad parte de la idea originaria del respeto a la vida privada personal y familiar, la cual debe quedar excluida del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado (ATC 642/1986, de 23 de julio, FJ 3º).

Un derecho fundamental protege un ámbito en el que el único habilitado para darse normas es su titular (autonomía), en eso consiste su disponibilidad sobre el derecho. Ello

¹⁶² En el mismo sentido, las SSTC 197/1991, de 17 de octubre; 57/1994, de 28 de febrero; 98/2000, de 10 de abril; 186/2000, de 10 de julio; 70/2002, de 3 de abril; 218/2002, de 25 de noviembre; y 127/2003, de 30 de junio.

¹⁶³ DE VICENTE PACHÉS, Fernando: “*El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*”. Centro Económico y Social, Madrid, 1998. Págs. 77 y 78.

implica que nadie distinto al titular de un derecho fundamental puede regular imperativamente su comportamiento en ese ámbito. También de ello se desprende que sólo él puede disponer jurídicamente de su conducta en ese espacio vital (será precisamente función de los límites de los derechos fundamentales en qué términos esa autodeterminación de conducta puede restringirse)¹⁶⁴.

Todo derecho fundamental, incluido el de la intimidad, es un ámbito de plena inmunidad frente a la acción del Estado o de terceros, para asegurar al individuo o a los grupos en que se integra una expectativa de conducta (STC 166/1996).

Es doctrina reiterada del TC (por todas, la STC 134/1999, FJ 5º, con cita de las SSTC 73/1982, 110/1984, 231/1988, 197/1991, 143/1994 y 151/1997) que el derecho fundamental a la intimidad reconocido por el art. 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares¹⁶⁵.

Así pues, el concepto constitucional de dignidad humana expresa el reconocimiento jurídico de la igualdad y libertad de todos los seres humanos por el hecho de serlo (STC 181/2000, FJ 9º), en una doble dimensión: Individual, que considera a la persona como un sujeto de derechos y no como objeto; y colectiva, que se predica de todos los individuos.

El derecho a la intimidad es el derecho a mantener la vida personal reservada a la curiosidad ajena (derecho a que le dejen a uno en paz, que no le molesten¹⁶⁶), o en palabras del TC, *“la intimidad personal constitucionalmente garantizada, entraña la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo”* (STC 231/1988, FJ 3.º; 179/1991, FJ 3.º, 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3º y 57/1994, FJ 5º y 207/1996, FJ 3º B).

De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (SSTC 231/1988 y 197/1991) frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida.

No garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se

¹⁶⁴ Véase BASTIDA FREIJEDO, Francisco José; VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio; REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma; PRESNO LINERA, Miguel Ángel; ALÁEZ CORRAL, Benito; FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio: *“Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española”*. Ed. Tecnos. Madrid, 2005. Pág. 105.

¹⁶⁵ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: *“Jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE)”*. *Revista de Trabajo* (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social). N.º 100 extraordinario. Octubre-diciembre 1990. Págs. 125-137.

¹⁶⁶ CARRILLO LÓPEZ, Marc: *“El Derecho a no ser molestado: derecho a la información y vida privada”*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2003. Pág. 44.

desea mantener al abrigo del conocimiento público (STC 115/2000, FJ 4º).

En este sentido, CARRILLO LÓPEZ destaca que el derecho a la intimidad también contiene la potestad de controlar la información que circula en el escenario público, especialmente en Internet y en las redes sociales¹⁶⁷.

2.4.4 Caracteres del derecho a la intimidad.

El derecho fundamental a la intimidad puede caracterizarse a través de notas delimitadoras de su contenido y de su posición en el sistema de derechos fundamentales:

- Es un derecho absoluto, pero no es un derecho ilimitado. La intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones ante exigencias públicas (SSTC 37/1989, FJ 7º y 57/1994, FJ 5º), como por ejemplo, ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (STC 57/1994, FJ 5º y 143/1994, FJ 6º). Ello no quiere decir que no sea un “*derecho absoluto*”, ya que esta característica deviene en que es un derecho ejercitable frente a todos (*erga omnes*), tanto frente a los individuos individualmente considerados, como frente al Estado.
- Es un derecho público. Tiene un reconocimiento y unas garantías constitucionales, a pesar de que su ejercicio se adecúa en parte a fórmulas de derecho privado y a que participa en su vigencia de un considerable grado de voluntariedad, ya que el individuo es libre para ejercitar o no las acciones en su defensa. También es público en la medida en que la intimidad no surge como derecho sólo en beneficio del individuo, sino también de la sociedad. La sociedad en la que se respeta y garantiza la vida privada es más justa y más libre¹⁶⁸.
- Es un derecho subjetivo de defensa y protección positiva, de libertad para sus titulares. Permite a la persona decidir en qué medida desea compartir con otros sus pensamientos, sentimientos y su vida personal¹⁶⁹.
- Es una norma de “*principio*”, es decir, su enunciado no establece reglas precisas, sino que puede ser ejercido en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.
- El enunciado constitucional del derecho fundamental a la intimidad es abstracto y abierto. Es abstracto, porque no incluye referencias al modo, tiempo y lugar del

¹⁶⁷ CARRILLO LÓPEZ, Marc: “Los ámbitos del derecho a la intimidad en la sociedad de la comunicación”, en AA.VV. : “*El derecho a la privacidad en el nuevo entorno tecnológico*”. XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016. Pág. 14.

¹⁶⁸ REBOLLO DELGADO, Lucrecio: “*El Derecho Fundamental a la Intimidad*”. Ed. Dykinson. Madrid. 2005. Pág. 185.

¹⁶⁹ HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel: “*El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*”. Ed. Dykinson. Madrid. 2002. Págs. 10-11.

ejercicio del derecho. Es abierto, porque en principio, cualquier conducta que encaje en el enunciado normativo está protegido por el derecho fundamental.

- Es un derecho individual en esencia, sin perjuicio de que en algunos casos su ejercicio pueda ser compartido, pues existen ocasiones puntuales de cotitularidad del mismo, como por ejemplo, en el ámbito familiar¹⁷⁰. Es un derecho cuyo titular es la persona individualmente considerada, a quien corresponde el ejercicio de los mismos, independientemente de su condición o de su afectación por un ámbito público o privado específico, como pueda ser el ámbito laboral.
- Todos los hombres gozan de intimidad, sin condicionamiento a la realidad de su condición moral o a sus particulares circunstancias individuales. Es un derecho que solo es atribuible al hombre como persona, sin que puedan ostentarlo las personas jurídicas ni las personas fallecidas, sin perjuicio de que los propios lazos familiares, puedan afectar a la intimidad de los allegados (no del fallecido)¹⁷¹.

El propio TC ha sido claro al explicar que *“el derecho a la intimidad que reconoce el art. 18.1 de la C. E. por su propio contenido y naturaleza, se refiere a la vida privada de las personas individuales, en la que nadie puede inmiscuirse sin estar debidamente autorizado, y sin que en principio las personas jurídicas, como las Sociedades mercantiles, puedan ser titulares del mismo, ya que la reserva acerca de las actividades de estas Entidades, quedarán, en su caso, protegidas por la correspondiente regulación legal, al margen de la intimidad personal y subjetiva constitucionalmente decretada”* (Auto 257/1985, de 17 de abril, FJ 2º).

- Es un derecho inalienable, en cuanto no puede ser transmitido a otra u otras personas.
- Al ser inalienable, es también un derecho extrapatrimonial. Dado que tratamos con un bien ideal, moral o personal, no cabe la posibilidad de una evaluación económica o patrimonial. Ello no debe confundirse con la comercialización y valoración económica por la renuncia parcial al ejercicio del derecho a la intimidad.
- Es un derecho irrenunciable, cuya titularidad no depende de la decisión última del individuo. De ello se deduce la imposibilidad de extinguir el derecho por voluntad abdicativa de su titular. Si embargo, lo que sí es renunciabile es su ejercicio en su totalidad, lo que es posible y no compatible con la irrenunciabilidad del derecho¹⁷².

Por ello se ha dicho que es un derecho *“relativamente indisponible”*, pues si bien no es disponible en sí mismo, en cambio, la voluntad de su titular puede tener eficacia en aquellos casos en que el consentimiento del interesado subsane o legitime una conducta ilícita de tercero, bien renunciando o no ejerciendo una acción de defensa o no ejerciendo

¹⁷⁰ REBOLLO DELGADO, Lucrecio: *“El Derecho Fundamental a la Intimidad”*. Ed. Dykinson. Madrid. 2005. Pág. 185.

¹⁷¹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde María: *“Derecho a la intimidad”*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1982. Pág. 39.

¹⁷² REBOLLO DELGADO, Lucrecio: *“El Derecho Fundamental a la Intimidad”*. Ed. Dykinson. Madrid. 2005. Pág. 186.

una acción resarcitoria¹⁷³.

- Es un derecho imprescriptible, sin perjuicio de que el ejercicio de la acción sea de cuatro años desde que el legitimado la pudiera ejercitar (art. 9.5 LO 1/1982, de 5 de mayo).
- Es un derecho "*relacional*", pues no tiene sentido sin una convivencia social. Al individuo no le sirve de nada el derecho a la intimidad si existe solo, si no tiene una sociedad donde ejercerlo¹⁷⁴.
- No opera de igual forma para el poder público, que tiene una obligación positiva de respeto, garantía y de establecer las condiciones de su ejercicio efectivo, que para los particulares, que tienen una obligación de no intromisión¹⁷⁵.
- Se vulnera por realizar una intromisión ilegítima en el ámbito privado, sin requerir ningún ánimo especial por parte del infractor. A diferencia del honor, que solo puede lesionarse a través de imputaciones peyorativas para la persona, la intimidad puede ser vulnerada por el solo hecho que implique la penetración en el ámbito reservado de la persona, independientemente de connotaciones que supongan o no un perjuicio para su titular. El perjuicio es la mera intromisión.
- La delimitación de su contenido real viene vinculado a su desarrollo normativo y a los usos sociales del momento, además de influir "*el ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia*" (art. 2.2 LO 1/1982).
- No se produce conculcación al derecho a la intimidad si existe consentimiento (que debe ser expreso, si bien puede ser revocado en cualquier momento, (art. 2.3 LO 1/1982), o cuando se ampare por autorización legal (art. 2.2 LO 1/1982).

2.4.5. El contenido esencial del derecho a la intimidad como derecho fundamental.

Para tratar de describir el contenido esencial del derecho a la intimidad, es necesario perfilar la noción del contenido esencial de los derechos fundamentales, no sólo en lo que concierne a la limitación que significa para las leyes que tienen por objeto el ejercicio de los derechos, sino por cuanto significa para la comprensión y aplicación de los derechos fundamentales y, particularmente, del derecho a la intimidad.

La aplicación de la noción del "*contenido esencial*" de los derechos fundamentales al derecho a la intimidad, nos lleva a delimitar el contenido de este derecho y a analizar las normas que lo desarrollan, así como las posibles fuentes de conflicto que se produzcan con otros derechos, fundamentales o no (como por ejemplo, el de la libertad de

¹⁷³ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde María: "*Derecho a la intimidad*". Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1982. Pág. 179.

¹⁷⁴ REBOLLO DELGADO, Lucrecio: "*El Derecho Fundamental a la Intimidad*". Ed. Dykinson. Madrid. 2005. Pág. 185.

¹⁷⁵ REBOLLO DELGADO, Lucrecio: "*El Derecho Fundamental a la Intimidad*". Ed. Dykinson. Madrid. 2005. Pág. 186.

expresión, o con el derecho a la libertad de empresa, especialmente en el ejercicio por el trabajador de sus derechos de la personalidad en el ámbito laboral).

Así, el contenido esencial del derecho a la intimidad abarca tanto la intimidad corporal, como la intimidad personal, la intimidad económica, la relacionada con el ámbito de la salud, la vida sexual (incluyendo los supuestos de acoso), o la genética, incluyendo la protección de los datos personales contra su divulgación ilegítima¹⁷⁶.

La intimidad personal engloba desde luego la intimidad corporal, inmune en principio a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, quedando protegido por el ordenamiento el sentimiento del pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad. En consecuencia y a tenor de estos criterios, el ámbito de la intimidad corporal no es una realidad física, sino cultural, y en consecuencia determinada por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona (SSTC 37/1989, FJ 7º; 120/1990, FJ 12º; 137/1990, FJ 10º y 57/1994, FJ 5º).

Sin embargo, es posible la intromisión legítima en la intimidad corporal, pero ilegítima en la intimidad personal. Un ejemplo de ello puede darse al practicar una prueba pericial de extracción de cabello para determinar si una persona consume sustancias estupefacientes. Si tal prueba pericial resultara impertinente desde un punto de vista procesal para el esclarecimiento de un delito, cabría considerar que vulnera la intimidad personal, pero no corporal. La extracción de algunos cabellos de la cabeza por un médico forense no vulnera la intimidad corporal al no ser considerada en nuestra cultura violación del pudor o del recato personal. Ahora bien, esa misma extracción de cabellos sí puede vulnerar la intimidad personal al determinar si la persona es consumidora de drogas, pues el conocimiento por la sociedad de este hecho puede provocar un juicio de valor social de reproche que lo hace desmerecer ante la comunidad (STC 207/1996, FJ 3º B).

A partir de ahí, la diligencia procesal consistente en la extracción de cabello para determinar el consumo de drogas sólo será admisible si se revela imprescindible para el aseguramiento de un bien o interés constitucionalmente relevante, lo que en el curso de un proceso penal sólo se producirá cuando del resultado de la diligencia procesal *"pueda depender el ejercicio del ius puniendi, lo que tan sólo acontecerá cuando su puesta en práctica permita acreditar, desde un punto de vista objetivo, la existencia de alguno o algunos de los hechos constitutivos del tipo delictivo objeto de investigación y, desde el subjetivo, la participación del imputado en los mismos"* (STC 207/1996, FJ 6º).

En este sentido, la extracción de muestras genéticas puede conllevar una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal en razón de su finalidad, sobre todo cuando se trata de una información que afecta la esfera de la vida privada que el sujeto puede no querer desvelar (STC 199/2013, de 5 de

¹⁷⁶ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: "El derecho a la vida privada en España", en PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y BADÍA Y LIBERAL, Enrique (Coords.): *"El debate sobre la privacidad y seguridad en la red: Regulación y mercados"*. Colección Fundación Telefónica. Ed. Ariel. Barcelona. 2012. Pág. 126.

diciembre, FJ 6º). En reiteradas ocasiones, el TC ha afirmado que el análisis de la muestra biológica supone una injerencia en el derecho a la privacidad por los riesgos potenciales que de tal análisis pudieran derivarse (SSTC 13/2014, 14/2014, 15/2014, 16/2014, de 30 de enero, FJ 3, 23/2014, de 13 de febrero, FJ 2 y 43/2014, de 27 de marzo, FJ 2º).

El contenido del derecho a la intimidad abarca, por tanto, los datos genéticos de la persona, como puede ser el ADN, a partir de muestras tomadas siempre y cuando exista consentimiento.

El concepto de privacidad genética hace referencia al ámbito único, exclusivo e irrepetible del patrimonio genético de todo ser humano. Por ello, la información genética pertenece al ámbito de lo interior, de lo recóndito, lo profundo del ser y oculto a los ojos de los demás. No obstante, este derecho a la intimidad genética tiene limitaciones como cualquier otro derecho, cuando el interés general se estime más importante que el particular, como en los casos de investigación criminal cuando los datos genéticos permiten discernir entre la inocencia o culpabilidad de un sospechoso¹⁷⁷.

En este sentido, cabe aludir a la doctrina del TC en relación con el derecho a la intimidad, con particular atención a las resoluciones dictadas en esta materia de intervenciones o reconocimientos corporales (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre; 196/2004, de 15 de noviembre; 25/2005, de 14 de febrero, y 206/2007, de 24 de septiembre), así como a determinados pronunciamientos del TEDH, que ponen de manifiesto que el derecho a la vida privada resulta ya comprometido por la mera conservación y almacenamiento de muestras biológicas y perfiles de ADN (STEDH de 4 de diciembre de 2008, caso *S y Marper c. Reino Unido*; y decisión de inadmisión de 7 de diciembre de 2006, caso *Van der Velden c. Países Bajos*).

En esta última resolución, el TEDH, pese a rechazar la queja formulada en relación con la obtención de una muestra biológica de quien había sido condenado por un grave delito, aceptó que la obtención de una muestra bucal puede constituir una intromisión en la intimidad del demandante, dado que la sistemática retención de este material y el perfil de ADN excede del ámbito de la identificación neutra de caracteres tales como las huellas digitales y es suficientemente invasiva para considerarla una intromisión en la vida privada en los términos del art. 8.1 CEDH (§ 2).

En estos casos, resulta de especial importancia el consentimiento del afectado, como así lo ha puesto de manifiesto la STC 135/2014, de 8 de septiembre, que además perfila los requisitos para la obtención de material genético en una investigación criminal, con respeto al derecho a la intimidad. Así, partiendo de que el carácter informado del consentimiento es una consecuencia que derivaría de la finalidad de la propia diligencia de investigación, afirma que *"la obtención de una muestra biológica para el posterior análisis pericial de ADN es una diligencia de investigación criminal. Su fin es obtener información (perfiles identificadores) que permita el esclarecimiento de hechos delictivos,*

¹⁷⁷ CORDOBA GARCÍA, Francisco: "La privacidad genética: Concepto, fundamentos y consecuencias", en ANARTE BORRALLA, Enrique; MORENO MORENO, Fernando y GARCÍA RUÍZ, Carmen Rocío (Coords.): *"Nuevos conflictos sociales. El papel de la privacidad"*. Ed. Iustel, Madrid, 2015. Págs. 22-23. Véase sobre esta cuestión el interesante estudio de CALVO GALLEGU, Francisco Javier: "Test genéticos y vigilancia de la salud del trabajador". *Revista Digital de Seguridad y Salud en el Trabajo*. N.º 1. 2008. Págs. 1-18.

pasados o incluso futuros (mediante la conservación de los mismos en una base de datos)". En el caso enjuiciado, la obtención de la muestra se llevó a cabo en el marco de una investigación criminal con el fin de determinar la eventual participación del recurrente en los hechos objeto de imputación. El examen del contenido del acta policial de obtención de muestras biológicas permite constatar que el recurrente fue informado no solo del tipo de intervención corporal que se iba a practicar (un frotis bucal con un hisopo de algodón), sino también del fin de la diligencia. Así, se reflejó documentalmente que su fin era llevar a cabo estudios de ADN que permitiesen determinar su perfil genético y realizar los estudios comparativos necesarios, así como su cotejo en la base de datos de ADN. Información que resultaba suficiente al precisar la finalidad de la diligencia que se iba a practicar. Al mismo tiempo, se le informó que los perfiles genéticos del recurrente se cotejarían con los existentes en la base de datos de ADN. Por tanto, en estas circunstancias se cumplió con la necesidad de información previa, por lo que el consentimiento fue informado y no hubo lesión del derecho a la intimidad (FJ 4º).

En general, el TC ha considerado constitucional las diligencias de investigación policial, sin previa autorización judicial, que puedan suponer una injerencia en el derecho a la intimidad, cuando quede justificada la existencia de un fin constitucionalmente legítimo (el interés público propio de la investigación del delito), la medida limitativa del derecho esté prevista en la Ley y se haya cumplido el principio de proporcionalidad¹⁷⁸.

Pero el derecho a la intimidad personal garantizado en el art. 18.1 CE tiene un contenido más amplio que el relativo a la intimidad corporal y está referido preferentemente a la "esfera" estrictamente personal de la vida privada o de lo íntimo (SSTC 142/1993, 143/1994 y 207/1996, FJ 3º). Lo que el art. 18.1 CE garantiza es el secreto sobre nuestra propia esfera de intimidad y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los lindes de nuestra vida privada (STC 115/2000, de 5 de mayo, FJ 4º).

En esa esfera personal se garantiza la exclusión de injerencias externas sobre la toma de datos o conocimientos de carácter intrusivo y la divulgación ilegítima de esos datos de carácter personal, salvo que tengan proyección exterior, como los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, por estar más allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas por formar parte de la vida privada (STC 170/1987, de 30 de octubre y 190/1991, de 14 de octubre, FJ 7º).

Así, en su dimensión positiva, el derecho a la intimidad se manifiesta en el reconocimiento de determinadas facultades para exigir y facilitar un ámbito de libertad y de pleno ejercicio de los derechos de las personas¹⁷⁹. En palabras del TC: "*Corresponde, pues, a cada individuo reservar un espacio, más o menos amplio según su voluntad, que quede resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Y,*

¹⁷⁸ VIDAL FUEYO, María del Camino: "La constitucionalidad de determinadas diligencias de investigación policial que afectan a la intimidad", en RUBIO LLORENTE, Francisco; JIMÉNEZ CAMPO, Javier; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José; BIGLINO CAMPOS, Paloma y GÓMEZ MONTORO, Ángel José (Dirs.): "*La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016. Pág. 965. Este trabajo puede localizarse también en la Revista *Ceflegal* (Centro de Estudios Financieros), N.º 177. Octubre 2015. Págs. 99-124.

¹⁷⁹ HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel: "*El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*". Ed. Dykinson. Madrid. 2002. Pág. 11.

en correspondencia, puede excluir que los demás, esto es, las personas que de uno u otro modo han tenido acceso a tal espacio, den a conocer extremos relativos a su esfera de intimidad o prohibir su difusión no consentida, salvo los límites, obvio es, que se derivan de los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos" (STC 115/2000, de 5 de mayo, FJ 4º).

Los datos médicos, pertenecen igualmente a la esfera de intimidad del individuo. Así, por ejemplo, respecto a las informaciones publicadas de un arquitecto con SIDA, el TC declara que *"la identificación periodística, indirecta pero inequívoca, de una determinada persona como afectada por el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) deparaba, teniendo en cuenta actitudes sociales que son hechos notorios, un daño moral (y también económico, como luego se demostró) a quienes así se vieron señalados como afectados por una enfermedad cuyas causas y vías de propagación han generado y generan una alarma social con frecuencia acompañada de reacciones, tan reprobables como desgraciadamente reales, de marginación para muchas de sus víctimas"* (STC 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3º).

En otro caso, relacionado con la confidencialidad de los datos médicos, se declaró la vulneración derecho a la intimidad por el almacenamiento en soporte informático de los diagnósticos médicos del trabajador, sin mediar su consentimiento expreso, careciendo de apoyo legal y resultando una restricción desproporcionada del derecho fundamental (STC 202/1999, de 8 de noviembre).

En cuanto a la intimidad sobre los aspectos de la vida sexual de la persona, éstos están por encima de cualquier conocimiento externo, a pesar de ser contrarios al honor de determinadas instituciones, como el Ejército. Resulta curiosa la sanción impuesta por una Orden Ministerial del Ministerio de Defensa, por la que se separaba de servicio a un capitán de artillería que había consentido el adulterio de su mujer, también militar, quedando afectado el código de honor del arma a la que pertenecía el militar. La STC 151/1997, de 29 de septiembre, anuló la sanción, considerando que *"no cabe duda de que el comportamiento omisivo reprochado se refería a algo tan privado como es la propia relación conyugal y se proyectaba sobre algo tan peculiarmente íntimo como eran las relaciones sexuales que mantenía la esposa del recurrente, que, sin duda, integran el ámbito de intimidad personal y familiar consagrado en el art. 18 C.E"* (FJ 5º).

Sobre la publicidad de la filiación, la STC 197/1991, de 17 de octubre, confirmó que no cabe duda de que la filiación ha de entenderse que forma parte de ese ámbito propio y reservado de lo íntimo, que además sirve también para lograr el objetivo constitucional establecido en el art. 39.2 CE (FJ 3º). En el mismo sentido incide la STC 190/2013, de 18 de noviembre, sobre la vulneración del derecho a la intimidad por las especulaciones sobre la identidad del progenitor carentes del mínimo interés o relevancia pública que legitime la intromisión a la intimidad.

Además, el art. 18.1 CE confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares (STC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 21º), el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, y de ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea

proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (STC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5º).

Incluso el derecho a la intimidad se extiende más allá de los aspectos de la propia vida personal, concretamente a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 CE protegen (como por ejemplo, la publicidad de noticias que afectando a la intimidad de un menor, pueda afectar también a la de sus padres adoptivos, caso de la STC 197/1991, de 17 de octubre).

A nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada, personal o familiar (STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5º, doctrina reiterada de las SSTC 73/1982, 110/1984, 170/1987, 231/1988, 20/1992, 143/1994 y 151/1997 y en las que se hace referencia como apoyo a las SSTEDH: Caso *X e Y c. Pay-Bas*, de 26 de marzo de 1985; caso *Leander*, de 26 de marzo de 1987; caso *Gaskin*, de 7 de julio de 1989; caso *Costello-Roberts*, de 25 de marzo de 1993 y caso *Z c. Finlande*, de 25 de febrero de 1997).

La sola notoriedad no priva a la persona de intimidad. No obstante, el relieve público del sujeto aumentará la probabilidad de encontrar algún nexo entre su vida íntima y el legítimo interés colectivo para extraer alguna conclusión relevante para la comunidad.

El contenido esencial del derecho a la intimidad se refuerza con el reconocimiento constitucional de la necesidad de limitar la utilización de los medios informáticos en orden a garantizar uno de los bienes más preciados del individuo para la defensa de su dignidad humana: Su intimidad personal y familiar. Así, la intimidad no se define exclusivamente por el derecho a reservar de forma absoluta del conocimiento ajeno los aspectos más íntimos de cada persona. La esfera de la intimidad abarca la facultad de controlar la información y los datos que a la persona se refieren¹⁸⁰.

Por último, la esfera personal del individuo también comprende su dimensión y situación económica, si bien con ciertos límites: "*aun admitiendo como hipótesis que el movimiento de las cuentas bancarias esté cubierto por el derecho a la intimidad, nos encontraríamos que ante el Fisco operaría un límite justificado de ese derecho (...) [ya que] el conocimiento de las cuentas corrientes puede ser necesario para proteger el bien constitucionalmente protegido, que es la distribución equitativa del sostenimiento de los gastos públicos*" (STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 5º).

Y es que cabe distinguir el secreto del movimiento de las cuentas bancarias, que corresponde al titular de las mismas en cuanto a la salvaguarda de su intimidad y el secreto bancario, en sentido estricto, que corresponde a la entidad financiera y en el que se salvaguarda el derecho a la protección de datos (STC 96/2012, de 7 de mayo).

En este sentido, ámbito de "*intimidad económica*", por ejemplo, no se incluyen las retribuciones que el trabajador obtiene de su trabajo (a efectos de incluirlas en la copia

¹⁸⁰ HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel: "*El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*". Ed. Dykinson. Madrid. 2002. Págs 100-101.

básica del contrato a disposición de los representantes de los trabajadores), pues no pueden en principio desgajarse de la esfera de las relaciones sociales y profesionales que el trabajador desarrolla fuera de su ámbito personal e íntimo, para introducirse en este último, descartando que el conocimiento de la retribución percibida permita reconstruir la vida íntima de los trabajadores (STC 142/1993, de 22 de abril, FJ 8º).

2.4.6. La dimensión objetiva de la norma que garantiza el derecho a la intimidad y su adaptación a la amenaza de los medios tecnológicos.

En su dimensión objetiva, el derecho fundamental (como por ejemplo, el de intimidad), es una norma que expresa un contenido que se irradia a todos los ámbitos del Estado, a sus tres funciones: ejecutiva, legislativa y judicial, convirtiéndose en un mandato de optimización que impone:

- Que todo poder público tiene el deber positivo, no sólo de proteger (y no lesionar) los derechos fundamentales, sino de contribuir a la efectividad de tales derechos.
- La abstención de realizar cualquier acto contrario al deber positivo.

Ello implica, por tanto, que queda vedada la irrupción del poder público en este ámbito, ampliando también su efectividad a las relaciones con particulares. Es decir, que la lesión de la intimidad puede provenir tanto de la autoridad pública, como de la conducta de los particulares.

La intimidad, como noción filosófica, alude a un presupuesto fundamental del hombre en cuanto a persona. Ahora bien, como construcción jurídica, se proyecta en la estructuración de un derecho subjetivo a la intimidad, confiriendo resortes coactivos para la protección y defensa del bien. Es la convivencia la que exige imponer unos deberes de conducta y restricciones a la libertad ajena, a fin de consagrar un ámbito de actuación para su titular¹⁸¹.

El bien jurídico tutelado se corresponde con el modo de ser de la persona, sustraído al conocimiento ajeno, pues su revelación le ocasionaría una perturbación en su dignidad como ser humano y mermaría su desarrollo individual¹⁸². Por ello, el bien jurídico protegido no es valorado exclusivamente en la proyección individual del ser humano, sino que es contemplado también bajo perspectiva social como miembro o integrante de un grupo familiar o social. El mismo vocablo "*persona*" ya está aludiendo al ser humano en cuanto que vive con los demás, en un contexto social¹⁸³.

Así pues, el derecho a la intimidad encarna un significado colectivo. Allí donde el hombre es capaz de reafirmar su dignidad, personalidad, ideología y creencias en el seno de las relaciones con otros hombres, es posible encontrar un interés legítimo a la

¹⁸¹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde María: "*Derecho a la intimidad*". Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1982. Paqs 17 y 22.

¹⁸² HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel: "*El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*". Ed. Dykinson. Madrid. 2002. Pág. 11.

¹⁸³ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime: "*El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982*". Ed. Montecorvo. Madrid. 1984.

intimidad¹⁸⁴.

Ahora bien, en relación a la proliferación de los nuevos medios tecnológicos en la sociedad que inciden directamente en la intimidad de la persona, no solo descubriendo, sino divulgando aspectos pertenecientes a un ámbito que su titular considera privado o íntimo, es preciso destacar la necesaria adaptación de este derecho fundamental a la evolución social y mediática, lo que nos lleva a plantear un concepto objetivo dinámico de la intimidad.

En este sentido, no existe un concepto válido y unitario sobre el concepto de intimidad, pues la noción de vida privada varía de una persona a otra, de un grupo a otro, de una sociedad a otra, varía igualmente, en función de las edades, tradiciones y culturas diferentes. Incluso, la noción de vida privada queda determinada, en cierta medida, por los diferentes regímenes sociales, políticos y económicos que existen en el mundo. Estos responden a concepciones diversas del hombre y de la sociedad y se basan en modelos ideológicos discrepantes que conducen a una apreciación diversa de lo que han de ser las relaciones de un ser humano con otro y de lo que deben ser las relaciones del individuo con la sociedad¹⁸⁵.

Por ello, son muchos los factores de carácter cultural, social, incluso educacional, que hacen que cada uno de nosotros, que cada grupo o comunidad, entienda lo que es su intimidad. Todos coinciden en que uno de los aspectos de este derecho es que permite limitar la divulgación de datos o hechos relevantes de la vida privada, sin embargo, no hay un límite claro de cuáles de esos datos integran la vida privada. Se trata de un derecho dinámico, contingente y de delimitación casuística, ya que el concepto mismo de intimidad aparece como algo "*huidizo y fluctuante, de difícil precisión*"¹⁸⁶.

Este carácter dinámico del concepto de intimidad ha sido contemplado expresamente por el TC, que se ha referido a él en el sentido de que debe calibrarse "*según las pautas de nuestra cultura*" (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3º), llegando a afirmar que es una realidad intangible, pues su extensión "*viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico, cuyo núcleo esencial en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del Poder Judicial*" (STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 4º).

Por tanto, existe un reconocimiento en sede constitucional de que el concepto de intimidad y su extensión están históricamente ligados a la concreta existencia y momento de una sociedad, en la que debe encuadrarse la actual "*sociedad tecnológica*", de forma que han de ser tenidos en cuenta los riesgos y el potencial que los instrumentos actuales, especialmente Internet, representan a la hora de divulgar información privada en contra de la voluntad de su titular.

¹⁸⁴ GOÑI SEIN, José Luis: "*El respeto a la esfera privada del trabajador*". Ed. Civitas. Madrid, 1988. Pág. 24.

¹⁸⁵ NOVOA MONREAL, Eduardo: "*El Derecho a la vida y a la libertad de información: Un conflicto de derechos*". Ed. Siglo XXI (6º ed.), México, 2001. Págs. 42-43.

¹⁸⁶ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José: "*La configuración constitucional del Derecho a la Intimidad*". *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (Universidad Carlos III), N.º 3. Mayo-Diciembre 1994. Págs. 323-324.

2.4.7. La dimensión subjetiva del derecho fundamental a la intimidad.

La dimensión subjetiva se refiere a los destinatarios de los derechos fundamentales, que pueden ser beneficiarios y obligados.

Respecto a los beneficiarios, pueden diferenciarse en función de los derechos, aquellos que tienen capacidad jurídica iusfundamental, abstracta y cualidad potencial por el hecho de ser personas y aquellos que gozan de titularidad para su ejercicio, que puede venir condicionada por la presencia de requisitos personales (extranjeros) y temporales (menores) y en algunos casos, la titularidad habilita para que el ejercicio de un derecho por su titular se pueda hacer por un representante.

En el derecho a la intimidad no hay distinción entre capacidad y titularidad, pues sus titulares son todas las personas físicas, ya sean nacionales o extranjeros (STC 236/2007, FJ 3º). Se discutió si también podían considerarse titulares a las personas jurídicas, discusión que para el TC mereció un tratamiento distinto para cada uno de los derechos reconocidos en el art. 18 CE. En el caso del derecho a la intimidad (y por extensión en el del derecho a la propia imagen) se ha rechazado la titularidad de las personas jurídicas. De acuerdo con el TC, *“el derecho a la intimidad que reconoce el art. 18.1 de la C.E., por su propio contenido y naturaleza, se refiere a la vida privada de las personas individuales, en la que nadie puede inmiscuirse sin estar debidamente autorizado, y sin que en principio las personas jurídicas, como las Sociedades Mercantiles, puedan ser titulares del mismo, ya que la reserva acerca de las actividades de estas entidades quedará, en su caso, protegidas por la correspondiente regulación legal, al margen de la intimidad personal y subjetiva constitucionalmente decretada”* (STC 137/1985, FJ 2.º).

En cuanto al derecho a la intimidad (y por extensión al derecho a la propia imagen), la STC 231/1988 confirió protección indirecta a la intimidad de los difuntos siempre que afecte a la intimidad de sus familiares vivos (FJ 6º). Ello no debe ser obstáculo para afirmar, con apoyo de la STC 231/1988, de 2 de diciembre, que el derecho a la intimidad personal y familiar está estrictamente vinculado a la propia personalidad, deriva de la dignidad de la persona y se encuadra en los derechos personalísimos ligados a la misma existencia del individuo. Por ello *“una vez fallecido el titular de esos derechos, y extinguida su personalidad ... lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional, que está encaminada a garantizar, un ámbito vital reservado, que con la muerte deviene inexistente”*.

En este sentido, *“el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 de la CE protegen. Sin duda, será necesario, en cada caso, examinar de qué acontecimientos se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión; pero al menos, no cabe dudar que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho —propio, y no ajeno— a la intimidad, constitucionalmente protegible.”* (FJ 3º y 4º).

Y la STC 190/2013, de 18 de noviembre, alude al caso de que "*aunque el recurrente acuda en amparo en defensa de su propio derecho y el de su difunta madre, nada cabe decir sobre la posible vulneración de éste último, sin perjuicio de que el objeto de este proceso, la divulgación pública de la posible filiación paterna del demandante, pueda llegar a afectar, tanto a su derecho a la intimidad, que protege del conocimiento ajeno la identidad de su padre, como a su derecho a la intimidad familiar que impide que se desvelen datos sobre aspectos íntimos de su madre fallecida*" (FJ 2º).

Ahora bien, existen algunas circunstancias en las que el ejercicio del derecho fundamental a la intimidad, puede verse restringido por lo que se ha denominado "*relaciones de sujeción especial*", como por ejemplo, los reclusos en los centros penitenciarios¹⁸⁷. La garantía fundamental para proteger la existencia de un ámbito propio, reservado y exclusivo se extiende también a las personas privadas de libertad. También en el marco de una relación de dependencia, como la laboral, es aplicable esta garantía, aunque equilibrada con el poder de dirección del empresario en el ejercicio de los derechos de propiedad y libertad de empresa reconocidos en los arts. 33 y 38 CE.

En cuanto a los sujetos obligados, el respeto de este derecho implica a los ciudadanos y a los poderes públicos (art. 9.1 CE), teniendo este derecho eficacia tanto vertical, como horizontal (entre particulares).

La vinculación a los poderes públicos (art. 53.1 CE) abarca tanto al aparato del Estado (en el interior), como a los supuestos de integración supranacional (Unión Europea, por ejemplo).

La evolución de los sistemas de gestión ha llevado a que el concepto de poder público no haya de ser entendido en sentido formal, sino material funcional, y con independencia que posea una forma jurídico-pública. Así, los poderes públicos engloban a la administración pública (central, autonómica y local), así como a los actos de organismos autónomos y entidades empresariales del Estado, corporaciones profesionales de derecho público, concesionarios de servicio público y en general todo aquel que por delegación ejerza una función pública, en los ámbitos que su actuación conlleve el ejercicio de potestades públicas sometidas a derecho administrativo.

La extensión de la vinculación de los derechos fundamentales a los particulares (ya sean personas físicas o jurídicas) implica que están sometidos a la obligación de respeto de tales derechos, si bien, es cierto que ocupan posiciones jurídicas muy diversas que difícilmente permiten establecer una única fórmula de eficacia horizontal de derecho fundamental (relaciones paterno-filiales, relaciones sanitarias privadas, o las relaciones laborales).

2.4.8. Límites del derecho fundamental a la intimidad.

Los derechos de la personalidad tienen por objeto preservar el buen nombre de las personas, así como un espacio privado en el que no pueden injerirse los demás, salvo que el propio titular del derecho les haga partícipes de su privacidad libre y

¹⁸⁷ DELGADO DEL RINCÓN, Luis Esteban: "Algunas consideraciones sobre el derecho a la intimidad personal y familiar de los presos en los centros penitenciarios". *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED). N.º 18. 2006. Pág. 193.

voluntariamente. Protegiendo la reputación y privacidad de una persona se protege su personalidad más íntima, directamente derivada de su dignidad (STC 231/1988, FJ 3º).

El Estado puede incidir en la intimidad sin violarla cuando exista algún otro fin constitucional que lo justifique. Por ejemplo: La distribución equitativa del sostenimiento de los gastos públicos justifica la investigación de las cuentas corrientes de un particular (STC110/1984, de 26 de noviembre). El interés social y el orden público justifican la investigación de la paternidad (STC 95/1999, de 31 de mayo). Sí viola la intimidad personal obligar a un preso a desnudarse ante un funcionario de prisiones sin ninguna causa concreta que lo justifique (STC 57/1994, de 28 de febrero).

Categoría especial de personas en las que los derechos al honor, intimidad y propia imagen tienen un ámbito más limitado que en el del resto de los ciudadanos son los personajes públicos, entendiéndose por tales no sólo las personas que desempeñan cargos institucionales sino también aquellas que han hecho del uso público de su imagen una actividad profesional. Estas personas tienen más restringidos estos derechos, debido al derecho a la información del público. Sin embargo, no puede hablarse de un derecho a la intimidad para las personas públicas y otro para las personas privadas. Lo que sucede es que los actos de los cargos públicos afectan a la comunidad, lo que origina que sus actividades sean de interés público y, en consecuencia, más susceptibles de ser difundidas o divulgadas¹⁸⁸.

En este sentido, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA ha destacado la distinción entre la información y la opinión, y el mensaje de relieve público o no, como capital para entender la doctrina de los límites a la libertad de expresión, en el sentido de comprender una posición preferente ("*preferred position*") a los derechos a una libre comunicación frente a las exigencias derivadas de la protección al derecho al honor y a la intimidad.

Afirma este autor que la prevalencia de la libertad de expresión puede afirmarse en razón de su plus institucional o dimensión "*más*" en relación a otros derechos. De este modo insiste en que la solución a los problemas de la colisión entre estos derechos ha de alcanzarse teniendo en cuenta la imprescindibilidad de todos los derechos fundamentales en una sociedad libre, pues todos y no solo la libertad de expresión, tienen una dimensión institucional y todos son elementos funcionales de la democracia, reclamando necesariamente vigencia efectiva en el Estado de derecho. Tan cierto es que no hay democracia sin libertad de expresión, como tampoco la hay si no hubiera seguridad de reserva y de vida privada¹⁸⁹.

El TC -inspirándose en el TEDH- ha desarrollado una amplia teoría sobre la ponderación de ambos derechos: No se produce una intromisión ilegítima en la intimidad de una persona pública cuando la información que se transmite versa sobre una conducta vinculada a su actividad pública o que pueda influir en ella, los hechos que se transmitan sean veraces y el estilo periodístico no utilice expresiones vejatorias, que no guarden "*la menor relación con la formación de una opinión pública libre*" (STC 105/1990, de 6 de

¹⁸⁸ APARICIO ALDANA, Rebeca Karina: "*Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones jurídico-laborales*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2016. Pág. 61.

¹⁸⁹ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: "Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 77. Julio-Septiembre 1992. Págs. 245-247.

junio, caso José M.^a García).

Conviene aclarar además que si lo que se desvela tiene interés general y es veraz, gozará de protección jurídica, pero sin embargo, si no es veraz, tampoco se desvela nada que pueda ser considerado íntimo, pues no puede decirse que algo es íntimo, si no ha existido. En este caso, nos hallaríamos ante una falta imputación susceptible solo de afectar al honor¹⁹⁰.

El TC ha declarado reiteradamente que cuando la colisión se produce entre la libertad de información y el derecho a la intimidad, serán circunstancias relevantes en esa ponderación el interés público de la información y el carácter público o privado de la persona objeto de la información. La STC 20/1992, de 14 de febrero, aclara que la intimidad no es menos digna de respeto por el hecho de que resulten veraces las informaciones relativas "*a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre*" (art. 7.3 LO 1/1982), ya que, "*tratándose de la intimidad, la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión*" (FJ 3º).

Por tanto, "*la proyección pública y social no puede ser utilizada como argumento para negar, a la persona que la ostente, una esfera reservada de protección constitucional en el ámbito de sus relaciones afectivas, derivadas del contenido del derecho a la intimidad personal, reduciéndola hasta su práctica desaparición*" [STC 7/2014, de 27 de enero, FJ 4º a)], ya que "*si bien los personajes con notoriedad pública inevitablemente ven reducida su esfera de intimidad, no es menos cierto que, más allá de esa esfera abierta al conocimiento de los demás su intimidad permanece y, por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve minorado en el ámbito que el sujeto se ha reservado y su eficacia como límite al derecho de información es igual a la de quien carece de toda notoriedad*" (SSTC 134/1999, de 15 de julio, FJ 7º, y 115/2000, de 5 de mayo, FJ 5º).

El hecho de que el interesado haya sido proclive a dar a conocer aspectos de su vida privada o que la relación afectiva fuera ya conocida, no son circunstancias susceptibles de cercenar el derecho a la intimidad en beneficio del derecho a la libertad de información, pues "*dado que a cada persona corresponde acotar el ámbito de su intimidad personal que reserva al conocimiento ajeno, no es menos cierto que, más allá de esos hechos dados a conocer y respecto a los cuales el velo de la intimidad ha sido voluntariamente levantado, el derecho a la intimidad opera como límite infranqueable del derecho a la libre información*" (SSTC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3º; 134/1999, FJ 8º; 115/2000, de 5 de mayo, FJ 10º). Incluso, "*si la relación sentimental entre los demandantes fuese ya conocida, ello no legitima la intromisión en el derecho a la intimidad mediante la publicación de información al respecto sin consentimiento de los afectados*" (SSTC 134/1999, de 15 de julio, FJ 6º; 99/2002, FJ 8º; y 190/2013, FJ 7º).

No cabe una intromisión a la intimidad en beneficio de la libertad de expresión o información en la difusión de las especulaciones sobre la identidad del progenitor, al desvelarse la identidad del padre del recurrente en amparo, que siempre fue mantenido por sí mismo y por su difunta madre. En este sentido la STC 190/2013, de 18 de

¹⁹⁰ OLLERO TASSARA, Andrés: "*De la protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales. Exigencias jurídico-naturales e historicidad en la jurisprudencia constitucional*". Discurso de recepción de académico de número. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 2008. Pág. 78.

noviembre¹⁹¹, consideró que *"las afirmaciones que especularon o atribuyeron la paternidad del recurrente a una determinada persona, deben ser encuadradas dentro del concepto de información, ya que no se ciñen a manifestar una mera opinión o juicio de valor sino a revelar, con o sin acierto, quién fue el padre del demandante de amparo. Todo ello, sin perjuicio de que se entremezclen expresiones u opiniones de los participantes en dichos programas"* (FJ 4º).

En este sentido, a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada personal o familiar. El derecho a la intimidad puede verse afectado, no solamente por la afirmación concreta y veraz sobre la identidad del padre, sino también por meras especulaciones o rumores sobre su filiación. De esta forma carece de relevancia que el dato sobre la paternidad sea cierto o no, como carece de importancia que se revele con rotundidad a modo de noticia cierta o se especule con varios posibles nombres del padre del recurrente. *"Es en sí mismo, abordar el tema de la filiación (...) especulando sobre diferentes identidades de quién puede ser el padre del demandante de amparo —cuando éste siempre mostró su voluntad de mantener ese dato fuera del conocimiento ajeno— lo que puede llegar a vulnerar el derecho a la intimidad del recurrente"* (FJ 5º).

En definitiva, es evidente que la información sobre la filiación paterna del recurrente de amparo carece de interés público, sin perjuicio de que sean datos que puedan interesar a un mayor o menor número de espectadores y sin que la condición de personaje público del titular del derecho a la intimidad pueda alterar tal conclusión (FJ 6º).

Como circunstancia a valorar, se plantea si el tema de si la filiación paterna del recurrente ha podido ser objeto de debate en determinado sector de la prensa en anteriores ocasiones, contra lo que se afirma que no es menos cierto que el demandante de amparo siempre ha manifestado su voluntad de mantener dicho dato en el ámbito de su derecho a la intimidad, por lo que la circunstancia de que sea en esta ocasión y no en las precedentes cuando decide ejercitar acciones en su defensa, no impide que se pueda declarar que se ha violado su derecho a la intimidad (FJ 7º).

Cuando el conflicto se suscita con el derecho a comunicar y recibir información veraz que reconoce el art. 20.1 d) CE, la doctrina constitucional ha establecido las siguientes pautas para dirimir esa controversia (STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 4º):

- La especial posición que ostenta el derecho a la libertad de información en nuestro ordenamiento reside en que *"no sólo se protege un interés individual sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático"* (STC 68/2008, de 23 de junio, FJ 3º).
- Sin embargo, tal protección especial queda sometida a determinados límites tanto inmanentes como externos. Entre los límites inmanentes se encuentran los requisitos de veracidad y de interés general o relevancia pública de la información (SSTC 68/2008, de 23 de junio, FJ 3º; y 129/2009, de 1 de junio, FJ 2º). Por lo que en ausencia de los dos mencionados requisitos decae el respaldo

¹⁹¹ El TC otorgó el amparo a Gonzalo Miró, hijo de la fallecida Pilar Miró, frente a la intromisión en su derecho a la intimidad y familiar que supusieron determinadas informaciones sobre la identidad de su padre, un dato que tanto su madre como él mismo nunca quisieron hacer público.

constitucional de la libertad de información. Por otro lado, como límites externos, en el derecho a la información se sitúan los derechos específicamente enunciados en el art. 20.4 CE (derechos reconocidos en el Título I CE, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia).

- En cuanto a la relevancia pública de la información, el TC ha subrayado que dado que la protección constitucional se ciñe a la transmisión de hechos "*noticiables*" por su importancia o relevancia social para contribuir a la formación de la opinión pública, tales hechos deben versar sobre aspectos conectados a la proyección pública de la persona a la que se refiere, o a las características del hecho en que esa persona se haya visto involucrada. De manera que, "*sólo tras haber constatado la concurrencia de estas circunstancias resulta posible afirmar que la información de que se trate está especialmente protegida por ser susceptible de encuadrarse dentro del espacio que a una prensa libre debe ser asegurado en un sistema democrático*" (STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 4º).

Igualmente, el TEDH ha destacado que el factor decisivo en la ponderación entre la protección de la vida privada y la libertad de expresión estriba en la contribución que la información publicada realice a un debate de interés general, sin que la satisfacción de la curiosidad de una parte del público en relación con detalles de la vida privada de una persona pueda considerarse contribución a tal efecto (por todas, STEDH de 24 de junio de 2004, caso Von Hannover c. Alemania, §§ 65 y 76).

2.5. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN.

2.5.1 Delimitación y ámbito.

El derecho a la propia imagen es un concepto jurídico complementario de la intimidad y estrechamente ligado a ésta, que atribuye a su titular la potestad para disponer de su imagen física impidiendo su difusión salvo que medie su propio consentimiento. Se trata de un derecho autónomo porque con él se salvaguardan específicamente los rasgos más característicos e inmediatos de la identidad de una persona: La imagen física, la voz y el nombre. En cualquier caso, preservar la imagen, la voz y el nombre de la persona no es sino reforzar su intimidad, pues se garantiza la libertad de decisión sobre el uso que la persona quiere dar a estos rasgos tan característicos de la identidad personal.

El TC ha ido construyendo el contenido de este derecho en función de los casos planteados, en orden a la salvaguarda de la proyección exterior de dicha imagen como medio de evitar injerencias no deseadas (STC 139/2001, de 18 de junio), de velar por una determinada imagen externa (STC 156/2001, de 2 de julio) o de preservar nuestra imagen pública (STC 81/2001, de 26 de marzo). Este derecho está íntimamente condicionado por la actividad del sujeto, no sólo en el sentido de que las personas con una actividad pública verán más expuesta su imagen, sino también en el sentido de que la imagen podrá preservarse cuando se desvincule del ámbito laboral propio (STC 99/1994, de 11 de abril).

La tecnología ha jugado en este derecho una importancia trascendental, por la facilidad con la que cualquier persona pueda grabar y reproducir la imagen de una persona sin que ésta pueda llegar a apercibirse, razón por la cual el reconocimiento de forma autónoma de este derecho de la personalidad, diferenciándolo del resto (honor e

intimidad), es una garantía frente a aquellos actos que sin consentimiento del afectado, reproducen su imagen física por cualquier medio que pueda hacerla identificable (fotografía), con absoluta abstracción de su propia voluntad.

Por ello, el derecho a la propia imagen, a pesar de derivar del derecho a la intimidad, posee aspectos propios y particulares: Si bien hay un derecho a la imagen que implica la protección de la reproducción de la imagen física de la persona en el ámbito de la esfera privada (intimidad), también cabe reproducir la imagen de una persona sin vulneración de su intimidad, porque lo que puede estar en juego es el valor patrimonial de esa imagen, sin afectar al círculo íntimo de la persona, pero con la divulgación no consentida de su imagen y no por ello carece de protección.

El derecho a la propia imagen es un derecho autónomo y virtual en nuestro ordenamiento y, aunque vinculado con el derecho a la intimidad, existe la posibilidad de lesionar o llevar a cabo una intromisión en el derecho a la propia imagen sin que exista vulneración del derecho al honor o intromisión a la intimidad.

Las características que delimitan el derecho a la propia imagen son básicamente las siguientes:

- Se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública.
- El titular del derecho es la persona física que es quien posee una imagen física en sentido estricto. Por tanto, las personas jurídicas no son titulares de este derecho por las connotaciones físicas que el mismo tiene, sin que entre en este ámbito la imagen corporativa.
- No es un derecho absoluto. Como todos los derechos encuentra límites en otros derechos y bienes constitucionales y, en este caso, muy particularmente, en el derecho a la comunicación de información y en las libertades de expresión y de creación artística.

Ante supuestos de colisión entre el derecho a la propia imagen y el de libertad informativa consagrada en el art. 20.1 d) CE, deberán ponderarse los diferentes intereses en litigio y, conforme a las circunstancias concurrentes en cada caso, dilucidar qué derecho o interés merece mayor protección.

- El derecho constitucional a la propia imagen no se puede confundir con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de su propia imagen, aunque obviamente la explotación comercial in consentida e incluso, en determinadas circunstancias, la consentida de la imagen de una persona, puede afectar a su derecho fundamental a la propia imagen (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3.º y STC 99/1994, de 11 de abril).
- Si bien es cierto que en nuestro ordenamiento, especialmente en la LO 1/1982, de 5 de mayo, se reconoce a todas las personas un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de su imagen, sin embargo, esa dimensión legal del

derecho no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas.

La protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios de un derecho de la personalidad y por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del art. 18.1 CE.

Dicho en otras palabras, a pesar de la creciente “*patrimonialización*” de la imagen y de “*la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma*” (STC 170/1987, FJ 4.º), el derecho garantizado en el art. 18.1 CE, por su carácter “*personalísimo*” (STC 231/1988, FJ 3º), limita su protección a la imagen como elemento de la esfera personal del sujeto, en cuanto factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo (STC 81/2001, FJ 2º).

- El derecho a la propia imagen es irrenunciable en su núcleo esencial y por ello, aunque se permita autorizar su captación o divulgación, será siempre con carácter revocable.

Es cierto que, mediante la autorización del titular, la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico negocial y ello inducir a confusión acerca de si los efectos de la revocación se limitan al ámbito de la contratación o derivan del derecho de la personalidad. Pero también en tales casos el consentimiento podrá ser revocado, porque el derecho de la personalidad prevalece sobre otros que la cesión contractual haya creado. En esos supuestos de cesión voluntaria de la imagen o de ciertas imágenes, el régimen de los efectos de la revocación (prevista en el art. 2.3 LO 1/1982 como absoluta) deberá atender a las relaciones jurídicas y derechos creados, incluso a favor de terceros, condicionando o modulando algunas de las consecuencias de su ejercicio; y corresponde a los Tribunales ordinarios la ponderación de los derechos en conflicto en tales casos (STC 117/1994, de 25 de abril, FJ 3º).

2.5.2 Autonomía del derecho.

El TC ha reconocido la autonomía del derecho a la propia imagen respecto al derecho al honor y, en especial, respecto al derecho a la intimidad, con el que guarda una conexión más evidente¹⁹². La STC 81/2001, de 26 de marzo, tras considerar que la facultad otorgada por este derecho fundamental “*consiste en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad informativa, comercial, científica, cultural, etc. perseguida por quien la capta o difunde*”, señala que este derecho “*se configura como un derecho autónomo, aunque ciertamente, en su condición de derecho de la personalidad, derivado de la dignidad y dirigido a proteger el patrimonio moral de las personas, guarda una muy estrecha relación con el derecho al honor y, sobre todo, con el derecho a la intimidad, proclamados ambos en el mismo art. 18.1 del texto constitucional*” (FJ 2º).

¹⁹² DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (Coord.): “*Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia imagen*”. Ed. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor, 2007. Págs 217-218.

En este sentido, dicho derecho no puede ser concebido como una faceta o manifestación más del derecho a la intimidad o el honor, pues si bien todos los derechos identificados en el art. 18.1 CE mantienen una estrecha relación, en tanto se inscriben en el ámbito de la personalidad, cada uno de ellos tiene un contenido propio específico (STC 208/2013, de 16 de diciembre, FJ 3º).

Así pues, el derecho a la propia imagen se configura como un derecho público subjetivo de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger el patrimonio moral de las personas, que proporciona a su titular una potestad de autodeterminación sobre el flujo de información generado sobre sus atributos más característicos, como la imagen física, la voz o el nombre, a fin de controlar su reproducción y difusión. Esta potestad conferida por el derecho abarca tanto al poder de obtener, reproducir y publicar la propia imagen, como la facultad de excluir su obtención, reproducción o publicación por parte de un tercero no autorizado por el titular¹⁹³.

Al ser un derecho complementario al derecho a la intimidad, consagrado en el art. 18.1 CE, adquiere pleno sentido cuando se enmarca en la salvaguardia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3º y STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5º) y a veces no siempre es fácil de distinguir.

No cabe desconocer que mediante la captación y publicación de la imagen de una persona puede vulnerarse tanto su derecho al honor como su derecho a la intimidad. Sin embargo, lo específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima (STC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2º).

2.5.3 Contenido del derecho

El derecho a la propia imagen tiene una doble dimensión: En su faceta positiva, se concreta en la facultad de una persona para obtener, reproducir o publicar su propia imagen. En su faceta negativa, consiste en la facultad de impedir la captación, reproducción o publicación de la propia imagen por un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad (informativa, comercial, científica, cultural, etc.) perseguida por quien la capta o difunde. Es decir, el derecho a la propia imagen queda delimitado por la voluntad de su titular. Así, por ejemplo, la utilización de una cámara oculta afecta e invade el ámbito constitucionalmente protegido por el derecho¹⁹⁴.

El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un

¹⁹³ DE MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael: "Introducción", en CREMADES GARCÍA, Javier y GONZÁLEZ MONTES, José Luis (Coords.): *La nueva Ley de Internet (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio Electrónico)*. Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 2003. Págs. 52-53.

¹⁹⁴ MAGDALENO ALEGRÍA, Antonio: "La utilización de la cámara oculta en el periodismo de investigación: ¿El fin justifica los medios?" *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED). N.º 30, 2012. Pág. 525.

ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 13º). Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual (SSTC 231/1988, FJ 3º, y 99/1994, FJ 5º).

Más concretamente, el TC estima que el derecho a la propia imagen es la libertad de una persona respecto de los atributos más característicos, propios e inmediatos, definitorios del ser propio y atribuidos como posesión inherente e irreductible a toda persona: *"En la medida en que la libertad de ésta se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz"* (STC 117/1994, de 25 de abril, FJ 3º).

Si la intimidad limita la intervención de otras personas y de los poderes públicos en la vida privada, el derecho a la propia imagen puede manifestarse tanto respecto de la observación y captación de la imagen y sus manifestaciones como de la difusión o divulgación posterior de lo captado. Es el llamado enfoque informacional que distingue la captación, la reproducción y la publicación de una imagen sin consentimiento de la información que esta imagen aporta¹⁹⁵.

La forma, los gestos y otras informaciones que revela una imagen, posibilitan un pronóstico de las características e incluso, comportamientos, que se pueden predecir del individuo. En este sentido, una de las principales fuentes de información para la especie humana es la visual y las modernas técnicas de videovigilancia permiten, al menos teóricamente, establecer perfiles de personalidad de un sujeto mediante el control de conductas más o menos conscientes que se repiten en el tiempo¹⁹⁶.

De esta forma, con la protección constitucional de la imagen se preserva no sólo el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen (STC 117/1994, de 25 de abril, FJ 3º), sino también una esfera personal y, en este sentido, privada, de libre determinación y, en suma, se preserva el valor fundamental de la dignidad humana. Así, pues, lo que se pretende con este derecho, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas (STC 81/2001, de 26 de marzo FJ 2º; ATC 28/2004, de 6 de febrero, FJ 3º y STC 176/2013, de 21 de octubre, FJ 6º).

La facultad otorgada por este derecho consiste, en esencia, en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no

¹⁹⁵ Un análisis a partir de este enfoque puede consultarse en CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis: *"Honor, intimidad e imagen. Un análisis jurisprudencial de la LO 1/1982"*. Ed. Bosh, Barcelona. 1996.

¹⁹⁶ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: "El derecho a la vida privada en España", en PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y BADÍA Y LIBERAL, Enrique (Coords.): *"El debate sobre la privacidad y seguridad en la red: Regulación y mercados"*. Colección Fundación Telefónica. Ed. Ariel. Barcelona. 2012. Pág. 127.

autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida —informativa, comercial, científica, cultural, etc.— por quien la capta o difunde. Y lo específico del derecho a la imagen, frente al derecho a la intimidad y el derecho al honor, es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El aspecto físico de la persona ha de quedar protegido incluso cuando, en función de las circunstancias, no tiene nada de íntimo o no afecta a su reputación (por todas, STC 176/2013, de 21 de octubre, FJ 6º).

2.5.4 Límites.

Los límites para la eficacia de este derecho derivan del consentimiento de su titular, así como de la colisión con otros derechos, como el de la libertad de información.

2.5.4.1 El consentimiento del titular.

La prestación del consentimiento del titular excluye cualquier intromisión ilegítima en el derecho, si bien este derecho fundamental *“no prescribe ni queda condicionado por la circunstancia de que, en ocasiones pasadas, el titular del derecho haya otorgado su consentimiento para la reproducción de su aspecto físico o no haya reaccionado frente a una reproducción no consentida, pues a cada persona, y solo a ella, corresponde decidir en cada momento sobre dicha reproducción”* (STC 208/2013, de 16 de diciembre, FJ 5º).

El problema es precisamente, cuando y como debe ser ese consentimiento. Un buen ejemplo práctico es el análisis de la STC 208/2013, de 16 de diciembre, en la que se aprecia la vulneración de los derechos al honor y a la propia imagen, ante una entrevista carente de interés informativo realizada con el propósito de ridiculizar al entrevistado. Un programa de televisión emitió una entrevista en directo con una persona aquejada de un evidente déficit cognitivo e intelectual. En el fondo de la cuestión se plantea si es válido el consentimiento prestado. Mientras que el Tribunal de instancia, así como el que conoce en fase de recurso consideraron que se había producido una intromisión ilegítima en los derechos al honor y a la propia imagen del entrevistado, no reputándose válido el consentimiento prestado por aquél, la Sala Civil del TS entendió lícita la intromisión en los derechos de la personalidad del entrevistado por parte del medio de comunicación al haber prestado aquél su consentimiento, declarando que se presume su capacidad para hacerlo en tanto no se acredite lo contrario.

En este caso, quedó probado que la entrevista realizada supuso una evidente intromisión en los derechos fundamentales al honor y a la propia imagen de la persona entrevistada, pues se hizo con el único propósito de ridiculizarla y, en este sentido, la información emitida, carecía, desde cualquier perspectiva, del interés público necesario para quedar cubierta por la libertad de información.

Ahora bien, merece la pena comentar la sentencia, por la repercusión que en otros ámbitos pueda tener, pues incluso la propia entrevista consta en Internet, en la página *web* del programa, cuestión que aunque pasa desapercibido por el TC, potencia la intromisión hacia el derecho de la persona que no es dueña de su propias decisiones, siendo objeto de un comportamiento que raya en el insulto, y cuyo actuar, puede seguir siendo objeto de mofa de forma que ya no es solo la intimidad del sujeto, sino su propia dignidad la que está en juego.

Así, dice el TC, sobre la entrevista que *"no sólo carecía de valor informativo alguno, sino que, además, fue realizada únicamente con propósito burlesco, para ridiculizar al entrevistado, poniendo de relieve sus signos evidentes de discapacidad físicas y psíquicas, animus iocandi que fue advertido tanto en la Sentencia de primera instancia como en la dictada en apelación, e incluso en la recaída en casación, que consideró poco ética la actuación del medio televisivo"* (FJ 5º).

Ahondando en la condición de discapacitado físico y psíquico de la persona afectada por la realización y posterior emisión de la entrevista, que presenta *"una discapacidad apreciable a simple vista, incluso por un profano en la materia"*, el TC destaca que los derechos afectados contribuyen a preservar la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), conectando además los derechos fundamentales concernidos con los principios rectores consagrados en la CE, proyección efectuada, igualmente, en relación con los derechos fundamentales sustantivos, como es el caso del art. 14 CE (STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8º).

En este caso, el TC pone en relación los derechos consagrados en el art. 18.1 con el art. 49 CE, que contiene un mandato de protección de las personas con discapacidad, al establecer que *"los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos"*. Este mandato debe impedir que personas afectadas de cualquier tipo de discapacidad, sufran una vulneración de los derechos al honor y a la propia imagen, sin que se pueda oponer el amparo del derecho a la información en la medida en que *"al contribuir a la formación de una opinión pública libre y plural, supone uno de los elementos esenciales del Estado de derecho y contribuye a la plena realización del conjunto de derechos fundamentales"* (STC 15/1993, de 18 de enero, FJ 1º). *"Ese derecho resulta denigrado cuando es empleado torticeramente para amparar bajo su cobertura conductas como las aquí examinadas"* (FJ 5º).

Por todo ello, se otorga el amparo, anulándose por tanto la sentencia dictada por la Sala Civil del TS, en base precisamente a que falta el consentimiento, y sobre lo que cabe reflexionar de la siguiente forma (FJ 6º):

- Los derechos al honor y a la propia imagen (art. 18.1 CE) se encuentran delimitados por la propia voluntad del titular del derecho que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no la intromisión.
- Se debe prestar especial atención al consentimiento, pero no solo para un acto aislado (la entrevista), sino para cualquier otra publicación y difusión que en otros medios (Internet), pueda reproducirse. Cada medio supone una nueva aparición o difusión, que incluso puede quedar de forma permanente a disposición de cualquiera que pueda acceder, por lo que la intromisión es mucho más grave y queda registrada de alguna forma, para uso y disposición de terceros, que pueden ampliar el escarnio y la burla del sujeto en cuestión.
- Sobre la cuestión de si puede entenderse otorgado el consentimiento por un discapacitado, para determinar si esa persona puede válidamente prestar consentimiento, es preciso tener en cuenta que el ordenamiento jurídico establece

en estos supuestos una protección especial, derivada del art. 49 CE.

- La LO 1/1982, establece diversas prescripciones a tener en cuenta: En primer término, el art. 1.3 declara que tales derechos son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles, siendo así que la renuncia a la protección prevista en la Ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de consentimiento previstos en el art. 2. Por su parte, el art. 2.2, dispone que no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso, si bien precisa en el art. 3.1 que el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.
- El debate se enmarca pues en la configuración del derecho realizada por el legislador, si bien hay que advertir que éste, lejos de proporcionar algún tipo de definición de los derechos que regula, se limita a establecer su protección civil. No obstante, ello no impide al Tribunal examinar aquellas posibles lesiones de la legalidad, que justamente han concretado el precepto constitucional y que, por el hecho de ser una legalidad delimitadora del mismo, su infracción determina también la del propio derecho.
- La LO 1/1982, de 5 de mayo, se refiere al consentimiento de las personas incapaces, sin que la inexistencia de una declaración judicial de incapacidad, presuma la existencia de capacidad. En aplicación de criterios objetivos, se debe partir de la premisa obvia de que cuando una persona manifiesta una discapacidad, dicha persona puede poseer capacidad de entendimiento, lo que no significa ignorar la existencia de diversos tipos y grados de discapacidad (física, psíquica o sensorial) que, sin comportar expresamente limitaciones en la capacidad de actuar en el mundo jurídico, sí les sitúan en una especial situación que el órgano judicial debe adecuadamente valorar.
- En esta dirección, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y, asimismo, las normas internacionales, muy en particular, la Convención de la Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, de la que España es parte, suponen un paso más hacia la igualdad de estas personas y el reconocimiento de su capacidad para poder realizar actos con importantes consecuencias, no sólo en la esfera patrimonial, sino en la personal. Estas normas citadas evidencian la progresiva consolidación de un avance en la concepción de la tutela de las personas con discapacidad, al objeto de que su situación se haga depender de la protección legislativa adecuada, si bien aún no suficientemente desarrollada.
- La delimitación del ámbito de protección que puede resultar de las leyes, respecto a la esfera del honor, la intimidad personal y familiar y la imagen, esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad. Por ello, en el análisis a realizar se han de tener en cuenta otros principios y derechos constitucionales vinculados directa o indirectamente al art. 18.1 CE; sólo así es posible determinar la existencia o no de la infracción constitucional aducida.

De todo ello, y como conclusiones que se pueden extender a otros casos dudosos, cabe apreciar que:

- Aun cuando los derechos de la personalidad se encuentran delimitados por la voluntad del titular del derecho, que con su consentimiento puede excluir la ilicitud de la intromisión en aquéllos, dicho consentimiento debe ser expreso, sobre todo, respecto a una persona aquejada de un evidente déficit cognitivo e intelectual y, por ello, incapaz de tomar conciencia del alcance de la entrevista que se iba a emitir. No es suficiente, por el contrario, la presunción de voluntad inferida de la realización de la entrevista, siendo irrelevante a estos efectos que la persona no estuviera judicialmente incapacitada.
- Cuando el art. 3.1 de la LO 1/1982 condiciona la validez del consentimiento prestado a las condiciones de madurez de la persona que lo emite, está disponiendo que la presunción de validez y eficacia del consentimiento prestado *"se ha de inferir de las circunstancias personales y de las facultades cognitivas de dicha persona que manifestó el consentimiento y no se encuentra estrictamente vinculado a la existencia o inexistencia de una declaración de incapacitación judicial"* (FJ 1º).

2.5.4.2 La relevancia pública, los lugares públicos y la colisión con otros derechos

Sobre la otra posible limitación, a raíz del art. 8.2.a) de la LO 1/1982, respecto a las personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, cuando la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, el TC ha interpretado que ni la notoriedad pública de la persona cuya imagen ha sido divulgada, ni el hecho de que tales imágenes hayan sido obtenidas en lugares abiertos al público suponen admitir la intromisión: *"Una vez descartado el interés público del reportaje, es irrelevante (...) la proyección pública del personaje o la circunstancia de que las imágenes se capten incluso en un lugar abierto al uso público. Dichas circunstancias, por sí solas, no justifican la difusión de cualquier imagen, pues no cabe privar incondicionalmente a la persona de la capacidad de decidir sobre qué aspectos de ella desea preservar de la difusión pública. Por ello, no cabe entender, (...) que la recurrente —personaje público— que se expone a la mirada ajena al ser las imágenes captadas en una playa, deba asumir que su imagen pueda ser captada y difundida sin su consentimiento, le satisfaga o no el resultado"* (STC 19/2014, de 10 de febrero, FJ 8º¹⁹⁷).

En relación a determinar el canon de constitucionalidad a la hora de ponderar los derechos a la propia imagen y de libertad informativa, la STC 19/2014, de 10 de febrero, ha delimitado el ámbito y la eficacia de cada derecho, en función de los siguientes parámetros:

- La libertad de información ocupa una posición especial, puesto que a través de este derecho no sólo se protege un interés individual sino que su tutela entraña el

¹⁹⁷ Caso "Melani Olivares": En este caso no se justifica que el reportaje fotográfico publicado contribuya a la formación de la opinión pública libre, pues aunque verse sobre una persona con relevancia pública, está exclusivamente destinado al entretenimiento, por lo que carece de la relevancia pública necesaria para que goce de la protección constitucional dispensada a la libertad de información.

reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (por todas, STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 4º).

- La protección constitucional de la libertad de información exige que ésta sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen; contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública.
- El valor preferente del derecho a la información no significa, sin embargo, dejar vacíos de contenido a los derechos fundamentales de las personas afectadas o perjudicadas por esa información, que han de ceder únicamente en la medida en que resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática.
- La legitimidad de las informaciones que impliquen una intromisión en otros derechos fundamentales requiere no sólo que la información cumpla la condición de la veracidad, sino también que su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiere, "*pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad*", sin que baste a tales efectos la simple satisfacción de la curiosidad ajena (SSTC 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3º y 208/2013, de 16 de diciembre, FJ 5º).
- 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. "*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*" [STC 7/2014, de 27 de enero, FJ 4º b)¹⁹⁸].

La notoriedad pública de una persona no ha de ser tampoco impedimento para el respeto a su vida privada. La persona "famosa" no por ello deja de ser persona. Las miserias de la intimidad de nuestros contemporáneos, su salud, sus gustos y manías, aficiones, mores y cuestiones de familia, no han de difundirse contra su voluntad, pues ya no se trata de buscar la veracidad, sino la discreción, algo más sutil y más importante¹⁹⁹.

Como ha señalado el TEDH, existe una zona de interacción entre el individuo y los

¹⁹⁸ Caso "*Mónica Estearrado*": Reportajes fotográficos controvertidos y publicados en una Revista que revelan la existencia de una relación sentimental entre los demandantes de amparo. La curiosidad alimentada por la propia revista, al atribuir un valor noticioso a la publicación de las imágenes objeto de controversia, no debe ser confundida con un interés público digno de protección constitucional.

¹⁹⁹ ROMERO COLOMA, Aurelia M^a: "*Las libertades de expresión e información y sus límites*". Ediciones Irreverentes. Madrid, 2010. Pág. 8.

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 se ha reconocido también por el TC, por cuanto "*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 5º).

Uno de los últimos ejemplos en la aplicación de esta doctrina, ha sido con ocasión de la STC 18/2015, de 16 de febrero -Caso Gonzalo Miró-, estimando su demanda de amparo ante el hecho de que tres programas televisivos emitieran comentarios alusivos a la relación sentimental que mantenía, así como imágenes y escenas, algunas de ellas captadas clandestinamente, que también se refieren a dicha relación.

El TC deja claro que no es el titular del derecho a la propia imagen el sujeto obligado a su protección ni quien debe erigir —por así decirlo— obstáculos o barreras defensivas frente a posibles injerencias de terceros, sino que son los terceros quienes vienen constitucionalmente obligados a respetar el derecho fundamental, cuando se trata, como ocurre en el presente caso, de la captación de imágenes que se refieren a un ámbito personal y privado (FJ 6º).

Añade además, que mediante la captación y reproducción de una imagen pueden lesionarse al mismo tiempo el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen, cuando la imagen difundida, además de mostrar los rasgos físicos que permiten la identificación de una persona determinada, revelara aspectos de su vida privada y familiar que se han querido reservar del público conocimiento. En estos casos la vulneración del derecho a la imagen no impedirá, en su caso, la apreciación de las eventuales lesiones al derecho a la intimidad. En este sentido, desde la perspectiva constitucional, "*el desvalor de la acción no es el mismo cuando los hechos realizados sólo pueden considerarse lesivos del derecho a la imagen que cuando, además, a través de la imagen pueda vulnerarse también el derecho a la intimidad*" (FJ 7º).

En cuanto al hecho de que las imágenes se obtuvieran en lugares de acceso público o la relación afectiva fuera ya conocida o, incluso, que el interesado hubiera podido favorecer la publicidad de ciertos aspectos de su vida privada, el TC estima que "*no impiden, en sí mismo considerados, apreciar la intromisión en el derecho a la intimidad personal*". Y sobre el contenido de la información transmitida a través de las imágenes y comentarios efectuados en los espacios televisivos, añade que "*carece del interés general o relevancia pública que, de acuerdo a la doctrina asentada por este Tribunal, merece un valor preferente por contribuir a la formación de la opinión pública y asegurar una información libre en el seno de una sociedad democrática*" (FJ 7º).

En relación a las grabaciones de personas por motivos de seguridad, la LO 4/1997, de 4 de agosto, regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos. Se desarrolla por el RD 596/1999, de 16 de abril, donde se establecen, por lo que a la garantía de la intimidad se refiere, desde la información sobre la existencia de videocámaras a la destrucción de las grabaciones, salvo las que contengan imágenes relacionadas con infracciones penales o administrativas graves, con la correspondiente obligación de reserva por parte de los que tengan acceso a las imágenes (art. 8 y 9 LO 4/1997).

2.6. LAS LIBERTADES INSTRUMENTALES.

Son derechos instrumentales de la protección de la intimidad, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, incluyendo también la denominada “*libertad informática*”.

Cabría plantear si los derechos fundamentales que protegen la esfera privada del individuo son derechos que amparan fenómenos distintos. Sin embargo, todos estos derechos sirven, en última instancia, a la protección de la intimidad como elemento fundamental, entendida ésta en su sentido amplio, como barrera jurídica a la intromisión de terceros, tanto del Estado como de particulares, siendo los derechos de la inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones y protección de datos manifestaciones concretas de ese derecho fundamental de libertad, desgajadas del mismo a los meros efectos de una mejor protección de esas parcelas de realidad, del mismo modo que los mismos pueden contribuir a la protección de otros derechos fundamentales²⁰⁰.

Tanto los derechos a la inviolabilidad del domicilio, como el secreto de las comunicaciones y el derecho a la protección de datos poseen una autonomía propia reconocida por la CE, siendo manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar, como instrumentos dirigidos a la protección de dicho derecho fundamental.

2.6.1. La inviolabilidad del domicilio.

La razón fundamental para la protección de la inviolabilidad del domicilio radica en que la intimidad se materializa normalmente en una esfera privada libre de intromisiones externas, siendo el domicilio el lugar físico en el que cada uno puede gozar de la tranquilidad y de su soledad o la de su familia. Por tanto, el domicilio es un espacio reservado de la vida privada donde puede disfrutarse de la intimidad²⁰¹.

El art. 18.2 CE prohíbe la entrada en el domicilio sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

La norma constitucional que proclama la inviolabilidad del domicilio y la interdicción de la entrada y registro domiciliario (art. 18.2 CE)²⁰², constituye una manifestación de la norma precedente (art. 18.1 CE) que garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (por todas, STC 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3º).

De esta construcción interrelacionada resulta que la protección de la inviolabilidad

²⁰⁰ FRIGOLS I BRINES, Eliseu: "La protección constitucional de los datos de las comunicaciones: Delimitación de los ámbitos de protección del secreto de las comunicaciones y del derecho a la intimidad a la luz del uso de las nuevas tecnologías", en BOIX REIG, Javier y JAREÑO LEAL, Ángeles (Coords.): "La protección jurídica de la intimidad". Ed. Iustel. Madrid, 2010. Pág. 43.

²⁰¹ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José: "La configuración constitucional del Derecho a la Intimidad". *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (Universidad Carlos III), N.º 3. Mayo-Diciembre 1994. Pág. 328.

²⁰² Para un análisis en profundidad sobre registros domiciliarios por parte de la Inspección de Tributos, SÁNCHEZ PEDROCHE, José Andrés: "Inspección, entradas domiciliarias o la fractura en la Sala Tercera del Tribunal Supremo". *Revista Impuestos* (La Ley). N.º 8, abril 2011. Págs. 13-38.

domiciliaria tiene carácter instrumental respecto de la protección de la intimidad personal y familiar (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5º), si bien dicha instrumentalidad no empece a la autonomía que la CE reconoce a ambos derechos, distanciándose así de la regulación unitaria de los mismos que contiene el art. 8.1 CEDH (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6º).

Si el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) tiene por objeto la protección de un ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o particulares, en contra de su voluntad (por todas, SSTC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8º y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5º), el derecho a la inviolabilidad del domicilio protege un ámbito espacial determinado, el "*domicilio*", por ser aquél en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima, siendo objeto de protección de este derecho tanto el espacio físico en sí mismo considerado, como lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5º; 94/1999, FJ 5º; y 119/2001, FJ 6º).

Así, la protección constitucional del domicilio en el art. 18.2 CE se concreta en dos reglas distintas:

La primera se refiere a la protección de su "*inviolabilidad*" en cuanto garantía de que dicho ámbito espacial de privacidad de la persona elegido por ella misma resulte "*exento de*" o "*inmune a*" cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5º).

La segunda, en cuanto especificación de la primera, establece la interdicción de dos de las formas posibles de injerencia en el domicilio, esto es, su entrada y registro, disponiéndose que, fuera de los casos de flagrante delito, sólo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o resolución judicial (STC 22/1984, de 17 de febrero, FFJJ 3º y 5º); de modo que la mención de las excepciones a dicha interdicción, admitidas por la CE, tiene carácter taxativo (SSTC 22/1984, de 17 de febrero; FJ 3º y 136/2000, FJ 3º).

Por tanto, la noción de domicilio delimita el ámbito de protección del derecho reconocido en el art. 18.2 CE, tanto a los efectos de fijar el objeto de su "*inviolabilidad*", como para determinar si resulta constitucionalmente exigible una resolución judicial que autorice la entrada y registro cuando se carece del consentimiento de su titular y no se trata de un caso de flagrante delito (STC 10/2002, de 17 de enero, FJ 5º).

La inviolabilidad del domicilio se configura como un instrumento de protección de la intimidad personal, de forma que no sólo protege el domicilio legal, sino cualquier ámbito físico en el que una persona pueda desarrollar su vida privada, sin la sujeción a los usos sociales. A la inversa, los locales abiertos al público, como los lugares de trabajo, no están protegidos por este derecho fundamental.

Así, con base a la STC 10/2002, de 17 de enero, el TC delimitó el domicilio en atención a las siguientes notas (FJ 6º):

- No todo recinto cerrado merece la consideración de domicilio a efectos constitucionales. La garantía constitucional de su inviolabilidad no es extensible a "*aquellos lugares cerrados que, por su afectación -como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales (ATC 171/1989, FJ 2.º)-, tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad*" (STC 228/1997, de 16 de diciembre, FJ 7º).
- No todo local sobre cuyo acceso posee poder de disposición su titular debe ser considerado como domicilio. "*La razón que impide esta extensión es que el derecho fundamental aquí considerado no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales u obligacionales relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los terceros*" (STC 69/1999, FJ 2º).
- Es irrelevante a efectos constitucionales la intensidad, periodicidad o habitualidad del uso privado del espacio si, a partir de otros datos como su situación, destino natural, configuración física, u objetos en él hallados, puede inferirse el efectivo desarrollo de vida privada en el mismo (STC 94/1999, FJ 5º; en sentido similar sobre la irrelevancia de la falta de periodicidad, STEDH 24 de noviembre de 1986, caso *Guillow c. Reino Unido*).

Por todo ello, se considera que una vivienda es domicilio aun cuando en el momento del registro no esté habitada (STC 94/1999, FJ 5º), y, sin embargo, no se ha considerado domicilio los locales destinados a almacén de mercancías (STC 228/1997, FJ 7º), un bar y un almacén (STC 283/2000, FJ 2º), unas oficinas de una empresa (ATC 171/1989), los locales abiertos al público o de negocios (ATC 58/1992, de 2 de marzo), o los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de sus titulares a los que el art. 87.2 LOPJ extiende la necesidad de autorización judicial para su entrada y registro [STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 3º b)].

El rasgo esencial que define el domicilio excluye aquellos espacios en los que se demuestre de forma efectiva que se han destinado a cualquier actividad distinta a la vida privada, sea dicha actividad comercial, cultural, política, o de cualquier otra índole. Tampoco cabe entender como domicilio aquéllos que, por sus propias características, nunca podrían ser considerados aptos para desarrollar en ellos vida privada, esto es, los espacios abiertos. Por tanto, no todo espacio cerrado constituye domicilio, ni deja de serlo una vivienda por estar circunstancialmente abierta, ya que es consustancial a la noción de vida privada y, por tanto, al tipo de uso que define el domicilio, "*el carácter acotado respecto del exterior del espacio en el que se desarrolla*" (STC 10/2002, de 17 de enero, FJ 7º).

Respecto a la tradicional vulneración de la inviolabilidad de domicilio mediante la intromisión física, en la actualidad, el TC ha considerado que también se vulnera cuando se penetra en él por medios técnicos (escuchas electrónicas), e incluso y se ha estimado que la contaminación acústica vulnera el derecho a la vida privada y al disfrute del domicilio (STC 119/2001, de 24 de mayo).

A la luz de la doctrina constitucional, cabe observar una evolución del concepto de domicilio que ha pasado de ser un mero reducto territorial a contemplarse como ámbito de despliegue personal. No hay coincidencia entre el concepto de domicilio que prevé el art.

18.2 CE con el que utiliza el derecho privado, que no va más allá de servir de punto de localización a la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones (art. 40 Código Civil). Se reconoce así una protección de carácter instrumental que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona, lo que constata un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro de un domicilio (art. 18.2 CE), y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad (art. 18.1 CE)²⁰³.

2.6.2 El secreto de las comunicaciones.

2.6.2.1 Origen y formulación del secreto de las comunicaciones.

Atendiendo a su origen histórico, el secreto de las comunicaciones nace vinculado exclusivamente a las comunicaciones postales, cuya interceptación practicaban sistemáticamente los gobernantes del antiguo régimen. El Decreto de 10 de agosto de 1790 de la Asamblea Nacional francesa supone su primera formulación en el constitucionalismo moderno, como derecho libertad (secreto, al servicio de la autodeterminación privada), para hacer posible la constitución autónoma de la sociedad frente al Estado²⁰⁴. Este Decreto configuraba la correspondencia como inviolable y suprime los denominados "*cabinet noir*", que eran oficinas encargadas de investigar y controlar de forma sistemática y secreta la correspondencia²⁰⁵.

En un sentido paralelo, en el derecho anglosajón, el origen de esta garantía se encuentra el Informe de la Comisión de Secretos de la Oficina de Correos, de 5 de agosto de 1844, en el que la Cámara de los Comunes promueve una investigación sobre la retención y apertura de cartas en la Oficina General de Correos y el modo en que tal retención y apertura ha sido ejercida²⁰⁶.

En nuestro país, este derecho se reconoce por primera vez en el art. 7 de las Constituciones decimonónicas de 1869 ("*en ningún caso podrá detenerse ni abrirse por la autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo, ni tampoco detenerse la telegráfica*") y de 1876 (del mismo tenor literal, pero eliminando la referencia a las comunicaciones telegráficas). Ya en el s. XX, la Constitución de 1931 garantizaba en su art. 32 "*la inviolabilidad de la correspondencia en todas sus formas, a no ser que se dicte auto judicial en contrario*".

Este mismo planteamiento es el que se recoge en los textos internacionales ratificados por España, como ocurre en el CEDH, cuyo art. 8.1 reconoce el secreto de correspondencia, o en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de

²⁰³ OLLERO TASSARA, Andrés: "*De la protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales. Exigencias jurídico-naturales e historicidad en la jurisprudencia constitucional*". Discurso de recepción de académico de número. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 2008. Pág. 40.

²⁰⁴ JIMÉNEZ CAMPO, Javier: "La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 20. Mayo-agosto 1987. Pág. 36.

²⁰⁵ REBOLLO DELGADO, Lucrecio: "El secreto de las comunicaciones: Problemas actuales". *Revista de Derecho Político (UNED)*, N.º 48-49. 2000. Pág. 356.

²⁰⁶ "*Report from de Secret Committee on the post Office, ordered by The House of Commons, to be printed, 5 August 1844*". Disponible en: <http://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=hvd.hnf1nq;view=1up;seq=11>

1966, que prohíbe las "*injerencias arbitrarias o ilegales en la correspondencia*".

La CE de 1978, con una visión más amplia, pretende recoger en su enunciado por el que garantiza el secreto de las comunicaciones, tanto los modernos sistemas de comunicación, como los venideros, por ello establece en su art. 18.3 CE que "*se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*".

Este derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. La importancia de su protección ha sido reconocida por el TC, siendo la necesidad de su tutela "*especialmente intensa*", tanto porque resulta fácilmente vulnerable, sobre todo ante los avances tecnológicos, cuanto porque constituye una barrera de protección de la intimidad, sin cuya vigencia efectiva podrá vaciarse de contenido el sistema entero de los derechos fundamentales (STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 6º).

Algún sector de la doctrina estima que quizás hubiera sido mejor no delimitar los tipos de comunicaciones, ante el vertiginoso avance de éstos, o haber realizado una protección genérica del secreto de las comunicaciones o de las telecomunicaciones²⁰⁷. En este sentido, por ejemplo, el art. 15 de la Constitución italiana de 1947 declara inviolables "*la libertad y el secreto de correspondencia y de toda forma de comunicación*"; la LFB, en su art. 10 declara inviolables "*el secreto epistolar, así como el secreto postal y de telecomunicaciones*"; o el art. 34.1 de la Constitución portuguesa de 1976 que proclama la inviolabilidad del "*secreto de la correspondencia y de otros medios de comunicación privada*". El art 7 CDFUE²⁰⁸ recoge el "*respeto*" de las comunicaciones.

Ahora bien, es conveniente hacer notar que ninguno de estos textos protege con carácter general todas las comunicaciones interpersonales. En un análisis de los diferentes textos, solo se protegen las que tienen lugar a través de la correspondencia y las que a nivel tecnológico puedan asimilarse, pero nunca las comunicaciones cara a cara o entre personas en contacto directo.

En su aplicación práctica, la inviolabilidad de las comunicaciones ha tenido su máximo protagonismo en relación a la validez de las pruebas en un proceso judicial, que se refleja en el art. 11.1 LOPJ, cuando prevé que "*No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*".

En cuanto al límite de este derecho, establecido en la propia CE, "*salvo resolución judicial*", que ha de entenderse de exclusiva competencia del juez penal, constituye una muestra de que no existen derechos ilimitados. En este caso, la misma norma que crea la libertad, es la misma que constituye su posible negación²⁰⁹.

²⁰⁷ REBOLLO DELGADO, Lucrecio: "El secreto de las comunicaciones: Problemas actuales". *Revista de Derecho Político* (UNED), N.º 48-49. 2000. Pág. 356.

²⁰⁸ En diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados.

²⁰⁹ JIMÉNEZ CAMPO, Javier: "La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 20. Mayo-agosto 1987. Pág. 37.

En desarrollo de la CE, la LECr en su redacción dada por la LO 13/2015, de 5 de octubre²¹⁰, prevé el marco normativo que permitirá al juez autorizar la intervención y registro de las comunicaciones, de cualquier clase que sean (correspondencia escrita y telegráfica, telefónicas y telemáticas). Para ello, el art. 579.1 LECr delimita aquellos delitos cuya investigación justifica la intervención de las comunicaciones:

- Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.
- Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.
- Delitos de terrorismo.
- Delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información y comunicación.

En esta regulación resalta una novedad importante, tanto por su polémica, como por su excepcionalidad. En casos de urgencia y para la investigación de delitos de bandas armadas o elementos terroristas, cuando existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida, podrá ordenar esta intervención, no el juez, sino el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad. Si bien se condiciona a la comunicación inmediata al juez (en 24 horas como máximo), aportando la justificación, así como la acción realizada en cuanto a su forma y resultado, el hecho de que la intervención judicial sea a posteriori, plantea dudas de constitucionalidad, por más que el juez pueda revocarla en las 72 horas desde que se ordenó (arts 579.3 y 588 ter d LECr).

Esta resolución judicial, a pesar de no venir expresamente previsto en el texto constitucional, ha de ser motivada, pues como sostiene la jurisprudencia constitucional, toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma que la razón determinante de la decisión pueda ser conocida por el afectado (STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 2º). QUERALT JIMÉNEZ añade que la resolución judicial debe estar inserta en un procedimiento previo a su emisión, es decir, no ha de ser prospectiva. Habrá de limitarse a hechos graves, por un tiempo limitado y con plena dación de cuenta regular al juez de los hallazgos²¹¹.

En este sentido, la STC 86/1995, de 6 de junio, completa la motivación de la resolución judicial autorizante de la intervención con la estricta observancia del principio de proporcionalidad en la ejecución de esta diligencia de investigación, indicando que *"constituyen exigencias constitucionalmente inexcusables que afectan al núcleo esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, de tal modo que la ausencia de autorización judicial o la falta de motivación determinan, irremediabilmente, la lesión del*

²¹⁰ Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECr para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (BOE de 6 de octubre).

²¹¹ QUERALT JIMÉNEZ, JOAN JOSEP: "(Tele)Comunicaciones e intimidad: Aproximación a su intervención judicial en la instrucción penal", en AA.VV.: *"El derecho a la privacidad en el nuevo entorno tecnológico"*. XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016. Pág. 165.

derecho constitucional y, por lo tanto, la prohibición de valoración de cualquier elemento probatorio que pretenda deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas, no solo del resultado mismo de la intervención, sino de cualquier otra prueba derivada de la observación telefónica, siempre que exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios" (FJ 3º).

La observancia del principio de proporcionalidad exige que no se podrá adoptar la medida de intervención de las comunicaciones si no se manifiesta, al menos, que concurre efectivamente el presupuesto que la legitima²¹². Este límite implica que el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar sospechas sin base objetiva²¹³.

Estos principios aparecen ya recogidos en la nueva redacción de los arts 579 y ss de la LECr, tras su reforma de 2015. De esta forma, el principio de especialidad exige que la actuación tenga por objeto el esclarecimiento de un hecho punible concreto, prohibiéndose las medidas de investigación tecnológica de naturaleza prospectiva. Estas medidas deben además satisfacer los principios de idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, cuya concurrencia debe encontrarse suficientemente justificada en la resolución judicial habilitadora, donde el juez determinará la naturaleza y extensión de la medida en relación con la investigación concreta y con los resultados esperados²¹⁴.

2.6.2.2 Autonomía del secreto de las comunicaciones frente al derecho a la intimidad.

Las diferencias de este derecho con el derecho a la intimidad gira en torno a la separación del ámbito de protección de los derechos fundamentales a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). Si ex art. 18.3 CE la intervención de las comunicaciones requiere siempre resolución judicial, no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial respecto del derecho a la intimidad personal (STC 123/2002, FJ 4º).

Pero hay también una diferencia material, basada en el contenido: En el secreto de las comunicaciones todo el contenido de la comunicación es secreto, sea íntimo o no, sin que por tanto sea preciso entrar a examinar su contenido. Sin embargo, en el derecho a la intimidad, resulta absolutamente necesario acudir al contenido de aquello de lo que se predica su pertenencia al ámbito íntimo o privado²¹⁵.

²¹² DÍAZ REVORIO, Francisco Javier: "El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones". *Revista de Pensamiento Constitucional* (Pontificia Universidad Católica de Perú). N.º 59. 2006. Pág. 168.

²¹³ ARAGÓN REYES, Manuel: "Intervenciones telefónicas y postales (Examen de la jurisprudencia constitucional)". *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED). N.º 25. 2010. Pág. 482.

²¹⁴ ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos: "*La investigación del delito en la era digital. Los derechos fundamentales frente a las nuevas medidas tecnológicas de investigación*". Fundación Alternativas. Estudios de progreso 74/2013. Madrid. 2013. Pág. 41 y ss.

²¹⁵ FRIGOLS I BRINES, Eliseu: "La protección constitucional de los datos de las comunicaciones: Delimitación de los ámbitos de protección del secreto de las comunicaciones y del derecho a la intimidad a la luz del uso de las nuevas tecnologías", en BOIX REIG, Javier y JAREÑO LEAL, Ángeles (Coords.): "*La protección jurídica de la intimidad*". Ed. Iustel. Madrid, 2010. Pág. 42.

El concepto de "*secreto de las comunicaciones*" es en la CE rigurosamente formal. No se dispensa el secreto en virtud del contenido de la comunicación, ni tiene nada que ver esta protección con el hecho -jurídicamente indiferente- de que lo comunicado sea íntimo o no. Toda comunicación protegida es secreta, aunque solo algunas serán íntimas²¹⁶. Por ello, es indiferente que el contenido de la comunicación sea íntimo o reservado, ya que la protección del derecho es la propia comunicación.

Este derecho, en su vertiente positiva pero implícita, consagra la libertad de las comunicaciones y explícitamente su reserva. El concepto jurídico de lo secreto, visto desde tal perspectiva, tiene un carácter formal y abstracto en consecuencia, ya que "*se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado*". En definitiva, se pretende garantizar así la "*impenetrabilidad de la comunicación*" por terceros con eficacia *erga omnes*, tanto para los ciudadanos de a pie como para los agentes de los poderes públicos y abstracción hecha de la "*dimensión material del secreto*", lo que se transmite (STC 114/1984, FJ 7º).

En cambio, en el derecho a la intimidad personal rige como regla general la exigencia constitucional del monopolio jurisdiccional en la limitación de derechos fundamentales. Ahora bien, esta regla general no es absoluta, ya que se ha admitido de forma excepcional que en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal es posible que la policía judicial realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas (SSTC 37/1989, FJ 7º; 207/1996, FJ 3º; y 70/2002, FJ 10º). La legitimidad constitucional de dichas prácticas, aceptada excepcionalmente, requiere también el respeto de las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad, de modo que mediante la medida adoptada sea posible alcanzar el objetivo pretendido -idoneidad-; que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto -necesidad-; y que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre -proporcionalidad estricta- (SSTC 207/1996, FJ 3º; y 70/2002, FJ 10º).

2.6.2.3 El concepto de "*comunicaciones*" amparadas por el secreto como bien jurídico protegido.

El primer elemento de la comunicación amparada por el secreto es que la transmisión del mensaje se hace por medio de un servicio interpuesto entre el emisor y el receptor, de forma que ambos sujetos pierden el control sobre el mensaje (el servicio de correos, en el caso de la correspondencia o un medio técnico). Por tanto, no se considera comunicación protegida aquella que tiene lugar directamente entre los intervinientes. La comunicación directa, aquella para cuya realización no se requiere medio técnico alguno, no es secreta²¹⁷.

Para el TC (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7º), el bien constitucionalmente

²¹⁶ JIMÉNEZ CAMPO, Javier: "La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 20. Mayo-agosto 1987. Pág. 41.

²¹⁷ JIMÉNEZ CAMPO, Javier: "La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 20. Mayo-agosto 1987. Pág. 49.

protegido es así -a través de la imposición a todos del "secreto"- la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje -con conocimiento o no del mismo- o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo).

Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de "comunicación", la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros ajenos a la comunicación misma, públicos o privados, siendo la eficacia del derecho "erga omnes". La presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado.

Por eso, no hay "secreto" para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 CE la retención por uno de los comunicantes, por cualquier medio, del contenido del mensaje. Dicha retención podrá ser, en muchos casos, el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7º).

En este sentido, el fundamento del carácter autónomo y separado del reconocimiento de este derecho y de su específica protección constitucional reside en la especial vulnerabilidad de la confidencialidad de estas comunicaciones, en la medida en que son posibilitadas mediante la intermediación técnica de un tercero ajeno a la comunicación (SSTC 123/2002, de 20 de mayo, FJ 5º y 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3º).

En consecuencia, el secreto no ampara a quienes conversan en las inmediaciones de otras personas que puedan escuchar la conversación, ya sea de viva voz o por teléfono. En este sentido, el secreto protegido ha de estar al servicio de hacer posible los procesos de comunicación, no existiendo libertad allá donde no hay expectativa de cierta inmunidad frente a indagaciones ajenas. Y es que protegiendo el secreto de las comunicaciones se defiende la libertad para entablarlas²¹⁸.

El ATC 15/2004, de 20 de enero, inadmite un recurso de amparo en el que se alegaba por la recurrente quebrantamiento del secreto de las comunicaciones porque un policía declaró en el juicio "*haberse acercado al lugar desde donde se producía la llamada para escuchar lo que decía*" la acusada. El TC descarta que esta actuación policial suponga injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones cuya vulneración requiere la interferencia directa en el proceso de comunicación mediante el empleo de cualquier artificio técnico de captación, sintonización o desvío y recepción de la señal telefónica como forma de acceso a los datos confidenciales de la comunicación. No se produce por tanto vulneración del derecho "*si la audición de la conversación se produce de modo directo, sin intervención técnica alguna*" (FJ 4º).

Este criterio no debe variar por la utilización de cámaras o micrófonos para la captación de comunicaciones cara a cara o incluso de una persona hablando por teléfono.

²¹⁸ JIMÉNEZ CAMPO, Javier: "La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 20. Mayo-agosto 1987. Pág. 51.

La protección frente a este tipo de grabaciones varía en función del lugar en que se producen. Dentro del domicilio entra en juego la garantía de la inviolabilidad domiciliaria, que dispensa una protección máxima sin necesidad de hacer entrar en juego el secreto de las comunicaciones. Ahora bien, las grabaciones en lugares públicos están limitadas por el respeto al derecho a la intimidad que protege las conversaciones privadas, con distinto alcance que el secreto de las comunicaciones, que no entra en juego en estos casos²¹⁹.

2.6.2.4 Duración de la protección del secreto.

La delimitación de la "*comunicación*" protegida por el secreto, exige clarificar desde cuando nace y hasta donde abarca la garantía del derecho, pues es sabido que el hecho de la comunicación es puntual en el tiempo, pero lo comunicado puede permanecer en el soporte o canal hasta que se borre o destruya.

En cuanto al nacimiento de la garantía, quedan fuera del ámbito de aplicación del derecho las situaciones que quedan al margen del curso de la comunicación. Antes de iniciada ésta no existe soporte alguno para la proyección del derecho.

En principio, la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos (SSTC 70/2002, de 3 de abril y 123/2002, de 20 de mayo), abarcando incluso a las interferencias habidas o producidas en un proceso de comunicación (STC 56/2003, de 24 de marzo, FJ 2º).

Por ello, cuando el proceso de comunicación ha finalizado, no se puede interceptar por un tercero, que sin embargo, sí podrá acceder al mismo aun de forma ilícita, pero sin vulnerar el derecho al secreto. Así, por ejemplo, en caso de envío de una carta que ya ha sido leída por su destinatario, en caso de acceso ilícito al contenido del mensaje, la protección se articulará a través del derecho a la intimidad. Este detalle tiene su importancia, pues si se trata de acceder a dicha comunicación, no juega el límite de la prohibición, salvo autorización judicial, sino las reglas de proporcionalidad aplicables al equilibrio del derecho a la intimidad con otros derechos.

En términos similares, no habrá vulneración del secreto cuando el mensaje haya llegado a su destinatario, encontrándose en su poder la carta, el mensaje SMS o el recibido a través de la mensajería instantánea o chat, o el mensaje de correo electrónico almacenado en el ordenador personal.

Así se ha entendido en el caso de una intervención policial en la que no fue necesario autorización judicial para el acceso a una carta intervenida a un delincuente. No interfiere un proceso de comunicación, sino que el citado proceso ya se ha consumado, lo que justifica el tratamiento del documento como tal (como efectos del delincuente que se examinan y se ponen a disposición judicial), por lo que finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 9º).

²¹⁹ VEGAS TORRES, Jaime: "*Obtención de pruebas en ordenadores personales y derechos fundamentales en el ámbito de la empresa*". Universidad Rey Juan Carlos. Madrid. 2011. Pág. 36

Esta interpretación, sin embargo, no es pacífica, pues de la misma forma, una vez finalizada la comunicación que, por tanto, no se puede interceptar, se debería poder acceder al registro de llamadas de un teléfono móvil, acción que se consideró inconstitucional en un registro de los agentes de la Guardia Civil a un teléfono del detenido, para comprobar las llamadas realizadas, recibidas y perdidas por vulnerar el secreto de las comunicaciones (STC 230/2007, de 11 de noviembre, FJ 2º).

Ahora bien, es posible razonar que el acceso al listado de llamadas facilitado por la Compañía es distinto al acceso a dicho listado directamente en el teléfono. VEGAS TORRES entiende que la diferencia entre acceder a la relación de llamadas mediante un listado proporcionado por la compañía y hacerlo mediante consulta directa de la memoria del teléfono móvil, no está en que en el primer caso se produzca el acceso antes de que finalice la comunicación y en el segundo después de dicho momento, sino en que la fuente de conocimiento de los datos relacionados con la comunicación es, en el primer caso, un listado elaborado por la compañía que presta el servicio de comunicación, con datos obtenidos necesariamente mediante un control de las llamadas efectuado por dicha compañía mientras se estaban produciendo, y en el segundo caso, la relación de llamadas se conoce a través de un registro que el propio usuario conserva en la memoria de su terminal móvil, registro sobre el que el usuario tiene un completo control y que se crea automáticamente en el teléfono móvil sin interferir el proceso de comunicación²²⁰.

A pesar de ello, al abordar el acceso de datos almacenados en teléfonos móviles (mensajes guardados), la Sala de lo Penal del TS ha rechazado que dicho acceso comprometa el secreto de las comunicaciones. Cuando el mensaje está almacenado en el terminal del destinatario y ha sido abierto y leído por él, en la medida en que se ha agotado ya el proceso de comunicación, su protección constitucional no es la inviolabilidad de las comunicaciones, sino la garantía de intimidad, con las modulaciones y matices que este derecho constitucional admite²²¹. Esta doctrina sería aplicable también respecto al acceso a la agenda de contactos de un teléfono móvil²²².

En análogo sentido, el TC ha confirmado que los datos de la agenda de un teléfono móvil *"no forman parte de una comunicación actual o consumada, ni proporcionan información sobre actos concretos de comunicación pretéritos o futuros"*, por lo que no se encuentran incluidos dentro de la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, sino solo, en su caso, del derecho a la intimidad (SSTC 142/2012, de 2 de julio, FJ. 3º y 115/2013, de 9 de mayo, FJ. 3º).

2.6.2.5 El secreto cubre solo comunicaciones cerradas entre sus interlocutores y a través de un canal concebido para ello.

Las comunicaciones cerradas se dirigen de un emisor a un receptor, sin posibilidad que entre una u otra parte haya otras personas que puedan tener libre acceso al contenido de la comunicación. Por contra, las comunicaciones abiertas se dirigen a

²²⁰ VEGAS TORRES, Jaime: *"Obtención de pruebas en ordenadores personales y derechos fundamentales en el ámbito de la empresa"*. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid. 2011. Pág. 61.

²²¹ SSTS (Sala de lo Penal), de 8 de junio de 2009, rec. N.º 10485/2008 y 26 de enero de 2010, rec. N.º 10815/2009.

²²² SSTS (Sala de lo Penal), de 17 y 18 de diciembre de 2009, recs. N.º 1094/2009 y 1538/2009.

sujetos indeterminados sin que el emisor pueda controlar qué sujetos lo recibirán.

La garantía del secreto de las comunicaciones solo cubre las comunicaciones cerradas, es decir, aquellas que se canalizan por medios de difusión a los que solo puede tener acceso el receptor. Si la recepción del mensaje está abierta o es accesible a un grupo indeterminado de personas, no puede haber secreto en la comunicación. Así, por ejemplo, no puede haber secreto en la difusión o transmisión de un mensaje cuya finalidad es precisamente que llegue al público a través de medios de comunicación.

Esta precisión, que a priori parece clara, tiene una capital importancia en las comunicaciones a través de la tecnología, y especialmente Internet. Téngase en cuenta que en el entorno digital no siempre el canal de comunicación entre emisor y receptor es cerrado, a pesar que el mensaje sea intercambiado entre ambos. Cuando el receptor puede compartir la información recibida, que queda abierta, aunque sea a un número limitado de personas, el canal es abierto y la comunicación no quedaría protegida por el secreto de las comunicaciones.

Es por ello que ante la dificultad de centrar el secreto de la comunicación en el conocimiento del emisor sobre quiénes pueden ser sus potenciales receptores, el punto de atención ha de fijarse en el canal. En este sentido, solo quedarán amparadas por el secreto las comunicaciones las que tengan lugar a través de medios especialmente concebidos para garantizar una conversación privada entre los interlocutores. De esta forma, si los canales no garantizan la transmisión de mensajes entre dos interlocutores sin que puedan ser conocidos por terceros, han de considerarse que no son susceptibles de albergar la garantía del secreto de las comunicaciones.

El TC ha contemplado la hipótesis del envío de mensajes empleando medios no concebidos a tal fin, entendiéndose que no gozan de la protección constitucional aquellos objetos —continentes— que por sus propias características no son usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías (ATC 395/2003, de 11 de diciembre, FJ 3º), de modo que la introducción en ellos de mensajes no modificará su régimen de protección constitucional (STC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3º).

En este sentido, el art. 579 LECr, tras la modificación de la Ley 13/2015, deja fuera de la autorización judicial, por no afectar al secreto de las comunicaciones, a los envíos postales que no sean utilizados para contener correspondencia individual, sino para servir al transporte y tráfico de mercancías, o aquellos en cuyo exterior se haga constar su contenido, adopten un formato de comunicación abierta, o autoricen su inspección.

2.6.2.6 El alcance del secreto de la comunicación a los interlocutores y otros datos relacionados.

El secreto de las comunicaciones protege fundamentalmente el mensaje, de forma que terceros ajenos a los interlocutores no puedan acceder al mismo. El acceso al mensaje puede ser bien por aprehensión del mismo, o por su simple lectura. En este sentido, el secreto de las comunicaciones protege a las personas físicas y jurídicas tanto contra la interceptación de los mensajes (apropiación de cartas ajenas) como su conocimiento (la simple lectura) pues se trata de un derecho de carácter formal que protege las comunicaciones con independencia de su contenido, que solamente puede

ser levantado con autorización judicial o por voluntad de cualquiera de los participantes en una comunicación (STC 56/2003, de 24 de marzo, caso *Almedia Cardoso*).

Aquellos aspectos del proceso de comunicación que por las características del medio empleado no sean notorios a terceros, debe incluirse en el ámbito del derecho subjetivo, constituyendo lesión del mismo su eventual desvelamiento²²³.

Por ello, el secreto también alcanza a la identidad de los interlocutores y a otros datos que garantizan la confidencialidad de la comunicación. Por ejemplo, las circunstancias o datos externos de la conexión telefónica (momento, duración y destino); y ello con independencia del carácter público o privado de la red de transmisión de la comunicación y del medio de transmisión (eléctrico, electromagnético u óptico) de la misma (STC 123/2002, de 20 de mayo, FJ 5º).

El hecho de que también esté protegido por el secreto la identidad de los intervinientes en la comunicación, plantea entonces si es posible acceder, sin vulnerar el derecho, a determinados datos de la comunicación que, al menos directamente, mantienen oculta la identidad de los comunicantes. Para ello, es conveniente distinguir los distintos medios de transmisión de mensajes, amparados por el secreto:

Respecto a las conversaciones telefónicas, ya el TEDH ha interpretado el art. 8.1 CEDH en el sentido de que los listados de llamadas efectuadas desde un determinado número de teléfono quedan amparados por esta norma, de forma que su obtención y utilización por cualquier autoridad pública constituye una injerencia en el derecho a su vida privada²²⁴. La STC 114/1984, de 29 de noviembre, hace referencia a esta doctrina, amparando la identidad de los interlocutores en el secreto de las comunicaciones, siendo reiterada por la STC 123/2002, de 20 de mayo, que salvaguarda la identidad de los interlocutores, sin que se pueda obtener ni siquiera por la vía indirecta los números de teléfono a los que se ha llamado, dato que las compañías telefónicas únicamente pueden proporcionar a la policía por mandato judicial (FJ 4º). La STC 34/1996 reitera la cobertura del secreto a la identidad de los interlocutores o los corresponsales (FJ 4º).

La rápida evolución de la tecnología ha planteado si en el caso de los teléfonos móviles es posible recabar el listado de llamadas, siguiendo la anterior doctrina, a lo que el TC ha extendido la protección al registro de llamadas recibidas, enviadas y perdidas almacenadas en un teléfono móvil (STC 230/2007, de 5 de noviembre).

Pero el teléfono móvil, por sus propias características, contiene otros elementos que identifican al usuario, planteándose si los códigos de las tarjetas del móvil quedan amparados por el secreto de las comunicaciones. En concreto, la obtención del código

²²³ JIMÉNEZ CAMPO, Javier: "La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 20. Mayo-agosto 1987. Pág. 48.

²²⁴ Repárese en la STEDH de 2 de agosto de 1984 -caso Malone-, que reconoce expresamente la posibilidad de que el art. 8.º de la Convención pueda resultar violado por el empleo de un artificio técnico que, como el llamado *comptage*, permite registrar cuáles hayan sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma. En este mismo sentido, SSTEDH de 30 de julio de 1988 -caso Valenzuela Contreras c. España- y de 25 de septiembre de 2001, caso P.G. y J.H. c. Reino Unido.

IMSI²²⁵ ha sido objeto de estudio por la Sala de lo Penal del TS, que en una primera valoración considera que, aún partiendo de la doctrina del TEDH, hoy día es preciso tener en cuenta que la telefonía móvil genera toda una serie de datos de tráfico que va mucho más allá de las conversaciones telefónicas tradicionales. El código IMSI es un dato que por sí solo no permite conocer ninguno de los aspectos externos de la comunicación, por lo que no queda incluido en la garantía del secreto de las comunicaciones²²⁶.

En la misma línea, en lo que a las comunicaciones electrónicas se refiere, el TS ha valorado que la obtención de la dirección IP que tiene asignado un número concreto de usuario, no afecta al secreto de las comunicaciones, al ser un dato que conservado y tratado por las operadoras, no se refieren a comunicación alguna. Ello nos lleva a distinguir dos conceptos²²⁷:

- a) Datos personales externos o de tráfico referidos a una comunicación concreta y que contribuyen a desvelar todo o parte del secreto que protege el art. 18.3 CE.
- b) Datos o circunstancias personales referentes a la intimidad de una persona (art. 18.1 CE), pero autónomos o desconectados de cualquier comunicación, que caerán dentro del derecho a la protección de datos informáticos o *habeas data* del art. 18.4 CE que no pueden comprometer un proceso de comunicación.

A partir de esta distinción, el TS rechaza la protección de todos los datos del tráfico por el secreto de las comunicaciones, pues, provocaría un grave desenfoque del problema, a tenor del alcance de la protección del derecho a la intimidad o a la autodeterminación informativa.

En consonancia con esta jurisprudencia, la reforma de 2015 de la LECr permite el acceso por agentes de policía al IMSI, IMEI, dirección IP y otros elementos de identificación de una determinada tarjeta o terminal, cuando se trate de la investigación de un delito que, por razones vinculadas al principio de proporcionalidad, sea de los que justifican el sacrificio de la inviolabilidad de las comunicaciones.

2.6.2.7 El secreto de las comunicaciones electrónicas: Dimensión y alcance.

De la propia redacción del artículo constitucional se observa que el objeto materialmente protegido de este derecho no sólo se refiere al contenido tradicionalmente admitido (las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas), sino que también se vincula a la protección de las comunicaciones por medio de las nuevas tecnologías, ya que no aparece esta enumeración como "*numerus clausus*".

Concretamente, las SSTC 70/2002, FJ 9º y 123/2002, FJ 5º, afirman claramente

²²⁵ IMSI es el acrónimo de "*International Mobile Subscriber Identity*" (Identidad Internacional del Abonado a un Móvil). Es un código de identificación único para cada dispositivo de telefonía móvil, integrado en la tarjeta SIM, que permite su identificación a través de las redes GSM y UMTS.

²²⁶ SSTS (Sala de lo Penal), de 20 de mayo de 2008, rec. N.º 10983/2007; de 8 de octubre de 2008, rec. N.º 10863/2007, de 18 de noviembre de 2008, rec. N.º 10088/2008 y de 18 de diciembre de 2008, rec. N.º 10542/2008).

²²⁷ STS (Sala de lo Penal), de 18 de marzo de 2010, rec. N.º 121/2009.

que la protección constitucional se proyecta sobre el proceso de comunicación mismo cualquiera que sea la técnica de transmisión utilizada.

La amplia redacción del art. 18.3 que garantiza el secreto de las comunicaciones y en especial las postales, telefónicas y telegráficas, ha posibilitado que se extienda este derecho a los nuevos medios de comunicación, especialmente a través de Internet, como el correo electrónico. Ahora bien, no es sostenible una interpretación del art. 18.3 CE que extienda el secreto a toda clase de comunicación sin limitación alguna, sino a aquellas, aparte de las expresamente mencionadas, que sean análogas a éstas, tomando como referencia sus características esenciales²²⁸.

Es normal la extensión del secreto de las comunicaciones a aquellas que de forma análoga a las expresamente protegidas, tienen lugar entre dos interlocutores, a través de un servicio o medio cuyo funcionamiento escapa al control de los sujetos, tratándose de un canal cerrado y susceptible de transmitir mensajes entre personas distantes. La técnica avanza y sustituye las vías de transmisión de las comunicaciones tradicionales por las que se sirven de ordenadores y redes informáticas.

Por ello, la LECr, en su redacción dada por la Ley 13/2015, de 5 de octubre, incluye los Capítulos V y VI en el Título VIII del Libro II, a fin de regular la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas de cualquier clase, realizadas mediante un teléfono o cualquier otro sistema o medio de comunicación telemática, lógica o virtual.

El art. 18 CE cubre todas las comunicaciones interpersonales, por lo que cualquier relación interpersonal que encaje en el ámbito de la comunicación protegida, estaría comprendida dentro de su ámbito de aplicación. Por ello, en relación con las comunicaciones efectuadas mediante el uso de equipos y redes informáticas, hay que entender protegidos por el secreto cualesquiera materiales digitales producidos y empleados con fines de comunicación.

El secreto de las comunicaciones requiere, como mínimo, la intervención de las compañías proveedoras de los servicios de Internet y/o de correo electrónico y en las que el mensaje circula a través de una red que escapa al control de los comunicantes.

Esta característica concurre en cualquier comunicación que se sirva exclusivamente de los recursos de la red interna de una empresa u organización, ya sea entre el empresario y sus trabajadores o de éstos con terceros o, incluso de una red doméstica, ya que la circulación de paquetes de datos a través de cualquier red de ordenadores, aun de las más simples y pequeñas, comporta siempre un riesgo de que los datos sean capturados de manera subrepticia por terceros ajenos a la comunicación.

Sin embargo, cuestión distinta serían las comunicaciones que, aun empleando de alguna manera equipos y herramientas informáticas, no utilicen las redes de ordenadores para la transmisión del mensaje. Así, por ejemplo, cuando se registra el mensaje en soportes informáticos (un *CD-ROM*, una tarjeta de memoria o un *pendrive*), y se envía al destinatario. En estas comunicaciones interviene la informática para la elaboración y grabación del mensaje y para que el destinatario pueda acceder al mensaje almacenado

²²⁸ VEGAS TORRES, Jaime: "*Obtención de pruebas en ordenadores personales y derechos fundamentales en el ámbito de la empresa*". Universidad Rey Juan Carlos. Madrid. 2011. Pág. 33.

en dicho soporte, una vez que obra en su poder. Pero, sin embargo, es necesario transportar el soporte, para lo que no se emplean soportes digitales, y aquí, según el medio utilizado, si es por carta o paquete postal puede entrar en juego la garantía de la correspondencia postal, pero no así, si se trata de entrega en mano o a través de agencias de transporte²²⁹.

En este sentido se ha decantado el TC, al entender que la noción de correspondencia no puede quedar circunscrita a la correspondencia escrita, entendida ésta en su sentido tradicional. Por ello, establece una delimitación partiendo de la regulación legal sobre el servicio postal universal, que atiende a ciertas características externas y físicas, como el tamaño del objeto de envío, en cuyo interior se introducen los soportes físicos de los mensajes (papeles, cintas, CD's...). Desde esta perspectiva, no gozan de la protección constitucional aquellos objetos —continentes— que por sus propias características no son usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías (ATC 395/2003, de 11 de diciembre, FJ 3º), de modo que la introducción en ellos de mensajes no modificará su régimen de protección constitucional (STC 281/2006, de 9 de octubre).

En las comunicaciones a través de Internet o de una red informática, el secreto abarcará a las comunicaciones que se envíen a través de un sistema cerrado, es decir, que no sea de libre acceso para cualquier receptor, sino solo al destinatario concreto a quien se dirige el mensaje. Por ello, en el caso de las redes sociales, no hay secreto respecto a los mensajes publicados en un foro o "muro" accesible a una pluralidad de personas. Sí lo habría en el caso de la mensajería instantánea o *chat*, en donde la comunicación discurre por un canal cerrado a un solo destinatario.

El problema radica en aclarar si los correos electrónicos ya emitidos se hayan protegidos por el secreto de las comunicaciones, o en su caso, por el derecho a la intimidad. En el primer caso, el contenido de la comunicación es indiferente, al tratarse de una protección formal, dotada de la garantía de la previa intervención judicial, mientras que en el segundo caso, solo si el mensaje afecta a la intimidad, podrá accionarse la vía de defensa, sin ser necesaria la previa intervención judicial. De la STC 115/2013, de 9 de mayo, se deduce que si los correos están en la bandeja de entrada o en el propio sistema de correo electrónico, pertenecen a la comunicación, estando amparados por el secreto de las comunicaciones, mientras que si se almacenan en un fichero aparte, el derecho afectado sería la intimidad²³⁰.

En las comunicaciones amparadas por el secreto, será el propio juez, ponderando la gravedad del hecho que está siendo objeto de investigación, el que determine el alcance de la injerencia del Estado en las comunicaciones particulares. La resolución habilitante, por tanto, deberá precisar el ámbito objetivo y subjetivo de la medida. Es decir, tendrá que motivar, a la luz de aquellos principios, si el sacrificio de las comunicaciones

²²⁹ VEGAS TORRES, Jaime: "Obtención de pruebas en ordenadores personales y derechos fundamentales en el ámbito de la empresa". Universidad Rey Juan Carlos. Madrid. 2011. Pág. 38.

²³⁰ ELVIRA PERALES, Ascensión: "¿Qué hay de nuevo en torno al derecho al secreto de las comunicaciones?", en RUBIO LLORENTE, Francisco; JIMÉNEZ CAMPO, Javier; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José; BIGLINO CAMPOS, Paloma y GÓMEZ MONTORO, Ángel José (Dirs.): "La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016. Pág. 606.

telefónicas o telemáticas no es suficiente y si la investigación exige, además, la interceptación de los SMS, MMS o cualquier otra forma de comunicación telemática de carácter bidireccional.

2.6.3 La libertad informática (derecho a la autodeterminación informativa o derecho a la protección de datos).

2.6.3.1 El nacimiento de un nuevo derecho en el constitucionalismo moderno.

La tecnología es el producto de la ciencia, y en palabras de Tommaso Edoardo FROSINI es el "*fecondo connubio de la ciencia y de la técnica*", que ha supuesto el desarrollo de la investigación científica hacia objetivos prácticos y relacionados siempre con el avance y el progreso.

La tecnología abarca un amplio espectro en todos los campos de la ciencia, pero especialmente posibilita la racionalización, simplificación, celeridad y seguridad de la información y de las comunicaciones, sobre todo a partir del desarrollo de Internet y de las redes sociales. El Estado no puede dar la espalda a esta realidad y no puede vivir a espaldas del progreso²³¹. El uso de los modernos medios electrónicos implican un riesgo creciente de injerencia en la vida privada que afecta a la eficacia de los tradicionales derechos de los ciudadanos. La informática debidamente ordenada y accesible es una mina de información, tanto pública como privada. La información es poder²³². Si bien el Estado necesita la información para cumplir sus fines, un uso abusivo o incontrolado de ella puede minar el funcionamiento de cualquier Estado. El mismo riesgo de acumulación de datos, al que está sometido el individuo por la acción del Estado, se corre con la acumulación de datos por parte de otros ciudadanos²³³.

Pero además, la información se ve sometida a las reglas del mercado y es actualmente un bien de consumo, susceptible de almacenarse o procesarse. La sociedad de la información promueve un interés económico creciente (la información se compra y se vende) que debe ser limitado para salvaguardar al individuo, no ya de su intimidad, sino frente al uso ilegítimo de la información que le atañe²³⁴.

La Constitución de Portugal de 1977 enuncia por primera vez con rango constitucional en su art. 35 el principio por el cual cada ciudadano tiene el derecho a conocer sus datos personales recopilados en los bancos, y de pretender su corrección y actualización. Sin duda, esta previsión influyó en nuestro constituyente en la necesidad de

²³¹ ALAMILLO DOMINGO, Ignacio: "Las políticas públicas en materia de seguridad en la sociedad de la información". En el V Congreso Internet, Derecho y Política. "Cara y cruz de las redes sociales". *Revista de Internet, Derecho y Política (UOC)*. N.º 9. Noviembre 2009. Págs. 14. Disponible en: http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n9_peguera.

²³² Frase que se puede atribuir a David Hume, en el sentido de "*El saber es poder*". Algunos la atribuyen a Thomas Hobbes en su obra "*El Leviatán*", primera parte (*De Homine*), cap. X, donde Hobbes afirma: "*Scientia potentia est*".

²³³ REBOLLO DELGADO, Lucrecio: "Veinticinco años de relación entre la informática y los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar". *Revista de Derecho Político (UNED)*. Núms. 58-59. 2003-2004. Pág. 218.

²³⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: "*Lo público y lo privado en Internet. Intimidación y libertad de expresión en la Red*". Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, DF, 2004. Pág. 22.

regulación de la limitación de la informática.

Tras las Constituciones española y portuguesa, se puede observar como la elaboración de la normativa constitucional ha tenido en cuenta el desarrollo tecnológico informático de forma expresa, y por tanto, se ha procedido a redactar normas constitucionales en las que puede deducirse el principio de libertad informática.

La Constitución de la República de Sudáfrica de 1996 (revisada en 2012), en su art. 15 dedicado a la libertad de expresión, establece que: "*Cada persona tendrá derecho a la libertad de palabra y de expresión, comprendiendo la libertad de prensa y el uso de otros media y la libertad de creatividad artística y de investigación científica*". Y en su art. 32 sobre el acceso a la información dispone que "*Cada persona tendrá derecho de tener conocimiento de las informaciones disponibles por el Estado o cualquiera de sus órganos a cada nivel de Gobierno, en cuanto tales informaciones sean requeridas para el ejercicio o protección de los derechos individuales*".

La Constitución de la Federación Rusa de 1993, en su art. 23 prevé que "*Cada uno tiene derecho a la inviolabilidad de la vida privada, al secreto personal y familiar, a la defensa del honor propio y del nombre propio. Cada uno tiene derecho al secreto de la correspondencia, de las conversaciones telefónicas, de las comunicaciones postales, telegráficas y de cualquier otro tipo. Las limitaciones de este derecho podrán realizarse exclusivamente por decisión judicial*". A su vez, el art. 24, en su primer párrafo, afirma que "*no está admitida la conservación, utilización y difusión de informaciones sobre la vida privada de una persona sin su consentimiento*". Y por último, el cuarto párrafo del art. 29 establece que "*Cada uno tiene el derecho de buscar, recibir, transmitir, producir y difundir libremente con medios legítimos. Un elenco de las informaciones que constituyen secreto de Estado está establecido por la Ley federal*".

La Constitución federal de la Confederación Suiza, profundamente modificada en 1993, prevé en su art. 13, relativo a la protección de la esfera privada, que "*Cada uno tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio, de su correspondencia, así como de sus relaciones vía postal y telecomunicaciones. Cada uno tiene derecho a ser protegido de un empleo abusivo de sus datos personales*".

En las constituciones latinoamericanas, se encuentran normas que expresamente hacen referencia a situaciones relativas a la limitación de la tecnología informática²³⁵. Las diversas experiencias sobre la libertad informática constitucional en América Latina se pueden dividir en tres categorías: Países donde la Constitución ha previsto de forma directa, completa y precisa la protección de datos (Guatemala, Brasil, Colombia, Paraguay, Perú, Ecuador, Argentina, Venezuela). Países que prevén la garantía a través de la legislación o de forma indirecta mediante el recurso de amparo constitucional (Chile, Costa Rica, Bolivia, Nicaragua, Honduras). Por último, el resto de experiencias que prevén una tutela indirecta del *habeas data* (Panamá, México, Uruguay y Salvador)²³⁶.

²³⁵ Un estudio completo sobre la evolución de las TICs en América latina puede consultarse en RODRÍGUEZ LEAL, Luis Germán y CARNOTA, Raúl: "*Historias de las TIC en América Latina y el Caribe*". Fundación Telefónica y Ed. Ariel. Madrid y Barcelona, 2015.

²³⁶ FROSINI, Tommaso Edoardo: "Nuevas tecnologías y constitucionalismo". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 124. Abril-Junio 2004. Pág. 136. Un estudio completo y general sobre la evolución del constitucionalismo en América Latina puede consultarse en CARPIZO MAC GREGOR, Jorge y ASTUDILLO REYES, César Iván (Coords.): "*Constitucionalismo: Dos siglos de su nacimiento en*

2.6.3.2 El ámbito y justificación de la libertad informática en la CE

El art. 18.4 CE establece que “*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*”.

Primeramente, la LO 5/1992, de 29 de octubre, reguladora del tratamiento automatizado de datos (LORTARD)²³⁷ y posteriormente la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), que deroga y sustituye a la anterior, han dado cumplimiento a este mandato constitucional, además de que ésta última, actualmente vigente, desarrolla la Directiva 95/46/CE. En la LOPD se establecen un conjunto de requisitos estrictos para el uso de los ficheros de datos que mantengan tanto los poderes públicos como los particulares.

El origen en la justificación del art. 18.4 CE se encuentra en los trabajos parlamentarios de la CE de 1978. Pese a una inicial reticencia²³⁸, el sentir mayoritario se decantó por la exigencia de incorporar una garantía específica que protegiera al ciudadano frente al avance de las nuevas tecnologías informáticas.

Al respecto, llama la atención, siguiendo a la profesora GUERRERO PICÓ, las siguientes discusiones y argumentos que se planteaban en aquellos momentos de elaboración de la CE²³⁹:

- Es llamativo que la inclusión de la informática se concibiera como un obstáculo a la vocación de permanencia de la CE²⁴⁰.
- También llama la atención que algunos consideraban innecesario el art. 18.4 por la consagración de los derechos fundamentales a la intimidad y al honor, tesis ésta que han seguido hoy en día los que niegan virtualidad a un derecho fundamental autónomo a la protección de datos.
- El hecho de situar este derecho en el art. 18.4 no quiere decir que sea un mero reflejo del derecho a la intimidad, como no lo son el honor, la propia imagen, el

América Latina”. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, DF, 2013.

²³⁷ Un estudio evolutivo sobre la LORTARD puede consultarse en: DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás: “La primera Ley española de Protección de Datos (LORTAD) y el proceso de su elaboración”, en: AA.VV.: “*20 años de protección de datos en España*”. AEPD. Madrid, 2015. Págs. 27-39.

²³⁸ Enmiendas presentadas por Sancho Rof de UCD y Gastón Sanz, del Grupo Mixto. BOCG (Congreso), Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades públicas N.º 70, de 19 de mayo de 1978. Págs. 2256-2257.

²³⁹ GUERRERO PICÓ, M.ª del Carmen: “*El impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal*”. Ed. Thomson-Civitas. Cizur Menor, 2006. Pág. 186.

²⁴⁰ Intervención de José Pedro PÉREZ-LLORCA RODRIGO en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades públicas. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, N.º 70, de 19 de mayo de 1978, pág. 2529.

secreto de las comunicaciones o la inviolabilidad del domicilio que sí se pueden considerar derechos fundamentales autónomos.

En opinión de PÉREZ LUÑO, “*Si como parece desprenderse de la argumentación de nuestros constituyentes se deseaba extender la garantía frente a los abusos informáticos, no sólo al honor y a la intimidad, sino a todos los derechos fundamentales, hubiera sido preferible dedicar por entero un artículo de la CE (...). El incluir su regulación como un apéndice del artículo 18, puede dar pie a opciones hermenéuticas que dificulten la extensión de su tutela a los demás derechos y libertades fundamentales*”²⁴¹.

De los debates parlamentarios previos a la aprobación de la CE se deduce claramente que la protección de los datos de carácter personal es el objeto del art. 18.4 CE, al prever la tutela de los derechos de las personas frente al uso de la informática²⁴².

El planteamiento de la libertad informática como derecho fundamental o como variante del derecho a la intimidad ha supuesto un tema objeto de amplia discusión. Para un sector de la doctrina, la vulneración de la dignidad de la persona a través de medios informáticos crea un nuevo derecho fundamental denominado indistintamente "*Libertad Informática*", "*Derecho a la autodeterminación informativa*" o "*Derecho a la Intimidad Informática*". Cada una de estas denominaciones obedece al origen y posición doctrinal o jurisprudencial que se sigue para estructurarla.

Así, por ejemplo, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA se decanta por la denominación "*Derecho a la autodeterminación informativa*" al ser más expresiva que otras adoptadas por los legisladores y la doctrina, pues refleja un aspecto característico de un derecho nuevo que ha ido cobrando cuerpo bajo distintas formas en los ordenamientos democráticos: El control que ofrece a las personas sobre el uso por terceros de información sobre ellas mismas. Sin embargo, esta denominación no está recogida en el derecho positivo, que prefiere, tanto a nivel europeo como en el derecho interno, la expresión "*Derecho a la protección de datos de carácter personal*"²⁴³.

En cambio, otro sector de la doctrina, entiende que no existe un nuevo derecho sino una ampliación del contenido del derecho a la intimidad, evidenciada, por un lado, por la irrupción de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) en el mundo del derecho, generando entre otros aspectos, la informática jurídica entendida básicamente como ciencia del tratamiento lógico, incardinado y cualificado de la información por medios informáticos, electrónicos y telemáticos; y por otro, cuando se considera a la intimidad como el derecho que tiene toda persona al control de la información de sí mismo (*The Right to control information about oneself*), cuando sus

²⁴¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: "Informática y Libertad. Comentario al artículo 18.4 de la Constitución". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 24. Noviembre-diciembre 1981. Págs 44-45.

²⁴² Algunas cuestiones sobre la tramitación parlamentaria en VINDEL LÓPEZ, Rosa: "20 años de debates parlamentarios a propósito de la protección de datos", en AA.VV.: "*20 años de protección de datos en España*". AEPD. Madrid, 2015. Págs. 49-53.

²⁴³ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: "La construcción del derecho a la autodeterminación informativa y las garantías para su efectividad", en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo y PIÑAR MAÑAS, José Luis: "*El derecho a la autodeterminación informativa*". Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009. Págs. 11 y 12.

datos personales han sido sometidos a tratamiento informatizado.

Brevemente, y sin ánimo de exhaustividad, repasaremos estas tesis con el objeto de contribuir a perfilar los contornos del derecho a la protección de datos de carácter personal, más que a pronunciarnos sobre si constituye un derecho fundamental autónomo o no, pues, la conclusión que se puede obtener es que de una forma o de otra, el objeto del derecho queda suficientemente protegido por cualquiera de las dos vías. De hecho, algunos autores han destacado que lo importante, más que el “*nomen iuris*”, es que nos hayamos en el ámbito de un derecho fundamental cuyo contenido jurídico está formado por los diferentes institutos que integran la protección de datos de carácter personal y que posee un núcleo o reducto indispensable, incluso para el legislador²⁴⁴.

2.6.3.3 Tesis que apoyan la suficiencia de la intimidad como derecho fundamental que engloba la protección de datos.

Para algunos autores, el fundamento constitucional no es en sí el art. 18.4 CE, sino el art. 18.1 en relación al 18.4, pues la libertad informática forma parte del contenido positivo del derecho a la intimidad.

Para ORTÍ VALLEJO, el art. 18.4 es un nuevo mandato al legislador, del que no puede desprenderse la existencia de un derecho fundamental especial para la informática. Es suficiente con una reformulación del concepto de intimidad²⁴⁵, si bien reconoce que socialmente convenga la afirmación de un derecho fundamental nuevo²⁴⁶.

VILLAVERDE MENÉNDEZ sostiene que la autodeterminación informativa no es un derecho fundamental autónomo, sino un poder jurídico individual, ya contenido en el derecho a la intimidad o el honor. Para este autor, realmente el art. 18.4 CE establece una garantía de los derechos fundamentales del art. 18.1 en el ámbito de la informática. El individuo puede disponer de la información sobre su intimidad, negándose a darla o decidiendo sobre quien puede acceder a ella. Esta autodeterminación informativa delimita qué parte importante de su esfera puede convertirse en información y quien puede acceder a ella²⁴⁷.

Por su parte, GRIMALT SERVERA entiende que integrar el derecho a controlar los datos de carácter personal en el derecho a la intimidad, tiene la ventaja de que permite extender el derecho a los tratamientos no automatizados de carácter personal, así como a cualquier tecnología, presente y futura, que permita la recopilación y tratamiento de

²⁴⁴ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: “La construcción del derecho a la autodeterminación informativa”. *Revista de Estudios Políticos*. N.º 104. Abril-junio, 1999. Pág. 39.

²⁴⁵ ORTÍ VALLEJO, Antonio: “*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)*”. Ed. Comares. Granada. 1994. Págs. 46-48.

²⁴⁶ ORTÍ VALLEJO, Antonio: “*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)*”. Ed. Comares. Granada. 1994. Págs. 64-65.

²⁴⁷ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: “Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 41. Mayo-agosto 1994. Págs 205-206.

información de las personas. La integración del derecho a controlar los datos de carácter personal en el ámbito de la intimidad no significa dejar de lado las posibles agresiones a otros derechos fundamentales a través de la informática; en estos casos, la protección se articulará a través de los propios derechos fundamentales puestos en peligro, del mismo modo en que se defenderían si la agresión proviniera de otro medio tecnológico²⁴⁸.

2.6.3.4 Tesis que apoyan la autonomía del derecho fundamental a la protección de datos.

En España, la posición doctrinal sobre el nuevo derecho fundamental a la libertad informática fue tomando cuerpo y aceptación entre un gran sector de la doctrina (CASTELLS ARTECHE²⁴⁹, GONZÁLEZ QUINZÁ²⁵⁰, DE CARRERAS SERRA²⁵¹, FAIRÉN GUILLÉN²⁵², MORALES PRATS²⁵³ y DAVARA RODRÍGUEZ²⁵⁴, entre otros), e incluso, con el apoyo de la jurisprudencia del TC (SSTC 254/1993 y 11/1998), que considera que *“la garantía de la intimidad adopta un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona... así (como) también, (de) derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data)”* (STC 254/1993).

La STC 60/1998, de 16 de marzo, trata de situar correctamente la relación de los citados arts. 18.4 y 28.1, respecto de la libertad sindical. Así, el establecimiento de las limitaciones al uso de la informática implica un derecho instrumental ordenado a la protección de otros derechos fundamentales. *“Éste no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática, como ha quedado dicho, sino que además, consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona -a la privacidad según la expresión utilizada en la Exposición de Motivos de la LORTAD-, pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos. Trata de evitar que la informatización de los datos personales propicie comportamientos discriminatorios”* (FJ 5º).

²⁴⁸ GRIMALT SERVERA, Pedro: “El Derecho a controlar los datos personales: Algunas consideraciones jurídico-constitucionales”. En DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel (Coord.): *“X Encuentros sobre informática y derecho (1996-1997)”*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1997. Pág. 156.

²⁴⁹ CASTELLS ARTECHE, José Manuel. “La limitación Informática”, en *“Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría”*. Ed. Civitas. Madrid, 1991. Tomo II. Págs. 913 y ss.

²⁵⁰ GONZÁLEZ QUINZÁ, Arturo: “El «caso Olaverri» recurso de amparo sobre el acceso a ficheros públicos automatizados de carácter personal”. *Revista Actualidad Informática*. N.º 10, Enero 1994. Pág. 5.

²⁵¹ DE CARRERAS SERRA, Lluís: *“Régimen jurídico de la información -periodistas y medios de comunicación-”* Ed. Ariel. Barcelona, 1996. Págs. 82 y ss.

²⁵² FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: “El habeas data y su protección actual surgida en la Ley española de informática”. *Revista de Derecho Procesal*. N.º 3. 1996. Págs. 523-527.

²⁵³ MORALES PRATS, Fermín: *“La tutela penal de la intimidad: Privacy e informática”*. Ed. Destino. Barcelona, 1984. Págs. 45 y ss.

²⁵⁴ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel: “Libertades e intimidad frente a las tecnologías de la información”. *Cuadernos de Pensamiento*. N.º 11. 1997. Pág. 163.

Estos planteamientos han impulsado a los partidarios del reconocimiento del derecho a la protección de datos como un derecho sustantivo y no sólo instrumental.

Así, para LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, el derecho a la intimidad no es suficiente para proteger los datos personales²⁵⁵. Las razones estriban en que la protección de datos no ampara únicamente información personal reservada. La tutela de la intimidad prohíbe una conducta que implica una intromisión ilegítima en la esfera protegida y el incumplimiento se sanciona con diversas medidas represivas: Se indemnizan los perjuicios originados y a veces, se adoptan medidas complementarias para eliminar las circunstancias que hacen posible la intromisión. Sin embargo, la protección de datos no se agota en estos elementos, los incluye, pero también contempla una variada gama de facultades de las personas encaminadas a asegurar el control sobre la información que de ellas disponen y utilizan terceros, para de este modo, impedir que se utilice de forma que pueda perjudicarles. Además, tales facultades se convierten en deberes correlativos de quienes manejan informáticamente datos de carácter personal.

Se trata, por tanto, de un derecho nuevo, de los que integran una de las últimas generaciones de derechos, formadas por aquellos que responden a los retos y dificultades de la sociedad de nuestros días²⁵⁶. Principalmente, a los derivados del avance tecnológico, del impacto sobre el medio y de las nuevas formas de desigualdad²⁵⁷.

TRONCOSO REIGADA considera el derecho fundamental a la protección de datos personales un derecho autónomo, con un contenido específico que atribuye a la persona el control de sus datos personales, sean o no íntimos. De su ubicación en el art. 18 CE se desprende que la limitación a la informática y la protección de datos tienen una estrecha relación con el derecho a la intimidad, pero son una manifestación distinta de la vida privada. De hecho, equivale a una cierta actualización del derecho a la privacidad²⁵⁸.

De forma terminante, GUERRERO PICÓ, asienta las siguientes consideraciones en favor de la autonomía de este derecho²⁵⁹:

²⁵⁵ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: "*Informática y Protección de Datos Personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)*". Colección Cuadernos y Debates. N.º 23. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993. Págs. 30-31.

²⁵⁶ Sobre las distintas generaciones de derechos, puede consultarse HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel: "*El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información*". Universidad de Deusto. Bilbao, 2003. Págs. 14 y 15.

²⁵⁷ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: "La construcción del derecho a la autodeterminación informativa y las garantías para su efectividad", en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo y PIÑAR MAÑAS, José Luis: "*El derecho a la autodeterminación informativa*". Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009. Pág. 14.

²⁵⁸ TRONCOSO REIGADA, Antonio: "La protección de datos personales. Una reflexión crítica de la jurisprudencia constitucional". *Cuadernos de Derecho Público*. N.º 19-20. Mayo-diciembre 2003. Pág. 247.

²⁵⁹ GUERRERO PICÓ, M.^a del Carmen: "*El impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal*". Ed. Thomson-Civitas. Cizur Menor, 2006. Págs. 198-207.

- a) El art. 18.4 CE es bastante más que un apéndice innecesario y que un mero mandato al legislador para limitar un medio técnico.
- b) La necesaria reformulación del derecho a la intimidad no oscurece el reconocimiento de la autonomía dogmática del derecho a la protección de datos personales.
- c) De la misma manera, su relación con otros derechos fundamentales tampoco va en demérito de su propia identidad.
- d) No se defiende la existencia de un derecho de propiedad sobre los propios datos.
- e) La referencia a la informática no impide extender la protección de datos a aquellos contenidos en ficheros manuales.

2.6.3.5 La postura del Tribunal Constitucional y el debate que encierra.

En un primer momento, el TC describe un derecho de contornos imprecisos, llamado “*libertad informática*” (STC 254/1993, de 20 de julio). Se afirma este derecho como un derecho o libertad autónomo, pero sin embargo, se vincula al derecho a la intimidad en su vertiente positiva. Así, el ciudadano que puede negar la difusión de ciertos datos (vertiente negativa), debería poder asimismo disponer de facultades positivas para oponerse a su conservación, una vez desaparecida la finalidad que llevó a su obtención, o a su cesión a terceros sin mediar autorización²⁶⁰.

A pesar de ello no se llegó a admitir que el art. 18.4 CE permitiera la creación jurisprudencial de nuevos derechos (STC 292/2000²⁶¹), sino que más que un aspecto especial o “*vertiente positiva*” del derecho a la intimidad, se trataría de un derecho propio a la protección de datos personales.

Sin embargo, en el campo de la Teoría general de los derechos fundamentales, el carácter cerrado de la declaración de derechos fundamentales deja un importante margen de actuación al juez constitucional, sin perjuicio de la apertura internacional de nuestro ordenamiento en materia de derechos fundamentales. Ello es consecuencia de la asunción de un concepto verdaderamente normativo de Constitución, cuya fijación no hay que entender como una operación meramente lógica transportando principios o instituciones desde una referencia metapositiva o cielo de valores, sino como una actuación del constituyente incorporando determinados contenidos en virtud de una experiencia histórica y voluntad política propias.

Del mismo modo que no hay otro procedimiento de modificación de la CE que el establecido en el título X, cualesquiera que puedan ser sus deficiencias o limitaciones (porque si ello no fuese así dejarían de tener efecto las cláusulas constitucionales de la reforma), tampoco podemos tener otros derechos que los contenidos precisamente en la

²⁶⁰ ROIG BATALLA, Antoni: “*Derechos Fundamentales y Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones*”. Ed. Bosh. Barcelona, 2010. Págs 14-15.

²⁶¹ En la STC 290/2000, de 30 de noviembre, el magistrado JIMENEZ DE PARGA formuló un Voto Particular que proponía reconocer, a partir del art. 10.1 CE, el derecho a la libertad informática, derecho no reconocido expresamente en la CE.

declaración de los mismos.

La formulación de los derechos en la CE se hace en cláusulas abiertas, necesitadas de complemento normativo e interpretativo. Pero la incompleta definición constitucional, sea por insuficiencia o indeterminación, no puede colmarse de cualquier modo. Legislador y juez son poderes constituidos, sometidos a la CE, sin capacidad para disponer sobre ella. El juez constitucional establecerá el contenido de los derechos, en una labor de desciframiento y especificación, teniendo en cuenta el carácter sistemático del conjunto constitucional, entendido como un todo, integrado más que por cláusulas declarativas de derechos, por añadiduras relacionadas entre sí y con el resto de la CE. Pero el juez no puede ampliar la Declaración, asumiendo una función constituyente que no le compete, pues esa labor ya no sería de interpretación, sino de creación constitucional.

En cuanto a la apertura internacional de nuestra Declaración de derechos, hay que recordar que el art.10 CE ordena la interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con los tratados al respecto suscritos por España. Pero esto no significa que los españoles tengan más derechos fundamentales que los contenidos en la declaración incluida en nuestro Título I, sino que la interpretación de estos derechos tiene asegurado un nivel mínimo (no necesariamente coincidente con el contenido esencial) que al menos reconozca las facultades deducidas -directamente y a través de los órganos jurisdiccionales que los interpreten- de tales derechos de las declaraciones internacionales correspondientes, lo que explica que, en efecto, sean muy numerosas las referencias- a veces no sólo en un sentido meramente confirmativo sino como principal base de apoyo- de la doctrina del TC, por ejemplo, a la Convención así como a la Jurisprudencia del TEDH de Estrasburgo²⁶².

A modo de recapitulación, siguiendo la exposición de ROIG BATALLA, la STC 254/1993, de 20 de julio, representó un punto de partida confuso en la interpretación del art. 18.4 CE. Este precepto incluiría una garantía de otros derechos fundamentales, especialmente el derecho al honor y la intimidad, siendo también un derecho fundamental propio (STC 254/1993, FJ 6º). Ahora bien, este derecho no se distingue del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), a no ser que represente una vertiente "*positiva*", que se llama "*libertad informática*". Ésta última consiste en el derecho a controlar el uso que se haga de los datos incluidos en un programa informático -"*habeas data*"- (STC 254/1993, FJ 7º).

En definitiva, el art. 18.4 CE está configurado, no tanto como una garantía de derechos fundamentales, como la intimidad, sino sobre todo como un supuesto específico del derecho a la intimidad -que podríamos llamar intimidad informática, aunque el TC no usa esta expresión-, que desborda su tradicional concepción de derecho de libertad.

En este sentido, sirvan algunos ejemplos. La STC 233/1999, de 16 de diciembre, calificó la actuación administrativa como respetuosa del derecho a la "*intimidad informática*", ya que el conocimiento de datos tributarios es "*imprescindible para el adecuado del mandato constitucional recogido en el artículo 31.1 CE*". La creación de una base de datos de absentismo con baja médica es objeto de disputa en la STC 202/1999, de 8 de noviembre. En esta base de datos, figuraban los diagnósticos de las

²⁶² SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: "Una revisión de la Teoría de los Derechos Fundamentales". *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. N.º 4, 2001. Págs. 114-115.

enfermedades que ocasionaron una situación de baja laboral por incapacidad temporal. Según el art. 7 de la LORTAD, entonces vigente, los datos de carácter personal que hacen referencia a la salud sólo admiten tratamiento automatizado si tenemos el consentimiento expreso de los afectados o si, por razones de interés general, así lo dispone una ley. En este caso, faltaba el consentimiento y la finalidad no era la preservación de la salud de los trabajadores, sino otra diferente: “*en el fichero en cuestión no se reflejan los resultados de la vigilancia periódica -y consentida por los afectados- sino sólo la relación de periodos de suspensión de la relación jurídico-laboral dimanante de una situación de incapacidad del trabajador*” (STC 202/1999, FJ 4º in fine). Por lo tanto, se vulnera la “*libertad informática*” o, más claramente, el derecho a la protección de datos personales²⁶³.

Fue a raíz de los recursos de inconstitucionalidad sobre la LORTAD de 1992 (STC 290/2000, de 30 de noviembre) y la LOPD de 1999 (STC 292/2000), que la sustituyó, cuando se reconoce la autonomía del derecho a la protección de datos. El Voto Particular formulado por el magistrado Manuel Jiménez de Parga en la primera, y sobre todo la STC 292/2000, separará definitivamente el derecho del art. 18.4 CE, llamado ahora derecho a la protección de datos personales, del derecho clásico a la intimidad, que ya no se intenta forzar hasta situarlo, en una artificial vertiente positiva, en lo que hemos llamado la intimidad informática. Las dudas son ahora si la reducción del derecho del art. 18.4 CE a la protección de datos, a pesar de la ganancia en claridad, no ha sacrificado otros contenidos, que podrían ser propios de nuevos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional en un futuro²⁶⁴.

Así, la protección de datos es el desarrollo de una manifestación fenoménica de la que constitucionalmente se debe al poliédrico derecho a la intimidad, que se ha desgajado por obra del progreso científico y técnico, con la consistencia de un derecho fundamental sustantivo, que va más allá o trasciende a su origen²⁶⁵.

De todo lo anterior, cabe destacar que la protección de datos no es una garantía del secreto del dato sino de ciertas condiciones para su legítimo uso por terceros distintos al afectado. El elemento determinante de la necesidad o interés esencial sobre el que se construye es el progreso tecnológico, ante los avances que resultan de la combinación de las virtualidades de la informática y de las telecomunicaciones. Aplicadas a la captación, relación, almacenamiento y comunicación de datos personales, crean un escenario en el que es posible que terceros, públicos o privados, reúnan tal cantidad de información sobre las personas, que prácticamente no queden aspectos de su vida al margen del conocimiento ajeno, incluyendo el de su localización y movimientos en cada momento²⁶⁶.

²⁶³ CASAS BAAMONDE, Mª Emilia: “El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en: AA.VV.: “*20 años de protección de datos en España*”. AEPD. Madrid, 2015. Págs. 93 y ss.

²⁶⁴ ROIG BATALLA, Antoni: “Derecho Público y Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC)”. *Revista Catalana de Dret Públic*. N.º 35, 2007. Págs 3-4.

²⁶⁵ DE MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael: “Introducción” en CREMADES GARCÍA, Javier y GONZÁLEZ MONTES, José Luis (Coords.): “*La nueva Ley de Internet (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio Electrónico)*”. Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 2003. Pág. 60.

²⁶⁶ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: “La construcción del derecho a la autodeterminación informativa y las garantías para su efectividad”, en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo y PIÑAR

Cuando el TC trata de distinguir la protección de datos del derecho a la intimidad advierte que el objeto de la protección de datos no es un dato íntimo sino, precisamente, un dato revelado. Por tanto, lo que protege el derecho de la protección de datos no es la opacidad del dato, ni su intimidad o el control sobre quien puede conocer un dato relativo a la vida personal o familiar. El objeto de protección es el dato ya conocido, bien porque se ha consentido su conocimiento por terceros, o bien porque una norma así lo dispone. El dato ha salido de la esfera privada del sujeto, y se trata ahora de establecer las condiciones en que su tráfico, su circulación, es constitucionalmente adecuada²⁶⁷.

2.6.3.6 Recapitulación y concreción del contenido esencial del derecho a la protección de datos.

El art. 18.4 CE impone la búsqueda del alcance y contenido del derecho a la protección de datos. Esta indagación ha de hacerse dentro del ordenamiento al que la CE sostiene, unifica y da sentido. Y es que no cabe hablar de la creación de derechos fundamentales por la jurisprudencia, sino más bien de su descubrimiento o de su invención. Ello implica, en primer lugar, establecer lo que quiere proteger esa disposición y, luego, definir la forma que ha de adoptar la protección. Todo ello hay que hacerlo de forma coherente con lo que la propia CE ordena, sin violentarla, ni pretender introducir en el sistema que preside elementos extraños o incoherentes con su mandato²⁶⁸.

En la búsqueda del contenido esencial de este derecho, atendiendo a la STC 11/1981, de 8 de abril (FJ 8º), éste puede identificarse claramente tanto por su naturaleza jurídica, o el modo de concebir o configurar cada derecho, como por sus bienes o intereses jurídicamente protegibles.

El contenido del derecho fundamental a la protección de datos abarca un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para imponer a terceros la realización o la omisión de determinados comportamientos. Esta potestad incluye poder decidir cuáles de esos datos se proporcionan a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, así como permitir al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.

Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales constituyen, por tanto, el núcleo esencial del contenido del derecho fundamental a la protección de datos, y se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales,

MAÑAS, José Luis: "*El derecho a la autodeterminación informativa*". Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009. Pág. 15.

²⁶⁷ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: "Nuevas tecnologías, videovigilancia, derecho a la protección de datos y ficheros policiales". *Revista Catalana de Seguretat Pública* (Institut de Seguretat Pública de Catalunya). N.º 17. Diciembre 2006. Págs. 177-202. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/130221/179659>

²⁶⁸ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: "La Constitución y el derecho a la autodeterminación informativa". *Cuadernos de Derecho Público*. N.º 19-20. Mayo-diciembre 2003. Pág. 40.

requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos²⁶⁹.

Son, por tanto, elementos característicos del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales, saber de los mismos, con pleno conocimiento de la finalidad para la que se recogen esos datos y para la que se van a emplear (STC 29/2013, de 11 de febrero).

Para hacer efectivo este derecho, el ordenamiento otorga unas facultades al sujeto que actúan como instrumento específico de tutela para salvaguardar su propia dignidad y libertad. Estas facultades se materializan en la protección de la propia identidad, frente a los riesgos que ha provocado el progreso tecnológico²⁷⁰.

El bien jurídico protegido es asegurar a las personas el control de la información (de los datos) que les es propia, para protegerse de los perjuicios derivados del uso por terceros, públicos y privados, de ese material. Las ilimitadas posibilidades que ofrece la tecnología de captar, acopiar, asociar, recuperar en tiempo real y conservar indefinidamente datos personales, así como de obtener ulterior información personal mediante su tratamiento, han hecho imprescindible garantizar a los individuos instrumentos jurídicos que hagan posible ese control. Adquiere así relevancia una nueva situación jurídica o *status* que se ha denominado "*habeas data*", cualificada activamente por los derechos o facultades que aseguran tal dominio y, pasivamente, por los límites opuestos a quienes desde los poderes públicos o desde la sociedad utilizan información de carácter personal²⁷¹.

Estas facultades se concretan en ser informado de quién posee los datos personales y con qué fin, así como el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda para que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Forman parte también del contenido esencial del derecho las facultades para exigir del titular del fichero que informe de qué datos posee sobre la persona del individuo, quien está legitimado para acceder a sus registros y asientos y saber qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios. En su caso, también podrá requerirle para que los rectifique o los cancele. Estas facultades son las que deben integrar e integran de hecho, a través de la LOPD, la regulación legal que desarrolle y garantice el disfrute de este derecho (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 10º).

Dentro del contenido de este derecho fundamental se encuentran también los principios de calidad de los datos, recabados para una finalidad legítima, que también

²⁶⁹ HERNÁNDEZ RAMOS, Mario: "*El derecho al olvido digital en la web 2.0*". Cuaderno Red de cátedras Telefónica N.º 11. Cátedra Telefónica Universidad de Salamanca. Mayo 2013. Pág. 21. Disponible en: http://catedraseguridad.usal.es/sites/default/files/files/CUADERNO_11_DERECHO%20OLVIDO.pdf

²⁷⁰ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: "La Constitución y el derecho a la autodeterminación informativa". *Cuadernos de Derecho Público*. N.º 19-20. Mayo-diciembre 2003. Pág. 41.

²⁷¹ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: "La construcción del derecho a la autodeterminación informativa y las garantías para su efectividad", en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo y PIÑAR MAÑAS, José Luis: "*El derecho a la autodeterminación informativa*". Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009. Pág. 18.

debe ser objeto de información al titular de los datos, siendo la piedra angular el consentimiento del afectado, no solo para el tratamiento, sino para los derechos de acceso, oposición, rectificación y cancelación.

La consecuencia que se deriva es que la disposición por terceros de datos personales solamente es lícita cuando han sido obtenidos con el consentimiento inequívoco de los afectados, debidamente informados, o con autorización legal explícita. Consentimiento y autorización que se circunscriben a la utilización de esa información, exacta, puesta al día y proporcionada, para finalidades lícitas y determinadas²⁷².

De esta forma, el efecto que produce no respetar estas facultades, implica la privación de la persona de las facultades de disposición y control sobre sus datos personales, lo que supondrá la vulneración del derecho. Tal y como advirtió la STC 11/1981, de 8 de abril (FJ 8º), "*se rebasa o se desconoce 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*".

Se observa en esta delimitación del contenido del derecho que el texto constitucional español se ha centrado en el aspecto defensivo del derecho. No ha proclamado de manera clara un derecho fundamental a la protección de datos personales, sino únicamente ha instado al legislador, a través de un mandato, para que limite la informática como garantía del derecho al honor y a la intimidad personal y familiar. Pero no solo en garantía de estos dos derechos. El art. 18.4 CE supone un límite a la informática para el libre ejercicio de los derechos de los ciudadanos. Por tanto, la limitación de la informática sirve para proteger también otros derechos fundamentales distintos del derecho al honor y a la intimidad²⁷³.

Esta ampliación del derecho, más allá de la sola protección de datos personales, cubre aquellas manifestaciones en ejercicio de otros derechos, como la libertad de expresión e información, que supongan un atentado contra el derecho a la igualdad y no discriminación (mensajes xenófobos en la red, por ejemplo) o la propiedad intelectual, sobre las obras publicadas y compartidas en la red, vulnerando los derechos de autor²⁷⁴.

De la misma forma, la protección especial que otorga la LOPD a los datos de ideología, afiliación sindical, religión o creencias, supone una exigencia de respeto a otros derechos fundamentales como la libertad ideológica y religiosa. Así, el hecho de que las vulneraciones de la libertad sindical, de la libertad ideológica y religiosa por tratamientos informáticos ilegítimos tengan también tutela en sus propios derechos específicos no suprime la garantía que presta en este caso el propio derecho fundamental a la protección

²⁷² LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: "La construcción del derecho a la autodeterminación informativa y las garantías para su efectividad", en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo y PIÑAR MAÑAS, José Luis: "*El derecho a la autodeterminación informativa*". Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009. Págs. 26-27.

²⁷³ TRONCOSO REIGADA, Antonio: "La protección de datos personales. Una reflexión crítica de la jurisprudencia constitucional". Cuadernos de Derecho Público. N.º 19-20. Mayo-diciembre 2003. Pág. 249.

²⁷⁴ BOIX PALOP, Andrés: "Creación, mercado, cambio tecnológico y Derecho". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. N.º 6. Junio 2009. Pág. 63.

de datos personales²⁷⁵.

En este sentido, el derecho a la protección de datos se ha convertido en una categoría transversal, en un “*agujero negro*” que lo absorbe todo y no deja escapar nada de su entorno²⁷⁶. Su carácter instrumental facilita que se cumpla el art. 18.4 CE de forma que se garantice a los ciudadanos el pleno ejercicio de sus derechos, y no solo los del art. 18.1 CE. La protección de datos personales redunda en la salvaguarda del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, pero también en la garantía al derecho a la libertad ideológica y del secreto de las comunicaciones, así como al derecho a la salud o al trabajo²⁷⁷.

Por todo ello, el derecho a la protección de datos supone una respuesta jurídica frente al actual fenómeno de la sociedad de la información. Desde este punto de vista actúa como límite para frenar la potencial amenaza que el desarrollo tecnológico representa para los derechos y libertades de las personas²⁷⁸.

²⁷⁵ TRONCOSO REIGADA, Antonio: “La protección de datos personales. Una reflexión crítica de la jurisprudencia constitucional”. *Cuadernos de Derecho Público*. N.º 19-20. Mayo-diciembre 2003. Pág. 321.

²⁷⁶ CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego y DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: “Reflexiones sobre los retos de la protección de la privacidad en un entorno tecnológico”, en AA.VV.: “*El derecho a la privacidad en el nuevo entorno tecnológico*”. XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016. Pág. 109.

²⁷⁷ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: “La construcción del derecho a la autodeterminación informativa y las garantías para su efectividad”, en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo y PIÑAR MAÑAS, José Luis: “*El derecho a la autodeterminación informativa*”. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009. Pág. 72.

²⁷⁸ HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel: “*El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*”. Ed. Dykinson. Madrid. 2002. Pág. 15.

CAPÍTULO II

DERECHOS FUNDAMENTALES Y RELACIONES ENTRE PARTICULARES: EFICACIA Y LÍMITES. APLICACIÓN A LA RELACIÓN LABORAL.

1. EL EFECTO HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO JURÍDICO-PRIVADO. ESPECIAL REFERENCIA A LA RELACIÓN LABORAL.

1.1. PLANTEAMIENTO: LA NECESIDAD DE GARANTIZAR LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.

El planteamiento constitucional de cualquier derecho fundamental se lleva a cabo, inicialmente, desde la perspectiva de su posible vulneración por el poder público, a través de los órganos del Estado. Esta concepción de los derechos fundamentales como derechos de defensa frente al Estado, como derechos públicos subjetivos, es lo que lleva a cuestionar su eficacia en las relaciones jurídicas entre particulares.

A esta cuestión debemos responder afirmativamente, pues es un hecho admitido de forma generalizada que los derechos fundamentales constituyen derecho vigente y por ello implican mandatos, prohibiciones o permisiones entre los sujetos de las relaciones jurídico-privadas. Otra cuestión menos pacífica es cómo se despliega este efecto normativo (problemas entre aquellos que se decantan por la eficacia directa o inmediata o por la eficacia indirecta o mediata, incluso con algunas variantes dentro de cada una de las teorías), cuestión que se trata en el epígrafe dedicado a las posturas doctrinales y como se materializan por parte de la jurisprudencia.

En este sentido, Robert ALEXY plantea la cuestión de como influyen en el sistema jurídico las normas iusfundamentales. La respuesta sería simple si su influencia se limitara a la relación Estado-ciudadano: Los derechos fundamentales influyen en el sistema jurídico al establecer, bajo la forma de derechos subjetivos frente a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, estipulaciones que afectan a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos.

Concretamente, Robert ALEXY parte de la base de que los derechos de protección del ciudadano frente a sus conciudadanos en las relaciones privadas tuteladas por el derecho privado, forman parte también de los derechos del ciudadano frente al Estado. Esto muestra que las normas iusfundamentales tienen también influencia en la relación ciudadano-ciudadano. De acuerdo al Tribunal Constitucional alemán, este autor pone de manifiesto que las normas iusfundamentales contienen no solo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia (es el denominado “*efecto de irradiación*”)²⁷⁹.

La eficacia de los derechos fundamentales en estas relaciones privadas plantea a

²⁷⁹ ALEXY, Robert: “*Teoría de los Derechos Fundamentales*”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993. Págs. 506-507.

su vez, en qué medida repercute en el principio de la autonomía de la voluntad, pudiendo afectar a la libertad individual de cada uno en el libre desarrollo de su personalidad. Ya desde este primer momento, nos postulamos a defender que esta eficacia no supone la eliminación de la autonomía privada, si bien, de igual forma que los derechos fundamentales actúan como limitadores al poder del Estado, al tener virtualidad y eficacia en las relaciones entre particulares, actúan también como limitadores de los poderes privados, pudiendo afectar, por tanto, a la autonomía de la voluntad.

Cuando el ejercicio de los derechos fundamentales tiene lugar entre sujetos privados, se hace necesario compatibilizar en el ámbito privado el principio general de autonomía de la voluntad que rige en las relaciones entre particulares con la eficacia de los derechos fundamentales en esas mismas relaciones.

En una aproximación general y preliminar, cabe señalar que la colisión entre derechos, se puede dar entre:

- Derechos fundamentales frente a derechos fundamentales: Implica la colisión entre derechos fundamentales de varios titulares. En el ámbito de los derechos de la personalidad, son corrientes los conflictos entre la libertad de expresión e información y el derecho al honor o a la intimidad.
- Derechos fundamentales frente a derechos “*legales*”. Es decir, una persona es titular de un derecho fundamental, pero se encuentra sometida a una relación de derecho privado, por ejemplo, a través de un contrato de trabajo, al cumplimiento de una obligación laboral, que permite al empresario el ejercicio de un poder de dirección que implica o afecta a la libertad e igualdad del individuo, a su intimidad, o al secreto de comunicaciones. El enfrentamiento sería entre un derecho fundamental de un trabajador y un derecho que la ley laboral, el ET (art. 20), otorga al empresario.
- Derechos fundamentales frente a potestad disciplinaria privada. Esta colisión se produce con motivo de la aplicación de sanciones disciplinarias por personas jurídicas de derecho privado que pueden afectar al individuo, tanto en su libertad individual (igualdad, dignidad), como en el ejercicio de sus derechos, tanto en el plano individual como colectivo. El ejemplo, de nuevo en las relaciones laborales, se da ante la sanción empresarial que incluso puede llegar al despido y que puede tener origen en un acto amparado por un derecho individual o colectivo (libertad sindical o huelga). La libertad de empresa no puede abarcar de forma ilimitada actos de disposición que afecten a derechos fundamentales del trabajador.

En este tipo de conflictos y para resolver el problema de la colisión es necesario acudir a la determinación del contenido esencial y a los límites de los derechos. Precisamente, estas situaciones de conflicto no debieran permitir el ejercicio absoluto e ilimitado de un derecho sobre otro, sino al contrario, es defendible una concepción armonizadora que ajuste y module la coexistencia de derechos, teniendo en cuenta su delimitación, su dimensión institucional y su desarrollo en las relaciones privadas en el conjunto del ordenamiento jurídico y aplicando principios generales, como la proporcionalidad o la buena fe²⁸⁰.

²⁸⁰ APARICIO ALDANA, Rebeca Karina: “*Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones*

Siguiendo con la pretensión de plantear un esquema inicial, cabe también aludir a que no todos los derechos fundamentales despliegan su efecto en las relaciones jurídico-privadas, ya que algunos, por su propia naturaleza solo son oponibles frente al Estado (derecho de nacionalidad, asilo o tutela jurisdiccional).

En cambio, en otros derechos, como el caso típico de los derechos de la personalidad, es donde se abre una amplia vía de transgresión de los derechos fundamentales, que consiste en la lesión de estos derechos por otra persona o ciudadano, que puede tener incluso un vínculo jurídico con el titular del derecho amenazado y que no constituyen órganos del Estado o de los poderes públicos (supuesto de las relaciones laborales).

Profundizando en el planteamiento de la eficacia de los derechos de la personalidad, especialmente en el derecho a la intimidad, se hace notar que la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, no es exactamente igual a la vigencia de dichos derechos frente al Estado, donde es posible afirmar, al menos en el plano conceptual, que la intimidad, al igual que otros derechos fundamentales, importa un límite automático y categórico al poder estatal²⁸¹.

¿Dónde residiría la diferencia? Como destaca Robert ALEXY²⁸², *"existe una diferencia fundamental entre la relación Estado/ciudadano y la relación ciudadano/ciudadano. La relación Estado/ciudadano es una relación entre un titular de derecho fundamental y un no titular de derecho fundamental. En cambio, la relación ciudadano/ciudadano es una relación entre titulares de derechos fundamentales"*.

Para garantizar la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas, se hace necesario, en primer lugar, reconocer la virtualidad de estos derechos en el ámbito de las relaciones privadas. La celebración de un contrato bajo el principio de la autonomía de la voluntad y libertad de pactos, donde los sujetos se comprometen a una obligación recíproca o bilateral, tendría como límite el respeto a estos derechos fundamentales.

Pero es que además, en las relaciones privadas, no solo se hace valer un derecho. La situación de equilibrio entre las partes legitima a cada una de ellas a ejercer los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico, pudiéndose ocasionar una colisión entre ellos. Por ello es preciso valorar cuál de ellos predomina y en qué situaciones concretas, en un ámbito en el que no hay derechos absolutos. Será necesario concretar en qué medida el ejercicio de unos y otros es legítimo y cómo afectan a la relación jurídico-privada.

Los casos en los que se puede presentar esta confrontación, en cuanto al objeto de

jurídico-laborales". Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2016. Pág. 48.

²⁸¹ UGARTE CATALDO, JOSE LUIS: "El derecho a la intimidad y la relación laboral". *Boletín Oficial Dirección del Trabajo* (Chile). N.º 139/2000. Agosto, 2000. Pág. 11.

²⁸² ALEXY, Robert: *"Teoría de los Derechos Fundamentales"*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993. Pág. 512.

la controversia, serían los siguientes²⁸³:

- Negocios y actos jurídicos: Comprendería todos los tipos de negocios jurídicos (unilaterales, bilaterales y plurilaterales), cuyo fundamento radica en la autonomía privada (básicamente, en el ámbito de obligaciones y contratos, sin excluir actos de disposición, como sucesiones y donaciones).
- Actos sancionatorios: Abarca las sanciones impuestas por un particular que desempeña una función de autoridad o detenta una situación de tal naturaleza como persona jurídica en derecho privado.
- Actos jurídicos normativos: Se trata de normas dictadas por particulares en forma de estatutos, reglamentos y disposiciones, por las que ejercen un poder atribuido por derecho privado y derivado de una relación jurídico-privada.
- Actos antijurídicos que en desarrollo de la libertad del individuo y en ejercicio de sus derechos, ya sean constitucionales o legales, devienen en antijurídicos por lesionar derechos constitucionales.

1.2. FUNDAMENTOS DOCTRINALES.

El problema sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, surge en Alemania bajo el término “*Drittwirkung*”, o la incidencia de los derechos fundamentales en el Derecho privado y en las relaciones jurídico-privadas²⁸⁴. El concepto está relacionado con los importantes cambios que introdujo la Constitución alemana de 1949 (LFB), cuya principal aportación al constitucionalismo europeo radica en situar el respeto a la dignidad humana y a sus derechos fundamentales como el pilar axiológico sobre el que descansa todo el ordenamiento jurídico²⁸⁵.

Esta posición central de los derechos fundamentales les dota de una vertiente objetiva e institucional de forma que no son solo instrumento de la protección individual frente al Estado, sino también un sistema de valores objetivo que, en cuanto tal, aspira a regir en todos los ámbitos de la comunidad política²⁸⁶. Es lo que se conoce como el efecto “*irradiación*”, que implica que los derechos fundamentales sean respetados en cualquier

²⁸³ En la sistematización propuesta por MENZOZA ESCALANTE, Mijail: “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”. *Revista de Pensamiento Constitucional* (Pontificia Universidad Católica de Perú). N.º 11. 2005. Págs. 249 y 250.

²⁸⁴ GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ BLANCO, Antonio: “*Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. (La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*”. Ed. Civitas. Madrid. 1986. Pág. 11.

²⁸⁵ Establece el art. 1 de la LFB de 1949: “1. La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. 2. El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. 3. Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable”.

²⁸⁶ SCHNEIDER, Hans-Peter: “*Democracia y Constitución*”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991. Pág. 139.

ámbito y no solo frente a lesiones provenientes de los poderes públicos.

El contrapunto está en que esa extensión o “irradiación” de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares, puede resultar incompatible con el principio de autonomía de la voluntad, tradicionalmente considerado como uno de los valores de la libertad individual.

Prácticamente toda la doctrina admite la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, sin embargo, se observan discrepancias respecto a la forma en que se plantea dicha eficacia. En un resumen de las distintas posiciones doctrinales que han intentado afirmar y explicar la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, cabe aludir a las siguientes posturas²⁸⁷:

1.2.1 La eficacia inmediata o directa de los derechos fundamentales.

Esta postura sostiene y defiende que los derechos fundamentales vinculan las relaciones jurídicas entre particulares de modo directo, incluso al margen del desarrollo legislativo que habría dispuesto el legislador. Ello supone la aplicación directa de los derechos fundamentales por los jueces ordinarios en la resolución de los casos que impliquen la vulneración de estos derechos.

De esta forma, este efecto directo implica que los derechos fundamentales no son meras normas de interpretación sino de regulación social y, como valores, corresponde en cuanto a sus contenidos una protección universal. Son fundamentos inmediatos de derechos y obligaciones (NIPPERDEY²⁸⁸ y LEISNER²⁸⁹).

Afirma Hans Carl NIPPERDEY que el efecto jurídico es más bien un efecto directamente normativo que modifica las normas de derecho privado existentes, sin que importe que se trate de derecho vinculante o dispositivo, de cláusulas generales o de determinadas normas jurídicas. Incluso, puede crear otras normas, sean estas prohibiciones, mandatos, derechos subjetivos, leyes de protección o razones de justificación. En este sentido, los derechos fundamentales tendrían un efecto absoluto²⁹⁰.

Un ejemplo en el que se recoge esta doctrina, es la sentencia del Tribunal Federal alemán de 15 de enero de 1955, al considerar nulas las prescripciones contractuales, reglamentos empresariales y convenios colectivos que establecían un tratamiento discriminatorio en cuanto al salario percibido por hombres y mujeres. La razón era la de considerar que el principio de igualdad del art. 3 de la LFB vinculaba de modo directo y obligatorio al caso concreto.

²⁸⁷ Siguiendo la estructura de MENZOZA ESCALANTE, Mijail: “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”. *Revista de Pensamiento Constitucional* (Pontificia Universidad Católica de Perú). N.º 11. 2005. Págs 221 y ss.

²⁸⁸ NIPPERDEY, Hans Carl: “*Grundrechte und Privatrecht*”. Ed. Krefeld, Scherpe, 1961. Págs 5-27.

²⁸⁹ LEISNER, Walter: “*Grundrechte und Privatrecht*”. Ed. C.H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, München 1960. Págs. 306 y ss.

²⁹⁰ NIPPERDEY, Hans Carl: “*Grundrechte und Privatrecht*”. Ed. Krefeld, Scherpe, 1961. Pág. 24.

En otro caso, y por el mismo Tribunal, en una sentencia de 10 de mayo de 1957, se declaró la nulidad de una prescripción de un contrato de trabajo y formación en el que se preveía la disolución unilateral del vínculo laboral por parte del empleador en el supuesto de que la trabajadora contrajese matrimonio. Se sostenía y razonaba que los derechos a la protección del matrimonio y a la familia (art. 6.1 LFB), la dignidad de la persona (art. 1.1 LFB) y libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 LFB) ya no son solo derechos de defensa frente al Estado, sino normas de ordenación de la vida social, de modo que los contratos de derecho privado no podían contrariar el ordenamiento jurídico.

Es decir, que cuando el juez civil, laboral, mercantil, etc. está resolviendo una controversia donde se dilucida si se han lesionado, por ejemplo, derechos como la intimidad, el honor, la integridad personal o el derecho de propiedad, así como el derecho a la igualdad, está realizando en realidad una función como “*juez constitucional*”. El efecto directo se da cuando una conducta de una relación jurídica privada está ordenada, prohibida o permitida por el derecho fundamental. El desarrollo legislativo puede precisarlo o delimitarlo, pero en ese caso, se integra con la norma constitucional. Del efecto “*indirecto*” puede hablarse en relación a la función interpretativa de los derechos fundamentales donde estos intervienen como normas de segundo grado, más no cuando lo hacen como parámetro normativo de un acto, como norma de conducta²⁹¹.

Las críticas a esta posición doctrinal parten de la convicción de que si se admitiera la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, no sólo se estaría desvirtuando el principio de respeto a la autonomía de la voluntad, sino que ello también implicaría convertir al juez ordinario en juez de los derechos fundamentales²⁹². En palabras de BILBAO UBILLOS “*late en el fondo de estas posturas la convicción de que la Drittwirkung puede ser una especie de caballo de Troya que destruya el sistema construido sobre la base de la autonomía privada*”²⁹³.

1.2.2 La eficacia mediata o indirecta.

Esta postura defiende la necesidad de desarrollo legislativo de los derechos fundamentales, con arreglo al cual deben interpretarse, de acuerdo al contenido, alcance y límites establecidos por el legislador (DÜRIG²⁹⁴).

De acuerdo a esta teoría, los derechos fundamentales en tanto decisiones valorativas, normas objetivas o valores iusfundamentales, es decir, en tanto principios objetivos, influyen en la interpretación del derecho privado, es decir, despliegan su efecto

²⁹¹ MENZOZA ESCALANTE, Mijail: “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”. *Revista de Pensamiento Constitucional* (Pontificia Universidad Católica de Perú). N.º 11. 2005. Págs 245-246.

²⁹² En esta línea, HESSE, Konrad: “*Derecho Constitucional y Derecho Privado*”. Cuadernos Civitas. Madrid. 1995. Págs 60-67.

²⁹³ BILBAO UBILLOS, Juan María: “*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. Pág. 283.

²⁹⁴ DÜRIG, Gunter: “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”, en MAUNZ, Theodor: “*Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift fuer Hans Nawiasky*”. Ed. Isar Verlag. München, 1956. Págs 157 y ss.

normativo a través del derecho privado.

El reflejo práctico de esta teoría tuvo su origen en la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán denominada “*sentencia Lüth*”²⁹⁵, que deja claro algunos postulados son los siguientes:

- La función primaria de los derechos fundamentales es asegurar las libertades individuales frente a interferencias de los poderes públicos, pues ello deriva del desarrollo histórico del concepto de derechos fundamentales. Pero la Ley Fundamental ha reconocido en los derechos fundamentales un orden objetivo de valores, que refuerza su efectividad en la medida en que “*de él reciben directrices e impulso la legislación, la administración y la judicatura*”.
- Si bien en una contienda entre particulares, el juez no puede hacer valer directamente entre ellos derechos fundamentales, pues como representante de un poder público debe llevar a cabo una interpretación de las normas jurídicas aplicables al caso conforme a los derechos fundamentales.

Esta influencia se aprecia sobre todo en aquellas disposiciones y principios del derecho privado que son imperativas y forman parte del orden público, cuya concreción se lleva a cabo mediante conceptos jurídicos indeterminados, como la buena fe, las buenas costumbres, el abuso de derecho o el fraude de ley. Esto es lo que sucedió en la sentencia *Lüth*, en la interpretación del art. 826 del Código Civil alemán (BGB) que obliga a que se compense económicamente a aquella persona que ha sufrido un daño como consecuencia de un acto contrario a las buenas costumbres, las cuales permiten un mayor margen para la labor creativa del juez a la hora de interpretar el derecho.

- Por ello, aunque los derechos fundamentales no rijan directamente en las relaciones entre particulares, reciben una protección mediata porque los poderes públicos, especialmente el legislador, sí están directamente obligados a velar por su protección.

En opinión de DE DOMINGO PÉREZ, esta teoría pretende evitar los riesgos que entrañaría otorgar eficacia directa a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Uno de estos riesgos apunta a la posible merma que sufriría el principio de autonomía de la voluntad, en la medida que afectaría al libre desarrollo de la personalidad, ya que los particulares pueden obligarse mutuamente sin otros límites que los que les marque la ley²⁹⁶.

²⁹⁵ Sentencia BVerfGE 7, 198 [Lüth], de 15 de enero de 1958. En síntesis, Erich Lüth dirigió un llamamiento al público, los propietarios de cines y los distribuidores fílmicos, a boicotear las películas que Veit Harlan produjo después de 1945, basado en que Harlan fue el más prominente realizador de filmes nazis, que sirvieron a la propaganda cinematográfica antisemita del nacionalsocialismo. El Tribunal de Primera Instancia de Hamburgo condenó a Lüth a no hacer llamamiento alguno a boicotear la nueva película de Harlan, “*Inmortal Lover*” (“*Unsterbliche Geliebte*”). Fundó su resolución en que su actuación violaba el art. 826 del Código Civil, que establece “*Quien voluntariamente cause daño a otra persona de forma ofensiva hacia las buenas costumbres está obligado a compensarla por el daño causado*”. Lüth recurrió contra esta sentencia al Tribunal Constitucional Federal, que consideró que el boicot de Lüth estaba protegido por la libertad de expresión (art. 5.1 de la LFB).

²⁹⁶ DE DOMINGO PÉREZ, Tomás: “El problema de la drittwirkung de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho”. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de*

De esta forma, en las relaciones entre particulares los derechos fundamentales seguirían estando en manos del legislador, sin que ello altere el deber de protegerlos que pesa sobre los poderes públicos. Sobre este aspecto, cabe destacar la observación de BILBAO UBILLOS sobre si se les podría exigir a los poderes públicos responsabilidades por no haber prestado la debida protección en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, preguntándose además: ¿Puede ser objeto de fiscalización judicial su eventual incumplimiento en un supuesto concreto, a instancia del individuo presuntamente perjudicado, o solo cabe el control político? A esta pregunta responde negativamente, pues implicaría una inconstitucionalidad por omisión²⁹⁷.

Esta teoría de la eficacia mediata o indirecta trata además de resolver el problema derivado de la función del juez ordinario en interpretar y aplicar directamente los derechos fundamentales, al entender que ello dificultaría notablemente su labor.

Ante ello, se trata de potenciar a través de esta teoría el papel del legislador, para facilitar al juez la aplicación de normas claras y respetuosas con los derechos fundamentales. Konrad HESSE afirma en este sentido que “*al legislador del derecho privado corresponde constitucionalmente la tarea de transformar el contenido de los derechos fundamentales, de modo diferenciado y concreto, en derecho inmediatamente vinculante para los participantes en una relación jurídico-privada*”. La consecuencia es que “*al juez civil, finalmente se le libera por principio de la necesidad de una amplia aplicación inmediata de los derechos fundamentales, que por regla general hace imprescindibles problemáticas ponderaciones jurídico-constitucionales*”²⁹⁸.

La crítica a esta postura se origina por la siguiente cuestión: ¿Es razonable imaginar que se puede controlar la actividad judicial en casos de derechos fundamentales, indicando a los jueces que deben resolverlos según el derecho objetivo interpretado bajo el efecto de la irradiación?²⁹⁹ En cualquier caso, tendría que razonar su decisión para declarar que existe violación de un derecho fundamental, lo que crea serias dudas sobre si la vinculación al juez del derecho objetivo es más controlable que la vigencia directa de los derechos fundamentales³⁰⁰.

las Casas (Universidad Carlos III), N.º 11, 2002. Pág. 258.

²⁹⁷ BILBAO UBILLOS, Juan María: “*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. Pág. 285.

²⁹⁸ HESSE, Konrad: “*Derecho Constitucional y Derecho Privado*”. Cuadernos Civitas. Madrid. 1995. Págs. 64-66.

²⁹⁹ DE DOMINGO PÉREZ, Tomás: “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* (Universidad Carlos III), N.º 11, 2002. Pág. 258.

³⁰⁰ BILBAO UBILLOS, Juan María: “*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. Págs. 300-301.

1.2.3 La eficacia de los derechos fundamentales a través del Estado.

Según esta tesis, el problema es solo aparente (SCHWABE³⁰¹), pues se considera que el Estado es el único destinatario de los derechos fundamentales, sin que se produzca un nuevo ámbito de proyección, si bien, en la medida en que un conflicto entre particulares es resuelto por el poder judicial, la afectación del derecho fundamental sería imputable al Estado en la medida en que la autoridad judicial forma parte de éste.

Así, si la legislación o la decisión judicial no observan satisfactoriamente los derechos fundamentales, el legislador y el juez, en cuanto órganos estatales, han intervenido en ellos en forma de mandato o prohibición. Si en la intervención del juez, éste no hubiera respetado los derechos, se produciría una lesión de los mismos.

De acuerdo a esta teoría, los efectos en la relación ciudadano-ciudadano son consecuencias de la sujeción del Estado a los derechos fundamentales en tanto derechos subjetivos públicos. El Estado, al facilitar e imponer un sistema de derecho privado, participa en las afectaciones posibles en este sistema, de los bienes iusfundamentales de un ciudadano por parte de otro ciudadano. Por ello, aunque provocadas en el ámbito privado, estas afectaciones pueden imputarse a la intervención del Estado.

1.2.4 La tesis del deber de protección del Estado.

Esta tesis se basa en el deber de protección del Estado de los derechos fundamentales ante eventuales afectaciones que provengan de otros particulares, a través de dos vías: La legislación de derecho privado y la actuación de los jueces en el ámbito privado (STARCK³⁰² y CANARIS³⁰³).

El influjo de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico privado sobre los deberes específicos de protección y de igualdad, es decir, la eficacia jurídica objetiva de estos derechos, ha de realizarla el legislador en primer término a través de la legislación. El Tribunal ordinario es competente para “rellenar” conceptos legales abiertos, decide el caso particular y realiza de este modo la justicia del caso concreto en el marco de la ley encomendada a la jurisprudencia. El Tribunal Constitucional sólo puede controlar si la decisión del Tribunal ordinario, con las consideraciones aplicables y relevantes para el derecho privado, son compatibles con el derecho fundamental correspondiente³⁰⁴.

Christian STARCK pone el ejemplo de la Constitución federal suiza de 1998, cuyo

³⁰¹ SCHWABE, Jürgen: “Bundesverfassungsgericht und “Drittwirkung” der Grundrechte”, en *Archiv für öffentlichen Recht*, N.º 100. 1975. Págs. 442-470.

³⁰² Un resumen de su obra en STARCK, Christian: “Derechos fundamentales y derecho privado”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 66. Septiembre-diciembre 2002. Págs 65-89.

³⁰³ CANARIS, Claus-Wilhelm: “*Grundrechte und Privatrecht: eine Zwischenbilanz*”. Ed. Walter de Gruyter. Berlín, 1999. Págs. 23 y ss.

³⁰⁴ STARCK, Christian: “Derechos fundamentales y derecho privado”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 66. Septiembre-diciembre 2002. Pág. 79.

art. 35 establece que “Los derechos fundamentales deben aplicarse en todo el ordenamiento jurídico”. Añade, “las autoridades deben velar para que los derechos fundamentales, en la medida en que sea adecuado, sean efectivos también entre particulares”. De la misma forma, los Estados asumen los deberes derivados del CEDH.

En el ámbito de las relaciones laborales, esta teoría defiende que el derecho fundamental de la libertad de profesión (art. 12.1 LFB), o el derecho al trabajo (art. 35 CE), no justifica al trabajador ni un derecho a que se le proporcione un puesto de trabajo ni una garantía de permanecer en el mismo. En consecuencia, no garantiza una protección inmediata contra la pérdida del puesto de trabajo a causa del despido. Sin embargo, atribuye al Estado un deber de garantía derivado del derecho fundamental, es decir, una obligación de defender al trabajador frente al despido del empresario³⁰⁵.

El derecho fundamental al trabajo tiene una clara virtualidad en las relaciones entre particulares como fruto del acuerdo de la voluntad entre empresario y trabajador. Realmente, no necesita una actuación de los poderes públicos para su materialización, pero resulta incompleto sin una acción activa de éstos para su protección³⁰⁶.

1.2.5 El modelo de los tres niveles de Robert Alexy.

Robert ALEXY propone tres niveles que parten de la aceptación general de que la Constitución vincula también a las relaciones jurídico-privadas (ciudadano-ciudadano), planteando como problemas el saber “*como*” (problema de construcción) y “*en qué medida*” (problema de colisión) ejercen esa influencia³⁰⁷:

El primer nivel engloba a los deberes del Estado, en cuanto a normas que enuncian derechos fundamentales como principios u “*orden objetivo de valores*”, de forma que rigen para todos los ámbitos del derecho.

Este nivel abarca la teoría del efecto mediato de terceros, pues el hecho de que las normas iusfundamentales, en tanto principios objetivos, sirvan para todos los ámbitos del derecho, implica que el Estado está obligado a tenerlas en cuenta tanto en la legislación civil, como en la jurisprudencia civil.

El segundo nivel abarca los derechos frente al Estado que determinaría que un derecho del ciudadano frente a la justicia civil implica que ésta tenga en cuenta el principio iusfundamental que haga valer su posición al ciudadano. Si este derecho es lesionado, se lesiona el derecho fundamental. Por tanto, entendiendo que un derecho solo puede ser lesionado por aquel frente a quien existe, es decir, los Tribunales civiles, siendo éstos parte del Estado, se trata de un caso de derechos del ciudadano frente al Estado.

El Tribunal civil tiene que tomar en cuenta los principios iusfundamentales que apoyan las posiciones que respectivamente hacen valer las partes y tiene que aplicar el

³⁰⁵ STARCK, Christian: “Derechos fundamentales y derecho privado”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 66. Septiembre-diciembre 2002. Pág. 87.

³⁰⁶ PÉREZ AGULLA, Sira: “Derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. N.º 108. 2014. Pág. 41.

³⁰⁷ ALEXY, Robert: “*Teoría de los Derechos Fundamentales*”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993. Págs. 516 y ss.

derecho privado vigente en la medida en que ello no sea incompatible en cada interpretación con los principios iusfundamentales.

El tercer nivel aborda los efectos de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre sujetos privados. Los principios iusfundamentales conducen a derechos y deberes en las relaciones entre iguales que, debido a la vigencia de estos principios en la Constitución, son necesarios, pero que sin su vigencia, no lo serían. Este es un fundamento inmediato respecto a terceros. Es decir, hay vinculación de derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas cuando los sujetos de derecho que intervienen, asumen en base a aquéllos un mandato, una prohibición o una permisión.

Ahora bien, las normas iusfundamentales tienen en la relación ciudadano-ciudadano una fuerza de efecto diferente a la que existe en la relación ciudadano-Estado. Un derecho frente al Estado no puede ser al mismo tiempo un derecho de un ciudadano frente a otro ciudadano.

1.3. FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES.

Los anteriores planteamientos doctrinales nos lleva a plantear directamente si los derechos fundamentales contemplados en las declaraciones de derechos de las Constituciones modernas, incluidos los Tratados, Pactos y Acuerdos supranacionales, son exigibles en las relaciones entre particulares (ámbito en el que se engloba a las relaciones laborales, sobre las que aquí interesa a efectos de determinar el alcance de los derechos de la personalidad del trabajador), o en qué medida pueden ser exigibles frente al Estado, en caso de una vulneración por otro particular.

1.3.1 La eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito internacional. El Convenio para la protección de derechos humanos y libertades fundamentales y Tratados de la Unión Europea.

Los Tratados Internacionales, una vez ratificados y publicados, son vinculantes para el Estado español, generando derechos y obligaciones para los ciudadanos y son directamente alegables ante los órganos judiciales, debiéndose aplicar por éstos (al amparo del art. 96 CE).

La Ley 25/2014, de 27 de noviembre³⁰⁸, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, reconoce la eficacia de sus disposiciones, sin que puedan ser derogadas, modificadas o suspendidas, salvo en la forma prevista en los propios Tratados (art. 28). Estas disposiciones prevalecerán además, sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno, en caso de conflicto con ellas, salvo cuando se trate de normas con rango constitucional (art. 31). Además, se impone la obligación de observancia de los Tratados Internacionales por todos los poderes, órganos y organismos del Estado, por tanto, también los judiciales, debiendo garantizar todos ellos el adecuado cumplimiento de estas normas (art. 29).

En este sentido, cabe plantearse la aplicación directa de los Tratados por órganos internos, especialmente, por los órganos judiciales (control de convencionalidad). Se trata de determinar si una norma interna se ajusta o no a las obligaciones derivadas de un

³⁰⁸ BOE de 28 de noviembre.

Tratado Internacional.

ALFONSO MELLADO centra el problema en la forma en que deben aplicarse los Tratados: En ausencia de norma interna, el órgano judicial podrá resolver en atención a los derechos y obligaciones que se deriven del Tratado (salvo cuando no sean ejecutivos, al necesitar una norma de transposición interna). Si entran en colisión con la CE, no podrán ser aplicados sin la previa modificación de la misma. Y si la colisión se produce con una norma interna, incluso legal, el órgano judicial deberá aplicar el Tratado³⁰⁹.

En el ámbito internacional, cabe encontrar muestras de una eficacia “*indirecta*” de los derechos reconocidos en el CEDH y su aplicación por el TEDH, en aquellas decisiones en las que condena a algún Estado por no haber dispensado a sus ciudadanos una protección suficientemente efectiva frente a otros particulares³¹⁰. El Tribunal de Estrasburgo puede llegar a conocer de un conflicto entre particulares a través de dos vías: Cuando debe decidir si un Estado ha vulnerado el Convenio por no haber tomado las medidas necesarias para garantizar el disfrute de los derechos en la esfera privada y cuando tiene que revisar la decisión de un tribunal nacional sobre un conflicto “*inter privatos*”³¹¹.

En España, la Ley 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la LOPJ, asume que las sentencias del TEDH se podrán utilizar como fundamento para plantear el recurso de revisión ante el TS, contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional. Para ello se requiere que el TEDH haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el CEDH y sus Protocolos, y que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión (art. 5 bis LOPJ).

En la UE se hace más patente la dimensión horizontal, por ejemplo en el art. 157 del TFUE (anterior art. 119 del Tratado de CEE), que obliga a los Estados miembros a garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. El efecto directo, se puede constatar a partir de la sentencia del asunto “*Defrenne*”³¹², donde germinó una idea que fue consolidándose y se ha mantenido hasta nuestros días, que no es otra que “*el hecho de que determinados preceptos del Tratado estén formalmente dirigidos a los*

³⁰⁹ ALFONSO MELLADO, Carlos Luis: “La aplicación en el ámbito interno de los tratados internacionales en materia social”. *Trabajo y Derecho*. N.º 12. Diciembre 2015. Pág. 12.

³¹⁰ Véanse, por ejemplo, en el ámbito del TEDH, las sentencias *Evans c. Reino Unido* de 10 de abril de 2007, § 75, y *X & Y c. Países Bajos*, de 26 de marzo de 1985, §§ 23 a 27. Sobre el efecto horizontal de las disposiciones del CEDH, véase SPIELMANN, Dean: “*L’effet potentiel de la Convention européenne des droits de l’homme entre personnes privées*”. Ed. Nemesis/Bruylant. Bruselas, 1995; BESSON, Samantha: “Comment humaniser le droit privé sans commodifier les droits de l’homme”, en WERRO, Franz (ed.): “*Droit civil et Convention européenne des droits de l’homme*”, Schulthess, Zürich, 2006. Págs. 1 a 51.

³¹¹ BILBAO UBILLOS, Juan María: “*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. Pág. 340.

³¹² STJ de de 8 de abril de 1976, 43/75, apartados 31 y 39.

Estados miembros no excluye que ciertos derechos puedan, al mismo tiempo, otorgarse a cualquier particular interesado en la observancia de las obligaciones así definidas y, por otra parte, que la prohibición de vulnerar una libertad fundamental prevista por una disposición del Tratado que tenga carácter imperativo se extiende, en especial, a todos los convenios que tienen por objeto regular, de forma colectiva, el trabajo por cuenta ajena” (STJCE de 17 de diciembre de 2007, asunto Viking, C-438/05, aptdo 58).

Buena muestra de esta eficacia horizontal han sido además el principio de libre circulación de trabajadores dentro de la Unión, la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre trabajadores de los distintos Estados miembros y, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo³¹³.

La eficacia horizontal de estas disposiciones, fundamentalmente en la aplicación del principio de libre circulación, plantea las siguientes cuestiones³¹⁴:

- Las disposiciones sobre libre circulación, ¿pueden imponer determinadas obligaciones a los sujetos privados?

El Tratado no resuelve expresamente la cuestión, pero está claro que estas disposiciones forman parte de un conjunto coherente de normas cuya finalidad es garantizar la libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales entre los Estados miembros, en un mercado de libre competencia³¹⁵. Las normas sobre libre circulación y las normas sobre competencia alcanzan esta finalidad, fundamentalmente, confiriendo derechos a los operadores del mercado. En esencia, protegen a los operadores del mercado facultándoles para impugnar determinados impedimentos a la posibilidad de competir en igualdad de condiciones en el mercado común. La existencia de esta posibilidad es el elemento crucial en la consecución de una distribución eficaz en la Comunidad en su conjunto. Sin las normas sobre libre circulación y competencia resultaría imposible alcanzar el objetivo fundamental de la Comunidad de tener un mercado común que funcione³¹⁶. Ello no hace válido el argumento *a contrario* de que el Tratado excluye el efecto horizontal de las disposiciones sobre libre circulación. Ahora bien, este efecto horizontal se derivaría lógicamente del Tratado cuando fuera necesario para permitir que los operadores del mercado de toda la Comunidad tuvieran las mismas oportunidades de acceder a cualquier parte del mercado común.

³¹³ Véase un análisis en profundidad en TAPIA HERMIDA, Antonio: “Libertades fundamentales (libre prestación de servicios y libertad de establecimiento) y medidas de conflicto colectivo (la comunidad no solo tiene una finalidad económica, sino también social). [Comentario a las SSTJCE de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05 (International Transport Workers’ Federation, Finnish Seamen’s Union y Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti), y de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05 (Laval un Partneri Ltd y Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet)]”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 301. Abril 2008. Págs 79 a 116.

³¹⁴ Abordadas en las Conclusiones del Abogado General, Sr. POIARES MADURO, de 23 de mayo de 2007, en la STJCE de 17 de diciembre de 2007, asunto Viking, C-438/05.

³¹⁵ STJ de 10 de enero de 1985, Leclerc (229/83), apartado 9.

³¹⁶ Conclusiones del Abogado General en la STJ de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03), apartados 37a 40.

- ¿Implica el Tratado que, para garantizar el correcto funcionamiento del mercado común, las disposiciones sobre libre circulación protegen los derechos de los operadores del mercado no sólo limitando las facultades de las autoridades de los Estados miembros, sino también limitando la autonomía de los demás operadores?

Parte de la doctrina ha propuesto que se responda a la cuestión de forma rotundamente negativa –su principal argumento es que las normas sobre competencia bastan para hacer frente a las interferencias en el correcto funcionamiento del mercado común de operadores no estatales³¹⁷. Otros, sin embargo, han señalado que una actuación particular –es decir, una actuación que no emana en último término del Estado y a la que no se aplican las normas sobre competencia– puede, desde luego, obstaculizar el correcto funcionamiento del mercado común y, por lo tanto, sería un error excluir categóricamente tal actuación de la aplicación de las normas sobre libre circulación³¹⁸.

Parece que esta última opinión es más realista y además, es la que apoya la jurisprudencia. El TJUE ha reconocido que las normas sobre libre circulación pueden limitar la autonomía de los particulares, especialmente en sus sentencias *Comisión/Francia*³¹⁹ y *Schmidberger*³²⁰. Ambos asuntos se apoyan fundamentalmente en el razonamiento de que los actos de los particulares pueden poner en peligro los objetivos de las disposiciones sobre libre circulación. Por lo tanto, el TJUE declaró que no se puede permitir a los particulares actuar sin tener en cuenta adecuadamente los derechos que se derivan para los demás particulares.

Se trata de una forma alternativa de provocar el efecto horizontal de los derechos constitucionales, concretamente, haciendo derivar de estos derechos una obligación del Estado de intervenir en situaciones en que los derechos constitucionales de un particular se ven amenazados por la actuación de otro. Resultado de ello y también, una forma común de conferir fuerza normativa a los derechos constitucionales en las relaciones horizontales, es considerarlos vinculantes para el juez a la hora de resolver un asunto entre particulares. Ya sea al interpretar una cláusula contractual, al pronunciarse en una

³¹⁷ MARENCO, Giuliano: "Competition between national economies and competition between businesses – a response to Judge Pescatore", *Fordham International Law Journal*, Vol.10. 1987. Pág. 420. La misma opinión parece haber motivado el *obiter dictum* del apartado 30 de la sentencia de 1 de octubre de 1987, *Vlaamse Reisbureaus* (311/85), y en el apartado 74 de la sentencia de 6 de junio de 2002, *Sapod Audic* (C-159/00).

³¹⁸ PESCATORE, Pierre: "Public and Private Aspects of European Community Law". *Fordham International Law Journal*, Vol.10. 1987. Págs. 373 y ss., especialmente págs. 378 y 379; BAQUERO CRUZ, Julio: "Free movement and private autonomy". *European Law Review*, 1999. Págs. 603 a 620; WAELBROECK, Michel: "Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE", en F. CAPOTORTI, Francesco: "*Du droit international au droit de l'intégration: Liber amicorum Pierre Pescatore*". Ed. Nomos, Baden-Baden, 1987. Págs. 781 a 803.

³¹⁹ STJ de 9 de diciembre de 1997, *Comisión/Francia* (C-265/95). En este asunto, el resultado de los violentos actos de protesta de los agricultores franceses consistió en negar a otros la libertad de vender o importar frutas y verduras de otros Estados miembros.

³²⁰ STJ de 12 de junio de 2003 (C-112/00). En el asunto *Schmidberger*, el Tribunal de Justicia ponderó el derecho a la libertad de expresión de un grupo de manifestantes con el derecho de una empresa de transporte a transportar libremente mercancías de un Estado miembro a otro y, en este sentido, aplicó horizontalmente el principio fundamental de libre circulación.

reclamación por daños y perjuicios o al resolver una solicitud de medidas cautelares, el órgano jurisdiccional, como órgano del Estado, está obligado a dictar una sentencia que respete los derechos constitucionales de las partes³²¹.

La delimitación de los derechos individuales de esta forma se conoce como "*mittelbare Drittwirkung*", o efecto horizontal *indirecto*. El resultado es que las normas constitucionales dirigidas al Estado se transforman en normas jurídicas que se aplican entre particulares, ilustrando que "*el gobierno es el tercero en todo litigio entre particulares y lo es a través de la propia Ley y del juez que la aplica*"³²².

- ¿A qué tipo de actuaciones de los particulares se aplican las normas sobre libre circulación?

La consecuencia es que las normas sobre libre circulación se aplican directamente a toda actuación de un particular que pueda impedir de forma eficaz a otros ejercer su derecho a circular libremente. Pero, ¿cómo debe determinarse si éste es el caso? No parece que exista una respuesta sencilla a esta cuestión. El TJUE, en su jurisprudencia, ha actuado con cautela al reconocer la aplicación horizontal directa de las normas sobre libre circulación en casos específicos.

La aplicación de las disposiciones sobre libre circulación a las acciones de los particulares reviste una particular importancia en el ámbito de las condiciones laborales y el acceso al empleo³²³. El TJUE lo ha reconocido en la sentencia *Angonese*, cuando aplicó el art. 39 TCE a un banco privado de Bolzano³²⁴. El Sr. *Angonese* deseaba participar en una oposición para un puesto en ese banco. Sin embargo, la participación en la oposición estaba condicionada a la posesión de un certificado de bilingüismo que expedían las autoridades de Bolzano y sólo podía obtenerse en esa provincia. Tal condición reproducía un requisito que existía en el pasado para el acceso a la función pública y, en este sentido, prolongaba una práctica consolidada. Tal como señaló el TJUE en su sentencia, los residentes en Bolzano normalmente obtenían el certificado en previsión de tener que presentarlo al buscar empleo y lo consideraban "*una etapa prácticamente obligatoria en el proceso normal de formación*". Aunque el Sr. *Angonese* no poseía el certificado, era perfectamente bilingüe y tenía otros diplomas que daban fe de ello. Sin embargo, se le denegó el acceso a la oposición.

De todo lo anterior, resulta que las disposiciones sobre libre circulación se aplican a las actuaciones de los particulares que, debido a su efecto general sobre los titulares de derechos a la libre circulación, pueden restringirles el ejercicio de estos derechos, creando

³²¹ Véase la STJ de 8 de abril de 1976, *Defrenne* (43/75), apartados 35 a 37 y 40, que interpretó de esta forma el efecto horizontal. Véase también la STJ de 22 de enero de 1981, *Dansk Supermarked* (58/80), apartado 12.

³²² SHAPIRO, Martin y STONE SWEET, Alec: "*On Law, Politics & Judicialization*". Oxford University Press, Oxford, 2002. Pág. 35. Véase también SUNSTEIN, Cass: "*State Action is Always Present*". *Chicago Journal of International Law*, Vol 3, N.º 2. 2002. Págs. 465-469.

³²³ STJ de 8 de mayo de 2003, *Deutscher Handballbund* (C-438/00), apartado 32, confirmada por la STJ de 12 de abril de 2005, *Simutenkov* (C-265/03), apartado 33.

³²⁴ STJ de 6 de junio de 2000, *Angonese* (C-281/98).

obstáculos que no puedan eludir razonablemente.

- ¿Cómo puede conciliarse el efecto horizontal de las disposiciones sobre libre circulación con el respeto de la forma en que la legislación nacional decide proteger la autonomía privada y resolver conflictos entre sujetos privados?

La conclusión de que determinados sujetos privados están sometidos a las normas sobre libre circulación no supone el fin de su autonomía privada. Tampoco significa necesariamente que estén sometidos exactamente a los mismos estándares que las autoridades estatales. El TJUE puede aplicar distintos baremos en su análisis, dependiendo de la procedencia y de la gravedad del obstáculo al ejercicio del derecho a la libre circulación, y de la fuerza y validez de las contrapuestas reivindicaciones de autonomía privada. En otras palabras, los sujetos privados pueden todavía seguir haciendo a menudo cosas que las autoridades públicas no pueden.

El TJUE ha reconocido que los Estados miembros disponen de una facultad de apreciación a la hora de evitar los obstáculos a la libre circulación que tienen su origen en la actuación de los sujetos privados³²⁵. A este respecto, el TJUE ha declarado que *“no corresponde a las instituciones comunitarias sustituir a los Estados miembros para dictarles las medidas que deben adoptar y aplicar efectivamente para garantizar el ejercicio del derecho a la libre circulación”*³²⁶. De ahí que las disposiciones sobre libre circulación no siempre ofrezcan una solución específica para cada caso, sino que simplemente fijen unos límites dentro de los cuales puede resolverse un conflicto entre dos sujetos privados.

Esto tiene una consecuencia importante: Incluso en los casos que entran dentro de su ámbito de aplicación, las disposiciones sobre libre circulación no sustituyen al derecho nacional como marco jurídico pertinente para la evaluación de los conflictos entre sujetos privados. Por el contrario, los Estados miembros tienen libertad para regular la conducta privada siempre que respeten los límites establecidos por el derecho comunitario. De todo ello, se consigue un equilibrio por el que el derecho nacional, que se basa en los valores del ordenamiento jurídico nacional, conserva su propio lugar en el marco normativo que regula los conflictos entre particulares. Al mismo tiempo, se garantiza la efectividad del derecho comunitario.

En definitiva, parece claro que se reconoce la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el ámbito de los Tratados, si bien, esa eficacia, en algunas ocasiones, solo puede ser desplegada a través de una necesaria e imprescindible intermediación del legislador. En este sentido, no faltan autores que añaden el carácter declarativo de esta intervención, pero nunca constitutivo, al entender que un derecho cuyo reconocimiento depende del legislador, no es un derecho fundamental, sino un derecho de rango simplemente legal³²⁷.

³²⁵ STJ de 12 de junio de 2003 (C-112/00). Apartados 82, 89 y 93.

³²⁶ STJ de 9 de diciembre de 1997, Comisión/Francia (C-265/95).

³²⁷ UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio: “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Reflexiones sobre su influencia en el ámbito penal”. *Revista Vasca de Administración Pública*. N.º 82 (II). 2008. Págs. 282-283 y BILBAO UBILLOS, Juan María: “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. Págs 296-297 y 343-348.

Sin embargo, no se puede obviar la interpretación que el TC ha llevado a cabo sobre la aplicación de las normas del derecho de la Unión Europea en nuestro país. Si bien, no tienen “*rango y fuerza constitucionales*”, el TC tiene el deber de valorar los actos de los poderes públicos sometidos a su enjuiciamiento, tanto cuando dichos actos aplican las normas de la UE como cuando se plantea que son contrarios a las mismas. Y, desde la perspectiva más concreta del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a un proceso con todas las garantías, el Tribunal debe velar por que los jueces y tribunales resuelvan “*conforme al sistema de fuentes establecido*”. Entre esas “*fuentes*” está el derecho comunitario y es al TC a quien corresponde, “*velar por el respeto del principio de primacía del derecho de la Unión*” cuando, “*exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea*” (STC 232/2015, de 5 de noviembre).

Si bien el hecho de que los jueces españoles tengan que aplicar el Derecho comunitario por encima incluso de la CE, puede parecer sorprendente, la Declaración del TC 1/2004, de 13 de diciembre³²⁸, ya entendió que la primacía del Derecho comunitario no contradice la supremacía de la CE, por cuanto supremacía y primacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferentes. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y es fuente de validez de las que están por debajo, que son inválidas si contradicen lo dispuesto en la primera. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de distintas normas, en principio todas válidas, de las cuales, sin embargo, unas de ellas tienen capacidad para desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente debido a distintas razones³²⁹.

1.3.2 La eficacia directa de los derechos fundamentales en la Constitución Española.

1.3.2.1 La ausencia de previsión constitucional expresa y el reconocimiento implícito de la compatibilidad entre la eficacia directa e indirecta.

No hay en la CE un apoyo legal expreso que permita acoger la tesis de la eficacia directa frente a terceros de los derechos fundamentales³³⁰, pero tampoco se excluye: “*La Constitución Española no ofrece ninguna base textual que recomiende excluir dicha eficacia con carácter general*”³³¹.

³²⁸ Ante el requerimiento (asunto n.º 6603-2004) formulado por el Abogado del Estado, en nombre y representación del Gobierno de la Nación, acerca de la existencia o inexistencia de contradicción entre la CE y los arts. I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004.

³²⁹ BARRERO ORTEGA, Abraham: “La transformación de la Constitución Española a la luz del Derecho Constitucional Europeo”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. N.º 10. Julio-Diciembre 2008.

³³⁰ GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ BLANCO, Antonio: “*Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. (La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*”. Ed. Civitas. Madrid. 1986. Pág. 48.

³³¹ PRIETO SANCHÍS, Luis: “*Estudios sobre derechos fundamentales*”. Ed. Debate. Madrid, 1990. Pág. 210.

Frente a esta “*indeterminación*” constitucional, la mayoría de la doctrina trata de fundamentar la exigibilidad inmediata de estos derechos en distintos preceptos de la CE, entre los que cabe destacar la cláusula del Estado social de derecho (art. 1.1), el reconocimiento de la sujeción de los ciudadanos a la CE, del art. 9.1, el mandato de igualdad sustancial del art. 9.2 y la declaración del art. 10.1.

El fundamento constitucional parte de la sujeción genérica de “*los ciudadanos y los poderes públicos*” - poderes públicos y particulares - al respeto de la propia CE y del resto del ordenamiento jurídico, pilar que se consagra en el art. 9.1, que establece la fuerza normativa de la CE y contempla la sujeción a ésta no solo de los poderes públicos, sino del conjunto de los ciudadanos. El propio TC manifestó “*que la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su art. 9.1 donde se dice que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución», sujeción o vinculatoriedad normativa que se predica en presente de indicativo, esto es, desde su entrada en vigor ...*” (STC 80/1982, de 20 de diciembre, FJ 2º).

Aunque los derechos y libertades fundamentales hayan sido concebidos inicialmente como derechos públicos subjetivos, y, por ello, encuentran su principal obligado en el poder público, lo cierto es que la extensión de la vinculación de los derechos fundamentales a los particulares, sean éstos personas físicas o jurídicas, es una consecuencia paralela al imparable avance de la pretensión del texto constitucional de convertirse en una auténtica norma jurídica suprema y, sobre todo, de organizarse en torno al principio estructural del Estado social de derecho (STC 18/1984, FJ 6º).

Tampoco el art. 53.1 CE proscribía que los derechos fundamentales rijan en las relaciones entre particulares, ya que cuando explicita que “*los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos*”, tiene por objeto regular las fuentes o los modos de producción normativa de los derechos fundamentales, por lo que es natural que la referencia se haga exclusivamente a los poderes públicos³³².

Un paso más consiste en analizar si entonces, a tenor del art. 53.1, los derechos fundamentales son directamente aplicables, o bien, necesitan de un desarrollo legislativo (eficacia directa o indirecta). Así, sin perjuicio de su desarrollo legislativo (restringiendo su regulación y desarrollo a la Ley que, además, deberá respetar su contenido esencial), no hay impedimento alguno para considerarlos directamente aplicables, sin necesidad del intermedio de una Ley³³³.

Además, en este sentido proporciona un claro argumento a contrario el art. 53.3 CE, que condiciona la aplicabilidad judicial de los “*principios rectores de la política social y económica*” a su desarrollo por la Ley, condición no exigible para la aplicación de las normas constitucionales referentes a los derechos fundamentales.

³³² PRIETO SANCHÍS, Luis: “*Estudios sobre derechos fundamentales*”. Ed. Debate. Madrid, 1990. Pág. 210.

³³³ GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo: “*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*”. Ed. Civitas. Madrid. 1981. Pág. 73.

Sobre la base del art. 53.1, también la doctrina laboral ha entendido la vinculación inmediata de aquellos derechos no condicionados expresamente a un complemento legislativo, pues si entendiéramos que el segundo inciso de este apartado pudiera interpretarse de forma que difiere su eficacia hasta que se publique la ley que los desarrolle, la efectividad de todos los derechos contemplados en este Capítulo Segundo quedaría aplazada *sine die*, de forma que las disposiciones constitucionales que los reconocen tendrían una preceptividad o imperatividad "*diferida*", lo que llevaría a admitir la voluntad del legislador ordinario, como presupuesto para decidir sobre la aplicabilidad de la parte más importante de la CE y, además, de modo inapelable, porque no hay medio hábil en nuestro derecho para provocar la declaración de inconstitucionalidad por omisión del legislador sobre el que pesa un mandato constitucional de normar.

Por tanto, la posible antinomia solo se salva si se interpreta el art. 53.1 en el sentido de que no pretende exigir que todo derecho o libertad se regule necesariamente por Ley para ser ejercitado, sino que se limita a prever la mera posibilidad de tal regulación legal. Con independencia de que dicha regulación se produzca o no, determinados derechos fundamentales son, desde el momento mismo de su proclamación constitucional, ejercitables frente a los poderes públicos y frente a los particulares³³⁴.

De todo ello se deriva la eficacia directa o inmediata, por la que los derechos fundamentales "*rigen inmediatamente como derechos subjetivos incondicionales en las relaciones privadas, que no solamente informan de los derechos del ciudadano ante el poder público, sino en cualquier situación y frente, también, a otro sujeto privado*"³³⁵.

También los arts. 10.1 y 1.1 CE constituyen un sólido argumento para reconocer la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

PECES BARBA considera que si el respeto a los derechos de los demás constituye el fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1), implica que debemos considerarlos "*informadores de las relaciones sociales, entre las que se encuentran, por supuesto, las relaciones entre particulares*". Respecto al art. 1.1 se trata de enraizar los derechos fundamentales en los valores superiores del ordenamiento, de forma que si éstos no se restringen al ámbito del derecho público, se propugnan para todo el ordenamiento jurídico³³⁶.

Por último, algunos han encontrado el fundamento en los arts. 9.1 y 10.1 de la CE en relación al 9.2, pues al exigir éste último que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas (mandato de igualdad sustancial), supone reclamar que sean respetadas no sólo por el Estado, sino también por el resto de los ciudadanos³³⁷.

³³⁴ MONTOYA MELGAR, Alfredo: "Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral". *Revista de Política Social*. N.º 121. Enero-Marzo 1979. Págs 316-317.

³³⁵ ROJAS RIVERO, Gloria Pilar "*La Libertad de Expresión del Trabajador*". Ed. Trotta. Madrid. 1991. Pág. 40.

³³⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: "*Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*". Univ. Carlos III-BOE. Madrid. 1995. Pág. 628.

³³⁷ MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, Antonio Luis: "*La garantía del contenido esencial de los derechos*

1.3.2.2 La influencia de la función legislativa en la eficacia de los derechos fundamentales.

La vinculación constitucional tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos, impide considerar que los derechos fundamentales carezcan de eficacia frente a terceros, tanto de forma directa, como a través del legislador (regulando las relaciones sociales conforme al respeto de los derechos fundamentales) y de la Jurisdicción (los jueces y tribunales están obligados a dotar de eficacia y respetar los derechos fundamentales en esas relaciones, al encontrarse vinculados como poder público).

Es al legislador al que incumbe la función de concretar el alcance de los derechos fundamentales en las relaciones horizontales mediante la regulación del contenido y las condiciones de ejercicio de los mismos. La Ley fijará las pautas para una correcta articulación entre el derecho que se trate y los derechos o bienes que pueden entrar en conflicto, otorgando preferencia, en su caso, a alguno de ellos. Siguiendo a BILBAO UBILLOS, los derechos fundamentales desplegarían eficacia frente a particulares cuando y en la medida en que el legislador ordinario así lo hubiese previsto³³⁸.

La pregunta no es, a juicio de JIMÉNEZ CAMPO, si la eficacia entre particulares de estos derechos puede quedar condicionada a la mediación legal, sino más bien, si así tiene que ser, es decir, si solo corresponde al legislador la introducción de los derechos fundamentales en el orden jurídico-privado, o si también puede hacerlo, a partir de la propia CE, el órgano judicial. De la eficacia inmediata o directa, cabe solo hablar si se acepta y defiende que el juez puede, en ausencia de ley, hacer valer los derechos constitucionales frente a quien no es poder público³³⁹.

Así pues, la obligación primera del legislador es disciplinar normativamente estas relaciones privadas, de forma que siempre se vean preservados y garantizados los derechos fundamentales. Si ello no ocurre, u ocurre de manera imperfecta, es entonces cuando ha de entrar en juego la doctrina de la eficacia social u horizontal de los derechos fundamentales, para hacer real y efectivo el sistema axiológico que para el Estado constitucional democrático conforman los derechos fundamentales, abriendo caminos para que quienes han visto lesionados sus derechos en estas relaciones, puedan obtener su tutela de jueces y tribunales.

En este sentido, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, incide en que el Estado debe actuar como garante, respondiendo tanto de las violaciones de derechos fundamentales que provengan de sus órganos, como de aquellos ataques que proceden de los particulares.

fundamentales". Centro de Estudios Constitucionales. 1997. Pág. 88 y MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, Antonio Luis: "El art 9.2 CE y su significación en el sistema constitucional de derechos fundamentales". *Revista de las Cortes Generales*. N.º 40. 1997. Págs. 111-128.

³³⁸ BILBAO UBILLOS, Juan María: "*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. Págs. 289 y 290.

³³⁹ JIMÉNEZ CAMPO, Javier: "Prólogo", en BILBAO UBILLOS, Juan María: "*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. Pág. 20.

Esta vigencia de los derechos fundamentales entre particulares deriva de la dimensión objetiva de aquéllos, en cuanto se trata de elementos del ordenamiento general cuya existencia ha de ser tenida en cuenta a lo largo de todo su despliegue en los diversos sectores y disciplinas, quedando el Estado como garante de la afirmación de los derechos fundamentales en todo su ordenamiento³⁴⁰.

De todo ello, cabe concluir que del texto constitucional español se aprecia que los derechos fundamentales rigen en las relaciones entre particulares, tanto de forma directa, como indirecta, haciendo así compatibles ambas doctrinas de origen alemán, ya que parece perfectamente conciliable que los derechos fundamentales sean directamente aplicables con el hecho de que el legislador trate de regular y encauzar su vigencia³⁴¹.

A ello no se opone el hecho de que en determinados casos, aquellos expresamente previstos por la propia CE, la efectividad del derecho queda condicionada a su desarrollo legal, de modo que hasta que ésta no se produzca no podrá nacer el derecho, como por ejemplo, en el caso de la intimidación frente al uso de la informática, que “*la ley limitará*” (art. 18.4), o en el derecho a intervenir en el control de los centros educativos públicos “*en los términos que la ley establezca*” o del derecho de petición, “*en la forma y con los efectos que determine la ley*” (art. 29.1) y tal podría ser también el caso del derecho a la negociación colectiva, que “*la ley garantizará*” (art. 37.1).

En otros casos, la CE no se limita a trasladar al legislador ordinario la carga de dotar de efectividad el correspondiente derecho o libertad, sino que prefiere trazar una directriz o programa, no ya al legislador, sino a los poderes públicos, para obtener de ellos las medidas que hagan posible el nacimiento y ejercicio de derechos a determinadas prestaciones públicas. Es el caso del art. 40.1, cuando dispone que los poderes públicos “*realizarán una política orientada al pleno empleo*”, o del art. 41, cuando ordena a esos poderes públicos “*el mantenimiento de un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos*”³⁴².

Y a ello contribuye la jurisprudencia constitucional en algunos pronunciamientos de forma clara y precisa. La STC 18/1994, de 7 de febrero, sintetiza que “*en un Estado social de Derecho como el que consagra el art. 1 de la Constitución no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social*” (FJ 6º) y la STC 177/1988, de 10 de octubre, es terminante, especialmente en la aplicación del principio de igualdad, pues si bien la CE sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios. Por ello, el TC ha reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los

³⁴⁰ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”. *Revista de Estudios Políticos*. N.º 71. Enero-marzo 1991. Pág. 93.

³⁴¹ DE DOMINGO PÉREZ, Tomás: “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* (Universidad Carlos III), N.º 11, 2002. Pág. 265.

³⁴² MONTOYA MELGAR, Alfredo: “Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral”. *Revista de Política Social*. N.º 121. Enero-Marzo 1979. Págs. 317-318.

mismos. “Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato. No cabe olvidar que el art. 1.1 C.E. propugna entre los valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad, y que el 9.2 encomienda a todos los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas” (FJ 4º)³⁴³.

Ahora bien, la sujeción de los poderes públicos a la CE y a los derechos fundamentales reconocidos, no tiene el mismo alcance que la vinculación a los particulares. El propio TC alude a que la sujeción de los ciudadanos a la CE “se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos; mientras los primeros tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos, los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución” (STC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3º).

Sin embargo, es conveniente distinguir el grado de eficacia de los distintos derechos en las relaciones privadas. El derecho de huelga, por ejemplo, o la libertad sindical, son derechos fundamentales cuyo ámbito de operatividad son las relaciones entre particulares, pues quedarían vacíos de contenido si no vincularan a los particulares. A éstos, cabría añadir el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, o a la cláusula de conciencia que puedan invocar los profesionales de la información frente a las empresas en las que trabajan. Su reconocimiento constitucional se identifica con su eficacia frente a terceros. Esta eficacia formaría parte de del contenido esencial del derecho fundamental, indisponible para el legislador³⁴⁴.

Por otra parte, conviene matizar que la vigencia en las relaciones entre particulares de los derechos fundamentales dependerá del contenido de éstos, ya que hay derechos que por su propia naturaleza y contenido no pueden referirse sino a las relaciones en las que la obligación pertenece al Estado, siendo solo oponibles frente a éste (derecho a entrar y salir libremente de España, en el art. 19 CE, derechos de participación política del art. 23 CE, derecho a un juez ordinario predeterminado por la Ley, en el art. 24 CE o el principio de legalidad penal, del art. 25 CE)³⁴⁵.

³⁴³ En este sentido, SSTC 6/1995, de 10 de enero (FJ 2º), 90/1997, de 6 de mayo (FJ 4º) y en el ámbito laboral, en relación al convenio colectivo, la STC 36/2011, de 28 de marzo, establece que “ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución y, en concreto, las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y a la no discriminación” (FJ 2º).

³⁴⁴ BILBAO UBILLOS, Juan María: “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. Pág. 357.

³⁴⁵ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”. *Revista de Estudios Políticos*. N.º 71. Enero-marzo 1991. Pág. 93.

1.3.2.3 La eficacia directa a través de la vía judicial y el recurso de amparo.

Sin perjuicio del posterior estudio de los mecanismos de defensa y de la tutela judicial de los derechos fundamentales, cabe adelantar ahora que la protección jurisdiccional en España se desdobra en dos niveles: La dispensada en primera línea por jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria y la encomendada al TC, que tiene atribuida la competencia para resolver, en determinadas circunstancias, recursos de amparo. Se trata de un sistema “*escalonado*” que gradúa la intensidad de la respuesta defensiva en función no sólo del derecho lesionado, sino también de la procedencia de la violación³⁴⁶.

En cuanto al primer nivel, es en sede judicial ordinaria donde se plantean las controversias sobre el alcance y eficacia de los derechos fundamentales en una relación privada, sobre todo en las que existe un poder de una de las partes sobre la otra. El poder empresarial de dirección y control de la relación laboral al amparo de la libertad de empresa ha provocado una reacción de defensa de los derechos fundamentales del trabajador. El enfoque judicial de la cuestión se ha centrado en la necesaria adaptabilidad entre estos derechos determinando en cada caso cual debe ser prevalente, sobre la base del principio de proporcionalidad³⁴⁷.

Respecto al recurso de amparo, el TC admite el conocimiento de las vulneraciones de derechos fundamentales entre particulares, si bien, a través de una interpretación flexible que permite recurrir aquellos actos judiciales que en realidad no son lesiones directamente causados por éstos, sino que traen su origen de anteriores violaciones de los derechos fundamentales de particulares, a las que los órganos judiciales no han puesto remedio.

En principio, la configuración constitucional del recurso de amparo en nuestro ordenamiento es un proceso dirigido a proteger al ciudadano de los ataques de sus derechos fundamentales frente a los poderes públicos. Ahora bien, en estos actos se encuadran por tanto, las resoluciones judiciales que si bien no vulneraron los derechos de las partes directamente, sí traen su origen en conductas de los particulares constitutivas de lesiones de derechos fundamentales que los tribunales no habían reparado.

De esta forma, en el proceso de amparo ante el TC, aunque formalmente lo que se recurre es la sentencia de un juez, la vulneración impugnada trae su origen en una violación del derecho fundamental por un particular.

Por tanto, el TC, al rebajar el rigorismo procesal de la LOTC respecto al conocimiento por su parte de las violaciones que trajeran su causa, directa e inmediata, de acciones u omisiones de los órganos judiciales, ha posibilitado el reconocimiento de la eficacia a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, al proporcionar

³⁴⁶ LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando: “*Derechos fundamentales y libertad negocial. Sobre el espacio constitucional para la autonomía de la voluntad entre particulares*”. Ministerio de Justicia. 1990. Pág. 85.

³⁴⁷ SEPÚLVEDA GÓMEZ, María: “Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el uso del correo electrónico en la relación laboral. Límites y contra límites. Sentencia del Tribunal Constitucional 170/2013, de 7 de octubre de 2013”. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 122. 2013. Pág. 201. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4595486>

su protección a los mismos en el nivel de amparo constitucional³⁴⁸.

1.3.3 Derechos fundamentales y autonomía privada.

1.3.3.1 La eficacia genérica de los derechos fundamentales frente a la genérica libertad de todos: El deber de respeto a los derechos ajenos.

La autonomía privada es la expresión originaria de la libertad. Sin embargo, para garantizar esta libertad es fundamental el papel del Estado. En palabras de BÖCKENFÖRDE, “A la distinción entre Estado y sociedad subyace la idea del individuo que se autogobierna cuya autonomía respecto del Estado debe ser preservada. A él sirve la dicotomía de libertad privada y vinculación estatal. Ello da lugar a un reparto de las justificaciones: No es el individuo que ejerce su libertad el que ha de dar razón de ello; es el Estado que interviene en tal derecho de libertad el que ha de justificarse. El Estado tiene encomendadas tareas limitadas, en particular la garantía de la paz, la seguridad y la libertad. Las intervenciones del Estado en la libertad individual solamente serán, así, válidas, en la medida en que sean necesarias para satisfacer tales tareas; solo con tal reserva estamos dispuestos a otorgar al Estado la competencia sobre la competencia”³⁴⁹.

La teoría de los derechos públicos subjetivos (GERBER, JELLINEK) se ve hoy fuertemente contestada y matizada a partir de la realidad del Estado Social y democrático de derecho, en buena medida superador de la *summa divisio* Estado/sociedad, que disuelve las barreras entre lo público y lo privado y donde la Constitución es más que normativa (CRUZ VILLALÓN) o normativa en sentido estricto, dado que no solo vincula a los poderes públicos, sino también a los particulares, por lo que los derechos fundamentales despliegan también su eficacia en el terreno de sus relaciones. A ello conduce la doble naturaleza, subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales, con la que estos son concebidos en este tipo particular de Estado³⁵⁰.

Si los derechos fundamentales son elementos esenciales del ordenamiento objetivo (y no sólo como derechos subjetivos de sus titulares) han de tener operatividad en el derecho común funcionando como principios o cláusulas generales que influyen y modulan los principios y reglas que rigen las relaciones “*inter-privatos*” y a su vez, esos principios, también influyen en el despliegue concreto de las relaciones del derecho fundamental que se trate.

No se puede olvidar que la autonomía privada también se contempla en la CE, donde más allá de otorgar al individuo un ámbito de libertad frente al Estado, los derechos fundamentales garantizan al particular frente a terceros un derecho de protección por el

³⁴⁸ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”. *Revista de Estudios Políticos*. N.º 71. Enero-marzo 1991. Pág. 95.

³⁴⁹ En BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang: “*Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatslehre und zum Verfassungsrecht*”. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1976, citado en LÓPEZ PINA, Antonio: “La autonomía privada y los Derechos Fundamentales. Los intereses generales, mandato constitucional”. *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED). N.º 20. 2007. Pág. 146.

³⁵⁰ Un estudio sobre la teoría y evolución de los derechos públicos subjetivos puede consultarse en MAESTRO BUELGA, Gonzalo: “Los derechos públicos subjetivos en la historia del constitucionalismo español del siglo XIX”. *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 41. Págs. 119-175.

Estado. La sociedad civil se constituye sobre los pilares de la propiedad privada, la libertad de empresa, la libertad de contratar y de invertir y la libertad profesional y de trabajo (arts 33, 35 y 38 CE). En cuanto derechos reconocidos constitucionalmente, contienen una encomienda de protección y regulación para el legislador³⁵¹.

La cuestión radica en determinar en qué medida los derechos fundamentales aparecen como límite a la autonomía privada. La proclamación de estos derechos podría interpretarse como contraria a la noción misma de libertad, porque penetra en el ámbito de la autonomía contractual. ¿En qué medida los derechos fundamentales pueden limitar la libertad negocial o, por el contrario, en que medida deben respetarla?

La tensión entre derechos fundamentales y autonomía privada se manifiesta en la eficacia de los negocios jurídicos en los que el propio titular acepta una limitación en el ejercicio de sus derechos. Pero esta limitación es fruto de la propia libertad personal, que en ningún caso ampara la lesión de derechos, sino el respeto y equilibrio entre ellos³⁵².

Conviene referirnos en este punto, aunque sea brevemente, a algunas nociones que la doctrina civil ha ido construyendo para su aplicación a la libertad de pactos en el marco de la autonomía de la voluntad, básicamente, para comprobar, que incluso sin necesidad de aplicar los derechos fundamentales como tales, la autonomía no es total, ni existe una libertad que permita a los contratantes eludir un marco general de actuación en el que una parte se someta, renuncie o disponga a favor de la otra sobre cuestiones que afectan a un orden jurídico que, aunque difuso, sin embargo existe. La intención no es otra que demostrar que la autonomía de la voluntad no siempre es absoluta y que el resto del ordenamiento jurídico, supone un límite a su libre ejercicio³⁵³.

Así, en un principio, para la doctrina civilista, tal y como apuntó WINDSCHEID en los albores del S. XX "*el negocio jurídico es una declaración de voluntad privada cuyo objeto es producir un efecto jurídico*"³⁵⁴. La nota más destacable es que en esa declaración de voluntad particular, los autores del negocio no necesitan utilizar la fuerza de la autoridad pública, con la intención de producir un efecto jurídico consistente en el nacimiento, la extinción y modificación de un derecho. No obstante, frente a ello, la libertad no es ilimitada. En la aplicación del principio general de autonomía de la voluntad, la ley permite a los particulares "*crear negocios nuevos, no regulados especialmente en ella; al crearlos, deben observar las normas dictadas para el tipo genérico del negocio*"³⁵⁵.

³⁵¹ LÓPEZ PINA, Antonio: "La autonomía privada y los Derechos Fundamentales. Los intereses generales, mandato constitucional". *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED). N.º 20. 2007. Pág. 148.

³⁵² GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio: "Criterios de eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares". *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED). N.º 3. 1999. Pág. 197.

³⁵³ Un estudio de la regulación jurídica de las relaciones constituidas socialmente con causa en una prestación de trabajo, según una perspectiva histórica en BAYÓN CHACÓN, Gaspar: "*La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo*". Ed. Tecnos, Madrid, 1955.

³⁵⁴ WINDSCHEID, Bernard: "*Diritto delle pandette*". Traducc. de Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa. Unione Tipografico-Editrice Torinese, Vol. 1º. Turín, 1925. Pág. 202.

³⁵⁵ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: "*Instituciones de Derecho Civil*", 2ª ed., Ed. Bosch. Barcelona, 1972. Tomo I. Pág. 254.

También el Derecho del Trabajo se vio afectado en una primera etapa por el liberalismo, extendiendo el dogma de la autonomía de la libertad a cualquier contrato entre las partes, pero en un marco normativo que, aun amplio, delimita las relaciones privadas. Así, a primeros del siglo XX, se definió el contrato de trabajo como aquel por el cual *"una persona llamada contratista o patrono compra a otra, llamada empleado u obrero, mediante un precio determinado, el esfuerzo muscular o intelectual para la realización de un determinado trabajo"*³⁵⁶. Sin embargo, esta autonomía conllevó a un alejamiento cada vez mayor entre capital y trabajo, en provecho del primero, llegándose a decir que *"el contrato de salario no era ya una convención libre entre dos partes, sino un yugo impuesto"*, o en palabras de Cánovas del Castillo, *"la contratación del suicidio"*³⁵⁷.

Es también necesario hacer notar que la autonomía privada en su espacio de libertad, está auto-limitada a la declaración o manifestación de intenciones. Respetando que el orden más adecuado para las relaciones privadas de los individuos, es sin duda aquello que ellos establecen en armonía, de acuerdo al modo de concebir sus necesidades, y con sus peculiares aspiraciones y manera de pensar, lo que hace nacer la obligación no es el simple pensamiento o intención, sino que corresponde a la declaración de voluntad concretar la intención o propósito con el que se dice o hace algo. Para que la voluntad alcance significado jurídico, no basta pues con que exista interiormente, sino que requiere *"ser exteriorizada o manifestada"*³⁵⁸. En este sentido, SAVIGNY ya apuntó, aún siendo partidario de las teorías de la voluntad, *"como único importante y eficaz"*, que *"como hecho interno e indivisible tiene necesidad de un signo exterior visible, que la dé a conocer y este signo que manifiesta la voluntad es precisamente la manifestación; de donde se sigue que la voluntad y su manifestación tienen entre sí una relación no accidental, sino natural y lógica"*³⁵⁹.

Pues bien, en el Derecho del Trabajo, no siempre rige esta regla de la necesidad de manifestación de la voluntad, lo que supone a una importante peculiaridad. Si en el derecho civil, el negocio jurídico es *"el acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada, dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico"*, en base al *"imperio de la voluntad de los particulares en las relaciones jurídicas"*, en el contrato de trabajo, su propio ámbito de aplicación está sometido a un supuesto de hecho, bien definido y caracterizado por la Ley, siendo aplicable a *"los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario"* (art. 1.1 ET) y con una presunción legal que, incluso, está por encima de las manifestaciones o declaraciones de la voluntad de los contratantes: *"Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél"* (art. 8.1 ET).

³⁵⁶ DE LA VILLA GIL, Luis Enrique: *"La formación histórica del Derecho Español del Trabajo"*. Ed. Comares. Granada, 2003. Pág. 66.

³⁵⁷ SALMERÓN Y GARCÍA, Nicolás: *"El contrato colectivo de trabajo"*. Ed. Fortanet. Madrid, 1914. Págs. 28 y 29.

³⁵⁸ DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *"El negocio jurídico"*. Ed. Civitas. Madrid. 1985. pág. 57.

³⁵⁹ SAVIGNY, Friedrich Karl von: *"Sistema de Derecho Romano Actual"*. F. Góngora y Compañía, Editores. Tomo II. Madrid. 1879. Pág. 320.

Es decir, incluso aunque, de forma escrita o verbal, las partes no manifiesten externamente su voluntad, o aunque la manifiesten sometiéndose a otro tipo de relación (civil, mercantil, etc.), si se dan las características peculiares de la relación laboral, el contrato será de trabajo y estará sometido al conjunto de normas que le es aplicable.

Por tanto, si bien el derecho objetivo concede a la voluntad de los hombres un amplio poder para constituir y regular las relaciones jurídicas³⁶⁰, en la relación laboral existe una limitación a la autonomía de la voluntad de las partes desde el mismo inicio de la relación (entendida no como manifestación de la voluntad, sino como supuesto de hecho que se incardina en el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo), lo que provoca el sometimiento a un régimen en el que rigen otras limitaciones impuestas, no solo por la Ley y los reglamentos, sino por los convenios colectivos, que impiden, por ejemplo, la renuncia a determinados derechos considerados como indisponibles³⁶¹. En este sentido, ya desde la aparición del Derecho del Trabajo se ha sostenido que la autonomía de la voluntad se encuentra aquí más limitada que en el derecho privado, apoyándose en una especie de "*justicia social*" que pretende una confluencia de derechos subjetivos entre trabajador y empresario³⁶².

GOÑI SEIN aporta otra visión a la supuesta limitación de la autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo, pues por encima de ello, lo que se trata es de conjugar los intereses de los trabajadores en cuanto a individuos o personas y el interés general de la empresa, corrigiendo los desequilibrios de partida. La autonomía existe desde el momento que las partes consienten esta relación y la desarrollan³⁶³.

Sin embargo, dentro de esos límites a la autonomía de las partes del contrato, permanece todavía un amplio espacio en el que empresario y trabajador, pueden fijar las condiciones de trabajo y el modo de prestación de servicios. Cabe adelantar al respecto que habrá espacios concretos en los que no será fácil delimitar el ámbito de libertad de actuación de las partes, pues además de los límites del derecho común que se exponen a continuación, el carácter tuitivo de la relación laboral también protege a una de las partes ante decisiones extintivas infundadas o injustas de la otra (el empleador). Por tanto, tampoco las partes tienen libertad absoluta para extinguir el negocio, reconociéndose esta libertad solo al trabajador y limitándose para el empresario a la concurrencia de causa.

A pesar de que el ordenamiento jurídico prevé una indemnización en los casos de extinción injustificada por el empleador, en el contrato de trabajo todavía existe una

³⁶⁰ CASTÁN TOBEÑAS, José: "*Derecho civil español, común y foral*", Ed. Reus. Madrid, 1971. Tomo I, vol. 2º (11ª ed.). Pág. 622.

³⁶¹ DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (Dirs.): "*Los principios del Derecho del Trabajo*". Ed. Centro de Estudios Financieros. Madrid, 2003. Pág. 29.

³⁶² ALONSO GARCÍA, Manuel: "Las doctrinas de la relación jurídica y del derecho subjetivo en el Derecho del Trabajo". *Revista de Política Social*. N.º 30, 1956. Pág. 72.

³⁶³ GOÑI SEIN, José Luis: "Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿Necesidad de una reformulación?". Primera ponencia temática "Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación individual de trabajo" en XXIV Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: "*Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*", celebrado en Pamplona, 29 y 30 de mayo de 2014. Pág. 4.

peculiaridad más con respecto al derecho civil, cual es el mantenimiento del negocio o contrato, sin posibilidad de optar por una extinción indemnizada y unilateral de la relación: Se trata de los casos de despido nulo, es decir, aquel que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la CE o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador³⁶⁴. El efecto es la readmisión del trabajador, sin que sorprendentemente, el principio de conservación del negocio jurídico ante un incumplimiento de tal magnitud, permita otra opción, salvo que las partes se pongan de acuerdo. Se trata de un límite sin duda importante a la autonomía de las partes, donde el respeto a los derechos fundamentales entre particulares, adquiere una gran importancia.

Fuera de estos casos especiales, el problema surge cuando nos encontramos con la existencia de relaciones entre particulares sometidas al principio de autonomía de la voluntad en base al art. 1.255 del Código Civil, por el que *“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”*, ya que con base a dicho principio se podría articular la renuncia a la protección de un derecho fundamental.

En este sentido, PRIETO SANCHÍS admite la renuncia en base a dos argumentos³⁶⁵:

- La autonomía de la voluntad suele verse como la traducción al derecho privado de un derecho general de libertad, de forma que la pérdida de vigor de estos derechos supondría en realidad el triunfo más primigenio de los derechos humanos.
- Los negocios o relaciones sometidos a ese principio de autonomía de la voluntad se conciben como una manifestación de la igualdad jurídica consagrada por el Código.

Ahora bien, el conflicto de derechos no puede verse tampoco como un problema que se ha de resolver siempre a favor de la autonomía de la voluntad, sobre la base de suponer una rigurosa igualdad entre las partes. En estos casos, será necesario un análisis en el que corresponde al juez ponderar los intereses en conflicto, pero sin excluir la eficacia de las libertades en las relaciones entre particulares. Esto no significa que la eficacia directa de los derechos fundamentales pueda disolver el derecho privado, ya que

³⁶⁴ Será también nulos los despidos, a tenor del art. 55.5 del ET:

a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión o estén disfrutando de permisos por lactancia o por cuidado de hijos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia por cuidado de hijo o familiar; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género.

c) El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

³⁶⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis: *“Estudios sobre derechos fundamentales”*. Ed. Debate. Madrid, 1990. Págs. 208-209.

en cada caso habrá que indagar la solución ponderando los intereses en juego³⁶⁶.

Dentro de aquellos derechos fundamentales que despliegan su eficacia frente a terceros, hay que remarcar que éstos no son ilimitados. Solo si la influencia de los derechos fundamentales sobre el derecho privado se mantiene dentro de los límites que permitan el ejercicio de la libertad individual y contractual, en el sentido de contratar, elegir contratante y determinar el contenido del contrato, se garantiza la autonomía privada. El problema es como delimitar el ámbito de actuación de los derechos fundamentales y de la autonomía privada.

Profundizando en la ponderación de los intereses en juego, no cabe arbitrar un orden jerárquico entre los distintos bienes y derechos, salvo que la prioridad haya sido establecida de forma directa por la CE, pues en abstracto, todos tienen el mismo peso e importancia. Por ello, la ponderación exigiría valorar las circunstancias que concurren en cada caso concreto, justificando, en su caso, el sacrificio que pueda sufrir uno de los intereses en juego.

BILBAO UBILLOS propone dos criterios de delimitación, especialmente útiles en el ámbito laboral que nos interesa³⁶⁷:

- La capacidad de penetración de los derechos fundamentales ha de ser mayor en la esfera privada, cuando se detecte que una de las partes ostenta una posición de supremacía frente a la otra (por ejemplo, el contrato de trabajo). Es decir, cuando se trate de relaciones asimétricas, no igualitarias: Cuanto mayor sea la libertad de la parte débil de la relación, mayor será la necesidad de protección.
- La eficacia vinculante de los derechos será más intensa cuando sea la propia dignidad de la persona la que se vea afectada, ya que tanto el orden público como el privado se funda en el respeto absoluto a la dignidad humana.

En este punto, el límite de la dignidad humana a la autonomía de la voluntad ha sido puesto de manifiesto por VON MÜNCH, en la comparativa entre la CE y la LFB, cuando advierte que cuando esta última en su art. 1 alude a que "*la dignidad humana es intangible*", lo que quiere decir es que con ello se ha de proteger a la dignidad frente a cualquier ataque, lo que ha sido entendido como que deriva de la vigencia del derecho fundamental de la persona en el derecho privado, esto es, la eficacia horizontal de este derecho fundamental³⁶⁸.

³⁶⁶ En este sentido, PRIETO SANCHÍS, Luis: "*Estudios sobre derechos fundamentales*". Ed. Debate. Madrid, 1990. Pág. 209; BILBAO UBILLOS, Juan María: "*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. Pág. 378-379 y DE DOMINGO PÉREZ, Tomás: "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* (Universidad Carlos III), N.º 11, 2002. Pág. 267-268.

³⁶⁷ BILBAO UBILLOS, Juan María: "*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. Págs 367.

³⁶⁸ VON MÜNCH, Ingo: "La dignidad del hombre en el Derecho constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 5. Mayo-agosto 1982. Pág. 23.

Junto a estos criterios, BILBAO UBILLOS introduce un matiz en la consideración como límite de la autonomía de la voluntad a los derechos fundamentales, en el sentido de que los conflictos entre particulares deberán resolverse siempre procurando preservar el núcleo esencial de los derechos e intereses en juego. Es decir, si el legislador al regular el ejercicio de los derechos y libertades está obligado a preservar el contenido esencial de los derechos fundamentales, también el juez, cuando resuelve conflictos entre particulares, efectúa ponderaciones, y en ella debe velar por mantener intangible el contenido esencial de los derechos fundamentales.

En este sentido, respetar el contenido esencial de un derecho fundamental significa exigir una justificación constitucionalmente aceptable de aquellas medidas que restrinjan su ejercicio, de forma que no resultaría vulnerado tal contenido esencial si la medida restrictiva respeta el principio de proporcionalidad³⁶⁹.

Sin embargo, en contra de esta teoría denominada "*relativa*", otros autores han considerado que desdibuja la garantía del contenido esencial del art. 53.1 CE, ya que estimar que todo derecho puede quedar limitado con amparo en otros bienes constitucionalmente protegidos, sin requerir más que la proporcionalidad de la medida limitadora en relación a los objetivos perseguidos con ella, equivale a relativizar por completo el estatuto jurídico de los derechos fundamentales, sujetándolos a la posibilidad de una permanente restricción que puede incluso llegar a su completo sacrificio³⁷⁰.

ALFARO³⁷¹, a su vez, distingue entre limitaciones "*consentidas*" mediante un acto de ejercicio de libertad contractual en sentido estricto, es decir, la libertad para fijar el contenido de los contratos y las limitaciones "*no consentidas*", que resultan del ejercicio por una persona de su libertad para contratar o no y para elegir contratante, un ejercicio que puede lesionar el derecho fundamental de la persona si es "*abusivo o antisocial*" (art. 7.2 del Código Civil).

En el primer grupo (libertad para fijar el contenido de los contratos) el conflicto se plantea entre el derecho fundamental implicado y el derecho a disponer de la propia esfera jurídica, además, naturalmente, del interés de la otra parte por el mantenimiento de la validez del pacto. En este caso, el derecho privado tiene un límite, cual es el de la irrenunciabilidad de derechos como cuestión de orden público. Cuando el contratante niega la validez del pacto limitativo de su derecho fundamental, en realidad alega que el ordenamiento no debe permitirle limitar mediante actos de la autonomía privada sus propios derechos. Desde el derecho privado, el conflicto entre un derecho y el derecho a

³⁶⁹ BILBAO UBILLOS, Juan María: "*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. Págs 368-369.

³⁷⁰ MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, Antonio Luis: "*La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*". Centro de Estudios Constitucionales. 1997. Pág. 28. En esta línea MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio: "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades" en "*Derechos fundamentales y Constitución*". Ed. Civitas. Madrid. 1988. Págs. 128-131.

³⁷¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: "Autonomía privada y derechos fundamentales". *Anuario de Derecho Civil*, Vol 46. N.º 1. 1993. Págs 93-95.

limitarlo o suprimirlo a voluntad es un problema de límites a la renunciabilidad y a la disponibilidad de los derechos, límites que de acuerdo a los arts. 6.2 y 1.255 del Código Civil, se encuentran en el interés y el orden público.

A modo de ejemplo y para comprender el alcance de este límite, en el ámbito del Derecho del Trabajo se contempla la indisponibilidad de los trabajadores de los derechos que tuviera reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario o por el convenio colectivo (art. 3.5 ET). Ello es porque el propio legislador contempla la necesidad de proteger por normas imperativas a una de las partes de la relación, porque considera necesario autolimitar sus derechos porque el particular no actúa libremente.

Así, los derechos fundamentales representan un límite de acuerdo a los arts 6.2 y 1.255 del Código Civil a la libertad contractual en general y a la renunciabilidad de derechos por contrato, en particular, pues los derechos fundamentales están fuera del comercio y no caben renunciaciones a la titularidad de los mismos.

En la utilización de estos criterios, cabe considerar que la renuncia a derechos fundamentales en un contrato es contraria al orden público cuando sea razonable pensar que el consentimiento (la voluntad manifestada por el individuo) no protege mínimamente sus verdaderos intereses, es decir, cuando sea irracional, atente contra la dignidad de la persona o afecte a su propia libertad (por ejemplo, no cabe un contrato por el que someterse a esclavitud)³⁷².

En estos casos, el límite de la dignidad humana como mandato de protección a los poderes públicos, constituye una garantía de defensa para el ejercicio de los derechos fundamentales frente a la autonomía de la voluntad. En esta línea, DE DOMINGO PÉREZ considera que es el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, que a su vez exige respetar sus derechos fundamentales, el verdadero pilar axiológico sobre el que se sostiene el marco de convivencia que refleja la CE³⁷³.

Por su parte, BERCOVITZ identifica el orden público no como el originario (equivalente al normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas y especialmente a los servicios públicos), sino que aquí, el orden público como límite a la autonomía privada, sería el receptáculo de las ideas sociales, políticas, morales, económicas y religiosas indispensables para la sociedad o para el orden social, siendo una cláusula general que otorga al juez un papel de protagonista, al tener que concretar e interpretar los criterios básicos de la moral, de las buenas costumbres y de lo justo, inmanente y trascendente, del sistema jurídico en vigor³⁷⁴.

³⁷² STS (Sala de lo Penal) de 30 de junio de 2000, rec. N.º 3947/1998: Empleador que ofrece trabajo en condiciones atentatorias contra la dignidad humana a un inmigrante ilegal que las acepta, firmando un «contrato de esclavo», sólo para obtener el permiso de residencia.

³⁷³ DE DOMINGO PÉREZ, Tomás: "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* (Universidad Carlos III), N.º 11, 2002. Pág. 275.

³⁷⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: "Principio de Igualdad y Derecho Privado". *Anuario de Derecho Civil*. 1990. Vol. 2. Pág. 424. Disponible en: http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1990-20036900428 ANUARIO DE DERECHO CIVIL Principio de igualdad y Derecho privado.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA considera que no procede una identificación del orden público con el orden político o el conjunto o síntesis de valores del sistema. Esta concepción esencialista podría utilizarse como cláusula general limitativa de los derechos constitucionales, cuestión que solo se formula en la CE en dos ocasiones (como límite a la libertad ideológica, religiosa y de culto, en el art. 16.1 CE y en el derecho de reunión, en el art. 21.2 CE). Tampoco sería aceptable una noción minimalista de orden público, como a la que alude la STC 66/1995, de 8 de mayo, que en ejercicio del derecho de reunión identificó orden público con "*el normal desarrollo de la convivencia ciudadana*" (FJ 3º). La idea de orden público habría de referirse al núcleo esencial del edificio social y jurídico del sistema constitucional, tendente a garantizar la autonomía del individuo y su igualdad, así como su integración en el orden jurídico y político común³⁷⁵.

En el segundo supuesto (libertad para contratar y elegir contratante), el problema radica en decidir sobre los límites del ejercicio de un derecho, es decir, en la posibilidad de limitar este derecho en atención a los derechos fundamentales del afectado por tal decisión. El instrumento técnico para ello sería la prohibición del ejercicio abusivo o antisocial de un derecho (art. 7.2 del Código Civil).

Los efectos o consecuencias jurídicas en ambos supuestos serían distintas, pues si en el caso de las cláusulas contractuales que limitan o suprimen derechos fundamentales de uno de los contratantes, la forma de reponer al contratante en su derecho es la declaración de ineficacia, o su nulidad, en el caso de abuso de la libertad para contratar y para elegir contratante, la forma de reponer en su derecho al perjudicado consiste, básicamente, en obligar al infractor a contratar en las condiciones pactadas.

Cabe destacar también, que cuando existe una regulación legal que limite la regulación contractual, los jueces no pueden añadir nuevas limitaciones a la norma, pues en caso de que dicha regulación no proteja a la parte cuyo derecho fundamental se ve afectado, será necesario recurrir a la cuestión de constitucionalidad, ya que el déficit de protección será imputable al legislador³⁷⁶.

En otros casos, es el propio legislador quien establece las consecuencias jurídicas de la renuncia, como en el caso del derecho al honor, respecto al que el art. 2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, establece que no hay intromisión ilegítima al honor, a la intimidad y propia imagen si hay consentimiento, si bien éste, será revocable en cualquier momento con la previsión de indemnización de los daños y perjuicios causados.

Es precisamente en un contexto nuevo, como es Internet, cuando se hace más necesario abordar cuestiones y conflictos en permanente mutación entre el derecho privado y el público. En este sentido, cobra especial importancia la adaptación legislativa que evite el abuso de derecho de una forma clara, sirviendo de apoyo a la aplicación judicial del derecho. Ahora bien, tampoco se puede olvidar a la hora de ponderar los derechos fundamentales o de adaptar los derechos tradicionales al nuevo contexto, los

³⁷⁵ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: "Los límites de los derechos y el sistema normativo". *Derecho Privado y Constitución*. N.º 17. Enero-Diciembre 2003. Págs. 457 y 458.

³⁷⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: "Autonomía privada y derechos fundamentales". *Anuario de Derecho Civil*, Vol 46. N.º 1. 1993. Pág. 99.

principios y bases éticas y jurídicas sobre las que se construye la sociedad³⁷⁷.

1.3.3.2 El marco del conflicto entre derechos fundamentales y la autonomía privada.

Parece obvio que entre los derechos fundamentales no pueden producirse conflictos si se delimita adecuadamente el contenido de cada uno de ellos. El problema es delimitar qué conductas constituyen el ejercicio legítimo de un derecho fundamental y extrapolar este ámbito al de la autonomía privada. En este sentido es válida la afirmación de que “*más allá de los contornos que los delimitan no puede existir protección constitucional del derecho fundamental y, en cambio, dentro de ellos la protección es absoluta*”³⁷⁸.

El aspecto central radica en la contradicción que existe entre unos derechos fundamentales irrenunciables que se consagran como valores superiores del ordenamiento jurídico y el principio de autodeterminación y autonomía negocial, que también encuentra su fundamento en la CE, constituyendo el punto de partida de todo orden jurídico privado. Lo que se produce no es en sí una violación de un derecho fundamental, sino más bien una colisión entre dos derechos igualmente fundamentales. Son los operadores jurídicos quienes deberán ponderar su aplicación, sin perder de vista que, en cuanto poderes públicos, están obligados a promover las condiciones para que la libertad e igualdad sean reales y efectivas³⁷⁹.

Una actitud de pasividad o de mera abstención de los poderes públicos no es suficiente para asegurar la efectividad de los derechos fundamentales, ni siquiera en las llamadas libertades-autonomía³⁸⁰.

En las relaciones entre particulares, más que conflicto en sí, que exigiría la prevalencia de un derecho sobre otro, cabe aludir al término “*desajuste*”, porque debe valorarse en qué medida el ejercicio de un derecho fundamental resulta compatible con las exigencias objetivas que surgen del contexto vital en que pretende ejercerse (es decir, las circunstancias o el contexto en que se ejerce el derecho), el cual, por otra parte, debe ser compatible con la CE. En este sentido, DE DOMINGO PÉREZ propone tres directrices, cuando se plantee un problema derivado del ejercicio de los derechos fundamentales frente a terceros³⁸¹:

³⁷⁷ ORDÓÑEZ SOLÍS, David: “*La protección judicial de los derechos en Internet en la jurisprudencia europea*”. Ed. Reus. Madrid, 2014. Págs. 127 y 128.

³⁷⁸ MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, Antonio Luis: “*La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*”. Centro de Estudios Constitucionales. 1997. Pág. 53.

³⁷⁹ AGUIAR DE LUQUE, Luis: “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución Española”. *Revista de Derecho Político* (UNED), N.º 10. 1981. Págs. 107 a 129.

³⁸⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: Los Derechos Fundamentales y la acción de los poderes públicos. *Revista de Derecho Político* (UNED), N.º 15. 1982. Pág. 23.

³⁸¹ DE DOMINGO PÉREZ, Tomás: “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* (Universidad Carlos III), N.º 11, 2002. Pág. 284-285.

- Si el objetivo es conciliar el ejercicio de un derecho fundamental en el seno de una institución, lo primero que el intérprete debe hacer es examinar dicha institución, comprender su funcionamiento y los fines a los que obedece, al objeto de dilucidar si no es contraria a la CE.
- El intérprete debe delimitar el contenido del derecho fundamental que se presenta en cada caso concreto, para lo que tendrá en cuenta el texto del precepto constitucional en el que se reconoce, el resto de los preceptos constitucionales y, especialmente, las peculiares características del bien jurídico protegido.
- Lo anterior permitirá al intérprete alcanzar una valoración más clara de la situación, a partir de la cual tratará de conciliar el normal funcionamiento de la institución con el ejercicio del derecho fundamental.

Todos estos planteamientos inciden en la eficacia de los derechos fundamentales en la relación laboral, que como peculiar, plantea problemas singulares al oponerse a quien ejerce un específico poder social. Concretando, los supuestos en que surge ese poder se identifican con los siguientes³⁸²:

- La existencia de grupos y organizaciones o asociaciones cuyo poder dejan al individuo o socio, incluso a un tercero que entabla relación con ellas, en una posición de sometimiento a las reglas y normas que estos grupos establecen para la defensa colectiva de sus intereses. En ocasiones, el sujeto poderoso no tiene por qué ser un grupo, sino una persona con una especial relación de poder, como el empresario.
- La orientación a lo público de los derechos fundamentales. Unas relaciones en que operan derechos fundamentales no pueden ser estrictamente privadas. Una relación privada en la que se contraponen derechos individuales con el derecho a la libertad de empresa, queda afectada por la obligación de los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo a las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación (art. 38 CE).
- El ejercicio de determinados derechos fundamentales al servicio de una función constitucionalmente relevante, puede interferir en el pacífico disfrute de otros derechos constitucionalmente reconocidos, sin que ello resulte ilegítimo. En el ámbito laboral, por ejemplo, la libertad de empresa y el derecho al trabajo, donde se trata de equilibrar una relación que evite la supremacía del más fuerte (por ejemplo, frente a extinciones unilaterales, arbitrarias y abusivas).
- Los poderes sociales vinculados a derechos fundamentales. Por ejemplo, en el ámbito laboral, la proyección de la libertad sindical sobre la organización de la empresa. El conflicto de derechos surge cuando uno de los poderes existentes en la relación, puede imponer sanciones que abarcan incluso, a la extinción de la relación (despido en la relación laboral). Es evidente que si el poder privado dispone de una potestad sancionadora, los derechos fundamentales pueden limitar

³⁸² GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio: "Criterios de eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares". *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED). N.º 3. 1999. Págs. 202 y ss.

dicha potestad en forma similar a los criterios que definen su eficacia frente a los poderes públicos.

- Las garantías conferidas por los derechos fundamentales no pueden amparar imposiciones arbitrarias, entre las que se sitúa la renuncia de derechos. Aunque la renuncia permita relativizar la tutela conferida por ciertos derechos fundamentales, desde el supuesto de una intromisión aceptada, tampoco resulta válida para legitimar toda restricción de derechos en el ámbito social.

Todos estas situaciones de conflicto sobre la eficacia y disponibilidad o modulación de derechos han de ser resueltas a través de la idea de proporcionalidad y de optimización de los bienes en conflicto. Ahora bien, los términos de ese equilibrio, deben ser fijados por el legislador, para evitar situaciones desproporcionadas o injustificadas, mediante garantías materiales, procedimentales y organizativas que se correspondan con los derechos limitables.

En la dinámica laboral, es la propia ley, el ET, quien permite ciertas extralimitaciones al empresario en razón a circunstancias objetivas que afectan a la relación laboral. Pero es la norma quien define los términos, el procedimiento y las garantías que justifiquen una medida, por ejemplo, de modificación unilateral de las condiciones de trabajo o incluso, de suspensión y extinción legítima de la relación laboral, aún sin la existencia de un incumplimiento por el trabajador. Entre esas garantías, se prevé incluso la participación de los trabajadores a través de sus representantes, ejerciendo, a su vez, sus derechos colectivos de información y consulta, obligando a una negociación con vistas a llegar a un acuerdo, que no tiene por qué implicar renuncia de derechos, aunque sí implicará la aceptación de una medida justificada en razón a garantizar la viabilidad misma de la empresa, sacrificando intereses particulares.

A juicio de BILBAO UBILLOS, la intervención del legislador no tiene un carácter constitutivo, sino meramente declarativo³⁸³. En no pocos casos el derecho fundamental se podrá invocar directamente, en ausencia de una regulación legal, y podrá obtenerse la oportuna satisfacción, una vez que el juez lleve a cabo, de acuerdo a sus propios criterios, la preceptiva ponderación³⁸⁴.

Es el propio TC quien ha recordado la obligación de los poderes públicos y en particular, del legislador, de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales en todos los ámbitos: *“La significación que estos derechos 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 repute a tal fin necesarias.*

³⁸³ BILBAO UBILLOS, Juan María: *“La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. Pág. 297.

³⁸⁴ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: *“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* (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social) N.º 3. 1991. Pág. 68.

Esta garantía por parte de los poderes públicos, y en particular por parte del legislador, de 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” (STC 129/1989, de 17 de julio, FJ 3º).

En este ámbito particular, es por tanto frecuente que aparezca el conflicto y, puede ocurrir, que a pesar del desarrollo legislativo, o incluso sin existir éste, prevalezca la autonomía de la voluntad. Ahora bien, serán las normas de ponderación, el principio de la buena fe y la correcta interpretación de los derechos y principios, los que defiendan el bien jurídico que haya de ser prevalente, en función también, del momento histórico que se trate. De hecho, la apelación a la buena fe o al derecho justo, tienen su razón de ser en la necesidad de conjurar una concepción excesivamente formalista, legalista y positivista del ordenamiento jurídico³⁸⁵.

Un curioso ejemplo se plantea respecto a los acuerdos que, en aplicación del régimen pre-constitucional de excedencia forzosa por razón de matrimonio, implicaban la suspensión obligatoria del contrato de trabajo para la mujer, y al respecto, el TC se manifestó afirmando que la prohibición de discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales, no nace del art. 17 del ET, sino que su origen parte directamente de la CE: Dicha disposición es discriminatoria “*ex Constitutione*”, por su oposición al art. 14 de la CE, y, por consiguiente, perdió todo valor desde el momento mismo de la entrada en vigor de la CE. De ésta y no del ET “*nace con plenitud el derecho fundamental de las recurrentes a no ser discriminadas por razón de su sexo, y desde la Constitución tienen acción para hacer valer este derecho en relación con la suspensión de su relación contractual (...) nula desde el momento mismo de la entrada en vigor de la Constitución*” (STC 7/1983, de 14 de febrero, FJ 2º).

1.3.3.3 El marco del conflicto en sus aspectos dinámicos: La dificultad de aplicar e interpretar el alcance de los derechos al caso concreto.

Si llevamos todo lo anterior a un terreno dinámico, podemos observar que los pactos entre particulares pueden tener una finalidad común o intereses contrapuestos (seguramente, el ejemplo más claro es la relación laboral), pero en base a una concurrencia de voluntades que están de acuerdo en un intercambio. Así, en el contrato de trabajo, empleador y trabajador, asumen una obligación recíproca, en el que el acuerdo consiste en el intercambio de trabajo por salario, siendo por tanto distinto el interés de cada uno. En este sentido, ALONSO GARCÍA ya sostenía que más que un interés individual, lo que existe es un interés social, que configura, distingue y afirma las peculiaridades de las relaciones laborales³⁸⁶.

Pero ocurre con frecuencia que en una relación dinámica como es la relación laboral, se pueden dar dos circunstancias, la hiper-regulación, que puede llevar a

³⁸⁵ MONTOYA MELGAR, Alfredo: “*La buena fe en el Derecho del Trabajo*”. Ed. Tecnos. Madrid, 2001. Pág. 13.

³⁸⁶ ALONSO GARCÍA, Manuel: “Peligros de disolución del Derecho del Trabajo”. *Revista de Política Social*. N.º 35, 1957. Pág. 76.

conflictos entre normas; y la carencia absoluta de regulación sobre aspectos que inciden, aún transversalmente, en la relación inicial.

La hiper-regulación se produce por el sometimiento a una regulación heterónoma, donde por una parte, el legislador ha instaurado determinados límites a la autonomía de la voluntad (jornada, irrenunciabilidad de derechos) y por otra, el convenio colectivo y el contrato modalizan la prestación de acuerdo a otros límites distintos de los legales, en los que se desarrollan aspectos concretos que condicionan la relación. El carácter dinámico de la relación provoca conflictos en nuevos ámbitos no previstos, tanto en el aspecto material, que exija, por ejemplo, la modificación de las condiciones laborales e incluso su extinción, en los casos de crisis empresarial, como en el plano temporal, donde la evolución de los métodos obligan a adaptarse a la forma de realización del trabajo.

Todo ello implica que de una u otra forma, sin perjuicio de las garantías de la libertad de empresa o de los derechos fundamentales, tanto empresario como trabajador, van a ver limitada su autonomía de la voluntad. El problema es fijar el límite, para lo que el ejercicio de derechos de ambas partes, además de ajustarse a las normas, ha de adecuarse a la función social para la que esos derechos han sido reconocidos. En este sentido, el principio de buena fe no solo delimita el ejercicio del derecho, sino que impone su ejercicio normal. El desbordamiento de esa “normalidad” es lo que hace surgir el abuso de derecho, que se integra en el género de “falta de buena fe”³⁸⁷.

En relación a los derechos que garantiza la CE, que deben tenerse en cuenta en los pactos y negocios privados, la igualdad y la no discriminación parecen valores absolutos que impiden su vulneración por la autonomía privada. Sin embargo, en numerosas ocasiones implica una norma de mínimos. En el contrato de trabajo es de aplicación tanto la eficacia de los derechos fundamentales como el desarrollo que de éstos hace la ley laboral, por ejemplo, a la hora de garantizar la igualdad y no discriminación en los pactos entre particulares.

Así, por ejemplo, el art. 17 ET prevé el efecto de la nulidad, tanto para los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales, como para las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español.

Ahora bien, ¿no es libre el empresario para pactar con el trabajador una retribución mayor, en atención a su capacidad o simple aprecio particular o personal, sin menoscabar el derecho a la no discriminación? ¿No es libre el empresario para contratar a quién desee, incluso, en razón a las circunstancias personales del propio trabajador? El límite a la libertad de contratación está en la no discriminación por un motivo tasado en la ley, pero incluso en estos casos, la voluntad del empresario y sus preferencias no pueden ser limitadas, salvo que se conviertan en regla, en el sentido de norma que se impone y que

³⁸⁷ MONTOYA MELGAR, Alfredo: “La buena fe en el Derecho del Trabajo”. Ed. Tecnos. Madrid, 2001. Pág. 77.

debe ser respetada por los demás.

En este sentido, las empresas constituyen organizaciones cuya relación con sus clientes y trabajadores está sujeta a un marco regulatorio, sin que estas reglas, e incluso "códigos de conducta" no puedan contener una regla discriminatoria. Ahora bien, el empresario puede contratar a quien quiera, a pesar de que todos tengan derecho al trabajo. Incluso, en estos casos, cabría de acuerdo a la finalidad de la empresa, una justificación objetiva y razonable, para no admitir al trabajo, a quien no cumpliera determinadas condiciones, que si bien, tendrían que ser objetivas, contienen una parte importante de subjetividad (por ejemplo, en las empresas de tendencia o ideológicas, que restringen la admisión, de acuerdo a este criterio).

BERCOVITZ alude a que la eficacia del art. 14 CE en el ámbito jurídico-privado es mucho menor que frente a los poderes públicos. Es inherente al propio concepto de autonomía privada el predominio de la voluntad individual frente a la igualdad: "*Se contrata con quien se quiera y como se quiera, se dispone de testamento a favor de quien uno quiera y como se quiera, se dona a quien se quiera y como se quiera, y se asocia uno con quien quiera y para lo que quiera*". Lo que prohíbe el art. 14 CE, como parte del orden público es que el ejercicio arbitrario de la autonomía privada pueda producir discriminaciones manifiestas, contrarias a las expresamente previstas.

Este mismo autor advierte que esa limitación a la autonomía operará con mayor o menor eficacia según la naturaleza de los negocios jurídicos considerados porque la consideración de la naturaleza implica la necesidad de respetar la causa del negocio y función del derecho. Así, por ejemplo, el principio de igualdad tendrá un escaso margen de incidencia en los negocios a título gratuito, salvo cuando los mismos puedan tener un mayor alcance social. Y añade que serán los valores aceptados y comúnmente imperantes los que sirvan para decidir si el trato desigual está o no justificado en relación a la naturaleza y función de los negocios y de los actos jurídicos³⁸⁸.

Otro ejemplo importante de como la eficacia de los derechos del trabajador, o del ciudadano en general, pueden quedar afectados, radica en la adaptación a la era tecnológica, donde se hace necesario actualizar tanto la forma de prestación de trabajo, como el equilibrio de derechos, algunos de los cuales se pueden ver mermados en el desarrollo de una prestación que carece de una previsión legal que salvaguarde aquellos.

Cobra en estos casos especial importancia, la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales ante situaciones no previstas que fruto del avance tecnológico, permiten una vigilancia invasiva de los derechos de la personalidad. La amenaza a los derechos a la intimidad, al secreto de comunicaciones o la extralimitación de la informática en la protección de datos personales puede exceder del ámbito concreto en el que se desenvuelve la autonomía de la voluntad. Es decir, una potestad diseñada para el correcto desarrollo de un negocio jurídico puede fácilmente sobrepasar el ámbito para el que originariamente fue previsto. Una vigilancia excesiva, aún con un fin legítimo, puede no solo servir para garantizar el cumplimiento de una obligación, sino para obtener

³⁸⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: "Principio de Igualdad y Derecho Privado". *Anuario de Derecho Civil*. 1990. Vol. 2. Págs. 424-425. Disponible en BOE: http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1990-20036900428 ANUARIO DE DERECHO CIVIL Principio de igualdad y Derecho privado.

información que está fuera del alcance de la relación y que afecta directamente a los derechos fundamentales de una de las partes. Incluso, el uso indebido de esta información puede provocar consecuencias que afectan al equilibrio de las partes y a la autonomía de la voluntad, ya que puede condicionar y favorecer comportamientos discriminatorios o limitativos del resto de las libertades del sujeto (libertad de expresión, de información, libertad ideológica o religiosa, etc.). Una vez más, el ejemplo típico, es el del contrato de trabajo.

El uso de medios digitales y el recurso de Internet en todas las facetas de nuestras vidas, incluida la laboral, determina en un principio la defensa de un espacio de libertad y de comunicación que, sin embargo, resulta vulnerable ante la eficacia de otros derechos como la intimidad y, en especial, la protección de datos personales. La ventaja de la utilización de estos recursos desde cualquier ámbito, incluido el profesional, determina también la desventaja de su fácil control y de la apropiación de la información por personas que también comparten ese entorno digital.

Por tanto, cuando en este espacio confluyen derechos ejercidos por y entre particulares, corresponde a los poderes públicos intervenir para garantizar que el ejercicio de la libertad (de empresa, por ejemplo) no provoque lesiones a los derechos fundamentales de una de las partes (en este caso, el trabajador), por el solo hecho de mantener una relación privada de dependencia y subordinación que en ningún caso implica renuncia de los derechos constitucionalmente reconocidos, salvo en el caso de extralimitación o abuso de derecho.

Si esta situación general, la situamos en el plano laboral, esta creciente complejidad de los conflictos en consonancia con los avances técnicos y sociales, hace muy difícil que el legislador pueda anticiparse mediante una regulación, a todos los posibles usos de las aplicaciones que pudieran suponer una intromisión en los derechos a la intimidad o a la propia imagen de los trabajadores.

Así, por ejemplo, el simple problema que puede suponer el que la imagen de un trabajador sea captada o grabada (cualquiera puede tomar una fotografía o un vídeo o grabación del trabajador con cualquier dispositivo móvil), ya sea para una campaña publicitaria de la empresa³⁸⁹, para asociarla a una imagen corporativa, o incluso con fines extralaborales, puede generar un conflicto más allá del propio hecho. La garantía de derechos implica su reconocimiento y validez en las relaciones entre particulares, aún en las gobernadas por la autonomía de la voluntad, pues de lo contrario, se produciría una vía de escape a la actuación de los poderes públicos en su labor de garantizar la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra, para que sean realmente efectivas.

Por ello, es en estos casos en los que más se incidirá, cuestionando como incluso la eficacia directa de los derechos fundamentales puede verse limitada ante determinados avances que no solo en el ámbito de la empresa, sino en un ámbito mucho más amplio, pueden reducir a la nada todo el logro conseguido hasta ahora en lo que a garantía de

³⁸⁹ Véase el caso de la STC 99/1994, de 11 de abril, en el que se vulneró el derecho a la propia imagen del trabajador por el despido como reacción a la negativa de éste de dejarse fotografiar para una campaña publicitaria de la empresa.

derechos se refiere³⁹⁰.

2. LA RELACIÓN LABORAL COMO ESPACIO DE EJERCICIO Y CONFRONTACIÓN DE DERECHOS.

2.1. CARACTERÍSTICAS DE LA RELACIÓN LABORAL COMO FUNDAMENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO.

2.1.1 Delimitación del contrato de trabajo.

El contrato de trabajo es el origen y el fundamento de las obligaciones recíprocas que vinculan al empleador o empresario y al trabajador, a través del cual éste entrega libremente su trabajo a aquel, quien lo organiza y retribuye. Si bien el ET no ofrece una definición precisa del contrato de trabajo, sí que aporta unas pautas para hacerlo en su art. 1.1: Contrato de trabajo será aquel acuerdo por el que una persona (trabajador) presta voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica (empleador o empresario).

Sin embargo, la relación de trabajo, en cuanto al conjunto de las situaciones y posiciones jurídicas que se desarrollan mientras está vigente el contrato, no se agota en el mero intercambio de trabajo por salario. Existen un sinnúmero de situaciones, derivadas de la disposición del trabajador hacia el empresario, fundamentalmente durante la jornada de trabajo, como tiempo en el que el trabajador está sometido a una “*disciplina*” en la que el empresario organiza, ordena, planifica y en cierto modo, exige el trabajo a realizar en la forma y contenido que precise.

Es aquí donde, en esta relación de subordinación, surge la afectación de los derechos de la persona, mientras el sujeto de derechos constitucionales desempeña el rol de trabajador.

Ahora bien, la subordinación de la persona en la relación laboral no significa su lealtad absoluta o vasallaje, puesto que el trabajador solo se implica en la zona secante en que la vida individual y la vida laboral coinciden. Ello no implica que el contrato de trabajo e interés empresarial se excluyan mutuamente, a pesar de la concepción tradicional del Derecho del Trabajo como derecho protector del trabajador. Empresario y trabajador son titulares de derechos y obligaciones en el marco de la relación de trabajo y asumen un compromiso fruto de un interés común que, incluso, va más allá de las estrictas obligaciones jurídicas.

El contrato de trabajo no abarca por sí solo todas las consecuencias y situaciones que tienen lugar en la vida de la relación y, aunque es fuente de obligaciones para las dos partes, este marco debe ser completado por el dictado de las normas imperativas (indisponibles para la voluntad de las partes) y supletorias, que sirvan para prever todo lo no acordado en el contrato de trabajo, fruto de la autonomía individual de las partes. Estas normas se caracterizan además por ser autónomas (emanadas del Estado) y

³⁹⁰ “No quiero vivir en un mundo donde todo lo que digo, todo lo que hago, todo lo que hablo, toda expresión de creatividad, de amor o de amistad queda grabada”. Edward Snowden, consultor tecnológico estadounidense, informante y antiguo empleado de la Agencia Central de Inteligencia (CIA) y de la Agencia de Seguridad Nacional (NSA).

heterónomas (normas convenidas entre los agentes sociales: Asociaciones de empresarios y trabajadores, o “*patronal y sindicatos*”, que dan lugar a los convenios colectivos, fuente específica en el Derecho del Trabajo).

Esta autonomía del trabajador en el momento de la realización del contrato, se diluye posteriormente bajo las notas características del contrato de trabajo: La dependencia y la ajeneidad.

2.1.2. La ajeneidad, eje principal del contrato de trabajo.

El concepto de ajeneidad es “*radical*”³⁹¹, y se apoya en los dos pilares estructurales del capitalismo: La propiedad de los medios de producción y la venta en el mercado del producto obtenido. Implica que el trabajador presta sus servicios para otro a quien pertenecen los frutos del trabajo (lo contrario, supondría una relación por cuenta propia, antítesis del contrato de trabajo). La atribución de los resultados es inicial, desde el momento mismo que nace el contrato de trabajo. La ajeneidad se ha entendido por la jurisprudencia³⁹² como la transmisión a un tercero de los frutos o resultado del trabajo (ajeneidad en los frutos); ese tercero no es otro que el empresario, quien incorpora los frutos del trabajo al mercado, percibiendo los beneficios y corriendo con los riesgos, favorables o desfavorables de ponerlos en el mercado. El trabajador, por contra, es ajeno al resultado de la explotación del negocio (ajeneidad en los riesgos).

Sin embargo, este elemento característico de la relación laboral se ha visto en cierta medida atenuado, en el marco de una sociedad que no siempre identifica al trabajador como el antiguo integrante de la clase trabajadora, cuando una organización acuciante lo reducía a la condición mecánica de la fuerza-trabajo³⁹³. Hoy día se potencian los contratos por objetivos, se impulsan las comisiones o el reparto de los beneficios a través de retribuciones variables que se fijan teniendo como parámetro el rendimiento, de forma que el trabajador pasa a participar del beneficio obtenido, asumiendo parte del riesgo en el resultado de la explotación.

Resulta curioso comprobar como esta tendencia que lleva a la participación del trabajador en los beneficios de la empresa no es tan nueva, ni actual, como aparenta. Incluso en la España de mediados del S. XX, en plena dictadura franquista, se alzaron voces premonitorias de una evolución social “*que nada ni nadie podrá detener*”, debiéndose acometer reformas que “*abran paso a una manera más inteligente de mandar a los hombres*”, siendo la participación activa de los trabajadores en la empresa “*un inmejorable antídoto contra el funesto espíritu de lucha de clases*”. En esta línea, ya se apuntaba la necesidad de “*humanizar el salario*”, sustituyendo la mentalidad del asalariado por la de cooperador³⁹⁴.

³⁹¹ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel: “*Derecho del Trabajo*”. Ed. Ceura. Madrid. 2000. Véase también PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos: “*Los derechos laborales en la Constitución Española*”. Centro de Estudios Constitucionales. 1991.

³⁹² Entre otras, SSTS (Sala de lo Social), de 29 de octubre de 1990, 29 de enero de 1991 y 16 de marzo de 1992.

³⁹³ ROSSANVALLON, Pierre: “*La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*”. Ed. Paidós. Barcelona, 2010. Págs 100-101.

³⁹⁴ CUÑAT COSSONÍS, Roberto: “*Algunas consideraciones sobre la participación activa de los trabajadores*”

2.1.3. La dependencia, causa de la subordinación típica del trabajador en la relación laboral, ¿es el principio de la limitación de derechos?

La dependencia supone que el trabajador no organiza su trabajo, sino que lo presta bajo las órdenes e instrucciones de otro, el empresario. Ello coloca al trabajador en una relación de subordinación a los poderes de dirección y organización del empresario que ostenta una posición de preeminencia, permitiéndole especificar el contenido y las cualidades del trabajo, así como de su resultado.

Históricamente, la dependencia es una noción que nace unida al obrero industrial y que se ha ido flexibilizando, sobre todo, tras la aparición y constitucionalización de derechos sociales, que tratan de dotar al trabajador de unas garantías para el ejercicio y defensa de sus derechos, así como de limitar la discrecionalidad empresarial en el poder de mando o de dirección. Como ya apuntaba BAYÓN CHACÓN, *“si el concepto de dependencia se quedara anquilosado en su primera versión puede hacerse buena la clásica observación de que el principio de subordinación ejerce una cierta tiranía sobre el Derecho del Trabajo, retrasando su progreso científico, mermándolo, reduciendo su ámbito, proletarizándolo y colocándolo detrás de la realidad”*³⁹⁵.

Son manifestaciones de la dependencia, el sometimiento del trabajador a una jornada y a un horario de trabajo, a un calendario laboral, a unas normas de organización del trabajo y de productividad, a un régimen disciplinario por los incumplimientos de indisciplina, falta de rendimiento, ausencias injustificadas o faltas de puntualidad, e incluso, transgresiones de la buena fe contractual o abuso de confianza, así como al resto de las condiciones que en su caso han sido pactadas en el contrato, como la exclusividad o el pacto de no competencia.

Esta dependencia precisa, en el actual marco jurídico-constitucional, un equilibrio que inspira el Derecho del Trabajo, y que tiene lugar a través de la regulación de unas limitaciones a ese poder empresarial, en las materias anteriormente enumeradas (jornada, horario, etc), y que además, cabe todavía especificar más a través de la vía de la autonomía colectiva, y con el reconocimiento del convenio colectivo, como fuente ordenadora de las relaciones laborales.

Sin embargo, como se verá más adelante, aún establecido el marco jurídico de la relación laboral con las limitaciones que la dependencia y subordinación permiten al empresario ejercer su poder de dirección, éste no es absoluto. Es necesario arbitrar un equilibrio entre los derechos reconocidos al trabajador como ciudadano, o como persona, y la libertad de empresa. Ante la falta de normas específicas, tanto a nivel constitucional, como en la órbita de la normativa laboral, es pues factible que se produzcan confrontaciones de derechos.

La subordinación, a pesar de estar limitada, continúa siendo la esencia caracterizadora de esa relación, al dejar inmerso al trabajador en un sistema organizativo que ordena y delimita el propio trabajo, no siendo libre, por consiguiente, ni para prestar

en la empresa moderna”. *Revista de Política Social*. N.º 7. 1950. Págs. 144-146.

³⁹⁵ BAYÓN CHACÓN, Gaspar: “El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo. ¿Comienza una evolución jurisprudencial?”, *Revista de Derecho Privado*. Junio 1961. Pág. 451.

cualquier trabajo ni para prestarlo cuando y como quiera. La cantidad, calidad y tiempo de la prestación de trabajo, son dependientes del vínculo laboral, fijándose en las normas laborales y en el contrato, pero dejando al empleador un espacio en el que puede exigir que la prestación se realice, una vez respetado el marco fijado, en la forma que determine y que mejor se adapte a la finalidad de la empresa y a las exigencias del mercado.

Las relaciones personales entre el trabajador y el empresario, van a quedar dentro de este ámbito, pudiendo resultar afectadas ante la obligación del trabajador de estar a disposición del empleador dentro de su jornada de trabajo y ante la exigencia de éste de hacer cumplir lo pactado en el contrato, en el espacio temporal delimitado. Ello no significa que el trabajador queda despojado de sus derechos durante la prestación laboral, en lo que aquí respecta, al derecho a su intimidad, pero también hay que afirmar que esos derechos, en especial la intimidad, como espacio íntimo del trabajador en el que puede mantener comunicaciones privadas ha de quedar modulado si no limitado, en aras al cumplimiento de la prestación laboral a la que se ha comprometido.

¿En qué medida esta dependencia o subordinación puede ser causa limitativa de derechos?

Se dice que el contrato de trabajo crea una jerarquía entre iguales. Se produce así una paradoja entre dos partes, empresario y trabajador, que a pesar de ser libres y llevar a cabo un negocio jurídico bajo su propia autonomía, es precisamente esa autonomía la que somete a la subordinación de uno con respecto del otro. El contrato se perfecciona ante el ejercicio de un derecho del trabajador, más por una situación de necesidad, para satisfacer sus propias necesidades y las de su familia, que por el mero hecho de "*disponer*" del ejercicio de un derecho, de forma voluntaria. Ello hace que condicionamientos de necesidad y el acceso al empleo, ante una desigual distribución de la riqueza, impidan que se pueda dar una relación entre iguales³⁹⁶.

Partiendo de esta premisa, es fácil adivinar que existirán ocasiones donde la garantía de derechos no será del todo efectiva para el trabajador, que si bien goza de autonomía y siendo la relación laboral voluntaria, el hecho de que sea el soporte vital o el sustento necesario para la satisfacción de sus necesidades económicas, le sitúa en un plano de "*dependencia de la dependencia*". Por un lado, sometido al poder de dirección típico de la relación laboral, y por otro lado, sometido a la necesidad de conservar y mantener el trabajo y por ende, el salario.

El hecho de que ambas situaciones simultáneas de dependencia pueden provocar en relación a los derechos fundamentales el no ejercicio de sus derechos de defensa, lleva a pensar en una situación de desequilibrio y de ineficacia de los mecanismos de garantía que en determinados casos implican vulneraciones de los derechos reconocidos en esta peculiar relación. Si a ello le añadimos las modernas técnicas de vigilancia y control empresarial para la consecución de un resultado, en el marco de la globalización económica y de la evolución de la tecnología, no es difícil concluir que en determinados casos la subordinación y dependencia a dictados arbitrarios del poder empresarial limiten la eficacia de la autonomía de la voluntad y de los derechos reconocidos al trabajador, en pro de una mayor amplitud del poder directivo.

³⁹⁶ LASTRA LASTRA, José Manuel: "Paradojas de la autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo". *Revista de Derecho Privado* (UNAM). N.º 5. Mayo-agosto 2003. Págs. 121-122.

Pero no se puede confundir dependencia con la obediencia ni con la fidelidad. El deber de obediencia en la relación laboral puede ser acatamiento, pero no adhesión. Ya recordaba el profesor PÉREZ BOTIJA, que “*si la fidelidad expresa el espíritu de correlación, coordinación o cooperación entre los miembros de la empresa, la obediencia implica sumisión, subordinación y cumplimiento de las órdenes que emanan de la dirección de la empresa*”³⁹⁷. El valor de esta declaración, a pesar de ser anterior a la CE de 1978, sigue siendo hoy fundamental para comprender que el poder de dirección ni puede anular los derechos del trabajador, ni tampoco conviene su restricción desde el punto de vista práctico. El ejercicio de la disciplina o del “*autoritarismo ineficaz*”, aún disfrazado de un “*bondadoso paternalismo*”, anula la participación real y voluntaria del trabajador en la empresa, la confianza mutua y la fidelidad³⁹⁸.

En la búsqueda del adecuado equilibrio, tampoco el otorgamiento de un valor *cuasi* absoluto a los derechos fundamentales pueden restringir el poder de dirección y control hasta el límite de poner en riesgo la actividad empresarial. La mayor estabilidad en el empleo para el trabajador es que la empresa subsista, por ello más que hablar de una restricción de derechos provocada por la subordinación, cabe pensar en una colaboración en aras de un interés común o social que adecúe el ejercicio de estos derechos a la continuidad de la empresa, ante el escenario de competencia cada vez más global³⁹⁹.

2.1.4 Hacia un nuevo concepto de trabajador "El trabajador digital y el teletrabajador".

La influencia de las nuevas tecnologías en la prestación laboral ha modificado los parámetros tradicionales del centro de trabajo e incluso de la jornada de trabajo. Es posible trabajar directamente para la empresa desde cualquier otro lugar “*conectado*” con la misma, bajo el poder de dirección del empresario, que controla y dirige incluso “*en directo*” la actividad del trabajador. La dependencia, lejos de haberse suavizado, vuelve a ser especialmente intensa por el control tecnológico al que se ve sometido el trabajador, apareciendo como una subordinación rígida en todos los aspectos y circunstancias de tiempo, lugar y modo de la prestación laboral⁴⁰⁰.

Se habla de una “*nueva era del capital humano*” cuyo efecto fundamental es ahora la implicación del trabajador en la actividad empresarial a través de fórmulas como los círculos de calidad o grupos de trabajo, o métodos de gestión en que la economía de participación está produciendo mutaciones trascendentales en los clásicos esquemas configuradores de la relación laboral⁴⁰¹.

³⁹⁷ PÉREZ BOTIJA, Eugenio: “*Curso de Derecho del Trabajo*”. Ed. Tecnos, Madrid, 1948. Pág. 178.

³⁹⁸ CUÑAT COSSONÍS, Roberto: “La disciplina en la empresa”. *Revista de Política Social*. N.º 11. 1951. Págs. 78.

³⁹⁹ RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio: “*Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*”. Consejo Económico y Social del Principado de Asturias. Oviedo. 2009. Pág. 186.

⁴⁰⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana: “*Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2015. Pág. 13.

⁴⁰¹ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: “*Algunas reflexiones sobre el modelo social de la constitución española, 25 años después*”. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*. (Universidad de Valencia). N.º 40, 2002. Pág. 174.

Se observa, por una parte, una flexibilización de la idea de dependencia por el hecho de que el trabajador no esté sometido al control físico o directo. También porque el disfrute de un horario flexible, que llevado al extremo del teletrabajo, implica alejarse del ámbito de organización y dirección del empresario⁴⁰². Sin embargo, ello no quiere decir que a diferencia del trabajador autónomo, el trabajador por cuenta ajena sea ajeno a las órdenes e instrucciones, al control y a la vigilancia del empresario en la realización de su trabajo, a pesar de su desvinculación con las condiciones tradicionales de lugar y tiempo, como circunstancias se acotan la prestación laboral.

También se observa una relajación en el requisito de ajenidad, especialmente en lo que se refiere a los frutos. Si una característica de la relación laboral es que todo lo que produce el trabajador, pasa a ser patrimonio del empresario, el factor tecnológico ha desdibujado también la figura del contrato de trabajo. La mayor creatividad y autonomía que permite el trabajo en aplicaciones informáticas facilita la creación de nuevos productos con un valor económico, los cuales están sometidos a la normativa de propiedad intelectual.

Un ejemplo típico es la transmisión al empresario de los derechos de explotación de una obra creada en el seno de la relación laboral, que se rige de acuerdo a lo pactado por escrito en el contrato, a tenor del art. 51 de Texto Refundido de Ley de Propiedad Intelectual⁴⁰³. A falta de pacto escrito, se presume que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral, sin que el empresario pueda utilizar la obra o disponer de ella para un sentido o fines diferentes de lo pactado. Si se trata de programas de ordenador, la titularidad de los derechos corresponde al empresario (art. 97.4). Sin embargo, ello no es óbice para reconocer la condición de autor del programa o producto al trabajador.

Se trata de articular así una doble vertiente, la atribución al empresario de los frutos del trabajo de sus asalariados (art. 1 ET) y de atribuir al trabajador la condición de autor (moral) de la propiedad intelectual sobre su obra por el mero hecho de su creación, a tenor del art. 1 de la Ley de Propiedad Intelectual⁴⁰⁴.

De esta forma y ante el imparable avance de las nuevas tecnologías que implican la creación y explotación de programas informáticos, algunos autores aluden a la necesidad de reinterpretar la nota de ajeneidad en los frutos de la relación laboral como parámetro configurador de la misma, en el sentido que aunque no concurra en toda su

⁴⁰² DE LAS HERAS GARCÍA, Aránzazu: "Responsabilidad del empresario en la relación del teletrabajo", en MONTERROSO CASADO, Esther (Dir.): "*Responsabilidad empresarial*". Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016. Pág. 440.

⁴⁰³ RD Leg. 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (BOE de 22 de abril).

⁴⁰⁴ SOLER MASOTA, Paz: "Tratamiento jurídico del software desarrollado en régimen asalariado". *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 209-210. Agosto-septiembre 2000. Pág. 158.

acepción clásica (derechos de autor/trabajador y derechos de explotación/empresario), ello no impedirá reconocer la naturaleza laboral de dicha prestación de servicios⁴⁰⁵.

Los cambios advertidos en el proceso de producción de bienes y servicios han alterado muchos de los principios tradicionales del Derecho del Trabajo. Las nuevas tecnologías han ampliado el tipo de prestación de trabajo frente al modelo tradicional del trabajo industrial. Ello ha provocado ampliar la relación laboral o algunas de sus características a figuras que hasta hace poco constituían los límites de su propia identidad y que hoy en día se laboralizan (relaciones laborales especiales) o comparten algunas de sus notas típicas, como el trabajo económicamente dependiente o "*parasubordinado*"⁴⁰⁶.

2.2. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES LABORALES "*INESPECÍFICOS*".

La CE consagra una protección especial a los derechos de los trabajadores en el seno de la relación laboral ya que, además de los derechos fundamentales que les corresponden en cuanto "*personas*", se les reconocen unos derechos específicos, derivados de su condición de trabajadores. Estos últimos, a su vez, pueden ser contemplados desde una perspectiva individual (derecho al trabajo, al salario, a la protección de la salud) o colectiva (derecho a la negociación colectiva, huelga o la adopción de medidas de conflicto). Su origen o causa es el la existencia de una relación laboral, de modo que no es posible su ejercicio fuera de la misma.

Pero la CE opta por no constitucionalizar el concepto mismo de trabajador, a pesar de referirse a derechos específicos de los trabajadores. El art. 35.2 CE no fijó un modelo sobre el concepto de trabajador vinculante para el legislador ordinario, sino que le concede libertad para establecerlo "*ex novo*", con el límite de evitar una definición restrictiva que desvirtuara los efectos de los derechos específicamente reconocidos⁴⁰⁷.

Sin embargo, junto a los anteriores, el trabajador disfruta al mismo tiempo de otra serie de derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales, que pueden ser ejercidos por los sujetos de las relaciones de trabajo (en particular, los trabajadores), en el ámbito laboral, por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laborales, sobrevenidos. Se trata de derechos fundamentales, calificados de neutros, en cuanto son reconocidos a toda persona, con independencia de que exista o no una relación laboral, que se tiñen de "*laboralidad*" al ejercitarse en el ámbito de una relación laboral.

La característica de estos últimos es, precisamente, la limitación a la que se ven sometidos como consecuencia de su desarrollo en el entorno de una relación laboral sobre la que se proyecta la injerencia del empresario, cuyo poder de dirección, en

⁴⁰⁵ LUQUE PARRA, Manuel: "La (re)definición del concepto de «trabajador» en el ámbito de las nuevas tecnologías a la luz del derecho de propiedad industrial y de propiedad intelectual", en DEL REY GUANTER, Salvador (Director) y LUQUE PARRA, Manuel (Coord.): "*Relaciones laborales y nuevas tecnologías*". Ed. La Ley. Madrid. 2005. Pág. 102.

⁴⁰⁶ DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (Dirs.): "*Los principios del Derecho del Trabajo*". Ed. Centro de Estudios Financieros. Madrid, 2003. Pág. 25.

⁴⁰⁷ DE LA VILLA GIL, Luis Enrique: "El concepto de trabajador en torno al artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores". *Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º 100. 2000. Vol. I. Págs. 41-43.

ocasiones, limita el ejercicio de estos derechos⁴⁰⁸. Las situaciones de conflicto ya no se dirimen únicamente como un supuesto de colisión de derechos fundamentales, sino teniendo en cuenta los principios que rigen la lógica del contrato o las exigencias organizativas en que éste se inserta y desenvuelve⁴⁰⁹.

Estos derechos “*inespecíficos*”, según PALOMEQUE⁴¹⁰, provocan una “*impregnación laboral*” de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su ejercicio por trabajadores asalariados, a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo. Son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que al propio tiempo son trabajadores y, por tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer.

En similares términos GUTIÉRREZ PÉREZ distingue “*democracia industrial*”, aludiendo a los derechos de los trabajadores para participar en la organización y gestión de la empresa, de la “*ciudadanía de empresa*” que define los derechos que el trabajador ostenta como ciudadano y que no le impide ejercitar también frente a la empresa⁴¹¹.

En este marco, el TC se ha referido en numerosas ocasiones sobre la protección de los derechos fundamentales de la persona en el seno de la relación laboral y frente al ejercicio del poder disciplinario empresarial, en el sentido de 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*”, sobre todo cuando prestan servicios en organizaciones productivas que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo (SSTC 120/1983, 88/1985, 104/1987, 6/1988, 129/989, 126/1990, 99/1994, 6/1995, 4/1996, 106/1996, 186/1996, 204/1997, 1/1998, 197/1998, 98/2000, 80/2001, 20/2002, 151/2004, 196/2004 y 56/2008).

En consecuencia, el ejercicio de tales derechos únicamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 33 y 38 CE y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos⁴¹².

Entre estos derechos “*inespecíficos*” ejercidos de modo habitual en el ámbito de las relaciones laborales, sobre los que el TC ha reconocido una eficacia horizontal o entre particulares, y que en su mayoría han sido “*laboralizados*” por la legislación ordinaria

⁴⁰⁸ SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa: “El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores”. *Revista jurídica de Castilla y León* (Junta de Castilla y León). N.º 2. 2004. Pág. 150.

⁴⁰⁹ VALDÉS DAL-RE, Fernando: “Presentación”. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 5-6. Marzo 2009. Pág. 4.

⁴¹⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel: “*Derecho del Trabajo*”. Ed. Ceura. Madrid. 2000. Pág. 145. Véase también PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos: “*Los derechos laborales en la Constitución Española*”. Centro de Estudios Constitucionales. 1991.

⁴¹¹ GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: “*Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*”. Ediciones Laborum. Murcia, 2011. Pág. 24.

⁴¹² SSTC 99/1994, de 11 de abril; 6/1995, de 10 de enero y 136/1996, de 23 de julio.

laboral, se encuentra el derecho a la intimidad, así como otros derechos que tienen una estrecha relación con éste:

- El derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE), que en el art. 4.2.e) del ET se reconocen como el derecho del trabajador “*al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual*”. No queda protegido en el ordenamiento laboral todo el abanico de derechos que prevé el art. 18 CE, e incluso no se hace mención si quiera a alguno de ellos, como por ejemplo, el derecho a la protección de datos. Es por ello que se han de entender directamente aplicables estos derechos a la luz de la interpretación del TC, atendiendo a los intereses de cada una de las partes.
- Sí existen previsiones parciales que tratan de rellenar el vacío de una norma general, pero sin embargo, abordan sobre todo la intimidad, en detrimento de estos otros derechos como la protección de datos personales. Así, por ejemplo, el art. 8.3.a) ET, prevé la obligación del empresario de entregar a los representantes de los trabajadores copia básica de los contratos que deban celebrarse por escrito, con excepción de los contratos de alta dirección. Esta copia contendrá todos los datos del contrato, salvo el DNI, el domicilio, el estado civil o cualquier otro que, de acuerdo con la LO 1/1982 de 5 de mayo, pudiera afectar a la intimidad personal. Sin embargo, el TC no consideró como dato íntimo el salario del trabajador, siendo sin embargo, un dato personal. El TC se planteó si esta información atentaba a la intimidad del trabajador (STC 142/1993, de 22 de abril, FJ 8º), concluyendo que no había vulneración a la intimidad pues la retribución no puede desgajarse de la esfera de las relaciones sociales y profesionales que el trabajador desarrolla fuera de su ámbito personal e íntimo. Sin embargo, no se planteó si este dato personal, debía ser objeto de una especial protección a través de la vía del art. 18.4 CE.
- El derecho a la igualdad y no discriminación (arts. 14 y 35.1 CE), están recogidos en la legislación laboral por los arts. 4.2.c) y 17 ET.
- El derecho a la vida y a la integridad física podría entenderse protegido en la vertiente de la seguridad laboral, como ya aplicó el TC al entender vulnerado el derecho a la integridad física por la asignación de una actividad peligrosa a una funcionaria en avanzado estado de embarazo, omitiendo los deberes de PRL (STC 62/2007, de 27 de marzo).
- La libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE), sin que nadie pueda ser obligado a declarar sobre su “*ideología, religión o creencias*” (art. 16.2 CE). Esta libertad conecta con la dignidad e intimidad de la persona, y permite al trabajador decidir libremente sobre sus ideas, sus opciones vitales o sus convicciones de tipo religioso, político o sindical, protegiéndole frente a posibles indagaciones o medidas de represalia a causa de las mismas. Los derechos fundamentales son patrimonio de todos (incluidos los trabajadores), en razón de su vinculación directa con la libertad y dignidad de la persona, de cuyo desarrollo son condición indispensable⁴¹³.

⁴¹³ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”. *Revista de Estudios Políticos*. N.º 71. Enero-marzo 1991. Pág. 95.

No obstante, como excepción a la regla anterior hay que tener en cuenta:

- a) Aquellos casos en los que se da una incompatibilidad entre los deberes religiosos y la ejecución del trabajo, como por ejemplo el caso en el que se denegó el amparo a una trabajadora perteneciente a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, cuyo día de descanso es el sábado, y que solicitaba que la empresa le dejase descansar durante esa jornada y no el domingo (STC 19/1985, de 13 de enero).
- b) Las denominadas “*empresas ideológicas*” o de “*tendencia*”, frecuentes en ámbitos como la enseñanza, la comunicación, defensa de intereses políticos o sindicales. Esta clase de empresas pueden exigir al trabajador una mínima sintonía con el “*ideario*” empresarial.

En el caso de los profesionales de la información, la cláusula de conciencia prevista en el art. 20.1.d) CE y desarrollada por la LO 2/1997, de 19 de junio⁴¹⁴, que el TC relaciona con la dignidad del trabajador, cuando se modifica el “*ideario*” del medio de comunicación, permite el ejercicio legítimo del derecho contemplado en el art. 50 ET para rescindir el contrato de trabajo. “*La cláusula de conciencia posibilita que en caso de mutación ideológica del periódico para el que preste sus servicios, el profesional de la información preserve su independencia desde el momento que la considere realmente amenazada y, por decisión unilateral, pueda dar por extinguida la relación laboral en un acto de autotutela inmediata, sin necesidad de acudir al Juez de lo Social, con posibilidad de reclamación posterior de la indemnización pertinente aun cuando ya no subsista dicha relación*” (STC 225/2002, FJ 5.º).

En relación a los trabajadores afiliados a un sindicato, éstos no pueden ser obligados a manifestar su afiliación sindical. “*No puede abrigarse duda alguna de que la afiliación a un sindicato es una opción ideológica protegida por el art. 16 CE*” (STC 94/1998), “*lo que no deja de ser un derecho personal y exclusivo del trabajador que están obligados a respetar tanto el empresario como los órganos sindicales*” (SSTC 292/1993 y 94/1998); y ello a pesar de que al empresario le resulte imprescindible para el cumplimiento de algunas de sus obligaciones legales, actuando en este caso “*por procedimientos respetuosos con el derecho de la libertad ideológica de sus trabajadores*” (STC 292/1993).

Los derechos de ámbito laboral se manifiestan como especialidades o concreciones de otros derechos fundamentales de ámbito más general. A modo de ejemplo, pueden citarse los siguientes derechos:

- La libertad de expresión o derecho a “*expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción*” (art. 20.1 CE), recogida de modo expreso por la legislación laboral tan sólo como garantía de los representantes de los trabajadores en la empresa, que podrán “*expresar, colegiadamente si se trata del Comité, con libertad, sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación*” [(art. 68.d) del ET].

⁴¹⁴ BOE de 20 de junio.

- La libertad de información, en cuanto al derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (art. 20.1 CE).
- El derecho de reunión (art. 21 CE), regulado en el ámbito de las relaciones laborales en los arts. 4.1.f) del ET “*los trabajadores tienen como derecho básico el de reunión*” y 77 a 80 del ET, en cuanto al derecho de los trabajadores de una misma empresa o centro de trabajo a reunirse en asamblea. A los trabajadores afiliados a un sindicato, el art. 8.1.b) LOLS, les reconoce el derecho a “*celebrar reuniones, previa notificación al empresario*” en la empresa o centro de trabajo.
- El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), recogido por el ordenamiento jurídico laboral en los arts. 4.2.g) del ET, en cuanto al derecho de los trabajadores “*al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo*” y 65.1 del ET, en cuanto al ejercicio de acciones judiciales por los órganos de representación en la empresa.
- El derecho a no ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento (art. 25.1 CE), o el principio de legalidad (art. 9.3 CE), ejercitable también por los distintos sujetos responsables de infracciones administrativas en el orden social (LISOS⁴¹⁵).
- El derecho a la educación (art. 27.1 CE), que en sede laboral implica la necesaria compatibilidad entre la formación del trabajador y la asistencia al trabajo, en cuanto que el art. 23.1 ET establece el derecho del trabajador al disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes; la preferencia a elegir turno de trabajo, si tal es el régimen instaurado en la empresa, cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional; así como a la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional o a la concesión del permiso oportuno de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo.

Sin embargo, en el ámbito laboral, también se plantea la cuestión del trabajador en su dimensión colectiva, es decir, como representante de los trabajadores y, en particular, si en tal condición es titular de algunos de los derechos fundamentales aludidos. El representante de los trabajadores es titular de los mismos derechos, si bien su efectividad y ejercicio puede verse modulado por la función representativa. Si ésta tiene un matiz sindical, la colisión con otros derechos adquieren características especiales que derivan de la propia conformación del derecho a la libertad sindical, algo que también ocurre cuando se trata de un afiliado a determinado sindicato⁴¹⁶.

Si bien los derechos fundamentales son inalienables y, en principio, la persona o el

⁴¹⁵ Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (BOE de 8 de agosto).

⁴¹⁶ BLASCO PELLICER, Ángel: "Los derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones colectivas de trabajo". Segunda ponencia temática en el XXIV Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: "*Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*", celebrado en Pamplona, 29 y 30 de mayo de 2014. Pág. 5.

individuo no puede ser privado de ellos, lo verdaderamente importante es el modo en que se reconocen y se protegen estos derechos. De ahí la importancia de medir su eficacia, sobre todo cuando en determinadas relaciones coexisten con otros valores también dignos de protección, como la libertad de empresa.

3. LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RELACIÓN LABORAL

El ejercicio de los derechos fundamentales en la relación laboral plantea la cuestión de determinar hasta donde cabe una restricción o limitación de derechos a quien se somete voluntariamente al ámbito de organización y dirección de un empresario o empresa. Es precisamente esta cuestión la que ha puesto en estrecha relación a dos ramas del ordenamiento jurídico aparentemente no tan relacionadas entre sí. En palabras de MERCADER UGUINA: “*Con el reconocimiento de los derechos fundamentales el Derecho del Trabajo suministra, y no por accidente, una viga maestra para el puente del derecho privado al Derecho Constitucional*”⁴¹⁷. El punto de encuentro ha sido precisamente la problemática que supone la colisión entre el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito laboral y el interés empresarial⁴¹⁸.

La normativa laboral carece de un tratamiento central y enfocado a la protección de los derechos fundamentales del trabajador, quedando diluido en solo algunas referencias a estos derechos de tipo genérico⁴¹⁹, como aquellas que proclaman la dignidad del trabajador, la no discriminación o el respeto a la intimidad, pero que no aportan un condicionamiento efectivo a los riesgos derivados del proceso tecnológico. El ejemplo de la ausencia más palpable es la carencia legal de una protección específica laboral en lo referente al derecho a la protección de datos, carencia que ha necesitado de un debate doctrinal y jurisprudencial, específicamente, en el asunto del control y vigilancia de los medios informáticos de la empresa utilizados por los trabajadores⁴²⁰.

Por ello, el reconocimiento de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en el ámbito laboral ha obtenido resultados más bien discretos, cuando no insatisfactorios. La necesaria adaptación de la atribución al empresario de un poder general de disposición sobre la actividad laboral ha eclipsado, en algunos casos, la eficacia de los derechos fundamentales en este ámbito, que tiene lugar de forma desigual y fragmentaria al

⁴¹⁷ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: “*Derecho del Trabajo, Nuevas Tecnologías y Sociedad de la Información*”. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2002. Pág. 95.

⁴¹⁸ PARDO FALCÓN, Javier: “El juicio de indispensabilidad: Un avance de los derechos fundamentales en el ámbito laboral”. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 39. 1996. Pág. 57. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=103525>

⁴¹⁹ GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: “*Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*”. Ediciones Laborum. Murcia, 2011. Pág. 108.

⁴²⁰ GOÑI SEIN, José Luis: “Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿Necesidad de una reformulación?”. Primera ponencia temática “Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación individual de trabajo” en XXIV Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: “*Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*”, celebrado en Pamplona, 29 y 30 de mayo de 2014. Págs. 22-23.

subordinarse a los intereses empresariales⁴²¹.

No hay una doctrina clara del TC que se posicione frente a la eficacia directa de los derechos fundamentales frente a los particulares y, aunque es común admitir que *“sin entrar a delimitar aquí hasta dónde alcanza la dimensión entre particulares de los derechos fundamentales y libertades públicas, esto es, la denominada eficacia respecto de terceros, es claro que el presente recurso no podría ni siquiera existir si en el caso no estuviera involucrado (...) algún poder público al cual se le pudiera atribuir la violación del derecho fundamental invocado”* (STC 47/1985, de 27 de marzo, FJ 5º). Lo que ocurre es que precisamente ese poder público, el juez o tribunal, confirma con su fallo la vulneración de un derecho fundamental por un particular.

En este sentido, el TC se ha apoyado en el art. 9.1 CE, en el sentido que *“la sujeción de los poderes públicos a la Constitución se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los Jueces y Tribunales en el ámbito de sus funciones respectivas”* (STC 18/1984, de 7 de febrero, FJ 6º).

Ha sido en el ámbito laboral donde más claramente se ha posicionado el TC en reconocer la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros. La STC 90/1997, de 6 de mayo (FJ 1º), resume claramente la tendencia en este ámbito, repasando algunos hitos que han venido estableciendo sentencias anteriores: *“Los equilibrios y limitaciones recíprocas que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo supone (...) que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos”* (STC 292/1993, FJ 4º).

Desde la prevalencia de tales derechos, su limitación por las facultades empresariales sólo puede derivar, *“bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho (SSTC 99/1994, FJ 7º; 106/1996, FJ 4º), bien de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador (SSTC 99/1994, FJ 7º; 6/1995, FJ 3º; 136/1996, FJ 7º)”*. En todo caso, *“el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador”* (SSTC 94/1984, 108/1989, 171/1989, 123/1992, 134/1994 y 173/1994), *“ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél”* (STC 11/1981, FJ 22º).

Se plantea así, en el ámbito laboral sobre todo, un problema de fondo en torno a dilucidar si realmente existe un conflicto de derechos, al que tratan de dar solución dos concepciones o teorías: La teoría armonizadora rechaza la idea del conflicto real de derechos, pues tanto el respeto a la dignidad de la persona, como a los derechos fundamentales exige una armonía coexistencial de bienes jurídicos, donde no cabría imponer restricciones por el poder estatal. La concepción conflictivista, por el contrario, parte de una estricta división entre los derechos individuales, admitiendo la restricción de uno de los derechos en disputa en beneficio del otro.

⁴²¹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: “Derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales”. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 21-22. Noviembre 2012. Pág. 19.

Aplicando, sin embargo, una doble dimensión subjetiva e institucional a los derechos fundamentales que parte de la órbita de la delimitación, modulación o ajuste entre ellos, lo más lógico sería aplicar la concepción armonizadora, dado que los derechos surgen de la coexistencia humana y no surgen de realidades pre-sociales de contornos definidos. A pesar de la contraposición de intereses que la propia naturaleza de la relación laboral constituye, el empresario asume la obligación de facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores, en tanto pueda hacerlo y sin poner en peligro la actividad de la empresa⁴²².

3.1. ¿POR QUÉ LA RELACIÓN LABORAL MERECE UNA MAYOR PREOCUPACIÓN QUE EL RESTO DE LAS RELACIONES JURÍDICO-PRIVADAS?

El reconocimiento del efecto horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones particulares podría hacer inútil un análisis de dichos derechos en el interior de la relación laboral, ya que siendo ésta una relación entre privados, sólo queda, como en cualquier otra relación de relevancia jurídica, hacer aplicación de estos derechos otorgándoles la protección que corresponda.

Sin embargo, la relación de trabajo es la única relación jurídica de carácter patrimonial que implica de modo directo a la persona, la personalidad y la libertad misma del trabajador como deudor del trabajo⁴²³. Por tanto, en el contrato de trabajo, el trabajador realiza un negocio doblemente atributivo al empresario: Una atribución básica y puramente patrimonial y una atribución personal, por la que el empleador tiene el poder de ordenar y dirigir la prestación⁴²⁴. El carácter tuitivo del Derecho del Trabajo implica proteger al trabajador frente a los abusos cometidos por el empresario, sobre todo, en su persona e independientemente de los pactos al amparo de la autonomía de la voluntad.

Surge entonces, la pregunta ¿Cuál es la razón específica por la cual los derechos fundamentales en el interior de la relación laboral deba ser objeto de algún grado particular de preocupación distinto del común de las relaciones entre particulares?

La respuesta apunta a destacar el hecho de que la relación laboral posee un elemento absolutamente particular respecto del resto de las relaciones de Derecho privado: La existencia de la subordinación o dependencia por parte del trabajador en relación con su empleador, esto es, el ejercicio por parte de un particular de un poder que, admitido por el propio sistema jurídico, recae sobre otro particular. No en vano, el empresario se hace dueño de una parte del tiempo y de la libertad del asalariado, así como del producto de su esfuerzo.

La empresa, como relación de poder, genera una subordinación al interés empresarial que se siente como una amenaza potencial a los derechos fundamentales de los trabajadores. El libre ejercicio de la autonomía de voluntad es el que justifica las normas de juego en la relación, en principio sobre aspectos de trabajo, pero que afectan a

⁴²² APARICIO ALDANA, Rebeca Karina: "*Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones jurídico-laborales*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2016. Págs. 48-49.

⁴²³ ALONSO OLEA, Manuel: "*Introducción el Derecho del Trabajo*". Ed. Civitas. Madrid, 1994. Pág. 55.

⁴²⁴ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: "*Derecho del Trabajo, Nuevas Tecnologías y Sociedad de la Información*". Ed. Lex Nova. Valladolid. 2002. Pág. 96.

las libertades que en las mismas circunstancias, tendría otra persona que no tuviera la condición de trabajador. Ello ha tenido repercusión en los tribunales laborales, donde se trata de ponderar aquellos comportamientos o conductas, que a pesar de ser "extralaborales" el trabajador debe o no debe hacer. Este poder empresarial, en ejercicio de la libertad de empresa, tampoco es ilimitado y no debe suponer una limitación o restricción de los derechos fundamentales.

En este sentido, quien mejor puede resumir la particularidad en el ámbito de la autonomía privada en el contrato de trabajo, frente al amplio margen que permite el Código Civil es Alain SUPIOT: "*En los contratos civiles, la voluntad se compromete: en el contrato de trabajo se somete. El compromiso manifiesta la libertad, la sumisión la niega*". Esta contradicción entre la autonomía de la voluntad y la subordinación de la voluntad, conduce a que el trabajador sea visto en la empresa, "*como sujeto y como objeto del contrato*"⁴²⁵.

Ahora bien, la subordinación del trabajador ante el poder de mando del empresario, al que corresponde el deber de obediencia del trabajador, no puede ser entendido en términos absolutos. Fue precisamente la necesidad de proteger al trabajador y de aplicar un conjunto de normas distintas al derecho común a una realidad jurídica constitutiva de un derecho especial, una de las razones de la aparición del Derecho del Trabajo⁴²⁶. En este sentido, ALONSO GARCÍA ya se refería al nacimiento de esta relación jurídica que abarca un conjunto de derechos y deberes en el seno de la empresa, "*en la que se desarrollan, representan una finalidad a la cual se deben y de la que brotan los convenientes y justas limitaciones... sin desconocer la esencia de derechos del trabajador y empresario de cuyo ejercicio han de derivarse unos efectos recíprocos... que no deben hacer de peor condición a una de las partes*"⁴²⁷.

Por otro lado, tras la CE, el reconocimiento de los derechos fundamentales en las relaciones laborales plantea una situación jurídica de complejidad, que ha de compatibilizar las características propias de la relación laboral con el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores.

El espacio de poder privado que implica la empresa en relación con la relación laboral no solo incluye un poder de dirección, sino además, un poder disciplinario sancionatorio ante incumplimientos tan genéricos, como la desobediencia o indisciplina del trabajador. Es por ello que en ese espacio sea especialmente frágil el modelo de eficacia horizontal, incluso directa, de los derechos fundamentales, pues es un espacio donde pueden verse limitadas y afectadas la intimidad y la vida privada del trabajador, su dignidad y libertad, su derecho al honor y a la propia imagen, el pensamiento ideológico a todos los niveles (religioso, político, sexual, etc.), la libertad de expresión, la no discriminación, derechos todos ellos respecto de los cuales el trabajador es titular en cuanto a ciudadano.

⁴²⁵ SUPIOT, Alain: "*Crítica del derecho del trabajo*". Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996. Pág. 140.

⁴²⁶ BORRAJO DACRUZ, Efrén: "Presupuestos críticos para el estudio del Derecho del Trabajo". *Revista de Política Social*. N.º 33, 1957. Pág. 9.

⁴²⁷ ALONSO GARCÍA, Manuel: "Las doctrinas de la relación jurídica y del derecho subjetivo en el Derecho del Trabajo". *Revista de Política Social*. N.º 30, 1956. Pág. 63.

Dicho de otro modo, la plena inserción de los derechos fundamentales se construye en un escenario de tensión bastante evidente: Por una parte, un soporte jurídico normativo constitucional, constituido por una nueva concepción del ciudadano como portador de derechos fundamentales en sus diversas relaciones interpersonales, incluidas las laborales, con una legislación y una práctica laboral. Por otro lado, el modelo de obediencia y fidelidad propia de una persona subordinada al poder y control de otro particular, cuestión que justificaría un análisis especial de este tipo de derechos fundamentales en el interior de esta especialísima relación jurídica.

Es por ello que el contrato de trabajo es probablemente donde con mayor relevancia aparece la función de los derechos fundamentales como limitadores de los poderes empresariales y neutralizadores de las desiguales posiciones contractuales. Se trata de un baluarte contra la tiranía de la economía y de los riesgos de la ciencia y la tecnología, en cuanto supongan una degradación de las condiciones de trabajo y sean fuente de desigualdades⁴²⁸.

La STC 3/1983, de 25 de enero, justificaba la razón de ser del Derecho del Trabajo, limitando el poder absoluto del empresario. La tradicional desigualdad entre las partes es compensada por esta rama del Derecho, que, escindido del derecho de los contratos, tiene una finalidad tuitiva y protectora de la figura del trabajador. De esta forma, se ajusta a la CE la finalidad tuitiva o compensadora del Derecho laboral en garantía de la promoción de una igualdad real, que en el ámbito de las relaciones laborales exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador.

Así se deduce claramente cuando establece que *"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"* (FJ 3º).

Se trata, pues, de una desigualdad subjetiva, atendida por el ordenamiento jurídico mediante un tratamiento diferenciado. El legislador, al regular las relaciones de trabajo, contempla necesariamente categorías y no individuos concretos y, constatando la desigualdad socio-económica del trabajador respecto al empresario, pretende reducirla mediante el adecuado establecimiento de medidas igualatorias.

Es así frecuente que, en el ámbito de las relaciones laborales, los derechos fundamentales se proyectan en la manera y con los efectos con los que el legislador los ha regulado y, en este sentido, se dispone en la legislación específica el respeto a la igualdad, la libertad ideológica y religiosa, los derechos de sindicación, huelga, etc. Así, cuando una controversia concreta se plantea ante los tribunales, éstos han de evitar la

⁴²⁸ GOÑI SEIN, José Luis: "Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿Necesidad de una reformulación?". Primera ponencia temática "Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación individual de trabajo" en XXIV Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: "Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social", celebrado en Pamplona, 29 y 30 de mayo de 2014. Pág. 2.

lesión de derechos fundamentales, decidiendo la nulidad de determinados actos (por ejemplo, el despido), realizados con violación de un derecho fundamental.

El ámbito laboral no es solo el delimitado por el contrato de trabajo y por la prestación de servicios durante la jornada. La vulneración de los derechos del trabajador se puede producir en cualquiera de estos ámbitos:⁴²⁹

- La tutela del trabajador en los estadios previos a la contratación. Es un momento crítico y que condiciona la propia existencia de la relación laboral, que no puede quedar desprotegido contra ataques donde se puede hacer patente la discriminación y, por tanto, obstaculizar la libertad ideológica y religiosa, la libertad de expresión y, especialmente, la intimidad, pues de la búsqueda de datos sensibles, de las indagaciones, o de las pruebas de selección que tratan de obtener datos de la personalidad, es de donde partirá el ataque a la libertad individual, en forma de la no admisión al puesto de trabajo.
- La tutela del trabajador bajo el poder de dirección empresarial, contra órdenes e instrucciones ilegítimas, discriminatorias o restrictivas de derechos individuales.
- La tutela contra intromisiones provocadas por la vigilancia empresarial, tanto en su desarrollo profesional, como en el aspecto personal, mediante la utilización de técnicas clandestinas de control, que pueden vulnerar la intimidad, la propia imagen, o el secreto de las comunicaciones, disponiendo además de datos que, en caso de utilización ilegítima, lesionarían el derecho a la protección de datos personales.
- La tutela contra agresiones psico-físicas, contra la integridad física o moral del trabajador, incluidos los actos y comportamientos que incurran en acoso laboral o sexual. Implica un reconocimiento frente al empleador de un derecho pleno de autodeterminación y de inviolabilidad, contra registros, tratos vejatorios o humillantes y conductas de acoso.
- La tutela extralaboral de la información y datos personales obtenidos durante la relación laboral. Hacer públicos aspectos conocidos a consecuencia del contrato, sin consentimiento del trabajador, puede servir para elaborar bancos de datos o dar información a empresas del sector, donde el trabajador pueda acudir a trabajar, y que sirvan para llevar a cabo discriminaciones de todo tipo, intromisiones contra el honor, intimidad o propia imagen, etc.

Estos ámbitos de protección se enfrentan a la ausencia de libertad que, desde los comienzos del Derecho del Trabajo, se hace patente ante la necesidad de medios de subsistencia para el trabajador. Por más que aquellas limitaciones de derechos exijan en la mayoría de los casos un consentimiento del trabajador, éste no será real. No puede haber un verdadero acuerdo cuando alguna de las partes de una relación se halle en una situación de inferioridad que no le permita optar por una decisión realmente libre⁴³⁰.

⁴²⁹ Siguiendo en parte a GOÑI SEIN, José Luis: *“El respeto a la esfera privada del trabajador”*. Ed. Civitas. Madrid, 1988. Págs 35 y 36.

⁴³⁰ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Federico: *“Sobre la participación en beneficios”*. *Revista de Política Social*. N.º 8, 1950. Pág. 104.

Esta circunstancia es una piedra angular en la protección del derecho a la intimidad del trabajador, en particular, el control y vigilancia ejercido por el empresario, así como en la salvaguarda de la protección de datos personales. Aún existiendo en la LO 1/1982, así como en la LOPD, la obligación de obtener un consentimiento real del trabajador, para permitir precisamente una “*legalización*” de la intromisión ilegítima, la coacción dista de ser directa ante el solo hecho de la necesidad de subsistencia del trabajador.

Por ello, será necesario tener en cuenta una justificación e interés que legitime al empresario para llevar a cabo cualquier medida que afecte a la esfera personal del trabajador. Pero el interés comercial y empresarial, la defensa de la imagen de la empresa (real o potencial) o las medidas de control y vigilancia no pueden fundarse en una alegación vaga y genérica que vacíe de contenido el derecho fundamental y deje al arbitrio de una sola de las partes de la relación la interpretación sobre la legalidad de la medida. Más allá de las reglas o pautas generales, el poder empresarial incide en derechos de distinto signo y la afectación a los mismos no siempre se produce con la misma intensidad⁴³¹.

A todos estos elementos, conviene añadir un elemento subjetivo por encima del meramente formal: Tanto los poderes empresariales como los derechos de los trabajadores, como personas o ciudadanos, han de ser ejercidos de buena fe, teniendo en cuenta los intereses en juego conforme al principio de proporcionalidad, finalidad y justificación objetiva y razonable. Por ello, la relación laboral presenta peculiaridades que merecen una especial atención y estudio, pues son muchos los factores que inciden en la delimitación del legítimo ejercicio de derechos, su eficacia y límites.

3.2. LA PROYECCIÓN DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA AL TRABAJADOR.

3.2.1 La eficacia "*limitada*" de la dignidad del trabajador.

Antes de la CE, ya se reconocía que por encima de otra caracterización, el Derecho del Trabajo es un derecho de las relaciones personales. “*El individuo no deja de serlo y la persona, trabajador o empresario, como miembro de una organización (empresa) no pierde su dignidad ni abandona su condición esencial, básica y humana*”⁴³².

Ahora bien, tras la CE, ¿Puede ser objeto de amparo constitucional el derecho a la dignidad de la persona? Es decir, si el atentado a la dignidad de la persona no es constitutivo de vulneración de derecho fundamental alguno ¿existe alguna vía para reclamar en amparo constitucional?

El art. 10.1 CE no se ubica en el específico régimen jurídico de protección y de las garantías de los derechos fundamentales, que consiste básicamente en la reserva de ley orgánica ex art. 81.1 CE, con todo lo que ello comporta, así como por ser susceptibles de

⁴³¹ RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio: “*Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*”. Consejo Económico y Social del Principado de Asturias. Oviedo. 2009. Pág. 184.

⁴³² ALONSO GARCÍA, Manuel: “Las doctrinas de la relación jurídica y del derecho subjetivo en el Derecho del Trabajo”. *Revista de Política Social*. N.º 30, 1956. Págs 49 y 52.

tutela a través del recurso de amparo ante el TC.

Frente a ello, el TC se ha manifestado en el sentido de que la reserva de ley orgánica establecida en el art. 81.1 CE ha de entenderse referida a los derechos y libertades públicas regulados en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I, entre los que, obviamente, no se encuentra la dignidad de la persona que, además, es reconocida en nuestra CE como "*fundamento del orden político y de la paz social*" (STC 116/1999, de 17 de julio).

Y ante algunos intentos de fundamentar la demanda de amparo en la violación de la dignidad de la persona, se ha referido el TC con reiteración al señalar, entre otras muchas, en la STC 136/1996, que tal queja es "*ajena a los derechos fundamentales susceptibles de protección a través de este proceso constitucional. Ciertamente, el art. 10.1 CE contempla la dignidad de la persona, pero el contraste aislado de las decisiones impugnadas con lo dispuesto en dicha norma no puede servir de base para una pretensión autónoma de amparo, por impedirlo los arts. 53.2 y 161.1 b) CE y 41.1 LOTC (SSTC 101/1987 y 57/1994 y ATC 241/1985)*"⁴³³.

Por tanto el TC, como supremo intérprete de la CE y garante último de los derechos fundamentales inherentes a la dignidad de la persona, entiende que cabe recurrir en amparo en defensa de estos derechos, que enumera el art. 53.2 CE, pero no podrá utilizarse esta garantía constitucional frente a los atentados a la dignidad de la persona que no se concreten en una lesión de alguno de estos derechos.

Esta postura queda clara en la STC 120/1990 de 27 de junio⁴³⁴: "*Sólo en la medida en que tales derechos sean tutelables en amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquellos deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser ésta tomada en consideración por este Tribunal como referente. No, en cambio, de modo autónomo para estimar o desestimar las pretensiones de amparo que ante él se deduzcan*" (FJ 4º)⁴³⁵.

El TC justifica que no puede otorgar el amparo exclusivamente tomando en consideración el art. 9.2 CE por considerar que este precepto, "*al encomendar a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, refleja la dimensión social del Estado de*

⁴³³ Véase la Ponencia española al IX Encuentro de los Tribunales Constitucionales de España, Italia y Portugal bajo el tema "*La dignidad humana como principio constitucional*", a cargo de D. Guillermo Jiménez Sánchez e Ignacio de la Cueva Aleu. Roma, octubre 2007.

⁴³⁴ Esta resolución del TC, hace referencia a una huelga de hambre llevada a cabo por un grupo de presos de la organización "*GRAPO*", que reivindicaban ciertos beneficios penitenciarios, lo que les llevó a una huelga de hambre, autorizándose mediante resolución judicial la alimentación forzosa (es decir, por vía parenteral o intravenosa) cuando la vida de dichos presos corría grave peligro. Esta resolución judicial fue recurrida en amparo, alegando en este que la medida autorizada había vulnerado su derecho a la integridad física así como el derecho a no recibir tratos inhumanos o degradantes. Finalmente, el TC denegó el amparo solicitado.

⁴³⁵ En términos parecidos, cabe citar las SSTC 64/1986, de 21 de mayo y 184/1990, de 15 de noviembre, así como en varios autos, como el 95/1982 de 17 de febrero o el 371/1982 de 24 de noviembre.

Derecho e impone determinados cometidos a sus poderes, pero no reconoce derecho subjetivo alguno que sea susceptible de protección de amparo".

Tampoco estima el TC la vía del art. 10.1 CE, porque el hecho de que "*la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes sean, junto con el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, fundamento del orden político y de la paz social, no significa ni que todo derecho le sea inherente -y por ello inviolable- ni que los que se califican de fundamentales sean in toto condiciones imprescindibles para su efectiva incolumidad, de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad*" (FJ 4º).

En un paso más que acredita la falta de seguridad jurídica a la hora de delimitar y conectar la dignidad de la persona con el resto de derechos fundamentales, la STC 192/2003, de 27 de octubre, otorga el amparo a un trabajador sancionado por trabajar en otra empresa durante las vacaciones, contraviniendo la buena fe, basándose en la dignidad del trabajador, al no respetar su vida privada que implica reconocer el derecho a su tiempo libre durante las vacaciones. Un hecho calificado como proscripción de la consideración del trabajador como "*mero factor de producción*"⁴³⁶.

Como quiera que la dignidad del trabajador por sí sola no puede fundamentar ni acceder al recurso de amparo, el TC vincula este derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, en el sentido de que las resoluciones recurridas no satisfacen la exigencia constitucional de ser fundadas en Derecho, vulnerando el art. 24.1 CE, que no consiente respuestas judiciales que desconocen la dignidad personal del trabajador y su libre desarrollo, que es fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE).

Por ello, las decisiones judiciales que según la doctrina del TC desconozcan la dignidad del trabajador, vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva. ¿Supone esto considerar que la dignidad ha pasado a integrar el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva? Evidentemente no debe ser así, pero algún autor hace la consideración de que a tenor de este innovador criterio, parece que todos los que pierdan un juicio podrán alegar en principio que la injusticia de la resolución judicial infringe su derecho a un proceso indebido porque se ha lesionado su dignidad⁴³⁷.

Estos pronunciamientos han despertado algunas reflexiones que bien mantienen la dificultad conceptual de la dignidad, bien manifiestan su disconformidad, o bien, presentan alternativas a su tratamiento.

Las críticas se fundan en que no deja de ser incongruente que, siendo los derechos fundamentales "*inherentes a la dignidad de la persona*" y siendo ésta el fundamento del orden político, ocupando un puesto central en el ordenamiento jurídico, se admita la protección del amparo en defensa de estos derechos y se niegue, cuando lo que pretende defenderse es la dignidad misma frente a cualquier otro atentado⁴³⁸.

⁴³⁶ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen: "La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿Un concepto útil?". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 102. Septiembre-diciembre 2014. Pág. 190.

⁴³⁷ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago: "Comentario a la STC N.º 192/2003". *Teoría y realidad constitucional* (UNED). N.º 14. 2004. Págs. 480-481.

⁴³⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: "La dignidad de la persona en la Jurisprudencia constitucional". *Anales de*

Tampoco puede categorizarse como derecho fundamental el libre desarrollo de la personalidad (art. 9.2 CE), ya que no tiene otro alcance que un postulado, premisa, valor o principio, que va modulándose en cada uno de los derechos y libertades⁴³⁹.

Consecuencia de ello es que no existe una plena identificación entre derechos fundamentales y dignidad personal, es decir, que ni la totalidad de los derechos fundamentales reconocidos son, por ese sólo hecho, inherentes a la persona en cuanto conectados con su dignidad, ni puede afirmarse que toda restricción de los derechos fundamentales de la persona suponga un ataque a su dignidad.

Desde el punto de vista conceptual, se ha puesto de manifiesto la dificultad de definir la dignidad de un modo general, teniendo que acudir necesariamente a cada caso concreto, lo que corre el riesgo de una cierta inseguridad jurídica, alimentada por una cierta dosis de subjetividad, cuando no de arbitrariedad. En este sentido, nos encontramos con tesis escépticas como la de Norbert HOERSTER, que define la dignidad como una "fórmula vacía", que presupone un juicio de valor y que por tanto las controversias sobre su aplicación son controversias entre diversas valoraciones éticas, inmunes a decisiones científicas racionales: "*Cuan 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*"⁴⁴⁰.

En la búsqueda de esa delimitación del concepto, se ha dicho que la dignidad no es algo abstracto e inaprensible, sino que más bien está unida a la persona de forma inseparable, formando parte de ella misma, convirtiéndose en rectora de sus acciones y moldeando la convivencia y las relaciones sociales⁴⁴¹. También se ha calificado a la dignidad como concepto jurídico indeterminado de difícil, por no decir imposible indeterminación⁴⁴². Otros, en un esfuerzo por buscar un contenido concreto al concepto de dignidad, afirman que la búsqueda debe ir más allá del ordenamiento jurídico positivo, pues se sitúa en la "*dignidad de la persona*", aspecto donde se centran como inviolables e inherentes los derechos de la personalidad o que permitan el desarrollo de la persona⁴⁴³.

la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. N.º 62. 1985. Pág. 148

⁴³⁹ AZNAR LÓPEZ, Manuel: "Libertad de empresa y otros fundamentos constitucionales de la acción voluntaria". *Cuadernos de Derecho Público*. N.º 9. Enero-abril 2000. Págs. 109-129; GARRIDO FALLA, Fernando: "Artículo 10", en GARRIDO FALLA, Fernando (Dir.) "*Comentarios a la Constitución*". Ed. Civitas. Madrid, 1985. Pág. 186 y RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín y RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA, Itziar: "Artículo 10: Derechos fundamentales de la persona", en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (Dir.) "*Comentarios a la Constitución Española de 1978*". Cortes Generales-EDERSA (Editoriales de Derecho Reunidas), Tomo II. 1996. Pág. 74.

⁴⁴⁰ HOERSTER, Norbert: "*En defensa del positivismo jurídico*". Ed. Gedisa, Barcelona, 1992. Pág. 91.

⁴⁴¹ GARCÍA GARCÍA, Clemente: "*El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*". Universidad de Murcia. 2003. Pág. 59.

⁴⁴² GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio: "*Dignidad de la persona y Derechos Fundamentales*". Ed. Marcial Pons. Madrid, 2005. Pág. 93.

⁴⁴³ ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel: "*La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento Constitucional español*". Universidad de León. 1996. Págs 44-51.

Sin embargo, esta indeterminación no puede provocar una posición de desmerecimiento conceptual, ni su desvirtuación como valor superior en vista del literal del art. 10.1 CE que la sitúa en primera instancia, por delante de los derechos inviolables que le son inherentes⁴⁴⁴. Ahora bien, este aspecto, tampoco es pacífico, ya que algún autor sostiene que la dignidad en sí misma no es inviolable, lo son los derechos que son inherentes a la persona o a su dignidad⁴⁴⁵.

3.2.2 El alcance de la dignidad como derecho inespecífico del trabajador.

El ámbito de las relaciones laborales resulta especialmente propicio para el planteamiento de cuestiones relativas a la protección de la dignidad humana, tanto por el carácter continuado e inmediatez de trato entre personas y existencia de relaciones de dirección (del trabajo) y jerarquía (laboral), como porque, mediante el ejercicio de la actividad de empresa, su titular busca el logro de una finalidad económica (beneficio) mediante la prestación de trabajo de otras personas (los trabajadores)⁴⁴⁶.

Estas circunstancias hacen que el trabajador como persona se vea sometido no solo a las directrices del poder de dirección, sino a circunstancias arbitrarias que pueden tener relación con el trabajo, o incluso, ir más allá, aprovechando esa subordinación para exigir comportamientos no solo ilegítimos, sino ilícitos e incluso delictivos.

El reconocimiento de los derechos fundamentales, especialmente de aquellos que se sustentan sobre la dignidad de la persona, ha permitido su aplicación a las relaciones entre privados, como resultado de la eficacia horizontal de estos derechos. Ello facilita al trabajador un estatuto jurídico particular que le permite su desarrollo como persona, incluso en el seno de la dependencia y subordinación típicas de la relación laboral.

Sin ánimo de abordar el estudio del “*trabajo forzoso*”, en el sentido de esclavitud o servidumbre y, por tanto, contrario a la dignidad humana y a la libertad del individuo, sí cabe advertir conductas que hoy día se encuentran cercanas a ese régimen abolido, constituyendo un riesgo tanto para la persona, como para nuestra sociedad. Existe un régimen laboral contrario a la dignidad del individuo como persona, por ejemplo, en las siguientes circunstancias⁴⁴⁷:

- A) La explotación del trabajador para realizar actividades delictivas. Es el caso de la venta ilegal de mercancías prohibidas, delitos contra la propiedad, tráfico de drogas o de armas, y trata de seres humanos.

⁴⁴⁴ GARCÍA GARCÍA, Clemente: "El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional". Universidad de Murcia. 2003. Pág. 67.

⁴⁴⁵ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio: "Dignidad de la persona y Derechos Fundamentales". Ed. Marcial Pons. Madrid, 2005. Pág. 116.

⁴⁴⁶ TAPIA HERMIDA, Antonio: "La protección de los derechos fundamentales en el Derecho comunitario. Sus funciones. La «dignidad humana» como principio general del derecho y norma jurídica". *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 265. Abril 2005. Pág. 124.

⁴⁴⁷ SALAS PORRAS, María: "Trabajador esclavo y contrato de esclavo: configuración jurídica". *Revista Crítica de Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social*. N.º 8. Mayo 2014. Págs 33 y ss. Disponible en: <http://www.eumed.net/rev/historia/08/contrato-esclavo.pdf>

En este sentido se pronuncia la Directiva 2011/36/CE⁴⁴⁸ al tipificar como esclavitud laboral la explotación del ser humano para realizar actividades delictivas, así como la práctica de la mendicidad forzosa. Si bien es cierto que estas nuevas tipologías se circunscriben en un contexto delictivo relativo a la trata de seres humanos, otorgando mayor gravedad al hecho de la trata o del desplazamiento que al sometimiento mismo a esclavitud, hay que reparar que los trabajos o servicios forzados, la esclavitud, la servidumbre o prácticas análogas a la esclavitud son modos de imponer la condición de trabajador, vulnerando la libertad misma de realizar la prestación laboral.

No obstante, es en sede laboral donde mayor protección van a tener estos trabajadores, pues estas formas de aprovechamiento económico ilícito de la víctima se incluyen expresamente dentro de la finalidad de explotar el trabajo ajeno: Basta que concurren las notas de ajeneidad y productividad en sentido amplio⁴⁴⁹.

En un ejemplo por desgracia bastante común, respecto al ejercicio de la prostitución como actividad laboral, nos encontramos ante una situación peculiar. En el actual marco regulador de la prostitución (regulación administrativa y despenalización aplicativa), el Estado Español no ha asumido las recomendaciones de la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014, conforme a la cual no solo la prostitución forzada, sino la simple prostitución y la explotación sexual son cuestiones con un gran componente de género y que constituyen violaciones de la dignidad humana. Si bien ello es contrario a los principios de igualdad de género y a los contenidos en la CDFUE, el ejercicio libre, sin coacción y de manera no forzada, de la mencionada actividad, bajo la dirección y dependencia de una empresa, no es motivo de ilícito penal ni de lesión de derechos fundamentales individuales que impidan el reconocimiento de laboralidad postulado⁴⁵⁰. Es claro que el régimen protector del contrato de trabajo, atenúa en cierto modo la desprotección de estas personas.

- B) La "*explotación doméstica*". La Recomendación 1523, de 2001, de 26 de junio, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, introduce en el sistema jurídico europeo, aunque sin efectos normativos vinculantes para los Estado miembros, una forma nueva de esclavitud, la doméstica, como aquella que se produce en un contexto de captación de seres humanos o de inmigración ilegal cuando "*sistemáticamente se confisca a las víctimas su pasaporte, se encuentran en una situación de vulnerabilidad total frente a su empleador, en una situación próxima al secuestro, y sufren violencias físicas y/o sexuales (...)*".

Esclavitud doméstica es también la que sufren quienes, residiendo legalmente en cualquier territorio de la Unión, se hallan en esa misma situación de fragilidad absoluta frente a su empleador, vulnerándose, por tanto, su dignidad.

⁴⁴⁸ Directiva 2011/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, DOUE N.º 101, de 15 de abril de 2011.

⁴⁴⁹ POMARES CINTAS, Esther: "El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N.º 13-15, 2011. Pág. 18. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-15.pdf>

⁴⁵⁰ SJS N.º 10 de Barcelona, de 18 de febrero de 2015, N.º 50/2015 (Normacef, NSJ051287).

- c) El trabajo en condiciones laborales ilícitas. En este sentido, habría que incluir a las de mayor gravedad, como por ejemplo, las conductas tipificadas en el CP, pero en ninguno de los tipos penales se reconoce la afectación de la dignidad como bien jurídico protegido o vulnerado, sino que recae en las circunstancias materiales o elementos del contrato. Esta vía resulta difícil de proteger, porque tampoco es fácil de delimitar en los supuestos concretos, siendo los tribunales laborales, quienes interpretan en la mayoría de los casos, las restricciones o vulneraciones que suponen un ataque a la dignidad de la persona.

Así, por ejemplo, se ha estimado vulnerada la dignidad del trabajador [(vía extinción indemnizada del art. 50.1.a) del ET], la asignación por el encargado de la empresa a un trabajador que viene realizando labores de cierta cualificación, tareas nunca antes realizadas, como barrer o atender a su perro, con una actitud vejatoria y de menosprecio y con una clara falta de respeto a la dignidad personal y laboral⁴⁵¹.

Al margen de estos graves y claros atentados a la dignidad, este derecho también tutela la integridad moral del trabajador, aspecto de difícil delimitación, pero que ya tenía un reconocimiento preconstitucional en el art. 75.6º LCT, seguramente con la finalidad de subordinar todos los valores económicos a los de orden humano⁴⁵².

Hoy día, como antaño, existe una variedad de casos en los que la dignidad del trabajador implica deberes para el empresario: Desde la protección a la persona y a la personalidad del trabajador, incluso frente a riesgos provenientes de terceros, hasta deberes concretos, como el de ocupación efectiva y respeto a su capacidad y promoción profesional o prohibiciones, como la modificación injustificada de condiciones de trabajo o la extinción, con menoscabo de su dignidad. Pero sobre todo, será la lesión de los derechos fundamentales, los que principalmente incidan sobre la dignidad del trabajador.

3.2.3 El acoso en la relación laboral como vulnerador de la dignidad de la persona.

El art. 4.2.e) ET no se limita a considerar derechos del trabajador la dignidad y la intimidad, sino que vincula esos dos derechos constitucionales con las situaciones de acoso que implican extender el ámbito aplicativo de la dignidad e intimidad del trabajador a estas situaciones que pueden producirse en el ámbito laboral, siendo el sujeto afectado, ya no el ciudadano o particular, sino el trabajador:

1.º) El acoso discriminatorio por razón de raza o etnia, religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, respecto del cual es de especial importancia la LO 3/2007, de 21 de marzo, de Igualdad, y la Directiva de la UE 2002/73, de 23 de septiembre⁴⁵³.

⁴⁵¹ STSJ de Castilla La Mancha (Sala de lo Social), de 25 de julio de 2014, rec. N.º 372/2014. (Normacef, NSJ050251).

⁴⁵² DE LA VILLA GIL, Luis Enrique: “*Esquemas de Derecho del Trabajo. Curso 1971-1972*”. Universitat de Valencia. Valencia, 2007. Pág. 353.

⁴⁵³ Modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

2.º) El acoso sexual, que requiere inexcusablemente la "*libinosidad*" o la finalidad de realizar actos carnales. En la STC 224/1999, de 13 de diciembre, el carácter sexual de este acoso -que lo diferencia del acoso por razón de sexo.

En los supuestos de acoso sexual, hay que tener en cuenta que la violación del derecho a la protección de la dignidad de la persona puede producirse no sólo mediante una acción, sino también por omisión, cuando es la empresa quien lo tolera o no pone remedio para evitarlo (acoso horizontal, o entre compañeros de trabajo).

Así, por ejemplo, se considera nulo el despido de una trabajadora que tras sufrir acoso sexual por parte de compañeros de trabajo y comunicarlo a la empresa, inicia un proceso de incapacidad temporal por depresión siendo posteriormente despedida. Los compañeros trataban a la actora como un mero objeto sexual, utilizando un lenguaje procaz, constituyendo un atentado a la dignidad⁴⁵⁴.

El problema reaparece cuando los tribunales no aprecian la existencia de acoso sexual y sus resoluciones son recurribles en amparo, pues la dignidad del trabajador no es por sí solo suficiente para sostener el recurso en la vía del amparo. Así sucedió en la STC 224/1999, de 13 de diciembre, pionera en este ámbito, donde la cuestión planteada estriba en determinar si una trabajadora, como consecuencia de la conducta libidinosa del empresario, ha visto vulnerados sus derechos fundamentales.

Estima el TC que el derecho vulnerado debe ser el de la intimidad personal del art. 18.1 CE, pues en éste se inscribe el derecho a la protección del trabajador contra el "*acoso sexual*" en el ámbito laboral. Se trata de un atentado a una parcela tan reservada de una esfera personalísima como es la sexualidad, en desdoro de la dignidad humana (art. 10.1 CE), sin olvidar tampoco la conexión que en ocasiones pueda trabarse con el derecho de la mujer a no ser discriminada por razón de su sexo cuando tales comportamientos agresivos, contrarios a los valores constitucionales, puedan afectar todavía en el día de hoy, más a las mujeres que a los hombres (art. 14 CE).

Pese a la inexistencia de alegación expresa al derecho a la intimidad, el TC opta por situar la conducta en ese derecho, "*ante los hechos determinantes y el agravio que constituyen, al ser suficientemente significativos por sí mismos, permitiendo, sin esfuerzo, identificar el derecho fundamental agredido con el soporte de la dignidad humana que se adujo siempre como raíz de la reacción judicial de la víctima*" (FJ 2º).

Si bien, estima el TC, la protesta, denuncia o invocación ha de ser expresa y unívoca e inteligible, no necesariamente ha de ser explícita y aun cuando "*formal*", seria y consistente, "*se predica del derecho sedicente atacado, no del precepto constitucional que lo cobija y menos aun del ordinal en la Constitución o de su nombre en el lenguaje jurídico, nomen iuris*" (FJ 2º).

Una vez dejado claro el asunto de la dignidad, al conectarlo con el derecho a la intimidad, el TC resume los requisitos para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable, en el siguiente sentido (FFJJ 3º y 4º):

⁴⁵⁴ STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 21 de abril de 2014, rec. N.º 4705/2013 (Normacef, NSJ050208).

- Ha de exteriorizarse la conducta a través de un comportamiento físico o verbal manifestado (actos, gestos o palabras), que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima. Además, ha de ser grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato.
- La prohibición del acoso no pretende en absoluto crear un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no sólo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo.
- Ese carácter hostil no puede depender tan sólo de la sensibilidad de la víctima de la agresión libidinosa, aun cuando sea muy de tener en cuenta, sino que debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso, como la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes o sólo un amago, o quedó en licencias o excesos verbales. Debe tenerse en cuenta, además, si el comportamiento ha afectado al cumplimiento de la prestación laboral, siendo por otra parte relevantes los efectos sobre el equilibrio psicológico de la víctima para determinar si encontró opresivo el ambiente en el trabajo.
- No se incluirían en el concepto de acoso sexual aquellas conductas que sean fruto de una relación libremente asumida (previamente deseadas) y, en cualquier caso, consentidas o, al menos, toleradas. La configuración constitucional del acoso sexual, como atentado a la intimidad personal del trabajador, protege exclusivamente frente a comportamientos de significado libidinoso que no sean asumidos por la persona destinataria de los mismos. Lo que distingue al acoso sexual del comportamiento amistoso es que aquél es unilateral e indeseado, y el otro, voluntario y recíproco, correspondiendo a cada individuo la libre opción de aceptarlo o rechazarlo por ofensivo.

En consecuencia, el TC estimó que en el caso enjuiciado se daban los elementos definidores del acoso sexual: Una conducta con tendencia libidinosa, no deseada por la destinataria y finalmente que fue lo suficientemente grave, por su intensidad, reiteración y efectos sobre la salud mental de la trabajadora, generando así un entorno laboral hostil e incómodo objetivamente considerado, no sólo sentido como tal por la víctima, con menoscabo de su derecho a cumplir la prestación laboral en un ambiente despejado de ofensas de palabra y obra que atenten a su intimidad personal.

Esta sentencia sirvió además para que en pronunciamientos posteriores, la argumentación y apoyo para conocer recursos de amparo se reconduzca al derecho a la intimidad, sin ignorar que estamos ante una conducta pluriofensiva que suele afectar a varios derechos fundamentales, como queda claro en la STC 136/2001, de 18 de junio, si bien, en este caso, no fue posible deducir la existencia del acoso sexual alegado por la recurrente en amparo: Al no haberse aportado, a juicio del TC, indicios suficientes de la vulneración constitucional, no se produce la inversión de la carga de la prueba, de modo que el empresario venga obligado a probar la inexistencia del propósito lesivo del derecho fundamental (FJ 6º).

3.º) El acoso por razón de sexo, que comprende todos los comportamientos ofensivos relacionados con el sexo de la víctima. La LOI relativiza la distinción entre

acoso sexual y acoso por razón de sexo, pues éste, aunque implica un comportamiento ofensivo relacionado con el sexo de la víctima y no es de carácter sexual, es discriminatorio por razón de sexo con idéntica protección jurídica legal.

Sin embargo, cabe comprobar que el “*acoso moral o laboral*” no se incluye en estos apartados, a pesar de que es la forma más frecuente en que el acoso se exterioriza y sin que necesariamente esté relacionado con el sexo u orientación sexual. Debe entenderse que la omisión es irrelevante, pues este tipo de acoso que puede orientarse a un sinfín de razones o causas, queda ya protegido, tanto en el ámbito constitucional, como en el específicamente laboral, por los derechos generales a la dignidad y a la intimidad, cuando no sea aplicable el derecho constitucional a la integridad física y moral (art.15 CE).

En este sentido, es la afectación a la dignidad de la persona lo que diferencia precisamente el acoso moral del ejercicio arbitrario del poder empresarial. Una cosa es el hostigamiento con la voluntad de dañar, provocando un daño al trabajador, que se ve amenazado en sus derechos con un trato humillante y vejatorio y, otra cosa, es el cumplimiento más o menos estricto de un deber laboral que implica la necesaria dependencia para acatar las órdenes empresariales.

Así, pueden ser calificadas como acoso moral o “*mobbing*” los ataques contra la víctima, cuando el superior limita al trabajador las posibilidades de comunicarse, le cambia la ubicación separándole de sus compañeros, se juzga de manera ofensiva su trabajo o se cuestionan sus decisiones. De igual forma, el aislamiento social, los ataques a la vida privada, las agresiones verbales, como gritar o insultar, criticar permanentemente el trabajo de esa persona o difundir rumores. Son síntomas del acoso la ansiedad, pérdida de la autoestima, úlcera gastrointestinal, depresión, etc. No obstante la presencia de cualquier conflicto no determina la existencia de un hostigamiento laboral, porque, no toda conducta se puede calificar de acoso moral. Merecen solamente ese calificativo aquellas conductas que tengan por objeto o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona, o que persigan crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, y además, ha de ser grave, reiterado y tiene que estar relacionado con el trabajo⁴⁵⁵.

En el ámbito administrativo sancionador, son constitutivas de infracciones muy graves en materia laboral, a tenor del art. 8 LISOS:

- El acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma (apdo 13).
- El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo (apdo 13. bis).

En el ámbito penal, el delito de acoso sexual consiste en solicitar favores de

⁴⁵⁵ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 21 de noviembre de 2013, rec. N.º 3337/2013 (Normacef, NSJ049456).

naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, cuando tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante. Este delito, se agrava, cuando el culpable hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación (art. 184.1 y 2 del CP).

3.3. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LAS RELACIONES LABORALES.

En sus estudios sobre legitimidad democrática, Pierre ROSSANVALLON alude a la “*gran transformación*” que se viene produciendo en todos los campos y, específicamente, en el terreno de las relaciones laborales, donde se ha pasado de la lucha de clases a otro escenario donde la negociación colectiva ha permitido enmarcar y regular la confrontación de intereses entre empresario y trabajador. En este sentido, destaca que en un universo productivo más singularizado, las cuestiones del respeto a la persona y la no discriminación, así como la equidad, se vuelven aspectos centrales del contrato de trabajo. “*El acoso moral, se ha vuelto tan sensible como anteriormente lo fue la explotación del trabajador*”⁴⁵⁶.

Si el principio de igualdad ante la Ley es un mandato dirigido a los poderes públicos y al legislador en particular, la prohibición de discriminación, sin embargo, tiene una especial incidencia privada. Y es que no es el Estado el único responsable del cumplimiento de la prohibición de no discriminar, sino que debe tomar las medidas adecuadas para evitar la discriminación entre sujetos privados.

La igualdad es una afirmación y despliegue de la dignidad de la persona, que representa el contexto que requiere la libertad para actuar, haciendo posible el reconocimiento y el ejercicio de sus derechos mediante la provisión de las condiciones mínimas indispensables. La igualdad se apoya en la más elemental exigencia de justicia: Tratar del mismo modo lo igual y de modo distinto lo desigual. Implica, por tanto, el reconocimiento y el respeto de la diferencia. Supone el reconocimiento y respeto de todos en cuanto iguales y de cada uno como diferente⁴⁵⁷.

El principio de igualdad obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias para evitar tratos discriminatorios. Pero también despliega una eficacia horizontal además de esas medidas estatales, que en todo caso son necesarias para evitar la discriminación social. Deriva una exigencia de igualdad de trato que vincularía tanto a la autonomía individual como a la colectiva, bajo la interpretación y consideración de la igualdad como valor superior de todo el ordenamiento (art. 1.1 CE). Por ello, cabe afirmar que el principio de igualdad tiene eficacia vinculante horizontal entre sujetos privados, afectando en el marco de las relaciones laborales a la autonomía individual y a la colectiva⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ ROSSANVALLON, Pierre: “*La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*”. Ed. Paidós. Barcelona, 2010. Pág. 101.

⁴⁵⁷ SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio: “Ética, Derecho y datos personales”. *Cuadernos de Derecho Público*. N.º 19-20. Mayo-diciembre 2003. Pág. 121.

⁴⁵⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: “El principio de igualdad y las relaciones laborales”. *Revista de Política Social*. N.º 121. 1979. Pág. 398.

Ahora bien, la eficacia de este principio en la esfera jurídico-privada debe respetar también la libertad de pactos y la autonomía contractual, de forma que sólo la fundamentación de la discriminación en alguno de los motivos prohibidos por el ordenamiento, afectará a la libertad de pactos.

El principio de igualdad supone un límite fundamental a la autonomía empresarial y consiste en la prohibición de que el empleador adopte diferenciaciones arbitrarias, teniendo que justificar toda desigualdad de trato entre los trabajadores en base a su razonabilidad y respecto a la situación concreta que se trate⁴⁵⁹. Es decir, el principio de igualdad de trato no implica tratar uniformemente a todos los trabajadores, puesto que su dimensión es fundamentalmente negativa, sino evitar diferenciaciones arbitrarias⁴⁶⁰.

La disparidad entre la capacidad de las personas demanda una respuesta jurídica que requiere reconocer y remediar, de forma justificada y razonable, las desigualdades. Es una exigencia de justicia compensar ciertos desequilibrios que impiden el desarrollo personal que persigue la desaparición de discriminaciones injustas o arbitrarias.

En principio, en el contrato de trabajo, por ejemplo, el empresario contratará a quien quiera, salvo que ello implique una discriminación basada en alguno de los motivos prohibidos por el ordenamiento y, especialmente, en el art. 17 ET, que expresamente prevé la nulidad de aquellas decisiones empresariales que den lugar “a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español”. Esta nulidad se extiende a las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.

En opinión de RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, lo que hace este artículo es reforzar el disfrute efectivo de estas libertades, lo que así ocurre, por ejemplo, con la libertad religiosa, la libertad de opinión, la libertad de afiliación a partidos políticos o la libertad sindical. La discriminación por estas causas, más que un problema de igualdad, encubre una protección de la libertad personal de tomar decisiones personales. Por tanto, la esencia está en el respeto a las convicciones individuales que una persona no necesita justificar y para lo que no necesita hacer ningún sacrificio personal⁴⁶¹.

Esta prohibición alcanza a todo tipo de normas y a los convenios colectivos,

⁴⁵⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: “El principio de igualdad y las relaciones laborales”. *Revista de Política Social*. N.º 121. 1979. Págs 402-403.

⁴⁶⁰ DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos: “Lecciones de Derecho del Trabajo”. Ministerio de Trabajo. Instituto de Estudios Laborales y Seguridad Social. Madrid. 1977. Pág. 801.

⁴⁶¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: “El principio de igualdad y las relaciones laborales”. *Revista de Política Social*. N.º 121. 1979. Pág. 392.

incluyendo a las decisiones empresariales adoptadas en el ámbito de la relación laboral.

Así, por ejemplo, en el ámbito de la prohibición de discriminación por razón de sexo, la existencia de un pacto o acuerdo entre la empresa y el trabajador, que aparentemente sería resultado de la libre voluntad de las partes, no convierte en legítima una decisión discriminatoria: Si bien la aplicación del principio de igualdad a las relaciones entre particulares ha de hacerse matizadamente (SSTC 34/1984, de 9 de marzo, y 177/1988, de 10 de octubre, entre otras), no por ello puede concluirse que una condición que, de venir establecida por norma reglamentaria sería discriminatoria, resulte válida por el solo hecho de haber sido establecida en términos de aparente libertad o voluntariedad (STC 241/1988, de 19 de diciembre, FJ 3º)⁴⁶².

Desarrollando la STC 34/1984 citada, donde se dilucida la problemática de si la concesión de una cantidad que carece de justificación objetiva a unos trabajadores, y a otros no, vulnera el derecho a la igualdad, la Sala desestimó el recurso afirmando que el principio de igualdad rige también en el ámbito de los particulares, aunque con una matización importante, derivada de la autonomía de la voluntad, que *"si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo, por virtud entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, no desaparece, dejando un margen en que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la Empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales"* FJ 2º).

Por tanto, cuando la diferencia salarial no posea un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la CE o el ET, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad. Y entonces, al no incidir en ninguna de estas causas, ¿son libres las partes para vincularse contractualmente como libremente acuerden? La respuesta ha de ser negativa, pues dentro de esta libertad, debe aparecer otro límite, que evite el abuso de derecho o el ejercicio del mismo para finalidades distintas de las que la norma permite.

Un ejemplo, es la resolución del contrato de trabajo en periodo de prueba, que a tenor del ET es libre para cualquiera de las partes. Aún así, la STC 94/1984, de 16 de octubre, consideró que aunque la facultad de resolución de la relación laboral concedida por el art. 14.2 del ET, y de la que en el presente caso ha hecho uso la empresa, *"está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental, como en el presente caso el de igualdad, recogido en el art. 14 de la C.E."* (FJ 3º).

BERCOVITZ entiende que esto significa que el derecho privado no puede contradecir el principio de igualdad y reconoce que este principio se impone con menor fuerza en el campo de la autonomía privada, en comparación con la sumisión al mismo de los poderes públicos, pero que se impone en aplicación del orden público constitucional, prohibiendo así las discriminaciones contrarias al mismo, sin que se limiten a las previstas en el art. 14 CE⁴⁶³. En esta línea, el TC resumió así su doctrina en este aspecto: *"... el*

⁴⁶² Se trataba en este caso de la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo al denegarse el reingreso de una trabajadora tras excedencia por razón de matrimonio, al amparo de una Reglamentación de trabajo.

⁴⁶³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: "Principio de Igualdad y Derecho Privado". *Anuario de*
219

respeto de la igualdad ante la Ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía esta limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 C.E' (STC 108/1989, de 8 de junio, FJ 1º).

Otro de los ejemplos típicos y característicos en el ámbito de la relación laboral es la discriminación en la retribución, por un trabajo de igual valor, en base al art. 28 ET, que dispone que *"el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla"*.

En este sentido es importante destacar algunas sentencias del TC respecto a la discriminación en la retribución por razón de sexo, en el sentido que *"la virtualidad del art. 14 C.E. no se agota en la cláusula general de igualdad que inicia su contenido, sino que también persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE"* (STC 19/1989, FJ 4.º). Esta afirmación que, en determinados supuestos, ha conducido a considerar ajustadas al art. 14 CE determinadas medidas normativas ventajosas para colectivos tradicionalmente discriminados (SSTC 128/1987 y 19/1989), despliega también importantes efectos cuando de lo que se trata es de enjuiciar si una diferencia peyorativa para estos colectivos es o no conforme al mandato del art. 14 CE.

El concreto, la STC 128/1987, de 16 de julio, se ocupa de un supuesto de diferencia de trato concedido por el INSALUD entre trabajadoras y trabajadores: Mientras que todas las trabajadoras, independientemente de su estado civil, con hijos menores de seis años, perciben una prestación por guardería, sólo los hombres viudos con hijos de esa edad reciben tal prestación. Frente a la alegación del INSALUD de que se trata de una prestación de concesión graciable, el TC recuerda que el empresario no puede utilizar el margen de autonomía privada, del que dispone en la contratación laboral, para introducir discriminaciones entre unos y otros trabajadores, añadiendo que esa prohibición es más rígida cuando se trata de una entidad pública.

No obstante, el TC no estima el recurso por otra causa alegada por el INSALUD: *"Existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o para permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social en una situación de hecho claramente desventajosa respecto a los hombres en la misma situación. En tanto, pues, esta realidad perdure, no pueden considerarse discriminatorias las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en situación de clara desigualdad social, y que traten de evitar, facilitando el empleo de guarderías, que una práctica social discriminatoria se traduzca en un apartamiento del trabajo de la mujer con hijos pequeños"* (FJ 10º).

En este sentido, la STC 145/1991, de 1 de julio, insiste en esta línea jurisprudencial: *"La prohibición constitucional de discriminación por características*

Derecho Civil. 1990. Vol. 2. Págs 412 y 415.

Disponible en BOE: http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1990-20036900428 ANUARIO DE DERECHO CIVIL Principio de igualdad y Derecho privado.

personales y en particular por el sexo, como signo de pertenencia de la mujer a un grupo social determinado objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica, se conecta también con la noción sustancial de igualdad. Ello permite ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación, para incluir no sólo la noción de discriminación directa, o sea, un tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde el sexo sea objeto de consideración directa, sino también la noción de discriminación indirecta, que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo a causa de la diferencia de sexo” (FJ 2º).

Por tanto, en la aplicación práctica de esta doctrina, cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato basada en las circunstancias que el citado precepto considera discriminatorias -en este caso, el sexo- y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación -en este caso, las mujeres-, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE (STC 145/1991, de 1 de julio, FJ 2º).

Sin embargo, la frontera entre la discriminación y una diferencia de trato no queda clara, en el supuesto del derecho a la conciliación entre la vida laboral y personal, que consagra la STC 26/2011, de 14 de marzo y que considera violado el derecho de un padre con dos hijos menores al que se le deniega la elección de turno para poder cuidar a sus hijos. En un caso parecido, la STC 24/2011, de 14 de marzo, deniega el amparo a una trabajadora, madre de familia monoparental, que pretendía la adscripción permanente a un turno de trabajo, sobre la base de que esa petición quedaba condicionada “a los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario, respetando en su caso lo previsto en aquélla” (FJ 4º).

Por último, ha de abordarse otra cuestión de especial trascendencia que nos servirá para encauzar el objeto central de este trabajo: No se puede eludir el hecho de que a un acto discriminatorio del empleador, le suelen preceder otros de injerencia e indagación sobre las opiniones y la vida extralaboral del trabajador que bien pueden ser constitutivos de actos lesivos a su derecho fundamental a la intimidad⁴⁶⁴. Así, la búsqueda de características ínsitas en el ámbito de la privacidad de la persona, con la finalidad de adoptar decisiones que afecten a las relaciones privadas pero por un motivo ajeno a dicha relación, como puede ser la laboral, vulnera el principio de igualdad en cuanto tuvieran por finalidad privar o limitar alguno de los derechos reconocidos a una de las partes, en este caso, el trabajador.

De ahí, que algunas de las intromisiones a la intimidad del trabajador, pueden tener origen en un acto discriminatorio, pues del conocimiento de factores como el embarazo, enfermedades concretas, ideologías, pensamiento o creencias, puede nacer una decisión que amparada en principio por el poder directivo y organizativo del empleador, sin

⁴⁶⁴ GOÑI SEIN, José Luis: “*El respeto a la esfera privada del trabajador*”. Ed. Civitas. Madrid, 1988. Pág. 31.

embargo, tiene un efecto laboral que normalmente perjudica al trabajador, ya sea en los estadios previos a la contratación, procesos de selección y pruebas selectivas, como durante la relación laboral, pudiendo incluso ser causa de extinción de la misma.

El hecho de la facilidad para la búsqueda de información a través de Internet y redes sociales sobre las costumbres, hábitos y aspectos personales, que incluso en ocasiones no ha sido consentida por el trabajador, unido a la debilidad de éste en una relación privada en la que la dependencia y subordinación le sitúan en un plano de inferioridad, pone en una situación de riesgo la eficacia de sus derechos fundamentales, porque es precisamente la búsqueda de la causa de discriminación la que ocultará el empresario, que no tiene por qué delatar su oscura intención.

De esta forma, la interrelación entre los derechos fundamentales se hace patente, por ejemplo, cuando la protección de datos personales se convierte en un elemento constitutivo del principio de no discriminación, al tratar de evitar que la informatización de los datos personales propicie comportamientos discriminatorios. De hecho, son los datos más sensibles los que pueden emplearse para estigmatizar y discriminar al sujeto⁴⁶⁵.

La diversidad de supuestos ante situaciones de desigualdad de trato conduce a una acción positiva encaminada a la equiparación e integración. Se trata de garantizar una mínima igualdad de oportunidades o posibilidades para elegir y llevar a cabo libremente la configuración de la personalidad e identidad.

3.4. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO DE INFORMACIÓN EN EL MARCO DE LAS RELACIONES LABORALES.

3.4.1 Delimitación de derechos.

El marco general de la libertad de expresión implica una doble distinción: El derecho a emitir libremente ideas y opiniones (art. 20.1.a CE) y el derecho de información o libertad de transmitir hechos o noticias [(art. 20.1.d) CE].

Como se desprende nítidamente de los términos del art. 20 CE, la libertad de expresión tiene por objeto la transmisión de "*ideas y opiniones*", esto es, juicios de valor y por ello susceptibles de crítica política y difusión ideológica, mientras que el derecho de información tiene por objeto la transmisión de "*hechos*", esto es, noticias en sentido estricto y por ello no susceptibles de apreciación meramente subjetiva.

Esta distinción se basa en que siendo el contenido de ambos bien distinto, bien distintas son también las consecuencias jurídicas que en uno y otro caso se derivan. Mediante el derecho de información se comunican "*hechos*", por lo que la "*veracidad*" forma parte del contenido del derecho, por ello mismo nuestra CE no proclama simplemente el derecho de comunicar libremente información, sino de comunicar libremente "*información veraz*". Tal exigencia de veracidad, en cambio, no se predica (no forma parte del contenido) de la libertad de expresión puesto que su objeto, los "*juicios de valor*", en cuanto materia perfectamente opinable, no son en principio ni verdaderos ni

⁴⁶⁵ RAMÍREZ BERASATEGUI, Javier: "La protección de datos como un derecho fundamental de todo ser humano", en FARRIOLS I SOLÀ, Antoni (Dir.): "*La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*". Ed. Cinca. Madrid, 2006. Pág. 38.

falsos (lo que no quiere decir que sean justos o injustos, o mejor, lícitos o ilícitos)⁴⁶⁶.

3.4.2 La libertad de expresión.

El derecho a la libertad de expresión deriva de la idea de la dignidad de la persona humana y de su derecho a un trato que no desmerezca de esa dignidad. Un derecho como la libertad de expresión es necesario para proteger la dignidad del hombre, de forma que su invasión, significa tratar a un hombre como algo menos que un hombre, o como menos digno de consideración que otros hombres⁴⁶⁷.

Un hombre a quien se le impide o dificulta la comunicación libre con los demás es tratado indignamente, vejado en su auténtica condición, pues el hombre es un ser comunicativo y locuaz, a quien no se le puede callar contra su voluntad, condenándolo al aislamiento y al empobrecimiento espiritual⁴⁶⁸.

No hay una referencia legal o un derecho en la CE que específicamente se refiera a la libertad de expresión del trabajador, como sí hacía por ejemplo, la Constitución alemana de 1919⁴⁶⁹, seguramente por su interés en destacar y contemplar los derechos sociales y especialmente de los trabajadores que establecen los principios del derecho social o de la política social⁴⁷⁰ y reconocen los denominados "*derechos de segunda generación*" o derechos económicos, sociales y culturales, ampliando el campo de derechos fundamentales trazado en las leyes europeas a lo largo del siglo XIX.

En el ET solo se contempla el derecho a la libertad de expresión de forma expresa en el art. 68.d) y como garantía otorgada a los representantes legales de los trabajadores, en el sentido de que tienen derecho a expresar libremente sus opiniones "*en las materias concernientes a la esfera de su representación pudiendo publicar y distribuir, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa*".

En este sentido, el art. 28.1 CE garantiza en su vertiente funcional el derecho a la libertad de expresión respecto de cualquier asunto que tenga repercusión directa o indirecta en las relaciones laborales. Sin embargo, no cabe aprovechar esta libertad para

⁴⁶⁶ ARAGÓN REYES, Manuel: "El Derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de Información". *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. 1999. Págs. 29 y 30.

⁴⁶⁷ DWORKIN, Ronald: "*Los derechos en serio*". Ed. Ariel. Barcelona. 1989. Pág. 295.

⁴⁶⁸ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: "La libertad de expresión desde la teoría de los Derechos Fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 32. Mayo-agosto 1991. Pág. 78.

⁴⁶⁹ El art. 118 de la Constitución de Weimar establecía en su primer párrafo: "Dentro de los límites marcados por las Leyes generales, los alemanes tendrán derecho a la libre emisión de sus ideas, de palabra, por escrito o mediante la imprenta, el grabado o cualquier otro medio. No se les podrá impedir el ejercicio de este derecho por su condición de trabajador o empleado, como tampoco podrá nadie perjudicarles por haber hecho uso de tal derecho".

⁴⁷⁰ En España, cabe apreciar la importancia de estos conceptos, precisamente aplicados a las relaciones laborales, en CATALÁ RUÍZ, Marcelo: "Concepto de la política social". *Revista de Política Social*, N.º 11, 1951. Págs. 21-46.

lesionar derechos fundamentales de otras personas, ya sea el empresario, otros trabajadores o terceros (STC 74/2007, de 16 de abril, FJ 4º).

Así, por ejemplo, el TC desestimó el amparo de un miembro del comité de empresa cuyo despido se basó en aprovechar la libertad para transmitir información sindical con el objeto de encubrir una venganza privada, a través de un comunicado que incluía apelativos vejatorios e injuriosos sobre una empleada de la empresa. En consecuencia, la justificación de la sanción, por unos hechos que no pueden quedar amparados por la libertad de expresión, resulta subsumible en las causas de despido disciplinario previstas en la Ley, en donde el art. 54.1.c) del ET prevé “*las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa*” (STC 203/2015, de 5 de octubre, FJ 4º).

A pesar de ello, no existe la menor duda para reconocer la eficacia del derecho al trabajador como ciudadano, aún en el seno de la relación laboral.

DEL REY GUANTER⁴⁷¹ destaca la relevancia de la libertad de expresión en el ámbito de las relaciones laborales: Por un lado, es preciso tener en cuenta la creciente importancia de la libertad de expresión en los conflictos colectivos, donde es uno de los instrumentos de presión como cauce de la función reivindicativa para la consecución de determinadas pretensiones. Por otro lado, es el cauce para denunciar determinadas irregularidades en relación a la actividad empresarial.

Como protección de la libertad del ciudadano, esta libertad no plantea mayores problemas, pero sí que necesita protección frente a los conflictos de intereses que el ejercicio de esta libertad pueda plantear. Así, cualquier comentario crítico frente a la empresa o incluso, a otros trabajadores o terceros vinculados con la actividad empresarial, puede ser considerado como un acto de deslealtad.

En este punto, para resolver las cuestiones planteadas, es de especial importancia tener en cuenta otros principios y factores, como es el de si la conducta del trabajador se produce bajo la buena fe, si las cuestiones sobre las que se pronuncia son estrictamente laborales, si se producen en un contexto sosegado o de conflicto o si se realizan en el ejercicio de tareas o funciones de representación, auspiciadas por las garantías establecidas en la Ley.

La sanción al trabajador en el ejercicio de su libertad como ciudadano a expresar y difundir libremente sus opiniones se ha planteado en no pocos casos. Uno de los primeros fue el caso *Liceo Sorolla*, en el que la STC 120/1983, de 15 de diciembre, enjuicia un despido causado por la difusión de un comunicado por los trabajadores. Para valorar la actuación de los trabajadores, la sentencia fija unos parámetros, incluido el de la propia condición de los trabajadores, como sujetos del derecho constitucional (FJ 2º).

Esta sentencia configura a la libertad de expresión, no como un derecho ilimitado, pues claramente se encuentra sometido a los límites que el art. 20.4 CE establece y, en concreto, a la necesidad de respetar el honor de las personas, que también como otro derecho fundamental consagra el art. 18.1 CE.

⁴⁷¹ DEL REY GUANTER, Salvador: “*Libertad de expresión e información y contrato de trabajo. Un análisis jurisprudencial*”. Ed. Civitas. Madrid, 1994. Págs. 29 y 133-134.

Al mismo tiempo, establece que el ejercicio de la libertad de expresión debe enmarcarse en unas determinadas pautas de comportamiento que el art. 7 del Código Civil expresa con carácter general al precisar que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

Añade que la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera a su vez un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Así, manifestaciones que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de dicha relación. Tampoco cabe defender un genérico deber de lealtad, con su significado omnicomprendido de sujeción del trabajador al interés empresarial, pero ello no exime de la necesidad de un comportamiento mutuo ajustado a las exigencias de la buena fe. Por ello, en este caso el TC entendió que existió una extralimitación del ejercicio del derecho por parte de los demandantes.

En la STC 88/1985, de 19 de julio, se planteaba un caso similar, en el que, sin embargo, se declaró vulnerador de la libertad de expresión el despido de un trabajador de un hospital que participando en un programa televisivo, hizo una serie de comentarios críticos sobre el tema asistencial. En ella se razona que la emisión o difusión de opiniones en forma desajustada a lo que constituye una regla de general observancia en el tráfico jurídico convierte en ilícito y abusivo el ejercicio de la libertad de expresión, pudiendo por consiguiente entrar en juego el cuadro de responsabilidades contractuales derivadas del incumplimiento del deber de buena fe. Pero al revés, la libertad de expresión ejercida sin tacha, atrae hacia sí los mecanismos de protección jurídica que garantizan el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales.

De la jurisprudencia sobre la materia, se observan dos tipos de casos⁴⁷². Aquellos que versan sobre la difusión por parte de los trabajadores o de sus representantes, de información dirigida a la opinión pública, como medida de presión ante un conflicto con la empresa y aquellos otros en que las manifestaciones de los representantes de los trabajadores tienen por objeto la difusión de información sindical o la movilización en caso de conflicto.

Se observa, por tanto, que los límites del derecho a la libertad de expresión han de fijarse en cada caso por los órganos judiciales con la debida ponderación de los respectivos derechos afectados. En general, se amparan las manifestaciones hechas por un trabajador, siempre que éstas guarden relación con sus intereses laborales, no entrañen una ofensa grave para la empleadora y no sean vejatorias para sus gestores o trabajadores, aunque puedan considerarse improcedentes (SSTC 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 9º y 56/2008, de 14 de abril, FJ 10º).

Su limitación sólo puede derivar, bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho, bien de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador (STC 181/2006, de 19 de junio, FJ 7º). En ningún caso la libertad de expresión consagra un derecho al insulto (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2º y 181/2006, de 19 de junio, FJ 5º).

⁴⁷² DEL REY GUANTER, Salvador: *“Libertad de expresión e información y contrato de trabajo. Un análisis jurisprudencial”*. Ed. Civitas. Madrid, 1994. Págs.133-134.

Sin embargo, cabe aludir en las medidas de ponderación, al hecho de que el trabajador se encuentre en el ámbito de las llamadas “*empresas de tendencia*”, en el sentido de que la razón de ser de éstas es precisamente la difusión de una determinada ideología o doctrina religiosa.

En este sentido, es doctrina del TC que una actividad hostil o contraria al ideario de un centro docente privado puede ser causa legítima de despido del profesor al que se le impute tal conducta o tal hecho singular, con tal de que los hechos constitutivos de “*ataque abierto o solapado*” al ideario del centro resulten probados por quien los alega como causa de despido, esto es, por el empresario (STC 47/1985, FJ 3º).

Sin embargo, a pesar de que en el caso de los centros docentes privados un ataque abierto o solapado del profesor al ideario del centro supone una confrontación entre dos derechos fundamentales -la libertad de cátedra del profesor [art. 20.1 c) CE] y la libertad de enseñanza del titular del centro (art. 27.1 CE)-, en el caso planteado en la STC 106/1996, de 12 de junio, la libertad de expresión de la trabajadora [art. 20.1 a) CE], se ejerce frente al poder de dirección del empresario y sus obligaciones laborales. Ahora bien, la labor de la trabajadora era meramente técnica, es decir, neutra respecto de la ideología de la empresa, por lo que sitúa a ésta respecto de aquélla en un plano de legalidad laboral, no permitiendo al empresario exigir a la trabajadora más que el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del contrato laboral que las une (FJ 4º).

3.4.3. Derecho a comunicar y recibir libremente información veraz (art. 20.1.d CE).

En el ámbito laboral, la libertad de información, como derecho a comunicar hechos y conductas veraces sin traba y por cualquier medio puede provocar una colisión de derechos: La libertad de expresión del trabajador y el buen nombre de la empresa ante terceros que, en el seno de la relación laboral, restringe el derecho del trabajador por los deberes de lealtad y fidelidad.

En este tipo de conflictos, debería prevalecer el derecho del trabajador, siempre que la información fuera veraz, pero siempre que se respeten unos límites, como pueden ser la existencia de dolo o negligencia, o el principio de la buena fe.

Respecto a este tema, se ha planteado el límite de la libertad de expresión, a la hora de emplear términos que puedan resultar insultantes, despectivos o vejatorios. A través de la STC 173/1995, de 21 de noviembre de 1995, se cuestiona si el editorial y el artículo periodístico, o alguno de ellos, sobrepasó lo que de acuerdo con la doctrina expuesta debe constituir barrera o frontera entre la noticia y su comentario crítico y el insulto o la vejación innecesarios (FJ 5º).

A la hora de examinar el caso, el TC hace una importante consideración respecto a la libertad general de expresión por una parte y la libertad de prensa, por otra, en el sentido que no son círculos exactamente concéntricos de diferentes proporciones, sino más bien círculos que se cruzan en los que, es imprescindible examinar cuidadosamente todos los elementos que en ellos inciden para señalar caso por caso el límite o línea diferencial de lo permitido y lo prohibido (FJ 8º).

De esta manera, en el caso en cuestión, aunque las críticas realizadas por los

periodistas fueron duras y puedan no compartirse e incluso considerarse improcedentes (empleando el término "filibustero") se consideró que no se traspasaron los límites constitucionalmente protegidos por las libertades de expresión e información.

Un caso llamativo fue el llamado "caso Crespo", en el que un redactor de una oficina de prensa de un organismo público declara que se producen filtraciones, lo que provoca su despido por deslealtad y abuso de confianza, declarando el TS la procedencia de dicha sanción al exceder el derecho a la libertad de expresión y conculcar el espíritu que informa la relación laboral y el principio de la buena fe que la preside. Cuando el caso llega al TC, se declara la existencia de vulneración del derecho a comunicar libremente información por lo que el despido se considera nulo. La STC 6/1988, de 21 de enero, realiza en este caso importantes matizaciones sobre la eficacia del derecho fundamental del trabajador, que han de tenerse en cuenta.

Como punto de partida, a pesar de los límites que pueden existir en el ámbito de la relación laboral, la Sala reconoce explícitamente la libertad de expresión en las relaciones entre particulares, al pronunciarse en los siguientes términos: *"El despido disciplinario se configuró como una sanción por el ejercicio de las libertades públicas invocadas y se ha de advertir, desde ahora, que si tal reacción empresarial hubiera sido ilegítima, nos encontraríamos, efectivamente, ante una lesión de los derechos que en la demanda se citan, lesión que no quedaría empañada por la circunstancia de que, en este caso, el recurrente realizara, de hecho, las expresiones o informaciones que dice protegidas, ya que la utilización de un derecho fundamental, si el derecho es, en verdad, reconocible, no puede nunca ser objeto de sanción"* (FJ 4º).

Profundizando en el ámbito de la relación laboral y asumiendo que el ejercicio por el actor de su libertad de información se hubo de enmarcar en el específico ámbito de derechos y obligaciones correspondientes a esta relación, claramente se reconoce 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"*⁴⁷³, sin que por ello también se reconozca que *"la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condicionan el ejercicio de la libertad considerada, de modo que (...) manifestaciones de tal libertad que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo, necesariamente, dentro del ámbito de esa relación contractual"*.

Para buscar el equilibrio y los límites al ejercicio de este derecho, se recurre a que *"el ejercicio de todos los derechos, -de los constitucionales también-", ha de hacerse, de conformidad con el art. 7.1 del Código Civil, "conforme a las exigencias de la buena fe"*. Así, *"Esta libertad, sin duda, no podrá invocarse lícitamente para romper el marco normativo y contractual de las relaciones jurídico-privadas, pero tampoco los principios que informen a estas últimas, y que preservan el honesto y leal cumplimiento por las partes de sus obligaciones respectivas, podrán entenderse en términos tales que se impida, más allá de los imperativos propios impuestos por el contrato, el ejercicio de la libertad civil que la Constitución preserva"* (FJ 6º).

La tesis del Tribunal conduce a una vigencia limitada de la libre expresión en las relaciones laborales, que no obstante, no puede ser restringida más allá de ciertos límites,

⁴⁷³ Reiterando lo establecido por la STC 88/1985, FJ 2.º

exigidos por el mantenimiento de la buena fe contractual y la confianza empresarial. Para ello, se repasan algunos criterios de la jurisprudencia del TS respecto a la quiebra de las relaciones de lealtad y finalmente entiende que no se dan en este caso.

Se trata de determinar si el hecho de no poner en conocimiento de su superior jerárquico dichas informaciones, con carácter previo a la difusión pública de la información, puede ser contrario a la buena fe, a efectos de considerar extralimitado en su derecho tal actuación, de forma que se pueda justificar el despido.

Respecto a ello, el Tribunal pone de relieve dos rasgos importantes: El primero, que la información transmitida por el trabajador versó sobre circunstancias que, a juicio del recurrente, entrañaban un funcionamiento irregular del servicio, y el segundo, destaca la indiscutible relevancia pública que, por producirse tales supuestas irregularidades en un organismo oficial, tuvo la misma información difundida (FJ 8º).

Por todo ello, a la conducta del periodista no le es imputable un *animus nocendi*, no existiendo ni incumplimiento doloso, ni ánimo de defraudar, ni incurrir el trabajador en negligencia alguna en su conducta informativa. No hubo extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión, pues el periodista no reveló secretos o información conocida por razón de su oficio. Tampoco incumplió sus deberes de buena fe, al no comunicar previamente las filtraciones a su superior, pues el relieve público de la información y el derecho constitucional de su transmisión prevalecían sobre la obligación de reserva.

Siguiendo a SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, de este pronunciamiento cabe sacar algunas conclusiones, en relación a la eficacia de la libertad de información en el seno de la relación laboral, ya que modaliza, limitándolo, el alcance del derecho constitucional. Así, cuando este derecho es ejercido por un trabajador, además del requisito de que la información sea veraz, existen otros límites que derivan de su deber de lealtad y fidelidad contractual para con la empresa, auspiciados bajo el paraguas del principio de la buena fe. Con ello, no es que esa lealtad o fidelidad impida al trabajador comunicar hechos veraces e incluso de relevancia pública, sino que al amparo de la buena fe, cabe plantearse valorar la información previa de tales hechos a la propia empresa⁴⁷⁴.

En otros casos similares, se incide en estos elementos de juicio, como en la STC 143/1991, de 1 de julio, que enjuicia el recurso de un funcionario de prisiones condenado por desacato, por haber denunciado públicamente, en su condición de dirigente sindical, una serie de irregularidades cometidas por los responsables de la cárcel.

El Tribunal estimó que existió vulneración del derecho del recurrente a la libre información en el ejercicio de su actividad sindical. Al ponderar constitucionalmente la emisión de informaciones sindicales que suscitan reivindicaciones concretas o la crítica y denuncia de determinadas condiciones en la prestación del servicio público, dicha información ha de ponerse en relación con el interés público y el concreto interés administrativo, que no necesariamente se identifica con aquél. En este sentido, cabe aclarar que una crítica pública contra los intereses de la empresa puede ser legítima y no

⁴⁷⁴ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: "Libertad de expresión, información y relaciones laborales (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 6/1988, de 21 de enero, caso señor Crespo, asunto filtraciones a El País)". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 26. Mayo-agosto 1989. Págs. 174-175.

contraria a la buena fe, si es beneficiosa para el interés público⁴⁷⁵.

Por ello, la divulgación de supuestas irregularidades en el interior de un establecimiento penitenciario, sea quien fuere al que quepa imputarlas, reviste interés público. *“Interés que cedería o decaería si se tratase exclusivamente, aún dando informaciones veraces, de vilipendiar, humillar o simplemente insultar a las personas de forma innecesaria y gratuita”* (SSTC 105/1990, FJ 8º; 171/1990, FJ 5º), o se difundiesen datos o asuntos con quebrantamiento del secreto profesional, contravenciones éstas que nunca podrían legitimarse esgrimiendo la libertad de información (STC 6/1988, FJ 6º).

Respecto al requisito de que la información comunicada sea veraz, ARAGÓN REYES indica que la *“veracidad”* no es un límite al derecho de información, sino algo mucho más importante, exactamente un presupuesto de ese derecho, un elemento indisociable de su contenido, más aún, de su contenido esencial y por ello un elemento del que no puede disponer ni siquiera el propio legislador, porque viene constitucionalmente impuesto [art. 20.1.d) CE]. Si la información no es veraz nunca puede ser entendida como ejercicio del derecho de información. Por tanto, nadie puede escudarse en el derecho de información para propagar noticias falsas. Cuando se trasmite una mentira, se puede incurrir en un ilícito penal o civil, o ni siquiera (por la irrelevancia de la mentira) en ilícito alguno, pero lo que no se está ejerciendo, de ningún modo, es el derecho fundamental a transmitir información⁴⁷⁶.

Ahora bien, ¿cabe medir el grado de veracidad en términos absolutos? La verdad incompleta, puede ser verdad en parte, pero no ajustarse a la realidad de lo sucedido. Resulta significativa una expresión del propio TC, en los siguientes términos: *“de imponerse «la verdad» como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio”* (STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5º).

En este sentido, cabe aludir a la STC 4/1996, de 16 de enero, que otorga el amparo a un trabajador del Metro de Madrid, por remitir una carta al director de un periódico denunciando la realización de horas extraordinarias, siendo un dato no veraz el número de horas denunciadas. A pesar de que el dato del número de horas no fuera el real, la Sala entendió que *“sin desdeñar la importancia del yerro numérico deslizado, éste no afecta a la finalidad fundamental del mensaje transmitido, porque el elevado número de horas extraordinarias realmente realizadas permitía asimismo dar ocupación a personas desempleadas, si bien en una cifra sensiblemente menor”* (FJ 4º). Ello lleva a que *“el ejercicio del derecho, así, en este caso concreto, no desbordó los condicionamientos derivados de los nexos jurídico-laborales, sin que la mera alegación de haberse irrogado un daño a la imagen y prestigio de la empresa baste para reputar ilícita la conducta del trabajador”* (FJ 4º).

No fue sin embargo unánime la conclusión, ya que el Voto Particular alude precisamente al requisito de veracidad para hacer valer el derecho a comunicar libremente información, de forma que cuando la falsedad del dato se comunica a medios

⁴⁷⁵ MONTOYA MELGAR, Alfredo: *“La buena fe en el Derecho del Trabajo”*. Ed. Tecnos. Madrid, 2001. Pág. 75.

⁴⁷⁶ ARAGÓN REYES, Manuel: *“El Derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de Información”*. *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. 1999. Pág. 30.

de amplia difusión, esta información no está protegida por el derecho constitucional, por lo que en su opinión, se hubiera tenido que denegar el amparo⁴⁷⁷.

En este sentido, parece que el TC caracteriza la libertad de información como el derecho de todos a comunicar hechos y conductas veraces, esto es, vertidos con diligencia razonable, aunque puedan resultar erróneos, alineándose con las doctrinas que conceden protección constitucional a la información errónea referente a hechos que pueden ser falsos, pero ofrecida en disposición veraz, no negligentemente⁴⁷⁸.

Si bien esta doctrina reconoce el derecho del trabajador a comunicar información veraz en el ámbito de la empresa, dentro de los contornos de diligencia y buena fe y reduciendo por tanto el ámbito del derecho a la libertad de empresa, sin embargo, no cabe decir que los límites entre ambos derechos estén absolutamente claros. Prueba de ello, es que a pesar del requisito de la información veraz, se admite la información errónea. Información veraz, insiste la STC 105/1990, de 6 de junio, significa "*información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias*" FJ 5º).

En otros casos similares, como el que se estudia a continuación se añaden además, quizás de forma un tanto sorprendente, otros factores, como son la gravedad de los hechos que, a pesar de su veracidad, pueden ser de tal trascendencia para la población, que genere una gran alarma social, lo que unido a la obligación de lealtad del trabajador, que los debería haber puesto en conocimiento de la empresa en lugar de publicarlos en los distintos medios, hacen que en este caso, se sitúe la libertad de empresa por encima del derecho del trabajador, desestimándose la estimación de amparo contra su despido.

Se trata de la STC 126/2003, de 30 de junio, que debía enjuiciar si las denuncias del trabajador de los graves hechos imputables a la empresa en relación a la seguridad (explosivos) ante los medios de comunicación, justifican un despido disciplinario, al no respetar los intereses empresariales.

Llama la atención el punto de partida del planteamiento del Tribunal, en relación a la solución dada después: Afirma sobre la conducta del trabajador que "*poseía los rasgos que permiten definir su comportamiento como ejercicio de la libertad de información a que se refiere el art. 20.1 d) CE*"; y añade que la información transmitida poseía trascendencia bastante para poder ser calificado lo en ella expuesto como "*noticiable*" o "*noticioso*". Podría calificarse de relevante y susceptible de difusión para conocimiento y formación de la opinión pública, al alertar a los ciudadanos de los posibles riesgos derivados de los procesos productivos de la empresa y "*a instar a los responsables para que adoptasen medidas que pudieren enmendar los errores advertidos en los procesos de fabricación y almacenaje del material explosivo y en el abandono de sus residuos*" (FJ 3).

A pesar de ello, afirma que "*la capital importancia del ejercicio de la libertad de información no puede llevarnos a desconocer el límite que para dicha libertad supone el debido respeto a los intereses derivados de la libertad de empresa, que también es objeto*

⁴⁷⁷ Voto Particular formulado por el Magistrado Jiménez de Parga.

⁴⁷⁸ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: "Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 77. Julio-Septiembre 1992. Pág. 245.

de garantía constitucional". Luego, se han de ponderar ambos derechos, para lograr un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que inevitablemente se generan cuando se limita un derecho a fin de proteger otro derecho o bien constitucionalmente protegido.

Y fruto de esa ponderación, primero, se reprocha al trabajador su deber de lealtad (de quien durante varios años había sido trabajador de la empresa ¿Debe exigirse más lealtad a quien más tiempo lleva contratado?). En segundo lugar, se apunta como criterio de valoración, el hecho de que la información difundida afectase a la seguridad de los procesos de producción en una fábrica de explosivos cercana a una población. En tercer lugar, se exige al trabajador que antes de su difusión en los medios, debería haber acudido a los organismos públicos competentes, para que constataran la denuncia y hubieran tenido oportunidad de subsanación.

En conclusión, en estas condiciones el ejercicio del derecho a la libertad de información recomienda no utilizar cauces informativos que por su trascendencia y repercusión sociales, además de innecesarios para el cumplimiento de los fines pretendidos, pueden ocasionar un perjuicio excesivo para una de las partes (FJ 8º).

Este límite a la libertad de expresión, ya fue apuntado por SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, al comentar los conflictos entre la libertad de expresión y otros bienes constitucionalmente protegidos, como el orden público o la seguridad. A juicio de este autor, estos conflictos deben resolverse adoptando una posición institucional que considere el relieve objetivo, con trascendencia para todo el ordenamiento, de las restricciones o lesiones singulares de los derechos fundamentales, de modo que dichos conflictos no pueden encontrar solución en la maximización de unos bienes generales, minimizándose consiguientemente, la significación de los derechos singulares, en este caso, sacrificando a la libertad de expresión⁴⁷⁹.

ARAGÓN REYES apunta en este sentido que el deber de diligencia no tiene el mismo contenido en cualquier medio de comunicación y respecto de cualquier noticia, sino que se acentúa a medida de la mayor importancia "*general*" o mayor gravedad "*personal*" de la noticia y de la mayor "*especialización*" (lo que presupone mayor "*credibilidad*" objetiva) sectorial o material del medio de comunicación⁴⁸⁰.

Por último, cabe hacer una mención a la importancia de distinguir conceptualmente entre los derechos que garantizan la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones, incluyendo las apreciaciones y los juicios de valor, y el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de hechos que merecen ser considerados noticiables.

La STC 50/2010, de 4 de octubre, consideró la distinción importante a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades: "*Mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de*

⁴⁷⁹ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: "Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 77. Julio-Septiembre 1992. Pág. 242.

⁴⁸⁰ ARAGÓN REYES, Manuel: "El Derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de Información". *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. 1999. Pág. 32.

expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que en el texto del art. 20.1 d) CE ha añadido al término 'información' el adjetivo 'veraz'. Sin embargo, el propio TC reconoce que "en la casuística que propone la realidad del ejercicio práctico de estas libertades, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos" (FJ 4º)⁴⁸¹.

Así planteado, el derecho a la información no es tanto una variedad del derecho a la libertad de expresión (relato de hechos o conductas), sino el supuesto de la libertad de expresión en sentido estricto, ya que sin información, no hay opinión. Por ello, libertad de expresión de ideas y libertad de comunicación y de información son manifestación de un derecho general a la libre comunicación. La libertad de información no es una muestra de la libertad de expresión, sino su condición en una sociedad libre⁴⁸².

3.4.4. La libertad de prensa.

El problema de la libertad de expresión se complica cuando el trabajador es un profesional de la información que presta sus servicios en un medio de comunicación privado (normalmente, considerado como empresa de tendencia). El periodista no puede obligar a la empresa editora o al director del medio a publicar todos y cada uno de los artículos, ya que éstos pueden ser censurados, total o parcialmente, por el empleador.

La libertad interna de prensa, considera SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, constituye una ilustración de la problemática de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, y en concreto, es una muestra de la maduración de los mismos.

Cabe así distinguir dos derechos, el del editor, que se niega a publicar lo que no quiere y el del periodista, alegando la libertad interna de prensa. Dar prevalencia a ésta última libertad, supondría según la doctrina alemana, que el derecho del editor, reforzado como ejercicio profesional, se afirmaría frente al Estado, pero no frente a los redactores, que en razón a su superioridad numérica acabarían imponiendo su línea editorial, pues no se admite que el editor sea el dueño espiritual del periódico y los periodistas meros ejecutores de su voluntad. En contra de esta doctrina, este autor entiende que *"el reconocimiento del derecho de información del periodista se realiza en una determinada empresa y, por tanto, con una obligación de respeto, que no de apología ni servilismo, respecto a la línea editorial del medio de comunicación"*⁴⁸³.

3.4.5. La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas.

La cláusula de conciencia trata de salvaguardar, no tanto la libertad de opinión del periodista, sino su libertad ideológica y de conciencia. Es decir, que su dignidad profesional no quede afectada por la línea editorial de la empresa donde trabaja.

⁴⁸¹ En el mismo sentido STC 190/2013, de 18 de noviembre (FJ 4º).

⁴⁸² SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: "La libertad de expresión desde la teoría de los Derechos Fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 32. Mayo-agosto 1991. Pág. 81.

⁴⁸³ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: "Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 77. Julio-Septiembre 1992. Pág. 241-242.

Contemplado en el propio art. 20.1 d) CE, este derecho ha sido desarrollado por la LO 2/1997, de 19 de junio, que establece que “*La fuerza normativa de la Constitución ha dotado a este derecho de plena eficacia jurídica desde su promulgación y, en consecuencia, su exigibilidad jurídica vincula a poderes públicos y a particulares*”⁴⁸⁴. Por ello, se interpreta como plenamente exigible desde la entrada en vigor de la CE frente a la empresa informativa de titularidad privada en la que el periodista presta sus servicios⁴⁸⁵.

La Ley gira en torno a la idea de que la información no puede ser objeto de consideraciones mercantilistas, ni el profesional de la información puede ser concebido como una especie de mercenario abierto a todo tipo de informaciones y noticias que son difundidas al margen del mandato constitucional de veracidad y pluralismo⁴⁸⁶. Por ello, contiene dos medidas o garantías:

Una primera garantía (art. 2) se traduce en la facultad del periodista para resolver unilateralmente el contrato de trabajo que le une con la empresa, percibiendo la indemnización pactada contractualmente o prevista para el despido improcedente cuando en el medio de comunicación con el que estén vinculados laboralmente se produzca un cambio sustancial de orientación informativa o línea ideológica, o cuando la empresa les traslade a otro medio del mismo grupo que por su género o línea suponga una ruptura patente con la orientación profesional del informador⁴⁸⁷.

La segunda garantía (art. 3) es la que permite a los profesionales de la información negarse “*motivadamente*” a participar en la elaboración de informaciones contrarias a los principios éticos de la comunicación, sin que ello pueda suponer sanción o perjuicio. Se formula así una especie de “*objeción de conciencia*” a los principios éticos de la profesión que deberán ser interpretados por los tribunales en los casos de conflicto.

Estos principios se sitúan en el ámbito profesional en los códigos deontológicos, que sirven para recoger los principios éticos del periodista y en los que es común la idea de que informar con objetividad necesita garantías para rechazar todo tipo de presiones. Esas presiones pueden venir desde fuera (poderes económicos, empresas anunciantes), pero también desde dentro⁴⁸⁸. No olvidemos que el periodista está normalmente sujeto a una relación laboral, subordinado a la dependencia y al poder de dirección del empleador, por lo que en este ámbito, es necesario reforzar algunas garantías del trabajador si se quiere obtener una información lo más objetiva posible.

Entre estos códigos deontológicos, destaca el de la FAPE, que en relación a la cláusula de conciencia y con la finalidad de garantizar la necesaria independencia y

⁴⁸⁴ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio.

⁴⁸⁵ BILBAO UBILLOS, Juan María: “*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. Pág. 560.

⁴⁸⁶ Exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio (BOE de 20 de junio).

⁴⁸⁷ Art. 2 de la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio.

⁴⁸⁸ COCA GARCÍA, César: “*Códigos éticos y deontológicos en el periodismo español*”. *Revista de Estudios de Comunicación* (Universidad del País Vasco). N.º 2. Pág. 2.

equidad en el desempeño de su profesión, dispone que el periodista deberá reclamar, para sí y para quienes trabajen a sus órdenes⁴⁸⁹:

- El deber y el derecho de oposición a cualquier intento evidente de monopolio u oligopolio informativo, que pueda impedir el pluralismo social y político.
- El deber y el derecho de participación en la empresa periodística, para que se garantice su libertad informativa de manera compatible con los derechos del medio informativo en que se exprese.
- El derecho a invocar la cláusula de conciencia, cuando el medio del que dependa pretenda una actitud moral que lesione su dignidad profesional o modifique sustantivamente la línea editorial.

La transmisión de hechos y noticias ha ido adquiriendo históricamente una importancia esencial en la formación de la opinión pública. El sector de la empresa periodística ha sufrido una profunda transformación con el innovador cambio hacia el escaparate del mundo virtual de Internet, donde se potencia la información al momento, actualizada y completa. Esta evolución ha supuesto no sólo el reconocimiento del derecho a la información como garantía de una opinión pública libre en un Estado democrático, sino la exigencia de evitar que su ejercicio por parte de las empresas de comunicación, generalizadas como medios de transmisión de las noticias, pudiera atentar a la finalidad del derecho o a su ejercicio por parte de aquellos profesionales que prestan servicios en ellas, titulares a su vez de la misma libertad de información.

Pero la cláusula de conciencia, como institución compleja y polivalente, no sólo se conectaría con la libertad individual del informador reconocida en el art. 20 CE, sino también como una *“forma de asegurar la transmisión de toda la información por el profesional del medio, contribuyendo a conservar el pluralismo que justifica el reconocimiento del derecho, reforzando la formación de una opinión pública no manipulada y paliando el efecto silenciador que, por su propia estructura, puede producir el mercado de la comunicación”*. Aparece esta cláusula como un *“instrumento complejo y multicausal, de progresiva y amplia configuración”* ya que tutela tanto la esfera individual del trabajador, como la libertad de información⁴⁹⁰.

Ello plantea la cuestión de si los profesionales de la información tienen realmente un derecho fundamental reforzado respecto a los demás ciudadanos, lo que se justifica por encontrarse sometidos a mayores riesgos en el ejercicio de sus libertades de expresión e información, precisando por tanto, de una protección específica. Se trata, al fin y al cabo, de asegurar el modo de ejercicio de su fundamental libertad de información.

El TC se ha pronunciado sobre la cláusula de conciencia de los profesionales de la información en las siguientes ocasiones, permitiendo obtener los datos básicos de este derecho, de cara a plasmar su eficacia:

⁴⁸⁹ La Asamblea General de la FAPE promulgó los *“Principios y normas deontológicas de la profesión”*. Disponible en: <http://fape.es/home/codigo-deontologico/>

⁴⁹⁰ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: *“Empresas de comunicación y “cláusula de conciencia” de los periodistas”*. Ed. Comares. Granada, 2000. Pág. 53.

La STC 199/1999, de 8 de noviembre, no estimó la vulneración del derecho a la cláusula de conciencia por dos motivos, que delimitan este derecho:

- Por las funciones del profesional que solicita el amparo, limitadas no a la información en sí, sino que, como jefe de diseño, se limitaba al maquetado del periódico según las instrucciones recibidas de la redacción.
- Por la falta de acreditación de haberse producido realmente un desvío del medio de comunicación social respecto de su línea ideológica originaria.

Estos elementos impiden entender afectada la cláusula de conciencia, al no quedar objetivamente afectada la transmisión de información relevante para la formación de la opinión pública (FJ 5º). La relación instrumental del derecho a la cláusula de conciencia respecto al ejercicio de la libertad de información resulta indispensable para determinar desde la perspectiva constitucional si ha existido o no vulneración de tal derecho (FJ 3).

Resulta curioso comprobar como el TC emplea como criterios interpretativos los fijados en la Ley francesa de 1935 que regula el Estatuto del Periodista. Así, la cláusula de conciencia integraría los supuestos en los que, además de la transmisión del diario o publicación y del cese de éstos por cualquier causa, se haya producido un cambio notable en su carácter u orientación, siempre que aquél suponga en el periodista una situación que atente a su honor, a su fama o de una manera general, a sus intereses morales.

En la STC 225/2002, de 9 de diciembre, se declara que la extinción del contrato de trabajo a causa del cambio ideológico del periódico por decisión del periodista, anterior al litigio sobre la indemnización, vulnera también la cláusula de conciencia.

El matiz es importante, porque la cuestión que se suscita respecto de si la extinción causal del contrato con indemnización por voluntad del profesional de la información, en aplicación del derecho a la cláusula de conciencia, es si puede provocarse por la mera decisión de aquél en una autotutela inmediata, aunque después haya de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la indemnización, o si, por el contrario, es preciso mantener viva la relación laboral, permaneciendo en el puesto de trabajo en el momento de formular la demanda y mientras se sustancia el proceso.

Hay que tener en cuenta que el "*cambio ideológico*" del diario en el que prestaba sus servicios el periodista, se reflejó en la publicación de artículos que provocaron indignación en el trabajador y que "*no hay duda*" que ello podía "*dar lugar a una situación incómoda y angustiosa*".

Atendiendo a esta situación el TC reflexiona de modo que estas circunstancias no pueden desembocar en limitaciones que hagan impracticable el derecho, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección. "*La cuestión relativa a la posibilidad de una dimisión previa, con posterior reclamación judicial de la indemnización - claramente viable en el origen histórico del derecho a la cláusula de conciencia-, no es sólo una cuestión procedimental o accesoria sino que afecta decisivamente al contenido del derecho, tal como deriva de los caracteres que la doctrina constitucional le viene reconociendo*" (FJ 4º).

En esta reflexión, el TC profundiza sobre la cuestión partiendo de que el derecho a

la cláusula de conciencia viene a asegurar el modo de ejercicio de la libertad de información, respecto de la cual aquél tiene un carácter instrumental (FJ 4º):

- a) Si el derecho a la cláusula de conciencia protege la libertad ideológica, el derecho de opinión y la ética profesional del periodista, excluir la posibilidad del cese anticipado en la prestación laboral, es decir, obligar al profesional, ante el cambio sustancial en la línea ideológica del medio de comunicación, a permanecer en éste hasta que se produzca la resolución judicial extintiva, implica aceptar la vulneración del derecho fundamental, siquiera sea con carácter transitorio -durante el desarrollo del proceso-, lo que resulta constitucionalmente inadmisibile.
- b) Al ser la cláusula de conciencia no sólo un derecho subjetivo sino una garantía para la formación de una opinión pública libre, la confianza que inspira un medio de comunicación, es decir, su virtualidad para conformar aquella opinión, dependerá, entre otros factores, del prestigio de los profesionales que lo integran y que le proporcionan una mayor o menor credibilidad. Y por ello, la permanencia en el medio del profesional durante la sustanciación del proceso, puede provocar una apariencia engañosa para las personas que reciben la información.

De todo ello deriva que los intereses constitucionalmente protegidos reclaman la viabilidad, aún no estando expresamente prevista en el art. 2.1 de la LO 2/1997, de una decisión unilateral del profesional de la información que extinga la relación jurídica con posibilidad de reclamación posterior de la indemnización, posibilidad ésta que, obviamente, ofrece el riesgo de que la resolución judicial entienda inexistente la causa invocada, con las consecuencias desfavorables que de ello derivan.

Por todo ello y como conclusión acertada, el periodista tiene derecho a preservar su independencia ante situaciones de mutación ideológica desde el momento en que la considere realmente amenazada, evitando conflictos con la empresa de comunicación (que legítimamente puede alterar su línea ideológica) y riesgos de incumplimiento que, de permanecer en ella, pudieran darse y provocarle perjuicios por razón de su legítima discrepancia ideológica con la nueva tendencia editorial (FJ 5º).

Esta solución ha sido bien acogida por la doctrina, porque, por un lado, mantiene la lógica y el funcionamiento de este derecho fundamental de una forma absolutamente independiente a la rígida estructura del art. 50 ET. Por otro, parte de la independencia de este derecho constitucional, dando una respuesta adecuada a las exigencias constitucionales del supuesto concreto. Sería constitucionalmente inadmisibile exigir el mantenimiento de la prestación para poder solicitar, estando viva o activa la misma, su extinción indemnizada. Ello desnaturalizaría este derecho, imponiendo unas condiciones de ejercicio que, si aparentemente podrían parecer destinadas a tutelar al trabajador —al garantizar la conservación de la relación en aquellos casos en los que el Tribunal no apreciase la causa de resolución—, acabarían por imponer tales requisitos que impedirían tutelar el interés que subyace en este derecho fundamental⁴⁹¹.

Por último, es importante hacer referencia al secreto profesional del periodista,

⁴⁹¹ CALVO GALLEGGO, Francisco Javier: "Algunas notas sobre la jurisprudencia constitucional y el derecho a la cláusula de conciencia". *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 69. 2003. Pág. 93.

reconocido igualmente en el art. 20.1.d) CE. Es un derecho, a la vez que un deber, que garantiza la confidencialidad de las fuentes de información. Por tanto, el periodista mantendrá sus fuentes informativas en el anonimato, si así ha sido solicitado. No obstante, tal deber profesional podrá ceder excepcionalmente cuando conste fehacientemente que la fuente ha falseado conscientemente la información, o revelar la fuente, sea el único medio para evitar un daño grave e inminente a las personas⁴⁹².

Se trata, como la cláusula de conciencia, de un derecho *erga omnes*, que el periodista puede invocar frente a la dirección de su periódico o de la empresa informativa propietaria del mismo. Los responsables del medio no pueden obligar al periodista a revelar sus fuentes⁴⁹³. Ello tiene cierta relación con el derecho a la intimidad y a la vida privada del informante, cuestión que facilitará sin duda la obtención de información. Por ello, se ha dicho que el periodista no solo debe administrar bien sus palabras, sino también sus silencios⁴⁹⁴.

3.5. LA LIBERTAD IDEOLÓGICA Y RELIGIOSA.

Aunque la libertad ideológica y la religiosa constituyen libertades diferenciadas, se contemplan conjuntamente en el art. 16 CE, en gran parte, con el mismo tratamiento.

El art. 16.1 CE garantiza la libertad ideológica sin más limitaciones en sus manifestaciones que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley (STC 20/1990, FJ 3º): “*Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley*”.

En el apartado 2 se impone una prohibición absoluta, invocable “*erga omnes*” frente a todo tipo de presiones, y no sólo frente a las que pueden ejercer los poderes públicos: “*Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias*”.

Ello da lugar a la prohibición del empresario (o de terceros contratados por éste, agencias privadas de investigación o colocación) de indagar acerca de las convicciones ideológicas y religiosas de los trabajadores.

Nuestro ET no contiene una disposición expresa que prohíba tales prácticas, pero se deduce directamente del reconocimiento constitucional de los derechos a la libertad de pensamiento y a la intimidad, y de la prohibición de discriminación establecida en el art. 14 CE y en los arts 17.1 y 4.2.c) ET.

En este aspecto, corresponde al Derecho del Trabajo determinar hasta qué punto el deber de buena fe del trabajador obliga a éste a asumir en bloque un ideario de

⁴⁹² Art. 10 del Código Deontológico de la FAPE.

⁴⁹³ BILBAO UBILLOS, Juan María: “*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. Pág. 564.

⁴⁹⁴ MORETÓN TOQUERO, M.^a Aránzazu: “El secreto profesional de los periodistas y la empresa de comunicación: ¿Un conflicto de lealtades? *Revista jurídica de Castilla y León* (Junta de Castilla y León). N.º 4. Septiembre 2004. Pág. 103.

empresa o hasta qué punto el deber de buena fe del empresario veda a éste imponer a sus trabajadores ideas y pautas de conducta que se sitúen en la frontera entre el ámbito laboral y el de la intimidad personal. En este sentido, rige la máxima “*ser leal a la propia empresa no equivale ser leal a una Iglesia o secta*”⁴⁹⁵.

3.5.1 La libertad ideológica.

La libertad ideológica, respecto a su eficacia general, tiene dos dimensiones, una interna, consistente en el “*derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones*” y una “*dimensión externa de agere licere, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos*” (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 10º).

Ello es aplicable a las posibles injerencias de los poderes privados, y en particular, de las violaciones que el empresario puede acometer en el marco de una relación laboral. Si bien, habrá que ponderar los derechos en conflicto, el principio general es la irrelevancia de la ideología del trabajador, de forma que nadie puede ser discriminado, sancionado o despedido en razón de sus convicciones ideológicas.

En el ámbito laboral, los conflictos vienen en su gran parte por la afiliación política o sindical del trabajador. En unos casos, la mera pertenencia a una organización ideológica (ya sea política, sindical, etc.), lleva al empresario a dar un trato diferente, que en cuanto a arbitrario, puede llegar a ser discriminatorio. En otras ocasiones, la lucha por la defensa de los legítimos intereses (políticos o sindicales) de organizaciones y sindicatos, pueden afectar y, en algunos casos, incluso alterar el proceso productivo (medidas de conflicto colectivo a adoptar por los afiliados) y por extensión, a la libertad de empresa, en orden a adoptar las medidas necesarias para evitar estas acciones.

La STC 292/1993, de 18 de octubre, declaró la vulneración de la libertad sindical ante las limitaciones impuestas al empresario por el respeto al derecho de libertad ideológica, en un supuesto de un delegado sindical al que la empresa le pide los nombres de los afiliados que componían la sección sindical. El Tribunal se plantea si la afiliación sindical está protegida por el art. 16.2 CE y la respuesta es afirmativa: “*Siendo los sindicatos formaciones con relevancia social, integrantes de la estructura pluralista de la Sociedad democrática, no puede abrigarse duda alguna que la afiliación a un sindicato es una opción ideológica protegida por el art. 16 de la CE, que garantiza al ciudadano el derecho a negarse a declarar sobre ella. La revelación de la afiliación sindical es, por tanto, un derecho personal y exclusivo del trabajador, que están obligado a respetar tanto el empresario, como los propios órganos sindicales*” (FJ 5º).

En este sentido, concluye que “*el empresario, (...) no puede imponer a un delegado sindical una conducta lesiva de alguno de esos derechos -en este caso, el de libertad ideológica de los trabajadores afiliados al sindicato-. En su consecuencia, la negativa de éste a cumplir el requerimiento empresarial no autoriza al empresario para negarle la condición de delegado ni los derechos y garantías que le corresponden*” (FJ 6º).

Un caso representativo, es el que se presenta en la STC 49/2003, de 17 de marzo,

⁴⁹⁵ MONTROYA MELGAR, Alfredo: “*La buena fe en el Derecho del Trabajo*”. Ed. Tecnos. Madrid, 2001. Págs. 37 y 38.

en la que se otorga el amparo por vulneración del derecho a la igualdad, a un trabajador discriminado, precisamente, porque la amortización de su puesto de trabajo obedeció en realidad a su pertenencia a un partido político.

La dificultad que se aprecia en este caso y que fue lo que llevó a las anteriores resoluciones judiciales dictadas a no estimar vulneración de los derechos del trabajador, es la prueba y, en concreto, cuando concurre la inversión de la carga de la prueba al empresario, cuestión que ya se analizó en la STC 38/1981, de 23 de noviembre, cuya doctrina establece que cuando se prueba indiciariamente que la extinción de un contrato de trabajo puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, atañe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate.

El problema radica en la especial dificultad que ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial (FJ 4º). En este sentido, analizando los hechos, se desprende que (FJ 6º):

- 1) La militancia política era conocida por la empresa.

La decisión extintiva no tiene por qué ser la consecuencia de la militancia política, ya que estando el trabajador afiliado a un partido político o sindicato, éste no está blindado, sino que puede ser objeto de despido o de extinción del contrato por las causas legalmente previstas en el ET. Por eso sólo podrá tacharse de discriminatoria la conducta empresarial extintiva que tenga su base en dicha militancia, es decir, la mera acreditación de la militancia político/sindical de un trabajador no puede servir por sí sola como indicio en el que fundar la inversión de la carga de la prueba, de una conducta discriminatoria del empresario⁴⁹⁶. Ejemplo de ello, en otro supuesto, es declaración de la improcedencia (y no la nulidad) del despido disciplinario del trabajador por disonancia con la ideología del partido político empleador, al no tratarse de una represalia sino de una pérdida de confianza para preservar y representar la ideología empresarial⁴⁹⁷.

- 2) Simultáneamente a dicho conocimiento, la nueva dirección procedió a una modificación peyorativa de sus condiciones de trabajo. En este caso, la incorporación del nuevo equipo directivo coincidió cronológicamente con la merma de funciones laborales y, seguidamente, con la privación de ocupación efectiva hasta el mismo momento del cese de la relación laboral
- 3) Esa conexión temporal (entre el conocimiento de la tendencia política y las medidas adoptadas con menoscabo de la posición laboral del trabajador hasta llegar a su despido) resulta relevante para la conformación del panorama indiciario.
- 4) La empresa no cumplió con la carga probatoria consistente en acreditar que fueron otras las causas motivadoras de la decisión, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito

⁴⁹⁶ MORENO DÍAZ, Juan Manuel: "Extinción del contrato e ideología política". *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 72. 2003. Pág. 252. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=802113>

⁴⁹⁷ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 8 de julio de 2014, rec. N.º 97/2014 (AS 2014/2461).

vulnerador del derecho fundamental aducido.

Con ello, el despido sólo puede interpretarse como el desenlace de una situación restrictiva de derechos del trabajador, que derivan del conocimiento de la militancia política del trabajador, al no haberse aportado una justificación causal de la decisión que explicara de forma objetiva, razonada y proporcionada la medida extintiva.

La particularidad de este último caso analizado, radica también en que la empresa es la propia Administración (concretamente, el INSS), por lo que se plantea si la condición de empleador público tiene alguna influencia en el tema que se aborda.

La condición de empleador público no vacía ni puede suponer un límite adicional a la eficacia de los derechos laborales de los particulares, sin perjuicio de poder alegarse algunas especialidades en el funcionamiento de la Administración como empleador:

- La discrecionalidad de la Administración a la hora de tomar decisiones por el bien común o para una mejor asignación de sus recursos. Puede decirse que esa discrecionalidad no es suficiente para exigir la carga probatoria en el proceso justificando su actuación⁴⁹⁸.
- El hecho de ser empleador público provoca que la prohibición de discriminación actúe de modo más intenso (STC 48/2002, de 25 de febrero, FJ 7º), ya que toda actuación administrativa debe venir fundada en los criterios de objetividad, plena sumisión a la legalidad (arts. 103.1 y 106.1 CE) y no arbitrariedad (art. 9.3 CE).

Cuestión similar, pero quizás algo especial, es cuando los trabajadores de la Administración han sido contratados precisamente en base a la confianza política de quien la rigen, pues en este caso, podría considerarse a la Administración, respecto a la contratación de estos trabajadores, como una empresa de tendencia.

Un supuesto curioso, fue el despido de todos los trabajadores de un Ayuntamiento que habían sido nombrados por el anterior equipo de gobierno por su militancia política. Los despidos se interpretaron como el desenlace de los sucesivos actos acaecidos desde el triunfo de una moción de censura y vinculados a la militancia política de los trabajadores. Al no haberse aportado una justificación causal de la decisión que resultara suficiente, explicando la misma de forma objetiva, razonable y proporcionadamente y eliminando la sospecha de la conexión de la medida extintiva con el derecho fundamental de los trabajadores, se deduce que la voluntad del Ayuntamiento era desprenderse de unos trabajadores en los que no tenía confianza⁴⁹⁹.

En relación con las empresas de tendencia, la idea central es que el empresario puede exigir al trabajador una cierta sintonía o simpatía con el ideario, quedando limitado el derecho a la libertad ideológica.

⁴⁹⁸ MORENO DÍAZ, Juan Manuel: "Extinción del contrato e ideología política". *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 72. 2003. Pág. 252. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=802113>

⁴⁹⁹ STSJ de Andalucía/Sevilla (Sala de lo Social), de 2 de marzo de 2010, rec. N.º 3057/2009. (Ar. AS 2010\1473).

En cuanto al concepto de empresa de tendencia y qué empresas son las que gozarían en principio de esta libertad, caben dos concepciones⁵⁰⁰:

- La concepción amplia o global, recogida en el Derecho alemán, que integra las organizaciones dirigidas a fines políticos, sindicales, confesionales, caritativos, educativos, artísticos y similares que presuponen la adhesión a una particular ideología o concepción del mundo, genéricamente llamada "*tendencia*", por parte del prestador de trabajo de ella dependiente.
- La concepción estricta incluiría solo a aquellas organizaciones que tengan como rasgo específico el ser creadoras o sustentadoras de una ideología y, en función de las mismas, existen. En esta categoría se encuadrarían los partidos políticos, los sindicatos y las confesiones religiosas.

Si adoptamos, como propone la doctrina española, el concepto estricto, la Administración pública no sería una empresa de tendencia. Es más, de la STC 5/1981, de 13 de febrero, se deduce claramente que un Estado pluralista como el nuestro debe ser ideológicamente neutral (FJ 9º).

Esta neutralidad no excluye, sin embargo, el que estas organizaciones (empresas o Administración), puedan tener lo que se denominan "*portadores de tendencia*", cuya labor se caracteriza por difundir un mensaje concreto, el definido por ejemplo, por el partido político en cuestión⁵⁰¹.

Así, es posible encontrar actividades neutras (personal de vigilancia, trabajadores que se dedican a la limpieza) y actividades de tendencia (quienes se dedican a la difusión del mensaje). Pero, también, cabe encontrar en las empresas "*neutras*" (carentes de una ideología concreta), tanto actividades neutras como trabajadores que desarrollan su prestación de servicios teniendo como tarea la difusión de un determinado mensaje.

En esta línea, cabe calificar a los representantes de los partidos políticos que ocupan cargos de gestión y de administración en los diferentes órganos del Estado, CCAA o Entes Locales, como posibles portadores de tendencia, pues su afiliación a una empresa ideológica implica una sujeción tanto a los principios como a los valores de la organización a la cuál pertenecen, que se manifiesta en la obligación de difundir un mensaje concreto, precisamente el definido por el partido político en cuestión⁵⁰².

Esta idea desemboca en un necesario juicio de ponderación, para valorar los derechos de las partes, empresario y trabajador, a efectos de determinar si debe prevalecer la libertad de empresa o la libertad ideológica del trabajador.

⁵⁰⁰ DE VAL TENA, Ángel Luis: "Las empresas de tendencia ante el Derecho del Trabajo. Libertad ideológica y contrato de trabajo". *Proyecto Social: Revista de relaciones laborales* (Universidad de Zaragoza). N.º 2. 1994. Pág. 179.

⁵⁰¹ CALVO GALLEGU, Francisco Javier: "*Contrato de trabajo y libertad ideológica: derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*". Consejo Económico y Social de España. Madrid. 1995. Págs. 183-186.

⁵⁰² GÓMEZ MILLÁN-HERENCIA, Mª José: "Extinción del contrato de trabajo. El despido por razones ideológicas en la Administración Pública". *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. N.º 108. 2011. Pág. 272.

Esta ponderación, debe realizarse de forma que se preserven *"el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito -modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente- de su libertad constitucional"* (STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 8º). Pues dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación sólo se producirá *"en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva"* (STC 99/1994, FJ 4º).

Así, por ejemplo, en la STC 106/1996, de 12 de junio, se lleva a cabo la ponderación entre el derecho a la libertad de expresión alegado por la trabajadora y el ideario o ideología del empresario (FJ 2º), llegando a la conclusión de que no puede extenderse de forma incondicionada al centro sanitario el ideario propio de la entidad titular, aun admitiendo tanto el carácter religioso de la entidad titular del hospital como que dicho Centro se halla al servicio de una finalidad caritativa (FJ 4º).

En estas empresas, el trabajador debe respetar el ideario del centro privado en el que trabajan. Así, para fijar los límites entre el conflicto de derechos, la STC 47/1985, de 27 de marzo, sobre el despido de una profesora por ejercicio de su actividad docente en forma no ajustada al ideario educativo del Centro en que prestaba sus servicios, se establece que *"es incuestionable que en los Centros docentes privados donde estén establecidos los Profesores están obligados a respetar el ideario educativo propio del Centro"* y, en consecuencia, *"la libertad del Profesor no le faculta, por tanto, para dirigir ataques abiertos o solapados contra este ideario"* (STC 5/1981, FJ 10).

Sin embargo, el derecho a establecer un ideario educativo no puede ser ilimitado. Una actividad docente hostil o contraria al ideario de un Centro docente privado puede ser causa legítima de despido del profesor al que se le impute tal conducta, pero, *"la simple disconformidad de un Profesor respecto al ideario del Centro no puede ser causa de despido, si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en alguna de las actividades educativas del Centro"* (FJ 3º).

Profundizando en el objeto del trabajo a desempeñar, se plantea la cuestión de si la actividad ideológica de estas empresas puede ser justificación para indagar sobre las convicciones del trabajador, a fin de medir la idoneidad de su ideología con la tendencia de la organización. A este respecto, debe suponerse que el conocimiento de la ideología del trabajador solo se justifica respecto a aquel desempeño de funciones en las que esa ideología sea un factor esencial o clave para el desarrollo de la prestación, sin que abarque a puestos de trabajo que puedan desarrollarse independientemente a la adhesión a la tendencia de la empresa⁵⁰³. Es esta una muestra más de los riesgos que el conocimiento de la ideología del trabajador, a través de Internet y las redes sociales, pueden suponer a manos de un empleador, a efectos de adoptar decisiones arbitrarias.

3.5.2 La libertad religiosa.

En cuanto a la libertad religiosa y de culto, esta libertad se concreta en la posibilidad jurídicamente garantizada de acomodar el sujeto su conducta religiosa y su

⁵⁰³ GOÑI SEIN, José Luis: *"El respeto a la esfera privada del trabajador"*. Ed. Civitas. Madrid, 1988. Pág. 72.

forma de vida a sus propias convicciones con exclusión de cualquier intervención por parte del Estado, quien, por otra parte, asume la protección del ejercicio de dicha libertad frente a otras personas o grupos sociales⁵⁰⁴. En su dimensión objetiva, la libertad religiosa comporta una doble exigencia, la de neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado, y el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas iglesias (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 3º).

En cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa, que garantiza un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual y faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 2º; 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 5º y , 46/2001, de 15 de febrero, FJ 3º).

En su vertiente negativa, la LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, en su art. 2.1.b) establece que nadie puede ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales.

En el ámbito de las relaciones laborales, esta situación se podría producir si el trabajador de un centro religioso, fuera obligado a practicar actos de culto por la empresa donde trabaja. A pesar del entorno laboral, no cabría obligar ni sancionar al trabajador por no practicar dichos actos. El empresario no puede pretender que el trabajador se comporte en su vida privada de acuerdo a las exigencias morales que él profesa, lo que le impide interferir en sus actos y mucho menos perjudicar laboralmente a quien no acata sus postulados. Pero además, debe respetar la ideología religiosa del trabajador, lo que implica la no injerencia en las creencias y comportamientos del trabajador, sin cometer ni permitir el "*acoso por motivos religiosos*". No se trata de que la empresa sea "*laica*", sino más bien, "*neutral*", pudiendo estar ideológicamente comprometida pero, a la vez, ser respetuosa con el derecho de los trabajadores a su libertad religiosa⁵⁰⁵.

Cuando es la empresa, la que obliga o determina al trabajador a participar en un acto religioso, habrá que determinar si esa participación está de alguna forma relacionada con las obligaciones laborales del trabajador, o en su caso, se lleva a cabo de forma voluntaria. Así, el TC estimó que se vulneró la libertad religiosa de un policía nacional al que se obligó a asistir a una procesión de Semana Santa, cuando su función no era en sí garantizar el orden público, sino realzar la solemnidad de un acto religioso de la confesión católica (STC 101/2004, de 2 de junio, FJ 4º).

En este equilibrio, el problema surge cuando es el propio trabajador quien pretende realizar actos de culto de conformidad con su religión, que resultan incompatibles con su contrato de trabajo, lo que puede exceder del derecho a la libertad religiosa al enfrentarse con el propio objeto del contrato de trabajo y las obligaciones que de éste derivan. Son múltiples los casos que, de acuerdo a los credos y costumbres, si bien deben ser respetados, éstos no pueden modificar la propia prestación de trabajo. Así, por ejemplo, una determinada vestimenta o el descanso obligado en determinados días, no debe

⁵⁰⁴ ATC 617/1984, de 31 de octubre (FJ 4º).

⁵⁰⁵ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto; TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo; ÁLVAREZ CUESTA, Henar y QUIRÓS HIDALGO, José Gustavo: "Credo religioso y prestación laboral: ora et labora?". *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 284. Noviembre 2006. Pág. 17.

perjudicar ni obstaculizar el correcto desempeño de la prestación laboral.

La STC 19/1985, de 13 de febrero, plantea la legitimidad de un despido por incumplimiento de obligaciones laborales, debido a la alegada incompatibilidad de las mismas con la práctica religiosa de la recurrente (Iglesia adventista del séptimo día). Ante la negativa a un cambio de jornada para poder cumplir con sus ritos, la trabajadora abandonó el puesto y fue despedida.

En el examen de una posible violación del art. 16 CE en relación a una posible discriminación del art. 14 CE, se declara que *“el otorgamiento de un descanso semanal distinto supondría una excepcionalidad, que, aunque pudiera estimarse como razonable, comportaría la legitimidad del otorgamiento de esta dispensa del régimen general, pero no la imperatividad de su imposición al empresario”* (FJ 3º).

Es decir, el trabajador, en su ejercicio a la libertad religiosa, no podrá imponer una limitación al empresario en el contenido de la relación laboral, ni en los modos o formas en que éste se desarrolla, por un motivo ideológico o religioso si no ha sido pactado. Así se establece en la LO 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, que en su art. 13 establece *“El descanso laboral semanal, para los fieles de la Unión de Iglesias Adventistas del Séptimo Día y de otras Iglesias evangélicas, pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, cuyo día de precepto sea el sábado, podrá comprender, siempre que medie acuerdo entre las partes, la tarde del viernes y el día completo del sábado, en sustitución del que establece el artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores como regla general”*.

De la limitación del poder empresarial por los derechos fundamentales del trabajador y, en concreto por su libertad religiosa, no se puede concluir que el trabajador tenga derecho a fijar su jornada laboral en los términos que mejor convenga a la práctica de sus variables convicciones. Cabe afirmar con ello que es posible la extensión ilimitada de los derechos fundamentales, con todas sus consecuencias eventualmente imaginables, en el derecho privado, pero la invocación de tales derechos no justifica por sí sola cualquier modificación unilateral de las condiciones de un contrato⁵⁰⁶.

Todo lo hasta aquí expuesto supone en consecuencia un respeto, tanto del empleador como del trabajador, respecto a la ideología religiosa de uno y otro, de forma que tales creencias han de ser compatibles con la prestación laboral. El problema surge en la discriminación por motivos religiosos que, aún prohibida en el ámbito laboral, puede surgir desde el momento de la contratación (no contratar a quien profesa determinada religión, o al contrario, no contratar a quien no profese determinada religión), o durante la ejecución de la prestación laboral (pudiendo incluso ser la causa real de un despido).

La limitación de los derechos de los trabajadores se ha hecho patente en el supuesto de los profesores de religión que, en virtud del Acuerdo con la Santa Sede de 1979, no son recontractados por idoneidad sobrevenida, a propuesta de la autoridad religiosa. Así ha sido el caso del cese de una profesora de religión que mantenía una relación afectiva con un hombre distinto a su esposo, a pesar de la separación. El TC

⁵⁰⁶ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio: “Criterios de eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares”. *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED). N.º 3. 1999. Págs. 193-211.

reconoció a las confesiones religiosas la competencia para el juicio sobre la idoneidad de las personas que hayan de impartir la enseñanza de su respectivo credo. Ello hace que la idoneidad “no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o de las aptitudes pedagógicas del personal docente, siendo también posible que se extienda a los extremos de la propia conducta” (STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 5º).

Ahora bien, ello no impide excluir de control judicial a la decisión de la autoridad religiosa. El TC ha matizado que la decisión de la demandante de casarse en la forma civil legalmente prevista con una persona divorciada no justifica, por sí sola, la inidoneidad sobrevenida de la demandante para impartir la enseñanza de religión y moral católicas, pues esa decisión eclesial no puede prevalecer sobre el derecho de la demandante a elegir libremente su estado civil y la persona con la que desea contraer matrimonio, estrechamente vinculado al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana (STC 51/2011, de 14 de abril).

En el ámbito tecnológico, no se puede obviar que la cada vez más extendida red de Internet y de las redes sociales, propician una herramienta a través de la cual es posible acceder a contenidos extra-profesionales publicados por el propio trabajador o por personas de su entorno. Ello puede dar lugar al conocimiento empresarial de aquellos aspectos personales del trabajador, como podría ser su religión, a efectos de utilizar esta información para adoptar decisiones en el ámbito laboral que pudieran incurrir en discriminación y cuya prueba es realmente difícil.

3.6. LA EFICACIA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR Y DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL ÁMBITO LABORAL.

El derecho constitucional a la intimidad se consagra en un conjunto de derechos que integran el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE). Esta proyección también se produce en el ámbito laboral en esa triple dirección.

En lo que se refiere al derecho a la intimidad, es fácil comprender que las violaciones de este derecho se producirán en la mayoría de las veces por particulares, (sin excluir a los poderes públicos), existiendo un ámbito especial de colisión en las relaciones laborales. Cuando dos sujetos (empresario y trabajador), titulares de derechos que interactúan en el marco del principio a la autodeterminación de su voluntad, conviven en un contexto funcional en el que cada uno hace valer sus legítimos intereses, se hace necesario establecer unas pautas que permitan y modulen el mutuo ejercicio de derechos. Como punto de partida, en las relaciones jurídicas entre particulares tienen plena vigencia los derechos fundamentales, cuyo efecto horizontal, permite sostener la existencia, entre otros, de un derecho a la intimidad dentro de la relación laboral, cuyo titular, para la óptica que nos interesa, es el trabajador y cuyo sujeto pasivo es el empleador.

Cabe plantarse si nos encontramos ante un mismo derecho o ante varios (honor, intimidad, propia imagen y protección de datos personales). Del art. 18 CE parece deducirse una concepción global o, lo que es lo mismo, distintas manifestaciones del mismo derecho. Existe hoy día una tendencia a englobar en un único derecho (*privacy*) los distintos instrumentos de tutela de la vida privada. Así, tanto la propia CE, como la LO 1/1982, parecen concebir un único derecho con pluralidad de manifestaciones⁵⁰⁷, sin

⁵⁰⁷ REBOLLO DELGADO, Lucrecio: “*El Derecho Fundamental a la Intimidad*”. Ed. Dykinson. Madrid. 2005. Pág. 187.

perjuicio de otras opiniones que conciben superada la teoría de que hay un solo derecho con manifestaciones múltiples⁵⁰⁸.

El art. 18 CE garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y la LO 1/1982, de 5 de mayo, regula conjuntamente también estos derechos frente a todo género de intromisiones ilegítimas (art. 1). Su importancia se resalta en la Exposición de Motivos de esta norma cuando afirma que “*conforme al artículo 18.1 de la Constitución, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen tienen el rango de fundamentales, y hasta tal punto aparecen realizados en el texto constitucional que el artículo 20.4, dispone que el respeto de tales derechos constituya un límite al ejercicio de las libertades de expresión que el propio precepto reconoce y protege con el mismo carácter de fundamentales*”.

Sin embargo, este reconocimiento no altera su condición de derechos absolutos, oponibles *erga omnes*, frente a todo género de injerencia o intromisiones ilegítimas, que implica a su vez obligación de respeto, extensible a cualquier sujeto cuya actividad pueda interferir el disfrute del derecho por su titular.

Como resalta también la Exposición de Motivos de la LO 1/1982, los derechos protegidos en la ley no pueden considerarse absolutamente ilimitados. En primer lugar, los imperativos del interés público pueden hacer que por ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad y, por otro lado, tampoco serán ilegítimas las intromisiones consentidas por el propio interesado, posibilidad ésta que no se opone a la irrenunciabilidad abstracta de dichos derechos, pues ese consentimiento no implica la absoluta abdicación de los mismos sino tan sólo el parcial desprendimiento de alguna de las facultades que los integran.

Ahora bien, la ley exige que el consentimiento sea expreso, y dada la índole particular de estos derechos permite que pueda ser revocado en cualquier momento, aunque con indemnización de los perjuicios que de la revocación se siguieren al destinatario del mismo.

Además, es importante situar el momento en el que se hacen valer estos derechos, pues aún atemporales, es razonable admitir que la esfera del honor, de la intimidad personal y familiar y del uso de la imagen esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento. De esta forma la cuestión se resuelve en la ley en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas.

Ello cabe derivarse del art. 2 LO 1/1982, cuando contempla que la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen 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.

Los derechos de la personalidad operan fundamentalmente en el ámbito privado, y

⁵⁰⁸ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: “*La libertad de expresión y sus límites: Honor, Intimidad y Propia Imagen*”. Ed. EDERSA (Editoriales de Derecho Reunidas). 1991. Pág. 96.

se han considerado como derechos privados, en la medida en que se contemplan como la contrapartida de obligaciones que recaen sobre personas privadas. Estos derechos, por su propia naturaleza, son vulnerados en la mayoría de los casos por particulares.

Ahora bien, según algunos autores, tras su constitucionalización y configuración como derechos fundamentales, cuando esas obligaciones recaigan en los órganos del Estado estaremos en presencia de libertades públicas. La garantía de intimidad juega frente al Estado como derecho fundamental, mientras que frente al particular (entre quien puede estar el empleador, como sujeto de una relación laboral) opera como simple derecho de la personalidad. En este sentido, ROGEL VIDE entiende que unos bienes, como los llamados de la personalidad, en el ámbito del derecho privado constituirían derechos de la personalidad propiamente dichos, mientras que en el ámbito del derecho público -constitucional- se llamarían derechos fundamentales y libertades públicas. Ello no les priva de la categoría de derechos subjetivos, en cuanto que permiten a su titular, en este caso a la persona, reclamar a otros su respeto y en caso de lesión, acudir a la tutela judicial, que incluye la oportuna sanción al infractor⁵⁰⁹.

Frente a esta concepción, autores como BILBAO UBILLOS, insisten en que estamos ante derechos fundamentales que operan como tales en todas las direcciones y, por tanto, no dejan de serlo porque estemos ante una relación jurídico-privada. Es el mismo derecho fundamental el que brinda protección a las distintas manifestaciones o atributos de la personalidad cualquiera que sea el escenario del conflicto y la procedencia del ataque⁵¹⁰.

3.6.1 El derecho al honor “del trabajador”.

En el ámbito laboral implica salvaguardar el prestigio o la reputación profesional del trabajador frente a los ataques de terceros, o frente a críticas, opiniones o informaciones que careciendo de fundamento o veracidad, menoscaben su bagaje profesional.

Uno de los supuestos en los que se pone a prueba el “*honor*” del trabajador, o más bien, su integridad, han sido los denominados “*test de honestidad*”. En ellos se somete al trabajador de forma aleatoria a pruebas cuya finalidad es comprobar su comportamiento ante ciertos hechos, de forma que permitan conocer cual sería su conducta ante circunstancias reales⁵¹¹.

La cuestión es si estos “*test de honestidad*” se pueden encuadrar como medidas

⁵⁰⁹ ROGEL VIDE, Carlos: “*Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*”. Studia Albornotiana, XLVI (Publicaciones del Real Colegio España), Bolonia. 1985. Págs. 30-44 y 48. En este sentido BONILLA SÁNCHEZ, Juan José: “*Personas y derechos de la personalidad*”. Ed. Reus. Madrid. 2010. Pág. 31. Véase también ROGEL VIDE, Carlos: “Origen y actualidad de los derechos de la personalidad”. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas* (México). Otoño/Invierno 2007. N.º 20. Págs. 260-282.

⁵¹⁰ BILBAO UBILLOS, Juan María: “*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. Pág. 732.

⁵¹¹ MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes: “Reflexiones acerca de la legitimidad de las medidas de vigilancia y control del empresario”. En particular sobre el test de honestidad”. *Aranzadi Social* 84/2012. BIB 2012\290. Págs. 1 y ss.

legítimas derivadas del poder de dirección del empresario, potestad que le permite, en principio, adoptar las medidas de control que estime oportunas. Este poder no es absoluto, estando sometido al principio de proporcionalidad, en cuanto a la idoneidad, necesidad y ponderación del medio elegido, cuando pueda suponer una intromisión en los derechos del trabajador, sobre todo si se realizan sin el conocimiento del sujeto.

Por ello, se han cuestionado diversos casos que han llegado a los Tribunales. En ellos se trata de valorar si es constitutivo de despido la no superación del test:

En el supuesto de una empresa de lavado de coches, el test consistió en colocar un billete de 50 euros en la guantera de un vehículo que el trabajador tenía que limpiar. Cuando éste se apropió del billete, la empresa lo despidió. Sin embargo, el Tribunal estimó que el poder de dirección, que ha de respetar la dignidad del trabajador, no superó el principio de proporcionalidad, al no ser suficiente una mera sospecha, sino que debió haber indicios razonables sobre el incumplimiento imputable al trabajador⁵¹².

Sin embargo, en otro caso, la solución fue la contraria, aunque el supuesto de hecho también era distinto. La empresa, responsable de la limpieza y mantenimiento de las cabinas telefónicas, adoptó medidas de vigilancia y control, ante las sospechas de hurto por un trabajador, introduciendo monedas marcadas en las cabinas de cuya reparación o recaudación se encargaba al empleado. En este caso, al confirmarse que el trabajador se quedaba con las monedas, el Tribunal no valoró una intromisión en los derechos al honor o a la intimidad, pues no se trataba de un delito provocado, ya que en las funciones del trabajador al reparar las cabinas era constante el hallazgo de monedas atascadas que no eran de su propiedad, por lo que no se puede considerar como un “cebo” que hubiera colocado la empresa, sino ante una apropiación indebida de monedas con independencia de que éstas estuvieran marcadas o no, lo que sirve a la empresa para acreditar la apropiación y el despido⁵¹³.

El honor del trabajador tampoco se puede confundir con las críticas o reproches sobre su trabajo. No toda crítica o información sobre la actividad laboral o profesional de un individuo constituye una afrenta a su honor personal. La simple crítica a la pericia profesional en el desempeño de una actividad no debe confundirse sin más con un atentado al honor. La protección del art. 18.1 CE sólo alcanza a aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales, poseyendo un especial relieve aquellas infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad; lo que, obviamente, dependerá de las circunstancias del caso, de quién, cómo, cuándo y de qué forma se ha cuestionado la valía profesional del ofendido⁵¹⁴.

De la misma forma, tampoco vulnera el derecho al honor, el traslado a todas las secciones sindicales en la empresa del expediente disciplinario incoado al trabajador, en

⁵¹² STSJ de Baleares (Sala de lo Social), de 30 de junio de 2011, rec. N.º 13/2011 (AS 2011\1963).

⁵¹³ STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social), de 20 de junio de 2006, rec. N.º 1427/2006 (AS 2006\3451).

⁵¹⁴ STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 15 de febrero de 2010, rec. N.º 2080/2009 (Normacef, NSJ033773).

el que se le imputa la comisión de un fraude económico, argumentando que se ha producido una publicidad deliberada que perjudicó la imagen del demandante, a nivel profesional y personal, ya que se trata del cumplimiento por parte de la empresa de un trámite preceptivo en la tramitación del expediente disciplinario, cuál es la audiencia previa a los restantes miembros de la sección sindical cuando los trabajadores sancionados ocupen puestos de representación unitaria o sindical⁵¹⁵.

Tampoco se ha de confundir el derecho al honor, con los derechos a la libertad de expresión y de información, de forma que no se atenta contra el honor por el hecho de realizar críticas entre los miembros de distintos sindicatos, en el ámbito de una confrontación sindical, "*ante la inminencia de elecciones sindicales*"⁵¹⁶.

En este sentido, cabe plantearse si las manifestaciones del empresario referidas a un trabajador, imputándole una conducta sancionada por el incumplimiento de sus deberes, podría constituir una vulneración del derecho al honor del trabajador. Es decir, si en el concepto constitucional del honor protegido por el art. 18.1 CE tiene cabida el prestigio profesional, dado que en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias, el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un auténtico ataque a su honor personal.

Respecto a ello, los calificativos formalmente injuriosos o innecesarios para el mensaje que se desea transmitir, la crítica vejatoria, descalificadora y afrentosa de una persona, cuando se dirigen contra su comportamiento en el ámbito en el que desempeña su labor u ocupación, pueden hacerle desmerecer ante la opinión ajena con igual intensidad y daño que si la descalificación fuese directamente de su persona (STC 223/1992, de 14 de diciembre, FJ 3º). Ello es así, a tenor de la STC 180/1999, "*porque la actividad profesional suele ser una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad, de forma que la descalificación injuriosa o innecesaria de ese comportamiento tiene un especial e intenso efecto sobre dicha relación y sobre lo que los demás puedan pensar de una persona, repercutiendo tanto en los resultados patrimoniales de su actividad como en la imagen personal que de ella se tenga*" (FJ 5º).

Si las manifestaciones fueran realmente insultantes contra la reputación del trabajador "*el derecho al honor personal prohíbe que nadie se refiera a una persona de forma insultante o injuriosa, o atentando injustificadamente contra su reputación haciéndola desmerecer ante la opinión ajena*" (STC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 5º).

Por tanto, el ámbito de protección constitucional perseguido por el art. 18.1 CE es la indemnidad de la imagen que de una persona puedan tener los demás, y quizá no tanto aquella que desearía tener. Por esta razón, el art. 18.1 CE puede extender su protección al prestigio profesional, en tanto que una descalificación de la probidad profesional de una persona puede dañar gravemente su imagen pública. Es innegable que la actividad laboral o profesional posee una faceta externa, de relación social, que, en cuanto tal, repercute en la imagen que de esa persona tengan los demás (STC 223/1992, de 14 de diciembre). Pero, por eso mismo, también la hace susceptible de ser sometida a la crítica

⁵¹⁵ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 10 de noviembre de 2009, rec. N.º 3994/2009 (Normacef, NSJ033316).

⁵¹⁶ STS (Sala de lo Civil), de 2 de octubre de 2009, rec. N.º 1862/2005 (Normacef, NSJ030254).

y evaluación ajenas, únicas formas, en ocasiones, de calibrar la valía de esa actividad, sin que ello suponga el enjuiciamiento de la persona que la desempeña y, en consecuencia, de su honorabilidad (AATC 544/1989, de 13 de noviembre y 321/1993, de 25 de octubre).

La protección del art. 18.1 CE sólo alcanzaría a aquellas críticas que, aun estando referidas a la actividad profesional de un individuo, implican una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales. Un ejemplo de ello es cuando se trata de poner en duda la capacidad, probidad o ética profesional, que repercute al fin y al cabo en la valía profesional. Pero a pesar de ello, *"podrá darse el caso de que esas críticas a la actividad profesional de una persona resulten molestas e hirientes, o ayunas de cobertura constitucional en el art. 20.1 CE, e incluso ilícitas, y, sin embargo, no menoscabar su honor en los términos del art. 18.1 CE, a excepción claro está, de las formalmente insultantes o injuriosas"*. (STC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 5º).

En la búsqueda de este equilibrio, resulta sin embargo llamativo el caso de las manifestaciones vertidas por la empresa a través de una circular informativa accesible a toda la plantilla, donde se exponían las circunstancias del despido. La STC 282/2000, de 27 de noviembre, consideró que ello no veja ni descalifica personalmente a la trabajadora afectada, ya que no emplea ningún calificativo insultante, ofensivo o vejatorio, ni contiene descalificación de su persona, sino que se limita a informar a la plantilla del despido de la recurrente y de las razones que motivan dicho despido (coincidentes con las expresadas en la carta de despido). Por tanto, no atentó contra su prestigio profesional, ni por ende constituyó intromisión en su honor personal (FJ 5º).

En este caso, abundando en el argumento que ya empleó la STC 180/1999, de 11 de octubre (FJ 5º), no toda crítica o información sobre la actividad laboral o profesional de un individuo constituye una afrenta a su honor personal. *"La simple crítica a la pericia profesional en el desempeño de una actividad no debe confundirse sin más con un atentado al honor"* (STC 40/1992, FJ 3º); sin perjuicio de que esa crítica, o la difusión de hechos directamente relacionados con el desarrollo o ejercicio de una actividad profesional, *"pueda lesionar el derecho al honor cuando exceda de la libre evaluación y calificación de una labor profesional ajena, para encubrir, con arreglo a su naturaleza, características y forma, una descalificación de la persona misma"* (SSTC 223/1992, de 14 de diciembre, FJ 3º; 46/1998, FJ 4º), lo que en modo alguno debe confundirse con el daño patrimonial que pueda ocasionar la censura de la actividad profesional. Por tanto, *"el no ser en la consideración de un tercero un buen profesional o el idóneo para realizar determinada actividad no siempre es un ataque contra el honor del así considerado"* (STC 282/2000, de 27 de noviembre, FJ 3º).

Sin embargo, existen algunas manifestaciones en desacuerdo con esta sentencia, básicamente por dos razones: En primer lugar, porque aunque el prestigio profesional tiene cabida en el concepto constitucional de honor, las descalificaciones tendrían que ser de tal calado que supusieran una afrenta a su honor personal. Por un lado, es difícil establecer la frontera entre lo que es una afrenta al honor y una mera descalificación, pues en la práctica no es en absoluto fácil trazar las fronteras entre ambas, salvo claro está, que sean formalmente insultantes e injuriosas. Por otro, porque el Tribunal prescinde de juicio alguno de legitimidad del ejercicio del derecho por la empresa, no entrando a valorar la veracidad de las mismas, algo que parecería necesario si tenemos en cuenta que dado el predominio de los hechos en lo expresado en la comunicación, nos

estaríamos situando en las fronteras de este derecho y no de la libre expresión⁵¹⁷.

No es fácil encontrar un equilibrio para valorar si las manifestaciones de la empresa suponían una afrenta personal al trabajador, siendo, desde luego, contrarias al buen nombre y prestigio del trabajador. Pero sin embargo, no queda todo dicho en el caso enjuiciado. La falta de comprobación de la veracidad de los hechos y su vinculación con las imputaciones realizadas, ponen en peligro y afectan a la proyección profesional del trabajador, cuestiones que no deberían estar cubiertas ni por la libertad de expresión, ni por el poder de dirección y organización empresarial.

3.6.2 La intimidad “del trabajador”.

3.6.2.1 Delimitación y alcance del ámbito de la intimidad del trabajador en el seno de la empresa.

A pesar del empeño del TC en hacer valer en su integridad el derecho a la intimidad del trabajador, en expresiones tales como *“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 y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante la posibilidad de impulso de los oportunos medios de reparación”* (entre otras, SSTC 197/1998 FJ 2º y 56/2008, de 14 de abril), porque *“ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 CE 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 libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional”* (STC 88/1985, FJ 2º), se aprecia sin embargo una tendencia a reconocer una singular modulación de estos derechos.

Si en algunos pronunciamientos se afirma con rotundidad el derecho a la intimidad en la relación laboral, en otras ocasiones, se busca un equilibrio de derechos o intereses, entre el empresario y el trabajador, siendo necesario estudiar cada caso concreto, para valorar si existe o no la vulneración del derecho fundamental.

Así, se ha argumentado que los trabajadores, no dejando de ser titulares del derecho a la intimidad, pueden sufrir determinadas limitaciones del mismo dentro del marco de su relación laboral, justificadas por el poder de dirección del empresario en el ejercicio de los derechos de propiedad y libertad de empresa reconocidos en los arts. 33 y 38 CE. En todo caso, y de acuerdo con el TC, la limitación por parte de las facultades empresariales, *“sólo puede derivar bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho, bien de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador. Pero, además de ello, la jurisprudencia constitucional ha mantenido, como no podía ser de otro modo, que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir, en ningún caso, a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél”*

⁵¹⁷ OJEDA AVILÉS, Antonio e IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa: “La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º 73. 2008. Págs. 154-155.

(STC 98/2000, de 10 de abril, FJ 7º).

“El contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada (STC 88/1985). Pero que, partiendo de este principio, no puede desconocerse tampoco que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (arts. 38 y 33 CE). Es en aplicación de esta necesaria adaptabilidad de los derechos del trabajador a los requerimientos de la organización productiva en que se integra, y en la apreciada razonabilidad de éstos, como se ha afirmado que manifestaciones del ejercicio de aquéllos que en otro contexto serían legítimas no lo son cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral [SSTC 73/1982; 120/1983; 19/1985; 170/1987; 6/1988; 129/1989 ó 126/1990, entre otras]. En este marco de modulación a las exigencias organizativas, estrictamente apreciadas, cabe valorar el alcance del derecho a la propia imagen, invocado por el trabajador como justificación de su negativa a la orden del empresario” (STC 99/1994, FJ 4º).

Es obvio que la eficacia general de la intimidad como derecho fundamental abarca al trabajador como sujeto de la relación laboral, manteniendo su esfera privada fuera del alcance del empresario. Esta esfera privada puede delimitar dos tipos de ámbito: Uno material, consistente en los espacios físicos o en los movimientos del trabajador en un ámbito geográfico concreto y otro inmaterial, que incide en el control de las comunicaciones y de relación social llevadas a cabo en espacios inmateriales, como Internet.

El **ámbito material** vendría constituido por los espacios y locales de la empresa donde el trabajador tiene una salvaguarda especial, en la que no puede ser objeto de vigilancia y control, salvo excepciones justificadas. Los servicios, vestuarios, cafeterías y locales de descanso, no deberían estar sujetos a fiscalización, ya sea desde medios directos, como el visual, o indirectos (a través de grabaciones de imagen y sonido), porque no son espacios en que se desarrolle la actividad laboral.

A pesar de la generalidad del art. 4.2.e) ET, hay un espacio material especialmente regulado, que no protegido, para proteger la intimidad del trabajador, frente a actuaciones arbitrarias del empleador. Es quizás el art. 18 ET, el que con la finalidad de proteger la privacidad del trabajador (precepto bajo el título *“Inviolabilidad de la persona del trabajador”*), permite una invasión de la intimidad de mayor gravedad que la protección que dispensa, poniendo por encima de un derecho fundamental, la salvaguarda del patrimonio empresarial.

La mera permisibilidad de realizar *“registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo”*, constituye una invasión de la intimidad del trabajador, por más que el propio precepto disponga que en su realización se respetará al máximo su dignidad e intimidad y se prevea como garantía la presencia 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.

El hecho de permitir el examen de los efectos personales del trabajador, puede llevar a la práctica de registros a la entrada o salida de los centros de trabajo, del propio vehículo del trabajador, o de incluso, de su teléfono u ordenador personal, sobre todo si siendo propiedad de la empresa, ha sido puestos a disposición del trabajador para la realización de funciones profesionales. Aún estando en riesgo el patrimonio empresarial o el de los demás trabajadores, no se puede objetar que la eficacia del derecho a la intimidad queda prácticamente eliminada en estos casos, que además, pueden llegar a constituir prácticas abusivas, sin más justificación que la genérica sospecha.

Ante estos casos, aplicando la doctrina de la ponderación de derechos, este tipo de registros debería ser excepcional y siempre y cuando haya pruebas o indicios inequívocos y objetivos de una sustracción ilegítima de bienes de la empresa, cumpliendo con el principio de proporcionalidad de acuerdo a los intereses legítimos que se pretendan salvaguardar.

El **ámbito inmaterial** es aquel donde el trabajador desarrolla su vida social, con sus propios compañeros de trabajo, pudiendo abarcar conversaciones o reuniones físicas, en el lugar de trabajo o fuera de él, o el espacio ocupado por la telefonía fija o móvil, accesos a Internet desde cualquier terminal, sea de la propia empresa o particular, correo electrónico, programas de comunicación instantánea, tipo “*WhatsApp*”, redes sociales, personales y profesionales, etc.

Si bien el ámbito material está bastante asentado, pues es claro que en determinados lugares no es posible el control y seguimiento del trabajador, por su ausencia de relación con el trabajo, el espacio inmaterial no tiene fácil delimitación, fuera de lo que son los medios, soportes, páginas de Internet o programas de la propia empresa, destinados al uso exclusivo profesional. Incluso en éstos, se plantea un uso racional y permitido para ser emisor, destinatario, o mero visitante de determinadas páginas y contenidos de Internet.

Incluso puede haber un espacio mixto, entre el material e inmaterial, donde conviven el aspecto profesional con el personal. Por ejemplo, viajes profesionales en vehículo de empresa, dispositivos de geolocalización, a efectos de comprobar la realidad de las visitas, gastos de viaje, etc. La tecnología permite ya una utilización tan masiva de recursos que hace muy difícil separar las facetas personal y profesional, pues la vigilancia es tal, que una parada privada en un viaje profesional, no se puede deslindar de la información que estos medios transmiten a la empresa o a un tercero, que incluso pueda acceder sin permiso, a las coordenadas exactas de la situación del trabajador, las 24 horas del día, en base a un teléfono móvil, un vehículo o un ordenador.

Por todo ello, la evolución tecnológica ha ido abriendo el derecho a la intimidad del trabajador, tradicionalmente reducido al espacio material y a la jornada de trabajo (el derecho a la intimidad abarcaría las actividades que estos sujetos desarrollan en su interior⁵¹⁸), hasta hacerlo necesariamente valer frente a ataques o intromisiones fuera del centro de trabajo y en cualquier momento del día.

⁵¹⁸ GOÑI SEIN, José Luis: “*El respeto a la esfera privada del trabajador*”. Ed. Civitas. Madrid, 1988. Pág. 25.

En todos los casos, el problema que se presenta es delimitar el alcance del derecho a la intimidad cuando el trabajador se encuentra en una situación de subordinación, sujeto a las órdenes e instrucciones del empleador, vinculado por la propia prestación laboral y acotada su disponibilidad en un periodo de tiempo que no es otro que la jornada de trabajo.

Estas características en que se desarrolla el propio contrato de trabajo y que son consustanciales al mismo, provocan el planteamiento de la renuncia del trabajador a través de la vigilancia y control empresarial, a aspectos propios de su privacidad, sobre todo ante circunstancias que implican desde el control de movimientos, localización, contactos y fiscalización del trabajo, hasta las comunicaciones que a través de los diversos medios realiza el trabajador en horas de trabajo.

Si bien es admisible afirmar que en las relaciones laborales no es posible invocar el derecho a la conservación absoluta e incondicionada de la intimidad, el problema se desplaza a delimitar cuales son los límites al sacrificio que el trabajador ha de soportar en aplicación de su situación de subordinación y dependencia. Este marco genérico, podría ser, como afirma GOÑI SEIN, que la lesión a la intimidad que el trabajador está obligado a tolerar por razón del control de la actividad del trabajo no debe traspasar los límites de la subordinación técnica, es decir, que se autoriza un parcial desprendimiento de los derechos de la intimidad por parte del trabajador, si bien a condición de que la intromisión venga impuesta por las exigencias de la prestación laboral⁵¹⁹.

Siendo lícito el control empresarial y la fiscalización que sobre el trabajo le otorga el poder de dirección al empresario, deben respetarse los límites de la esfera privada del trabajador, cuando el trabajo se desarrolla de acuerdo a lo pactado. Los conflictos en la delimitación de la esfera privada del trabajador, surgen cuando éste, bien se extralimita de sus funciones incurriendo en responsabilidades derivadas de la transgresión de la buena fe, abuso de confianza, o indisciplina, que pueden afectar al patrimonio o interés empresarial, bien porque se produce un incumplimiento de la prestación de su trabajo.

Cabe incluso que los propios medios de control y vigilancia (sistemas tecnológicos, instalación de sistemas de vigilancia audiovisual, geolocalización, huella electrónica y dispositivos similares), sean tan invasivos, que la desproporción a la finalidad para la que se utilizan sea de tal entidad, que afecte directamente a la esfera privada del trabajador.

GOÑI SEIN alude a que el derecho a la intimidad del trabajador en el seno de la empresa, constituye un límite al poder de dirección del empresario y una garantía en el ejercicio de ciertos derechos fundamentales. De la tutela general de la intimidad cabe deducir directamente el principio de respeto a la vida privada del trabajador en el interior de la empresa y, en este sentido, todos los intereses de la persona que tienen su fundamento en la CE y en la LO 1/1982, de 5 de mayo, surten eficacia frente al empresario en el ámbito de la relación contractual. De ahí que se debe considerar prohibido para el empresario⁵²⁰:

⁵¹⁹ GOÑI SEIN, José Luis: *“El respeto a la esfera privada del trabajador”*. Ed. Civitas. Madrid, 1988. Págs. 26-27.

⁵²⁰ GOÑI SEIN, José Luis: *“El respeto a la esfera privada del trabajador”*. Ed. Civitas. Madrid, 1988. Págs. 20 y 21.

- El emplazamiento y utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento, no advertido, de la vida íntima del trabajador, aunque la investigación venga justificada por la necesidad de averiguar su capacidad profesional, determinadas aptitudes, experiencia, etc. (art. 7 aptos 1 y 2 de la LO 1/1982).
- La vulneración de las comunicaciones privadas del trabajador, propias o con destino a éste, interceptadas por cualquier medio que impliquen conocimiento de cualquier aspecto de su vida íntima (art. 7.2 LO 1/1982).
- La divulgación de hechos relativos a la vida privada del trabajador, que afecten a su reputación y a su buen nombre (art. 7.3 de la LO 1/1982).
- La revelación de datos privados del trabajador, conocidos por el empresario a raíz de la selección, contratación o desarrollo de la actividad laboral (art. 7.4 de la LO 1/1982).
- La captación, reproducción o publicación de imágenes del trabajador, sin su consentimiento (art. 7.5 LO 1/1982).

Para evitar estos abusos, y por tanto garantizar la eficacia del derecho, el art. 4.2.e) ET contempla entre los derechos básicos de los trabajadores *“el derecho a la intimidad y 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”*⁵²¹.

La transgresión de estos derechos por parte del empleador puede tener un doble efecto: El de la sanción administrativa, prevista en la LISOS que tipifica como falta muy grave en su art. 8.11 *“Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores”*, cuyo efecto es una sanción económica que podría llegar a los 187.515 euros⁵²², y la responsabilidad penal prevista en el art. 184 del CP, que tipifica el delito de acoso sexual en el ámbito de la relación laboral, que supone una vulneración clara de la intimidad al provocar a la víctima *“una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante”*⁵²³.

A pesar de esta regulación, demasiado abstracta y que no soluciona los pormenores en los que se mezcla un interés empresarial (que incluso puede ser legítimo, o pactado), con el derecho a la intimidad, en el sentido de respeto de la vida privada del trabajador, el ET manifiesta una cierta sensibilización por la tutela de la intimidad del

⁵²¹ En la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2007, de 21 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE de 23 de marzo de 2007).

⁵²² En función de lo establecido por el RD 306/2007, de 2 de marzo, por el que se actualizan las cuantías de las sanciones establecidas en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. (BOE de 19 de marzo de 2007).

⁵²³ Art. 184.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

trabajador, en un claro reconocimiento del derecho. Pero como afirma GOÑI SEIN, más parece responder al sentido de propuesta programática en el seno de las relaciones laborales que al verdadero propósito de hacer efectivo el derecho, porque “*son realmente insignificantes (...) los esfuerzos realizados para racionalizar el ejercicio de los poderes de control y vigilancia empresariales y delimitar la intensidad del compromiso de los valores personales de libertad privada del trabajador asumido por contrato de trabajo*”⁵²⁴. Es decir, no se hace referencia a los concretos intereses del trabajador que deben ser objeto de protección.

A título ejemplificativo de las circunstancias que se pueden presentar, se citan las siguientes, a efectos de adquirir determinados patrones de comportamiento y excepciones que nos ayuden a valorar la preponderancia de alguno de los derechos, y los factores que inciden en ello.

3.6.2.2 Aspectos personales del trabajador que repercuten en el trabajo.

La regla general es precisamente que los aspectos y circunstancias personales del trabajador, no deberían incidir en su prestación laboral, de forma que el poder de dirección empresarial, no podrá entrar a identificar, valorar y mucho menos a exigir, conductas extralaborales. La excepción, donde podemos encontrar el conflicto, es precisamente que estas circunstancias repercutan en el trabajo. El riesgo en el que se incurre es la subjetividad, pues la repercusión puede ser directa (forma de tratar a los clientes y compañeros de trabajo, por ejemplo) o indirecta (vestimenta e imagen del trabajador).

Un caso controvertido ha sido la contraposición entre el interés de la trabajadora en mantener en privado su estado de embarazo y el de la empresa que debe velar por la salud de la embarazada, adoptando medidas de seguridad. A pesar de la situación de riesgo, sin embargo, el TC se ha postulado por respetar el deseo de la mujer de mantener oculto su estado, en tanto que pertenece a la esfera más íntima de su persona (SSTC 92/2008, de 21 de julio y 124/2009, de 20 de junio)

En algunas ocasiones, es la propia Ley, el ET, el que nos ayuda a encontrar ciertas circunstancias personales que si repercuten en el trabajo, llevan aparejadas consecuencias jurídicas para el trabajador. Un ejemplo de ello son las causas de despido disciplinario del art. 54. f) ET: “*La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo*”.

Estas causas implican, en relación a la intimidad, la necesidad de someterse a los controles médicos que evaluarán la capacidad del trabajador, y en general, a la hora de imponer la máxima sanción disciplinaria, el despido, se valora el riesgo para la seguridad y la imagen para la empresa.

Hay supuestos en que la embriaguez, sin necesidad de que sea habitual, puede integrar un incumplimiento contractual del trabajador susceptible de despido, atendiendo a la actividad desarrollada y a las consecuencias que de ella se hayan derivado o pudieran derivarse, al constituir trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del puesto de trabajo. Así sucede con la profesión de los conductores, al igual

⁵²⁴ GOÑI SEIN, José Luis: “*El respeto a la esfera privada del trabajador*”. Ed. Civitas. Madrid, 1988. Págs. 27 y 28.

que en otras actividades cuyas características añaden gravedad a la conducta, de manera que los estados de embriaguez y toxicomanía van a operar con más rigor para dichas profesiones, actuando independientemente de la habitualidad⁵²⁵.

Así, por ejemplo, el maquinista de tren que da positivo en un control rutinario de alcoholemia incurre en una grave trasgresión de sus obligaciones en dos planos distintos: El perjuicio empresarial por la imagen pública que pueda ofrecer ante sus clientes y el riesgo sobre la integridad física y la seguridad de los usuarios del servicio⁵²⁶.

En la misma línea, por ejemplo, referido a la relación laboral de deportistas profesionales, su normativa reguladora y en cuanto a la obligación empresarial de garantizar la intimidad en el ejercicio de su poder de dirección, se prevé primero en términos negativos "*En ningún caso podrán imponerse sanciones por actuaciones o conductas extradeportivas*", pero luego, sin embargo, añade una excepción que permite una intromisión importante: "*salvo que repercutan grave y negativamente en el rendimiento profesional del deportista o menoscaben de forma notoria la imagen del club o entidad deportiva*" (Art. 17.2 del RD 1006/1985, de 26 de junio).

Esta previsión reglamentaria restrictiva de derechos requiere una justificación razonable, al ser una medida que reduce la capacidad de acción en la vida privada del deportista. Pero, si bien esos actos no deberían afectar ni a su rendimiento deportivo, ni a la imagen del club, lo cierto es que el deporte profesional exige unas condiciones psico-físicas idóneas para la competición. El peso, la alimentación y el ejercicio físico o el mantenimiento adecuado a través de sesiones de fisioterapia o musculación, pueden ser impuestas al trabajador, incluso más allá de su dependencia directa del club. Es cuando menos curioso la adopción de medidas que aseguren el descanso y un óptimo estado de forma física a los deportistas, como las denominadas "*concentraciones*" en las que en el periodo de descanso, se prohíbe incluso llevar a cabo actividades sexuales por la merma de energías para la actividad a desarrollar, ante la creencia no fundada científicamente de que el ejercicio sexual reduce la capacidad física⁵²⁷.

En estos casos y para salvaguardar la intimidad del trabajador, debemos valorar el resultado objetivo del estado del deportista por encima de comportamientos que pudieran afectar a su rendimiento. Es decir, será un examen realizado por un profesional el que determine que el deportista no está en las mejores condiciones de competición y que ello es atribuible a un comportamiento consciente y voluntario del sujeto (por ejemplo, al no cuidar la alimentación, descanso, etc.).

Otro supuesto regulado en el que se deja entrever la incidencia de los aspectos personales del trabajador en las decisiones empresariales, figura en el RD 1382/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral especial de alta dirección y que contiene una causa de extinción que es el desestimiento del empresario. Debido a que la relación entre el alto directivo y la empresa se caracteriza por la recíproca confianza entre ambas partes,

⁵²⁵ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 27 de enero de 2012, rec. N.º 4620/2011 (Normacef, NSJ045256).

⁵²⁶ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 28 de febrero de 2011, Rec. N.º 6479/2010. (Normacef, NSJ040204).

⁵²⁷ GOÑI SEIN, José Luis: "*El respeto a la esfera privada del trabajador*". Ed. Civitas. Madrid, 1988. Pág. 270.

la pérdida de esta confianza puede provocar la extinción del contrato. Quizás sea este el supuesto en el que mayor carga de subjetividad exista en la adopción de una medida empresarial, al predominar la confianza en su mayor amplitud, sobre los derechos del trabajador a la conservación de su contrato, sin que en este caso la causa de la extinción tenga que ser estrictamente laboral, pues la confianza se puede perder por un hecho personal que repercuta en la actividad de la empresa.

Esta previsión podría ser ampliable al resto de trabajadores, siempre que mediara una justificación objetiva y razonable. Existen trabajos cuyo objeto es representar o ser la imagen de la empresa. El comportamiento del trabajador, e incluso su apariencia externa, puede influir directamente en el desarrollo y en los resultados de la actividad empresarial. Ello puede justificar la uniformidad, códigos de vestir, vocabulario y expresiones utilizadas, así como deberes de lealtad, secreto, exclusividad, fidelidad y no competencia.

Se plantea así la cuestión de si la relación laboral basada en la confianza y respeto mutuo, proyecta estos principios en la vida extraprofesional del trabajador. En un sentido amplio, implicaría el efecto de que el trabajador tendría que mantener su capacidad laboral (por ejemplo, su salud y su capacidad productiva), inhibiéndose de toda actuación que la reduzca, de forma que no mantener la capacidad para trabajar en las condiciones pactadas, podría ser causa de sanción disciplinaria por transgresión de la buena fe y abuso de confianza.

Esta concepción, apunta GOÑI SEIN, proviene de asimilar el contrato de trabajo, con la fiducia, que sería el equivalente laboral de la confianza. La fiducia es considerada como la creencia en la idoneidad personal (aparte de la profesional) del otro contratante para cumplir adecuadamente las obligaciones objeto del contrato. De esta forma la fiducia se conecta con la aptitud, pues cuando el trabajador desarrolla una actuación contraria u omisiva al interés específico deducido en el contrato, se entiende que se torna "*inepto*" profesionalmente para la continuación de la prestación⁵²⁸.

Sin embargo, como regla general, se deriva de los arts. 4.2.e) y 17 ET la obligación del empresario de no injerirse en la vida privada de los trabajadores, prohibiéndose las discriminaciones por cualquier circunstancia personal, lo que implica además, la prohibición de investigar o indagar sobre esa faceta.

En un ámbito más específico, cabe señalar sin embargo, distintas situaciones que legitimarían la intromisión empresarial en la vida privada del trabajador y que tendrían que ver con la confianza:

- Los casos en que implícita o explícitamente el trabajador haya dado su consentimiento: Es el caso de que el propio trabajador informa al empresario de determinadas circunstancias de su vida privada, lo que a su vez, impedirá al empleador adoptar medidas en base a esa información, cuando ninguna relevancia tuvieran sobre el trabajo, salvo que guarde alguna relación con el mismo (por ejemplo, la comunicación del embarazo, a efectos de adoptar medidas de seguridad).

⁵²⁸ GOÑI SEIN, José Luis: "*El respeto a la esfera privada del trabajador*". Ed. Civitas. Madrid, 1988. Pág. 258.

Actualmente, la realidad virtual y las redes sociales han repercutido en el acceso a la información de cada persona, de forma que el empresario podría obtener información de estos medios y valorar la idoneidad de tales datos de cara al trabajo. Si bien la recogida de información sería lícita si es el propio trabajador quien la ha aportado, siendo además de carácter público, ninguna objeción se podría hacer al empresario en cuanto al conocimiento de tales circunstancias. Lo que no podría hacer es tomar dichos datos para adoptar medidas laborales, casi siempre, con una dosis de subjetividad que convierte en arbitraria la decisión en cuestión.

Por ello, este tipo de actuaciones han de interpretarse con carácter restrictivo, teniendo en cuenta que la inferioridad del trabajador, su dependencia económica del trabajo y su subordinación, le pueden coaccionar a desvelar aspectos de su personalidad, o de su vida social o familiar, que constituye una manifestación libre de su voluntad.

- Las especiales condiciones en las que se desarrolla la prestación laboral, ante requerimientos fundados en la seguridad. Es el caso de policías, bomberos, conductores, pilotos de avión, tren, tripulaciones de barcos, médicos, etc, donde depende del trabajador la vida humana de otras personas. Es razonable exigir unas condiciones óptimas para el ejercicio profesional, de acuerdo a las normas deontológicas de la profesión, para lo que se habrán de realizar los controles objetivos que sean razonables para evaluar objetivamente la capacidad del trabajador. En el apartado correspondiente a las medidas de control, se analizarán más detalladamente estas medidas.
- Las indagaciones en interés de la comunidad, como el hecho de someter al trabajador a vigilancia de la salud, cuando exista una situación para el propio trabajador, o para el resto de la plantilla, como por ejemplo, el padecer una enfermedad infecto-contagiosa (art. 22 LPRL).
- Los comportamientos extralaborales que lesionan la imagen o el prestigio empresarial. Si bien es cierto que el trabajador fuera de la empresa no viene obligado a asumir la defensa de los intereses de aquella, tampoco es razonable que su conducta produzca un perjuicio directo para la empresa.
- Los incumplimientos de los deberes laborales que se mantienen incluso fuera de la empresa, como la competencia desleal, el incumplimiento de la obligación de confidencialidad o los actos ilícitos contra el patrimonio empresarial, así como la transgresión de la buena fe o abuso de confianza, como por ejemplo, trabajando en situación de baja.

Un supuesto límite es el de si el trabajador que durante sus vacaciones retribuidas presta servicios para otro empresario, puede ser objeto de control y sanción, aunque no incumpliera el deber de no hacer competencia a la empresa. La STC 192/2003, de 27 de octubre, ha dado prevalencia a la libertad del trabajador durante sus vacaciones, anulando por tanto la sanción de despido que le fue impuesta. Para ello, entendió que concebir las vacaciones como la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral supone reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad del modo que estime más conveniente. Al ser la sanción incompatible con el art. 10.1 CE (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad), a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente,

cualquier norma de Derecho, “la resolución judicial que desconoce tales principios constitucionales al interpretar y aplicar esta cláusula no puede entenderse, por tanto, fundada en Derecho” (FJ 7º).

- Han de reputarse intromisiones lícitas aquellas realizadas con el exclusivo interés de beneficiar, mejorar o cambiar las condiciones de trabajo con repercusión negativa en la vida del trabajador. Por ejemplo, la existencia de hijos o familiares con necesidad especial, al efecto de adaptar la jornada de trabajo, su duración o distribución, en beneficio del derecho del trabajador a la conciliación de su vida personal y familiar (art. 34.8 ET).
- Cabría incluso indagar sobre la vida privada del trabajador, cuando el objeto del contrato esté directamente relacionado con el producto ideológico proyectado por empresas ideológicas y cuando hay una indisoluble interdependencia entre los requisitos personales de naturaleza psicofísica y las condiciones ofrecidas para la prestación de la tarea⁵²⁹.

La sanción disciplinaria a un trabajador que se motiva en comportamientos ajenos a la prestación laboral debe ser calificado como un acto discriminatorio y vulnerador del principio de igualdad del art. 14 CE y 17 ET. Si además se constata que el conocimiento de dicho comportamiento se ha obtenido por procedimientos fraudulentos e ilícitos, también esta conducta, al ser vulneradora de derechos fundamentales, ha de reputarse nula, siendo el problema en la mayoría de las ocasiones, el de su prueba.

3.6.2.3 Condicionantes personales que no repercuten en el trabajo.

Si bien el ET prohíbe cualquier comportamiento discriminatorio por cualquier condición vinculada a las circunstancias personales o condición social del trabajador, el hecho de que el empresario conozca determinados aspectos sociales, familiares, o de la personalidad del trabajador, puede ser tenido en cuenta en momentos clave para la relación laboral, como por ejemplo, en los estadios previos a la contratación. Concretamente, en los procesos de selección, la debilidad del aspirante le puede llevar a desvelar cierta información que nada tiene que ver con sus aptitudes profesionales.

Siendo legítimo el interés del empresario en obtener datos concernientes a la capacidad profesional, el límite estaría en someter la idoneidad profesional a factores extraños a la causa contractual. Las decisiones adoptadas fuera de los factores profesionales, que lleven a inducir comportamientos discriminatorios, a raíz de indagar sobre la ideología, opciones políticas, sindicales o religiosas, o cualquier otra intromisión en la vida privada del trabajador, serán nulos.

La garantía del art. 17 ET sobre prohibición de discriminación en las relaciones laborales debe interpretarse, en relación a la intimidad, como una inhibición al empresario de informarse sobre aspectos de la personalidad del trabajador que no deben influir en la valoración de la idoneidad técnico-profesional. Se trata de impedir que dicha información sirva de base para discriminar al trabajador en sus legítimas aspiraciones al empleo⁵³⁰.

⁵²⁹ GOÑI SEIN, José Luis: “*El respeto a la esfera privada del trabajador*”. Ed. Civitas. Madrid, 1988. Pág. 59.

⁵³⁰ GOÑI SEIN, José Luis: “*El respeto a la esfera privada del trabajador*”. Ed. Civitas. Madrid, 1988. Pág.

Incluso, hoy día, las redes sociales despliegan una gran influencia sobre la sociedad. Cada individuo se postula de acuerdo a su libre pensamiento, en una maraña de contactos abiertos a todo aquel que pretenda conocer lo publicado por alguien y sobre alguien. Inconscientemente, pero mediando consentimiento, provocan que una foto en una situación comprometida, un comentario, la adhesión a determinados ideales, el apoyo o recomendación a otras personas en determinadas circunstancias, incluso, la proactividad en páginas de contactos abiertas en Internet, lleguen a conocimiento de quien tiene que adoptar una decisión laboral.

El problema es determinar si la información a la que accede el empleador es pública y de general conocimiento, por haberse divulgado en algún medio de libre acceso. El problema se complica cuando quien ha divulgado información personal, sea el interesado o un tercero, no puede anular ni retirar dicha información. Las redes sociales son actualmente un medio de re-difusión de la información a través de contactos, en los que es posible que la persona no sea consciente de los datos que sobre su personalidad son públicos. El espacio virtual de Internet, con potentes buscadores, facilita encontrar una información por cualquiera, por remota que la información sea, el nivel de importancia, o de antigüedad.

El proceso de selección para la contratación o promoción de trabajadores

No es de extrañar que sea el propio procedimiento de selección, el que indague sobre aspectos personales. Son ejemplos de preguntas que, salvo justificación objetiva y razonable, serían contrarias al derecho a la intimidad del candidato:

- Edad. Salvo que fuera aportada por el candidato.
- Nacionalidad, raza y religión. El lugar de nacimiento, lengua nativa, nacionalidad, raza o confesión religiosa no deben ser objeto de indagación, más allá de lo que los documentos de identidad manifiestan, lo que debería ser suficiente para el empresario.
- Sexo. Aunque pueda parecer obvio, no debe ser objeto de intromisión empresarial desvelar el sexo de la persona.
- Salud y discapacidad. En general, pertenece a la intimidad del trabajador el padecimiento de alguna enfermedad, grado de discapacidad, operaciones o anomalías físicas y psíquicas. Caben excepciones si estas circunstancias actúan como condicionante para reunir la capacidad exigida por el trabajo.
- Estado civil o situación familiar. El estado civil de la persona, su situación familiar, el hecho de estar embarazada o tener hijos, la orientación sexual, los datos sobre los familiares y su situación social o económica, pertenecen al ámbito íntimo de la persona, que no está obligada a desvelar. Si bien, el estado civil puede ser un dato público, el art. 17 ET prohíbe una discriminación por esta causa, lo que debe salvaguardar información adicional sobre las circunstancias que rodean al estado civil (preguntas sobre cónyuge, familiares y similares).

- Otras cuestiones personales, sobre el aspecto físico, como la altura y el peso, vestimenta, aficiones, *hobbies*, organizaciones a las que pertenece, creencias, información sobre antecedentes penales, etc. no son datos que deban influir en la contratación. Por tanto, no deben ser obtenidos bajo presión o coacción que la misma situación precontractual puede provocar. Por ejemplo, el empresario no está legitimado para conocer los antecedentes penales del trabajador, en la medida en que dichos antecedentes no supongan una situación de riesgo en la misma prestación de trabajo.

Aún así, no siempre se evita en el procedimiento de selección la obtención de este tipo de información, sino que incluso se pondera, e incluso se exige cumplir determinadas condiciones a la hora de realizar un anuncio o una convocatoria. El límite de la legalidad o no de condicionar el cumplimiento de algunas de estas condiciones estaría en la justificación y proporcionalidad de los requisitos, en el sentido de que estos deben ser objetivos y razonables. Deben reputarse ilegítimos los condicionantes o averiguaciones sobre la personalidad del trabajador que carezcan de una relación inmediata y directa con el trabajo requerido.

Sin embargo, en este sentido, cobra importancia la concepción social del momento, en el sentido de reprobar determinadas condiciones personales que sin repercutir en el trabajo, pretenden acomodar a unos parámetros determinados las características personales de los candidatos.

Como ejemplo, cabe aludir a lo que la jurisprudencia preconstitucional definía como falta grave que justificaba el despido o la negativa a contratar, por el hecho de la condición de homosexual del trabajador, porque afectaba al buen nombre de la empresa.

Pero ya en nuestros días, cabe encontrar pronunciamientos que extrapolando esta idea a otros condicionantes, como el de la reputación, fama o imagen de la empresa, tratan de justificar la exclusión de candidatos por sus características personales.

Un caso bastante frecuente, es el caso de la discriminación de la mujer por razón de su maternidad en el acceso al empleo. Es un caso tipo el siguiente: El hecho de someter a una candidata a preguntas familiares y personales totalmente ajenas al trabajo a desempeñar, previa información de que "*no querían a alguien que se cogiera una baja por maternidad*". El hecho de hacer confesar que se había ligado las trompas y que no podía tener más hijos supone una conducta discriminatoria, al verse obligada a revelar sus planes familiares y datos médicos pertenecientes a su más estricta intimidad, innecesarios para una gestión de personal responsable y respetuosa con la dignidad del empleado. Las consecuencias fueron una sanción para la empresa y una indemnización de 3.000 euros para la candidata⁵³¹.

Como otro botón de muestra, valga la convocatoria de plazas para auxiliares de vuelo en que se exigía a los aspirantes específicos requisitos de edad, estatura, visión e imagen personal. Se impugna el requisito de la buena imagen, una vez superados los demás condicionantes, al ser un juicio de valor subjetivo de la persona que lleva a cabo el

⁵³¹ STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Social), de 7 de abril de 2014, rec. N.º 923/2012 (Normacef, NSJ050315).

proceso de selección. La AN no dudó en justificar que *“A pesar del subjetivismo que pueda haber en esta definición de buena imagen, algo sí indica, y es lo contrario: que no se puede aspirar a este trabajo con un conjunto de rasgos físicos que caracterizan lo que en el sentir común y general se entiende por una mala imagen física: excesiva circunferencia abdominal, semblante de adefesio (a) o patibulario”*⁵³².

Es decir, que la sentencia, que luego fue confirmada por el TS⁵³³, no sólo justificaba la exclusión de los candidatos por no reunir lo que una buena imagen requiere el sentir general de la comunidad, sino que además, menosprecia a los excluidos, en el sentido referido por el tenor literal de la propia sentencia.

Y siguiendo el hilo de la justificación, continúa: *“Tratándose de un trabajo directo de atención al público, en competencia con otras compañías del sector, no resulta exagerado exigir lo que otras empresas definen en anuncios-convocatoria de trabajo como «buena presencia», para lo que no existen características definidas, como pretende la actora que las especifique IBERIA, sino que son las que el acervo socio-cultural de un país entiende como buena imagen o buena presencia, concepto que, aunque encierra ciertamente una dosis de subjetividad, constituye un concepto de aproximación a una realidad bastante delineada y formada como es la de buena o mala imagen física”*.

Es decir, que a juicio del Tribunal, es cuestión generalizada que muchas empresas, en el momento de contratar a nuevos empleados, impongan una serie de condiciones, muchas de ellas relativas al físico, que no pueden reputarse como generadoras de desigualdad de trato, pues las características de los puestos a desempeñar requieren determinada edad, condición, estatura, etc. *“Con ello no se está negando la dimensión axiológica de la igualdad, sino que se está teniendo en cuenta la variedad para cubrir determinada necesidad, pues estas cualidades se caracterizan más que por su existencia, por su «valencia», siempre que sean razonables y proporcionales a los objetivos que se desean alcanzar”*.

Sin embargo, estos pronunciamientos contrastan con la doctrina constitucional que contiene la STC 207/1987, de 22 de diciembre, al resolver un tema similar cuando enjuicia si para el desempeño de las funciones propias de las auxiliares de vuelo femeninas, cabe exigir una presencia atractiva. La Sentencia impugnada no niega el principio de igualdad, pero afirma que en este supuesto concurre una causa que justifica la diferencia de trato *“ya que se entiende que la mujer, por sus condiciones físicas, aconseja y hasta impone, en el ejercicio de las funciones de Auxiliar de Vuelo, una presencia atractiva que normalmente demanda el personal receptor de estos servicios y, por tanto, unas peculiaridades que no son exigibles al hombre y que, estando en función de la edad, aconsejan posibilitar la anticipación del cese de la mujer en tal servicio”*.

El TC lo consideró *“con toda evidencia inaceptable”*, admitiendo que pueden existir actividades laborales en que la presencia física tenga una importancia decisiva, pero no es este el caso de los auxiliares de vuelo, *“cuya función consiste en prestar determinados servicios que competen por igual a los Auxiliares masculinos y femeninos”* (FJ 2º).

⁵³² SAN (Sala de lo Social), de 24 de marzo de 1999. (Normacef, NSJ006311).

⁵³³ STS (Sala de lo Social), de 27 de diciembre de 1999, rec. N.º 1959/1999. (Normacef, NSJ007629).

Todo ello contrasta con la doctrina del TJUE, según la cual es indicio de discriminación no tener acceso a la información en un proceso de selección en el que no se ha sido seleccionado⁵³⁴. Es decir, no sólo impide la discriminación en el acceso al empleo, a raíz de la información que está protegida por el derecho a la intimidad del trabajador, sino que da un paso más allá, exigiendo una justificación de la no contratación del candidato, que de no darse, constituye un indicio de discriminación⁵³⁵.

De acuerdo a esta doctrina, si bien la legislación de la UE no prevé el derecho de un trabajador a acceder a la información sobre el proceso de selección, cuando el empresario ha contratado a otro candidato que reúne las condiciones exigidas, una denegación total de acceso a esa información puede constituir una presunción de la existencia de una discriminación. Esta presunción es alegable ante un tribunal u otro órgano competente para presumir la existencia de una discriminación.

De todo ello se deriva que el principio de no discriminación se conecta al de intimidad, o a los derechos de la personalidad, tratando de proteger la dignidad del trabajador y el pleno goce de sus libertades, tanto desde el proceso de admisión o selección, como en el transcurso de la relación de trabajo. Es fácil deducir que para llevar a cabo actos discriminatorios, suele haber una previa indagación, cuando la información no está al alcance del empresario, que puede constituir una invasión de la vida privada del trabajador. Por ejemplo, no se puede realizar un acto discriminatorio por motivos ideológicos sin estar en posesión de una precisa información sobre las tendencias ideológicas, del trabajador⁵³⁶.

En el plano administrativo, constituye infracción administrativa calificada muy grave para el empresario, solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado [art. 16.1.c) LISOS]). Se trata de sancionar mediante multa a aquellas empresas que incluso en un momento previo a la contratación utilicen el proceso de selección para recabar y utilizar datos personales, con fines discriminatorios.

Las técnicas de los profesionales en recursos humanos para medir la aptitud y competencias del trabajador.

Las técnicas utilizadas sobre la elaboración de perfiles a partir de la información obtenida sobre un candidato a un puesto de trabajo suponen una confrontación de intereses: Por una parte, la privacidad del trabajador en todo aquello no relacionado con el trabajo, pero por otra, la demanda de una capacidad que no versa solo en sus aspectos meramente de conocimientos, sino de aptitudes personales, que permiten conocer el

⁵³⁴ STJUE de 19 de abril de 2012, asunto C-415/10 (Normacef, NSJ043912).

⁵³⁵ Véase el comentario a esta sentencia en TAPIA HERMIDA, Antonio: "Entre la libertad de contratación del empresario y el derecho del candidato al puesto de trabajo. [Comentario a la STJUE de 19 de abril de 2012, asunto C-415/10, Galina Meister y Speech Design Carrier Systems GMBH]". *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 351. Junio 2012. Págs 191-232.

⁵³⁶ GOÑI SEIN, José Luis: "El respeto a la esfera privada del trabajador". Ed. Civitas. Madrid, 1988. Pág. 46.

grado de implicación con el resto de la plantilla (trabajo en equipo), la capacidad de análisis y toma de decisiones, la proactividad, el liderazgo, la capacidad para la resolución de conflictos, de mediar o negociar, y de todo aquello que, en general, determinarían el perfil óptimo del puesto. En otros casos, se trata de “monetizar” la capacidad, es decir, retribuir en función de las competencias requeridas o a desarrollar por el trabajador.

El problema en relación a la intimidad, se origina por las indagaciones a través de métodos que pueden afectar a aspectos personales, que no siempre justificarían su utilización o empleo para medir la capacidad laboral, pudiendo encubrir, por tanto, desde una discriminación, hasta un comportamiento delictivo, como en los supuestos de acoso laboral o sexual.

Los métodos tradicionales para descubrir aspectos personales del trabajador que, presuntamente, inciden en el trabajo, son los típicos de la entrevista de selección o promoción, los cuestionarios periódicos que indican el grado de satisfacción o no con el trabajo, la empresa o incluso otros compañeros de trabajo (encuestas de clima laboral). Se utilizan además los test o pruebas de investigación psicológica, sobre todo en algunas profesiones en que es necesario por la naturaleza del trabajo a desarrollar (policías, bomberos, pilotos, y en mayor o menor medida, todos los trabajos, por situaciones de estrés, depresiones, etc.).

Además de ello, existen múltiples técnicas que no tienen sin embargo una regulación propia y cuya valoración, depende en cierta medida del juicio subjetivo de la persona que interpreta los datos. La grafología, los test de inteligencia o de personalidad, el sometimiento a una prueba de detección de la verdad, deberían reputarse ilegítimos, ante la falta de objetividad por un lado, y la intromisión en aspectos de la personalidad que no estarían justificados por el trabajo desarrollado.

La regla general ante estas técnicas es la necesaria conexión con las demandas del puesto, aunque queda un espacio muy amplio de indeterminación, pues en la mayoría de las ocasiones la idoneidad del puesto vendrá determinada por aptitudes que solo incidentalmente pueden afectar al trabajo desarrollado. El trabajador, en principio, no estaría obligado a aportar datos o a someterse a estas técnicas, cuando no tengan que ver con el desempeño de sus funciones. Pero teniendo en cuenta la situación de subordinación a la que está sometido, estas circunstancias no facilitan precisamente, la negativa. Incluso, algunos autores, se plantean la posibilidad de falsear los datos ante una pregunta que nada tenga que ver con el trabajo, considerando que la inexactitud en las informaciones aportadas concernientes a los derechos fundamentales es legítima. Estas situaciones determinarían la protección del ordenamiento jurídico ante represalias por no facilitar una información real. El ejemplo más claro, sería por ejemplo, la no revelación de una situación de embarazo en el periodo de prueba⁵³⁷.

Otro elemento importante, ante esta cuestión, es la necesidad del consentimiento del trabajador para realizar estas pruebas, a las que no se puede ver obligatoriamente sometido, sin que ello suponga un incumplimiento sancionable disciplinariamente, salvo que dicha obligación, por estar justificada, por ejemplo, en razón de la salvaguarda del propio trabajador, o del resto de la plantilla, por motivos de seguridad o salud, sea

⁵³⁷ GOÑI SEIN, José Luis: “*El respeto a la esfera privada del trabajador*”. Ed. Civitas. Madrid, 1988. Pág. 91.

requisito imprescindible para acceder a un determinado puesto.

En este marco, cabe también aludir a la confidencialidad de las pruebas y de sus resultados, para que no puedan ser utilizados con otra finalidad distinta e informando al trabajador con exactitud de los datos obtenidos.

Ante estos modos de averiguar aspectos de la personalidad del trabajador, que podríamos denominar tradicionales, se impone ahora otra vía, carente de rigor objetivo y fundada en información no contrastada y que en ocasiones no ha sido facilitada directamente por el propio trabajador. Se trata de la búsqueda de información en Internet, o a través de redes sociales, de todo aquello que se considere útil para valorar no solo la capacidad profesional, sino las aficiones, tendencias, compromisos e incluso, contactos íntimos mantenidos en portales de Internet, donde la persona se define en cuanto a su situación personal, sexualidad, ideología o religión. Incluso puede darse que alguien cercano al trabajador, o con información a la que haya podido acceder, publique datos personales, imágenes y vídeos que pueden tenerse en cuenta para finalidades completamente distintas a las que iban destinadas, ya que servirán para valorar laboralmente al trabajador.

Si bien es cierto que la LO 1/1982 no apreciará intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento (art. 2.2), en estos casos, debería tenerse en cuenta la finalidad para la que se prestó ese consentimiento, cuestión que ahora debería cobrar especial relevancia. Y el otro aspecto, sería determinar el origen de los datos aportados, pues podrían venir de otra persona distinta a la del trabajador, que incluso podría estar vulnerando su privacidad (por ejemplo, un antiguo empresario).

Existen portales profesionales en Internet, en los que una persona publica voluntariamente sus datos con la finalidad de construir un perfil profesional, ya sea para relacionarse con otras personas con las que puede tener interés o afinidad profesional, ya sea para llamar la atención de empresas y profesionales que puedan demandar sus servicios, sin necesidad de hacer constar expresamente la voluntad de cambiar de trabajo y facilitando información de contacto, incluso a través de la propia plataforma⁵³⁸. La consulta de estos portales por parte de las empresas, estaría justificada, por la propia finalidad del portal que conoce todo aquel que publica allí sus datos. Sin embargo, no resultaría legítimo utilizar información obtenida en una página de contactos íntimos, donde se revela información personal del trabajador, para ser tenida en cuenta a la hora de su selección, promoción, o incluso, para llevar a cabo un despido u otra medida de corte sancionador, que probablemente llevará aparejada una actuación discriminatoria.

El problema real es que existe un desequilibrio y una situación de indefensión total para el trabajador en estas situaciones, ya que si bien es imposible controlar toda la información obtenida a través de la red (en la que el trabajador o candidato podría poner el máximo cuidado), más difícil es demostrar o indagar sobre los accesos de un tercero a esa información y a la utilización de esos datos para fundamentar una decisión empresarial. Pero a la inversa, tampoco puede un trabajador alegar una discriminación en

⁵³⁸ El ejemplo más llamativo es el portal de LinkedIn, cuya finalidad es poner en contacto a profesionales y a éstos con empresas. Puede consultarse “¿Qué es LinkedIn?” En la dirección: https://www.linkedin.com/static?key=what_is_linkedin.

el acceso al empleo o en el empleo mismo, solo por el hecho de que sus datos, que podrían haberse utilizado (o no), están en la red a disposición de cualquier persona. Para ello, habría que demostrar una conexión causa-efecto, muy difícil de llevar a cabo, en base a hechos objetivos o a indicios (de discriminación), de los que no hay seguridad jurídica, certeza, ni en la mayoría de las ocasiones, consentimiento del trabajador.

3.6.3 La propia imagen “del trabajador”.

3.6.3.1 El derecho a la propia imagen en la dinámica de la relación laboral.

El derecho a la propia imagen en las relaciones laborales contribuye no solo a disponer libremente de la imagen, voz o el nombre de la persona, sino a preservar su dignidad salvaguardando una esfera de reserva personal frente a intromisiones ilegítimas provenientes de terceros, en este caso a través del empresario.

Además de ello, la apariencia física de una persona puede influir en aspectos colaterales a los laborales, de forma que un tercero, en este caso el empresario, imponga un modo de vestir o de mostrar la apariencia física de una persona. Existen ocasiones en las que las directrices del empresario no redundan directamente en la productividad, pero coadyuvan a mejorar el buen trato e imagen a clientes, de forma que el público en general identifique a la empresa o a sus productos con estímulos visuales y auditivos. Confluyen así distintos intereses en los que la salvaguarda de la libertad de mostrar una apariencia externa por los trabajadores puede afectar al interés empresarial en el aspecto interno (vestimenta, adornos corporales como tatuajes o pendientes, etc.).

Así, por ejemplo, resulta llamativo un supuesto de valoración entre la estética del trabajador y el interés profesional de la empresa, en una empresa de *handling* de aeropuertos, en el que las reglas de uniformidad se ampliaban a la apariencia estética, siendo declaradas legítimas. Respecto al maquillaje, se contemplaban extremos como que el rostro debe ser discreto, en tonos naturales, “*el de los ojos es obligatorio en colores que armonicen con el uniforme y los labios deben ir siempre pintados...*”, permitiéndose el pelo corto, pero sin rapados en nuca o patillas... no permitiéndose peinados ultramodernos⁵³⁹.

Un paso más consiste en disponer de la imagen del trabajador por causas corporativas, fines institucionales o publicitarios, así como la grabación de imágenes por razones de seguridad. Las nuevas tecnologías permiten además la instalación de cámaras en circuito cerrado de televisión para fiscalizar determinadas dependencias del centro de trabajo, pero es que además, es relativamente fácil la grabación de la imagen de una persona a través de un simple teléfono móvil y hacerla pública a través de Internet al momento, sin que medie consentimiento del afectado.

En cuanto a la disposición de la propia imagen del trabajador, cuando, con fines corporativos y bajo el poder de dirección empresarial, debe realizar determinadas actividades ante el público, e incluso mediante una exposición ante la comunidad general, la relación contractual con el empleador lleva implícita esa disposición siempre que se ajuste a las necesidades propias del negocio, sin que se vulnere la dignidad del

⁵³⁹ STSJ de Canarias/Las Palmas (Sala de lo Social), de 20 de diciembre de 2001, rec. N.º 1376/1999 (Ar. JUR 2002\159624).

empleado⁵⁴⁰.

Relativo a la apariencia física del trabajador, se ha planteado si en el seno de la relación laboral, existe libertad para que cada uno muestre su imagen con arreglo a su propio arbitrio, costumbres o creencias, o si por el contrario, las normas de organización empresarial, o las propias costumbres del sector, pueden influir en determinar una vestimenta o el mantenimiento de una imagen determinada o sujeta a determinados límites. Quedarían fuera de esta libertad por cuestiones de orden público, las prendas que deban utilizar los trabajadores que derivan de la obligación legal de utilizar equipos de trabajo, o de protección individual, para la protección frente a los riesgos laborales derivados de la seguridad e higiene en el trabajo.

Un caso llamativo fue el de la colisión entre el derecho a la libertad de organización empresarial al amparo de su poder directivo y el derecho del trabajador a dejarse barba, como reflejo de su imagen propia y personal. El trabajador recurrente en amparo fue despedido, según declaraciones del empleador, por su reiterada desobediencia a la orden de rasurarse la barba.

La STC 170/1987, de 30 de octubre, centró el litigio en dilucidar si la decisión personal sobre la apariencia física que corresponde al trabajador, puede o no limitarse o condicionarse en virtud de las relaciones laborales en que desarrolla su actividad profesional (FJ 4º). Sin embargo el TC, en lugar de proceder a un enjuiciamiento de esta cuestión desde la perspectiva constitucional y ofrecer algún criterio sobre el alcance y límites del derecho a la apariencia física de una persona, por su ponderación con otros derechos fundamentales, se limita a legitimar la orden, amparándose en la existencia de un uso local para el sector de hostelería relativo a que los empleados que tengan contacto con los clientes deben permanecer afeitados⁵⁴¹. Es decir, considera un uso local, como instrumento adecuado y suficiente para la limitar o condicionar una decisión personal del trabajador en cuanto a un aspecto de su apariencia física, como es el de dejarse barba.

Una parte de la doctrina ha manifestado su desacuerdo con esta sentencia, ante un derecho que pertenece a la libertad de la persona y escapa a la disponibilidad de terceros, no pudiendo limitarse, inicialmente, por razón de la costumbre del lugar⁵⁴².

BERCOVITZ entiende que el Tribunal debería haberse planteado expresamente la concordancia de ese uso local con los derechos fundamentales de la CE, tanto en relación con el art. 14, como con el art. 18.1, puesto que los mismos forman parte del orden público⁵⁴³.

⁵⁴⁰ APARICIO ALDANA, Rebeca Karina: "*Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones jurídico-laborales*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2016. Pág. 227.

⁵⁴¹ OJEDA AVILÉS, Antonio e IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa: "La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º 73. 2008. Pág. 158.

⁵⁴² GARCÍA GARCÍA, Clemente: "*El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*". Universidad de Murcia. 2003. Pág. 370.

⁵⁴³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: "Principio de Igualdad y Derecho Privado". *Anuario de Derecho Civil*. 1990. Vol. 2. Págs 369-427.

Disponible en BOE:

http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1990-20036900428 ANUARIO DE DERECHO CIVIL Principio de igualdad y Derecho privado.

Por su parte, PÉREZ DE LOS COBOS razona que no es necesario adentrarse en la compleja problemática de la "*Drittwirkung*" de los derechos fundamentales, para proclamar la eficacia *erga omnes* del derecho a la propia imagen, puesto que viene garantizada por la LO 1/1982, que reconoce la eficacia frente a terceros de los derechos regulados en dicha Ley. A tenor de ello, el derecho del trabajador a conformar su apariencia física, a salvo de las exigencias derivadas de la seguridad e higiene en el trabajo, es irrenunciable y solo puede ser objeto de disposición por pacto individual expreso. Por otra parte, la costumbre no puede ser considerada en ningún caso como fuente reguladora de la imagen del trabajador. Y menos aún puede entenderse que es facultad del empleador decidir sobre la apariencia física externa de los trabajadores⁵⁴⁴.

Para este autor, el derecho a la propia imagen no puede concebirse únicamente como derecho de exclusión, ni su contenido como meramente negativo. Tiene también una *vis* positiva, ya que el derecho a conformar con libertad la apariencia física de una persona, es al fin y al cabo, "*uno de los modos del ser persona*", un reflejo de la personalidad del individuo. De este modo, la protección constitucional contra la utilización de la propia imagen por terceros no es sino "*una consecuencia de la protección del derecho a conformarla*"⁵⁴⁵.

Además, este derecho impide que la empresa utilice la imagen del trabajador con fines comerciales o publicitarios, salvo pacto o que ello fuera consustancial al puesto de trabajo. El derecho a la propia imagen, como "*derecho a impedir que otros la capten o la difundan*", salvaguarda "*el interés del sujeto en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, que constituye el primer elemento configurador de su intimidad y de su esfera personal, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo*", tal y como establece la STC 99/1984, específicamente en el ámbito laboral, por lo que la captación y difusión de la imagen del sujeto -trabajador- "*sólo será admisible cuando la propia -y previa- conducta de aquél o de las circunstancias en que se encuentra inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que pueda colisionar con aquél*".

Esta sentencia declara radicalmente nulo, por ser contrario al derecho fundamental contenido en el art. 18.1 CE, el despido de un trabajador, deshuesador de jamones, que se había negado a cumplir la orden del empresario a comparecer en un acto público en el que se hacía inevitable la presencia de fotógrafos y medios de comunicación⁵⁴⁶.

⁵⁴⁴ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: "Sobre el derecho a la propia imagen. (A propósito de la STC 170/1987, de 30 de octubre)". *Revista Poder Judicial*. N.º 10. Junio 1988. Pág. 81.

⁵⁴⁵ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: "Sobre el derecho a la propia imagen. (A propósito de la STC 170/1987, de 30 de octubre)". *Revista Poder Judicial*. N.º 10. Junio 1988. Pág. 78.

⁵⁴⁶ Básicamente, el relato de los hechos fue el siguiente: El trabajador, fue requerido por la empresa a la que habitualmente prestaba sus servicios para que realizara el corte de un jamón en una muestra del producto ante los medios de comunicación y autoridades autonómicas de la Consejería de Agricultura. Se trataba de una demostración de la calidad de dicho jamón (jamón ibérico de pata negra con denominación de origen). El producto había sido fabricado y comercializado por la misma empresa para la que habitualmente prestaba sus servicios, y se le requirió a él la prestación del servicio debido a su gran destreza en el arte de cortar jamón. El trabajador se negó a realizar el cometido alegando que él no deseaba que su imagen fuese grabada fotográficamente, por lo que la empresa procedió a despedirle.

El TC, en relación al derecho a la propia imagen, estableció en este caso que el contrato de trabajo no puede recortar derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, pero que a su vez, no puede desconocerse tampoco que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos.

En este marco de modulación, cabe valorar el alcance del derecho a la propia imagen, invocado por el trabajador como justificación de su negativa. Así, éste pretende evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, que constituye el primer elemento configurador de su intimidad y de su esfera personal, invocando el art. 18 CE.

La relación laboral tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales. Para ello es imprescindible analizar el contrato de trabajo, puesto que en ocasiones, algunas actividades llevan implícito una restricción al derecho de imagen. Cuando esto suceda, si el trabajador acepta prestar tareas de esa índole, entonces no podrá invocar luego el derecho fundamental. En el caso analizado no constaba que el trabajador demandante tuviera asignado dicha obligación, ni expresa ni implícitamente, por tanto el contrato de trabajo no puede ser considerado instrumento suficiente para darle dicha orden.

Además, esta sentencia afirma que no es suficiente con que el contrato de trabajo contemple esta posibilidad, si no que, dada la posición prevalente que tienen los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, para que los mandatos sean aptos, es necesario que vengan cualificados de especial necesidad de modo que si no se desarrolla no se podrá llegar a cumplir el objetivo perseguido. En este caso, la empresa le obligó a realizar esa tarea, pero no le indicó en ningún momento el carácter necesario de la misma, por lo que el TC dio la razón al trabajador y anuló los efectos del despido⁵⁴⁷.

Profundizando en el tema de los derechos de imagen en su vertiente patrimonial (derechos que no forman parte del contenido esencial del derecho), cabe plantearse si la utilización consentida de la imagen de un trabajador o incluso de un colectivo, es una cuestión laboral o civil, sobre todo, por la tutela del derecho. El caso más frecuente es el de los deportistas o trabajadores en espectáculos públicos. En estos casos se ha considerado una cuestión laboral, donde los derechos de imagen podrían equipararse al salario o contraprestación que abona el empresario (que a su vez recibe del medio que retransmite la imagen). Ello a pesar de que esos derechos no retribuyen el trabajo realizado, sino que son compensación por su uso para fines comerciales. Así ocurre con los jugadores de fútbol, respecto a las retransmisiones de los partidos, o en los

Contra dicha decisión, interpuso una demanda por despido, que fue desestimada y posteriormente recurrió en suplicación dicha resolución, que fue de nuevo desestimada por la Sala de lo Social del TSJ de Extremadura, defendiendo que la presentación ante los medios de comunicación y las autoridades autonómicas constituía una parte accesorio del contrato por lo que su conducta caía de lleno en la indisciplina. Finalmente, el trabajador interpuso recurso de amparo ante el TC.

⁵⁴⁷ Véase el comentario a esta sentencia en PARDO FALCÓN, Pedro: "Los derechos fundamentales como límites de los poderes jurídicos del empresario (Un comentario de las SSTC 99/1994, de 11 de abril y 6/1995, de 10 de enero)". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 49. Enero-abril 1997. Págs 299-309.

profesionales taurinos⁵⁴⁸.

3.6.3.2 La vulneración de la propia imagen a través de dispositivos de videovigilancia.

La instalación de dispositivos de videovigilancia será admisible, según la doctrina del TC, si salvaguarda el derecho a la propia imagen cuando la propia -y previa- conducta del sujeto o las circunstancias en que se encuentra inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél (STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5º).

Por tanto, será admisible el control y vigilancia del trabajador cuando obedezca a un interés objetivo del empresario. Por el contrario, por tanto, un interés arbitrario o desconocido por el trabajador, salvo circunstancias que lo justifiquen (sospechas de la comisión de un delito, por ejemplo), será contrario al derecho a la propia imagen.

Por ello es necesario, en primer lugar, una justificación que legitime dicho procedimiento de vigilancia. Ello implica, entonces, que deben concurrir los principios de necesidad y subsidiaridad, en el sentido que no hubiera otros medios que pudieran utilizarse, menos lesivos que la captación y, en su caso, grabación de las imágenes.

Han sido varias las sentencias del TC en relación a la captación de imágenes del trabajador para justificar una sanción disciplinaria en razón de un incumplimiento previo, que serán estudiadas en el capítulo dedicado al control empresarial a través de la videovigilancia⁵⁴⁹. Ahora bien, merece la pena adelantar que el fundamento para resolver en un sentido o en otro varía, debido a la gran cantidad de derechos e intereses en juego al mismo tiempo. Así, mientras la STC 98/2000, de 10 de abril, otorga el amparo al trabajador por vulneración de derecho a la intimidad, la STC 186/2000, de 10 julio, desestima la pretensión del trabajador al entender dentro de las facultades empresariales de control la disponibilidad del sistema. Y mientras, la STC 29/2013, de 11 de febrero, confirma la nulidad de un despido que trae su causa en una prueba obtenida por videovigilancia, al vulnerarse el derecho a la protección de datos, por entender que la finalidad del sistema de seguridad exterior era incompatible con una finalidad disciplinaria no informada.

3.6.4 La limitación a la “libertad informática”, para garantizar el honor y la intimidad personal, la protección de datos personales y el secreto de las comunicaciones “del trabajador”.

El mandato constitucional de limitación legislativa del uso de la informática, para garantizar el honor y la intimidad personal de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos (art. 18.4 CE), consagra un derecho a la protección de los datos personales insertos en un programa informático, frente a potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, que comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a la utilización de determinados datos personales para fines distintos de aquel legítimo que justificó su

⁵⁴⁸ GOÑI SEIN, José Luis: “Los derechos de imagen de los toreros subalternos”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º 165. Junio 2014. Pág. 321.

⁵⁴⁹ SSTC 98/2000, de 10 de abril; 186/2000, de 10 de julio y 29/2013, de 11 de febrero.

obtención (STC 254/1993), esto es “*el flujo de informaciones que conciernen a cada persona*” (STC 11/1998). Es, por tanto, un derecho instrumental dirigido a la protección de los derechos fundamentales a los que acompaña, como el honor o la intimidad.

En el ámbito laboral, es el trabajador quien puede estar sometido a una utilización ilegítima por parte del empresario, tanto de sus datos personales que ha facilitado para la finalidad legal establecida, como por un uso inadecuado de sistemas de control y vigilancia que vulneren el derecho a la privacidad, entendida como esa parte que el trabajador ha de mantener incólume, a pesar de ser parte de la relación laboral, con sus notas de ajeneidad y dependencia, tal y como reconoce el propio TC.

Sin embargo, el empresario sólo podrá solicitar, recoger e incluso tratar los datos personales del trabajador, siempre y cuando respete las normas establecidas en la LOPD, sobre protección de datos de carácter personal. El hecho que la LOPD sea una norma de carácter general, aplicable a todos los ámbitos en los que se traten datos de naturaleza personal y sean registrados en soporte físico que les haga susceptibles de tratamiento, ya sea en forma automatizada o creando los ficheros tradicionales, provoca algunos problemas derivados de la propia naturaleza de la relación laboral.

Así, en el ámbito de la relación laboral, son muchas las situaciones que implican una gestión de datos personales y que ante la falta de una regulación específica, puede plantear conflictos. La gestión de los procesos de selección de trabajadores, contratación y alta en seguridad social o el cumplimiento de las obligaciones de PRL son ejemplos de ello. En las relaciones colectivas, los representantes de los trabajadores tienen derechos de información sobre datos en poder del empresario, pero cuyos titulares son los propios trabajadores. En todas estas situaciones habrá de respetarse la LOPD para la salvaguarda de los derechos de los titulares. Ello ocasionará conflictos entre derechos, como se analiza pormenorizadamente en el capítulo dedicado a la protección de datos.

El espectro del derecho a la protección de datos es todavía más amplio si nos referimos a las medidas de vigilancia y control que puede adoptar el empresario, tales como medios audiovisuales, ópticos o telemáticos, controles de acceso, mediante datos biológicos (huella biométrica), sistemas de geolocalización o los derivados de registros sobre la persona o los efectos personales del trabajador (arts. 20.3 y 18 del ET). Sin perjuicio del riesgo de intromisión en la esfera privada del trabajador, los datos obtenidos en estas actividades de control, son datos personales, por lo que deberán ser recabados y tratados de acuerdo a la normativa de protección de datos.

3.6.5 El secreto de las comunicaciones en el ámbito laboral.

Es evidente que en el desarrollo de la prestación laboral se pueden producir comunicaciones entre el trabajador y otras personas que pueden quedar cubiertas por el secreto de las comunicaciones al amparo del art. 18.3 CE. Ello implica reconocer que la eficacia *erga omnes* del derecho limita no solo a los poderes públicos, sino también a los particulares, cuando se proyecta en relaciones jurídicas de naturaleza privada, pero partiendo de la base del equilibrio de derechos y de su ejercicio de buena fe. No cabe llegar al absurdo de dotar de un carácter absoluto al derecho, de forma que fuera preciso dotar de locutorios privados a los trabajadores, como ilógico también lo sería en las

relaciones paternofiliales⁵⁵⁰.

Las comunicaciones protegidas por el secreto pueden ser postales, telegráficas, telefónicas o realizadas a través de medios informáticos. Sin embargo, no todas están protegidas por el secreto, por lo que en un primer momento, habrá que delimitar que condiciones deben cumplirse para que el empresario tenga vedado el acceso a tales comunicaciones, a pesar de su poder de dirección. Ha de tenerse en cuenta que como regla general el secreto de las comunicaciones implica que solamente podrán ser intervenidas mediante resolución judicial.

El contrato de trabajo conlleva la facultad de control empresarial sobre el cumplimiento de la prestación laboral. Esta facultad se ha extendido al uso de los medios de comunicación puestos a disposición del trabajador como herramienta corporativa, vinculados a una finalidad laboral. El planteamiento del problema radica en delimitar la legitimidad de un uso privado de estos medios por el trabajador, así como en determinar si las facultades de control y vigilancia empresarial son a su vez lícitas, cuando impliquen el conocimiento de información privada o protegida por el secreto de las comunicaciones.

Por tanto, la cuestión es analizar si en el ámbito de la relación laboral, cabe la intervención de las comunicaciones por parte del empresario, como medio de control y vigilancia del trabajador.

Aplicando el concepto de secreto al ámbito de la empresa, cabrá entender que es indiferente la distinción entre comunicaciones privadas o profesionales de los trabajadores pues, el empresario, pese a poseer la titularidad de las herramientas de trabajo o soportar el coste de un mal uso de las mismas o el tiempo empleado en su manejo, es, según doctrina del TC, un tercero ajeno a la comunicación. Por tanto, en principio, el empresario no puede fiscalizar las comunicaciones privadas ni las profesionales en las que no aparezca como interlocutor⁵⁵¹.

Esta primera apreciación deriva de la doctrina constitucional, que desde su primer momento excluye del derecho al secreto de las comunicaciones a quien tomó parte en dicha comunicación. Lo que la CE garantiza es su impenetrabilidad por parte de terceros, rechazando la interceptación o el conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas (SSTC 114/1984, FJ 7º; 175/2000, de 26 de junio, FJ 4º; 56/2003, de 24 de marzo, FFJJ 2º y 3º).

Por tanto, aquellas comunicaciones en canal cerrado en las que es parte el empresario, no estarían amparadas por el secreto, pero una vez excluido de la comunicación el empresario, éste no podrá interceptarla.

Quedan así fuera de la protección constitucional aquellas formas de envío de la

⁵⁵⁰ GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ BLANCO, Antonio: “*Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. (La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*”. Ed. Civitas. Madrid. 1986. Pág. 119.

⁵⁵¹ MARÍN ALONSO, Inmaculada: “La facultad fiscalizadora del empresario sobre el uso del correo electrónico en la empresa: Su limitación en base al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 75. 2004. Págs. 112-113. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1031863>

correspondencia que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no secreta. Así ocurre "*cuando es legalmente obligatoria una declaración externa de contenido, o cuando bien su franqueo o cualquier otro signo o etiquetado externo evidencia que, como acabamos de señalar, no pueden contener correspondencia*". En tales casos "*pueden ser abiertos de oficio o sometidos a cualquier otro tipo de control para determinar su contenido*" (STC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3º). De igual forma, también se excluye la protección constitucional de comunicaciones abiertas, que se realizan en un canal del que no puede predicarse su confidencialidad (STC 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 7º).

Otra de las cuestiones sobre el alcance del secreto en una comunicación privada, que con carácter general se aplica a cualquiera de los medios empleados, recae sobre el carácter de lo comunicado, pues en el ámbito laboral, cabe plantearse si el secreto abarca solo a los mensajes íntimos o privados, o es indiferente el contenido. Por otra parte, se plantea si el ámbito de la protección cubre también a la identidad de los interlocutores.

En este sentido, la garantía constitucional se proyecta sobre el contenido de la comunicación, aunque éste no pertenezca a la esfera material de lo íntimo. Igualmente, el TC ha destacado que la noción constitucional de secreto de la comunicación cubre no sólo el contenido, sino también otros aspectos de la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores. Este derecho queda pues afectado tanto por la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas, como también por el acceso al registro de llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil (SSTC 230/2007, de 5 de noviembre, FJ 2º; 142/2012, de 2 de julio, FJ 3º; 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 4º; 115/2013, de 9 de mayo, FJ 3º).

Por último, cabe aludir al objeto directo de la protección, que recae sobre el proceso de comunicación en libertad y no por sí solo en el mensaje transmitido. Esto implica que, finalizado el proceso de comunicación, la protección constitucional de lo ya transmitido, no se ampara por el secreto de las comunicaciones, sino por las normas que tutelan otros derechos, como pueda ser la intimidad (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 9º).

El problema que se plantea es si el uso ilegítimo de los medios de comunicación por parte del trabajador, habilita al empleador a conocer los interlocutores, o incluso a acceder al contenido de las comunicaciones del trabajador. De ello deriva otra cuestión: Si el aviso dado por el empresario, advirtiendo del control de la comunicación o del medio, con el conocimiento del trabajador e incluso con su consentimiento, convierte en abierta la comunicación, de forma que no sea aplicable el secreto de las comunicaciones.

La posición favorable a la intervención de las comunicaciones en las que es parte el trabajador se apoya en la tesis de que cuando se trate de medios de comunicación pertenecientes a la empresa y facilitados por ésta para el desempeño del trabajo, el trabajador deberá respetar las reglas e instrucciones de uso que se hayan pactado o provengan del poder de organización empresarial. Quedaría difuminada, por tanto, la necesidad de intervención judicial para intervenir las comunicaciones realizadas en el uso profesional de un medio destinado exclusivamente a tal fin, al no existir espacio de privacidad alguno cuando existe prohibición expresa de su utilización para fines privados. En caso de conflicto, se debería, por tanto, llevar a cabo la necesaria ponderación a la vista de los intereses en juego, con el fin de lograr la menor afectación posible a los

derechos fundamentales de los trabajadores⁵⁵².

Esta tesis no es compartida por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, aún a pesar de ser la doctrina imperante tanto en la Sala de lo Social, como en sede del TC. Prevé la Sala de lo Penal del Supremo que ni la titularidad de la herramienta comunicativa, ni la naturaleza del cauce empleado (correo corporativo) puede excepcionar la “*necesaria e imprescindible reserva jurisdiccional en la autorización de la injerencia*”.

Por tanto, un primer elemento de juicio es apreciar si las instrucciones dadas al trabajador son lo suficientemente claras para que sus comunicaciones a través de los medios de la empresa, puedan considerarse abiertas y sujetas al control empresarial, o cerradas, y protegibles por el derecho al secreto de comunicaciones. En este sentido, lo determinante no es el medio empleado, sino si al usarlo, puede atribuirse al trabajador una expectativa razonable de reserva, atendidas todas las circunstancias, en particular, las instrucciones del empresario al respecto.

El segundo elemento de juicio es si la medida empresarial de control es proporcional a la finalidad perseguida, o se trata de una actuación arbitraria y discrecional, en ejercicio de una libertad absoluta que deja sin contenido a los derechos a la intimidad y secreto de las comunicaciones del trabajador. Incluso se ha planteado si el hecho de que el trabajador conozca la política empresarial de control de las comunicaciones supone una autorización para proceder a la revelación de su contenido⁵⁵³.

Sin embargo, la evolución tecnológica ha ampliado los tradicionales medios de comunicación, algunos de los cuales, por sus especiales características, constituyen un canal cerrado por el que transitan los mensajes, ahora en formato electrónico. Estos sistemas han reabierto una polémica sobre si estos nuevos canales, como el correo electrónico o la mensajería instantánea, utilizada por el trabajador, pero dispuesta por el empresario para un fin laboral, pueden ser objeto de control y fiscalización. Por otro lado, se plantea hasta dónde puede el empresario intervenir los distintos elementos de la comunicación, que no abarca solo a los interlocutores, sino también, al contenido del mensaje. Esta materia, por su importancia, se contempla en el Capítulo IV de esta obra.

4. EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO: CONTENIDO Y ÁMBITO.

Una vez expuesto el reconocimiento de los derechos constitucionales y su laboralización en la normativa social especializada, cabe plantearse si el reconocimiento de los derechos fundamentales del trabajador implica una limitación al ejercicio de las facultades empresariales y, por ende, si a su vez, pueden verse limitados estos derechos ante el sometimiento voluntario y personal a una relación contractual dependiente y a cambio, retribuida.

⁵⁵² ELVIRA PERALES, Ascensión: “¿Qué hay de nuevo en torno al derecho al secreto de las comunicaciones?”, en RUBIO LLORENTE, Francisco; JIMÉNEZ CAMPO, Javier; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José; BIGLINO CAMPOS, Paloma y GÓMEZ MONTORO, Ángel José (Dirs.): “*La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016. Pág. 607.

⁵⁵³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: “*Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*”. Ed. Thomson-Civitas. Madrid, 2004. Pág. 163.

4.1. EL PODER DE DIRECCIÓN COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBERTAD DE EMPRESA.

El origen del poder de dirección, característico e implícito en la relación laboral, es la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE, ya que sin el mismo, resulta inviable la actividad empresarial misma.

La libertad de empresa es un derecho subjetivo fundamental que atribuye a su titular, el empresario un poder para que lo ejerza en interés particular y, concretamente, para la obtención de un beneficio⁵⁵⁴. Al ser un derecho creado por la CE, impide su desfiguración por el legislador, que ha de respetar su contenido esencial⁵⁵⁵. Algunos autores, sin embargo, asimilan esta libertad más a un principio de política económica, cuyo más apropiado encuadramiento tendría lugar en el Capítulo Tercero del Título I CE, que un auténtico derecho fundamental⁵⁵⁶. Ha sido el TC quien de forma terminante se ha decantado por considerar la libertad de empresa como un derecho fundamental (SSTC 109/2003, de 5 de junio, FJ 15º; 124/2003, de 19 de junio, FJ 12º; 112/2006, de 5 de abril, FJ 12º; 18/2011, de 3 de marzo, FJ 9º; 135/2012, de 19 de junio, FJ 5º y 96/2013, de 23 de abril, FJ 4º y 6º).

La fórmula que utiliza la CE -“*Se reconoce la libertad de empresa*”-, parece remitir a la noción de empresa como actividad: Es la libertad económica del empresario sobre la que se proyectan las facultades que integran el contenido esencial del derecho fundamental. Es decir, no cualquier actividad económica está encuadrada en el derecho fundamental, sino solo la libertad de empresa en particular, caracterizada por ser una actividad continuada (no ocasional), que supone una organización (de factores de producción, en términos económicos, y de personas y bienes, en términos jurídicos), al servicio de un objetivo, la producción de bienes y servicios en el mercado⁵⁵⁷. Cabría la ocasionalidad de la actividad empresarial para su protección constitucional, en la medida que requiera planificación u organización de factores productivos⁵⁵⁸.

Este principio determina facultades no sólo dirigidas sobre el trabajador, sino a otros muchos aspectos de la organización económica y técnico-productiva de la empresa. La libertad empresarial entraña el reconocimiento a los particulares de la libertad de decisión para crear empresas y dirigir su actividad, así como las consiguientes libertades de contratación, de organización y de inversión.

Dentro de la libertad de empresa, cuando la CE se refiere al marco de una

⁵⁵⁴ Véase un completo estudio en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco (Dir): “*Libertad de empresa y relaciones laborales en España*”. Ed. Instituto de Estudios Económicos. Madrid. 2005.

⁵⁵⁵ CIDONCHA MARTÍN, Antonio: “*La libertad de empresa*”. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2006. Pág. 196.

⁵⁵⁶ MONTOYA MELGAR, Alfredo: “Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral”. *Revista de Política Social*. N.º 121. Enero-Marzo 1979. Pág. 341.

⁵⁵⁷ CIDONCHA MARTÍN, Antonio: “*La libertad de empresa*”. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2006. Pág. 218.

⁵⁵⁸ ARAGÓN REYES, Manuel: “La libertad de empresa”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. N.º 108. 2014. Pág. 20.

economía de mercado, lo hace para señalar el marco general en que se desenvuelve la vida económica (SSTC 88/1986, de 1 de julio, FJ 4º; 96/2002, de 25 de abril, FJ 11º; 109/2003, de 5 de junio, FJ 8º y 135/2012, de 19 de junio, FJ 5º). Por ello, AZNAR LÓPEZ afirma que deben incluirse también a las entidades sin ánimo de lucro, pues esta libertad no atañe únicamente a las empresas lucrativas, sino también a las asociaciones y fundaciones sin ánimo de lucro que pueden tener por objeto la prestación de un servicio o la producción de un bien, sin obtener un beneficio económico en su actuación, siempre que el mismo revierta hacia el fin social que persiguen⁵⁵⁹.

En el ámbito laboral, este principio se acomoda a la relación empleador-trabajador que se prolonga en el tiempo, ante la necesidad de adaptarla a las circunstancias sobrevenidas que ni el pacto inicial, ni el pacto del que deriva la aplicación de las normas legales, reglamentarias y convencionales, o los usos y costumbres, contemplan. Ello implica reconocer no solo la iniciativa privada, sino la autonomía negocial y la libertad de contratación, como manifestación de la organización de la actividad económica⁵⁶⁰.

Desde el ámbito subjetivo del derecho, el titular de la libertad de empresa es el empresario. Es decir, la persona física o jurídica que profesionalmente y en nombre propio ejercita la actividad de organizar los elementos precisos para la producción de bienes o servicios para el mercado. Esta denominación incluye tanto a las personas físicas como jurídicas, pero encuadradas en el ámbito privado sin alcanzar al empresario público⁵⁶¹.

Sin embargo, el art. 38 CE consagra el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, protegido constitucionalmente incluso con el mandato a los poderes públicos de *“garantizar y proteger su ejercicio, así como la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación”*.

¿Qué alcance tiene la sumisión de la libertad de empresa a las exigencias de la economía en general y, en su caso de la planificación? Partiendo de que no hay derechos absolutos, parece evidente que el constituyente se sitúa en una posición conciliadora, de respeto y de limitación recíproca de tales principios, sin que pueda desprenderse la posibilidad de que uno de los principios anule al otro. El propio Estado social se consolida como un compromiso entre las fuerzas sociales vinculadas a la protección del mundo del trabajo productivo y a las ligadas a la expansión del capital, lo que algunos han visto como una contradicción de espacios de poder y libertad⁵⁶².

El contenido esencial del derecho a la libertad de empresa atribuye al empresario

⁵⁵⁹ AZNAR LÓPEZ, Manuel: “Libertad de empresa y otros fundamentos constitucionales de la acción voluntaria”. *Cuadernos de Derecho Público*. N.º 9. Enero-abril 2000. Págs. 124 y ss.

⁵⁶⁰ ARAGÓN REYES, Manuel: “La libertad de empresa”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. N.º 108. 2014. Pág. 27.

⁵⁶¹ CIDONCHA MARTÍN, Antonio: *“La libertad de empresa”*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2006. Págs. 219-225.

⁵⁶² PISARELLO PRADOS, Gerardo: “Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: Por una protección compleja de los derechos sociales”, en CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (Dir): *“Teoría constitucional y derechos fundamentales”*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México D.F., 2002. Pág. 116.

el poder o la facultad de dirección en su actividad empresarial, que incluye la vigilancia y control de la actividad laboral de los trabajadores en cuanto sujetos de la relación laboral que mantienen con el empresario. Pero el poder de dirección no se limita a la mera prestación de la actividad laboral del trabajador, sino que se extiende a otros ámbitos, en ocasiones impuestos por la propia normativa, como puede ser la vigilancia de la salud del trabajador. Incluso, una vez finalizada la relación laboral, puede subsistir la intromisión del empresario en la esfera de actividad del trabajador, como en los casos de suscripción de un "*pacto de no competencia*", para después de extinguido el contrato de trabajo, si bien este pacto no puede tener una duración superior a dos años para los técnicos, y seis meses para los demás trabajadores, tal como establece el art. 21.2 del ET⁵⁶³.

Pero esta libertad de empresa, también tiene sus límites, pues no es un poder amplio y absoluto, sino que habrá de ponderarse con otros bienes e intereses públicos, como la seguridad y salud en el trabajo, la protección de los consumidores, así como el resto de los principios rectores de la política social y económica que limitan la autonomía privada en nombre de los intereses generales. De esta forma, teniendo en cuenta estos límites, cabría decir que el contenido esencial de la libertad de empresa, sería el haz irreductible de facultades decisorias y de derechos dominicales sin el cual sería incongruente hablar de actividad empresarial libre⁵⁶⁴.

Ha sido el TC el que ha ido perfilando el contenido de la libertad de empresa con carácter general, teniendo en cuenta al empresario, como sujeto de la relación laboral.

Desde una perspectiva general, la STC 83/1984, de 24 de julio, declaró que el art. 38 CE no reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino solo el de iniciar y sostener la actividad empresarial (FJ 3º). No abarca el libre acceso a toda actividad económica, sino solo autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas (FJ 3º).

Esta interpretación ha sido valorada como "*devastadora*", ya que que en su virtud, las facultades y posibilidades de actuación estarían a expensas del legislador en cada sector económico. Claramente, no cabe en el contenido de la libertad de empresa la prohibición de la actividad empresarial de forma genérica y absoluta⁵⁶⁵.

Esta posición inicial fue atemperándose por el TC, de forma que se fueron incluyendo algunos elementos, como el principio de proporcionalidad, como canon de control de una medida limitativa del ejercicio de una actividad económica (STC 66/1991, de 22 de marzo, FJ 2º).

La STC 225/1993, de 8 de julio, concreta y especifica que el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión, no sólo es para crear empresas y actuar en el

⁵⁶³ SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa: "El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores". *Revista jurídica de Castilla y León* (Junta de Castilla y León). N.º 2. 2004. Pág. 151.

⁵⁶⁴ MONTOYA MELGAR, Alfredo: "Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral". *Revista de Política Social*. N.º 121. Enero-Marzo 1979. Págs. 341 y 342.

⁵⁶⁵ CIDONCHA MARTÍN, Antonio: "*La libertad de empresa*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2006. Pág. 266.

mercado, sino también para establecer los propios objetivos empresariales, dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado (FJ 3º). Ello conlleva una libertad de actuación o de elección por la empresa de su propio mercado, cuyo ejercicio en condiciones de igualdad queda constitucionalmente garantizado (STC 64/1990, de 5 de abril, FJ 4º), comprendiendo también la transmisión de empresa (STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 8º).

Desde una perspectiva más vinculada a la relación laboral y, en particular, al poder de dirección, una primera manifestación de autonomía organizativa abarca la fijación de su estructura interna y el poder de autoorganización, que no es absoluto⁵⁶⁶. Así se deduce, por ejemplo, de la STC 49/1988, de 22 de marzo, cuando refiriéndose a las Cajas de Ahorro, justifica las restricciones que una Ley impone por la trascendencia económica y los especiales riesgos de gestión de la banca privada (FJ 12º).

Ya en relación a los distintos conflictos que pueden plantearse entre las facultades empresariales y la negociación colectiva o el poder de dirección, la STC 92/1992, de 11 de junio, entendió que la adopción de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, sometidas a la autorización de la Administración (en el marco del art. 41.1 ET), encuentran cobijo en el art. 38 CE, que no sólo reconoce la libertad de empresa, sino que también encomienda a los poderes públicos la defensa de la productividad, cuando otra solución se ha revelado impracticable, al no aceptar la representación de los trabajadores las modificaciones acordadas por la empresa, no vulnerándose, pues, el derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 37 CE (FJ 3º).

En el seno de la relación laboral, CIDONCHA MARTÍN distingue entre una manifestación de la libertad de empresa "*ad extra*", en cuanto a su relación con el mercado de trabajo y la contratación de trabajadores y "*ad intra*", en el ámbito de la autonomía organizativa del empresario⁵⁶⁷.

En su proyección exterior, la libertad de empresa incluye dentro de su contenido la libertad de contratación, o libertad de seleccionar a los trabajadores, que tampoco es absoluta, como tampoco lo es la voluntad de despedir. Los poderes que el ordenamiento concede al empresario para cumplir las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, "*no significan una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad ad nutum de despido*", dada la necesaria concordancia que debe establecerse entre los arts. 35.1 y 38 CE y, sobre todo, con el principio de Estado social y democrático de Derecho (STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 4º).

Ahora bien, el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial y hacerlo en un marco de libre competencia⁵⁶⁸, implica reconocer a los particulares una libertad de

⁵⁶⁶ ARAGÓN REYES, Manuel: El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa", en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: "*Libertad de empresa y relaciones laborales en España*". Ed. Instituto de Estudios Económicos. Madrid. 2005. Págs. 23-56.

⁵⁶⁷ CIDONCHA MARTÍN, Antonio: "*La libertad de empresa*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2006. Págs. 269-270.

⁵⁶⁸ La CE no hace referencia a la competencia, que sin embargo se entiende implícita en un modelo capitalista unido al Estado Social, cuyos principales actores son agentes privados, en VIERA ÁLVAREZ, Christian: "La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado Social". *Revista*

decisión para establecer y acometer los objetivos de la empresa y su planificación, de acuerdo a sus recursos, entre los que figuran los trabajadores y a las condiciones del propio mercado (STC 96/2013, de 23 de abril).

En su proyección interna, la libertad de empresa se manifiesta sobre todo en el poder de dirección, debiendo respetar los límites legales y convencionales o pactados (STC 34/1984, de 9 de marzo, FJ 2º). Del poder de dirección deriva la facultad de control y vigilancia, para el correcto cumplimiento de la prestación laboral, con los límites a la dignidad y a la intimidad del trabajador. Y también deriva el poder disciplinario, como un poder punitivo -la potestad de imponer "*penas privadas*"- que le otorga una superioridad palmaria y que, en el caso de las infracciones muy graves puede tener serias consecuencias sobre la relación. El carácter punitivo de las sanciones disciplinarias laborales y sus posibles consecuencias motivan tanto la intervención del legislador, sustrayendo a la libre determinación del empresario la fijación de las infracciones y sanciones, como el ulterior control judicial del correcto ejercicio del poder disciplinario (STC 125/1995, de 24 de julio, FJ 6º).

Los derechos fundamentales de los trabajadores actúan como límites a la libertad de empresa, pero no solo por los derechos específicos laborales, como la libertad sindical o el derecho de huelga, sino también en cuanto a los "*inespecíficos*", como el respeto a la intimidad y los derechos de la personalidad, en especial, la protección de datos⁵⁶⁹.

4.2. DELIMITACIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL PODER DE DIRECCIÓN EMPRESARIAL.

4.2.1 Contenido y ámbito del poder de dirección.

El poder de dirección, como facultad empresarial de especificar las obligaciones del trabajador en la relación laboral, al amparo del art. 20 ET, viene a reconocer y expresar uno de los presupuestos sustantivos definidores de dicha relación, la dependencia o subordinación del trabajador, contemplada en los arts 1.1 y 5.c) ET. Este poder o facultad implica necesariamente en la relación sinalagmática laboral un correlativo deber de obediencia del trabajador, plasmado en el art. 20.1 ET: "*El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue*", siendo consecuencia ineludible del presupuesto de la dependencia y subordinación que caracteriza la posición del trabajador en la relación laboral.

Una premisa importante que condiciona el poder de dirección es su sujeción al marco normativo, no solo legal, sino al pactado por las partes a través del convenio colectivo, de eficacia general, el pacto colectivo, de eficacia limitada entre las partes y el contrato de trabajo. DE LA VILLA GIL alude a las siete grandes facultades o funciones directivas comprendidas en el poder de dirección: Programar, organizar, dirigir el personal, decidir, coordinar, controlar y presupuestar. Ninguna de ellas tiene carácter normativo, sino ejecutivo, por lo que no pueden ser ejercitadas *contra legem*, ni *contra pactum*, ni

Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. N.º 21. 2010. Págs. 199 y 217.

⁵⁶⁹ TRONCOSO REIGADA, Antonio: "Libertad sindical, libertad de empresa y autodeterminación informativa de los trabajadores", en FARRIOLS I SOLÁ, Antoni (Dir.): "*La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*". Ed. Cinca. Madrid, 2006. Pág. 103.

siquiera *contra consuetudinem*. El poder de dirección carece del respaldo del art. 3.1 ET en cuanto a que no forma parte de las fuentes de la relación laboral⁵⁷⁰.

El soporte de esta facultad empresarial-obligación del trabajador es el contrato de trabajo, presupuesto necesario para que surja la relación jurídica de tracto sucesivo en la que el empresario asume una posición jurídica de dirección, organización, modificación y control. Ello supone para el trabajador, la obligación de poner a disposición del empresario su actividad a cambio de un salario, de forma que no se transforme en un deber estático y rígido, sino acomodado al fin empresarial y al objeto económico-productivo que está en su trasfondo, mediante el cumplimiento de las órdenes e instrucciones recibidas.

Así, cabe admitir que el poder de dirección no solo rellena las lagunas o delimita las posiciones contractuales, cuando las diversas fuentes de ordenación de la relación laboral son incapaces de llegar a establecer por completo el contenido de la relación, sino que también incorpora facultades modificativas y adaptativas que admiten la posible variación del nexo contractual inicialmente pactado⁵⁷¹.

Esta facultad, a nivel subjetivo, supone no sólo la de organizar y coordinar la prestación laboral de todos los trabajadores (cada uno, específicamente considerado), sino también, la de imponer sanciones por el incumplimiento en el deber de obediencia en los términos legal y convencionalmente establecidos (arts 54 y 58 ET). Todo ello, en un plano única y exclusivamente organizativo, desplegando sus efectos, desde el plano objetivo, más que sobre el trabajador en concreto, sobre la estructura de la organización empresarial. De nada serviría la atribución de poderes de organización, si no se acompañan de facultades de vigilancia y control que sirvan para verificar el grado de cumplimiento de las instrucciones dadas al amparo del interés empresarial.

Esta estructura empresarial es la que legitima al empleador a dictar órdenes e instrucciones, pero sólo en la órbita de definir el objeto contractual, asignando funciones (dentro del sistema de clasificación profesional de la empresa, es decir, respetando los grupos y categorías profesionales), determinando el lugar, tiempo y modo de la prestación, la fijación del salario, la promoción económica y profesional, la modificación, con o sin causa, de la prestación pactada (con los límites establecidos para la modificación de condiciones de trabajo, incluyendo la movilidad geográfica), así como vigilando y controlando la actividad realizada por el trabajador (o el incumplimiento de la misma), sancionando los eventuales incumplimientos contractuales.

En un segundo ámbito más ambicioso, hay que reconocer dentro de este poder, no sólo los elementos que componen y hacen funcionar la relación laboral, sino también aquellos que son propios y exclusivos de la organización empresarial, tales como la selección de trabajadores, la articulación de plantillas, adquisición y empleo de equipos y medios de producción, y por supuesto, la gestión de los recursos humanos en la empresa (modificaciones, suspensiones y extinciones de la relación laboral, individual o colectivamente considerada). En este segundo ámbito, es donde las facultades de

⁵⁷⁰ DE LA VILLA GIL, Luis Enrique: "Acerca de la Responsabilidad Social Corporativa. Algunas consideraciones críticas desde la perspectiva de las relaciones laborales". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel). N.º 16. Febrero 2008. Pág. 3.

⁵⁷¹ DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (Director), en AA.VV.: "Comentarios al Estatuto de los Trabajadores" Ed. Iustel. Madrid 2010. Pág. 439.

carácter unilateral y discrecional del empresario, se transforman en decisiones sometidas a la concurrencia de causa y a exigencias formales, sin perjuicio de que en ambos casos el ejercicio de los poderes directivos quede condicionado al respeto de los citados derechos del trabajador en la empresa y a su posible revisión en sede judicial.

Además, aún cuando el poder directivo se ejercite sin sometimiento a los requisitos previstos (como por ejemplo, un despido colectivo sin alegación de causa), este ejercicio queda sujeto tanto a la fiscalización interna (control por los representantes de los trabajadores en la empresa, reconocido en el art. 64 ET), como externa (a través del oportuno recurso judicial).

Ello no quiere decir que cualquier decisión empresarial que no esté revestida de causa o formalidad resulta ilegítima o ilícita, pues la norma laboral únicamente marca las fronteras de lo que objetivamente es un requisito necesario. Serán los trabajadores o sus representantes, quienes tendrán la carga de impugnar la medida concreta en cuestión.

La falta de concreción del poder de dirección, exteriorizando una causa, sólo confirma el carácter discrecional y no reglado del ejercicio de este derecho. Es la norma laboral, mediante la protección de los derechos de los trabajadores, quien marca las fronteras en las que se desenvuelve esa capacidad directiva y organizativa del empleador, evitando que la ausencia de un motivo expreso ampare decisiones discriminatorias o lesivas a los derechos fundamentales de los trabajadores, o que, traspasen el ámbito contractual, más allá de aquellos aspectos que quedan excluidos del poder de dirección.

Hay que advertir, que cada vez es más frecuente que por la descentralización productiva a través de contratas y subcontratas, así como en diversos tipos de prestación del trabajo, como en la modalidad “*a distancia*” o “*teletrabajo*”, el poder de dirección no es “*inmediato*” y en presencia del trabajador, sino que se ejerce de una forma en que predomina la consecución de un resultado (trabajo por unidad de obra) por encima del cumplimiento de la jornada, o del horario en el centro de trabajo (trabajo por unidad de tiempo). Aún así, en todos los casos el trabajador debe cumplir con su obligación de trabajar “*con la debida diligencia y colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes e instrucciones adoptadas*” por el empresario “*en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres*” (art. 20.2 ET).

4.2.2 Características del poder de dirección nacido de la relación laboral.

Profundizando en este marco difuso, hay que aludir a que dentro del respeto a las leyes y a las fuentes de la relación laboral, entre las que se sitúa el convenio colectivo y el propio contrato de trabajo, el poder de dirección:

- a) No impide un tratamiento diferenciador, en el sentido de que las órdenes e instrucciones empresariales no tienen por qué aplicarse de forma generalizada e indiferenciada a la totalidad de los trabajadores. Lo único que se impone es que el poder de dirección no se utilice para atacar a los derechos fundamentales de los trabajadores o para realizar prácticas discriminatorias.
- b) No es un poder absoluto. Está circunscrito al contenido de la relación laboral, por tanto, quedan fuera de su ámbito regular aquellas órdenes e instrucciones que

traspasen el ámbito contractual para afectar a la vida privada del trabajador, o al ejercicio de sus derechos como ciudadano, dentro y fuera de la empresa.

Aquí es donde más casuística se produce, a la vista de los pronunciamientos judiciales, debido a la dificultad de deslindar las directrices empresariales que, aún afectando a la privacidad del trabajador, afectan al contenido de la relación laboral. Se produce una intersección en el espacio privado/empresarial, en cuestiones que afectan a la imagen de la empresa o el trato con terceros, como las decisiones que afectan al aspecto físico del trabajador o a sus actividades privadas. Estas intromisiones, aún afectando a los intereses empresariales, han de interpretarse de forma restrictiva y excepcional, impidiendo que los derechos de la personalidad, como la imagen, el honor o la intimidad, queden neutralizados en determinadas situaciones.

La facultad de dirección y control está acotada a la relación empresario-trabajador, y al vínculo contractual, para verificar si el comportamiento debido es el adecuado para alcanzar el resultado convenido, rehusando a cualquier actividad discrecional de control empresarial que no se justifique en las exigencias técnico-organizativas de la empresa.

Así, por ejemplo, aunque referida a una actividad extralaboral, es válida la circular interna sobre un código de conducta del Banco de España que obliga a sus empleados con información privilegiada a declarar las operaciones financieras en que intervengan⁵⁷².

También, afectando al ámbito del poder directivo, cobra una especial relevancia el trabajo prestado en las empresas denominadas “*de tendencia*”, donde la doctrina judicial permite subordinar ciertos derechos de los trabajadores a la defensa de los valores ideológicos que identifican a la empresa frente a terceros y que son la base de su actividad y funcionamiento empresarial. En estos casos, la afectación a los derechos fundamentales del trabajador, aún sin quedar eliminado su ejercicio, quedan muy limitados cuando la actitud o las manifestaciones del trabajador como ciudadano, pudiera contrariar aquellos postulados, transmitiendo una imagen de la empresa que no se corresponde con los fines que representa.

No obstante, aun en estos casos, se encuentran excepciones, como la contenida en el art. 3 LO 2/1997, que permite a los profesionales de la información negarse, motivadamente y sin temor a represalia, a elaborar informaciones que, presuntamente amparadas en la condición ideológica de la empresa, sean contrarias a los principios éticos de la comunicación⁵⁷³.

- c) Es indisociable a la relación laboral misma, conviviendo en ese marco las facultades empresariales de organización y dirección con los derechos personales del trabajador, lo que no impide advertir situaciones en que la especial cualificación del trabajador, su mayor grado de autonomía o la propia organización empresarial permitan graduar la intensidad de la dependencia y el poder de dar órdenes o instrucciones o de modificar las propias condiciones de trabajo.

⁵⁷² STS (Sala de lo Social), de 7 de marzo de 2007, rec. N.º 132/2005 (Normacef, NSJ023611).

⁵⁷³ Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información (BOE de 20 de junio).

- d) Con carácter general (salvo las excepciones que se señalan) es irrenunciable e intransferible fuera de la empresa, si bien es delegable dentro de ella. Su titularidad corresponde al empresario o a la persona en quien este delegue.

Las facultades directivas corresponden al empleador, como sujeto acreedor de la prestación de trabajo y se ejerce de manera unilateral, como contenido propio e intrínseco de su condición de parte del contrato de trabajo, sin necesidad de que sea necesario el consentimiento del trabajador.

Ahora bien, esa titularidad no impide la delegación en otras personas que, dentro de los niveles jerárquicos de la empresa, personifican la ejecución de aquellas facultades de dirección y organización de la actividad laboral. No se trata solo de reconocer la labor de aquellos sujetos que actúan en nombre de las personas jurídicas y que ejercitan los poderes reconocidos a aquellas como acreedores de la prestación laboral, sino de admitir que, aun en los casos de ser el empleador persona física, el poder de dirección no tiene que desenvolverse necesaria y directamente por él, pudiendo delegarse en otros que ostentan facultades empresariales. Ello es coherente y necesario, ante la complejidad del mundo empresarial que impediría llevar a cabo el necesario e indisoluble poder de dirección empresarial en el contrato de trabajo.

Todo ello no es óbice a la necesidad lógica que implica el conocimiento por parte del trabajador, de quién es realmente quien ejerce el poder directo o delegado de dirección, de cara a que se haga exigible la obligación de obediencia. A sensu contrario, cuando la organización empresarial es confusa y no jerarquizada, no puede ser reprochable al trabajador la desobediencia a quien no parece ostentar dichas facultades.

Las excepciones al poder de dirección intransferible del empresario, serían las situaciones contempladas en el propio ET y normativa de desarrollo que permite situaciones singulares que realmente convalidan el ejercicio del poder directivo a quienes no poseen la condición de empleador:

- Las empresas usuarias respecto de los trabajadores en misión o cedidos por ETT.
- Las empresas principales respecto a los trabajadores al servicio de empresas en régimen de subcontratación de obras y servicios, siempre que tales trabajadores realicen su actividad en las instalaciones de la principal y bajo su ámbito de organización y dirección.

En ambos casos, la empresa principal recibe directamente la prestación del trabajador formalmente vinculado a otras, a las que en principio corresponde la dirección, quebrando el principio general de titularidad exclusiva del poder de dirección de quien es empleador y su carácter intransmisible.

En cuanto a la formalidad de la delegación hacia otras personas, del art. 20.1 ET no se desprende ninguna exigencia, ni exteriorización de la causa que justifique la orden, ni la obligación de seguir un determinado procedimiento, por lo que será suficiente para que se desenvuelvan los efectos propios del poder de dirección y para que nazca el correlativo deber de obediencia con que el trabajador tenga conocimiento cierto y fehaciente de la orden, instrucción o decisión empresarial que corresponda. Cuando la Ley guarda silencio sobre cualquier formalidad de delegación, permite la más amplia

aplicación del régimen civil o mercantil previsto en materia de representación, sin necesidad de consentimiento del trabajador.

- e) El poder de dirección está sometido a límites internos que derivan de su ejercicio racional y objetivamente justificado, con respeto al marco normativo general de respeto a los derechos de los trabajadores y al específico, en el seno de la relación laboral, en relación a su ejercicio para todos los trabajadores, evitando comportamientos discriminatorios, antisindicales o de vejación y acoso.

Estos límites determinan, por tanto, que el poder de dirección se halla vinculado por los derechos y obligaciones dispuestos por normas heterónomas -constitucionales, legales y reglamentarias – y autónomas – convenios colectivos- y por el propio contenido del pacto contractual, desplegando su actuación en el espacio que permiten aquellas ordenaciones y ajustado al principio de la buena fe⁵⁷⁴.

4.3. EL ALCANCE “LIMITADO” DEL CORRELATIVO DEBER DE OBEDIENCIA DEL TRABAJADOR.

Como correlato al poder de dirección, el trabajador está obligado a un deber de obediencia, especialmente previsto en el art. 5.c) del ET, de forma que ha de ejecutar su prestación laboral obedeciendo las órdenes e instrucciones del empleador, siendo consecuencia ineludible del presupuesto de la dependencia y subordinación que caracteriza su posición en la relación laboral.

Esta obligación deriva a su vez de otra más genérica contenida en el art. 5.a) ET, que prevé "*cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia*".

La diligencia no es un deber separable del de trabajar, pues la obligación laboral sólo se cumple si se trabaja diligentemente, cumpliendo no solo con una obligación de resultado, sino cumpliendo las órdenes e instrucciones precisas en el desarrollo del trabajo. Es pues una obediencia "*cualitativa y cuantitativa*"⁵⁷⁵, en el marco de las fuentes de la relación laboral y del propio contrato de trabajo. Ahora bien, ¿implica esta diligencia el sometimiento a aquellas órdenes o medidas de control y vigilancia que puedan afectar a los derechos del trabajador permitiendo una intromisión ilegítima en su intimidad?

La exigencia de un nivel de diligencia está condicionada a los límites de la racionalidad, la buena fe empresarial, y la abstención de un nivel de exigencia o intromisión abusivo o excesivo, de forma que la legitimidad del poder de dirección cede ante un ejercicio arbitrario o extralimitado al objeto del contrato de trabajo, estando entonces el trabajador facultado para no obedecer la orden o no someterse a las medidas de control que se hubieran dispuesto en perjuicio de sus derechos.

⁵⁷⁴ DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (Director), en AA.VV.: "*Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*" Ed. Iustel. Madrid 2010. Pág. 40.

⁵⁷⁵ MONTOYA MELGAR, Alfredo; GALIANA MORENO, Jesús María; SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y RÍOS SALMERÓN, Bartolomé: "*Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*". Ed. Aranzadi. Elcano. 2000.

Ello no es obstáculo a que exista un espacio intermedio, difícil de delimitar, en el que actúa el deber de diligencia, fuera del cumplimiento estricto del contrato de trabajo, pero fuera también del espacio personal o privado del trabajador. Así, esta diligencia se traduciría en un deber de colaboración en el trabajo, en la línea de lo que establecía el antiguo art. 60 de la Ley del Contrato de Trabajo de 1944, cuando aludía a "*la colaboración en la buena marcha de la producción, del comercio o de la prosperidad de la empresa*", que hoy día se contiene en el art. 5.e) del ET en otro de los deberes del trabajador: "*Contribuir a la mejora de la productividad*".⁵⁷⁶

Por tanto, la obediencia del trabajador no tiene un carácter ilimitado, sino condicionado al ejercicio regular de los poderes directivos, ejercidos en el marco de la CE y las leyes, los convenios colectivos, usos y costumbres, así como bajo el principio de la buena fe. De esta forma, cuando el poder de dirección traspasa esos límites, se convierte en arbitrario, abusivo, desviado o contrario a los derechos de los trabajadores.

Como marco normativo, los derechos y libertades constitucionales reconocidos a los ciudadanos, sean o no trabajadores, delimitan el poder directivo empresarial. Así, la vinculación laboral del trabajador y su sometimiento a la posición dominante de su empleador (subordinación o dependencia), no llega a poner en cuestión el desenvolvimiento de los derechos que le corresponden como individuo y que el contrato de trabajo no alcanza a anular o desvirtuar.

Es por ello que hay que plantearse si toda orden o instrucción dada por el empresario al trabajador es lícita y si el trabajador está obligado a cumplirla. Ante el análisis y juicio de una orden concreta, es preciso determinar cuando esta orden es o se debe presumir legítima y jurídicamente imperativa.

La tradicional concepción de lealtad debida al empresario, propia de momentos históricos pasados, ha de pasar por el filtro del actual sistema normativo y adaptarse más a la finalidad o razón de ser de ese mandato u orden. Partiendo de que el poder de dirección no es ilimitado o absoluto, ha de ponerse en relación con lo establecido en las normas que establecen los derechos y obligaciones de las partes. Estas normas no son sólo legales, sino que por establecerlo así el catálogo de fuentes de la relación laboral, habrá que analizar también las previsiones de los acuerdos o convenios colectivos, así como el propio pacto contractual.

De acuerdo al actual sistema normativo, hay que concluir que la extralimitación del poder de dirección del empleador enerva el deber de obediencia, porque dicho poder sólo es exigible dentro del ámbito que permiten las normas aplicables.

Ello implica la revisión de una corriente interpretativa judicial que, en aplicación de una presunción de legitimidad que obligaba al trabajador a un deber de obediencia prácticamente ciego, sólo se exceptuaba en virtud del denominado "*ius resistentiae*" o derecho a desobedecer, en los casos de puesta en peligro de la vida o de la integridad física del trabajador (órdenes temerarias y contrarias a la normativa de seguridad y salud en el trabajo), o de ataques intolerables contra la dignidad o de flagrante ilegalidad. Ello

⁵⁷⁶ Tradicionalmente, el aumento de la productividad, desde el punto de vista social, se ha considerado como condición necesaria para el aumento del nivel de vida, ya que "*no se puede repartir lo que no se tiene*", en CUÑAT COSSONÍS, Roberto: "Productividad y moral de trabajo". *Revista de Política Social*. N.º 17, 1953. Pág. 65

implicaba al mismo tiempo que en el resto de los casos, amparados en la subordinación del trabajador y supremacía del empleador, se aplicara la máxima “*solve et repete*”, en el sentido de “*obedece primero y luego reclama*”.

En la actualidad, la postura debe ser la contraria, en el sentido de considerar la obediencia sólo cuando se constata el ejercicio regular del poder directivo que no puede darse de forma apriorística.

Sin embargo, resulta inevitable la existencia de “*zonas grises*”, sobre todo en aquellos casos en los que los derechos del trabajador, en especial el derecho a su privacidad e intimidad, se encuentra afectado y sometido a las notas de dependencia y subordinación, en cuanto a la forma de llevar a cabo la prestación laboral. Son manifestaciones de este tipo de conflictos el control y la vigilancia sobre los actos privados del trabajador durante el trabajo. Por ejemplo, sobre el control de las comunicaciones (correo electrónico, teléfono o Internet), o la videovigilancia, como medida de seguridad empresarial para la protección de sus propios intereses y patrimonio.

Si bien no cabe hablar de prevalencia del poder de dirección sobre los derechos del trabajador, sí que hay que buscar un equilibrio, para lo que el mismo art. 20.2 ET, ofrece unas pautas sobre las que poder argumentar la legitimidad empresarial en el ejercicio de su poder directivo y la obediencia o desobediencia del trabajador frente a determinadas órdenes. Se trata de los deberes de diligencia y colaboración y el de buena fe, tanto para el empleador como para el trabajador, expresando conjuntamente otro de los caracteres de la relación que une a ambos sujetos, la confianza mutua o el principio “*intuitu personae*”, que podría considerarse como “*lealtad recíproca*”, una exigencia de que las prestaciones recíprocas de empresario y trabajador se sometan a la buena fe, estándar de comportamiento de alcance indeterminado y que inspira toda relación contractual (arts. 7.1 y 1258 del Código Civil).

De este modo, se conecta la obligación de trabajar con el apremio del trabajador a cumplir dicha obligación con diligencia, colaboración y buena fe, quedando vinculada su conducta no sólo al cumplimiento de la actividad comprometida y a la consecución de los fines pactados, sino a una predisposición o actitud personal por la que se obliga a obedecer y cumplir las órdenes e instrucciones empresariales de una forma que incluso puede ir más allá de una puesta a disposición del empleador, llegando incluso a exigir una implicación personal en la obtención del resultado fijado por la organización empresarial o una cierta responsabilidad, sobre el resto del personal, sobre proveedores y clientes, en materia de representación, imagen y trato.

Por ello es muy difícil concretar exactamente estos deberes del trabajador, derivando este deber de buena fe, en la mayoría de las ocasiones, en conceptos jurídicos indeterminados, al depender de circunstancias poco objetivables, que dependen del medio en que se presta la actividad, el sector, el objeto de ésta, las condiciones del propio trabajador, su nivel o la cualificación y su nivel de responsabilidad. A pesar de ello, se ha reconocido, aunque en relación a la libertad de expresión del trabajador, que “*la buena fe intercurrente entre ambas partes de la relación se erige así en un límite adicional al ejercicio del derecho, inherente al contrato, fuera del cual aquél puede devenir ilegítimo*” (SSTC 6/1988, de 21 de enero, FJ 4.º y 6/1995, de 10 de enero, FJ 2.º).

Si bien el deber de diligencia suele conectarse con el rendimiento o la consecución

de un objetivo, resultado del trabajo realizado, no se agota en ello a nivel cuantitativo, sino que además, incorpora un elemento cualitativo difícil de medir, que se manifiesta en la corrección o celo dispuestos en la ejecución del trabajo, susceptible de asegurar la más amplia satisfacción del interés empresarial⁵⁷⁷.

En algunas ocasiones, es la propia Ley, el convenio colectivo o el contrato de trabajo, el soporte por el que se exige este celo o voluntad, de acuerdo a unos principios que van desde mantener una conducta ética de cara a salvaguardar la imagen, tanto interna como externa de la empresa, pasando por seguir unas normas de comportamiento. El uso de equipos de la propia empresa (entre los que se encuentran el uso del ordenador, Internet, correo electrónico, teléfono, etc.), para fines profesionales, impide, en principio, una utilización privada. La exigencia de una cierta rectitud, corrección y honestidad, manteniendo relaciones adecuadas o respetuosas con clientes o con el resto del personal, justifica unos parámetros adecuados respecto a la imagen externa del trabajador (manual de uniformidad).

Incluso, en otras ocasiones, el trabajador es legalmente obligado a mantener una colaboración activa, como por ejemplo, cuando la LPRL, le impone un deber de velar, según sus propias posibilidades y cumplimiento de las medidas preventivas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de otras personas a las que pueda afectar su actividad. Ello implica un uso adecuado, de acuerdo con su naturaleza y los riesgos previsibles, de las máquinas, aparatos, herramientas, sustancias peligrosas, equipos de transporte y, en general, cualesquiera otros medios con los que desarrolle su actividad, utilizando correctamente los medios y equipos de protección facilitados por el empresario, de acuerdo con las instrucciones recibidas y cooperando para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores (art. 29.2.1, 2 y 6 LPRL).

Otras veces es la propia naturaleza de la actividad la que conlleva obligaciones complementarias a la de la mera prestación del trabajo. Son, por ejemplo, las cláusulas de permanencia en la empresa, de no concurrencia con la actividad, contractual o post-contractual (art. 21 ET), que obligan a abstenerse de realizar actos de concurrencia desleal, o el deber de secreto o confidencialidad sobre informaciones sensibles de la empresa, o de la que se haya tenido conocimiento como resultado de la actividad laboral.

La infracción de todos estos deberes de conducta por cualquiera de las partes, tendrá un efecto contractual directo o inmediato, cual sería la aplicación de las sanciones disciplinarias previstas para el trabajador (art. 54 ET) o las administrativas para el empresario (LISOS), pudiendo llegar éste incluso a solicitar la extinción indemnizada de su contrato de trabajo (art. 50 ET). Ello puede llevar a cualquiera de las partes a exigir responsabilidad civil o incluso que pueda derivarse responsabilidad penal, cuando alguno de estos incumplimientos esté tipificado como constitutivo de delito.

⁵⁷⁷ Esta vinculación del rendimiento, como integrante de la diligencia debida, no es nuevo. Véase PÉREZ SERRANO, José: "Problemas en torno al rendimiento del trabajo". *Revista de Política Social*. N.º 5, 1950. Pág. 30. La diligencia debida, no es un deber meramente formal ni un mero requisito externo, como ya comentara PÉREZ BOTIJA, Eugenio: "*Curso de Derecho del Trabajo*". Ed. Tecnos, Madrid, 1948. Pág. 181.

4.4. EL CONTROL Y VIGILANCIA EMPRESARIAL QUE DERIVA DEL PODER DE DIRECCIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA “VIGILANCIA TECNOLÓGICA”.

4.4.1 Medios de control: Ámbito y finalidad para el ejercicio legítimo del poder de dirección.

El art. 20.3 ET reconoce facultades al empresario que van más allá de la dirección e instrucción de la actividad laboral. Son las facultades de control y vigilancia, primero referido con carácter general a la verificación del correcto cumplimiento de las obligaciones laborales, para posteriormente, de modo más concreto, verificar la veracidad del estado de enfermedad o accidente del trabajador. A ello hay que añadir el poder empresarial disciplinario o sancionador, sobre los incumplimientos contractuales del trabajador como causa justificativa que puede llevar incluso al despido.

Esta facultad de control resulta especialmente amplia e intensa, continua y, en ocasiones, penetrante, pues habilita y legitima al empresario, no solo para la comprobación del cumplimiento de la prestación (comprobación genérica o finalista), sino también, respecto a las órdenes que se hayan dirigido explícitamente sobre el trabajador y sobre cualquier aspecto sobre el que se proyecte la relación de dependencia. Todo ello es connatural a la estructura del contrato de trabajo y a la configuración jurídica subordinada de la prestación de trabajo⁵⁷⁸.

El empresario está facultado para verificar que el rendimiento del trabajador es el contractualmente exigido, que se guarda la debida compostura y respeto hacia el resto de compañeros y personas externas a la empresa, con la consideración y obediencia a aquellas personas del ámbito directivo que desarrollan funciones delegadas.

Es llamativo que la norma no defina de qué medios ha de valerse el empleador para estos fines, admitiéndose como válidos cualesquiera que resulten idóneos para satisfacer el interés empresarial de vigilancia, siempre y cuando sean lícitos y legítimos y sean utilizados regularmente, sometidos a los límites genéricos del poder de dirección, que se concretan en la consideración debida a la dignidad del trabajador y en la atención a la capacidad real de los trabajadores discapacitados.

Por sistemas de control, MARTÍNEZ FONS entiende “*cualquier medio o mecanismo de vigilancia -consiguientemente con vocación de permanencia- que permita, de forma sistemática, obtener la información idónea y suficiente para satisfacer la verificación del comportamiento observado en relación con los estándares establecidos inicialmente, completando, de este modo, el objetivo del control*”⁵⁷⁹.

Respecto a los límites genéricos, las facultades de control habrán de desenvolverse sobre los deberes laborales del trabajador, excluyendo cualquier actuación de vigilancia sobre la esfera privada del trabajador. Sin embargo, existen circunstancias

⁵⁷⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: “*Derecho a la intimidad y relaciones laborales*”. Forointimidad. Seminario sobre tendencias de la protección jurídica de la intimidad (Privacidad y relaciones laborales). Universidad de Huelva. 2006. Pág. 1.

⁵⁷⁹ MARTÍNEZ FONS, Daniel: “*El poder de control del empresario en la relación laboral*”. CES, Madrid, 2002. Pág. 162.

en que dichos aspectos de la privacidad o extralaborales, inciden directa o indirectamente sobre la prestación de trabajo o sobre el funcionamiento de la empresa, lo que puede condicionar dichos comportamientos privados.

El art. 20.3 ET adquiere sin embargo un valor antagónico: Por una parte, legitima al empresario para adoptar las medidas más oportunas (amplitud de la facultad), para luego indicar que debe guardarse en su adopción y aplicación la consideración debida a la dignidad (restricción o freno inquebrantable al poder fiscalizador del mismo⁵⁸⁰).

La explícita referencia a la dignidad ha de entenderse aplicable a la privacidad o a la intimidad personal, porque las actuaciones vulneradoras de estos derechos, cobran mayor protagonismo y resultan más sensibles en este contexto limitador de las facultades de control empresarial. En principio, estos derechos son prevalentes y deben ser respetados también en el ámbito laboral, convirtiéndose en frontera infranqueable al poder empresarial. Derivados de la dignidad, estos derechos están conectados al respeto del trabajador, frente a tratamientos desconsiderados, cuando no humillantes o vejatorios. La consideración debida a la dignidad, entendiendo que en el concepto de dignidad está implícita la intimidad, debe actuar como límite a la arbitrariedad y amplitud de los medios técnicos de vigilancia y control.

Además, estas facultades de control y vigilancia quedan limitadas por el respeto a todos los derechos constitucionales, especialmente, los derechos fundamentales de los ciudadanos, sean o no trabajadores, así como a aquellos que marcan las fuentes de ordenación de la relación laboral y además, por el principio de la buena fe que forma parte de todo el tracto contractual (art. 1258 del Código Civil), explícitamente reconocido en el art. 20 ET. A tenor de este principio, las partes no solo se deben el cumplimiento de lo expresamente pactado o deducible de la normativa aplicable, sino también de todo aquello que sea conforme a la buena fe.

Un límite más formal que material, sería el que recoge el art. 64.5.f) del ET, entre las competencias de los representantes de los trabajadores, cuando prevé el derecho del comité de empresa a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por el empresario de las decisiones adoptadas sobre “*la implantación y revisión de sistemas de organización y control de trabajo*”.

4.4.2 De la observación directa “*in situ*” hacia el control de resultados.

El propio empresario está legitimado para verificar y controlar que los trabajadores cumplen sus obligaciones de acuerdo a lo pactado. El control directo puede ser delegado a personas nombradas o delegadas por el empresario, o incluso a través de vigilantes o controladores contratados al efecto. El objeto de la vigilancia se circunscribe al cumplimiento de la jornada (horarios, entrada y salida al centro de trabajo) y al rendimiento objeto del contrato, de acuerdo a las órdenes e instrucciones dadas.

Sin embargo, este poder directivo ha quedado afectado por los cambios en las organizaciones productivas a raíz de la pérdida de la centralidad del trabajo industrial de la fábrica siguiendo el modelo taylorista y por la aparición de nuevas formas de prestación

⁵⁸⁰ GOÑI SEIN, José Luis: “*El respeto a la esfera privada del trabajador*”. Ed. Civitas. Madrid, 1988. Pág. 111.

subordinada del trabajo, como la descentralización productiva⁵⁸¹.

El control de los abusos que el empresario pudiera cometer en su labor de vigilancia, ha ido evolucionando según las distintas concepciones históricas, pasando de lo que en la época liberal HUECK⁵⁸² consideraba un absolutismo de empresa, incluso con la expresión que aludía al empresario como “*el señor de su casa*” (*Herr im eigenen Haus*), hacia la llamada etapa colectivista o paccionada, caracterizada por los acuerdos que rigen la prestación laboral. Ello implicó que con el crecimiento de las empresas a raíz de la revolución industrial y debido a los progresos técnicos, el empresario ya no podía vigilar constantemente la actividad de los trabajadores, sino que daba instrucciones a su personal, mediante órdenes escritas, ante la imposibilidad e ineficacia de hacerlo verbalmente, donde se señalaban los derechos y obligaciones y se determinaba la disciplina del trabajo dentro de la explotación⁵⁸³. Estas normas, en España, evolucionaron hacia las Reglamentaciones de Trabajo y Reglamentos de Régimen Interior, como normas de la propia empresa “*por la necesidad de orden*”, a los que el obrero se adhiere aceptando el trabajo en las condiciones que le ofrecen⁵⁸⁴.

Ya en la Ley del Contrato de Trabajo de 1944, como antecedente del art. 20 del ET, se establecía este escenario de vigilancia por el empresario o por otras personas, advirtiendo que dicho control no podría ejercerse fuera del centro de trabajo. Así, se preveía en su art. 69: “*Es deber del trabajador cumplir los reglamentos de trabajo, así como las órdenes e instrucciones del jefe de la empresa, de los encargados o representantes de éste y de los elementos del personal de la misma que le asistan. Las advertencias acerca de la conducta del trabajador fuera del trabajo no tendrán efectividad más que en lo que pueda afectar a éste o al buen orden y moralidad de la casa del empresario, si el obrero habitara en ella*”.

En sus más tempranos inicios, el Derecho del Trabajo se dirigía a la regulación y protección de un colectivo muy concreto, el trabajador industrial, bajo la subordinación y dependencia directa del patrono cuya función principal era la de modelar la naturaleza y el objeto de la prestación, causa del contrato. La incidencia de los cambios en los modos y formas de prestación de trabajo han dado lugar a un nuevo concepto de trabajador, el trabajador post-industrial, con nuevas formas de cumplir la prestación, una mayor diversificación de modelos laborales y mayor autonomía y coordinación, que llega incluso a la participación en la organización del trabajo, en colaboración con el empresario. El incremento de las profesiones intelectuales requieren además cierta libertad en el desarrollo del trabajo y las nuevas formas de trabajo sustituyen el control del obrero en masa por una especialización técnica y cualificada del trabajador.

⁵⁸¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: Presentación de la obra en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Coord.): “*El poder de dirección del empresario: Nuevas perspectivas*”. Ed. La Ley. Wolters Kluwer. 2005. Pág. 2.

⁵⁸² HUECK Alfred y NIPPERDEY Hans Carl: “*Lehrbuch des Arbeitsrechts*”. Franz Vahlen Verlag. Berlin/Frankfurt 1957, vol. I. Pág. 163.

⁵⁸³ PÉREZ BOTIJA, Eugenio: “Contrato de trabajo y derecho público”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Tomo 176. 1944 (Separata). Pág. 8.

⁵⁸⁴ MARAVALL CASESNOVES, Héctor: “Evolución del poder reglamentario en la empresa”. *Cuadernos de Política Social*. N.º 3. 1949. Págs. 10-12.

Cabe recordar aquí la diferencia tradicional entre el trabajo prestado por cuenta ajena, del trabajo autónomo. En el trabajo por cuenta propia, el acreedor lo es de un resultado, pactado previamente bajo precio y en unas condiciones pactadas, asumiendo el riesgo y ventura del trabajo prestado, sin que exista dependencia y ajeneidad que justifique un control exhaustivo sobre su actividad, pues el control será la verificación del resultado. Ahora bien, en el trabajo por cuenta ajena no se verifica únicamente el resultado, sino que se supervisa la actividad realizada según las instrucciones dadas en cada momento, de acuerdo a las pautas de conducta del titular del trabajo realizado (el empresario). Todo ello en el marco de una jornada y horario, con los medios propiedad del empleador y en su centro de trabajo. De ahí la justificación de las medidas de vigilancia y control, pues lo importante no es el resultado, sino el propio proceso en el que se obtiene el mismo, estando además la retribución vinculada a la disponibilidad del trabajador por encima del resultado final obtenido.

Sin embargo, la evolución del contrato de trabajo hacia prestaciones de resultado, provoca que la idea de subordinación no sirva para caracterizar a aquellos trabajadores que gozan de una independencia objetiva debido a su competencia técnico-profesional. El poder de dirección y por ende, el de control y vigilancia, no se ejerce ya en el corazón mismo de la prestación, sino tan solo en su periferia, sobre las condiciones de ejecución de la prestación. Por ello, los trabajadores están sometidos más a obligaciones de resultados que a obligaciones de medios. La consecuencia es una mayor flexibilidad en la ejecución del trabajo y una liberación de su capacidad de iniciativa, donde aparece la idea de colaboración o cooperación⁵⁸⁵.

Ahora bien, si lo lógico sería pensar que esta flexibilidad permite un control más laxo y menos acuciante sobre la persona del trabajador, centrado en los resultados más que en el cumplimiento de las directrices precisas y directas dadas por el empleador, el desarrollo de la tecnología aplicada no sólo al trabajo en sí, sino a los medios de control, han llevado a permitir una vigilancia prácticamente total, de cada uno de los movimientos que realiza el trabajador, donde llega incluso a ser tal, que en algunos casos no discrimina entre la vida profesional o personal.

Por ello, se hace preciso el estudio de estos medios de control y vigilancia, para deslindar precisamente aquellos que inciden exclusivamente sobre el trabajo o sobre el comportamiento profesional del trabajador, de los que suponen una intromisión más allá del aspecto profesional, invadiendo ámbitos protegidos por derechos fundamentales, en especial, su privacidad. Estos medios pueden constituir intromisiones de tal amplitud que anulen la eficacia de los derechos del trabajador, aunque pueden estar justificados por la salvaguarda de otros bienes jurídicos, como por ejemplo, la seguridad (en defensa del derecho de propiedad frente a la sustracción de bienes materiales o inmateriales de la empresa, o de otras personas), la garantía del correcto uso de los recursos (vehículos, teléfonos, ordenadores, acceso a Internet, etc.), o promover conductas adecuadas a la imagen social o corporativa de la empresa y la confianza que inspira a terceros.

⁵⁸⁵ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: *“Derecho del Trabajo, Nuevas Tecnologías y Sociedad de la Información”*. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2002. Pág. 82.

4.4.3 Medios de control a través de instrumentos de registro del tiempo de trabajo y su especial incidencia en el derecho a la intimidad del trabajador.

A pesar de cierta flexibilidad en el desarrollo del trabajo, lo cierto es que predomina (todavía) la delimitación del espacio temporal y espacial en el que se ejerce la prestación laboral. La idea de dependencia, implica limitar el espacio en el que el trabajador debe cumplir con su obligación laboral, de acuerdo a lo pactado en el contrato. Por ello, es lógico y está justificada la instalación de aparatos de control de las ausencias, momentos de entrada o salida del trabajador a través de un reloj de control o de un ordenador (o a través de tarjeta magnética).

Estas medidas permiten, incluso, obtener datos sobre el índice de absentismo de la plantilla y verificar el correcto desenvolvimiento y cumplimiento de la jornada de trabajo. Es razonable que los momentos de entrada y salida que marcan la jornada de trabajo, así como aquellas interrupciones, que previstas o no en contrato, convenio o en la propia ley (como la denominada "*pausa para el bocadillo*"), queden registradas a efectos de computar el tiempo de trabajo y, por ejemplo, las horas extraordinarias.

De la misma forma, es lógico y justificado, por ejemplo, el uso del tacógrafo en los vehículos de transporte, para controlar el régimen de paradas y descansos a que está obligado el conductor de determinados vehículos⁵⁸⁶.

Ahora bien, existen micro-espacios no previstos, en los que se plantea el registro de pausas por un corto espacio de tiempo, a priori insignificante. La acumulación de esos periodos puede resultar trascendente a la hora de verificar el cumplimiento de la prestación. No olvidemos que la prestación laboral puede estar marcada por unidad de tiempo, por unidad de obra o ambas, de forma que según el tipo de trabajo desempeñado, podrá existir más celo o menos en el cumplimiento del horario. También existen ciertas formas o modos de organizar el trabajo que exigen la presencia del trabajador en su puesto de trabajo, estando marcados incluso los tiempos de las pausas para atender a las necesidades fisiológicas (trabajos en cadena de producción en los que el trabajo de unos depende del trabajo de otros).

Llegados a este punto y visto lo anterior, procede en aras de sentar algunas premisas que se desarrollarán en los capítulos específicos sobre el control a través de la tecnología, plantearse ahora la siguiente pregunta: ¿Por qué destacamos el registro de la jornada, el cumplimiento del horario y las micro-pausas y las relacionamos con el ejercicio del derecho a la intimidad? Poca o nula atención se ha prestado a este detalle que merece la pena comentar.

Si bien el tiempo destinado al trabajo está sujeto a control del empresario, los periodos de descanso, aún dentro de la jornada de trabajo, estarían fuera de ese control. Ahora bien, ¿cabe aplicar el poder de dirección y por derivación, los instrumentos de control a estos periodos de descanso?

Unos ejemplos bastarían para comprender la cuestión:

⁵⁸⁶ RD 640/2007, de 18 de mayo, por el que se establecen excepciones a la obligatoriedad de las normas sobre tiempos de conducción y descanso y el uso del tacógrafo en el transporte por carretera (BOE de 26 de mayo).

- A) Un trabajador durante su jornada de trabajo en virtud del régimen aplicable en la empresa, realiza una pausa para el bocadillo, que aprovecha para: a) salir a la calle a fumar porque está prohibido hacerlo durante la jornada efectiva de trabajo; b) Llamar por teléfono desde su móvil particular; c) Conectarse a Internet desde un dispositivo móvil de su propiedad; d) Acceder a una red social desde su propio dispositivo o conectarse al correo electrónico o a la mensajería instantánea.

Parece razonable pensar que aún siendo considerado como tiempo de trabajo, al ser un descanso reconocido al trabajador, éste puede disponer como quiera de su tiempo libre, sin afectar a la infraestructura de la empresa, pues no se utilizan medios o herramientas de trabajo para sus fines particulares. En ese espacio de tiempo, el trabajador es dueño de sus actos, y únicamente estará sujeto a las normas de orden público, como el resto de trabajadores u ocupantes del edificio.

- B) Un trabajador que en la misma situación que el caso anterior, es decir, aprovechando el tiempo libre que el régimen aplicable en la empresa le permite, sale del centro de trabajo a fumar, estando prohibida dicha salida por alguna razón fundada (control de entrada o salida, código ético que impide fumar en los alrededores de las instalaciones porque perjudica la imagen de la empresa o imaginemos el caso de un hospital en el que no se permite al personal médico salir en esta pausa provisto con su indumentaria, por razones higiénicas y de salud pública). En otros casos, cabe aprovechar la pausa para realizar una llamada telefónica desde el teléfono de la empresa, el acceso a Internet, al correo personal, o a una red social, a través del ordenador de la empresa, mediando prohibición expresa uso particular, existiendo medios de control que privan de todo espacio de intimidad al trabajador.

Este caso exige unos condicionantes previos para considerar la conducta del trabajador una desobediencia o indisciplina en el trabajo (dentro de la jornada, pero al amparo de una pausa reconocida como tiempo libre).

El primer condicionante es la necesaria prohibición expresa en el régimen aplicable en la empresa para realizar una conducta concreta: Prohibición de salir del centro de trabajo o considerar indebida la utilización de los instrumentos o medios de la empresa, cuya utilización solo se prevé para fines laborales. Para exigir responsabilidad disciplinaria, debe haber un incumplimiento a una obligación de no hacer previa, expresa y conocida por el trabajador, o que éste debiera conocer (este aspecto plantea otras derivaciones, como la tipificación de la falta y su aplicación por la empresa, sin aplicar criterios que pudieran ser arbitrarios o discriminatorios).

El segundo condicionante viene dado por la legitimidad de la decisión empresarial, es decir, la limitación que supone al trabajador observar una norma de conducta en su tiempo libre, aún dentro de la jornada, debe venir fundada en un motivo o finalidad que impida que la medida sea arbitraria o infundada, de forma que nada tuviera que ver con el trabajo. Si la finalidad es una cuestión de imagen o se basa en razones de seguridad o salud, en la necesidad de salvaguardar el patrimonio de la empresa, en la salvaguarda de los instrumentos de trabajo que fueran usados por el trabajador (teléfono que queda inhabilitado para hacer o recibir llamadas con perjuicio para la empresa, sobrecarga en la red de Internet, etc.), la medida podría ser legítima, proporcional, razonable, objetiva y de

la suficiente entidad para exigir responsabilidades disciplinarias.

Si bien es cierto que en su tiempo libre el trabajador podría disponer a voluntad de ese momento temporal, también es cierto que se encuentra sometido a un "*control parcial*", no del trabajo en sí, sino en cuanto a su presencia en el centro y en jornada de trabajo, a las normas que sean aplicables con carácter general en la empresa, y que no son las que tienen que ver propiamente con el trabajo.

Esta limitación a la libertad de actuación del trabajador, que indudablemente le afecta a la hora de llevar a cabo sus actos privados, sería equilibrada si se cumplieran los condicionantes empresariales anteriores, valorando igualmente la importancia del incumplimiento de acuerdo a un criterio objetivo de graduación en el que se tuvieran en cuenta circunstancias que justificasen su actuación: El carácter de urgencia de la llamada, de la comunicación, etc.

- C) Trabajador que dentro de la jornada de trabajo, realiza una micropausa no regulada, para salir a fumar, llamar por teléfono, conectarse a Internet o enviar un mensaje a través de su teléfono móvil, tablet, o medios propios.

En este caso, al no haber una prohibición expresa, el trabajador goza de una libertad de actuación que debe estar en consonancia con el cumplimiento de su concreta prestación de servicios por cuenta ajena. Es decir, es compatible la micropausa con el cumplimiento de su trabajo de forma que solo en caso de no satisfacer el rendimiento esperado o pactado, podrá ser apercibido y en su caso, se le podrá exigir responsabilidad disciplinaria.

Pudiera ocurrir que el uso de los medios de la empresa fuera irregular o provocara un daño a la empresa, bien por modificar el proceso productivo, bien por una utilización abusiva o inadecuada de dichos recursos, por lo que en estos casos sus actos podrán ser objeto de responsabilidad disciplinaria.

Ahora bien, en este caso, el empresario no podrá entrar a valorar o enjuiciar el contenido de la salida del centro (para fumar o para lo que se considere necesario), los accesos, llamadas, mensajes, etc. que hubiera realizado el trabajador, ante la expectativa de privacidad al no mediar prohibición expresa.

- D) Trabajador que dentro de la jornada de trabajo, contradice una prohibición expresa de salir a fumar, utiliza el teléfono de empresa para llamadas particulares, emplea el ordenador, accede a Internet desde la red de la empresa, se conecta a las redes sociales, para fines personales o emplea el correo electrónico de la empresa para enviar y recibir mensajes particulares.

En este caso, el trabajador está realizando una conducta contraria al régimen jurídico aplicable en la empresa (ley, convenio, contrato o código de conducta instaurado por el empresario en virtud de su poder de dirección), con pleno conocimiento y siendo consciente de que su conducta constituye una infracción laboral por la que se le puede exigir responsabilidad disciplinaria.

Además, al no haber margen para el ejercicio de una conducta particular, ya sea para abandonar el centro durante la jornada, ya sea para acceder a través de los medios

de la empresa a conversaciones telefónicas, a Internet, correo electrónico, redes sociales y mensajería instantánea, el empresario estaría legitimado para controlar los actos privados del trabajador. Si bien el límite sería el acceso a las conversaciones o mensajes privados (secreto de las comunicaciones), quedaría atenuado si se dan las circunstancias que excluyan una expectativa de privacidad del trabajador, habiendo sido informado de que los medios de control fiscalizan el contenido de dichos accesos y contenidos, por necesidades de estrategia empresarial.

Por tanto y como conclusión, el registro de la jornada de trabajo puede desempeñar un papel fundamental para estudiar en cada uno de los casos la aplicación de los criterios que terminarán de delimitar el poliedro de múltiples caras de la legitimidad empresarial para contrarrestar la eficacia del derecho a la intimidad o secreto de las comunicaciones del trabajador en su relación laboral.

4.4.4 Los registros sobre la persona o los bienes del trabajador.

La vigilancia y control de forma directa, no se agota en la mera observación. Existen otras normas laborales en las que se atribuye al empresario, un especial control y vigilancia, en algunos casos, verdaderamente llamativos por afectar a la esfera privada del trabajador en su lugar o puesto de trabajo.

Así, por ejemplo, el art. 18 ET permite al empresario efectuar registros sobre la persona del trabajador, sus taquillas o sus efectos personales, cuando se hacen necesarias para salvaguardar el patrimonio empresarial o el de los demás trabajadores en la empresa. Para ello y como garantía, se contará 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. Ello ha de interpretarse como una participación activa, con el objeto de asistir al trabajador registrado, incluso aconsejándole sobre la negativa a determinadas prácticas⁵⁸⁷.

Esta medida trata de satisfacer, cuando no conciliar, dos intereses distintos: En primer lugar la propiedad privada o el patrimonio empresarial y en segundo lugar, el respeto a los derechos fundamentales de la persona del trabajador. Con el pretexto de proteger el patrimonio empresarial y el de los demás trabajadores de la empresa, el ET ha previsto la posibilidad empresarial de realizar registros a los trabajadores, permitiendo así el ejercicio de una verdadera actividad de "*policía privada*"⁵⁸⁸. Por ello, su ejecución no puede sustentarse en una decisión arbitraria o discriminatoria del trabajador⁵⁸⁹.

GOÑI SEIN, en relación a la práctica de los registros, considera que el art. 18 ET supone el vaciamiento en el ámbito laboral de las garantías que la ley exige normalmente para el registro ciudadano, al reconocer al empresario la posibilidad de realizar pesquisas sobre el trabajador sin mandato judicial previo, en defensa del patrimonio empresarial y de

⁵⁸⁷ MOLERO MANGLANO, Carlos: "Inviolabilidad de la persona del trabajador (en torno al artículo 18)". *Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º 100. Tomo I. 2000. Pág. 67.

⁵⁸⁸ GOÑI SEIN, José Luis: "*El respeto a la esfera privada del trabajador*". Ed. Civitas. Madrid, 1988. Pág. 161.

⁵⁸⁹ APARICIO ALDANA, Rebeca Karina: "*Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones jurídico-laborales*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2016. Pág. 66.

los intereses propietarios de los demás trabajadores. La facultad de registro es pues - continua GOÑI SEIN - un poder privado disonante con el principio de inviolabilidad de la persona que aparece como rótulo de la misma norma, e implica un atentado contra el derecho a la intimidad de la persona del trabajador, porque consiste en indagar los espacios físicos reservados al trabajador en la empresa y "hurgar" sobre sus pertenencias y sobre lo más íntimo que es su propia persona. Es un acto de injerencia en la vida privada que además resulta ser una discriminación injusta y un atentado al principio de igualdad en la medida en que el trabajador está sometido a ello por el solo hecho de ser trabajador por cuenta ajena⁵⁹⁰.

Llama la atención, por lo que luego se comentará en relación a la evolución tecnológica, como el art. 18 ET supone una novedad en relación a regulaciones procedentes (LCT de 1931 y LCT de 1944), en las que no se admitían registros entre particulares, ni se preveía la posibilidad de llevar a cabo registros sobre las personas o en los lugares reservados a cada trabajador dentro de la fábrica.

En cuanto al ámbito objetivo o material del registro, por efectos personales habría que entender los que el trabajador haya introducido o lleve consigo en el recinto de la empresa, incluyendo vehículos, maletas, paquetes, bolsos, etc., pues la norma podría perder su finalidad si se restringe el ámbito en el que el trabajador pueda disponer de bienes ilícitamente obtenidos. Por tanto, el término taquilla no es únicamente el objeto de registro, entendiendo por efectos personales, todos aquellos de los que pueda disponer el trabajador. Ello nos lleva a aclarar si el registro abarca los efectos personales de carácter íntimo, como puede ser la propia ropa, bolsillos, ropa íntima, e incluso, partes del cuerpo. Así, por ejemplo, el registro de la mesa de trabajo no se ha considerado comparable al de las taquillas, sin que por tanto, necesite una justificación caso por caso⁵⁹¹.

La mayoría de la doctrina considera contraria a la intimidad y dignidad del trabajador el despojo total o parcial de las ropas que impliquen exhibición de alguna parte del cuerpo que habitualmente se oculta⁵⁹², sin que toda intervención o control en la dimensión personal del trabajador está permitida, por lo que habrá que analizarse caso por caso si se vulnera o no la intimidad del trabajador⁵⁹³. En algún caso excepcional, la realización con máximo respeto a la dignidad e intimidad comporta, por de pronto, la inexistencia de agresiones verbales insultantes, irónicas o despectivas durante la realización del registro, pero también con toda probabilidad el que sólo se recurra al cacheo, a la investigación de cavidades corporales o a la exigencia del desnudo en aquellos supuestos en que, por aplicación de los principios de causalidad y proporcionalidad, tales prácticas resulten claramente, si no necesarias, aconsejables más allá de cualquier duda⁵⁹⁴.

⁵⁹⁰ GOÑI SEIN, José Luis: *"El respeto a la esfera privada del trabajador"*. Ed. Civitas. Madrid, 1988. Págs. 162 y ss.

⁵⁹¹ STSJ de Asturias (Sala de lo Social), de 11 de enero de 2013, rec. N.º 1840/2012 (AS 2013\692).

⁵⁹² DEL REY GUANTER, Salvador (Director): *"Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia"*. Ed. La Ley. Madrid. 2007. Pág. 382.

⁵⁹³ POQUET CATALÁ, Raquel: *"El actual poder de dirección y control del empresario"*. Cuadernos de Aranzadi Social. Ed. Aranzadi. Cizur Menor. 2013. Pág. 160.

⁵⁹⁴ MOLERO MANGLANO, Carlos: *"Inviolabilidad de la persona del trabajador (en torno al artículo 18)"*.

En cuanto al lugar y tiempo de realización del registro, éste deberá realizarse en el centro de trabajo y en horas de trabajo, considerándose tiempo de trabajo el empleado incluso a la entrada (obviamente, en este caso por motivos de seguridad) o a la salida del centro, salvo que por circunstancias imprevistas o urgentes fuera imprescindible realizarlo en otro momento⁵⁹⁵.

En cuanto a los registros efectuados al trabajador fuera del centro, parece razonable entender que fueran los órganos de policía legalmente habilitados para ello. Sin embargo, se ha planteado un curioso caso de registro fuera del centro por un detective, respecto de una trabajadora de supermercado (CAPRABO). Tras concluir su jornada laboral y una vez hubo abandonado el centro de trabajo, fue interceptada por un detective privado contratado por la empresa, vestido de paisano, con el fin de que le mostrara (sin asistencia de representante de los trabajadores o de otro trabajador) el contenido del bolso que portaba, descubriendo que contenía varios productos de la empleadora y no tenía el ticket de compra que justificara su adquisición.

La exigencia legal de que el registro se practique en el centro de trabajo y en horas de trabajo tiene sentido en el marco del art 18 ET, que se refiere a facultades empresariales que, por su carácter excepcional, no pueden ejercerse fuera del ámbito de la empleadora. Si las facultades de policía o de autotutela privada pudieran llevarse a cabo fuera de la empresa y más allá del horario de trabajo, estas tendrían un alcance desproporcionado. La ausencia de las exigencias legales en el registro determina la falta de eficacia de la prueba practicada e impide valorar los objetos hallados en el bolso de la trabajadora como prueba para acreditar los hechos alegados en la carta de despido⁵⁹⁶.

Respecto a los registros aleatorios, habrá que considerar la finalidad legítima de su realización y las garantías necesarias. Así, es procedente el despido de un trabajador que ha sustraído material electrónico para su venta, a raíz de registro realizado por vigilantes de seguridad. Es lícito que la empresa efectúe registros a sus empleados de forma aleatoria cuando van a salir a la calle, donde habitualmente tiene aparcados sus vehículos o en sus taquillas, como control para prevenir que no se sustraiga el material que se va a sustituir en el mercado por otros modelos de nueva gama (prohibición expresa). Esta medida resulta adecuada a la finalidad perseguida, dadas las circunstancias en las que tuvo lugar el registro, que únicamente consistió en requerir que mostrase lo que llevaba en los bolsillos⁵⁹⁷.

Los principios que debe respetar todo registro en la persona o bienes del trabajador, son los siguientes, dirigidos a respetar la dignidad e intimidad del trabajador:

Revista Española de Derecho del Trabajo. N.º 100. Tomo I. 2000. Pág. 550.

⁵⁹⁵ DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (Director), en AA.VV.: "*Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*" Ed. Iustel. Madrid 2010. Pág. 420.

⁵⁹⁶ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 14 de octubre de 2013, rec. N.º 3413/2013 (Normacef, NSJ048112).

⁵⁹⁷ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 11 de octubre de 2013, rec. N.º 1500/2013 (Normacef, NSJ048798)

- El principio de necesidad: Solo podrán realizarse los registros necesarios para la protección del patrimonio o por motivos de seguridad. Por tanto, son cuestiones a valorar, el valor económico de los bienes que pueden ser objeto de sustracción, atendiendo también al patrimonio inmaterial de la empresa (documentos secretos) o la concurrencia de circunstancias relacionadas con la seguridad en la empresa.

Por necesidad hay que entender que dichos registros sean "*imprescindibles*" de acuerdo a su finalidad y no caprichosos o arbitrarios. El término "*necesario*", no tiene la flexibilidad de otras expresiones como puedan ser útil, razonable y deseable, sino que implica también la existencia de una necesidad social importante para la intromisión en cuestión (STEDH, caso *Dudgeon*)⁵⁹⁸.

Esta necesidad de actuación implica también el carácter excepcional de los registros, de forma que solo cuando exista una causa para su realización, acorde al riesgo que tratan de evitar, son legítimos. Es decir, se necesita una base objetiva que justifique la decisión de registrar al trabajador en su persona o en sus bienes⁵⁹⁹.

- El principio de proporcionalidad: La medida empresarial adoptada no solo ha de ser excepcional, sino además proporcional al fin pretendido. Por ello, no debe ser una medida desmesurada, cuando el mismo fin puede ser obtenido por procedimientos menos lesivos, con el menor sacrificio de los derechos inviolables de la persona, de forma que prevalezcan los registros preventivos no personales (sobre bolsos, taquillas, etc), que sobre la propia persona del trabajador (exigiendo desnudos, cacheos, u otra medida alternativa con invasión a la intimidad corporal).
- El principio del respeto a la dignidad del trabajador: La medida de registro adoptada debe ser, de entre todas, la que menos afecte o menoscabe la dignidad del trabajador, evitando desde luego comportamientos deshumanizados, abusivos o realizados con otra finalidad (que podría llegar a otras figuras ilícitas relacionadas con la dignidad e incluso delictivas, como en los casos de abuso o acoso sexual).

Para algunos autores, se trata de una "*aporía*", pues ¿cómo evitar (a pesar del título del artículo - inviolabilidad de la persona del trabajador - que padezca la dignidad de una persona sometida a sospecha de comisión de actos ilícitos, y sujeta por ello a inspección corporal o de sus pertenencias?⁶⁰⁰. Se trataría más de reforzar las garantías, por ejemplo, a través del representante de los trabajadores presente en el registro, que de evitar una lesión a la dignidad, que se legitima. El término "*Inviolabilidad*" significa una "*no intervención*" o "*no limitación de la voluntad de la persona, que se basa en un no hacer*"⁶⁰¹, como ocurre en el supuesto de la "*inviolabilidad del domicilio*", por ejemplo. En

⁵⁹⁸ STEDH de 22 de octubre de 1981. *Dudgeon c. Reino Unido*.

⁵⁹⁹ MONTOYA MELGAR, Alfredo; GALIANA MORENO, Jesús María; SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y RÍOS SALMERÓN, Bartolomé: "*Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*". Ed. Aranzadi. Elcano. 2000. Pág. 114.

⁶⁰⁰ MONTOYA MELGAR, Alfredo; GALIANA MORENO, Jesús María; SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y RÍOS SALMERÓN, Bartolomé: "*Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*". Ed. Aranzadi. Elcano. 2000. Pág. 114.

⁶⁰¹ GOÑI SEIN, José Luis: "*El respeto a la esfera privada del trabajador*". Ed. Civitas. Madrid, 1988. Págs. 163 y 164.

este caso, por tanto, el propio título del artículo, es desafortunado, pues no está reflejando un derecho del trabajador, sino del empresario.

Otra cuestión a añadir, en virtud de la LO 1/1982, de 5 de mayo, es el consentimiento del trabajador a la hora de ser sometido a un registro, pues podría excluir la intromisión ilegítima. En este sentido cabe plantear si su previsión en convenio colectivo, pacto o contrato, es suficiente para dar la legitimidad al registro.

Desde esta perspectiva, el consentimiento ha de ser el libremente prestado por el trabajador para que surta efectos, por lo que no cabría entender consentido el registro en el mismo momento de practicarse, sobre todo si existe la amenaza de una sanción disciplinaria. Más problemático resulta el tema del consentimiento prestado por convenio colectivo. Al entender que el consentimiento debe ser personal, pues el hecho en sí recae sobre un derecho individual y no colectivo, hemos de entender que en caso de que el registro, o mejor dicho, la obligación de someterse a él, venga recogida en convenio colectivo, no implica la prestación del consentimiento, sino una mera obligación, sobre la que se puede no consentir, pero sí cumplir. Si el registro es llevado a cabo a través del cumplimiento de una obligación, entonces debería justificarse la causa para llevar a cabo dicho registro, que el trabajador estará obligado a consentir en los parámetros que contiene la propia obligación.

Por último, cabe plantearse qué ocurre si el trabajador se negara al registro, entendido éste como justificado, racional, y respetando el art. 18 ET. El empresario podría ejercer su poder disciplinario sobre el mismo, pero no podrá practicar por la fuerza el registro pretendido, pues incurriría en un ilícito penal, por coacciones o privación ilegal de libertad. En este caso, debería acudir a las autoridades policiales y judiciales cuando por la gravedad de los hechos, o por el riesgo o amenaza para la seguridad, tuviera motivos fundados para llevar a cabo la práctica del registro.

Tradicionalmente, los registros típicos son los referidos a los realizados sobre la persona del trabajador y sus pertenencias, de forma que se salvaguarde su intimidad. Sin embargo, cabe plantearse si no es incluso más invasivo que un registro corporal, el que se lleva a cabo a través de un escáner que permita descubrir lo que el trabajador porta debajo de su ropa, o incluso en el interior de su cuerpo. Estas técnicas de seguridad pública, pueden aplicarse tanto a la entrada como a la salida del trabajo.

4.4.5 La vigilancia de la salud y el control de las bajas laborales.

Las medidas de vigilancia de la salud no son más que el cumplimiento de un deber empresarial, con base en los arts 14 y 22 de LPRL, que a su vez derivan directamente del art. 43 CE, que reconoce el derecho a la protección de la salud. En el ámbito laboral, el art. 40 CE establece como mandato a los poderes públicos, velar por la seguridad e higiene en el trabajo. Por ello, el empresario tiene la obligación específica de vigilar el estado de salud de sus trabajadores a través de los correspondientes reconocimientos, lo que en algunos casos, puede suponer la vulneración del derecho a la intimidad y a la confidencialidad de los datos médicos del trabajador.

La finalidad de estos reconocimientos es la de verificar el estado de salud del trabajador, a efectos de verificar su capacidad o aptitud para desempeñar sin riesgo su trabajo. Estos reconocimientos pueden ser iniciales o previos a la relación laboral, cuando

alguna disposición así lo establezca (normalmente, por exposición a agentes de riesgo), periódicos (generales o específicos, en función de la actividad y exposición a riesgo) e incluso, post-ocupacionales, cuando la naturaleza del riesgo puede determinar a largo plazo un efecto nocivo para la salud (como en el caso de la exposición al amianto).

En lo que aquí interesa, es decir, la vulneración de derechos que puede sufrir el trabajador en la realización de estos reconocimientos, cabe primero aludir al carácter voluntario u obligatorio de los mismos, para luego referirnos al alcance y la forma en que ese reconocimiento puede afectar a los derechos del trabajador, en especial, aquellos que puedan vulnerar su dignidad e intimidad.

En cuanto al carácter voluntario u obligatorio, el art. 22 LPRL establece con carácter general su voluntariedad, llevándose a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento. Ahora bien, de este carácter voluntario se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores, los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores, o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa, o cuando esté previsto en una disposición legal ante la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

El consentimiento prestado debe ser expreso y concreto para el tipo de pruebas, de forma que el trabajador podría rechazar cualquier prueba que considere abusiva o pudiera vulnerar cualquiera de sus derechos fundamentales⁶⁰².

Así, de acuerdo a la doctrina constitucional, el acto de libre determinación que autoriza una intervención sobre ámbitos de la intimidad personal, para ser eficaz, requiere que el trabajador sea expresamente informado de las pruebas médicas especialmente invasoras de su intimidad. Esa exigencia significa que el trabajador debe recibir información expresa, al tiempo de otorgar su consentimiento, sobre cualquier prueba o analítica que pudiera llegar a afectar a su intimidad corporal (STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 9º).

Esta intimidad corporal, abarca todas las actuaciones que por las partes del cuerpo sobre las que se opera o por los instrumentos mediante los que se realizan incidan en el pudor o el recato corporal de la persona, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad (SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7º; 120/1990, de 27 de junio, FJ 12º; 137/1990, de 19 de julio, FJ 10º; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3º; 156/2001, 2 de julio, FJ 4º; 218/2002, de 25 de noviembre, FJ 4º).

En segundo lugar, es preciso también un acto expreso de información si en el reconocimiento médico fueran a realizarse pruebas que, aun sin afectar a la intimidad corporal del trabajador, sí conciernan en cambio al derecho más amplio a la intimidad personal de la que aquélla forma parte, al tener por objeto datos sensibles que puedan provocar un juicio de valor social de reproche o desvalorización ante la comunidad (como ocurre con el consumo habitual de drogas: STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3º).

Finalmente, la misma necesidad de información previa existe cuando las pruebas a

⁶⁰² POQUET CATALÁ, Raquel: *“El actual poder de dirección y control del empresario”*. Cuadernos de Aranzadi Social. Ed. Aranzadi. Cizur Menor. 2013. Pág. 116.

practicar sean ajenas a la vigilancia de la salud en relación con los riesgos inherentes al trabajo. En garantía del derecho fundamental a la intimidad personal, se impone que el consentimiento sea informado, particularmente en aquello que no sea previsible ni esté relacionado con la salud laboral, como es el caso de las pruebas y datos extraños a esa finalidad (STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 9º).

El art. 20.4 ET contempla un supuesto específico de control, que trata de evitar o paliar el absentismo laboral. Su objeto versa sobre la capacidad de verificar el estado de salud del trabajador a raíz de una enfermedad o accidente que provoca la inasistencia de éste al trabajo, controlando la veracidad de dicho estado de incapacidad laboral.

Si bien el empresario carece de capacidad para poner fin a la situación de inasistencia al trabajo, ello no le impide que, en uso de su facultad de vigilancia, pueda solicitar de la entidad competente la revisión de su baja laboral, reclamando la incorporación del trabajador a su puesto. Esta comprobación, aunque resulte de indicios de la falta de veracidad del “supuesto” estado de salud incapacitante, no permite al empleador otra vía que la comunicación de dicha circunstancia a la instancia oportuna para que sea ésta quien proceda a la revisión de la baja médica.

De ello derivan obligaciones, no sólo para el trabajador, sino para el empresario. Para el trabajador es una obligación someterse a dichos controles, siempre y cuando no supongan una excesiva onerosidad o sean desproporcionados en su entidad, susceptibles de alterar o agravar el estado de salud o imponerle un esfuerzo desmesurado. Para el empleador, es exigible la confidencialidad de los datos obtenidos, de forma que no sean utilizados con fines discriminatorios o diversos, distintos de la finalidad para la que fueron obtenidos, así como la garantía del derecho a la intimidad de los trabajadores afectados.

4.4.6 Dispositivos de escucha, grabación y reproducción de imagen.

La sujeción del trabajador a un procedimiento de vigilancia auditiva, en general, supone una agresión intolerable y una injerencia ilícita en la vida privada del trabajador. No habiendo justificación razonable para su instalación, su finalidad no sería otra que la compresión de la libertad del trabajador. Y es que el hecho de instalar aparatos de escucha en el centro de trabajo no justifica por sí solo una agresión al derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones (interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas⁶⁰³), pues si bien la intimidad se desarrolla normalmente en un lugar privado, también es concebible en un lugar público⁶⁰⁴.

Del mismo modo, la vigilancia operada por procedimientos técnicos audiovisuales es deshumanizante por el carácter impersonal del medio de control. Estas técnicas permiten recoger al detalle todo lo que acontece en el plano visual, con la posibilidad añadida de recoger el sonido. La consecuencia es que registran todos los actos del trabajador, incluyendo aquellos que se puedan encontrar en el ámbito de su intimidad. Por ello su justificación debe obedecer a motivos finalistas de tanta trascendencia que sean proporcionales a la intromisión de los derechos de la dignidad e intimidad del trabajador.

⁶⁰³ STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7º, reiterada en STC 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 4º.

⁶⁰⁴ GOÑI SEIN, José Luis: “*El respeto a la esfera privada del trabajador*”. Ed. Civitas. Madrid, 1988. Pág. 154.

Solo cuando la disposición de estos medios técnicos tenga una finalidad preventiva u organizativa, el interés del trabajador podrá ser sacrificado. Ello ocurre por ejemplo, en la instalación de cámaras de televisión en las empresas por razones de seguridad, en cuanto a la comprobación de accesos y vigilancia de personas que puedan ocasionar daños en el interior de la empresa. Si bien, tradicionalmente estas empresas se circunscribían a entidades bancarias, centros comerciales y lugares de afluencia masiva de público, hoy día, prácticamente todas las empresas podrían justificar por razones de seguridad, este tipo de instalaciones, a raíz del riesgo no solo de robo o de hurto, sino ante la amenaza terrorista internacional, como recientemente se ha comprobado y donde ha quedado patente el riesgo incluso contra la propia vida de las personas que se encuentran en la empresa (por ejemplo, el atentado contra el semanario "*Charlie Hebdo*" el 7 de enero de 2015, en París, que ha incrementado el riesgo de la amenaza terrorista en todo el mundo).

Admitiendo el control global de las instalaciones que componen el centro de trabajo, por razones de seguridad, cabe aludir al control del puesto de trabajo en sí, lo que conlleva la vigilancia inmediata del trabajador. En principio, la instalación de dispositivos de videovigilancia que puedan grabar la imagen o las conversaciones de los trabajadores durante el desarrollo de su trabajo no se justifica, sino por razones de seguridad, o bien por ser el objeto propio de la prestación (conversaciones mantenida entre el trabajador o el cliente o tercero en empresas de telemarketing o de atención telefónica).

Otro elemento importante, al menos en esta descripción general de métodos de control, es el consentimiento del trabajador, con los problemas asociados a su libre y real voluntad de permitir dicha intromisión, sobre todo cuando hay un contrato de trabajo de por medio. Además, salvo casos excepcionales, se deberá informar en todo momento al trabajador del lugar donde se encuentran dichos dispositivos (que han de ser lugares de trabajo, y no de descanso, como comedor, vestuarios, etc). La excepcionalidad solo justificaría la no información, cuando precisamente la instalación de dichos dispositivos tenga por finalidad la comprobación de un delito o una infracción grave de las obligaciones laborales. En esta materia, será por aplicación del principio de proporcionalidad, cuando se considere que la intromisión es legítima o ilegítima.

Un ejemplo de justificación por razones de seguridad, es la grabación de conversaciones entre los pilotos de avión, conductores de trenes o barcos de un determinado tonelaje, a través de las denominadas cajas negras, que permiten analizar los momentos previos a un accidente o incidente para determinar sus causas. No solo se graban las conversaciones entre los pilotos o entre éstos y el exterior, sino el sonido ambiente y además, almacenan todos los datos de navegación aérea o terrestre o marítima sobre la situación geográfica, dispositivos, acciones, etc.

En el ámbito aéreo el Reglamento (UE) N.º 965/2012 de la Comisión, de 5 de octubre de 2012, establece las condiciones de conservación, presentación y utilización de las grabaciones, así como la prohibición de uso en situaciones diferentes a las mencionadas. Los dispositivos utilizados son los siguientes:

El FDR (*Flight Data Recorder* o Registrador de Datos de Vuelo) es el dispositivo encargado de registrar los distintos parámetros y datos del vuelo de un avión. El objetivo será disponer de la información necesaria que permita reproducir con total exactitud la evolución de la operación de la aeronave y las condiciones del entorno y escenario en el

que se produce el vuelo. Todos estos parámetros permitirán analizar la evolución de la aeronave en el escenario donde opera, e identificar cualquier elemento que haya podido influir en alguna circunstancia anómala de la operación.

Además de disponer de los datos de vuelo de la aeronave, en caso de accidente será importante acceder a las conversaciones e información de audio que pueda aportar claridad a la situación que se ha producido. Esta información se registra y almacena en el CVR (*Cabin Voice Recorder* - Grabadora de Voces de la Cabina), que registra las conversaciones de la tripulación con el exterior, ya sea con otros aviones o con el servicio de control de tráfico aéreo, las conversaciones entre piloto y copiloto y el sonido ambiente en cabina, que permite identificar cualquier situación anómala, o alarmas acústicas de sistemas que puedan activarse durante el vuelo.

En el plano de los derechos fundamentales y una vez admitido que por razones de seguridad es legítima la instalación de estos dispositivos, para conocer las posibles causas de un accidente, cabe plantearse si es legítimo la difusión pública de esa información, cuando no de las propias conversaciones entre los pilotos, generando una gran desconfianza entre este colectivo, que aceptan ser grabados en sus lugares de trabajo cediendo así su derecho a la intimidad con el único objetivo de mejorar la seguridad y prevenir futuros accidentes.

En este sentido, la difusión pública de las conversaciones de los pilotos en el accidente aéreo de *Spanair* en Madrid, el 20 de agosto de 2008, fue objeto de queja por el Sindicato de Pilotos (SEPLA), al igual que las filtraciones sobre el accidente del avión de *Germanwings* ocurrido en los Alpes franceses el 24 de marzo de 2015, donde este Sindicato manifiesta que *"las filtraciones sólo contribuyen a dañar las investigaciones de los accidentes aéreos, minando su independencia y enturbiando la labor de los investigadores a través del eco mediático y las especulaciones sin base que se realizan desde la sociedad y los medios de comunicación. SEPLA recuerda que el contenido de las investigaciones está protegido por el Reglamento Europeo sobre investigación de accidentes, según el cual las grabaciones del registrador del vuelo no se publicarán ni se utilizarán con fines distintos de la investigación de seguridad, la navegabilidad o el mantenimiento"*⁶⁰⁵.

El hecho de que estos profesionales se vean forzados a asistir a la violación pública de su derecho a la intimidad durante los últimos momentos de su vida, así como a los posteriores efectos que ello puede tener respecto a sus familiares, inducen a considerar como una intromisión de este derecho el hecho de que las conversaciones sean difundidas por los medios de comunicación, extralimitándose de la finalidad para la que estrictamente fueron instalados dichos dispositivos, que no debe ser otra que la investigación de las causas del accidente.

De este caso concreto, surge una nueva derivada consistente en la prestación del consentimiento para la obtención de datos privados, pero solo para el caso de que se apliquen a una concreta finalidad. Por ello el Sindicato de Pilotos reclama que esos datos no se hagan públicos, ya que están protegidos por la propia normativa europea, siendo solo consentidos para la investigación de accidentes, lo que no comporta su divulgación.

⁶⁰⁵ Nota de prensa del SEPLA de 26 de marzo de 2015. Disponible en: <http://www.sepla.es/es/sala-de-prensa/notas-de-prensa/sepla-condena-las-filtraciones-de-datos-de-la-investigacion-del-accidente-aereo-de-germanwings/>

Cabe plantearse si para el resto de los empleados de las distintas compañías que por razones de seguridad realizan grabaciones de vídeo y audio, también sería aplicable esta limitación.

En estos casos, quizás incluso con mayor razón, las grabaciones no debieran ser accesibles si no existiera una justificación para su examen. De lo contrario, al transgredir la finalidad de la norma que consintió la grabación, o el propio consentimiento de los trabajadores, la intromisión amparada en motivos de seguridad, devendría ilegítima.

4.4.7 El control tecnológico.

Sin perjuicio del estudio pormenorizado del control empresarial a través de Internet, correo electrónico, redes sociales y dispositivos electrónicos de comunicación, así como de la protección de datos personales en cada Capítulo específico, sí cabe comentar algunas pautas generales que a nivel expositivo nos ayudará a fijar unos límites de actuación que impidan la vulneración de derechos del trabajador, en especial, aquellos relacionados con su privacidad.

Los procedimientos de control han evolucionado tan rápido como la tecnología. La tradicional vigilancia "*in situ*" por parte del patrono o del capataz de cada uno de los movimientos del trabajador, se ha ido sustituyendo por la vigilancia tecnológica, que si bien, no implica la presencia de quien ejerce físicamente la vigilancia, sí que pasa a ser en muchos casos "*invisible*", "*permanente*" e incluso, susceptible de ser grabada, en audio o vídeo, por instrumentos de control.

La utilización de estos instrumentos, cuando tienen por finalidad controlar algún aspecto exclusivamente laboral, estarán justificados en la medida que realmente persigan una finalidad justificada y razonable para la fiscalización de las acciones, movimientos y rendimiento del trabajador.

Sin embargo, por razones de seguridad en la mayoría de los casos, para preservar el acceso restringido a determinadas áreas de trabajo o al propio centro, la tecnología proporciona otros medios más seguros, a la par que más invasivos para el trabajador, bien a través de la captación de imágenes a través de cámaras de videovigilancia, bien a través de dispositivos que utilizan la identificación de partes del cuerpo sensibles e identificativas de toda persona, que impiden además, la suplantación de personalidad. Son, por ejemplo, la identificación para el acceso o estancia en las dependencias del centro de trabajo a través de las huellas dactilares o el iris del ojo, datos personalísimos y únicos en cada persona, sobre los que además recaerá una obligación especial de protección, de forma que no se utilicen para finalidades distintas a las que sirven.

Cuando la vigilancia del trabajador ya no solo abarca el acceso o la estancia en el centro de trabajo, sino que se entromete en la dinámica del trabajo, a través de dispositivos de escucha o de grabación audiovisual, incluso de las conversaciones telefónicas del trabajador, el riesgo de intromisión en la intimidad del trabajador es muy alto, pues es prácticamente imposible separar el ámbito personal que le pueda restar al trabajador, en contacto con sus compañeros de trabajo o en sus comunicaciones privadas, del ámbito profesional.

Lo mismo ocurre cuando los dispositivos utilizados por el trabajador, puestos a su

disposición por el empresario, pero utilizados para fines particulares o sindicales para comunicarse (teléfono o correo electrónico), acceder a determinada información de interés particular (a través de Internet), o para interrelacionarse a través de redes sociales, están sujetos a fiscalización y control, siendo por tanto muy fácil traspasar la frontera de intimidad vedada al empleador o al personal de su ámbito directivo.

En un paso más hacia el control tecnológico, la entrega de dispositivos móviles, tipo *smartphone*, *tablets* y medios que llevan integrados dispositivos de geolocalización permiten a su titular (el empresario) conocer con exactitud el lugar en que se encuentra el trabajador, así como todo su recorrido, indagación que no discrimina el ámbito personal.

En el ámbito de las aplicaciones de mensajería instantánea, a disposición también del mismo dispositivo puesto a disposición del trabajador (*smartphone*, *tablet*, etc), al que se facilita una conexión a Internet, existe posibilidad de indagar en todos los mensajes que pudiera haber recibido y/o enviado el trabajador, a través de programas instalados en dichas aplicaciones, o a través del operador.

Estas y otras medidas pueden ser utilizadas ilegítimamente por el empresario, escudándose en el poder de vigilancia empresarial, vulnerando derechos que son prevalentes y dignos de superior protección a su poder de control.

Incluso en el propio desarrollo del trabajo y a raíz de la puesta a disposición de los trabajadores de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, que giran en torno a la informática, como el acceso a Internet o el correo electrónico, existe un control “lógico” sobre el trabajo desarrollado que también aprovecha dichos medios, dando lugar a situaciones sobrevenidas derivadas del posible uso personal de dichos medios por el trabajador, que pueden incidir en menoscabo de sus derechos de la personalidad.

Una de estas situaciones sobrevenidas, entre muchas otras que la riqueza de la dinámica del contrato de trabajo nos puede deparar, se origina por el hecho de que la vigilancia y control sobre el trabajo se extralimita hacia espacios “*extralaborales*”, que incluso pueden quedar amparados por el derecho a la intimidad, o el secreto de las comunicaciones ante la ausencia de una frontera que delimite ambos ámbitos (profesional y personal) concurrentes en un mismo espacio. Conforme avanza la generalización de nuevos medios electrónicos, no solo se trata de recursos materiales, como la puesta a disposición del trabajador de un ordenador, un teléfono o un *smartphone*, sino de la utilización de bienes que no son propiamente materiales, como es el uso de Internet, el correo electrónico o de las de redes sociales a través de un uso compartido, siendo el poder de dirección, el pacto o contrato, o los pactos colectivos, los que deben fijar las pautas que rigen la prestación laboral en esas peculiares características.

Todos los procesos y medios técnicos que se han examinado se traducen en una vigilancia omnímoda de toda actividad del trabajador, que se convierte así en más impersonal, subrepticia y deshumanizante⁶⁰⁶, que la operada a través de la presencia del empresario o de su delegado. Por ello, se plantea la necesidad de preservar los valores individuales de la persona, ante los abusos que se pueden cometer desde la situación de superioridad en la que se encuentra el empresario.

⁶⁰⁶ GOÑI SEIN, José Luis: “*El respeto a la esfera privada del trabajador*”. Ed. Civitas. Madrid, 1988. Pág. 140.

Así, aunque los derechos a la intimidad personal y a la privacidad pueden verse matizados en la empresa como consecuencia del sometimiento del trabajador a una esfera que compromete su propia actitud personal y sus deberes de conducta, él mismo conserva un espacio de intimidad y privacidad irreductibles aún durante el tiempo y lugar de trabajo, en cuanto no tenga una repercusión sobre su rendimiento o implique efectos para la empresa.

Ello obliga a realizar un juicio de necesidad y proporcionalidad de aquellas medidas de control que entran en conflicto con tales derechos de la personalidad, evitando intromisiones abusivas en las que el interés empresarial o no existe o resulta desproporcionado e injustificado.

4.4.8 El control extra-muros de la jornada y centro de trabajo.

4.4.8.1. El control del teletrabajo.

El riesgo de extralimitación del control y vigilancia legítimos se acentúa cuando la prestación laboral se desarrolla incluso “a distancia”, permitiendo trabajar desde un lugar externo a la empresa, fuera de las horas de trabajo, incluso, desde el propio domicilio del trabajador, compartiendo por tanto, la vida profesional y privada. Ello implica establecer las pautas sobre tiempo de trabajo, cumplimiento de los objetivos marcados, utilización de medios empresariales puestos a disposición del trabajador y control de la prestación, lo que puede aparejar la “vigilancia a distancia” bien sobre el trabajo medido o medible realizado, bien sobre el curso de la prestación, incluso “on-line” o en directo a través de los mecanismos de control de la actividad a través de medios tecnológicos.

El ET prevé el trabajo a distancia en el art. 13 (tras la actualización sufrida por la reforma laboral de 2012⁶⁰⁷, en sustitución de la anterior denominación “trabajo a domicilio”), pero sin embargo no lleva a cabo, ni siquiera por vía reglamentaria que lo desarrolle, los aspectos concretos de la prestación laboral “a distancia”, entre ellos, el ejercicio del poder directivo cuando ni trabajador, ni por supuesto el empleador, están en el centro de trabajo⁶⁰⁸. ¿O tal vez sí?

Es aquí donde cabe distinguir la gran diferencia que existe entre el tradicional “trabajo a domicilio” y el actual “trabajo a distancia”. DE LA VILLA GIL expuso ampliamente los presupuestos específicos del trabajo a domicilio, siendo fundamental que el trabajo se realiza en un lugar libremente elegido por el trabajador, pero que se caracteriza principalmente porque se lleva a cabo fuera de la vigilancia del empresario⁶⁰⁹.

En el actual trabajo a distancia a través de la tecnología, ¿realmente el poder de dirección y la vigilancia empresarial se llevan a cabo fuera del alcance del empresario?

⁶⁰⁷ Ley 3/2012, de 6 de julio (BOE de 7 de julio), en su art. 6.

⁶⁰⁸ DE LAS HERAS GARCÍA, ARÁNZAZU: “Responsabilidad del empresario en la relación del teletrabajo”, en MONTERROSO CASADO, Esther (Dir.): “Responsabilidad empresarial”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016. Pág. 441.

⁶⁰⁹ DE LA VILLA GIL, Luis Enrique: “El trabajo a domicilio”. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1966. Págs. 615-617.

Desde luego, no parece factible la presencia física del empresario en el domicilio del trabajador (no solo por la inviolabilidad del domicilio, sino por razones operativas), pero sin embargo, las tecnologías de las comunicaciones permiten estar conectado a través de un terminal de ordenador a dos o más personas, en las que una puede ejercer un control sobre el resto, desde las instrucciones dadas sobre el trabajo realizado, hasta la comprobación de los distintos trámites y resultados. Incluso, el contacto puede establecerse a través de *webcam*, pudiendo ver y hablar de forma síncrona y en tiempo real, lo que abre una ventana al domicilio del trabajador que, con su consentimiento, permite al empresario el control sobre la persona del trabajador y el espacio de visión que la cámara alcance, por lo que la incidencia sobre la intimidad es casi total.

Si bien es cierto que el consentimiento del trabajador es la llave para evitar la inviolabilidad de su domicilio, cabe plantearse, como ya se ha hecho en tantas otras circunstancias, si el hecho de la propia existencia de un contrato de trabajo, permite entender que el consentimiento es real y permite la apertura de esa ventana al domicilio del trabajador. Debemos entender que el solo hecho del contrato de trabajo, no permite esa licencia, por lo que deberá existir consentimiento expreso en el régimen legal aplicable (mediante contrato de trabajo o mediante pacto), sin que el convenio colectivo pueda ser herramienta válida para disponer sobre la intimidad, al ser un derecho personal y no disponible colectivamente.

Sin embargo, este es un buen ejemplo para distinguir la vigilancia del trabajo propiamente dicho, aunque sea prestado a distancia y el control no solo del trabajo, sino del trabajador, en su domicilio o en otro lugar distinto. A efectos del control laboral, sobre la prestación, el empresario podría, en virtud de su poder de dirección, acceder al ordenador del trabajador, o incluso al correo electrónico facilitado por la empresa para ese fin, entre otros. Cabe entender que en ese caso, al empresario le bastaría con informar al trabajador de esa intromisión, que de forma legítima (es decir, no con otra finalidad que la meramente laboral), le permite comprobar como se lleva cabo el trabajo.

Pero cuando el control se lleva a cabo a través de una *webcam*, accediendo a la imagen del trabajador (y no de su trabajo), se puede vulnerar su esfera personal, e incluso, la intimidad familiar. Por ello, en este caso no sería suficiente informar al trabajador, sino también, habría que obtener su consentimiento expreso.

Ahora bien, el problema es establecer una regla sobre el modo de la prestación del consentimiento en estos casos, pues depende de la propia voluntad del trabajador (en parte coaccionada por el propio contrato de trabajo), el permitir el acceso a través la *webcam* de la mirada indiscreta del empresario. Por ello, para evitar este riesgo y asegurar la legalidad y legitimidad de la "*visita*", deberían adoptarse algunas medidas de seguridad, tales como las siguientes:

- No permitir el acceso directo del empresario a través de la *webcam*, sino establecer un mecanismo previo que solicite permiso para ello (sería una especie de "*llamada a la puerta*", en términos físicos, aplicados a esta realidad virtual). En este sentido, la propia comunicación por correo electrónico, el *chat* o la mensajería instantánea, permitirían solicitar ese permiso, que en todo caso, ha de ser activado por el trabajador y nunca directamente por el empresario.
- Capacidad de oposición del trabajador en todo momento, para no atender la visita

del empleador, sin que con ello pueda sufrir consecuencias disciplinarias.

- El hecho de pactar en contrato o pacto individual el acceso libre del empresario, supondría una renuncia del trabajador al derecho a su intimidad y a la inviolabilidad de domicilio, ya que de existir consentimiento, independientemente del general, tendría que haber un permiso concreto y para cada ocasión.

4.4.8.2 El control de las circunstancias personales del trabajador que incidan en el trabajo.

Ya se analizaron las circunstancias de embriaguez y toxicomanía como especiales circunstancias personales del trabajador que pueden ser objeto de control por el empresario "*siempre que repercutan negativamente en el trabajo*" [ex art. 54.2.f) ET].

Sin embargo, ¿pueden controlarse, no ya esas circunstancias concretas en el desarrollo de trabajo, sino otras circunstancias que afectan a la personalidad y pueden influir en la seguridad de determinados trabajos o profesiones? Nos podemos plantear la toxicomanía, el alcoholismo, no durante el trabajo, sino fuera del mismo, perfiles psicológicos de riesgo, estados de ánimo, falta del descanso necesario, etc.

Un ejemplo que nos puede servir de pauta en el planteamiento de controles "*extralaborales*" del trabajador, tuvo lugar en la década de los 80 en Estados Unidos. El aumento en el consumo de drogas provocó una grave crisis social que originó y justificó una cruzada nacional que se denominó "*War on Drugs*". Como relata John GILLIOM, esta estrategia consistió en el procedimiento llamado "*Employee drug testing*" que tenía por objeto solicitar a los trabajadores norteamericanos que demostraran su "*abstinencia*" mediante un análisis de orina. Pronto se comprobó la discrecionalidad con la que estos exámenes provocaron que las empresas no necesitaran probar un comportamiento desviado de sus trabajadores, sino únicamente hacer valer un registro individualizado de las sustancias que una persona había comido, bebido, esnifado, inyectado o fumado⁶¹⁰.

Con ello se demuestra que este tipo de registros pueden acabar con la capacidad humana de albergar un secreto, engañar o negarse a declarar, tan sólo, accediendo al interior de la persona, de su cuerpo, de su más profunda intimidad, para desvelar información tan íntima, que incluso el propio individuo desconozca.

En general, la información sobre la personalidad de los trabajadores, sus hábitos y costumbres, no deben trascender a la relación laboral, salvo cuando por motivos de salud, se constata un resultado negativo que puede afectar al trabajador o a terceros. Mediante la vigilancia de la salud (art. 22 LPRL), el trabajador asume un deber de colaboración general por el que le corresponde "*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*" (art. 29.1 LPRL).

Fuera de este marco, en un Estado de derecho como el nuestro, garantista de los derechos individuales frente al Estado y frente a los particulares, entrar en los hábitos,

⁶¹⁰ GILLIOM, John: "*Surveillance, Privacy, and the Law: Employee Drug Testing and the Politics of Social Control (Law, Meaning, and Violence)*". University of Michigan Press, 1994. Págs. 1-4.

perfiles o situaciones psicológicas de las personas es un acto que trasciende los límites de estos derechos, pero que abre un debate sobre como afrontar la polémica entre el derecho a la intimidad y el derecho a garantizar la vida o la seguridad ciudadana.

Realmente, se trata de la colisión de dos derechos, el de la intimidad y el derecho a la propia vida e integridad física, no solo del trabajador, sino de todas las personas cuyas vidas dependen de él. El problema es que no es fácil limitar un derecho para salvaguardar otro del que no hay seguridad de que esté amenazado, aunque como medida de cautela, existen indicios en los que podría establecerse una relación de causalidad entre dos situaciones: El respeto a la intimidad puede ser causa para no adoptar medidas que eviten un riesgo real para la seguridad y para la vida de las personas.

En profesiones que requieren una especial preparación, física y psíquica, que se llevan a cabo en situaciones en las que una falta de capacidad, por mínima que sea, puede acabar con la vida de las personas, es normal y está justificado la adopción de controles que si bien pueden ser "*extralaborales*", pueden detectar situaciones de riesgo que deben ser evitadas. Son ejemplos de estas profesiones, los Cuerpos de Seguridad del Estado y las Fuerzas Armadas, conductores, pilotos, bomberos, médicos, tripulaciones de buques, etc. En estos casos, cabe defender la exigencia de una capacidad laboral, constatada a través de un control externo, pero conocida por la propia empresa, para que sea ésta quien decida las medidas oportunas para evitar o limitar el riesgo.

Uno de los problemas es identificar la causa por la que objetivamente se pueda excluir a un trabajador de la realización de su trabajo en un momento determinado. Los estados de embriaguez o la toxicomanía, pueden detectarse a simple vista, pero no los estados de ánimo o la capacidad que subyacen a estas y otras situaciones.

Es decir, sabemos que el procedimiento previsto en muchos casos es el sometimiento a controles regulares del estado de salud del trabajador y que la dolencia o enfermedad en sí no debe ser conocida por el empresario, pero sí su capacidad o no para realizar el trabajo. Pues bien, no siempre es suficiente este protocolo. Tampoco cabe exigir un control médico-psicológico cada vez que el trabajador va a desarrollar su trabajo, aún en situaciones de riesgo.

¿Es legítimo conocer los antecedentes psíquicos o psicológicos de un trabajador cuya personalidad puede poner en riesgo vidas humanas en el desarrollo del trabajo?

La Fiscalía de Düsseldorf, en el accidente aéreo de *Germanwings*, ha constatado que el copiloto que estrelló el avión tenía un certificado médico de baja por enfermedad que había ocultado a la empresa y que esa patología de inestabilidad psíquica había sido tratada con anterioridad. En este y en la mayoría de los casos, lo que ha quedado claro es que no se puede dejar en manos de una persona con importantes desequilibrios psicológicos, la decisión de presentar o no la baja laboral a la empresa.

Pero además de ello, también ha quedado claro que la empresa conociendo los antecedentes del copiloto del avión siniestrado, a raíz de pruebas anteriores, no podía en virtud de los solos antecedentes, impedir al trabajador pilotar un avión de pasajeros, sino que esa facultad, que excede del poder de dirección, se deja en manos de los protocolos de seguridad que someten a los pilotos a las pruebas oportunas de capacidad.

En el plano contrario, sin embargo, sacrificar la intimidad por la seguridad (vinculada al derecho a la vida e integridad física), puede resultar peligroso e imprudente. Imaginemos las decisiones que se pueden adoptar en virtud de los antecedentes, hábitos o costumbres que, para salvaguardar la seguridad, pueden excluir a los trabajadores de su derecho al trabajo, de forma un tanto arbitraria, cuando no encubran otras causas reales o discriminatorias. Por poner un ejemplo, ¿Cómo se podría excluir a un piloto de avión para volar cuando ha quedado acreditado que no ha descansado lo suficiente? ¿Se pueden arbitrar con carácter general unas medidas que equilibren el derecho a la intimidad del trabajador, con el legítimo control empresarial de la aptitud profesional y con los intereses de terceros, cuya seguridad depende del trabajador?

La capacidad y su medición ha de ser objetiva. La solución a estos debates pasa por el examen de la capacidad individual, a la que se ha de someter obligatoriamente el trabajador, incluso, ante situaciones de sospecha o denuncia, como concesión de su derecho a su libertad individual, y de su derecho al trabajo, que queda condicionado a su plena capacidad física y mental. Esta objetividad podría quebrar en aquellos casos en que la probabilidad cierta de que se repitan o exterioricen determinados comportamientos aconsejen la exclusión del desempeño del trabajo.

La evaluación de la capacidad o aptitud ha de ser también independiente, pues no existe objetividad cuando el examen se lleva a cabo por parte interesada (la empresa).

Las pruebas que determinen la capacidad deben ser ajustadas a las necesidades que requiere la profesión y no deben ir más allá de esos condicionantes laborales. Lo contrario daría lugar a comportamientos discriminatorios (incluso el sexo y otras circunstancias personales no deben influir en la determinación de la capacidad. No por el hecho de que en general las mujeres tengan menos fuerza física que los hombres, puede excluirse a una mujer de la que no se ha valorado la fuerza física requerida para el ejercicio de una determinada profesión).

Los controles sobre la capacidad profesional debieran ser tan frecuentes como necesarios, obligatorios para el ejercicio de la profesión, e individuales sobre cada trabajador. El contenido de las pruebas debe ir en consonancia con los requerimientos del trabajo, de forma que una extralimitación en el conocimiento de cuestiones que en nada afectan al trabajo en sí, sería contrario a los derechos del trabajador.

Por último, se presenta un nuevo problema laboral en los casos de no superación de las pruebas por los trabajadores que ya están contratados (en un proceso de selección, la decisión de exclusión no trae más consecuencias), y las medidas a tomar por el empleador, entendiéndose que en ellas no existen motivos disciplinarios, por indisciplina, o transgresión del abuso de confianza o de la buena fe del trabajador, sino que se trata de causas objetivas.

Sin perjuicio de la flexibilidad interna en la empresa y de que el trabajador pudiera ser destinado a otros menesteres que correspondan a su grupo profesional (art. 22 ET), o modificadas sus condiciones de trabajo (art. 41 ET) o funciones (art. 39 ET) y siempre que que no afecten a su dignidad, el empresario podría extinguir el contrato de trabajo en base a la causa objetiva del art. 53.1 ET: "*Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa*".

Otra posible vía de extinción, si así estuviera pactada, sería la del art. 49.1.b) ET que prevé como causa general de extinción las cláusulas consignadas válidamente en el contrato, salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario. En esta causa, sin embargo, podría oponerse la subjetividad interesada en la valoración de la capacidad, constituyendo abuso de derecho y siendo contraria a otra garantía general de nuestro derecho civil que prevé que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.256 del Código Civil).

4.4.9 El control disciplinario.

Ninguna de las medidas de control empresarial serían realmente eficaces sin un instrumento que tipifique aquellas conductas que supongan un incumplimiento laboral de los trabajadores y que permitirán el ejercicio de un poder punitivo del empresario, consistente en la imposición de una sanción disciplinaria que conllevará, en mayor o menor grado, efectos en el contrato, incluso, en los casos más graves, su extinción. Todo ello, sin perjuicio de las sanciones civiles y penales en que el trabajador pudiera incurrir.

Bajo esta perspectiva, el poder disciplinario se aleja de soluciones más propias del derecho común, como es la resolución por incumplimiento del contrato. En el ámbito laboral, éste sería el último efecto, existiendo un amplio catálogo de graduación de las faltas, que sin perjuicio de las recogidas en las disposiciones legales (sobre todo, en el art. 54 ET), serán las que así estén tipificadas en el convenio colectivo de aplicación⁶¹¹.

Este poder disciplinario tiene como finalidad asegurar el mantenimiento de la conducta laboral debida, así como garantizar la ordenación técnica y organización de la empresa, de acuerdo a las directrices del empleador. Además, servirá para prevenir comportamientos incorrectos, no sólo en la relación empresario-trabajador, sino en las relaciones entre trabajadores o entre éstos y terceros, siempre y cuando tales conductas estén en el marco de la relación laboral.

En lo que nos afecta, es decir, en la colisión de derechos entre particulares, cabe señalar que la sanción por incumplimiento laboral ha de tener en cuenta que la conducta del trabajador no sea en el ejercicio legítimo de un derecho, pues de lo contrario, dicha sanción deviene nula. Para evitar la arbitrariedad en el ejercicio del poder disciplinario, la Ley habilita unos mecanismos de defensa, siendo el más importante el acceso a la vía judicial, a través del procedimiento de impugnación de sanciones, o en los casos más graves, en procedimiento de despido regulado en la LRJS⁶¹². Sin perjuicio de estas vías, el Cap. XI de esta norma, regula un procedimiento específico denominado "*De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas*", cuyo objeto es comprender con amplitud toda posible vulneración de tales derechos y libertades fundamentales en el ámbito de las relaciones de trabajo, sean genéricos o específicamente laborales, salvo cuando sea necesario seguir una determinada modalidad procesal especial.

⁶¹¹ MONTOYA MELGAR, Alfredo; GALIANA MORENO, Jesús María; SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y RÍOS SALMERÓN, Bartolomé: "*Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*". Ed. Aranzadi. Elcano. 2000. Págs. 389-390.

⁶¹² Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (BOE de 11 de octubre).

Tanto el carácter revisable de la sanción, como el carácter y eficacia inmediata y directa de la propia y autónoma decisión empresarial⁶¹³, han sido puestas de relieve por el TC junto al respeto al principio de legalidad y tipificación de la falta en el siguiente sentido:

"El empresario, en nuestro sistema legal, tiene atribuido un llamado poder disciplinario que le permite adoptar decisiones sancionadoras de eficacia inmediata, sin necesidad de acudir a las instancias judiciales para su imposición y efectividad", siendo su contrapartida "el correlativo derecho del trabajador, además de otras garantías, de instar y obtener en la vía judicial laboral la revisión de la conformidad a Derecho de tal decisión empresarial" (STC 206/1987, de 21 de diciembre FJ 2º). Se arbitra así un proceso revisor a favor del trabajador, legitimado activamente para abrir dicho proceso.

Este poder disciplinario, pone de manifiesto la situación de primacía en que, en principio, se halla el empresario en el marco de la relación laboral. Como garantía para que su ejercicio se mantenga en unos determinados y adecuados límites, se configura como un poder subordinado y sometido al principio de legalidad. Primero, en el sentido que la actuación disciplinaria empresarial está sujeta a revisión por la autoridad judicial, a instancia de parte y previo el correspondiente proceso (ya sea el de impugnación de sanciones o el previsto para el despido disciplinario) y, segundo, porque se exige una previsión normativa tanto de las conductas sancionables como de las sanciones que puedan imponerse (STC 17/2000, de 31 de enero, FJ 2º).

Una medida excepcional, que más que sancionadora, habría que calificar de "cautelar" es el cierre del centro de trabajo, impidiéndose por parte del empresario, que el trabajador pueda asistir a realizar la prestación de trabajo que tiene comprometida, cuando, ex art. 12 del RD-Ley de Relaciones de Trabajo, con ocasión de una huelga o irregularidad colectiva en el régimen de trabajo, se advierte notorio peligro de violencia para las personas o los bienes e instalaciones.

5. LOS LÍMITES AL PODER DE DIRECCIÓN EMPRESARIAL COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR Y, EN ESPECIAL, DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

La relación laboral supone la convivencia de dos tipos de derechos de distinta índole: Los del trabajador, incluyendo tanto los específicamente laborales, como los inespecíficos que ostenta como ciudadano, y los del empresario, derivados de la libertad de empresa, que obligan al trabajador a la realización de la prestación pactada de acuerdo a las directrices impartidas por el empleador. El ejercicio de ambos derechos, de empresario y trabajador, están sujetos a un marco normativo y a unos principios que inspiran y salvaguardan la relación laboral.

De las consideraciones anteriores, surge como problema fundamental a resolver el siguiente: ¿Cómo debe solucionarse, entonces, y supuesta la plena eficacia de los derechos fundamentales del trabajador, la tensión entre las manifestaciones del derecho a la intimidad y la potestad de mando del empleador, en el ámbito laboral?

La solución, al menos en una aproximación inicial, parecería fácil: El derecho

⁶¹³ DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (Director), en AA.VV.: "Comentarios al Estatuto de los Trabajadores" Ed. Iustel. Madrid 2010. Pág. 991.

fundamental de la intimidad, con rango de garantía constitucional, no puede ser restringido, afectado o limitado, sino por la existencia de otro derecho de igual rango o jerarquía, o por expresa disposición de la Ley.

Ahora bien, por otro lado, el trabajador, como sujeto de derechos fundamentales, puede ejercer su derecho a la intimidad personal y el resto de los derechos de la personalidad, aún a pesar de la limitación que supone el poder de dirección derivado de la libertad de empresa. Por tanto, habrá de deslindar los límites externos de estos derechos, en su convivencia conjunta y legítima en el seno de la relación laboral.

Se produce por tanto un choque frontal entre dos derechos constitucionalmente proclamados, pues el reconocimiento de los derechos fundamentales del trabajador actúa como límite a las facultades discrecionales del empresario, en el ejercicio de su libertad de empresa.

En este sentido, señala acertadamente GOÑI SEIN que *“la situación de subordinación que caracteriza la relación de trabajo no puede explicarse en manifestaciones de ejercicio del poder empresarial que lesionan instancias irreductibles de libertad o de intimidad”*⁶¹⁴.

De esta manera, el poder de dirección y las facultades del empleador, ya deriven de la ley o del contrato de trabajo respectivo, y aun cuando, tengan su fundamento último en el derecho a la libertad de empresa, también de rango constitucional, necesariamente deben someter su ejercicio al respeto de esa esfera personal del trabajador a la que terceros no deben tener acceso.

Así lo señala la autora uruguaya GIUZIO, que expresa que *“el ingreso a una relación laboral no implica una abdicación del derecho a la intimidad; siempre existirá un reducto infranqueable a los poderes de dirección y vigilancia del patrono”*⁶¹⁵. Si bien se puede convenir en que no hay tal abdicación, sin embargo, cuando se celebra un contrato de trabajo, el propio trabajador excluye el ejercicio de una parte de su intimidad personal y familiar cuando ello resulte incompatible con la prestación laboral. No debe olvidarse que, al fin y al cabo, el contrato de trabajo es fruto de la autonomía privada, por lo que el sometimiento a esta relación de subordinación es voluntario.

El problema, sin embargo, según se avanza, se muestra un poco más complejo: No basta constatar la existencia de un derecho a la intimidad del trabajador, para entender el poder de mando del empleador automática y categóricamente limitado a dicho derecho, sino que queda pendiente el problema, precisamente el más complejo de todos, en qué medida o con qué intensidad se va a producir dicha limitación.

El art. 20.3 ET reconoce la facultad empresarial de adoptar las medidas que considere más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y

⁶¹⁴ GOÑI SEIN, José Luis: *“El respeto a la esfera privada del trabajador”*. Ed. Civitas. Madrid, 1988. Pág. 21.

⁶¹⁵ GIUZIO, GRACIELA: *“La protección de la intimidad del trabajador en el Derecho Laboral Uruguayo”*. *Revista del Colegio de Abogados de Uruguay*. Tomo XXXII. 1995. Pág. 68.

aplicación la consideración debida a la dignidad. El problema planteado por este precepto viene referido a la determinación de cuándo los mecanismos empleados por el empresario para controlar el cumplimiento de los deberes laborales por los trabajadores implican una vulneración del derecho a la intimidad y, en consecuencia, un ejercicio ilegítimo de la facultad de vigilancia reconocido al empleador en el art. 20.3 ET.

En un análisis pormenorizado, cabe identificar los límites al poder de dirección, en base a la garantía de la eficacia de los derechos fundamentales al trabajador, que a su vez, vendrán también limitados o modalizados por la naturaleza misma de la relación laboral y, en concreto, a la característica de la dependencia, pero con sujeción a los parámetros que a continuación se desarrollan.

5.1. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR COMO PERSONA.

Los textos internacionales que reconocen expresamente el derecho a la intimidad y los derechos de la personalidad tienen una gran importancia en España, tanto a nivel de referente, como por la naturaleza interpretativa que el art. 10.2 CE les reconoce sobre nuestro ordenamiento interno: *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*.

La primera Declaración internacional que reconoció el derecho a la vida privada y que cabe tener como precedente, fue la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948⁶¹⁶. En esta Declaración se adopta una concepción de la persona, a la que se atribuye una serie de derechos que no nacen por el hecho de ser nacional de un determinado país, o como extensión del derecho de propiedad, sino que tienen como fundamento a la persona humana, a su dignidad y a su libertad. Su art. 5 reconoce que *“Toda 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”*; en su art. 9 declara que *“Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad del domicilio”*, y el 10 dispone que *“Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de la correspondencia”*.

Entre estos textos internacionales (declaraciones o códigos), a pesar de su alcance general, en la medida en que pueden ser aplicables a la relación laboral para garantizar el derecho a la intimidad del trabajador, así como los vinculados al secreto de las comunicaciones y protección de datos, cabe destacar los que a continuación se detallan.

5.1.1. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948.⁶¹⁷

Después de la Segunda Guerra Mundial y la creación de la ONU, la comunidad internacional se comprometió a no permitir nunca más atrocidades como las sucedidas en ese conflicto. Los líderes del mundo decidieron complementar la Carta de las Naciones Unidas con una hoja de ruta para garantizar los derechos de todas las personas en

⁶¹⁶ Aprobada como Recomendación por la IX Conferencia Interamericana, reunida en Bogotá, del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948.

⁶¹⁷ Adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

cualquier lugar y en todo momento. Esta Declaración supone la primera declaración mundial sobre la dignidad y la igualdad inherentes a todos los seres humanos.

En relación a la privacidad, su art. 12 establece que *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación. Toda persona tiene el derecho a la protección de la Ley contra tales ataques o injerencias”*.

No se trata de un antecedente lejano y distante con la realidad actual. Si nos trasladamos al ámbito tecnológico, cambiando los medios, el derecho a la privacidad, intimidad y reserva sigue siendo completamente aplicable a las modernas formas de trabajo, entendiendo y actualizando las expresiones por las que ahora conocemos de intimidad personal, derecho a la propia imagen, al honor o a la inviolabilidad del domicilio.

5.1.2. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, del Consejo de Europa, hecho en Roma el 14 de noviembre de 1950.

Este Convenio, aprobado en el seno del Consejo de Europa, trata de fortalecer una unión más estrecha entre sus Estados miembros. Entre los medios para alcanzar esta finalidad, destacan la protección y el desarrollo de los derechos humanos y las libertades fundamentales, entre los que se incluyen los relacionados con la intimidad y la privacidad.

En este sentido, el art. 8.1 reconoce el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

Por su parte, el art. 8.2 dispone que *“No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por 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 y 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”*.

A la tradicional protección de la intimidad, GÓMEZ MONTORO apunta hacia un entendimiento cada vez más expansivo de la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 CEDH, entendiéndose como un derecho a la autonomía personal, añadiéndose nuevos contenidos, como la protección de datos, los derechos al nombre y status familiar, así como el conocimiento del propio origen biológico, que cabe observar de la jurisprudencia del TEDH⁶¹⁸.

⁶¹⁸ GÓMEZ MONTORO, Ángel José: “Vida privada y autonomía personal o una interpretación passe-partout del art. 8 CEDH”, en RUBIO LLORENTE, Francisco; JIMÉNEZ CAMPO, Javier; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José; BIGLINO CAMPOS, Paloma y GÓMEZ MONTORO, Ángel José (Dirs.): *“La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016. Pág. 626.

Sobre el alcance de este artículo, pueden consultarse también los siguientes estudios: ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier: “Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar”, en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Dir.): *“Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático”*. Ed. Cívitas. Madrid, 2009 (2ª ed.). Págs. 293-389; SANTOLAYA MACHETTI, Pablo: “El derecho a la vida privada y familiar (un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad)”, en GARCÍA ROCA, Francisco Javier y SANTOLAYA MACHETTI, Pablo (Coords.): *“La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos”*. Centro de Estudios Políticos y

Así, la Corte Europea de Derechos Humanos tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el alcance de este precepto en el marco de las actividades laborales y profesionales, concretamente en su sentencia *Niemietz contra Alemania* de 16 de diciembre de 1992, en la que expresó que el respeto a la vida privada que reconoce el art. 8, engloba también el derecho del individuo a organizar y desarrollar relaciones con sus semejantes.

El asunto *Niemietz contra Alemania* se refería al registro, por una autoridad pública, de la oficina del demandante. El Gobierno alemán alegó que el art. 8 no ofrecía protección alguna contra el registro de una oficina, ya que el Convenio establece una clara distinción entre vida privada y domicilio, por una parte, y vida profesional y lugar de trabajo, por otra.

El Tribunal desestimó esta alegación y resolvió en el sentido que el respeto de la vida privada debe también englobar el derecho a entablar y desarrollar relaciones con los semejantes. La importancia, a nuestros efectos, es que explícitamente se declaró que no hay razón para excluir las actividades profesionales o comerciales del concepto de vida privada, “*puesto que es en el trabajo donde la mayoría de las personas disponen de muchas, o incluso las máximas, oportunidades de relacionarse con el mundo exterior*”.

Más concretamente, en el asunto *Halford contra el Reino Unido*, el Tribunal estableció que la interceptación de las llamadas telefónicas efectuadas por los trabajadores desde su puesto de trabajo constituye una violación del art. 8 del Convenio. Las circunstancias motivadoras para apreciar la intromisión a la privacidad de la Sra. Halford se basaron en que la utilización de estos teléfonos no estaba sometida a restricción alguna ni se le transmitió ninguna orientación a este respecto.

A pesar de ello, el empleador, una autoridad pública, consideró en cambio que las llamadas telefónicas realizadas por la Sra. Halford desde su puesto de trabajo estaban sujetas a supervisión, aunque los interesados no lo supieran de antemano. Para el Tribunal, sin embargo, se desprende claramente de su jurisprudencia que las llamadas telefónicas que proceden de locales profesionales, al igual que las procedentes del domicilio, pueden incluirse en los conceptos de “*vida privada*” y de “*correspondencia*” citados en art. 8.1. Es precisamente la falta de advertencia o aviso de la interceptación, lo que provoca suponer el reconocimiento del carácter privado de este tipo de llamadas.

En una interpretación extensiva, el concepto de “*correspondencia*” engloba no sólo las cartas redactadas en papel, sino también otras formas de comunicación electrónica recibidas o enviadas en el lugar de trabajo, como las llamadas telefónicas efectuadas o recibidas en locales profesionales o los mensajes electrónicos recibidos o enviados en ordenadores puestos a disposición en el lugar de trabajo. Algunos interpretan la sentencia en el sentido de que parece implicar que si el empleador informa previamente al trabajador de que sus comunicaciones pueden interceptarse, el trabajador ya no podrá esperar que se reconozca carácter privado a sus llamadas, con lo que la interceptación no

Constitucionales. Madrid, 2014 (3ª ed.). Págs. 545-566; CASADEVALL MEDRANO, Josep: “*El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012; VAN DIJK, Pieter; VAN HOOFF, Fried; VAN RIJN, Arjen, ZWAAK, Leo: “*Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*”. Ed. Intersentia. Antwerpen-Oxford, 2006 (4ª ed.). Págs. 663-750 y GRABENWARTER, Christoph: “*European Convention for the Protection of Human Rights. Commentary*”. Ed. C.H. Beck-Hart-Nomos. Munich, 2014. Págs. 183-233.

constituirá una violación del art. 8 del Convenio.

Es este, sin duda, uno de los muchos factores que han de tenerse en cuenta, sin perjuicio de otros elementos como son la propiedad de los medios utilizados, su afección exclusivamente profesional y la normativa interna de la empresa.

Así, en este sentido, en otro caso mucho más reciente, la STEDH de 12 de enero de 2016 "*Bărbulescu v. Rumanía*", incide en que no se vulnera el art. 8.1 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y de la correspondencia), cuando se había establecido por la empresa una normativa interna, conocida por los trabajadores, que prohibía el uso privado de los medios de trabajo⁶¹⁹. Concretamente, el señor *Bărbulescu* fue despedido por realizar comunicaciones privadas en una cuenta de correo electrónico, creada para fines exclusivamente profesionales. Aunque el recurso contra el despido se basaba en que la empresa había leído sus mensajes privados, la compañía argumentó que su normativa interna, conocida por el trabajador, prohíbe de forma expresa y tajante el uso de recursos corporativos para fines privados. Este hecho es lo que propicia la verificación y, por tanto, el acceso a los mensajes privados.

El TEDH ratificó el despido, afirmando que el empleador puede comprobar la forma en que sus empleados realizan sus tareas profesionales, lo que incluye el derecho para monitorizar y transcribir las comunicaciones que el empleado negó haber tenido para fines personales, después de haber sido, junto con sus otros compañeros de trabajo, advertido contra el uso de recursos de la empresa para fines personales.

En general, los casos planteados aplican un precepto (art. 8.1) que después del reconocimiento de un derecho fundamental, establece un límite o excepción (art. 8.2), siempre que esté previsto por la ley y constituya una medida necesaria por una sociedad democrática para la consecución de sus fines. Por ello, en la aplicación de esta cláusula, que condiciona la legitimidad de la medida a que sea necesaria e imprescindible, el TEDH aplica en numerosas ocasiones el principio de proporcionalidad⁶²⁰.

5.1.3. La Unión Europea y La Carta de los Derechos Fundamentales.⁶²¹

La cuestión en torno a la construcción de una Constitución europea se presenta de manera muy distinta en cada uno de los países miembros de la Unión, de acuerdo con sus respectivas culturas jurídicas y tradiciones constitucionales. Ello supone una dificultad a la hora de llevar a cabo una declaración o catálogo de derechos omnicompreensivo de las legislaciones de cada uno de los Estados, si bien se ha destacado repetidamente desde el ámbito político y en el debate científico que un proyecto de tal naturaleza no solo tiene sentido sino que incluso es necesario⁶²².

⁶¹⁹ STEDH (Sección Cuarta), de 12 de enero de 2016 "*Bărbulescu v. Rumanía*", rec. N.º 61496/08.

⁶²⁰ FASSBENDER, Bardo: "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 5. Septiembre-diciembre 1998. Pág. 52.

⁶²¹ Fue formalmente proclamada en Niza, el 7 de diciembre de 2000, por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. En diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados. A tal efecto, la Carta fue enmendada y proclamada por segunda vez en diciembre de 2007.

⁶²² ZACHERT, Ulrich: "Los Derechos Fundamentales de los trabajadores en la Carta Europea de Derechos

Esta necesidad ha desembocado en distintas propuestas de un catálogo europeo de derechos fundamentales. Un verdadero hito en este camino se alcanzó el 8 de diciembre de 2000, cuando con ocasión de la reunión del Consejo Europeo, el Parlamento Europeo, el propio Consejo y la Comisión Europea, se aprobó la Carta Europea de Derechos Fundamentales. La principal novedad radica en la existencia, por primera vez, de un catálogo expreso de derechos fundamentales específicamente comunitario⁶²³.

En relación a los trabajadores sometidos a una relación laboral, el texto permite que éstos dispongan de un *standard* mínimo de normas protectoras en la esfera constitucional. De una parte, contiene derechos “*específicos*” de los trabajadores, relacionados en distinta intensidad con el ámbito laboral (recogidos en el Cap. IV, arts 27 a 34, bajo el Título de “*Solidaridad*”), tales como el derecho de información y consulta, el de negociación y acción colectiva, el acceso gratuito a un servicio de empleo, el derecho a la protección contra el despido injustificado, el derecho a unas condiciones de trabajo sanas, seguras y dignas, la prohibición del trabajo infantil, los principios para la conciliación de la vida familiar y profesional o el acceso a las prestaciones de Seguridad Social y los servicios sociales.

Pero también recoge una serie de derechos “*inespecíficos*” perfectamente aplicables en el seno de la relación laboral, y que juegan a favor del trabajador, correspondiendo al Estado, la tarea de protegerlos.

Así, la CDFUE reconoce la dignidad de la persona (art. 1), el derecho a la integridad (art. 3) o la protección de la personalidad (art. 5). De especial importancia son, en su art. 7, la protección de la vida privada y familiar (Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar), de su domicilio y de sus comunicaciones, y en su art. 8, la protección de los datos de carácter personal, en los siguientes términos: “*Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. Estos datos se tratarán 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. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación*”.

En cuanto a la libertad de empresa, tiene también un reconocimiento en su art. 16, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales.

En cuanto al alcance de los derechos garantizados, el propio art. 52.1 de la Carta prevé que cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Y en cuanto a los límites, ya que no se trata siempre de derechos absolutos, sólo cabe introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

Fundamentales”. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 65. 2002. Pág. 10. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=299478>

⁶²³ ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier: “La relevancia del derecho de la Unión Europea para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 74. Mayo-agosto 2005. Pág. 91.

La CDFUE parece ir en el mismo sentido que el TEDH. El concepto de secreto de correspondencia se ha ampliado para convertirse en un concepto de nueva generación: El “*secreto de las comunicaciones*”, con el fin de reconocer a las comunicaciones electrónicas el mismo nivel de protección del que se beneficia el correo tradicional.

Por su parte, el TJUE ha venido reconociendo que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho Comunitario⁶²⁴. En este sentido, el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como en los instrumentos internacionales sobre protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o se han adherido⁶²⁵.

El derecho a la vida privada es precisamente uno de los derechos fundamentales protegido por el ordenamiento jurídico comunitario, sin que ello implique que sea un derecho absoluto. También en el ámbito de la UE se ha interpretado la colisión de derechos y la aplicación del principio de proporcionalidad, en algunos casos como, por ejemplo, en el ámbito laboral⁶²⁶. Los términos vida privada no deben interpretarse restrictivamente y, ninguna razón de principio permite excluir las actividades profesionales del concepto de vida privada⁶²⁷.

5.2. EL RESPETO A LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR Y A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN.

5.2.1 Los derechos fundamentales del trabajador como límite al poder de dirección.

Desde el punto de vista ético-jurídico, el respeto a la dignidad humana y el control empresarial, han de tener un punto de encuentro basado en la confianza. Si existe una actividad de control es porque, en realidad, se ha generado previamente una expectativa basada en la confianza. No son por tanto actitudes contradictorias, sino complementarias, fiel reflejo de aquellas raíces antropológicas en las que se basan tanto la dinámica de la confianza como la lógica del control en el ámbito de la empresa⁶²⁸.

Cabe afirmar que el fundamento constitucional de los límites del poder empresarial se resume en el respeto a la dignidad de los trabajadores y de sus derechos inviolables (art. 10.1 de la CE); valores que tienen, además, una consideración expresa en arts.

⁶²⁴ Véase un análisis de la jurisprudencia comunitaria respecto a la eficacia de los derechos fundamentales en PIÑAR MAÑAS, José Luis: “El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 19-20. Mayo-diciembre 2003. Págs. 45-90.

⁶²⁵ STJUE de 6 de marzo de 2001, asunto *Connolly* (C-274/99).

⁶²⁶ Un estudio en profundidad sobre esta cuestión en: GALETTA, Diana-Urania: “El principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario”. *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 5. Septiembre-diciembre 1998. Págs. 75-118.

⁶²⁷ STJUE de 20 de mayo de 2003, asunto *Rundfunk* (C-465/00, C-138/01 y C-139/01).

⁶²⁸ AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón: “Prevención del delito en la empresa. Límites ético-jurídicos en la implementación de sistemas de videovigilancia”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N.º 11. 2009. Pág. 11. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/11/recpc11.html>

concretos del ET, tales como, el 4.2.d), 8.3, 18, 20.3, 39.3 y 50.

Ahora bien, dada la importancia del contrato de trabajo como vínculo necesario para la persona, en cuanto a la obtención del salario como medio fundamental de vida para satisfacer las necesidades propias y las de su familia, la dignidad es un elemento necesario para que la subordinación y la dependencia que caracterizan la relación laboral se desenvuelvan en un marco adecuado y garante del resto de derechos constitucionalmente reconocidos.

Esta idea sobre la importancia de la dignidad en el plano laboral, se refuerza con la relación entre el trabajo, como aspecto esencial de la actividad humana y el libre desarrollo de la personalidad. La actividad laboral constituye un punto esencial para poder llevar a cabo los proyectos profesionales, pero también personales del sujeto⁶²⁹.

Esta idea ha cuajado en los tribunales laborales, que reconocen al trabajador el ejercicio y desarrollo de los derechos fundamentales, no sólo por pertenecer a la empresa, sino por ser persona. El empresario está obligado a actuar dentro del respeto máximo a los mismos, en cuanto que desarrolla su actividad dentro de un orden social, regido por unas pautas normativas y unos valores que tienen un desarrollo específico dentro de nuestra modernidad⁶³⁰.

Sin embargo, el art. 4.2.e) ET, reconoce el derecho del trabajador al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad. Así, la vinculación de la intimidad con la dignidad de la persona y con la inviolabilidad de los derechos que le son inherentes (art. 10.1 CE) le ha dado un carácter particularmente “*vaporoso y expansivo*”. En efecto, la intimidad en el ámbito laboral, se relaciona directamente con otros derechos de la persona: El respeto al aspecto personal e imagen, a la sexualidad, a la integridad física y moral, a la dignidad, a la libertad ideológica, religiosa y de conciencia del trabajador, etc. Estas materias o ámbitos colindantes pueden configurarse también como derechos de la personalidad y también pueden estar afectados en el desarrollo del contrato de trabajo por limitaciones derivadas de obligaciones contractuales asumidas por el trabajador⁶³¹.

Sin embargo, no se puede olvidar que el contrato de trabajo, aún regulado por el derecho laboral, no deja de tener por objeto un acuerdo de voluntades, que no es más que la manifestación de la autonomía de la voluntad, en términos similares a un contrato civil, sujeto eso sí a unas particulares condiciones y características. Por ello, cabe plantear, siguiendo algunas previsiones del derecho civil, si la dignidad de la persona puede constituir un límite a la autonomía de la voluntad de las partes.

En el art. 1.255 del Código Civil se aprecia que “*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente*”, y añade: “*siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*”. Cabe plantearse si los

⁶²⁹ OJEDA AVILÉS, Antonio e IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa: “La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º 73. 2008. Pág. 148.

⁶³⁰ STSJ del País Vasco (Sala de lo Social), de 18 octubre 2004, rec. N.º 1277/2004 (AS 2004\3520).

⁶³¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: “*Derecho a la intimidad y relaciones laborales*”. Forointimidad. Seminario sobre tendencias de la protección jurídica de la intimidad (Privacidad y relaciones laborales). Universidad de Huelva. 2006. Pág. 3.

derechos y libertades fundamentales como elementos del ordenamiento, están contenidos en normas jurídicas objetivas que forman parte de un sistema axiológico positivizado por la CE y que constituyen los fundamentos materiales del ordenamiento jurídico entero (arts. 1.1, 9.2, 10.1 y 53 CE).

De esta manera, por ejemplo, una cláusula del contrato de trabajo que atentase contra el art. 10.1 CE, en el sentido de que un trabajador se comprometiera a renunciar de antemano a ejercer cualquier derecho o libertad fundamental, sería nula de pleno derecho, no sólo en base a los arts. 6.3 y 1255 del Código Civil, sino en virtud de los citados preceptos constitucionales⁶³².

El art. 20.3 ET, aún cuando dispone como límite al poder de dirección el respeto a la dignidad, por su especial vinculación, hay que entender que también afecta implícitamente a la intimidad, por lo que implica un límite al empleador de todo control y fiscalización intrusiva en la vida privada del trabajador en todos aquellos aspectos no relacionados con el trabajo.

El ET contiene además algunas referencias sobre el respeto a la dignidad del trabajador, como límite al poder de dirección y algunos efectos sobre comportamientos empresariales que no respeten o menoscaben la dignidad del trabajador.

En cuanto a límite, actúa en la movilidad funcional: La movilidad funcional en la empresa se efectuará de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto a la dignidad del trabajador (art. 39.1 ET), y por extensión, debe aplicarse a cualquier medida de flexibilidad interna que suponga cambio o modificación de las condiciones pactadas (movilidad geográfica, o modificación de condiciones de trabajo).

En cuanto a las consecuencias, se prevé en general la nulidad de la medida adoptada, o bien, la garantía para el trabajador de rescindir su relación laboral, con la indemnización correspondiente a un despido improcedente, como en el caso de modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo sin respetar lo previsto en el art. 41 ET y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador [(art. 50.1.a) del ET)].

5.2.2 El principio de proporcionalidad como delimitador de los límites de un derecho fundamental.

El principio de proporcionalidad se integra por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir o sopesar la licitud de todo género de límites a las libertades y sus interpretaciones, sobre todo cuando se trata de discernir ante una colisión de derechos si una situación está amparada por un derecho que requiere un sacrificio o restricción de otro⁶³³. No significa vaciar un derecho en beneficio de otro, sino respetando el contenido esencial, aceptar ciertas restricciones a su ejercicio. Ello sucede cuando no hay una concreción suficiente en el desarrollo de un derecho por parte del legislador, de forma que ante la coexistencia de derechos o intereses legítimos, el órgano judicial ha de

⁶³² Véase Apartado 19 del Voto Particular a la STC 5/1981, de 13 de febrero.

⁶³³ BARNES VÁZQUEZ, Javier: "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar". *Cuadernos de Derecho Público*. N.º 5. Septiembre-diciembre 1998. Pág. 16.

aplicar ciertas pautas o directrices para decidir si una conducta debe protegerse, por integrar, o no, la esencia del derecho pretendidamente afectado⁶³⁴.

En el ámbito laboral confluyen derechos e intereses legítimos en el equilibrio de derechos y obligaciones entre trabajador y empresario. La sola invocación de una justificación llevada a cabo en interés empresarial es insuficiente para recortar los derechos fundamentales del trabajador en la empresa. Ahora bien, existen casos en que el derecho del trabajador, como ciudadano, ha de ceder al interés empresarial, sobre todo en lo relativo a la exigibilidad y control de la prestación laboral. Sin embargo, estas restricciones en uno u otro derecho no significa la desaparición de ninguno de ellos, sino una restricción en su ejercicio, respetando el contenido esencial de los derechos.

Los derechos fundamentales no son ilimitados, pero su modulación en el ámbito laboral exige justificar un interés objetivo empresarial que además sea razonable. Por ello, las medidas de control han de ser idóneas para conseguir los fines pretendidos, resultando indispensables, al no existir otra medida menos intrusiva en el derecho fundamental del trabajador, debiendo además, superar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, que de la medida se deriven más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes en conflicto.

El principio de proporcionalidad tiende a la búsqueda del equilibrio entre las obligaciones del trabajador objeto del contrato de trabajo por un lado y el ámbito de su libertad constitucional, por otro, y garantiza que la modulación del derecho fundamental será lo estrictamente imprescindible para su correcto y ordenado respeto en cuanto a restricción, calidad y procedimiento⁶³⁵.

La aplicación del principio de proporcionalidad a una medida limitadora de un derecho fundamental que pretenda ser legítima exige varios condicionamientos⁶³⁶:

En primer lugar, un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de los derechos, pues si no existe tal fin y la actuación legal es gratuita, o si resulta ilegítimo desde una perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de la comparación.

En segundo lugar, la adecuación o idoneidad de la medida adoptada en orden a la protección o consecución de dicho fin. Quiere esto decir que la medida restrictiva ha de mostrarse consistente con el bien o con la finalidad en cuya virtud se establece.

En tercer lugar, la necesidad de la intervención o, lo que es lo mismo, del sacrificio o afectación del derecho que resulta limitado, mostrando que no existe un procedimiento

⁶³⁴ MEDINA GUERRERO, Manuel: "El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales". *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 5. Septiembre-diciembre 1998. Pág. 141.

⁶³⁵ APILLUELO MARTÍN, Margarita: "Contornos de control empresarial de la intimidad del trabajador ante las nuevas tecnologías y a la luz de la doctrina judicial". *Aranzadi Social* 4/2003 (Estudio). Pamplona, 2003. Pág. 8.

⁶³⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis: "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades". *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (Universidad Carlos III), N.º 8. Enero-Junio 2000. Pág. 445.

menos gravoso o restrictivo.

Finalmente, la llamada proporcionalidad en sentido estricto que supone ponderar entre daños y beneficios, es decir, acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo y los daños o lesiones que de la misma se derivan para el ejercicio del derecho. Es aquí donde propiamente rige la ley de la ponderación, en el sentido de que cuanto mayor sea la afectación del derecho, mayor tiene que ser también la importancia de la satisfacción del bien en conflicto.

Ahora bien, para aplicar este principio, antes debe procederse a la delimitación de los derechos fundamentales en juego. La tarea inicial debe consistir en determinar si la concreta facultad o posibilidad de actuación objeto de la restricción, se halla bajo la cobertura de un derecho fundamental y, si es así, con qué intensidad es la protección que el mismo dispensa⁶³⁷.

Es por ello, como ha reconocido el TC, que la proporcionalidad es una técnica accesoria que no constituye en nuestro ordenamiento un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3º). Sin embargo, en algunas ocasiones no parece así, pues predomina la proporcionalidad ante la misma configuración del derecho, ante un supuesto de control oculto del trabajador, ante una apropiación indebida de dinero (STC 39/2016, de 3 de marzo).

En este mismo sentido, debiendo tener en cuenta el respeto al contenido esencial del derecho, la doctrina del TC incide en que, *“la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad”*. Por ello, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes⁶³⁸, que en numerosas ocasiones ha plasmado el TC⁶³⁹:

- Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad). Excluye, por tanto, la adopción de medios inidóneos que obstruyan el ejercicio de derechos, de acuerdo a los fines perseguidos.
- Si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad). Implica que entre dos medios igualmente idóneos, deberá ser elegido aquel que sea menos lesivo, es decir, el que interfiera en menor grado.
- Si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o

⁶³⁷ MEDINA GUERRERO, Manuel: “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”. *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 5. Septiembre-diciembre 1998. Pág. 137.

⁶³⁸ ALEXY, Robert: “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 91. Enero-abril 2011. Págs. 13 y ss.

⁶³⁹ Por ejemplo, STC 186/2000, de 10 de julio.

ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Consiste en evitar sacrificios que pueden ser evitados.

El carácter estructuralmente desigual de la relación laboral justifica someter el ejercicio de los poderes empresariales al canon de proporcionalidad. Partiendo del mismo valor entre el derecho de la empresa y del trabajador, se fija el mayor o menor peso de cada uno en función de las circunstancias del caso para establecer cual debe prevalecer según la regla: “*Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro*”⁶⁴⁰.

En los supuestos de ejercicio de un poder empresarial que restringe el derecho fundamental de un trabajador, su control conforme al principio de proporcionalidad pretende dilucidar si ese poder es jurídicamente admisible, de modo que en caso de prevalencia del derecho del trabajador, no estamos, propiamente, ante el sacrificio del interés empresarial, sino ante la delimitación constitucionalmente conforme del poder que le confiere el ordenamiento jurídico. En este sentido, cabría afirmar que los derechos fundamentales de los trabajadores, como consecuencia del juego de proporcionalidad, equivalen a un derecho a la justificación del ejercicio del poder empresarial⁶⁴¹.

Tratando de concretar hasta donde pueden limitarse los derechos del trabajador, PARDO FALCÓN alude el juicio de indispensabilidad (que integra el principio de proporcionalidad). En este sentido, el ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva es un bien jurídico garantizado *ex Constitucione*, integrante del contenido del derecho a la libertad de empresa. Sin embargo, su mera satisfacción no puede legitimar cualquier restricción en el disfrute o ejercicio por el trabajador de sus derechos fundamentales. Muy al contrario, ha de demostrarse necesariamente la imprescindibilidad de la medida restrictiva sobre los derechos del trabajador para alcanzar el fin empresarial, justificando las razones de necesidad que han de ser acreditadas por quien las alega⁶⁴².

Todo ello entraña la necesidad de proceder a una ponderación adecuada que respete la definición y valoración constitucional de los derechos fundamentales y que atienda a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto⁶⁴³. El paradigma del principio de proporcionalidad condiciona el objeto, lugar, forma y los medios utilizados para el control⁶⁴⁴.

⁶⁴⁰ ALEXYS, Robert: “*Teoría de los Derechos Fundamentales*”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993. Pág. 161.

⁶⁴¹ MIERES MIERES, Luis Javier: “*El derecho al olvido digital*”. Fundación Alternativas. Documento de trabajo 186/2014. Madrid. 2014. Págs. 2089-2090.

⁶⁴² PARDO FALCÓN, Javier: “El juicio de indispensabilidad: Un avance de los derechos fundamentales en el ámbito laboral”. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 39. 1996. Pág. 64. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=103525>

⁶⁴³ STC 151/2004, de 20 de septiembre.

⁶⁴⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: “*Derecho a la intimidad y relaciones laborales*”. Forointimidad. Seminario sobre tendencias de la protección jurídica de la intimidad (Privacidad y relaciones laborales). Universidad de Huelva. 2006. Pág. 14.

Esta valoración, por tanto, habrá de hacerse caso por caso, y cualquiera que sea la medida de control empleada por el empleador, por extraña que parezca. Por poner un ejemplo, se ha planteado si está justificada la medida empresarial de impregnación de tinte invisible en el billete que había sido previamente introducido en un monedero depositado en los vestuarios, y el posterior examen de las manos de la trabajadora para comprobar si había tocado el referido billete. La sentencia, dictada en sede de suplicación⁶⁴⁵, consideró la medida justificada (ante las sospechas de la comisión de las graves irregularidades a que hace mención la carta de despido); idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas para adoptar las medidas disciplinarias); necesaria (ya que la colocación de la tinta serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (pues el examen de las manos de la actora tuvo una duración temporal limitada, la suficiente para comprobar si las tenía manchadas con el referido tinte), por lo que descartó lesión alguna de la intimidad personal reconocida en el art. 18.1 CE.

Si generalizamos el supuesto planteado a otras situaciones en las que la medida empresarial sirva a una finalidad legítima, como la salvaguarda del patrimonio empresarial o el de terceros, los secretos de empresa o la imagen corporativa, nos hallamos, en definitiva, ante una justificación para restringir la libertad del trabajador, que seguramente no sería legítima ante un tercero que no ostentara la condición de asalariado.

Si el poder de dirección no sobrepasa su ámbito material, temporal y espacial, ejerciéndose además de forma respetuosa con la dignidad y los derechos del trabajador, cabe llevar a cabo medidas de control y vigilancia que sean acordes a este respeto debido. Ahora bien, ello incluye la adopción de medidas “*excepcionales*” y, por tanto, justificadas, cuando existen razones que presuponen un abuso de derecho o un incumplimiento contractual por parte del trabajador.

Siendo medidas excepcionales, para que sean consideradas legítimas no pueden perseguir otra finalidad que no esté conectada con la defensa y salvaguarda de los derechos del empresario, que incluye además la protección por éste de otros derechos o intereses de terceros (sean o no trabajadores). Por tanto, no puede tratarse de medidas arbitrarias o caprichosas, ni adoptadas para divulgar o menospreciar un comportamiento del trabajador, ni siquiera, puede tratarse de medidas exclusivamente pensadas en el interés empresarial en beneficio propio. La legitimidad de la medida ha de tener un marcado carácter de defensa ante conductas que la empresa no tiene obligación de soportar y que pueden causar un daño o perjuicio causado por la acción voluntaria e ilegítima del trabajador.

Todo ello conduce a la imposibilidad de generalizar cuándo una medida empresarial es legítima y está justificada, pues en cada caso habrá que examinar si supera el juicio de proporcionalidad en todas sus vertientes. Prueba de ello y acudiendo al ejemplo anterior, en un caso muy similar, otra sentencia, también en suplicación⁶⁴⁶, excluye la licitud -y por tanto la validez como prueba en un proceso de despido de sus resultados- de lo que llama un “*test de honestidad*” al que es sometida una cajera de una

⁶⁴⁵ STSJ de Andalucía/Málaga (Sala de lo Social), de 13 de noviembre de 2003, rec. N.º 1499/2003 (Ar. Social 2004/15).

⁶⁴⁶ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 31 de julio de 2003, rec. N.º 540/2003 (Ar. JUR 2008\271461).

droguería en cuya caja se introducen subrepticamente 10 euros, que no declara haber hallado cuando hace el arqueo⁶⁴⁷.

La conclusión a la que podríamos llegar es que es posible modular los derechos fundamentales que ejercitan los trabajadores, hasta el límite del equilibrio que caracteriza a la relación laboral, de forma que los derechos de los trabajadores puedan ser compatibles con el poder de dirección y organización empresarial. Sin embargo, no se han llegado a establecer reglas de carácter general, sino que cualquier limitación o restricción de derechos habrá de ser estudiada en cada caso concreto, a efectos de determinar la situación de equilibrio que presupone por naturaleza la propia relación laboral. Así, algún autor ha justificado la libertad de organización del empresario frente a determinados derechos fundamentales del trabajador, en base a “*la lógica contractual*”⁶⁴⁸.

De esta forma, la peculiaridad de la relación laboral provoca que algunas manifestaciones de los derechos fundamentales que en otros contextos pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de esa relación contractual, dado que todo derecho ha de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe⁶⁴⁹, que actúa además de forma recíproca y equilibrada, siendo una obligación de actuar para ambas partes.

5.3. LA DERECHOS DE LA PERSONALIDAD (INTIMIDAD, SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y LIBERTAD INFORMÁTICA) COMO LÍMITE ESPECÍFICO AL CONTROL Y VIGILANCIA EMPRESARIAL.

El régimen de libertades, derechos y principios constitucionales lleva asociado un sistema de límites a los poderes empresariales, de entre los cuales la primacía indiscutible la ocupan los derechos fundamentales⁶⁵⁰.

Ello implica que el trabajador no puede estar sometido al poder de dirección empresarial, sino en cuanto a la dependencia y subordinación que derivan del propio contrato de trabajo, por lo que su vida privada y todos aquellos aspectos que nada tengan que ver con el trabajo, deberían quedar excluidos de la vigilancia y control empresarial.

Otra cuestión es la del control empresarial sobre el trabajo, pero realizado fuera del lugar donde radica la empresa y sus instalaciones, lo que lleva a plantear mecanismos de control “*a distancia*” del trabajo “*a distancia*”. Si en el marco de la relación laboral común, se ha discutido hasta donde puede el trabajador ejercer su derecho a la intimidad, con mayor motivo cabe indagar si el hecho del lugar de trabajo puede alterar el equilibrio entre la libertad de empresa y la dignidad e intimidad del trabajador.

⁶⁴⁷ En MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: “*El derecho a la intimidad del trabajador en el ámbito laboral*”. II Congreso de Actualidad Laboral del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Madrid. 2008. Págs 1 y 2.

⁶⁴⁸ PEDRAJAS MORENO, Abdón: “*Despido y derechos fundamentales*”. Ed. Trota. Madrid, 1992. Pág. 88.

⁶⁴⁹ En la argumentación que recoge GARCÍA VIÑA, Jordi, de las SSTC (algunas ya citadas) 120/1983, 88/1985, 6/1988, 129/1989, 126/1990, 99/1994, 134/1994, 6/1995, 4/1996 y 186/1996, en “*Relaciones Laborales e Internet*”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 223. Octubre 2001. Págs. 3-78.

⁶⁵⁰ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: “*Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador*”. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*. 1990 (Tomo I). Pág. 281.

Con carácter general, el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana. A fin de preservar ese espacio reservado, este derecho *“confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido”*. Así pues, *“lo que garantiza el art. 18.1 CE es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal, excluyendo que sean los terceros, particulares o poderes públicos, los que delimiten los contornos de nuestra vida privada”* (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3º; o SSTC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 3º; 93/2013, de 23 de abril, FJ 8º).

Para delimitar ese ámbito reservado, se ha de tener en cuenta que es el titular del derecho quien acota su propia esfera de intimidad y la reserva al conocimiento ajeno (STC 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 3º), de tal manera que *“el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad”* (STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2º).

Asimismo, el TC tiene declarado que la intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado; existen también otros ámbitos, en particular el relacionado con el trabajo o la profesión, en que se generan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada (STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 5º). Estos vínculos y relaciones interpersonales pueden tener lugar independientemente del lugar de trabajo, ya sea éste el propio domicilio de un teletrabajador, o fuera del mismo.

Por tanto, el siguiente paso es plantearse no ya la eficacia de los derechos fundamentales del trabajador en el plano laboral, sino específicamente, en su colisión con el poder de vigilancia y control empresarial. Como ha reconocido el TC específicamente en relación con el derecho a la intimidad personal (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FJ 5º, 186/2000, de 10 de julio, FJ 4º y 170/2013, de 7 de octubre, FJ 3º), es necesario delimitar los bienes e intereses de relevancia constitucional en el marco de las relaciones laborales: Los derechos del trabajador a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (arts. 18.1 y 18.3 CE), y el poder de dirección del empresario.

En este sentido, *“el ejercicio de tales derechos únicamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 38 y 33 CE y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos (...) perspectiva ésta desde la que deben valorarse las específicas limitaciones que a los derechos fundamentales les pueda imponer el propio desarrollo de la relación laboral”* (STC 98/2000, de 1 de abril, FJ 6º).

Ahora bien, el ejercicio de los derechos fundamentales por el trabajador, sin embargo, *“admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 38 y 33 CE y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el*

*ejercicio de todos ellos*⁶⁵¹. “... El derecho a la intimidad no es absoluto -como no lo es ningún derecho fundamental-, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el límite que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo y sea proporcionado” (STC 115/2013, de 9 de mayo, FJ 5º; o SSTC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6º; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10º y 170/2013, de 7 de octubre, FJ 4º).

Sin embargo, dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, esa modulación sólo puede derivar de “una acreditada necesidad o interés empresarial”⁶⁵². El sacrificio de los intereses subjetivos de los trabajadores no ha de representar más que “un efecto meramente accidental”, nunca un resultado deliberadamente buscado de forma encubierta⁶⁵³. Por consiguiente, la regla general, por tanto, sitúa el ejercicio del poder de vigilancia y control empresarial limitado por los derechos del trabajador a la dignidad (art. 10 CE) y a la intimidad personal (art. 18.1 CE)⁶⁵⁴.

El derecho fundamental a la intimidad ha venido operando en el contrato de trabajo, ante todo, como prohibición o límite a injerencias empresariales como derecho negativo de inmunidad. Ha contribuido, elevándolo a rango de orden público constitucional, a delimitar el ámbito del compromiso contractual y de los poderes empresariales, e impidiendo intromisiones, injerencias o limitaciones innecesarias o ilegítimas de ese derecho en el desarrollo del programa contractual. El ejercicio de los poderes empresariales en terrenos propios de exclusiva titularidad empresarial, ha de tener en cuenta y respetar el derecho a la intimidad del trabajador, como límite externo que opera frente al contrato⁶⁵⁵.

Por último, no cabe olvidar que existe un elemento voluntarista o formal que vincula el ámbito de lo íntimo y personal a la determinación del titular del derecho a través de sus conductas y decisiones, que puede establecer el espacio de privacidad reservado de conocimiento⁶⁵⁶. El derecho a la intimidad admite un poder de autodeterminación del titular que implica una cierta esfera de disponibilidad, la cual puede operar también en el ámbito del contrato de trabajo y de la apertura consentida del trabajador a elementos o datos de su privacidad. La intimidad del trabajador se inserta en la dinámica del contrato

⁶⁵¹ STC 90/1997, de 6 de mayo.

⁶⁵² SSTC 99/1994, de 11 de abril; 90/1997, de 6 de mayo; y 186/2000, de 10 de julio.

⁶⁵³ GOÑI SEIN, José Luis: “El respeto a la esfera privada del trabajador”. Ed. Civitas. Madrid, 1988. Pág. 144.

⁶⁵⁴ ROQUETA BUJ, Remedios: “Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2005. Pág. 46.

⁶⁵⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: “Derecho a la intimidad y relaciones laborales”. Forointimidad. Seminario sobre tendencias de la protección jurídica de la intimidad (Privacidad y relaciones laborales). Universidad de Huelva. 2006. Pág. 3.

⁶⁵⁶ LÓPEZ BOFILL, Héctor: “Hacia una concepción formal del derecho a la intimidad y sus consecuencias (Reciente jurisprudencia del TC en materia del derecho a comunicar libremente información veraz y derecho a la intimidad personal y familiar como límite al mismo: SSTC 115/2000, de 5 de mayo; 187/1999, de 25 de octubre y 134/1999, de 15 de julio)”. *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia Constitucional*. N.º 2. 2000. Pág. 1889.

de trabajo, viéndose limitada por el ejercicio legítimo de los poderes empresariales.

La conexión de la intimidad con la libertad y dignidad de la persona *“implica que la esfera de la inviolabilidad de la persona frente a injerencias externas, el ámbito personal y familiar, sólo en ocasiones tenga proyección hacia el exterior, por lo que no comprende 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”*⁶⁵⁷.

Sin embargo, no se puede ignorar que, *“mediante un análisis detallado y conjunto de esos hechos, es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima y familiar del trabajador, que pueden resultar lesivas del derecho a la intimidad personal protegido por el art. 18.1 CE”*⁶⁵⁸.

Así, el trabajador goza de un ámbito de reserva (limitado) en el lugar de trabajo, que no se contrae a los lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores y análogos⁶⁵⁹. Ha de reputarse una vulneración de la dignidad, aquella actividad de control que llega a anular todo margen de intimidad del trabajador en la empresa, por ejemplo, cuando la observación fuera constante, intrusiva en las comunicaciones, incluso en aquellos momentos de distracción o descanso que en cualquier trabajo deben tolerarse. Ahora bien, la evolución de los medios técnicos y audiovisuales hace que esa vigilancia, aún pasiva, es decir, sin ánimo de controlar a cada persona en cada momento, existe y se legitima por razones de seguridad, ya no solo en el centro de trabajo, sino fuera de él, en la calle, comercios, y locales donde el individuo ejerce su vida en sociedad.

En este sentido, el TC afirma que *“no puede compartirse, al limitar apriorísticamente el alcance del derecho a la intimidad de los trabajadores a las zonas del centro del trabajo donde no se desempeñan los cometidos propios de la actividad profesional, negando sin excepción que pueda producirse lesión del derecho fundamental en el ámbito de desempeño de las tareas profesionales”* y que *“no puede descartarse que también en aquellos lugares de la empresa en los que se desarrolla la actividad laboral puedan producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores, como podría serlo la grabación de conversaciones entre un trabajador y un cliente, o entre los propios trabajadores, en las que se aborden cuestiones ajenas a la relación laboral que se integran en lo que hemos denominado propia esfera de desenvolvimiento del individuo”* (STC 98/2000, de 10 de abril).

5.4. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE.

El principio de la buena fe juega un papel importante en el alcance de los derechos fundamentales, como límite general al ejercicio de estos derechos. La obligación de

⁶⁵⁷ SSTC 170/1987, de 30 de octubre; 142/1993, de 22 de abril; y 186/2000, de 10 de julio.

⁶⁵⁸ STC 98/2000, de 10 de abril.

⁶⁵⁹ GOÑI SEIN, José Luis: *“El respeto a la esfera privada del trabajador”*. Ed. Civitas. Madrid, 1988. Pág. 23.

ejercicio de los mismos de acuerdo al principio de la buena fe supone impedir que el texto de la ley pueda ser eficazmente utilizado para amparar actos contrarios a la realización de la justicia. El abuso de derecho, la transgresión de la buena fe y el fraude de ley impiden el ejercicio abusivo de un derecho en perjuicio de los demás o del orden constitucional. Son los jueces quienes han de imponer, mediante el correspondiente control técnico, un uso moderado y justificado de tal límite⁶⁶⁰.

Este principio se hace necesario para prevenir con carácter general los actos abusivos producidos en el ejercicio de los derechos y libertades, cuando el resultado de ese ejercicio contradice las exigencias impuestas por dicho principio general⁶⁶¹.

En el contrato de trabajo, la buena fe consiste en que cada contratante debe salvaguardar el interés del otro, incluso más allá de la disciplina legal y negocial, siempre que tal salvaguarda no implique un sacrificio apreciable del propio interés⁶⁶².

La buena fe es consustancial al contrato de trabajo. Uno de los deberes básicos del trabajador es cumplir con las obligaciones de su puesto de trabajo de conformidad con las reglas de la buena fe (art. 5.1 ET). Estas reglas, que han sido definidas como fidelidad, lealtad, honorabilidad, probidad y confianza, actúan como límite al ejercicio de un derecho fundamental, cuando su finalidad es contraria a la buena fe.

De igual forma, la buena fe es un condicionante al ejercicio del poder de dirección que limita los poderes empresariales. Inspira el respeto a la dignidad del trabajador, oponiéndose a las injerencias ilícitas en su vida extralaboral o al ejercicio arbitrario de las facultades empresariales que lesionen sus derechos.

Siendo un principio bidireccional, porque actúa tanto frente al empresario como frente al trabajador, la buena fe es un recurso jurídico de reconocida "*fertilidad*", ya que una de sus funciones principales es la de servir al mismo tiempo de límite al ejercicio de los derechos y de marco para el cumplimiento de las obligaciones. La buena fe obliga a las partes a actuar con autoconciencia de dichos límites y responsabilidad⁶⁶³.

No obstante, hay que destacar del lado del empresario, su posición prevalente y el reconocimiento de su poder de su dirección, regulados legalmente de forma más precisa, en tanto constituyen límites a las facultades intrínsecas. Por ello, el incumplimiento del empresario y los límites de su actuación no requieren en general el recurso a la vulneración de la buena fe, siendo marcadamente reconocibles por inobservancia de las obligaciones previstas de forma concreta que le vinculan en el contrato⁶⁶⁴.

⁶⁶⁰ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: "Los límites de los derechos y el sistema normativo". *Derecho Privado y Constitución*. N.º 17. Enero-Diciembre 2003. Pág. 461.

⁶⁶¹ MORENO GARCÍA, Antonio: "Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 38. Mayo-agosto 1993. Pág. 263.

⁶⁶² MONTOYA MELGAR, Alfredo: "*La buena fe en el Derecho del Trabajo*". Ed. Tecnos. Madrid, 2001. Pág. 39.

⁶⁶³ CONDE MARÍN, Emilia: "*La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contenido del contrato de trabajo*". Ed. La Ley. Madrid, 2007. Pág. 138.

⁶⁶⁴ DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (Director), en AA.VV.: "*Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*" Ed. Iustel. Madrid 2010. Pág. 449.

El principio general de la buena fe forma parte esencial del contrato de trabajo, no solo como un canon hermenéutico de la voluntad de las partes reflejada en el consentimiento, sino también como una fuente de integración del contenido normativo del contrato. Constituye un principio que condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos de las partes, ajustándose a las reglas de lealtad, probidad y mutua confianza, convirtiéndose, finalmente, en un criterio de valoración de conductas al que ha de ajustarse el cumplimiento de las obligaciones recíprocas. Son, por tanto, los deberes de actuación o de ejecución del contrato conforme a la buena fe y a la mutua fidelidad o confianza entre empresario y trabajador una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual⁶⁶⁵.

Incluso, una transgresión grave de la buena fe contractual, puede derivar en causa de despido al amparo del art. 54.2.d) ET cuando se quiebra la fidelidad y lealtad que el trabajador ha de tener para con la empresa o se vulnera el deber de probidad que impone la relación de servicios para no defraudar la confianza en el trabajador depositada, justificando que la empresa no pueda seguir confiando en el trabajador que realiza la conducta abusiva o contraria a la buena fe.

Ahora bien, la valoración de la buena fe ha de hacerse bajo un criterio objetivo. El comportamiento en las relaciones humanas y negociales no solo funciona como un canon hermenéutico de la voluntad reflejada en el consentimiento. En el contrato, existe un ámbito dispositivo, que a falta de pacto y, abstracción hecha de la intención o de la voluntad de las partes, sus consecuencias hallan su fundamento vinculante no solo en el mismo, en sus indicaciones explícitas o implícitas, sino en la norma o principio general de la buena fe⁶⁶⁶.

De esta forma, el incumplimiento del deber de buena fe puede tener su origen en varios supuestos⁶⁶⁷:

- En una infracción legal, cuya consecuencia implica la nulidad del acto correspondiente (actos del empresario contrarios a los derechos fundamentales del trabajador).
- En eludir el cumplimiento material de una obligación o imponer la renuncia a un derecho, a través de cláusulas introducidas de mala fe en el contrato, cuyo efecto es la nulidad parcial del mismo, en cuanto a dicha cláusula en cuestión.
- En el comportamiento omisivo que determina el incumplimiento total o parcial de una obligación (pago del salario), que puede dar lugar a la resolución indemnizada del contrato.
- En el abuso de un derecho, tanto por el ejercicio arbitrario del mismo por el

⁶⁶⁵ STS (Sala de lo Social), de 19 de julio de 2010, rec. N.º 2643/2009 (Ar. RJ 2010\7126).

⁶⁶⁶ STS (Sala de lo Civil) N.º 479/2009 de 15 junio, rec. 2660/2004. (Ar. RJ 2009\3393).

⁶⁶⁷ MONTOYA MELGAR, Alfredo: *“La buena fe en el Derecho del Trabajo”*. Ed. Tecnos. Madrid, 2001. Págs. 96 y ss.

empleador, como por el abuso de confianza del trabajador que determinará una sanción disciplinaria, o si ésta es abusiva, a su nulidad. De la misma forma, existe también la extralimitación del poder de dirección por el empresario, cuando la verdadera finalidad de la vigilancia sobre el trabajador, no es sino la búsqueda de un motivo que oculte otra razón, generalmente discriminatoria, para exigir una responsabilidad laboral que no es el objeto o motivo de la decisión empresarial.

CAPÍTULO III

LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y SU IMPACTO EN LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD, ESPECIALMENTE EN EL ÁMBITO DE LA PRIVACIDAD DEL TRABAJADOR

1. EL NUEVO MARCO TECNOLÓGICO PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS.

1.1. LOS AVANCES EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.

1.1.1 Contexto social y tecnológico.

"Tenemos la firme convicción de que estamos entrando colectivamente en una nueva era que ofrece enormes posibilidades, la era de la Sociedad de la Información y de una mayor comunicación humana. En esta sociedad incipiente es posible generar, intercambiar, compartir y comunicar información y conocimiento entre todas las redes del mundo. Si tomamos las medidas necesarias, pronto todos los individuos podrán juntos construir una nueva Sociedad de la Información basada en el intercambio de conocimientos y asentada en la solidaridad mundial y un mejor entendimiento mutuo entre los pueblos y las naciones. Confiamos en que estas medidas abran la vía hacia el futuro desarrollo de una verdadera sociedad del conocimiento"⁶⁶⁸.

Los avances tecnológicos de los últimos años han revolucionado las telecomunicaciones y han llegado hasta nosotros poniendo a nuestro alcance unas posibilidades de intercomunicación y de acceso a la información difícilmente imaginables hace solo unas décadas, sin que este proceso haya alcanzado su culminación. Se ha producido *"una prodigiosa dilatación del mundo accesible, aquel en que se puede comunicar, percibir y actuar"*⁶⁶⁹.

La interconexión del individuo con la sociedad ha roto barreras asentadas desde el inicio de los tiempos, como son la ubicación, la distancia y el acceso a datos e información en tiempo real.

Las TICs se han comparado con otros importantes inventos del pasado, como el teléfono o la electricidad. Han sido clave en el avance y modernización de países subdesarrollados, siendo uno de los motores del crecimiento económico y han contribuido al bienestar general. El impacto de las TICs va más allá de lo puramente económico, pues han tenido un papel importante en el impulso de la innovación y la creatividad. Por contra, han provocado un cambio en la estructura social, destruyendo empleo en algunos sectores donde la mano de obra ha sido sustituida por la tecnología, si bien es cierto que la creación de nuevas empresas ha supuesto también la contratación de trabajadores tecnológicamente cualificados. Sin embargo, el Informe de Riesgos Globales de 2016, del

⁶⁶⁸ Declaración de Principios: *"Construir la Sociedad de la Información: un desafío global para el nuevo milenio"*. Ginebra. 12 de mayo de 2004. Punto 67 y último de la Declaración. En la Resolución 56/183 (21 de diciembre de 2001) de la Asamblea General de la ONU se aprobó la celebración de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI) en dos fases. La primera se celebró en Ginebra del 10 al 12 de diciembre de 2003, y la segunda tuvo lugar en Túnez del 16 al 18 de noviembre de 2005. Disponible en: <http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/dop-es.html>.

⁶⁶⁹ MARÍAS AGUILERA, Julián: *"Cara y cruz de la electrónica"*. Ed. Espasa Calpe. Madrid, 1985. Pág. 47.

Foro Económico Global (Foro de Davos), prevé la destrucción de 7 millones de empleos en todo el mundo en los próximos 5 años, donde la Cuarta Revolución Industrial vendrá protagonizada por la robótica⁶⁷⁰.

Ahora bien, el desarrollo tecnológico también supone un riesgo. El lado oscuro de la sociedad de la información es que la tecnología conduce, primero a la dependencia y luego al control.

Respecto a la dependencia tecnológica, nuestra época pasará y será presentada como la de mayor absolutización de la técnica. La técnica ha acompañado siempre al desarrollo de la humanidad, pero hacer de ella el "*prius*" más absoluto, independientemente del hombre mismo, convierte a éste en su servidor. El riesgo es el apego del género humano a lo material, a lo utilitario, con olvido y menosprecio a la espiritualidad y a la trascendencia, a cambio de ofrecernos todo resuelto. Un saber meramente técnico o una organización política basada solo en el predominio de la técnica por encima de los valores humanos, dan por resultado una aprehensión parcial y limitada, particular y contingente del acontecer jurídico⁶⁷¹.

Una evolución inteligente solo se puede articular haciendo que la técnica sirva para hacer pensar y vivir mejor a los hombres que se sirvan de ella, pero no al revés, admitiendo el pensamiento tecnocrático por el que "*la máquina tiene leyes propias sobre las cuales el hombre carece de poderío*"⁶⁷². En esta línea, bien cabe aplicar las palabras de ORTEGA Y GASSET, cuando sostiene que la técnica representa un "*paisaje artificial tan tupido que oculta la naturaleza primaria (del hombre) tras él*"⁶⁷³.

En cuanto al control de la persona a través de la tecnología, nace un nuevo temor, si no ya una cruel realidad, que algunos han denominado "*dictadura tecnológica*". Se trata seguramente de la peor de las dictaduras, porque el ciudadano no es consciente de su existencia y sufre, por tanto, sus consecuencias, mediante un implacable control de sus actividades, e incluso de sus futuros movimientos en unos ámbitos determinados.

Los gobiernos, e incluso las corporaciones y empresas, tienen acceso a la información de todos los individuos. Aunque las leyes de los distintos países se han esforzado en proteger la intimidad de sus ciudadanos, no hay muchos ejemplos en la historia de situaciones de ventaja y poder que no se hayan utilizado para aumentar el poder de quienes lo detentan⁶⁷⁴. El fenómeno conocido como "*big data*" implica el tratamiento y almacenamiento masivo de información y supone un reflejo del impacto de

⁶⁷⁰ El informe "*The global risks report, 2016*", del World Economic Forum está disponible en: <http://reports.weforum.org/global-risks-2016/part-1-title-tba/>

⁶⁷¹ ROMERO COLOMA, Aurelia M^a: "Reflexiones políticas a la luz del derecho". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 66. Octubre-diciembre 1989. Págs. 235-239.

⁶⁷² Reflexión hecha a raíz de la automatización de la industria, en la España del S. XX, en ESTEVA FRABEGAT, Claudio: "La máquina y la deshumanización del trabajo". *Revista de Política Social*. N.º 47, 1960. Pág. 77.

⁶⁷³ ORTEGA Y GASSET, José: "*Meditación de la técnica*". Ed. Espasa Calpe. Madrid, 1965. Pág. 83.

⁶⁷⁴ MARTÍNEZ FALERO, Eugenio: "*Gestión de conocimiento y toma de decisiones*". Ed. Fucovasa. Madrid, 2014. Pág. 5.

la tecnología en la vida privada. Son ejemplos de ello, el “*Internet de las cosas*”, el uso de “*wearables*”, o el desarrollo de las “*smart cities*”⁶⁷⁵.

Si a ello se añade la dificultad de desmontar este control tecnológico, surge otra consecuencia que lleva aparejada la aceptación, como mal menor, cuando no la sumisión y la resignación, ante la situación de inseguridad que implicaría volver hacia atrás con el consiguiente bloqueo de toda actividad desarrollada en la red⁶⁷⁶.

Un ejemplo de este sentimiento de sacrificio por el desarrollo tecnológico que puede traer múltiples beneficios, pero también graves inconvenientes, es el relativo a la ingeniería genética y la biotecnología. Si bien es posible prevenir y atajar graves enfermedades a través de la obtención de un mapa genético de la persona, la falta de tutela de los datos sanitarios, el “*habeas data*” sanitario, puede tener repercusión en otras facetas, algunas de las cuales ya se han puesto de manifiesto. Los problemas derivados de la investigación y conocimiento del genoma humano y de la ingeniería genética, plantean interrogantes jurídicos en cuanto a su aplicación en ámbitos tales como las relaciones laborales, con el fin de elegir a los perfiles más idóneos para aumentar la productividad o aquellos que son menos sensibles a los riesgos relacionados con la salud; la contratación de seguros de vida o de enfermedad; o, incluso, la determinación de perfiles genéticos relacionados con la delincuencia⁶⁷⁷.

Siendo el mapa genético patrimonio único de la persona, toda indagación no deseada que implique un trato peyorativo o un condicionante para el empleo u otras facetas de la vida, es una clara violación de los derechos fundamentales a la no discriminación, a la intimidad y a la protección de datos. Sin embargo, no dejan de alzarse voces en pro de las ventajas de esta información para la selección del personal idóneo por razones de seguridad, vigilancia de la salud o prevención de riesgos laborales⁶⁷⁸.

En aspectos más concretos, las TIC han afectado a la manera de vivir y de trabajar, hacer vida social e interactuar de las personas. Han sido admitidas en nuestras vidas como un canal de interacción con la sociedad, intervienen cada vez más en las interacciones sociales y económicas, afectando a todos los sectores y servicios, desde el mundo de la empresa y de los negocios, hasta en el sector de la salud, administración y transporte o modernos servicios innovadores de ocio y aprendizaje.

Pero la visión de una sociedad del conocimiento no se puede reducir a la creación de la infraestructura tecnológica, sino que implica procesos de aprendizaje enraizados en contextos culturales concretos. El acceso universal a la información potencia derechos

⁶⁷⁵ Un análisis exhaustivo en GIL GONZÁLEZ, Elena: “*Big data, privacidad y protección de datos*”. Ed. BOE. Madrid, 2016.

⁶⁷⁶ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel: “Libertades e intimidad frente a las tecnologías de la información”. *Cuadernos de Pensamiento*. N.º 11. 1997. Pág. 162.

⁶⁷⁷ SÁNCHEZ MOLERO, José y SOLER MATUTES, Pedro: “El Derecho del Trabajo ante el proyecto genoma humano: Obtención, acceso y utilización de la información genética en las relaciones laborales”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 212. Noviembre 2000. Pág. 9.

⁶⁷⁸ CALVO GALLEGO, Francisco Javier: “Test genéticos y vigilancia de la salud del trabajador”. *Revista Digital de Seguridad y Salud en el Trabajo*. N.º 1. 2008. Pág. 13.

como la libertad de expresión y la convivencia en una sociedad democrática, pero también provoca derivaciones en el derecho a la intimidad que pueden afectar a la igualdad de oportunidades y a la propia dignidad de la persona. El tráfico y la mercantilización de la información supone desde el plano económico una oportunidad de negocio en un modelo comunitario que se escuda, sin embargo, en el derecho al acceso público al conocimiento visto como un bien común⁶⁷⁹.

Es la libertad de expresión el derecho cuyo ejercicio se ha expandido más en el mundo de la comunicación en el que Internet ha revolucionado los hábitos y ha transformado los medios tradicionales por otros más potentes y actualizados. La información en Internet ya no está monopolizada por los medios tradicionales, y ni siquiera se distingue ya entre radio, televisión y prensa, pues todos ellos están en su versión digital, conviviendo además con millones de portales y *blogs* donde cada uno da su opinión e incluso, crea su portal de noticias.

Si bien la facilidad para publicar información en Internet, emulando a los medios tradicionales de comunicación, está al alcance de cualquier persona, sin embargo se produce un efecto inverso, ante la falta de rigor y profesionalidad que la profesión periodística demanda. En general, la información digitalizada, de más fácil acceso y también más fácil de copiar y transmitir, está expuesta a riesgos mucho mayores que la información en papel.

Internet y sus tecnologías han "*democratizado*" los medios precisos para la "*autoexpresión personal indiscriminada*", lo que conduce, en palabras de Hugh HECLLO, al "*encanto de lo efímero*", pues "*nada perdura de verdad ni tiene sustancia*"⁶⁸⁰.

Estamos en una sociedad sobresaturada de información, donde las noticias manan a través, no ya de los periódicos digitales, sino de pequeños titulares o frases que circulan por las redes sociales. Es la cultura de los "*tuits*" o de los "*selfies*", donde lo fragmentario se impone sobre los relatos globales. Cada uno elabora, según su poder de imaginación, su propio titular o noticia, a base de fragmentos obtenidos a su vez de otras fuentes de noticias⁶⁸¹. Esta práctica ha favorecido incluso, el "*giro narrativo*" de la comunicación política, y el riesgo de una nueva época, a la que se refiere Christian SALMON, como "*la era performativa*" (los discursos fabrican hechos o situaciones), de las democracias, que "*ya no tendrán como mascarón de proa a los consejeros del príncipe, los Talleyrand o los Mazarino, sino a los profetas y gurús, los spins doctors de los partidos, embriagados por su poder de narración y de mistificación*"⁶⁸².

⁶⁷⁹ CAPURRO, Rafael: "La libertad en la era digital". *Informatio* (Revista del Instituto de Información de la Facultad de Información y Comunicación. Universidad de la República, Montevideo, Uruguay). Vol. 19. N.º 1. 2014. Pág. 8. Disponible en: <http://informatio.eubca.edu.uy/ojs/index.php/Infor/article/view/145/223>

⁶⁸⁰ HECLLO, Hugh: "*Pensar institucionalmente*". Ed. Paidós Ibérica. Barcelona, 2010. Pág. 299.

⁶⁸¹ LÓPEZ ALBA, Gonzalo: "*El cambio de era en los medios de comunicación*". Fundación Alternativas. Colección Zoom político. N.º 2014/24. Madrid 2014. Págs. 11-12. Disponible en: <http://www.falternativas.org/laboratorio/libros-e-informes/zoom-politico/el-cambio-de-era-en-los-medios-de-comunicacion>.

⁶⁸² SALMON, Christian: "*Storytelling: La máquina de fabricar historias y formatear las mentes*". Ed. Península. Barcelona, 2008. Págs 147-148.

Esta nueva forma de comunicación, donde "*todos pueden opinar y fabricar noticias*" demanda unos medios técnicos susceptibles de acompañar siempre al individuo, pues la disponibilidad es fundamental para participar en este círculo enriquecido con los comentarios de todos. La industria, que no es ajena a las necesidades de consumo, ha puesto en manos de los ciudadanos toda la tecnología en aparatos que, incluso en nuestras propias prendas, aportan todas las prestaciones necesarias para la comunicación (incluso, a veces, como complemento, como las llamadas "*gafas de realidad aumentada*" o *Google glasses*, o los "*wereables*", que en forma de pulseras o relojes, aportan toda la tecnología necesaria para un fin concreto).

El crecimiento exponencial del número de usuarios de Internet, el uso de ordenadores, *smartphones* y otros dispositivos avanzados como bienes básicos de consumo, la extensión de la banda ancha y la sustitución de los medios tradicionales de comunicación oral y escrita por el correo electrónico, la mensajería instantánea, las videollamadas, las redes sociales, los servicios de *cloud computing* y muchos otros directamente relacionados con Internet han generado importantes beneficios económicos y sociales, al punto de haberse incorporado como parte fundamental de la vida diaria de los ciudadanos.

Las tecnologías de la información y la comunicación son cada vez más complejas y entrañan mayores riesgos para la privacidad y la protección de los datos. Cabe plantear una pregunta: ¿Hay derecho a la vida privada en el espacio público? El espacio de Internet y de las redes sociales es un espacio público, en el que se pueden realizar comunicaciones privadas. Las calles también son públicas, y en ellas también tienen lugar actos privados.

Ahora bien, ¿cómo explicar que los usuarios de las redes sociales divulguen tanta información personal y todavía mantengan alguna forma de expectativa a su privacidad? ¿Cómo los usuarios de estos sitios de Internet definen sus expectativas de privacidad? La respuesta no es fácil y no es exclusivamente jurídica. Pero en lo que al Derecho se refiere, se hace necesario defender estas expectativas frente a abusos injustificados en los que pueden verse lesionados los derechos de la personalidad.

Sin embargo, nos debatimos en dos corrientes opuestas: Queremos saber todo lo que ocurre en el espacio público pero también queremos mantener un espacio de privacidad. El hecho de tener amistades virtuales crea confusión cuando el individuo que piensa que está compartiendo información con un círculo de amigos, también la comparte con el resto de ciberusuarios. De hecho, la información corre el riesgo de descontextualizarse, perdiéndose el rastro y el control sobre ella. La intimidad ya no es el "*derecho a estar solo*", se ha reconvertido en "*privacidad*", como derecho a tener el control de toda la información que obra sobre nosotros susceptible de ser captada a través de datos, imágenes, conversaciones, mensajes, vídeos o cualquier otra modalidad tecnológica susceptible de obtener información sobre la persona.

El hecho cierto es que la red es capaz de almacenar toda la información que en ella se comparte y procesarla de manera que sea realmente sencillo acceder universalmente a la misma, lo que plantea un nuevo derecho relacionado con el control de la información y su perpetuidad: El derecho al olvido. Este derecho, enmarcado en los derechos a la intimidad y protección de datos personales, se concreta en la pretensión legítima de oponerse, borrar o cancelar aquellos datos personales que circulan en la red,

ya sean difundidos sin consentimiento previo, o con el mismo revocado, o cuando los datos han dejado de ser útiles para la finalidad para la que se recabaron e hicieron públicos en la red⁶⁸³.

Queramos o no, al igual que cualquier dato que circule en Internet o en las redes sociales puede llegar a conocimiento de cualquier persona, cualquier cámara de videovigilancia nos puede captar en la calle, en el trabajo o en un centro comercial, aparentemente, por motivos de seguridad. El problema no se agota aquí. Cualquier persona es ya una cámara de videovigilancia a través de su *smartphone*. Y existen aplicaciones de "*reconocimiento facial*", para identificar los rostros⁶⁸⁴.

Una de las últimas aplicaciones de la tecnología a la sociedad de la información han sido las del tipo "*smart city*", que tienen por objeto encontrar soluciones innovadoras a la complejidad, a los problemas y a los retos que tienen que afrontar las ciudades de hoy en día. Se trata de buscar el apoyo tecnológico para aprovechar, tratar y gestionar la información de forma que se mejoren las infraestructuras y las comunicaciones (la regulación del tráfico, el ofrecimiento de horarios reales en tiempo real de autobuses y medios de transporte, la gestión del alumbrado, residuos, energía y, en general, una mejor gestión de los servicios públicos).

La utilidad y el aprovechamiento de los recursos en las "*ciudades inteligentes*" incide en el ahorro, la sostenibilidad, optimización de recursos y en la prestación de mejores servicios, pero también implica que la vida urbana adquiere más dependencia del desarrollo de las TICs, con todo lo que ello conlleva y plantea. Al fin y al cabo, lo que hace realmente "*inteligentes*" las ciudades es la información que se les suministra, cuyo volumen es tan alto que no puede ser objeto de discriminación o eliminación parcial, sino que prácticamente se recoge de forma automatizada. El uso de datos masivos abre nuevas oportunidades de gestión y participación, pero también abren nuevos espacios de intromisión a la vida privada de las personas.

Una de las cuestiones básicas que unen el desarrollo tecnológico, la introducción y la comercialización de nuevas tecnologías con la protección de los derechos de los usuarios es sin duda la confianza. En la sociedad de la información, el desarrollo y el despliegue adecuados de los servicios y las tecnologías de la información y la comunicación dependen de la confianza. Si los seres humanos no confían en las TICs, el futuro de dichas tecnologías estará fuertemente amenazado y los ciudadanos no delegarán en ellas su confianza mientras no perciban que sus datos se encuentran adecuadamente protegidos. Sin embargo, el desarrollo de la sociedad de la información evidencia la dificultad del Derecho para seguir el ritmo social⁶⁸⁵.

⁶⁸³ SIMÓN CASTELLANO, Pere: "El régimen constitucional del derecho al olvido en Internet", en CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí; PEGUERA POCH, Miquel; PEÑA LÓPEZ, Ismael y VILASAU SOLANA, Mónica (Coords.): "*Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet*". Ed. UOC-Huygens (Actas del VII Congreso Internacional: Internet, Derecho y Política). Barcelona, 2011. Pág. 405. Disponible en: <http://edcp.uoc.edu/symposia/idp2011/proceedings/>

⁶⁸⁴ ORZA LINARES, Ramón M^a: "Derechos Fundamentales e internet: Nuevos problemas, nuevos retos". *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. N.º 18, 2012. Pág. 21.

⁶⁸⁵ PÉREZ-UGENA COROMINA, María y PÉREZ-UGENA COROMINA, Álvaro: "Implicaciones constitucionales de las nuevas tecnologías". *Revista de Derecho Político* (UNED), N.º 54. 2002. Pág. 160.

Por tanto, el respeto de los derechos de los ciudadanos en una sociedad tecnológica exige la necesidad de que las personas se sitúen en el centro de este nuevo entorno. Las personas han de ser capaces de hacer uso de la capacidad de las TICs, de mantener su información segura y controlar su utilización, así como confiar en que en el espacio digital se respetarán su privacidad y sus derechos de protección. El respeto de tales derechos es esencial para generar confianza en el consumidor, y esa confianza es crucial para que los ciudadanos adopten los nuevos servicios⁶⁸⁶.

En este sentido, el respeto a la privacidad debe estar implícitamente garantizado para el acceso, desarrollo y adaptación a todas las tecnologías y todos los servicios. Este objetivo demanda una confianza, no solo de la propia tecnología, sino de las autoridades de los Estados, como garantes de la privacidad del individuo⁶⁸⁷.

La sociedad de la información ni puede ni debe articularse sin una adecuada protección de la intimidad de las personas. A mayor cantidad de información procesada, mayor necesidad de protección. Dentro de una sociedad de la información en la que se procesan grandes cantidades de información personal, es necesario que la noción de control sea compatible con el ejercicio de las libertades, como la libertad de expresión, o de información (en Internet), o el secreto de las comunicaciones (en el ámbito del correo electrónico o mensajería) pero de acuerdo a los límites de estos derechos y siempre respetando el honor, la intimidad y la imagen, así como la protección de datos personales del resto de usuarios.

Por otra parte, la sociedad de la información ya no es un entorno paralelo al que los ciudadanos tienen la oportunidad de acceder si así lo desean. Se ha convertido, por el contrario, en un elemento absolutamente imprescindible para que se tenga al individuo como realmente existente. Internet se anuda a las ideas de interactividad, conectividad e instantaneidad. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, parafraseando a DESCARTES, lo ha expresado de forma sencilla, pero magistral: "*I link, therefore I exist*"⁶⁸⁸.

Los hombres de hoy no solo esperan, sino que pretenden obtener todo de la tecnología, y no distinguen entre tecnología destructiva y tecnología productiva. El usuario vive la tecnología como si fuera magia. Sin embargo, el hombre del mañana (es decir, el niño de hoy o llamado "*nativo digital*"), utiliza el ordenador habitualmente desde los primeros juegos, conoce y usa el teléfono móvil, y "*chatea*" a través de Internet, de forma que vive la tecnología y no concibe que pueda haber existido un mundo diferente, un mundo sin ordenadores, incluso sin teléfonos⁶⁸⁹.

⁶⁸⁶ Informe RISEPTIS (*Research and Innovation on Security, Privacy and Trustworthiness in the Information Society*) "*Confianza en la Sociedad de la Información*" ("*Trust in the Information Society*"). Febrero 2010. Disponible en: <http://trustworthyict.inteco.es/web/es.html>

⁶⁸⁷ Véase el Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 18 de marzo de 2010 acerca de la promoción de la confianza en la sociedad de la información mediante el impulso de la protección de datos y la privacidad, DO C- 280 de 16 de octubre).

⁶⁸⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: "*Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*". Ed. Thomson-Civitas. Madrid, 2004. Pág. 33.

⁶⁸⁹ ECO, Umberto: "Ciencia, tecnología y magia", en ECO, Umberto: "*A paso de cangrejo*". Ed. Debate. México, 2007. Pág. 124.

En este sentido, se han puesto de manifiesto nuevos riesgos, especialmente para los menores, que como usuarios de Internet ven en sus dispositivos una fuente inagotable de diversión y comunicación, pero que al mismo tiempo les enfrentan a nuevos problemas como el “*ciberacoso*”⁶⁹⁰ de compañeros que difunden imágenes, vídeos o mensajes en redes sociales con el fin de humillar; el “*sexting*” o envío de imágenes y vídeos con contenido erótico; el “*gossip*”, o rumores que se difunden por las redes sociales y que acaban destruyendo la imagen de esa persona y el “*grooming*”, cuando un adulto se gana la confianza de un menor engañándolo para extorsionarle y abusar de él⁶⁹¹.

Ello ha dado lugar a legitimar el control parental de las redes sociales a las que accede el menor, a pesar del derecho a su intimidad reconocido expresamente en el art. 4 de la LO 1/1996, de 15 de enero, del Menor, que debe ceder en determinados supuestos ante el deber de los padres de defender y proteger a sus hijos. El TS ha avalado el control de los padres sobre la intervención de sus hijos en redes sociales si tienen indicios de que son víctimas de un delito, a raíz de las conductas anteriormente descritas⁶⁹².

También el ámbito laboral ha sufrido una fuerte influencia de la tecnología, consiguiendo que la línea divisoria entre la vida laboral y personal se diluya cada día más, llegando incluso al fenómeno del *e-trabajo*, que implica “*trasladar las mentes, no los cuerpos*”⁶⁹³. El teletrabajo, o trabajo a distancia, conlleva una nueva forma de articular la relación laboral, donde las posibilidades de control se trasladan también de la vigilancia de la persona física del trabajador a través de la observación, a la observación tecnológica y omnímoda, mucho más invasiva, donde incluso quede grabado cualquier movimiento laboral o extralaboral del sujeto.

Este tipo de control da lugar a nuevos riesgos psicosociales en el trabajo, provocados por la “*conectividad*” que induce a la permanente disponibilidad del trabajador a recibir un mensaje a través de una llamada o un correo electrónico, cuando no a la localización exacta del lugar en el que se encuentra. Ello provoca una flexibilización de la jornada de trabajo que lleva, sin embargo, a la precarización de las condiciones de trabajo

⁶⁹⁰ Un análisis en profundidad sobre el ciberacoso en las redes sociales puede consultarse en VERDEJO ESPINOSA, M^a Angeles (Coord.): “*Ciberacoso y violencia de género en redes sociales: Análisis y herramientas de prevención*”. Ed. Universidad Internacional de Andalucía. Sevilla, 2015.

⁶⁹¹ PARDO ALBIACH, Juan: “Ciberacoso: Cyberbullying, grooming, redes sociales y otros peligros”, en GARCÍA GONZÁLEZ, Javier (Coord.): “*Ciberacoso: La tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2010. Págs. 51-85.

⁶⁹² La STS (Sala de lo Penal), de 10 de diciembre de 2015, rec. N.º 912/2015, ha confirmado la validez, como prueba de un delito de abuso sexual, de los datos obtenidos por una madre de la cuenta abierta por su hija menor de edad en *Facebook*, a la que accedió sin que conste su permiso, ante la sospecha de que la niña pudiera estar siendo víctima de ciberacoso. Si bien estamos ante espacios de privacidad e intimidad, sin embargo, estos derechos pueden verse sometidos a restricciones en aquellos casos en los que se constata la existencia de un interés constitucionalmente prevalente al interés de la persona en mantener la privacidad de determinada información.

⁶⁹³ ALFARO DE PRADO SAGRERA, Ana: “Estrés tecnológico: medidas preventivas para potenciar la calidad de vida laboral”. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 102. 2009. Pág. 124. Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_1146_3.pdf

y a la aparición del estrés laboral tecnológico⁶⁹⁴.

Las consecuencias que pueden derivarse de esta forma de comunicación humana en soporte informático son imprevisibles e incluso paradójicas. Puede darse la circunstancia de que el máximo desarrollo de la comunicación tecnológica implique simultáneamente un empobrecimiento de las formas de comunicación tradicionales. PEREZ LUÑO cuenta la anécdota de un foro de cibernautas que concertaron un encuentro personal para reforzar sus contactos iniciados a través de Internet. La reunión fue un completo fracaso por las dificultades para establecer un diálogo interpersonal. La comunicación solo se hizo de nuevo fluida cuando cada uno de los cibernautas la reemprendió desde su pantalla de ordenador⁶⁹⁵.

1.1.2 Contexto legal: La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

El desarrollo tecnológico ha facilitado y potenciado la capacidad de almacenar información y hacerla circular rápidamente entre un número enorme de personas que son las que realmente constituyen la “*sociedad de la información*”. Pero son las TICs, las que han hecho posible una comunicación ubícuca y asíncrona, múltiple, reversible y transitiva, siendo las verdaderas creadoras de la sociedad de la información⁶⁹⁶. La gestión adecuada de la información tiene por objetivo la convivencia en una sociedad del conocimiento, que potenciaría el acceso de todos a la información y a la libertad de expresión.

Para ello, se hace necesario un marco normativo que garantice el ejercicio de derechos en un vasto escenario global, que incluye tanto el espacio público como privado. En una primera aproximación, la Ley de la Sociedad de la Información, también llamada Ley de Internet, parece tener por objeto regular ciertas actividades realizadas en el ámbito del derecho privado en Internet y, en concreto, la actividad del comercio electrónico.

Esta impresión se constata también al analizar su origen. Fruto de las incertidumbres jurídicas que genera esta inmensa red que es Internet, el Parlamento Europeo elaboró una importante Directiva. A través de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, se regularon determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Esta Directiva se traspuso al derecho español a través de la LSSICE⁶⁹⁷ y ha sufrido múltiples modificaciones.

El funcionamiento de Internet exige la concurrencia de cuatro elementos básicos:

⁶⁹⁴ GONZÁLEZ COBALEDA, Estefanía: “Riesgos psicosociales, derechos fundamentales y NTIC: Una perspectiva de protección diferente”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 387. Junio 2015. Pág. 31.

⁶⁹⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: “Internet y los Derechos Humanos”. *Anuario Jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento* (Universidad de Huelva). N.º 2. 2002. Pág. 118.

⁶⁹⁶ MARTÍNEZ FALERO, Eugenio: “*Gestión de conocimiento y toma de decisiones*”. Ed. Fucovasa. Madrid, 2014. Pág. 2.

⁶⁹⁷ Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (BOE de 12 de julio).

Un equipo terminal en manos del usuario, un acceso o conexión a la red de telecomunicaciones, un prestador de servicio y, por último, el suministro efectivo de contenidos y servicios. Cuando la Ley habla de "*actividades realizadas por medios electrónicos... ocupándose tan solo de aquellos aspectos que, ya sea por su novedad o por las peculiaridades que implica su ejercicio por vía electrónica, no estén cubiertos por dicha regulación*" (Exp. de Motivos), presupone la intervención de estos cuatro elementos y sus interacciones.

Además, presupone también que la información se ha convertido en un bien de consumo. ALVÁREZ CIENFUEGOS alude a "*una auténtica demanda social de información; el político, el empresario, el comerciante, necesitan para desarrollar su trabajo cada día más información, incluso, el mismo ciudadano, en su dimensión más anónima, invierte gran parte de su ocio en consumir información*"⁶⁹⁸.

En esta línea, la Ley reconoce la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información. Cita entre las ventajas de la incorporación a la vida económica y social de Internet, la mejora de la eficiencia empresarial, el incremento de las posibilidades de elección de los usuarios y la aparición de nuevas fuentes de empleo. Sin embargo es consciente de la necesidad de establecer un marco jurídico adecuado, que genere en todos los actores intervinientes la confianza necesaria para el empleo de este nuevo medio.

La LSSICE, en este sentido, establece tanto para los proveedores de servicios de intermediación, como a las empresas que ofrecen sus productos y a los ciudadanos que posean una página *web*, las reglas necesarias para que el uso y disfrute de esta red, así como la posible actividad económica generada en torno a la compra y venta de todo tipo de productos y servicios, sea una experiencia positiva, segura y confiable.

Este marco jurídico engloba varios ámbitos: La contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador.

Estos servicios son ofrecidos por los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet a través del que realice alguna de las actividades indicadas, incluido el comercio electrónico.

La Ley se aplica, con carácter general, a los prestadores de servicios establecidos en España. Por "*establecimiento*" se entiende el lugar desde el que se dirige y gestiona una actividad económica, definición que se inspira en el concepto de domicilio fiscal

⁶⁹⁸ ALVÁREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José María: "*La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática*". Ed. Aranzadi. Pamplona, 1999. Pág. 14.

recogido en las normas tributarias españolas y que resulta compatible con la noción material de establecimiento predicada por el Derecho comunitario. La Ley resulta igualmente aplicable a quienes sin ser residentes en España prestan servicios de la sociedad de la información a través de un "*establecimiento permanente*" situado en España. En este último caso, la sujeción a la Ley es únicamente parcial, respecto a aquellos servicios que se presten desde España.

La prestación de servicios no está sujeta a autorización previa, realizándose libremente, salvo en aquellos casos que justifiquen su interrupción para evitar vulneraciones o retirar los datos que se vulneran (motivos de orden público, investigación penal, respeto a la dignidad de la persona, protección de la juventud y de la infancia o protección de la propiedad intelectual).

No se puede olvidar que las redes de telecomunicaciones son infraestructuras de titularidad privada (art. 33 CE), cuya gestión y explotación está presidida por la libertad de empresa (art. 38 CE). Por tanto, el propietario de la red debe conformar su prestación con la mayor libertad posible, sin perjuicio de que eventuales restricciones normativas a la libertad de empresa pueden ser necesarias, siempre que sean proporcionadas y no entrañen una privación singular para su titular⁶⁹⁹.

A pesar del carácter comercial que se ha descrito y que, por tanto, no afectaría al ejercicio de libertades fundamentales en Internet, sin embargo, en una lectura un poco más profunda se observa que afecta a la libertad de expresión en Internet en múltiples aspectos. La ley va más allá del comercio electrónico y se detiene en la fijación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información. La Ley afecta directamente a aquellas actividades que, aun cuando tengan carácter oneroso o sean consideradas actividades económicas, se encuentran al amparo de la libertad de expresión⁷⁰⁰.

En efecto, la sociedad de la información, en este marco, genera una serie de actividades que tienen un soporte trascendente en los derechos fundamentales. En concreto, el comercio electrónico que la Ley regula se mueve en el ámbito de la libertad de expresión y del derecho a la información, con implicaciones en el derecho a la intimidad personal y familiar, la protección de datos, el derecho a la propia imagen, la libertad informática, el derecho de autor y otros colindantes, más algunos instrumentales como la libertad de empresa y la libre competencia en una economía de mercado.

Y así, en el art. 8 de la Ley, cuando admite que en la adopción de restricciones a la libre prestación de estos servicios deben respetarse las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico, añade, también, la protección a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando estos pudieran resultar afectados. Incluso algún autor ha considerado la conveniencia de que algunos de los

⁶⁹⁹ LAGUNA DE PAZ, José Carlos: "Internet en un cruce de caminos: ¿Neutralidad o gestión razonable de las infraestructuras?". *Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º 141. 2009. Págs 49 y ss.

⁷⁰⁰ TERUEL LOZANO, Germán Manuel: "El legislador y los riesgos para la libertad de expresión en Internet: Notas sobre las garantías constitucionales de la libertad de expresión en la LSSICE y en la Disposición Final segunda del proyecto de Ley de Economía Sostenible", en COTINO HUESO, Lorenzo (editor): "*Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*". PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia). Valencia, 2011. Pág. 58.

artículos de la Ley estuvieran revestidos del carácter de orgánico. Y es que esta Ley, aunque no lo regule directamente, sí que puede establecer ciertas restricciones al ejercicio de la libertad de expresión a través de Internet⁷⁰¹.

Y es que prácticamente toda vulneración de los derechos de la personalidad quedaría incluida en el ámbito de aplicación de esta Ley, pues la libertad de expresión también está sometida a límites en Internet. Por tanto, ante una vulneración de los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen, será la autoridad judicial quien adoptará las medidas necesarias para el cese de la misma y la protección y restablecimiento de los derechos afectados. Entre ellas, las tendentes a identificar al responsable, teniendo en cuenta el mayor problema al que se enfrenta la Ley, que es el carácter supranacional de Internet, por lo que el responsable puede estar en cualquier lugar del mundo⁷⁰².

Este problema de la supranacionalidad, unido a la proliferación de las redes sociales y páginas *web* portadoras del derecho a la libertad de expresión e información, hacen muy difícil una regulación que vaya más allá del respeto al orden público. La eficacia de los derechos de la personalidad en Internet, como veremos en el desarrollo de este Capítulo y los específicos posteriores, denota una falta de regulación entre particulares, ocasionándose verdaderas situaciones de conflictos de derechos, a solventar mediante la aplicación del principio de proporcionalidad.

No es este el lugar para analizar la responsabilidad de los prestadores de servicios, pero cabe apuntar que la cuestión se centra en la dificultad que le supone al proveedor de servicios de alojamiento de controlar todos los contenidos introducidos por terceros, lo que supondría una carga excesivamente gravosa -siempre, claro está, que el prestador de servicios de intermediación no lo sea a su vez de los contenidos. Por ello, se ha establecido un sistema específico de responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

Desde su posición de intermediarios, los prestadores de servicios ayudan a divulgar por la red unos contenidos de los que ni son autores, ni éstos se conocen. El problema se presenta cuando el contenido concreto que difunden es ilícito, suscitándose la cuestión de, si además de la responsabilidad del autor material del contenido, cabe exigir la del prestador de servicios que coopera a su divulgación por la red⁷⁰³.

El sistema de responsabilidad que las normas europeas y la Ley española diseñan se basa en los hechos propios, no respondiendo por hechos ajenos. Por ello, la responsabilidad del intermediario surge cuando el contenido ilícito circule o se almacene

⁷⁰¹ SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio: "Las libertades públicas y su ejercicio en Internet", en COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.): *Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007. Pág. 107.

⁷⁰² CONTRERAS NAVIDAD, Salvador: *La Protección del Honor, la Intimidad y la Propia Imagen en Internet*. Cuadernos de Aranzadi del Tribunal Constitucional. Ed. Thompson Reuters. Cizur Menor, 2012. Pág. 134.

⁷⁰³ LORENTE LÓPEZ, M.^a Cristina: "Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", en FAYOS GARDÓ, Antonio (Coord.): *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el Siglo XXI*. Ed. Dykinson. Madrid, 2015. Págs. 145.

en sus servidores o al que remitan los enlaces que el servicio genera. Por ello, será su diligencia en la retirada de dichos contenidos la que determine si resulta o no responsable, siéndolo únicamente en la medida en que su actuación contribuye a perpetuar el ilícito de tercero⁷⁰⁴.

Fundamentalmente, se aplican exenciones de responsabilidad siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos: Si el prestador de servicios cumple con los deberes de diligencia exigidos por la norma se le exime de responsabilidad por los contenidos de sus páginas *web* introducidos por terceros⁷⁰⁵. Estamos pues ante una ley específica que regula la responsabilidad de los prestadores de servicios y almacenadores de datos, con una inexistencia de obligación general de supervisión, pues los estados miembros no pueden imponer (art. 15) a los prestadores de servicios una obligación de tal índole, o de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas⁷⁰⁶.

Frente a esta apariencia, la clave está en definir el ámbito subjetivo. La responsabilidad por las intromisiones ilegítimas, cuando no se puedan imputar a los proveedores de alojamiento, sí que se pueden imputar a los proveedores de contenidos. En este caso, la dificultad se encuentra en muchas ocasiones en la identificación del infractor. Generalmente, no se discute la existencia de la vulneración sino quién es el responsable de la misma. En muchas ocasiones se demanda al proveedor de alojamiento, entre otras cosas, porque resulta imposible identificar al infractor. Sin embargo, ello conduce en la mayoría de los casos al archivo de las actuaciones en el ámbito penal⁷⁰⁷.

A tenor de la concurrencia de distintas regulaciones legislativas nacionales, la responsabilidad por la transmisión de actos ilícitos a través de Internet debería imputarse en primer lugar a los creadores de la información. Ahora bien, sin perjuicio de la responsabilidad de los que han facilitado su transmisión y acceso a la misma. Incluso en algunos delitos, cabe incluso que sea el propio consumidor quien sea responsable del aprovechamiento o utilización de tales contenidos. Lo realmente difícil, respecto a los contenidos ilícitos en Internet, es descubrirlos, probarlos y perseguirlos⁷⁰⁸.

En definitiva, esta Ley no regula Internet, sino solo algunos aspectos relacionados con el mantenimiento de un orden público que es "*virtual*" en un doble sentido: Ni real, ni físico. La "*sociedad de la información*" es un aspecto de la globalización, que aunque recogido desde el mismo título de la Ley hasta su contenido, no tiene contenido jurídico alguno. En palabras de MENDIZÁBAL ALLENDE, se trata de "*un concepto cardinal, que*

⁷⁰⁴ APARICIO VAQUERO, Juan Pablo: "Cuestiones de derecho aplicable y responsabilidad de los prestadores de servicios de red social y de sus usuarios", en APARICIO VAQUERO, Juan Pablo y BATUECAS CALETRÍO, Alfredo (Coords.): "*En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*". Ed. Comares. Granada, 2015. Págs. 217 y 218.

⁷⁰⁵ PANIZA FULLANA, Antonia: "El alcance de la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información". *Aranzadi Civil* N.º 4/2010 (comentario). BIB 2010\1259 (on line).

⁷⁰⁶ SAP de Lugo de 9 de julio de 2009, N.º 538/2009 de 9 julio (Ar. JUR 2009\328919).

⁷⁰⁷ PANIZA FULLANA, Antonia: "El alcance de la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información". *Aranzadi Civil* N.º 4/2010 (comentario). BIB 2010\1259 (on line).

⁷⁰⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: "Internet y los Derechos Humanos". *Anuario Jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento* (Universidad de Huelva). N.º 2. 2002. Págs. 105-106.

anda entre lo sociológico y la metáfora, sin contenido jurídico alguno”⁷⁰⁹.

En este mismo sentido, ha sido una AP la que quizás mejor ha definido la situación, al referirse a las dificultades que existen en Internet para determinar las fuentes e identificar los contenidos y, consecuentemente, la dificultad en la capacidad de control, al ser un medio de comunicación descentralizado, sin un emisor único, concluyendo que “Internet es un sueño para sus usuarios y una pesadilla para los prácticos del Derecho”⁷¹⁰.

1.2. VIDA Y REALIDAD DIGITAL. CIFRAS Y DATOS. EL IMPACTO DE LAS TIC EN SECTORES Y ÁMBITOS DE LA SOCIEDAD.

La generalización de las TICs y especialmente de Internet, como centro vital de la dinámica del individuo en sociedad, es abrumadora a nivel mundial. Ahora bien, las TIC deben considerarse un medio, y no un fin en sí mismas. En condiciones favorables, estas tecnologías pueden ser un instrumento eficaz para acrecentar la productividad, generar crecimiento económico, crear nuevos empleos y fomentar la ocupabilidad, así como mejorar la calidad de la vida de todos. Pueden, además, promover el diálogo entre las personas, las naciones y las civilizaciones⁷¹¹.

El uso de Internet es cada vez más activo en todos los aspectos de la vida de las personas. A nivel particular, familiar y social, profesional, en los negocios, en la empresa y en el comercio, Internet está omnipresente. De los 820 millones de habitantes que residían en la Unión Europea en 2013, 529 millones utilizaban Internet, y de ellos, prácticamente la mitad, 250 millones eran usuarios de comercio electrónico⁷¹². En 2014, el número de internautas ha subido a 560 millones, pero los usuarios de comercio electrónico se han incrementado en un 25%⁷¹³. Las previsiones de los datos recogidos en 2015 son de un fuerte incremento sobre todo en las compras y servicios on-line. La tendencia muestra que Internet y, específicamente, el comercio electrónico, se han convertido en algo que caracteriza a una sociedad avanzada.

En España, los últimos datos y cifras constatan una rápida adaptación a la tecnología en todos los ámbitos y segmentos de población, donde si bien se utiliza la tecnología fija (el ordenador), sobre todo en el uso profesional, cada vez gana más adeptos la tecnología móvil (teléfono móvil, *smartphone* y *tablets*).

De los últimos datos publicados en 2015, podemos entresacar que el 89% de los españoles mayores de 13 años posee un teléfono móvil, habiéndose superado en

⁷⁰⁹ DE MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael: "Introducción", en CREMADES GARCÍA, Javier y GONZÁLEZ MONTES, José Luis (Coords.): “La nueva Ley de Internet (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio Electrónico)”. Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 2003. Pág. 40.

⁷¹⁰ SAP de Madrid, de 6 de febrero de 2006. FJ 7º. N.º 50/2006. (Ar. AC 2006\188).

⁷¹¹ Punto 9º de la Declaración de Principios: “Construir la Sociedad de la Información: un desafío global para el nuevo milenio”. Ginebra. 12 de mayo de 2004.
Disponible en: <http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/dop-es.html>

⁷¹² Comisión Europea (2014), “Europe B2C Ecommerce Report 2013”.

⁷¹³ Comisión Europea (2015), “Europe B2C Ecommerce Report 2014”.

diciembre de 2014, los 50,6 millones de líneas. Más de la mitad de usuarios de teléfonos móviles se conecta diariamente a Internet a través del móvil, de los que el 25% utiliza este dispositivo para el comercio electrónico⁷¹⁴.

Se observa que se ha producido un cambio de paradigma en Internet, ya que hemos pasado de conectarnos puntualmente a estar siempre conectados, gracias a los dispositivos móviles denominados "*smartphones*", a la instalación de aplicaciones de mensajería instantánea, (tipo "*WhatsApp*") e incluso al servicio de videollamada a través del móvil. La conclusión es el cambio de las pautas tradicionales de comportamiento en todos nuestros ámbitos, tanto en el personal y familiar, como en el social y profesional.

Algunos autores han destacado que esta primacía del presente se impone además como norma moral, es decir como imperativo y valor social que se basa en el acceso instantáneo a la información, así como en un régimen de comunicación no menos instantánea y dislocada del lugar en el que nos encontramos físicamente. El nuevo imperativo moral nos obliga a tener que ser accesibles en todo tiempo y en todo lugar y responder instantáneamente a los mensajes digitales. Dicho imperativo del presente instantáneo está basado por tanto en un nuevo régimen espacio-temporal, que Rafael CAPURRO califica de "*sociedad de mensajes*"⁷¹⁵. Esta transformación del código espacio-temporal mediante un cambio del código tecnológico cambia la vida familiar, laboral y política de la gente, en particular, desde el punto de vista de sus códigos sociales, económicos, políticos y legales.

Incluso en nuestra condición de trabajadores, seguimos interconectados con el resto de nuestros ámbitos, lo que no debe resultar extraño, aunque del mismo modo, y esto ya resulta algo más paradigmático, tenemos la posibilidad, cuando no el deber o la necesidad, de estar igualmente interconectados por asuntos laborales o profesionales, mientras disfrutamos de nuestra vida social o familiar. Ello produce indefectiblemente un efecto donde las barreras entre nuestra esfera personal, social y profesional, desaparece o disminuye, lo que necesariamente ha de tener efectos en nuestra privacidad, y por extensión, a los límites para el ejercicio de nuestros derechos.

Podríamos decir que esta "*interconexión*" ha provocado una influencia tal en nuestro comportamiento, que nos hemos adaptado a la vida digital de tal forma, que en la escala de valores del hombre en la sociedad del bienestar, es una necesidad primaria el hecho de permanecer conectados en cualquier sitio ("*ubicuidad de acceso*"), desde cualquier lugar y en cualquier momento, con la mayor calidad posible.

En el ámbito del teletrabajo, como modalidad de prestación de servicios fuera del alcance presencial del empresario, cuando se desarrolla a través de Internet, lejos de apreciarse como una libertad de autoorganización, con frecuencia implica estar disponible en todo momento, cuando no a trabajar bajo la responsabilidad de cumplir en los plazos marcados una tarea, en la que el tiempo es difícil de administrar. Por eso, algún autor se

⁷¹⁴ Informe Mobile en España y en el Mundo 2015 (Informe Ditrendia). Disponible en: <http://www.ditrendia.es/resumen-y-conclusiones-del-informe-mobile-en-espana-y-en-el-mundo-2015-de-ditrendia/>

⁷¹⁵ CAPURRO, Rafael: "La libertad en la era digital". *Informatio* (Revista del Instituto de Información de la Facultad de Información y Comunicación. Universidad de la República, Montevideo, Uruguay). Vol. 19. N.º 1. 2014. Disponible en: <http://informatio.eubca.edu.uy/ojs/index.php/Infor/article/view/145/223>

plantea si realmente el teletrabajo permite más libertad, o si es una nueva forma de "esclavitud" para los trabajadores, en el sentido estar a completa disponibilidad a cambio de una mayor autoorganización⁷¹⁶.

1.2.1 El impacto de las TICs en los hogares.

De los datos y cifras proporcionados por el INE en su "*Encuesta sobre equipamiento y uso de tecnologías de información y comunicación en los hogares*"⁷¹⁷, que recoge información sobre los diversos productos de tecnologías de información y comunicación de los hogares españoles así como los usos que hacen los españoles de estos productos, de Internet y del comercio electrónico, se desprenden los siguientes datos:

Se observa una generalización del acceso a Internet, ya que a fecha de diciembre de 2014, el 74,4% de los hogares españoles tiene acceso a Internet (frente al 69,8% de 2013). El 30,9% de los usuarios de Internet en los últimos tres meses de 2014 utiliza espacios de almacenamiento en Internet para guardar ficheros con fines privados y el 26,0% para compartir ficheros. Asimismo, el 67,1% de los usuarios de Internet en los últimos tres meses de 2014 (el 51,1% de la población de 16 a 74 años) participa en redes sociales de carácter general, como *Facebook*, *Twitter* o *Tuenti*, creando un perfil de usuario o enviando mensajes u otras contribuciones.

La búsqueda de información sobre bienes y servicios, así como sobre educación, son los servicios más comunes utilizados por los internautas. Sin embargo, los datos más importantes son los que destacan la consolidación del comercio electrónico en general, por parte de los hogares españoles. Se observa una mayor fiabilidad a realizar transacciones a través de la red, así como todo tipo de operaciones con empresas, la administración pública y comercio entre particulares. El comercio por Internet en España ha aumentado hasta ser utilizado al menos por un tercio de la población.

Entre las causas por las que los consumidores prefieren comprar *online* el 78,0% argumenta la comodidad de este servicio como una de las principales razones para preferir esta forma de compra, el 73,2% argumenta la posibilidad de encontrar ofertas y artículos a un mejor precio y el 65,5%, el ahorro de tiempo que ocasiona no tener que desplazarse físicamente.

1.2.2 El uso generalizado de las TICs en la Empresa.

La "*Encuesta de uso de TIC y comercio electrónico en las empresas*", elaborada por el INE⁷¹⁸, tiene por objetivo obtener la información necesaria que permita medir el uso

⁷¹⁶ PÉREZ SÁNCHEZ, Carmen: "El teletrabajo: ¿Más libertad o una nueva forma de esclavitud para los trabajadores?" En VI Congreso Internet, Derecho y Política. "Cloud Computing: El Derecho y la Política suben a la nube". *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 11. 2010. Págs 24-34.
Disponible en: <http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n11-VI-congreso-idp-cloud-computing>

⁷¹⁷ Fuente INE: Encuesta sobre equipamiento y uso de tecnologías de información y comunicación en los hogares. Datos publicados en 2015, correspondientes al año 2014. Disponible en: http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176741&menu=ultiD atos&idp=1254735976608

⁷¹⁸ Fuente INE: Encuesta sobre el uso de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y del

de las tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el comercio electrónico en las empresas de los países miembros. En concreto, los datos recogidos permiten hacernos una idea de la importancia del entorno tecnológico para las empresas y sus trabajadores.

De las encuestas examinadas de los últimos años se aprecia un crecimiento exponencial en el acceso a Internet, prácticamente total en la actualidad, pero con un crecimiento muy importante en tecnología móvil y dispositivos electrónicos de la propia empresa y puestos a disposición de los empleados.

Así, se aprecia que el 98,4% de las empresas de 10 ó más empleados dispone de conexión a Internet en el primer trimestre de 2015. Siete de cada 10 tienen página *web*. En las de 250 o más empleados, este porcentaje alcanza el 95,3%. Además, el uso de ordenadores está extendido en la práctica totalidad de estas empresas (99,2%). De estas empresas, el 80,7% usa banda ancha móvil para la conexión a Internet.

El 63,8% de las empresas proporciona a sus empleados dispositivos portátiles que permiten la conexión a Internet para uso empresarial. De estos dispositivos, un 44,9% son ordenadores portátiles y un 57,6% *smartphones* o PDA phones.

El 39,3% de las empresas utilizan alguno de los medios sociales por motivos de trabajo. Los principales usos están dirigidos a marketing, publicidad y gestión de la imagen (73,1%) y como canal de información al usuario (55,7%). El 15,4% de las empresas compran soluciones de *Cloud Computing* en el primer trimestre de 2015.

El 93,0% de las empresas de 10 o más empleados interactuó a través de Internet con las Administraciones Públicas durante 2014. Siete de cada 10 empresas utilizan la firma digital en alguna comunicación con agentes externos. De ellas, el 98,9% la emplea para relacionarse con las Administraciones Públicas y el 19,1% para hacerlo con proveedores y clientes.

Respecto al comercio electrónico, el 17,6% de las empresas con 10 o más empleados realizaron ventas mediante comercio electrónico en el año 2014. El volumen de negocio generado por estas ventas alcanzó los 198.261 millones de euros, un 1,4% más que en 2013. Las ventas a través de comercio electrónico representaron, el 14,4% del total de ventas efectuadas por las empresas de 10 o más empleados, frente al 15,1% del año anterior.

1.2.3 Las TICs como elemento de transformación de la economía.

Los avances tecnológicos han estado siempre vinculados a una finalidad económica. Incluso se ha acuñado el término “*nueva economía*” como el proceso de transformación de las actividades económicas a través del empleo de tecnologías digitales⁷¹⁹. En este sentido, no se puede negar que las aplicaciones y dispositivos

comercio electrónico en las empresas. Año 2014-2015. Disponible en:
<http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t09/e02&file=inebase>

⁷¹⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: “*Lo público y lo privado en Internet. Intimidación y libertad de expresión en la Red*”. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, DF, 2004. Pág. 16.

utilizados a través de Internet, facilitan la relación con los proveedores y clientes, permiten conocer el mercado en tiempo real, así como las preferencias de los consumidores, sus opiniones y reclamos, además de ser el canal de comunicación más empleado.

La tecnología digital permite nuevas formas de gestión y administración de empresas que afectan incluso a su financiación. A título de ejemplo, cabe citar, como ventajas inherentes al uso de las TICs⁷²⁰:

- *The sharing economy*, “micro”-uso: La utilidad de Internet consiste en disponer de un uso compartido de bienes, es decir, utilizarlos en los periodos en los que un elemento no está siendo utilizado, por ejemplo un local, una oficina, un centro de convenciones, para que otras personas los utilicen. El coste es similar a lo que sería un alquiler por horas, por lo que la importancia del servicio radica en el conocimiento de la existencia de este bien, así como su disponibilidad y precio.

Otra variedad de esta utilidad es el intercambio de bienes y servicios, que tiene su origen en el antiguo trueque. El conocimiento y valoración de las necesidades en tiempo real, permite este tipo de operaciones con un ahorro económico considerable.

A través de esta vía, se han potenciado servicios que trascienden del marco legal establecido, como por ejemplo, el uso compartido de vehículos cuando realmente sustituye al servicio público del transporte de viajeros.

- *Crowdfunding*, “micro”-financiación: Se trata de una modalidad de financiación a través de nuevas plataformas que no sólo permiten colaborar económicamente con un proyecto sino ser parte de su capital, el “*Equity Crowdfunding*”. En este caso, los usuarios aportan dinero a un proyecto a cambio de convertirse en accionistas.
- Fórmulas de pago que permiten hacer un desembolso con un dispositivo móvil, incluso con lectura de la etiqueta electrónica del producto, eliminando por tanto, el efectivo e incluso la tarjeta de crédito.

Aparte de ello, la propia industria de los contenidos digitales en España es un sector económico de importancia creciente, con un enorme potencial de creación de empleo y con un fuerte impacto en la economía. De ahí, que el Gobierno ha incluido los contenidos digitales como uno de los siete pilares de la Agenda Digital para España, y ha establecido un Plan de Impulso de la Economía Digital y los Contenidos Digitales, que persigue el desarrollo de la economía digital mediante medidas para esta industria que fomenten el emprendimiento, el crecimiento de las empresas, la apertura al exterior y atraigan la inversión extranjera⁷²¹.

1.2.4 La Administración electrónica.

La difusión de la información del sector público a través de medios electrónicos facilita tanto a ciudadanos como a empresas realizar actividades y cumplir con sus

⁷²⁰ FUNDACIÓN TELEFÓNICA: “*La Sociedad de la Información en España 2013*”. Ed. Ariel. Barcelona. 2014. Pág. 70.

⁷²¹ <http://www.agendadigital.gob.es/planes-actuaciones/Paginas/plan-impulsocontenidos-digitales.aspx>.

obligaciones ante la administración pública. Pero además, cabe destacar que es un mecanismo para aumentar la transparencia administrativa y la legitimidad democrática.⁷²². En palabras de Glenn GREENWALD, "la transparencia es para quienes tienen obligaciones públicas y ejercen el poder público. La privacidad es para todos los demás"⁷²³.

La *e-Administración*, entendida en su concepto más amplio como el aprovechamiento de las TICs para promover una administración pública inteligente, sostenible e innovadora⁷²⁴, facilita al ciudadano la posibilidad de realizar trámites administrativos digitalmente, pero además, los simplifica, facilita, deja registro de ellos y elimina duplicidades. En estos años, ha sido constante la mejora de la accesibilidad de los servicios, la mejora de la transparencia y de la cooperación, la reutilización de información del sector público o la mejora de la seguridad, entre otros⁷²⁵.

Otra muestra del avance tecnológico en la Administración, ha sido el esfuerzo, con datos sobre la Administración General del Estado, para la mejora de la accesibilidad a sus páginas *web* y sedes electrónicas a través de dispositivos alternativos al ordenador. El incesante incremento del acceso a Internet en movilidad está motivando la adaptación de los portales de la AGE a través de dispositivos móviles o incluso la TV conectada⁷²⁶.

La introducción de las nuevas tecnologías, especialmente las derivadas de la *Web 2.0* (permitiendo la interacción y comunicación), ha regenerado la administración tradicional, jerarquizada y distante del individuo. La tecnología no garantiza la modernización institucional, pero ha ayudado a potenciar una nueva imagen cómoda, cercana y efectiva de la administración. No solo la administración, sino todas las instituciones democráticas han conectado a través de Internet con la ciudadanía, abriendo canales de comunicación y permitiendo la participación ciudadana para la manifestación de sus inquietudes y deseos⁷²⁷.

⁷²² CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí: "Web 2.0 y la participación ciudadana en la transparencia administrativa en la sociedad de la información" en COTINO HUESO, Lorenzo (editor): "*Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*". PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia). Valencia, 2011. Págs 131-148. Pág. 132. Disponible en: <http://www.derechotics.com/congresos/2010-libertades-y-20/e-libro-e-libertades-2010>

⁷²³ GREENWALD, Glenn: "*Snowden. Sin un lugar donde esconderse*". Ed. Ediciones B. Barcelona, 2014. Pág. 258.

⁷²⁴ COM/2010/0743 final (2010): Plan de Acción Europeo sobre Administración Electrónica 2011-2015. Aprovechamiento de las TIC para promover una administración pública inteligente, sostenible e innovadora.

⁷²⁵ <http://www.agendadigital.gob.es/planes-actuaciones/Paginas/plan-impulsocontenidos-digitales.aspx>.

⁷²⁶ Informe REINA 2015: Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en la Administración del Estado. Disponible en: http://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_OBSAE/pae_Informes/pae_InformeREINA/pae_InformeREINA.html#.VuCjvcp1Jx0

⁷²⁷ RUBIO NÚÑEZ, Rafael: "Las redes sociales en las administraciones ¿Periodo de pruebas?" en COTINO HUESO, Lorenzo (editor), "*Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*", PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia, 2011. Pág. 155. Disponible en: <http://www.derechotics.com/congresos/2010-libertades-y-20/e-libro-e-libertades-2010>

Una de las características mejor valoradas sin duda por los ciudadanos es el de la transparencia de la Administración, mediante la apertura de datos públicos, accesibles desde el Catálogo de Datos en "datos.gob.es"⁷²⁸.

La Ley 19/2013, denominada, "*Ley de transparencia*"⁷²⁹ persigue un triple alcance: De un lado, incrementa y refuerza la transparencia en la actividad pública; de otro, reconoce y garantiza el acceso a la información –regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo– y por otro, establece las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento.

Surgen así dos conceptos que pueden tener implicaciones en el ámbito de la privacidad⁷³⁰:

- El *Open Data* o "*apertura de los datos públicos*". Se trata de poner a disposición de entidades y personas, tanto físicas como jurídicas, los datos e informaciones que poseen las Administraciones Públicas en general y hacerlo en un formato y con una estructura que sea fácilmente accesible, comprensible y susceptible de tratamiento electrónico para facilitar su acceso y posterior utilización.
- El *Open Government* o "*gobierno abierto*". Persigue que las acciones y actividades relativas al gobierno en el ámbito de las Administraciones Públicas deben ser transparentes, de forma que impulsen su conocimiento por los ciudadanos al tiempo que provoquen su participación y colaboración. Además, implica que la gestión de los servicios públicos que se presten puedan ser supervisados por los ciudadanos, al tiempo que se faciliten interrelaciones, básicamente en el ámbito electrónico, para que opinen y presten su conocimiento y experiencias ayudando en la toma de decisiones⁷³¹.

Estos derechos de acceso a la información deben tener como límite el derecho a la protección de datos de los ciudadanos, por lo que es necesario equilibrar ambos derechos. En este sentido, el art. 15 de la Ley de Transparencia, establece como norma general que si la información solicitada contuviera datos especialmente protegidos, el acceso únicamente se podrá autorizar en caso de que se contase con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso. Además, prevé la aplicación de determinados criterios cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, previa ponderación suficientemente razonada

⁷²⁸ <http://datos.gob.es/datos/>

⁷²⁹ Art. 15 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (BOE de 10 de diciembre).

⁷³⁰ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel: "La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno". *Actualidad Administrativa*. N.º 7-8. Julio-agosto 2014. Págs. 884-885.

⁷³¹ MAC SÍTHIGH, Daithí: "Legisladores y políticos en el punto de mira". En el V Congreso Internet, Derecho y Política. "Cara y cruz de las redes sociales". *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 9. Noviembre 2009. Pág. 9. Disponible en: http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n9_peguera.

del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada.

Además de la transparencia, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos prevé que la utilización de las tecnologías de la información tendrá las limitaciones establecidas por la CE y el resto del ordenamiento jurídico, respetando el pleno ejercicio por los ciudadanos de los derechos que tienen reconocidos, en especial, a la protección de datos de carácter personal en los términos establecidos por la LOPD, en las demás leyes específicas que regulan el tratamiento de la información y en sus normas de desarrollo, así como a los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar (art. 4.1).

Además, potencia otra serie de principios para dotar de verdadera eficacia a la *e-administración*. Así, la accesibilidad debe permitir el acceso universal a la información. La calidad persigue que la información del sector público sea útil para las finalidades propuestas. La responsabilidad implica la indemnización por los daños causados a los ciudadanos por falta de calidad en la información. Otros principios previstos en la normativa de administración electrónica son los de interoperabilidad, la neutralidad y la seguridad. Además, las administraciones deben respetar los principios derivados de la protección de datos y cumplir con lo previsto en la LOPD⁷³².

Respecto al derecho a la protección de datos de los ciudadanos, la Administración tiene la potestad de publicar información que contenga datos personales incluso sin el consentimiento del interesado, cuando es necesario para el desempeño de la actividad administrativa. Esta amplia libertad requiere desde el punto de vista constitucional, que el tratamiento de datos personales por parte de la Administración, en tanto injerencia de un derecho fundamental, debe encontrar justificación en la tutela de otros derechos o valores constitucionales y resultar proporcionado⁷³³. Así lo ha entendido el TJUE en su sentencia de 24 de noviembre de 2011, en el sentido que la exigencia incondicional de que los datos figuren en fuentes accesibles al público, cuando no hay consentimiento y no se respetan los derechos y libertades fundamentales del interesado es contrario a la Directiva de protección de datos⁷³⁴.

De esta forma, cuando la transparencia derivada del principio democrático se pone en relación con el derecho a la protección de datos es necesaria una ponderación. Si la Administración lleva a cabo una publicación en Internet debe tener en cuenta la amplitud de acceso de cualquier persona a esa información, debiendo en determinados casos, adoptar medidas que restrinjan dicho acceso (por ejemplo, claves o contraseñas). Una

⁷³² CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí: "Web 2.0 y la participación ciudadana en la transparencia administrativa en la sociedad de la información" en COTINO HUESO, Lorenzo (editor): "*Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*". PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia). Valencia, 2011. Págs. 131-148. Disponible en: <http://www.derechotics.com/congresos/2010-libertades-y-20/e-libro-e-libertades-2010>.

⁷³³ GUICHOT REINA, Emilio: "La publicidad de datos personales en internet por parte de las administraciones públicas y el derecho al olvido". *Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º 154. Mayo-agosto 2008. Pág. 4.

⁷³⁴ Asuntos acumulados "Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF)" (asunto C-468/10) y "Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEMD)" (asunto C-469/10).

sanción administrativa, la adjudicación de un concurso público o la concesión de una licencia a un sujeto identificado incluso con su NIF, dirección y otros datos personales, supone una intromisión en su privacidad que le priva de controlar dicha información y que, incluso, puede permanecer *sine die*.

Esta situación ha provocado que la falta de eficacia del derecho de cancelación de datos, cuando su tratamiento (en este caso la publicidad) deviene innecesario, así como del derecho a la oposición del interesado, hayan provocado pronunciamientos judiciales en defensa de los derechos de los particulares. En muchas ocasiones, la cancelación de la información en los portales de la administración no impiden que los datos permanezcan indexados en Internet, por ejemplo, por haber sido publicados en otros medios (periódicos cuya edición impresa se publica en Internet).

El ejercicio del derecho a relacionarse electrónicamente con la Administración comporta una generalización de las relaciones Administración-ciudadano que facilita el acopio de numerosos datos por los poderes públicos. Se produce así un riesgo objetivo para el derecho a la autodeterminación informativa, pues el ingente caudal de información demanda un tratamiento adecuado en el que se respeten los derechos de los ciudadanos a una gestión adecuada y salvaguarda de sus datos personales⁷³⁵.

En este sentido, existen ya algunos pronunciamientos del TJUE que han obligado a la retirada de la información cuyo tratamiento ya no es necesario o está obsoleto, sin perjuicio que como paradoja, la publicidad sobre el asunto haya devuelto a la actualidad estas informaciones, al haber tenido eco en los medios de comunicación en Internet. Son ejemplos de ello, la STJUE de 9 de noviembre de 2010 (caso *Schecke y Eifert*)⁷³⁶, en el que unos beneficiarios de ayudas agrícolas cuestionaban la publicación en la *web* por una autoridad estatal de su identidad como beneficiarios, las cuantías, su domicilio y dirección, y el caso español más conocido "*Caso Mario Costeja*"⁷³⁷, por el que se solicitaba la retirada de los motores de búsqueda en Internet de la publicación de una anterior sanción administrativa ya extinta.

Se plantea así la exigencia de un denominado "*derecho al olvido*" en cuanto a la retirada de la información pública disponible del individuo, precisamente para la salvaguarda de su derecho a la privacidad y del control de sus propios datos, que se trata en un epígrafe específico.

1.3. EL MARCO JURÍDICO PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS EN INTERNET.

1.3.1 El marco constitucional: El ejercicio de los derechos fundamentales, su coexistencia y límites en Internet.

A la hora de plantearnos una regulación para este nuevo espacio, que no debe ser

⁷³⁵ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: "La construcción del derecho a la autodeterminación informativa y las garantías para su efectividad", en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo y PIÑAR MAÑAS, José Luis: "*El derecho a la autodeterminación informativa*". Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009. Pág. 65.

⁷³⁶ STJUE de 9 de noviembre de 2010, asuntos acumulados C-92/09 y C-93-09.

⁷³⁷ STJUE de 13 de mayo de 2014 (*Google Spain, S.L. y Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos [AEPD] y Mario Costeja González*, asunto C-131/12).

otro que el de la realidad misma pero en formato digital, es obligada una referencia introductoria en la que hemos de volver a la teoría de los derechos fundamentales. Resulta paradójico como la técnica ha contribuido a volver al sentido originario de los derechos, como alma de la sociedad política.

Sin embargo, a pesar del carácter abierto y libertario de la primera etapa de Internet, no se puede olvidar aquel antiguo brocardo que dice: "*Omnis determinatio negatio est*" y que viene a recordar que cualquier determinación de la realidad implica indefectiblemente una limitación de esa misma realidad.

Y es que los inicios de Internet recuerdan al antiguo Estado liberal, en el que los derechos y sobre todo la libertad es el centro de todo, desvinculándose del derecho positivo. Según esta concepción, el Estado de derecho tiene como función inicial imponer límites al campo político, ser un freno: Más derecho quiere decir menos democracia y a la inversa⁷³⁸. Sin embargo, en el marco de un Estado social, éste debe concebirse no solo como distribuidor de beneficios, sino también de sacrificios, garantizando no solo derechos sociales positivos, sino también, los derechos sociales negativos⁷³⁹.

En Internet todos pueden acceder, opinar, expresarse libremente y comunicar. Se conciben como derechos absolutos, de forma que cuanto más libertad tenga el individuo, más se garantiza una esfera inmune al Estado, en la que el individuo puede libremente configurar su existencia⁷⁴⁰. Se habla de "*nuevo liberalismo*", entendido como perturbación transformadora de una sociedad liberal impulsada por la revolución tecnológica⁷⁴¹.

Como un ejemplo de esta concepción anarquista y libertaria de Internet, PÉREZ LUÑO⁷⁴² cita la "*Declaración de Independencia del Ciberespacio*" promulgada por John Perry Barlow en Davos, Suiza, el 8 de febrero de 1996. Esta Declaración promulgaba la total autonomía de los cibernautas respecto a cualquier tipo de autoridad estatal⁷⁴³, la negación de los conceptos y categorías jurídicas tradicionales⁷⁴⁴ y la confianza utópica en

⁷³⁸ ROSSANVALLON, Pierre: "*La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*". Ed. Paidós. Barcelona, 2010. Pág. 151.

⁷³⁹ PISARELLO PRADOS, Gerardo: "Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: Por una protección compleja de los derechos sociales", en CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (Dir): "*Teoría constitucional y derechos fundamentales*". Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México D.F., 2002. Pág. 124.

⁷⁴⁰ BENDA, Ernst: "Dignidad humana y derechos de la personalidad". En BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad y HEYDE, Wolfgang: "*Manual de Derecho Constitucional*". Ed. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales. Madrid, 2001. Pág. 118.

⁷⁴¹ FROSINI, Tommaso Edoardo: "Nuevas tecnologías y constitucionalismo". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 124. Abril-Junio 2004. Pág. 131.

⁷⁴² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: "Internet y los Derechos Humanos". *Anuario Jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento* (Universidad de Huelva). N.º 2. 2002. Págs. 108 y 109.

⁷⁴³ En este sentido, proclamaba: "*Gobiernos del mundo industrial... No son bienvenidos entre nosotros. No tienen ninguna supremacía donde nos juntamos... El Ciberespacio está fuera de sus fronteras*".

⁷⁴⁴ Respecto a ello, aducía: "*Vuestros conceptos legales de propiedad, expresión, identidad, movimiento y contenido no se aplican a nosotros. Aquellos se basan en la materia, pero en nuestro mundo la materia no existe*".

un ciberespacio ideal⁷⁴⁵. Este sentimiento libertario aflora cuando se trata de articular medidas intervencionistas⁷⁴⁶.

Esta concepción identificaría a los comienzos de Internet con el "orden cooperativo" en la clasificación que realiza GARCÍA PELAYO, cuando distingue una tipología de órdenes desde el punto de vista de las relaciones básicas que unen a sus componentes⁷⁴⁷:

- Orden competitivo: Fruto de las relaciones de rivalidad entre los componentes de un conjunto por la consecución de un objetivo. El espacio de Internet no se rige por un orden competitivo, pues aunque pueda existir rivalidad en cuanto a los fines que persiguen sus componentes, todos ellos aceptan compartir libremente sus ideas, sin excluir la consecución de los fines de los demás.
- Orden cooperativo: Deriva de la acción combinada de las partes componentes, integrando o unificando sus esfuerzos para la consecución de un objetivo común fijado por ellas mismas o al que ellas mismas se adhieren. El paralelismo con el universo de Internet, radica en que esta acción combinada se lleva a cabo según unas reglas convenidas o reconocidas por los componentes y, por tanto, no impuestas por un poder extraño de acuerdo con las cuales cada participante ocupa una posición y desempeña una función en el conjunto. En la historia del pensamiento político, la convivencia social basada exclusivamente en el orden cooperativo, ha inspirado las tendencias anarco-comunistas, que rechazan el orden y la subordinación.
- Órdenes de supra y subordinación: Están constituidos por la dependencia de todos sus componentes a un centro originario del que deriva la totalidad del orden. A su vez, estos órdenes pueden ser de dominación (de corte absolutista) o de participación, consistente en la cooperterencia de todos los ciudadanos a la comunidad nacional, en la que radica la unidad histórico-política sustancial, supuesto del Estado mismo y de "*voluntad nacional*".

Evidentemente, no podemos hablar de Internet como un ente territorial en el sentido de "*Estado*", pero sí de una comunidad en la que, a la postre, el orden cooperativo deriva hacia un orden participativo. Y es que, estos tipos de órdenes no se dan en forma pura, sino que el desarrollo de cada uno de ellos, o bien requiere su complementación con los principios de los demás o bien lo lleva a transformarse a otro tipo de orden, según la forma histórico-política concreta.

Internet es un punto de encuentro y, en cierto modo, un orden. Como estructura y como orden, constituye un conjunto o espacio en el que una pluralidad de componentes o

⁷⁴⁵ De forma terminante, espetaba: "*Crearemos una civilización de la mente en el ciberespacio. Que sea más humana y justa que el mundo creado anteriormente por sus Gobiernos*".

⁷⁴⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: "*Lo público y lo privado en Internet. Intimidación y libertad de expresión en la Red*". Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, DF, 2004. Pág. 10.

⁷⁴⁷ GARCÍA PELAYO, Manuel: "Contribución a la teoría de los órdenes", en GARCÍA PELAYO, Manuel: "*Idea de la política y otros escritos*". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983. Pág. 77.

miembros comparten relaciones sociales básicas derivadas de las actividades de cada individuo. En el espacio virtual de la red, cada usuario dispone de una identidad digital que utiliza para acceder, comunicarse e, incluso, para realizar negocios jurídicos⁷⁴⁸. Internet es un escenario para el ejercicio de los derechos fundamentales en un espacio de libertad, cuya teoría general debe ser reeditada. En este espacio, los derechos subjetivos tradicionales son preexistentes y constituyen un ámbito de libertad inmune y privado, pero sometido al ordenamiento jurídico.

Tanto en la realidad física como en la virtual, la coexistencia de derechos de libertad, autonomía o de defensa reconocen un ámbito autónomo al individuo sin interferencias estatales, necesario para el desarrollo de sus potencialidades vitales. Por eso, en un primer momento, la actitud de los poderes públicos es de abstención o respeto. Ello caracteriza a Internet como un lugar de encuentro, libre y en el que cada individuo puede acceder, expresarse y comunicarse como quiera y con quien quiera. A pesar de concebir Internet como un espacio o territorio, técnicamente, sin embargo, esta afirmación no es correcta. Internet no es un espacio en el que se entra, sino un conjunto de herramientas con las que se interactúa⁷⁴⁹.

Sin embargo, Internet representa un ámbito de libertad, donde el individuo puede dejar su impronta y formar parte del grupo. La arquitectura de Internet dificulta el control de la expresión por parte de los grupos de poder, lo que constituye a la vez un entorno para el desarrollo de la individualidad, la creatividad y la libertad de expresión⁷⁵⁰.

Ahora bien, el carácter universal o general de los derechos fundamentales hace difícil su ejercicio simultáneo, sin una ordenación de indudable alcance restrictivo. Esto ocurre tanto en la vida física, como en Internet. La titularidad universal de los derechos fundamentales implica una primera limitación de los mismos, en la medida en que tales derechos reconocidos a todos han de ser ejercidos simultáneamente también por todos.

El "utopismo ácrata" se opone a cualquier regulación del ciberespacio por entender que con ello se reprime la libertad de los cibernautas, a la vez que se refuerza el papel estatal. Pero paradójicamente, los grandes beneficiarios de esta anarquía son las empresas y grandes multinacionales que, como gestores de contenidos e información, tienen acceso y control sobre toda la información que menoscaba los derechos de la personalidad, sin ningún tipo de límite⁷⁵¹.

⁷⁴⁸ ALAMILLO DOMINGO, Ignacio: "La identidad digital en la Red", en RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Dirs.): "Derechos y redes sociales". Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2013.

⁷⁴⁹ DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, Javier: "Internet como entorno de la opinión pública: Envolviendo los derechos fundamentales en derechos ordinarios". *Revista Internacional de Pensamiento Político*. N.º 7. 2012. Pág. 96.

⁷⁵⁰ RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: "La red social como ejemplo de participación: Casos y cuestiones" en COTINO HUESO, Lorenzo (editor), "Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías". PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia). Valencia, 2011. Pág. 171. Disponible en: <http://www.derechotics.com/congresos/2010-libertades-y-20/e-libro-e-libertades-2010>

⁷⁵¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: "Internet y los Derechos Humanos". *Anuario Jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento* (Universidad de Huelva). N.º 2. 2002. Págs. 101-121.

Incluso la dimensión supranacional de Internet aprovecha la inexistencia de fronteras, impidiendo una protección efectiva del Estado, cuyo poder sí está limitado por el territorio. Con Internet, entra en crisis la propia definición de Estado nacional⁷⁵².

Como ha puesto de manifiesto FERRARESE, en el período en que vivimos, marcado por la globalización, las sociedades de individuos no pueden adaptarse tanto al ámbito de las Constituciones estatales, dado que responden a una serie de reglas supraconstitucionales, de carácter global y no local⁷⁵³.

En efecto, los problemas jurídicos que plantea la tecnología informática, tanto en la esfera del derecho constitucional, como en la del derecho privado, surgen cuando se trata de resolverlos en una dimensión estatal, cuando, sin embargo, se desenvuelven en una dimensión supraestatal. El análisis de la relación entre tecnologías (informáticas) y libertades constitucionales escapa de la dimensión estatal en el marco de los procesos de globalización. Internet tiene una vocación natural a la extraterritorialidad, en cuanto ésta traspasa los confines de los Estados nacionales, supera las barreras aduaneras y elimina las diferencias culturales entre los pueblos⁷⁵⁴.

En el plano individual, la desaparición de las fronteras en Internet ha provocado dos fenómenos opuestos. Por un lado, ya no hay comunidad nacional que pueda impedir a sus ciudadanos que conozcan lo que sucede en otros países e incluso, cualquier súbdito de cualquier dictadura puede conocer en tiempo real lo que acontece en otros lugares del mundo. Pero, sin embargo, como contrapartida, el severo control que los Estados ejercen sobre las actividades de los ciudadanos ha llevado a que otros centros de poder que están técnicamente preparados y que ni siquiera tienen que estar ubicados en el mismo país que el usuario de Internet, conozcan a quién hemos escrito, qué hemos comprado o cuáles son nuestras inquietudes y aficiones⁷⁵⁵.

En términos generales, una persona puede ejercitar su derecho siempre y cuando no impida o limite a otro su ejercicio. En esta convivencia, que también existe en Internet, la resolución de la vigencia universal y simultánea de los derechos fundamentales requerirá de una actuación ordenadora que compatibilice su disfrute.

La necesaria coexistencia de derechos y de éstos con otros bienes jurídicos protegibles, hará que los conflictos que surjan entre ellos no se puedan resolver afirmando la prevalencia incondicionada o absoluta de alguno de ellos sobre los demás, sino con la afirmación de la vigencia limitada de todos. Ello implica la necesidad de una ponderación que no busca la aniquilación del derecho no prevalente, sino en la medida de lo posible, la

⁷⁵² ECO, Umberto: "La pérdida de la privacidad", en ECO, Umberto: "*A paso de cangrejo*". Ed. Debate. México, 2007. Pág. 99.

⁷⁵³ FERRARESE, Maria Rosaria: "*Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*". il Mulino. Bologna. 2002. Págs 105 y ss.

⁷⁵⁴ FROSINI, Tommaso Edoardo: "Nuevas tecnologías y constitucionalismo". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 124. Abril-Junio 2004. Pág. 130.

⁷⁵⁵ ECO, Umberto: "La pérdida de la privacidad", en ECO, Umberto: "*A paso de cangrejo*". Ed. Debate. México, 2007. Pág. 100.

concordancia práctica de ambos derechos⁷⁵⁶.

La contribución normadora del legislador en el establecimiento de un régimen completo de derechos fundamentales, respetando su contenido esencial, debe llevarse a cabo, según la ya antigua preocupación compartida por MORTATI, HÄBERLE, HESSE o MÜLLER, como indica el profesor SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, sobre la necesidad de conectar adecuadamente normatividad y realidad o, en términos generales, con la comprensión institucional del Derecho⁷⁵⁷.

Internet es una nueva realidad, pero los derechos son los mismos que antes de que existiera Internet. En palabras de ISENSEE *"una Constitución que se limite a reflejar la realidad no es verdadera norma al renunciar a ser referencia de ordenación. Pero una Constitución que no tenga en cuenta la realidad tampoco puede pretender modelarla. Aquélla es redundante o superflua; esta deviene, seguramente, utópica e inútil"*⁷⁵⁸.

Pues bien, Internet es un espacio en el que los particulares ejercen libremente sus derechos haciéndolos valer en sus relaciones. Pero dicho ejercicio necesariamente habrá que concebirlo, no como un sistema cerrado y completo, referido a su dimensión individual, en cuanto reconocimientos constitucionales de determinadas posiciones subjetivas, sino aludiendo a la comprensión institucional de los mismos, que exige reparar en los efectivos ámbitos vitales, propios del sistema democrático, en el que se ejercitan.

Citando a HÄBERLE, los derechos fundamentales en su aspecto individual *"garantizan a sus titulares un derecho subjetivo público"*; en su dimensión institucional suponen una protección constitucional *"de un ámbito vital que se ordena y configura libremente"*. Los derechos fundamentales son, además, *"rasgos esenciales de la democracia, sin cuyo reconocimiento y ejercicio ésta no puede existir"*. Sólo donde hay derechos fundamentales *"la minoría tiene posibilidades de convertirse en mayoría"*⁷⁵⁹.

La concepción institucional de los derechos fundamentales no permite una comprensión de éstos exclusivamente normativa, y menos en un escenario como Internet, de forma que se ignoren los intereses de la comunidad en beneficio de uno solo, pues existen relaciones sociales y el derecho no se puede separar del ámbito en el que vive la comunidad, pues desde la idea institucional, el derecho fundamental ha de ser efectivo, sensible a la realidad.

Por ello, la intervención del legislador, aún en un ámbito nacido de la comunidad libre, sin fronteras y sin parámetros predefinidos, es indispensable para la garantía del

⁷⁵⁶ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 71. Enero-marzo 1991. Págs. 98 y 99.

⁷⁵⁷ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: "La libertad de expresión desde la teoría de los Derechos Fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 11. N.º 32. Mayo-agosto 1991. Pág. 75.

⁷⁵⁸ ISENSEE, Josef: "Staat und Verfassung", en ISENSEE y KIRCHOF (eds.): *"Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland"*. Ed. CF Müller. Heidelberg, 1987. Vol. II. Págs 642-643.

⁷⁵⁹ HÄBERLE, Peter: *"Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz – Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre des Gesetzesvorbehalts"*. Ed. C.F. Müller. Heidelberg, 1983 (3ª ed.). Págs 17 y 70.

ejercicio de derechos en esa comunidad que es Internet. Es la instancia que media entre la proclamación abstracta del derecho fundamental y su vigencia efectiva. El Estado no puede verse como potencial enemigo de las libertades, sino que ha de ser considerado como su garante y definidor⁷⁶⁰.

En esta labor, hay que tener en cuenta que el legislador no puede desfigurar los derechos cuando procede a la normación de los mismos, ni puede dejar sin contenido alguno de ellos por dar mayor peso a otro. El límite de la afectación normativa es el contenido esencial del derecho, o en palabras de la STC 11/1981, de 8 de abril: "*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 (...)*". Pero el propio TC añade un matiz muy importante, sobre todo si tratamos de aplicar esta doctrina al mundo de Internet. "*(...) Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales*" (FJ 8º).

El desafío, todavía pendiente en muchos aspectos, es el diseño de un marco normativo que proteja eficazmente los derechos de la persona, el usuario de Internet, sin cercenar las opciones de desarrollo e innovación de la industria ni limitar, en consecuencia, las opciones de ejercicio de la libertad de empresa en un escenario global.

Esa debe ser la labor del Derecho. Las TICs han introducido una nueva dimensión para el ejercicio de los derechos de la persona. El Derecho ha de intervenir en aquellos ámbitos de la sociedad donde el poder político haya devenido inmune y por consiguiente sea necesario limitarlo para garantizar la libertad individual de los ciudadanos. Por ello, estamos ante una realidad, que desde el punto de vista constitucional plantea los siguientes retos⁷⁶¹:

- El óptimo aprovechamiento de los procesos democráticos de los diferentes Estados con el fin de lograr la plena identificación entre gobernantes y gobernados y con ello la limitación del poder político: La participación y democracia electrónicas.

Este aspecto ha sido destacado por Tommaso Edoardo FROSINI en el sentido de que la libre circulación de información puede producir la formación de una conciencia civil y política, percibida como un llamamiento, no circunstancial, a los intereses y a la capacidad de juicio de cada ciudadano, que sería partícipe de un circuito comunitario de información y de responsabilidad. Incluso la democracia electoral está sufriendo transformaciones a consecuencia del desarrollo tecnológico. La papeleta en formato papel está próxima a ser sustituida por el voto electrónico. Esto permitiría una mayor disposición para votar, incluso desde cualquier terminal, proceder a un recuento más rápido y fijar toda una serie de garantías que eliminen la manipulación, el fraude y los errores. Se

⁷⁶⁰ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: "La libertad de expresión desde la teoría de los Derechos Fundamentales". *Revista española de Derecho Constitucional*. Año 11. N.º 32. Mayo-agosto 1991. Págs. 94 y 95.

⁷⁶¹ GARCÍA COSTA, Francisco Manuel: "El Gobierno de Internet como reto del Derecho Constitucional". *Anales del Derecho* (Universidad de Murcia). N.º 24. 2006. Págs. 269-270.

trataría de una democracia no delegante, sino participativa, que manifiesta una nueva forma de libertad dirigida desde la participación del ciudadano en la vida de la colectividad, interviniendo en el poder político⁷⁶².

- Limitar el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de los derechos (art. 18.4 CE).
- El gobierno de Internet, concebido como el desarrollo y la aplicación por los gobiernos, el sector privado y la sociedad civil, en el desempeño de sus respectivos papeles, de principios, normas, reglas, procedimientos de toma de decisiones y programas comunes que den forma a la evolución y a la utilización de Internet⁷⁶³.

RODOTÀ distingue a la democracia en el siglo XXI de la democracia de los siglos precedentes. Hoy día la democracia cambia el significado de la representación y de la soberanía, muestra una nueva democracia de masas, que rompe el cerco cerrado de las élites del poder, obligando, por así decirlo, a los representantes de la voluntad popular a descender a la "*piazza elettronica*" y a enfrentarse directamente con los representantes en las nuevas formas asumidas por la tecnopolítica⁷⁶⁴.

La importancia en el mantenimiento y respeto a los derechos fundamentales deriva, tanto en Internet como en cualquier otro escenario, en el respeto a la dignidad de la persona y en la imprescindibilidad de un sistema democrático. Sólo hay derechos en democracia, sin democracia no hay derechos⁷⁶⁵.

Si deseamos que exista democracia en Internet, tenemos que respetar por encima de todo la dignidad de la persona como algo categórico, incondicionado y absoluto. No puede haber un resquicio de la red en el que no se respete a la persona como tal.

La persona es el presupuesto y el fin del orden moral y del orden jurídico. En atención a su individualidad e irrepetibilidad, la persona es merecedora de consideración y respeto. En el plano interindividual, tal exigencia remite a la obligación de respeto recíproco, de respetar a todo ser humano, sin excepción, de manera que no puede ser instrumentalizado ni sustituido por nada ni nadie; no es sólo medio u objeto, sino persona, fin en sí mismo. La dignidad es el fundamento de todos los derechos. Carece de contenido determinado y más bien instituye una obligación universal de respeto incondicionado. Por tanto, la dignidad requiere complemento y concreción, en particular a través de los derechos y libertades reconocidos y garantizados por el ordenamiento jurídico⁷⁶⁶.

⁷⁶² FROSINI, Tommaso Edoardo: "Nuevas tecnologías y constitucionalismo". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 124. Abril-Junio 2004. Págs 146-147.

⁷⁶³ Agenda de Túnez. Segunda fase de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información (16-18 de noviembre de 2005, Túnez). Agenda de Túnez para la Sociedad de la Información. Punto 34º.

⁷⁶⁴ RODOTÀ, Stefano: "*Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*". Editori Laterza. Roma. 2004. Págs 45 y ss.

⁷⁶⁵ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: "Los Derechos Fundamentales en la Constitución Española". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 105. Julio-Septiembre 1999. Pág. 11.

⁷⁶⁶ SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio: "Ética, Derecho y datos personales". *Cuadernos de Derecho*

Por ello, si queremos que Internet sea un entorno democrático, tendrá que ser también un espacio de ejercicio derechos, cuya garantía corresponde al Estado. Ahora bien, el Estado tiene un límite espacial, mientras Internet supone una comunidad que no tiene fronteras entre Estados, lo que representa otra necesidad a tener presente en su regulación. Todos los Estados deben fijar unos parámetros comunes para el ejercicio de derechos, pero también para su garantía. De la misma forma, el reconocimiento de derechos, también debe ser uniforme, para lo que son de máxima utilidad las primeras declaraciones internacionales de principios con el acuerdo de los Estados, así como las organizaciones supranacionales, como la Unión Europea. Una estrategia compleja de protección de los derechos fundamentales, hoy más que nunca, debe asumir la imposibilidad moral y fáctica de un Estado constitucional en un solo país⁷⁶⁷.

En este sentido, RUBIO LLORENTE concilia dos exigencias a la legitimidad del Estado: Por un lado, el Estado ha de fundamentarse en su servicio a los derechos, en su capacidad para realizarlos y en su disposición a respetarlos. Este papel, que tiene su máxima expresión en las Constituciones nacionales, no es suficiente para garantizar estos derechos. El respeto a los derechos en el orden interno de cada Estado ha dejado de ser un dominio exclusivo de éste, reservado a su soberanía, para convertirse en una materia regulada por el derecho internacional y en una finalidad legítima de la acción exterior de otros Estados distintos y, *a fortiori*, de la comunidad internacional⁷⁶⁸.

Sin perjuicio de ello, los "ciberderechos"⁷⁶⁹ o derechos fundamentales del usuario de Internet, deben ser protegidos en su ejercicio a través de los mecanismos internos del Estado en el que despliegan sus efectos, incluyendo la protección jurisdiccional ordinaria y, con un sentido ulterior y complementario, el recurso de amparo ante el TC. La resolución de conflictos entre derechos fundamentales en el ámbito de Internet ha llevado al TC a realizar una ponderación de derechos, asumiendo la imprescindibilidad de todos los derechos fundamentales. Pero ello implica dar prevalencia a un derecho sobre otro, o sacrificar al mínimo posible uno de ellos, huyendo de la "absolutización por principio" y en todo caso de la negación de ningún derecho⁷⁷⁰.

La unión entre las tecnologías informáticas y las libertades constitucionales ha

Público. N.º 19-20. Mayo-diciembre 2003. Pág. 120.

⁷⁶⁷ PISARELLO PRADOS, Gerardo: "Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: Por una protección compleja de los derechos sociales", en CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (Dir.): "*Teoría constitucional y derechos fundamentales*". Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México D.F., 2002. Pág. 131.

⁷⁶⁸ RUBIO LLORENTE, Francisco: "Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho", en REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (Coord.): "*La rebelión de las leyes. Demos y nomos: La agonía de la justicia constitucional*". Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, derecho público e historia constitucional (Junta General del Principado de Asturias). N.º 4. 2006. Pág. 206.

⁷⁶⁹ Denominación a la que se refieren varios autores, como FARRIOLS I SOLÁ, Antoni: "Introducción", en FARRIOLS I SOLÁ, Antoni (Dir.): "*La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*". Ed. Cinca. Madrid, 2006. Pág. 22.

⁷⁷⁰ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: "Los Derechos Fundamentales en la Constitución Española". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 105. Julio-Septiembre 1999. Pág. 27.

generado el nuevo derecho de libertad informática. Es una libertad que puede deducirse constitucionalmente, bien derivándola y haciéndola emerger de los principios constitucionales a través del trámite ante los Tribunales Constitucionales, o bien puede ser constitucionalizada, y en consecuencia, reconocida y determinada en el articulado de la Constitución, como así ha ocurrido en numerosas Cartas Constitucionales aprobadas en Europa y en el continente latinoamericano⁷⁷¹.

También Internet debe ser un espacio de libertad donde cada persona es el protagonista de su propia vida y, en cierto modo, configura su modo de ser. Puede elegir su apariencia, su identidad y puede relacionarse con el resto de individuos de esa galaxia llamada Internet⁷⁷².

En ejercicio de esta libertad, la persona se hace cargo de su vida, asumiendo su facultad de autodeterminación. Y lo hace de manera indiscutible, pues no puede no hacerlo, ya que está abocada a erigir y perfilar su vida personal. El valor de la libertad deriva de la capacidad que la protege, que no es otra que la capacidad para expresar el carácter personal en la propia vida; o, en los términos constitucionales, para "*el libre desarrollo de la personalidad*". La libre autodeterminación faculta la elección y decisión sobre nuestras acciones y los medios para llevarlas a cabo. Ahora bien, esa determinación debe ser responsable, especialmente en un entorno como Internet. El individuo ha de ser consecuente y hacerse cargo o responder de lo causado, de las acciones libremente escogidas. A través de estas acciones y decisiones, libres y responsables, configuramos nuestra personalidad e identidad⁷⁷³.

Fuera de la libertad informática y de los derechos ya anteriormente reconocidos como derechos de la personalidad, no existen otros derechos fundamentales distintos en Internet a los ya reconocidos constitucionalmente. Su reconocimiento y protección en ese ámbito, solo tendrá como peculiaridad, el desarrollo de los instrumentos que los poderes públicos dispongan, para garantizar la eficacia de tales derechos, tanto frente al Estado, como frente a los particulares. Ahora bien, cabe preguntarnos ¿El medio técnico utilizado cambia el alcance y los límites de la protección? Es obvio que al menos hay que aceptar una adaptación de los derechos a los siguientes elementos: Las características de Internet y los agentes que actúan, la facilidad para diseñar perfiles personales al alcance de todos, la amplitud de la difusión y la pervivencia en el tiempo⁷⁷⁴.

Como conclusión, cabe destacar que a pesar de que Internet constituye un espacio de libertad, de comunicación y de conexión entre los individuos, es también un lugar de ejercicio de derechos. Para garantizarlos, el Estado deberá disponer a través de los

⁷⁷¹ FROSINI, Tommaso Edoardo: "Nuevas tecnologías y constitucionalismo". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 124. Abril-Junio 2004. Págs 144-145.

⁷⁷² Véase McLUHAN, Marshall: "*La Galaxia Gutenberg (Génesis del Homo Typographicus)*". Ed. Aguilar. Madrid, 1972.

⁷⁷³ SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio: "Ética, Derecho y datos personales". *Cuadernos de Derecho Público*. N.º 19-20. Mayo-diciembre 2003. Págs. 120-121.

⁷⁷⁴ CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: "Reflexiones sobre los retos de la protección de la privacidad en un entorno tecnológico", en AA.VV.: "*El derecho a la privacidad en el nuevo entorno tecnológico*". XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016. Pág. 106.

instrumentos precisos de desarrollo su adaptación a dicho entorno. Deberá tenerse en cuenta, de acuerdo al momento en el que se desarrollan, las peculiaridades de Internet, incluyendo el espacio universal en el que se desenvuelve, así como el riesgo tecnológico ante su potencialidad de intromisión en la vida de las personas, cercenando espacios de libertad, en ocasiones, o afectando incluso a la propia seguridad del individuo.

En definitiva, es necesario armonizar la privacidad con el desarrollo tecnológico, sin sacrificar ninguno de estos valores, a pesar de que puedan parecer términos contradictorios y sin negar que los derechos de las personas estén por encima de los avances de la tecnología. Sin esta armonización a través de un adecuado marco legal de desarrollo e innovación, por un lado, y de garantía y protección de derechos, por otro, bien se corre el riesgo de sacrificar la intimidad y la dignidad de las personas, bien seremos menos eficientes y competitivos.

1.3.2 La regulación de Internet.

1.3.2.1 Propuestas iniciales de regulación.

Cuando hablamos de Internet, podemos definirlo desde el punto de vista técnico como un conjunto descentralizado de redes de comunicación interconectadas que utilizan la familia de protocolos TCP/IP, lo cual garantiza que las redes físicas heterogéneas que la componen funcionen como una red lógica única, de alcance mundial⁷⁷⁵.

Sin embargo, Internet es y ha sido un concepto dinámico, en permanente evolución, en función de las prestaciones que permite a todos los que acceden a la red. Hoy en día podemos decir que Internet es la "*plaza pública*" o el "*ágora de la comunidad global*"⁷⁷⁶, un espacio a través del cual la comunicación salva cualquier género de impedimento espacial o temporal; que abre las puertas a un nuevo modelo comunicativo multidireccional y totalmente horizontal, disperso y descentralizado, interactivo, y con una profunda vocación democratizadora⁷⁷⁷.

En esta idea dinámica, Internet ha tenido también una rápida evolución. Así podemos diferenciar varias etapas. Cada una de ellas permite unas prestaciones relacionadas con el ejercicio de derechos en la red, lo que también implica limitaciones sobre los mismos, en especial sobre la privacidad de la persona que, sin embargo, se aceptan en la medida que Internet se ha hecho esencial para nuestras vidas. Estas etapas se rigen por una denominación universalmente aceptada y acorde a las prestaciones que

⁷⁷⁵ <http://es.wikipedia.org/wiki/Internet>

⁷⁷⁶ Calificativo dado por el informe final de la Comisión Especial sobre Redes Informáticas del Senado, de 9 de diciembre de 1999. BOCG, Senado, de 27 de diciembre. Pág. 46. Disponible en: <http://www.senado.es/pdf/legis6/senado/bocg/I0812.PDF>

⁷⁷⁷ TERUEL LOZANO, Germán Manuel: "El legislador y los riesgos para la libertad de expresión en Internet: Notas sobre las garantías constitucionales de la libertad de expresión en la LSSICE y en la Disposición Final segunda del proyecto de Ley de Economía Sostenible", en COTINO HUESO, Lorenzo (editor): "*Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*". PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia). Valencia, 2011. Págs 53-54. Disponible en: <http://www.derechotics.com/congresos/2010-libertades-y-20/e-libro-e-libertades-2010>

facilita⁷⁷⁸:

- Una era "*preweb*" que parte de los inicios de Internet como uso científico y militar. Sus orígenes se remontan a 1969, cuando se estableció la primera conexión de computadoras, conocida como Arpanet, entre tres universidades en California y una en Utah, Estados Unidos. A finales de la década de los 80 aparece el concepto Internet, como interconexión, no de ordenadores, sino redes de ordenadores.
- *Web 1.0* (1990-2004). Es la etapa de comercialización de Internet. Aparecen los buscadores. Se caracteriza principalmente por ser unidireccional y de contenidos estáticos. Tenía un carácter principalmente divulgativo, integrado por documentos e información principalmente cultural.

Es una *Web* solo de lectura, sin que exista interacción en el contenido. Los usuarios no pueden introducir comentarios ni citas, ni aportar ningún tipo de información. Estas funciones solo pueden ser realizadas por el responsable *web*. Es una fórmula sencilla, con información de consulta⁷⁷⁹.

- *Web 2.0* (2004-2012): La *web* aparece como plataforma de publicación, bajo unas conexiones a Internet evolucionadas (ADSL), y mejores herramientas para desarrollar la *web*. Es bidireccional y es también llamada "*la red social*", porque permite la comunicación a través de *blogs*, *wikis*, foros y finalmente, redes sociales, fomentando la "*inteligencia colectiva*". El objetivo de la *web 2.0* es la compartición del conocimiento, es la *web* colaborativa y ha sido uno de los atractivos principales para atraer usuarios.
- *Web 3.0/Contextual* (2012-): Se caracteriza por la universalización de los dispositivos inalámbricos y portátiles. Se presenta como una *web* inteligente, y principalmente aprovecha la nube para prestar servicios al usuario y eliminar su necesidad de disponer de sistemas operativos complejos y grandes discos duros para almacenar su información.

Algunos, incluso aventuran ya una *Web 4.0 "predictiva"* que tiende a dar respuestas concretas a cada necesidad que el usuario plantee⁷⁸⁰.

Esta evolución tecnológica ha supuesto también una evolución en los riesgos para los derechos relacionados con la intimidad. Con la *Web 1.0*, el *webmaster* controlaba los

⁷⁷⁸ VACAS AGUILAR, Francisco: "*La nueva normalidad: Evolución tecnológica, comunicación y empleo*". Ed. Centro de Estudios Financieros. Madrid, 2014. Págs 65-66.

⁷⁷⁹ RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: "La red social como ejemplo de participación: Casos y cuestiones" en COTINO HUESO, Lorenzo (editor): "*Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*". PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia). Valencia, 2011. Pág. 161. Disponible en: <http://www.derechotics.com/congresos/2010-libertades-y-20/e-libro-e-libertades-2010>

⁷⁸⁰ HEREDERO CAMPO, M.^a Teresa: "Evolución tecnológica y derecho al olvido digital, desde sus inicios a la actualidad", en APARICIO VAQUERO, Juan Pablo y BATUECAS CALETRÍO, Alfredo (Coords.): "*En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*". Ed. Comares. Granada, 2015.

contenidos de la página *web*, por lo que podía constituir un filtro a la información. Con la *Web 2.0* se incluye la posibilidad de que los usuarios interactúen entre sí, relegando a un segundo plano al *webmaster*. El usuario es el centro de la información y se convierte en generador de contenidos, pasando de ser consumidor a creador y productor de información. La *Web 3.0* procesa los datos mediante aplicativos que permiten describir los contenidos y la información presente en la *web*. Está concebida para que las máquinas "*entiendan*" a las personas y procesen sus datos ante la avalancha de información publicada en la *web*⁷⁸¹. Se denomina también "*web semántica*", porque los motores de búsqueda no se limitan solo a las palabras clave, sino también a sus significados⁷⁸². En este sentido, el "*diálogo entre máquinas hablando de personas*", requiere estándares de identidad, seguridad y confianza⁷⁸³.

Desde otro punto de vista, en paralelo al desarrollo de Internet, el propio entorno digital también se ha desarrollado en cuatro etapas: La primera, en cuanto a la sustitución de la red analógica por la banda ancha en 2000. La segunda, caracterizada por la conectividad a través de teléfonos inteligentes a partir de 2009. La tercera, ante la explosión de las redes sociales, desde 2011 y la cuarta, que adquiere importancia en nuestros días, a raíz del "*Internet de las cosas*", que promueve la comunicación entre máquinas conectadas entre sí, capaces de crear ecosistemas autónomos (en sectores como la energía, transporte, logística, etc⁷⁸⁴).

Este fenómeno dinámico y con un crecimiento vertiginoso, ha hecho que la labor de los poderes públicos en el desarrollo actual de Internet, aun siendo importante, haya sido superada por la sociedad civil y la industria. Las normas que regulan algún aspecto de Internet se aprueban, precisamente, cuando la sociedad civil ya ha convertido a Internet en una serie de relaciones sociales que, por su importancia, han de ser reguladas por parte de los poderes del Estado: Desde el comercio electrónico, hasta la protección de datos de carácter personal. Estas normas conforman lo que se ha denominado "*Derecho de Internet*"⁷⁸⁵.

En nuestro país, también se han hecho distintas reflexiones sobre la globalización y el Derecho, tomando como referencia Internet, ya que posee un carácter universal que supera las fronteras de los Estados. Este hecho tiene una importante incidencia en su

⁷⁸¹ HERNÁNDEZ RAMOS, Mario: "*El derecho al olvido digital en la web 2.0*". Cuaderno Red de cátedras Telefónica N.º 11. Cátedra Telefónica Universidad de Salamanca. Mayo 2013. Pág. 12. Disponible en: http://catedraseguridad.usal.es/sites/default/files/files/CUADERNO_11_DERECHO%20OLVIDO.pdf

⁷⁸² ROIG BATALLA, Antoni: "E-privacidad y redes sociales", en el V Congreso Internet, Derecho y Política. "Cara y cruz de las redes sociales". *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 9. Noviembre 2009. Págs. 42-52. Disponible en: http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n9_peguera.

⁷⁸³ ALAMILLO DOMINGO, Ignacio: "La identidad digital en la Red", en RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Dirs.): "*Derechos y redes sociales*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2013. Pág. 61.

⁷⁸⁴ GONZÁLEZ PASCUAL, Alberto: "El desarrollo de Internet. Democracia y trabajo en el siglo XXI". *Revista Internacional de Pensamiento Político*. N.º 10. 2015. Pág. 40.

⁷⁸⁵ GARCÍA COSTA, Francisco Manuel: "El Gobierno de Internet como reto del Derecho Constitucional". *Anales del Derecho* (Universidad de Murcia). N.º 24. 2006. Pág. 275.

regulación, dado que los Estados pierden su capacidad tradicional de control, basada en la territorialidad de su soberanía, a través de la regulación de las actividades que se realizan en Internet, ya que no se puede regular Internet sólo con los mismos instrumentos (tratados, leyes, reglamentos) ni de la misma forma (exclusivamente unilateral). Internet requiere nuevos mecanismos de regulación o, cuando menos, demanda un replanteamiento de los mecanismos de regulación tradicionales⁷⁸⁶.

La importancia e influencia de las nuevas tecnologías y de Internet hacen que las mismas hayan de ubicarse necesariamente dentro de un ámbito jurídico que permita potenciar las mismas, a la vez que proteger a los ciudadanos de su posible uso abusivo.

No es posible entender una convivencia pacífica si no hay una regulación y un sometimiento a los poderes del Estado o de la comunidad internacional, dado que en Internet, las fronteras territoriales no existen. Pero se hace necesario superar esta dificultad, pues no hay sociedad sin dirección ni jerarquía. Cuando en un pueblo o en una época no tiene vigencia, la "*auctoritas*", se cae en lo contrario de la libertad, proceso que suele acaecer en dos periodos: Primero, el desorden y la licencia ilimitada y segundo, la ocupación del poder ante el vacío dejado por la autoridad⁷⁸⁷.

Y si esto es relevante para cualquier operador jurídico, mucho más lo es en el ámbito dogmático constitucional, en el campo de los derechos fundamentales. Es, en suma, la transposición del "*ubi societas, ibi ius*" ("*donde hay sociedad, hay Derecho*"), bien que aplicado a la "*sociedad virtual*"⁷⁸⁸. Internet está fundamentado en el mutuo reconocimiento de una pluralidad originaria de libertades finitas que comparten su "*ser-en-el-mundo*"⁷⁸⁹.

El desequilibrio interpretativo, la desorientación del jurista, el sentimiento de inseguridad jurídica y otros efectos que el desorden normativo pueden traer; logran que, en una época en que más cantos de libertad se escuchan, menos eficazmente protegidos se encuentran los derechos básicos de los ciudadanos. En consecuencia, el cerco a la libertad y dignidad de la persona nos sitúa en parámetros de una "*moderna esclavitud, sentida o consentida, ignorada o aceptada, conveniente o necesaria, pero, en cualquier caso, real*"⁷⁹⁰.

El anhelo de preservar la red como un espacio de libertad irreductible forma parte

⁷⁸⁶ CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí: "Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en el debate del derecho público contemporáneo". *Revista Catalana de Dret Públic*. N.º 35. 2007. Pág. 3.

⁷⁸⁷ GARCÍA PELAYO, Manuel: "Auctoritas", en GARCÍA PELAYO, Manuel: "*Idea de la política y otros escritos*". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983. Págs. 157-158.

⁷⁸⁸ VERA SANTOS, José Manuel: "Derechos Fundamentales, Internet y Nuevas Tecnologías", en GARCÍA MEXÍA, Pablo (Director): "*Principios de Derecho de Internet*". Tirant Lo Blanch. Valencia. 2005. Pág. 189.

⁷⁸⁹ CAPURRO, Rafael: "La libertad en la era digital". *Informatio* (Revista del Instituto de Información de la Facultad de Información y Comunicación. Universidad de la República, Montevideo, Uruguay). Vol. 19. N.º 1. 2014. Pág. 14. Disponible en: <http://informatio.eubca.edu.uy/ojs/index.php/Infor/article/view/145/223>

⁷⁹⁰ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel: "Libertades e intimidad frente a las tecnologías de la información". *Cuadernos de Pensamiento*. N.º 11. 1997. Pág. 165.

del idealismo de los primeros usuarios, pero en la práctica, la opción de la no regulación, "*simplemente no existe*". Internet es un ámbito social y, como tal, ha de ser regulado por el ordenamiento. No debe extrañarnos en esta evolución el hecho de que una actividad que nace en el sector privado, sea objeto de regulación por los poderes públicos en el momento en que alcanza un interés social o económico. Y es que, "*un espacio de no derecho es un espacio de falta de libertad*"⁷⁹¹.

Para que exista el Derecho, es necesario que exista una cierta libertad, que no puede estar amparada en una "*conciencia planetaria*" o "*civilización universal*". A pesar de la supranacionalidad, fruto de una nueva forma de convivencia virtual, es necesario respetar un orden social, pues de lo contrario, se producirán nuevas formas de dominio que impidan cualquier conducta privada frente a la vigilancia masiva a través de sofisticadas técnicas de control⁷⁹².

Es por tanto necesario una nueva regulación para el fenómeno de Internet, o al menos, demanda un replanteamiento de los mecanismos de regulación tradicionales. Así, se han barajado varias opciones:

- No regular Internet, siguiendo los propios orígenes de la red y su voluntad de preservarse como un espacio de libertad irreductible⁷⁹³. Esta podría ser una opción válida, como "*autorregulación*", siempre y cuando respete y refuerce la legislación en vigor, para lo que se podrían instaurar unos códigos de conducta adoptados y aplicados voluntariamente por los operadores. Estos códigos contendrían el marco de respeto a los derechos fundamentales, como la libertad de expresión y la protección a la vida privada y debería incluir información suficiente a los consumidores sobre los riesgos de Internet⁷⁹⁴.
- Regular sólo los aspectos técnicos de Internet, el "*Código*", como apunta LESSIG⁷⁹⁵. Este Código estaría compuesto por el software y el hardware que convierten el ciberespacio en lo que es: La red informática que une al mundo en un espacio artificial a través de Internet y otros avances tecnológicos⁷⁹⁶. Posteriormente, correspondería a los legisladores abordar las consecuencias

⁷⁹¹ LAGUNA DE PAZ, José Carlos: "Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación". *Revista de Administración Pública*. N.º 185. Mayo-agosto 2011. Pág. 111.

⁷⁹² SERRA JIMÉNEZ, Francisco: "La transformación de los derechos humanos". *Cuadernos de Relaciones Laborales* (Universidad Complutense). N.º 3. 1993. Págs. 306-307.

⁷⁹³ Algunas reflexiones sobre Internet como espacio de no Derecho en SORIA BARTOLOMÉ, Bruno: "Internet: ¿Anarquía contemporánea u orden medieval?". *REDETI* (Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en red). N.º 3 (Extraordinario). 2000. Págs. 173-176; LAGUNA DE PAZ, José Carlos: "Internet: aspectos de su régimen jurídico-público", *Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º 13, 2002. Págs. 5-30 y VILLAR PALASÍ, José Luis, "Implicaciones jurídicas de Internet". *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*. Vol. 1. 2003. Págs. 1-31.

⁷⁹⁴ FERNÁNDEZ ESTEBAN, M^a Luisa: "Internet y los derechos fundamentales". *Anuario jurídico de La Rioja* (Universidad de La Rioja). N.º 6-7. 2000-2001. Págs. 323 y 336 y ss.

⁷⁹⁵ LESSIG, Lawrence: "*El Código 2.0*". Ed. Traficantes de sueños. Madrid. 2009. Pág. 37.

⁷⁹⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: "*Lo público y lo privado en Internet. Intimidación y libertad de expresión en la Red*". Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, DF, 2004. Pág. 2.

políticas, económicas y sociales del Código.

- Adoptar una regulación general de las actividades que se desarrollan en Internet, una *lex informatica*⁷⁹⁷. Esta comprendería el conjunto de reglas técnicas que conforman Internet.
- Aplicar las normas del mundo *off-line* al mundo *on-line*. En este sentido, el ciberespacio no requiere regulaciones sustantivas nuevas, ya que en muchos aspectos, al no ser específicos de Internet, ya son abordados por otras normas. Esto hace que no sea necesario crear un derecho especializado ex novo, sino acordar las adaptaciones necesarias del existente⁷⁹⁸.
- Regular (en el ámbito internacional o estatal) aquellas actividades que no hallan tenido una respuesta suficiente en los ordenamientos jurídicos vigentes, a pesar de las dificultades que ello pueda suponer. Partiendo de que los problemas jurídicos que se plantean no son nuevos, sin embargo, es necesario crear algunas adaptaciones del derecho existente, tanto a nivel nacional como internacional y en relación a aquellos aspectos que sean realmente nuevos y que justifiquen la necesidad de regulación⁷⁹⁹. En esta línea, esa regulación debería crear un marco jurídico sobre la responsabilidad de los nuevos sujetos que intervienen en Internet y sus relaciones con las partes, tales como los operadores y proveedores de redes y contenidos, prestadores de servicios, etc). Este marco jurídico, sin embargo, debe tender al mantenimiento de la "*neutralidad tecnológica*", es decir, intervenir a partir de la relativa consolidación técnica y regularla de forma tan abstracta que la norma alcance la futura y todavía imprevisible evolución técnica⁸⁰⁰.
- Por último, se ha propuesto la corregulación o regulación cooperativa que resulta de la unión de dos culturas⁸⁰¹: La comunidad no gubernamental de Internet, con su tradición de decisiones informales desjerarquizadas, los gobiernos y las organizaciones intergubernamentales, contando además con el sector privado y la sociedad civil. Esta forma de gobierno de Internet, es lo que se ha venido a llamar "*Gobernanza en Internet*" y ha sido la opción predominante. En cierta medida, su carácter internacional, supera los problemas domésticos de cada uno de los Estados, facilitando la armonización en la toma de decisiones.

⁷⁹⁷ REIDENBERG, Joel R.: "Lex informatica: the formulation of information policy rules through Technology". *Texas Law Review*, Vol. 76. N.º 3. Febrero 1998. Págs. 592-593.

⁷⁹⁸ MUÑOZ MACHADO, Santiago: "*La Regulación de la Red. Poder y Derecho en Internet*". Ed. Taurus. Madrid, 2000. Págs. 101-102.

⁷⁹⁹ LAGUNA DE PAZ, José Carlos, "Internet: Aspectos de su régimen jurídico-público". *Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º 113. 2002. Pág. 9.

⁸⁰⁰ LÓPEZ GARCÍA, Mabel: "*La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico*". Ed. eumed.net. 2004. Pág. 79. Disponible en: <http://www.eumed.net/cursecon/libreria/2004/mlg/>

⁸⁰¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: "*Lo público y lo privado en Internet. Intimidación y libertad de expresión en la Red*". Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, DF, 2004. Pág. 173.

1.3.2.2 La Gobernanza de Internet.

La "Gobernanza en Internet" es el desarrollo y aplicación por los gobiernos, el sector privado y la sociedad civil, en las funciones que les competen respectivamente, de principios, normas, reglas, procedimientos de adopción de decisiones y programas comunes que configuran la evolución y utilización de Internet. Por tanto, la "Gobernanza en Internet" se basa en la colaboración de todas las partes interesadas o "stakeholders"⁸⁰².

Muchos de los usuarios de Internet lo perciben como un bien público que pareciera funcionar por sí mismo. Sin embargo, sus recursos críticos son gestionados por diversas organizaciones en un modelo de cambio, de forma que todas las partes interesadas puedan participar en su gobierno.

Entre estas organizaciones cabe mencionar la importancia del ICANN⁸⁰³, una organización privada, pero supervisada por el Gobierno de Estados Unidos, creada en la década de los 90 y cuyas funciones son vitales para el funcionamiento de Internet. Entre estas funciones se puede aludir a la coordinación de la asignación de los parámetros técnicos de los protocolos de Internet, el direccionamiento IP (*Internet Protocol*) la administración de ciertas responsabilidades asociadas y la asignación de recursos de numeración. Tiene la misión de coordinar, en un nivel general, los sistemas mundiales de Internet de identificadores únicos y, especialmente, asegurar su funcionamiento estable y seguro. Es una función de coordinación técnica pero de importancia fundamental para la estabilidad y el funcionamiento interno de Internet⁸⁰⁴.

En 2014, tiene lugar un proceso de apertura del ICANN en el que Estados Unidos tiene intención de renunciar a su supervisión siempre y cuando se encuentre un mecanismo *multistakeholder* adecuado que sirva de reemplazo⁸⁰⁵.

En este sentido, ya desde 2003 se viene trabajando a nivel mundial en la configuración de este sistema de gobierno que comprenda el conjunto de normas nacidas más allá de la voluntad estatal y que afectan al tráfico jurídico, cuya garantía exige el comercio electrónico y las prácticas mercantiles que tienen lugar a través de Internet. El ICANN, al agrupar intereses diversos, encuentra el apoyo y se justifica en la necesidad de

⁸⁰² Un análisis en profundidad sobre la evolución y los aspectos más importantes de la Gobernanza en Internet puede consultarse en SERRANO CALLE, Silvia (Coord.): "La Gobernanza de Internet en España 2015". Foro de Gobernanza de Internet en España (IGF Spain). 2015. Disponible en: <http://www.igfspan.com/>

⁸⁰³ "Internet Corporation for Assigned Names and Numbers" (Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números). La página web de la ICANN, donde se indican sus fines y organización, destacando la transición que está llevando a cabo a lo largo de 2015 puede consultarse en español, disponible en: <https://www.icann.org/es>

⁸⁰⁴ OLMOS SANZ, Ana: "Recursos críticos. Avances destacados en la Gobernanza de Internet", en SERRANO CALLE, Silvia (Coord.): "La Gobernanza de Internet en España 2015". Foro de Gobernanza de Internet en España (IGF Spain). 2015. Pág. 55. Disponible en: <http://www.igfspan.com/>

⁸⁰⁵ PUERTO MENDOZA, Alejandro: "Introducción al derecho de Internet. Régimen jurídico básico de los contenidos digitales". Ed. Centro de Estudios Financieros. Madrid, 2015. Pág. 77.

dirigir la asignación de nombres de dominio y la propia configuración de la Red. De la aceptación general de esta utilidad derivaría, en buena medida, la juricidad de sus resoluciones. En este sentido, se podría calificar de "*Derecho*" el conjunto de decisiones adoptadas y aceptadas por los participantes, que con una racionalidad jurídica regula los bienes e intereses en juego, aunque no hayan sido recogidos en la legislación política⁸⁰⁶.

Estas normas no han sido solo "*normas técnicas*", sino que han dado lugar a declaraciones globales de principios que fijan las pautas para el acceso y funcionamiento de la red global que supone Internet. En un rápido repaso, cabe aludir a esta evolución y a los acuerdos adoptados.

La primera Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información fue el primer evento que promovió formalmente el debate sobre la Gobernanza en Internet⁸⁰⁷. La Declaración de principios "*Construir la sociedad de la información: Un desafío global para el nuevo milenio*" adoptada en esta Cumbre celebrada en su primera fase en Ginebra en 2003, ha apostado por esta vía⁸⁰⁸.

Fruto del consenso, se plasmaron en dicha Cumbre una serie de principios que reconocen el derecho de todas las personas al acceso a Internet: La capacidad universal de acceder y contribuir a la información (24º); promover el acceso universal, con las mismas oportunidades para todos, al conocimiento científico y la creación y divulgación de información científica y técnica (28º), el acceso universal y sin discriminación a las TIC para todas las naciones (36º) y la gestión de Internet como un recurso global disponible para el público, multilateral, transparente y democrática, contando con la plena participación de los gobiernos, el sector privado, la sociedad civil y las organizaciones internacionales. Esta gestión debería garantizar la distribución equitativa de recursos, facilitar el acceso a todos y garantizar un funcionamiento estable y seguro de Internet, teniendo en cuenta el plurilingüismo (48º).

En esta línea se ha llegado a plantear si el acceso a Internet o a las nuevas tecnologías podría llegar a ser un derecho reconocido constitucionalmente de forma expresa. Ello es debido a que es sentido como una necesidad humana merecedora de satisfacción, pues sirve de canal para el ejercicio de los demás derechos, desde la libertad de expresión, hasta el acceso a la cultura⁸⁰⁹.

En cuanto a la forma de gobierno de Internet, se proponen también algunos principios, que se basan en el Estado de derecho, acompañado por un marco de política y reglamentación propicio, transparente, favorable a la competencia, tecnológicamente

⁸⁰⁶ RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel Jesús: "La regulación de Internet y la teoría jurídica". *Anuario de Filosofía del Derecho*. N.º 24. 2007. Pág. 460.

⁸⁰⁷ Declaración de Principios: "*Construir la Sociedad de la Información: un desafío global para el nuevo milenio*". Ginebra. 12 de mayo de 2004.
Disponible en: <http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/dop-es.html>.

⁸⁰⁸ CERRILLO MARTÍNEZ, Ángel: "Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en el debate del derecho público contemporáneo". *Revista Catalana de Dret Públic*. N.º 35. Pág. 4.

⁸⁰⁹ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier: "Tecnologías de la Información y de la Comunicación y nuevas dimensiones de los derechos fundamentales". *Revista de Pensamiento Constitucional* (Pontificia Universidad Católica de Perú). Vol. 14, N.º 4. 2010. Pág. 45.

neutro, predecible y que refleje las realidades nacionales. Se trata de construir una sociedad de la información centrada en la persona, en la que los gobiernos deben intervenir, según proceda, para corregir los fallos del mercado, mantener una competencia leal, atraer inversiones, intensificar el desarrollo de infraestructura y aplicaciones de las TIC, aumentar al máximo los beneficios económicos y sociales y atender a las prioridades nacionales (39º). La política pública relacionada con Internet es un derecho soberano de los Estados (49º.a). Las cuestiones de un gobierno internacional de Internet deben abordarse de manera coordinada (50º).

Y en cuanto al respeto de los derechos humanos, establece que la sociedad de la información debe respetar la paz y regirse por los valores fundamentales de libertad, igualdad, solidaridad, tolerancia, responsabilidad compartida y respeto a la naturaleza (56º); debe fomentar la justicia, así como la dignidad y el valor de la persona humana; el uso de las TICs (57º) y la creación de contenidos debería respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales de otros, lo que incluye la privacidad personal y el derecho a la libertad de opinión, conciencia y religión de conformidad con los instrumentos internacionales relevantes (58º).

A esta Cumbre siguieron otras, como la de Túnez (2005), Atenas (2006), Río de Janeiro (2007) o la de Hyderabad (2008), auspiciadas por la ONU y en las que se debatieron aspectos relativos a los intereses de las partes en un marco de libertad, con propuestas que deberían ser debatidas en los distintos Estados, algunas de las cuales han servido de base para el marco normativo actual.

En las sucesivas reuniones, los debates se han centrado sobre todo en la seguridad, como en la Conferencia Mundial de Telecomunicaciones, celebrada en Dubai en 2012, ante factores como las declaraciones de las filtraciones del caso *Snowden* en 2013, coincidente con la Cumbre de Montevideo. La NET Mundial, celebrada en Sao Paulo en 2014, propone una Carta Magna de Internet, inspirada en la sociedad civil.

De todas estas Cumbres y acuerdos, se pueden obtener las bases para establecer un marco legal que por una parte, potencie la presencia de Internet, sobre todo en países subdesarrollados, como vía para el progreso técnico, social y económico, y al mismo tiempo, se pueda garantizar el ejercicio de derechos y la seguridad.

En este sentido, a la hora de establecer un marco normativo de Internet, es preciso tener en cuenta que uno de sus objetivos principales es potenciar el crecimiento de la economía digital, para lo que resulta imprescindible mantener una visión integral de la regulación que permita y al mismo tiempo proteja, el desarrollo de intereses constitucionales y derechos fundamentales, sin afectar al crecimiento de los nuevos mercados. La imposición de obligaciones jurídicas demasiado estrictas a los operadores puede afectar al sistema actual en el que se desenvuelven las empresas y particulares e impedir el crecimiento de la economía "*digital*"⁸¹⁰.

Es así como surge el concepto de "*neutralidad de la red*", con el fin de preservar un Internet abierto y una red neutral que garantice a los usuarios acceder, distribuir o utilizar todo aquello que libremente escojan sin discriminación alguna sobre su elección. La

⁸¹⁰ FERNÁNDEZ ESTEBAN, M^a Luisa: "Internet y los derechos fundamentales". *Anuario jurídico de La Rioja* (Universidad de La Rioja). N.º 6-7. 2000-2001. Págs. 323-324.

neutralidad en la red también implica, de esta forma, la limitación de prácticas restrictivas del tráfico en la red, preservando la calidad del servicio y previendo su degradación⁸¹¹.

Sin embargo, la dependencia cada vez más estrecha entre la provisión de datos personales y el disfrute de servicios en Internet compromete la intimidad y el secreto de los datos referentes a la vida privada, o dicho de otro modo, al control de los datos personales que, aunque públicos, no queremos, o "*no consentimos*" que estén al alcance de toda la comunidad. La facilidad para prestar el consentimiento, incluso de las páginas *web* que visitamos, para que esa información sirva para ofrecernos productos relacionados con nuestras preferencias de búsqueda no es más que un ejemplo de hasta donde llega la intromisión de nuestra intimidad.

Estos hechos determinan que los distintos Estados, garantes de los derechos de sus ciudadanos, hayan adoptado una protección activa procediendo a regular las comunicaciones electrónicas, así como algunos aspectos de Internet. Sin embargo, la protección no es total, o mejor dicho, no es efectiva. También es necesario respetar a las empresas que utilizan la información como activo para sus negocios, así como la libre voluntad de los ciudadanos que deseen navegar en Internet en un marco de libertad y con acceso pleno a toda la información.

De todo lo anterior, es normal por tanto, que el marco regulador de Internet y de sus aplicaciones, tenga como punto de partida la normativa sobre protección de datos, como garantía en general de la privacidad del usuario. Desde este punto de vista, la regulación ha supuesto varias líneas de acción:

- Establecimiento de unos principios integrados en las normas reguladoras de las telecomunicaciones que respeten los derechos de los demás.
- Regular el diseño de aplicaciones y programas para proteger al usuario frente a actuaciones inconscientes que no impliquen la prestación de su consentimiento.
- Invertir en la educación de los usuarios de Internet. El Estado, como garante de los derechos fundamentales y en previsión de la vulneración de bienes jurídicos particulares, debería adoptar una política para invertir en la educación y la sensibilización respecto de las amenazas que plantea la utilización de Internet para cualquier uso, sea personal o profesional. El problema es que no hay un acotamiento de Internet en las fronteras nacionales de cada país, de forma que lo que se prohíba en un Estado, puede ser accesible desde otro, sin las garantías debidas. Por ello, estas políticas deberían ser supranacionales, acordadas y sometidas a las organizaciones supranacionales y a acuerdos entre Estados.

Así, por ejemplo, se han llevado a cabo Programas de sensibilización, sobre todo para los más jóvenes, como las conocidas "*Piensa antes de postear*" o "*Piensa antes de compartir*", en la que determinados portales y redes sociales acuerdan en su política

⁸¹¹ CULLELL MARCH, Cristina: "La neutralidad de red y las libertades en la reforma de las comunicaciones electrónicas de la Unión Europea: ¿Están presentes en toda Europa?", en CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí; PEGUERA POCH, Miquel; PEÑA LÓPEZ, Ismael y VILASAU SOLANA, Mónica (Coords.): "*Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet*". Ed. UOC-Huygens (Actas del VII Congreso Internacional: Internet, Derecho y Política). Barcelona, 2011. Págs. 71-72. Disponible en: <http://edcp.uoc.edu/symposia/idp2011/proceedings/>

interna, capacitar y proteger a los jóvenes, cuyo objetivo es sensibilizar acerca de los riesgos de compartir información personal con extraños⁸¹².

En este sentido, los proveedores de redes sociales también deberían desempeñar un papel activo, pues tienen la responsabilidad jurídica y social de educar a los usuarios para que usen sus servicios de un modo seguro y que propicie la privacidad.

- Establecer la obligación de establecer parámetros de privacidad por defecto.

La regla general es que la información se muestra a disposición del público, incluso a través de los motores de búsqueda, que pueden indexarla y ofrecer vínculos directos a ella. La información privada no debería por tanto estar publicada y, para salvaguardar este derecho, debería garantizarse un consentimiento informado y fundamentado. Sin embargo, la realidad es muy diferente. En general, los usuarios carecen de conocimientos básicos sobre la recopilación de datos, y mucho menos sobre el valor de esos datos, sus usos, cómo funciona la tecnología y, más concretamente, cómo y dónde indicar que no autorizan tal recopilación. Los pasos que los usuarios deben dar para indicar que desautorizan la recopilación de sus datos parecen, además de complicados, excesivos (primero han de configurar el navegador para que acepte las *cookies*, y después indicar que no quieren que sus datos se recojan).

En este sentido, el nuevo R (UE) 2016/679, contiene medidas para evitar comportamientos en que el usuario no es consciente de la recopilación de sus datos personales, así como para garantizar su eliminación de Internet (el derecho al olvido).

En las redes sociales, por ejemplo, la información se puede limitar a los "*amigos seleccionados*" o mantenerse completamente privada. No obstante, son muy pocos los usuarios de los servicios que saben controlar el acceso a la información que envían y la mayoría de ellos no cambian los parámetros de privacidad por defecto porque no son conscientes del riesgo que supone no cambiarlos o porque no saben cómo hacerlo. De ahí la importancia de justificar el consentimiento de una forma activa y no pasiva, siendo consciente de los riesgos a que puede estar expuesto el usuario. El nuevo R (UE) 2016/679, prevé que el consentimiento se conceda de manera explícita, es decir, que se otorgue mediante declaración o mediante acción afirmativa que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca.

La obligación de que los proveedores de redes sociales apliquen por defecto parámetros de protección de la privacidad se puede deducir indirectamente del art. 17 de la Directiva sobre protección de datos, que obliga a los responsables del tratamiento a adoptar medidas técnicas y de organización adecuadas ("*tanto en el momento de la concepción del sistema de tratamiento como en el de la aplicación de los tratamientos mismos*") para mantener la seguridad y evitar tratamientos no autorizados, teniendo en cuenta los riesgos que entraña el tratamiento y el carácter de los datos.

⁸¹² Facebook en colaboración con GSIA (Grupo de Sociología de la Infancia y la Adolescencia) ha lanzado la Guía "*Piensa antes de compartir*". Guía para proteger la seguridad de los jóvenes en Facebook y otras redes sociales. Disponible en:
https://fbcdn-dragon-a.akamaihd.net/hphotos-ak-xpa1/t39.2178-6/10000000_372932206211951_159552892_n.pdf

Sin embargo, a juicio del Supervisor Europeo, el artículo es demasiado general y carece de especificidad, incluso en este contexto. No establece claramente qué se entiende por medidas técnicas y de organización adecuadas en el contexto, por ejemplo, de las redes sociales. Así pues, la situación es de inseguridad jurídica, lo que causa problemas tanto a los reguladores como a los particulares cuya privacidad y cuyos datos personales no están plenamente protegidos. Así, se han propuesto, en el marco de la nueva normativa de protección de datos, las siguientes medidas que han pasado a formar parte del nuevo R (UE) 2016/679⁸¹³:

- Preparar una legislación que incluya, como mínimo, una obligación general de parámetros de privacidad por defecto.
- Establecer unos parámetros que limiten el acceso a los perfiles de usuario a los contactos seleccionados por el propio usuario. Los parámetros deben requerir el consentimiento expreso del usuario antes de que un perfil sea accesible a terceros.
- Disponer que los perfiles de acceso restringido no se puedan encontrar con motores de búsqueda internos o externos.

En definitiva, con estas medidas se trata de mitigar el problema garantizando que los navegadores lleven incorporado el parámetro de "*no aceptación de cookies de terceras partes*". Como complemento, y para que esto fuera más efectivo, los navegadores deberían obligar a los usuarios a pasar por un asistente de privacidad durante su instalación o actualización. Por ello se hace necesario que haya más posibilidades de ajuste e información clara sobre los tipos de *cookies* y la utilidad de algunas de ellas. Se debería informar debidamente a los usuarios que deseen ser observados a los fines de recibir publicidad, que deberían tener que cambiar la configuración del navegador para recibirla (en lugar de al contrario). De este modo los usuarios tendrán un mejor control de sus datos personales y su privacidad.

- Otra de las medidas a adoptar, sería la obligación de notificar las violaciones de datos a los particulares afectados y a las autoridades competentes.

Una violación de datos puede definirse, en sentido amplio, como cualquier violación que dé lugar a la destrucción, pérdida, revelación, etc. de datos personales transmitidos, almacenados o tratados de otro modo en relación con el servicio. La notificación a los particulares de dicho evento se exigiría cuando sea probable que la violación de datos les perjudique, como en los casos de usurpación de la identidad, humillación grave o daño para la reputación. La notificación a las autoridades competentes se exigiría en todas las violaciones de datos, exista o no riesgo de perjuicio para los individuos.

1.3.3 El ejercicio de los derechos de la personalidad en el entorno de Internet: Riesgos y amenazas.

Los avances tecnológicos han tenido una innegable incidencia positiva en el fuerte desarrollo de todos los sectores de la vida social, política y económica, lo que no impide que su potencialidad pueda también provocar efectos negativos derivados de su carácter

⁸¹³ Véase el Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 18 de marzo de 2010, acerca de la promoción de la confianza en la sociedad de la información mediante el impulso de la protección de datos y la privacidad (DO C- 280, de 16 de octubre de 2010).

altamente invasivo en el derecho a la privacidad de la persona.

La extensión generalizada del acceso y uso de Internet ha variado los parámetros sobre los que asentaba la protección de la privacidad, que incluye tanto la intimidad personal y familiar, como el secreto de las comunicaciones, el derecho a la propia imagen o la protección de datos personales. Ello es debido, fundamentalmente, tanto al efecto viral de Internet, como al hecho de compartir información en el universo virtual, bien a iniciativa propia, mediante consentimiento directo, bien a raíz de la actuación de terceros que publican dicha información (círculo íntimo, en unas ocasiones, círculo profesional, etc).

Internet fomenta el desarrollo de una industria propia que comercializa las preferencias de los usuarios, su identidad y sus datos, para fines comerciales o para el desarrollo de bancos de información para cualquier finalidad, que a priori, se desconoce.

La globalización, además, aporta la desaparición de fronteras en Internet, tanto de Estados, como de sus mecanismos de control, lo que impide aplicar un marco normativo común en todo el universo virtual, que desemboca en una especie de paraíso para la vulneración de la privacidad y de la protección de datos.

Así, la globalización no es sólo económica, sino que también afecta a otros ámbitos como el derecho⁸¹⁴. La extensión de Internet ha contribuido al surgimiento de principios y normas jurídicas que trascienden la soberanía y las fronteras estatales que se conocen bajo la noción de globalización jurídica⁸¹⁵.

En este estudio, partimos de la teoría general de los derechos fundamentales como elemento base, para observar en qué medida la nueva realidad de las tecnologías afecta a su esencia, protección o garantía, tomando como referencia el derecho a la intimidad, primero en general y, en concreto, en el ámbito de las relaciones laborales.

En este ámbito en el que interactúa el individuo, dentro de la comunidad virtual que supone Internet, el ejercicio de los derechos fundamentales no debería suponer una especialidad y menos una limitación, pues no es posible reconocer unos derechos para el mundo físico y otros distintos para el mundo virtual. Lo que sí puede quedar afectado en este marco son las garantías para el ejercicio de estos derechos, más por culpa del carácter invasivo de la tecnología, que por la propia delimitación de los ámbitos protegidos, que debieran ser siempre los mismos.

Estas garantías pierden fuerza sobre todo en el plano horizontal, es decir, en las colisiones de derechos entre ciudadanos o entre particulares, más que frente al Estado, al menos en un Estado democrático y de derecho. Es precisamente la información vertida en Internet, unida a las posibilidades de comunicación que genera entre los individuos en los ámbitos social, económico, empresarial e incluso personal en un escenario global y sin

⁸¹⁴ CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí: "Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en el debate del derecho público contemporáneo". *Revista Catalana de Dret Públic*. N.º 35. 2007. Pág. 2.

⁸¹⁵ Véase AUBY, Jean-Bernard, "La Globalisation, le Droit et l'Etat". Ed. Monchrestien. París, 2003; STEWART, Richard: "Il diritto amministrativo globale". *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. N.º 3. 2005. Págs. 633-640, o CASSESE, Sabino, "La Globalización Jurídica". Ed. INAP-Marcial Pons. Madrid, 2006.

fronteras, lo que dificulta al Estado su función de garantía de derechos.

La cantidad de información vertida en Internet, el acceso abierto a cualquier persona de cualquier país y la confluencia de legislaciones en cada uno de ellos, crea un espacio de convivencia tan amplio, tanto de personas como de información y comunicación, que impide una defensa efectiva individual y concreta sobre una determinada pretensión, o ante un ataque contra el ámbito protegido de derechos.

Gran parte de la información personal que aparece en Internet forma parte de la esfera pública de los individuos, pero sin perjuicio de ello, coexisten también otro tipo de datos, que pueden afectar al ámbito privado, como por ejemplo, sus antecedentes, sanciones o multas publicadas en edictos, sus aficiones, ideología, etc. Hasta la aparición de los motores de búsqueda esta información disfrutaba de lo que se ha llamado "*oscuridad práctica*" (*practical obscurity*), de forma que la información permanecía oculta por el elevado coste en obtenerla, o al menos, no era fácilmente disponible.

Sin embargo, a partir de la técnica denominada "*agregación*", los motores de búsqueda permiten ensamblar datos, imágenes y vídeos que, aún dispersos, permiten conocer todo lo que existe sobre una persona en la red. Con ello, es relativamente fácil construir el perfil de un individuo, ocultando la identidad del observador.

Los motores de búsqueda son servicios que ayudan a los usuarios a encontrar información en Internet. Se puede distinguir según el tipo de datos que buscan, incluso imágenes y/o vídeos, y/o sonido, así como distintos tipos de formatos. Los motores de búsqueda dirigidos específicamente a encontrar perfiles de personas sobre las bases de los datos encontradas en Internet, pueden ofrecer como resultado información absolutamente completa de la persona en cuestión.

En el marco de Internet, deben distinguirse tres situaciones relacionadas con la información existente sobre un individuo. La primera es la publicación de datos personales en cualquier página *web*. La segunda es el supuesto en que un motor de búsqueda en Internet proporciona resultados que dirigen al usuario de Internet a la página *web* fuente. La tercera operación, menos visible, se lleva a cabo cuando un usuario lleva a cabo una búsqueda mediante un motor de búsqueda en Internet, y algunos de sus datos personales, como la dirección IP desde la que se realiza la búsqueda, se transfieren automáticamente al proveedor de servicios de motor de búsqueda en Internet.

Sin embargo, surge un debate complejo: ¿Es lícito realizar búsquedas sobre una persona? En principio, parece que sí, pues precisamente el objeto de Internet es el de ser un escaparate de información, así como el instrumento a partir del cual se desarrollan otros medios de comunicación, a través de aplicaciones.

Por tanto, en principio, no podríamos hablar de intimidad, o vulneración de privacidad cuando se accede a información publicada en un entorno accesible a todos los miembros de una comunidad virtual que comparte contenidos relativos a experiencias, imágenes, vídeos o aficiones.

Sin embargo, la finalidad de la verdadera voluntad del individuo, no es precisamente la agregación de los datos para reconstruir un perfil accesible a personas que nada tienen que ver con lo que serían los destinatarios de la información. Cabe

incluso que ni siquiera fuera el propio usuario quien publicara la información, sino otra persona, que transmite una información que concierne a otra.

Así, la protección de datos personales no es solo una relación bilateral en la que intervienen un usuario de Internet y un prestador de servicios de la sociedad de la información, de manera que los datos personales se refieren a dicho usuario, y es a éste a quien se intenta proteger. La protección de datos personales engloba también una situación tripartita en la cual la información no se refiere al usuario de Internet, sino a un tercero con el que no tiene relación ese usuario, y quizás tampoco el prestador de servicios. Los motores de búsqueda y otras herramientas como las redes sociales no solamente tratan los datos de las personas que utilizan esos medios, sino que son un mecanismo a través del cual los usuarios pueden conocer información sobre terceros, incluyendo datos personales de éstos⁸¹⁶.

Cuando el individuo en cuestión, objeto de la búsqueda indiscriminada de cuanta información conste en la red sobre su persona, desea, en ejercicio de sus derechos, retirarlo, o hacer inaccesible esa información, el hecho es que la vuelta atrás se hace poco menos que imposible. El uso de motores de búsqueda externos aumenta el riesgo de que la información pueda ser sacada de contexto y canalizada a través de la red y fuera de la misma de forma que no pueda controlarse con facilidad.

Como apunta el GT art. 29, la recogida y almacenamiento a gran escala del historial de búsqueda de los individuos de forma directa o indirectamente identificable están incluidos en la protección prevista en el art. 8 CDFUE. El historial de búsqueda de una persona constituye una indicación de los intereses, relaciones e intenciones de esta persona. Estos datos se utilizan tanto con fines comerciales, como en respuesta a consultas interesadas, búsqueda aleatoria y/o extracción de datos por autoridades policiales o servicios de seguridad nacionales⁸¹⁷.

Cabe plantearnos entonces si la transgresión de la finalidad con la que se publican los datos, o bien si los datos publicados por terceros, pueden ser objeto de tratamiento por los motores de búsqueda de Internet. La colisión de derechos, sin embargo es enorme, pero no menos que las dificultades técnicas para su control.

El necesario equilibrio de derechos debe asegurar la protección del derecho a la intimidad y la protección de los datos personales por una parte, y la libre circulación de información y el derecho fundamental a la libertad de expresión, por otra. Los límites a la libertad de expresión que pudieran derivar de la aplicación de los principios de protección de datos deben respetar la ley y el principio de proporcionalidad, evitando conductas que dañen la intimidad de terceros. El problema es también la tutela de estos derechos en Internet, un espacio multinacional, donde los Estados deben establecer los criterios para aplicar normas compatibles, que en beneficio de toda la comunidad, eviten comportamientos restrictivos de derechos.

⁸¹⁶ PAZOS CASTRO, Ricardo: "El funcionamiento de los motores de búsqueda en Internet y la política de protección de datos personales, ¿una relación imposible?" *In Dret. Revista para el Análisis del Derecho* (Universidad Pompeu Fabra). N.º 1. Enero 2015. Pág. 11. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/1118_es.pdf

⁸¹⁷ Dictamen 1/2008, de 4 de abril de 2008, del GT art. 29, sobre sobre cuestiones de protección de datos relacionadas con motores de búsqueda. Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp148_es.pdf

Los datos personales sólo deben tratarse con fines legítimos. Esto implicaría que los proveedores de motores de búsqueda deben suprimir o hacer anónimos de forma irreversible los datos personales en cuanto dejen de tener los fines determinados y legítimos para los que se recogieron. El usuario tendría que ser capaz para ejercer su consentimiento para cualquier comparación cruzada y planeada de sus datos y para el enriquecimiento de su perfil. Además, los motores de búsqueda deberían informar claramente de antemano a los usuarios de todas las utilidades previstas de sus datos, y de respetar su derecho a acceder, examinar o corregir estos datos personales de conformidad con lo dispuesto en la normativa de protección de datos.

Así, aspectos que en otros entornos no presentan problema, en Internet resultan complejos, pues ni siquiera queda clara la institución de garantía que debe resolver una determinada pretensión, por problemas de competencia entre Estados o en las organizaciones supranacionales⁸¹⁸.

Es evidente que las realidades tecnológicas no se crean para restringir o atacar derechos fundamentales, pero dada la finalidad que pretenden, al crear un mundo interconectado, no han tenido en cuenta los efectos que producen contra la libertad del individuo, que si bien se amplía para el ejercicio de algunos derechos, se restringe a la hora de protegerlos. Sobre estas libertades, pesa una falta de garantías, y el efecto práctico es la indefensión del ciudadano, tanto frente a los particulares, como frente al Estado, como garante de los derechos.

Surge entonces la cuestión de los denominados “*nuevos derechos*”, propuestos con el fin de garantizar al individuo una determinada libertad que no quedaría cubierta con los “*viejos derechos*”. Ahora bien, ¿Son estos derechos tan diferentes o tan novedosos respecto a los anteriores? De hecho, derechos como la autodeterminación informativa o protección de datos personales, o el más reciente “*derecho al olvido*”, comparten algunos caracteres definitorios básicos que permite seguir utilizando una misma categoría conceptual. Ante ello, cabe plantearse también si la superación de los antiguos derechos, no es una señal de progreso sino de regreso⁸¹⁹.

De hecho, no faltan autores, como VIDAL FUEYO, que llegan a la conclusión de que las libertades son básicamente las mismas, los bienes jurídicos protegidos también, pero cambia la forma en que se ejercen. Se apunta en sede doctrinal y, lo que es más importante, también en sede jurisprudencial, la aparición de nuevos derechos a partir del ya imparable desarrollo de las TIC⁸²⁰. Al referirnos a la “*sociedad de la información*”, es

⁸¹⁸ Véase el caso Mario Costeja en su demanda del “*derecho al olvido digital*” al TJUE para la eliminación de los motores de búsqueda de Google de datos personales antiguos y desactualizados, desarrollado en el capítulo dedicado a la protección de datos.

⁸¹⁹ GREPPI, Andrea: “Los nuevos y los viejos derechos fundamentales”, en CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (Dir): “*Teoría constitucional y derechos fundamentales*”. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México D.F., 2002. Pág. 192.

⁸²⁰ VIDAL FUEYO, María del Camino: “Nuevas tecnologías, derechos fundamentales y juez ordinario”, en: MURILLO VILLAR, Alfonso y BELLO PAREDES, Santiago (Coords.): “*Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, con motivo del XX Aniversario de la Facultad de Derecho de Burgos*”. Universidad de Burgos, 2005. Págs. 621-639.

común la utilización del adjetivo de “nuevo”, no solo para aludir al desarrollo tecnológico, sino también al desarrollo del mismo en el campo de los derechos fundamentales, porque “nuevas” son muchas veces las formas de ejercicio de los mismos, “nuevos” son los peligros que se ciernen sobre ellos y “nuevas” han de ser las garantías para defenderlos⁸²¹.

Pese a ello, no debemos caer en el olvido de que Internet es solo un instrumento y, como tantos otros instrumentos, es quien lo utiliza quien le otorga un efecto beneficioso o nocivo. Por ello es tan importante la educación y formación en el respeto de los derechos a los usuarios de la red⁸²². Pero a pesar de ello, la realidad del usuario de Internet y de las comunicaciones electrónicas es la falta de conciencia sobre el alcance del problema, cuando no la pérdida de la expectativa de intimidad, ya sea desde las acciones de los poderes públicos para preservar la seguridad o en el ámbito privado, ante el comercio de datos y la propia configuración de los distintos portales, redes sociales y motores de búsqueda. En este sentido, REVENGA SÁNCHEZ caracteriza al derecho a la intimidad como un derecho “en demolición”, cuando no un “derecho reliquia” de otros tiempos⁸²³.

1.3.4 El derecho al honor en Internet

La extensa red de Internet permite plasmar nuestros comentarios, opiniones y críticas en cualquier sitio recóndito, pero que no por ello, sin embargo, dejan de ser públicos y fáciles de encontrar. Ello incluye las ofensas, insultos y falsas acusaciones focalizadas contra una persona con la finalidad de desprestigiar, causar una mala opinión o influir negativamente en el prestigio, marca, productos, empresas, etc. Incluso existen páginas de opiniones en que los usuarios evalúan la calidad de los servicios prestados (muy común en la industria de servicios, hostelería, restauración o mecánica).

En otras ocasiones, desde una página *web*, o un blog, es posible ejercer la libertad de expresión desde los comentarios a cualquier noticia en la propia página de un medio de información, desde donde se pueden lanzar mensajes, expresiones insultantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de la persona a quien se refieran. Es también posible publicar vídeos e imágenes, así como difundir con relativa facilidad y celeridad una simple idea a través de las redes sociales que, de la misma forma, se extralimiten del legítimo ejercicio a la libertad de expresión.

Como es natural, la gravedad de estos comportamientos dependen en gran medida del grado de difusión de los mensajes. Y es aquí donde entra en juego Internet, medio que posibilita la difusión de un contenido o información a muchos lugares distintos al mismo tiempo, permitiendo que la propagación a las agresiones al honor de una persona o

⁸²¹ VIDAL FUEYO, María del Camino: “Libertades públicas y nuevas tecnologías”, en GALINDO AYUDA, Fernando (Coord.): “Gobierno, Derecho y Tecnología: Las actividades de los poderes públicos”. Thomson Civitas, Madrid, 2006. Págs. 315 y ss.

⁸²² FUERTES LÓPEZ, Mercedes: “Internet: La paz del camino”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. N.º 37. Mayo 2013. Pág.72.

⁸²³ REVENGA SÁNCHEZ, Miguel: “El derecho a la intimidad: un derecho en demolición (y necesitado de reconstrucción)”, en AA.VV.: “El derecho a la privacidad en el nuevo entorno tecnológico”. XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016. Pág. 97.

institución sea infinitamente superior.

La otra especialidad en la difusión de mensajes ofensivos a través de Internet reside en la facilidad para mantener el anonimato en la red⁸²⁴. Incluso se han creado páginas *web* para recoger o potenciar insultos, injurias y violencia verbal frente a una persona o colectivo, sin que conste la identidad de quien publica este tipo de comentarios. Por ello, cabría apoyar la tesis que sostiene que solo los comentarios que no son anónimos son los que se pueden amparar en la libertad de expresión. Si no hay autor, no hay libertad de expresión, lo que quiere decir, que no se puede amparar en la libertad de expresión un comentario ofensivo anónimo⁸²⁵.

En este sentido, para tratar de erradicar dichas conductas, se trata de exigir responsabilidad no solo a los prestadores de servicios, sino también al usuario anónimo que profiere dichos insultos, identificando la fuente. Además, algunas redes sociales y páginas *web*, conscientes de esta situación, exigen un registro previo de usuario, reservándose, además, la posibilidad de eliminar los comentarios ofensivos, matizando que no son responsables de los comentarios contenidos en las páginas en cuestión⁸²⁶.

1.3.5. El ejercicio del derecho a la intimidad en Internet ¿Es posible tener intimidad en Internet?

El presidente francés, François Mitterrand falleció en 1995. Tras su muerte, el que había sido su médico particular durante décadas publicó un libro sobre los últimos momentos de su vida. El 18 de enero de 1996 el *Tribunal de Grande Instancia* de París ordenó el secuestro de la publicación a instancia de la familia Mitterrand⁸²⁷. El Tribunal estimó que el doctor Gruber había incurrido en violación del secreto profesional y había cometido una grave intrusión en la intimidad del expresidente. Antes del secuestro de la publicación, se habían vendido 40.000 libros. Uno solo de esos compradores introdujo en un servidor de Internet una copia del libro prohibido. A partir de ahí, el libro fue replicado en otros servidores por todo el mundo. Cualquier usuario de Internet pudo tener acceso al libro en cuestión⁸²⁸. Esta es solo una muestra del efecto que puede provocar Internet, ante la difusión de una información, independientemente de su carácter reservado.

Intimidad e Internet parecen términos contradictorios. Aquello que un individuo publica en Internet tiene la finalidad de ser compartido con alguien. El fenómeno de las

⁸²⁴ SALGADO SEGUIN, Víctor: "Nuestros derechos en riesgo. Intimidad, privacidad y honor en Internet". *Revista Telos* (Fundación Telefónica). Octubre-diciembre 2010. Pág. 8.

⁸²⁵ ATC 56/2002, de 8 de abril de 2002, FJ 3º.

⁸²⁶ ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia: "Derecho al honor vs Derecho a la libertad de expresión en la red", en CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí; PEGUERA POCH, Miquel; PEÑA LÓPEZ, Ismael y VILASAU SOLANA, Mónica (Coords.): "*Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet*". Ed. UOC-Huygens (Actas del VII Congreso Internacional: Internet, Derecho y Política). Barcelona, 2011. Pág. 241. Disponible en: <http://edcp.uoc.edu/symposia/idp2011/proceedings/>

⁸²⁷ Publicado en el Diario "*Le Monde*", de 20 de enero de 1996, primera página.

⁸²⁸ FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa: "El impacto de las nuevas tecnologías e Internet en los derechos del art. 18 de la Constitución". *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Extremadura). N.º 17. 1999. Pág. 528-529.

redes sociales surge en base a la idea de comunidad. Las páginas o sitios *web* son creados para expresar, opinar, comunicar e informar, cuando no de compartir no solo esa información, imágenes o vídeos, sino aplicaciones e incluso para realizar consultas u operaciones comerciales. Y sin embargo, resulta paradójico que al conectarnos a Internet exista una ilusión de privacidad, aunque realmente se esté en un sitio público, pretendiendo además, que a pesar de ello, esa información sea protegida.

¿Es realmente el acceso y la publicación de contenidos en Internet una renuncia a la privacidad? Podría pensarse que Internet permite hacerse visible a quien no lo es, en una especie de "*exhibicionismo*" que renuncia voluntariamente a la privacidad. La máxima renuncia a la privacidad (y, por tanto, a la discrecionalidad y al pudor) es, en el límite de lo patológico, el exhibicionismo. El usuario se convierte en exhibicionista porque entiende que ya no hay nada que pueda ser privado, siendo paradójico que alguien tenga que luchar por su privacidad en una sociedad de exhibicionistas. Todo ello demuestra que la privacidad no es solo un problema jurídico, sino moral y antropológico cultural⁸²⁹.

Ahora bien, para reconducir este debate, cuando hablamos de intimidad en Internet, hemos de tener en cuenta que no es tanto la idea de "*privacidad*" la que se opone a Internet, sino la libre capacidad de cada individuo para disponer o controlar la información allí publicada. Es decir, el problema gira sobre el derecho a mantener el control sobre aspectos que atañen a nuestra privacidad y a nuestra propia vida⁸³⁰. Se ha llegado a decir, incluso, que la privacidad cada vez es menos derecho y más una capacidad y una técnica⁸³¹.

En este sentido, algunos han afirmado que hay que redefinir la privacidad en el ámbito de Internet y no les falta razón, pues al menos, sus contornos han cambiado. La normativa sobre privacidad debe encontrar nuevas formas de dar cabida a las opciones individuales sobre la protección de la información pública de cada individuo, de manera que se reconozca que no toda ella tiene el mismo valor. Con la universalización de Internet, redes sociales y cuantos servicios utilizamos a través de la red, la privacidad habrá de ser entendida como algo que permite un mayor control individual sobre el uso de los datos, en lugar de como algo que persigue impedir su descubrimiento⁸³².

El solo hecho de navegar por Internet supone un riesgo para la privacidad, desde el momento en que los resultados de las búsquedas vienen condicionados por las páginas que se visitan e incluso, sirve para que empresas de publicidad nos ofrezcan sus productos en función de nuestras preferencias. Las tecnologías de la información han

⁸²⁹ ECO, Umberto: "La pérdida de la privacidad", en ECO, Umberto: "*A paso de cangrejo*". Ed. Debate. México, 2007. Págs. 102, 103 y 108.

⁸³⁰ DE TERWANGNE, Cécile. "Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido". En: "VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet" [monográfico en línea]. *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 13. Pág. 54. Disponible en: http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n13-terwangne_esp/n13-terwangne_esp

⁸³¹ CASTILLO JIMÉNEZ, Cinta: "Protección del derecho a la intimidad y uso de las nuevas tecnologías de la información". *Derecho y Conocimiento* (Universidad de Huelva), 2001. Pág. 48.

⁸³² LEWIS, James Andrew: "Privacidad y ciberseguridad en transición", en PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y BADÍA Y LIBERAL, Enrique (Coords.): "*El debate sobre la privacidad y seguridad en la red: Regulación y mercados*". Colección Fundación Telefónica. Ed. Ariel. Barcelona. 2012. Pág. 51.

creado masas de datos sobre los individuos y éstos no pueden acudir a un "*registro central*" para conocer, disponer y, en su caso, anular aquello que les concierne. No hay un marco o unos límites en torno a la información.

Es por ello, que el aspecto de la privacidad, en su más amplio sentido, se concentra en la vertiente de la protección de la información, en la autonomía informativa, pues es ingente la cantidad de información que existe en Internet.

La información publicada, además de afectar al derecho a la intimidad, cuando se hacen públicos datos de la esfera personal del individuo, puede también afectar a otros derechos de la personalidad. Y además, el problema es la amplia libertad para publicar contenidos que afectan a otro individuo sin solicitar su consentimiento para dar a conocer cualquier aspecto escrito, gráfico o audiovisual, que concierne a esa persona.

Además, ante tal volumen de información es posible que el afectado ni siquiera conozca que existen datos a disposición de cualquier persona, reveladores de aspectos, tanto de su intimidad, como de otros entornos sociales o profesionales, pero que en manos de ciertos "*grupos de interés*", como por ejemplo, empresariales, sociales, financieros o de cualquier otra índole, pueden incidir en la vida del afectado.

Otros aspectos en torno a la "*utilidad*" o "*finalidad*" de la información publicada, es que ni siquiera el afectado tiene que ser usuario de Internet, ya que es posible que terceros anónimos den cuenta de cualquier información sobre el individuo. La finalidad excede de un mero interés relevante, periodístico, e incluso puede exceder de la libertad de expresión, pues en muchas ocasiones, es el interés comercial el que mueve una búsqueda de información, para personalizarla y hacer llegar sus productos al individuo, en función de sus preferencias. Incluso cuando el afectado es usuario de Internet, el mero hecho de realizar búsquedas, predetermina a los buscadores para ofrecerle información de acuerdo a su perfil.

Cabría decir que cualquier dato, información o contenido publicado en Internet puede tener un "*interés público*", para ciertos usuarios, en la medida de la naturaleza del vínculo que ostenten con el afectado.

Y el otro aspecto importante es la dimensión social que alcanza la difusión de los contenidos en Internet. Si bien el espectro es muy amplio, la facilidad para acceder a la información es relativamente sencilla, a consecuencia de los motores de búsqueda ("*buscadores*") que facilitan en segundos toda la información "*publicada*" (pública o no, querida o no), de una persona.

Por ello, cuando hablamos de derechos afectados por la información y el funcionamiento de Internet, la vulneración gira en torno a la autonomía individual de la información personal, que puede derivar en la lesión de múltiples derechos vinculados a la personalidad y otros relacionados. Cualquier información, aun íntima y protegida, puede dar lugar a discriminaciones y diferencias de trato encubiertas, incluso sin necesidad del conocimiento del dato. En algunos ámbitos, como en el profesional, se hace muy difícil identificar el indicio que presupone un tratamiento discriminatorio.

En Internet se difunde cualquier dato subido a la red. Estos datos se comparten, se pueden seleccionar, descargar, registrar y usar de muy diversos modos, de acuerdo a los

intereses de cualquier persona, sea conocida o no. En este sentido, la autonomía individual está en relación directa con la información personal. El derecho a proteger la información que nos atañe lleva consigo la facultad de controlar aquello que, estando al alcance de todos, queremos reservar a un círculo privado.

Pero de la dificultad de controlar a quién se divulga la información, derivan otros tres problemas fundamentales vinculados al poder de decidir sobre la información de cada uno: A quién llega la información, cuándo y hasta qué momento.

Lo que hayamos permitido o decidido dar a conocer, quizás no lo hemos querido hacer público a ciertos destinatarios, que están fuera de un círculo determinado (de amistad, familia, trabajo, asociación, ocio, contactos, etc.). Incluso, puede ser perjudicial que terceros accedan a una información compartida en un círculo íntimo. Pero los motores de búsqueda recogen información de todos los contextos, e incluso, técnicamente, por toda la red se mueven los llamados "*ladrones de la información*", que comercian con ella, ofreciéndola a quien pueda tener un interés en ello.

Hay que incidir especialmente sobre el carácter público que alcanza una información puntual, disponible en Internet, en principio neutra y que puede incluso provenir de la Administración Pública, en medios de comunicación como las ediciones digitales de los periódicos o en foros de acceso libre. Son ejemplos de ello, las listas de morosos, las notificaciones de embargo, las sanciones administrativas publicadas por edictos, los registros de la propiedad o mercantiles. ¿Qué consecuencias derivan de la publicación y difusión de un hecho puntual en la vida de una persona?

Un ejemplo representativo es el de los ficheros de morosos, como una realidad instaurada en nuestro tráfico mercantil, a nivel jurídico y económico. El hecho de estar en un listado de morosos influye a la hora de pedir un crédito, una hipoteca o una línea telefónica, cuya denegación impide el acceso a servicios privados. ¿Cómo ha de afrontar el ordenamiento jurídico los efectos derivados de una forma social de impartir justicia? ¿Supone tal "*inhabilitación*" en el tráfico mercantil, una condena social al margen de los Tribunales?

Pero pensemos también en las noticias aparecidas, no ya solo en las páginas de los periodos digitales, sino en las revistas y publicaciones, en las páginas de contactos personales o círculos íntimos, en redes sociales, etc. Todo aquello que se "*indexa*" en un buscador, aparece a un "*click*" en nuestro ordenador. ¿Durante cuánto tiempo?

La otra dificultad radica en el factor tiempo. ¿Hasta cuándo queda disponible la información publicada en Internet? Lo que se ha dado a conocer (por nosotros o por terceros) en un momento de nuestra vida, puede quedar registrado indefinidamente, incluso sobrevivir a nuestra propia muerte⁸³³. Precisamente, es la oposición a este hecho lo que da origen al denominado "*derecho al olvido*".

Todo ello conduce a una profunda reflexión: ¿Tiene realmente libertad el individuo

⁸³³ Es posible preparar en vida mensajes, recordatorios e información para hacer llegar a cualquier persona, una vez muertos. Cabe consultar redes sociales como *Deadbook*, de *Facebook*, así como portales, para recoger esquelas, condolencias e incluso, panteones virtuales como *In Memoriam* <http://www.inmemoriam.is/>

para acceder a Internet, sin renunciar a su intimidad? ¿Puede alguien pensar que ante la situación de indefensión y de vulnerabilidad, la solución es no acceder a Internet, no facilitar a nadie información que no queremos que sea pública y vivir en una burbuja que salvaguarde nuestra intimidad? ¿Tenemos que renunciar a los avances de la sociedad de la información, al comercio electrónico, a compartir y buscar nuestras propias amistades y contactos, o a inhibirnos de mostrarnos en los escaparates de las redes sociales?

Tras el examen de los avances que actualmente se están produciendo en la llamada sociedad de la información, cabe acudir a la reflexión que realiza acertadamente ROVIRA VIÑAS, en la medida de que no es conveniente enfrentar el fin social, es decir, el Estado, con el ciudadano, porque el hombre realmente libre sólo lo es en un Estado de derecho desarrollado y fuerte, un Estado que interviene para asegurar que los derechos de cada uno sean compatibles con los derechos de todos⁸³⁴.

Efectivamente, por muchos avances tecnológicos tendentes a la consecución de fines sociales legítimos que cada día se producen, sobre todo en el ámbito de la empresa y de la sociedad (incluyendo las cada vez más usadas redes sociales), el Estado sigue teniendo, posiblemente más que nunca, la obligación de intervenir para remover los obstáculos que impidan o dificulten la realización personal y la vida privada a todos los ciudadanos. El valor predominante debe ser el respeto a la singularidad subjetiva, es decir, a la vida privada, que no es más que el derecho a ser íntegramente uno mismo, independientemente de la cualidad que en cada momento se ostente, bien como ciudadano, bien como trabajador, bien como usuario de Internet y de redes sociales, bien como partícipe del comercio electrónico, o como parte en la administración electrónica.

No obstante, cabe llamar la atención de que el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad del individuo para autocontrolar su propia información ante el desarrollo tecnológico es un reto todavía. Los procedimientos y técnicas que permiten incidir en este ámbito de soberanía individual, no es en muchos casos perceptible. Desconocemos con frecuencia la intromisión en aspectos de nuestra propia vida y, si lo conocemos o nos oponemos, es difícil probar, con las garantías que en general tiene el derecho, que se ha afectado o lesionado esta libertad fundamental. Es decir, la formulación del derecho a la intimidad, en su vertiente de autodeterminación informativa, o de protección de datos, con sus garantías y sus límites, es insuficiente para prevenir las amenazas y lesiones que provienen de las nuevas tecnologías.

De no limitarse y regularse el uso de estos medios tan sofisticados, el derecho a la intimidad podría quedarse en un mero formulismo, pues la intromisión de la tecnología en el ámbito privado llegaría realmente a eliminar la intimidad y como resultado, afectar al derecho a la libertad y a la igualdad de los ciudadanos, porque la acumulación de información con desconocimiento del afectado, permitiría, por ejemplo, al final, seleccionar y clasificar al ciudadano en función de sus inclinaciones y preferencias⁸³⁵.

⁸³⁴ ROVIRA VIÑAS, Antonio: "Reflexiones sobre el derecho a la intimidad en relación a la informática, la medicina y los medios de comunicación". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 77. Julio-Septiembre 1992. Pág. 261.

⁸³⁵ ROVIRA VIÑAS, Antonio: "Reflexiones sobre el derecho a la intimidad en relación a la informática, la medicina y los medios de comunicación". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 77. Julio-Septiembre 1992. Págs 262-263.

1.3.6 Un nuevo límite a la privacidad: La ciberseguridad.

Internet no se creó para ser seguro y no preocupaba la autenticación de la identidad de los usuarios. Los creadores de Internet no tuvieron en cuenta muchos aspectos de importancia durante el proceso de diseño, entre los que se incluyen la seguridad y la privacidad. El diseño original de Internet se centraba en garantizar una conectividad sencilla y fiable. Las definiciones de lo privado y lo público no se diseñaron para un entorno de red, y las incompletas medidas de protección frente a la recopilación, agrupación y uso de los datos personales no hacen más que agravar el problema⁸³⁶.

En los últimos años se han incrementado las actividades policiales y judiciales a escala internacional en la lucha contra el terrorismo y otras formas de delincuencia organizada internacional, basadas en el intercambio de información con fines represivos. Todo ello obliga a plantearse cómo garantizar la intimidad del individuo en un mundo globalizado, cuando sus comunicaciones, sus datos personales, su propia imagen e incluso, su localización exacta, puede ser un ámbito vulnerable a otro bien jurídico: La seguridad. Cabe recordar que este debate entre la privacidad y la seguridad no es nuevo en absoluto. Hace ya más de 200 años, Benjamin FRANKLIN aludía a este problema en los siguientes términos: "*Aquellos que pueden sacrificar la libertad esencial para obtener un poco de seguridad provisional no se merecen ni la libertad ni la seguridad*"⁸³⁷.

Desde el punto de vista político, los ciudadanos confieren a los electos un mandato por el cual éstos deben garantizar la seguridad de todos. Pero sin embargo, simultáneamente, también les conceden su confianza en el sentido de que las políticas de seguridad no deben aplicarse en detrimento del respeto de los derechos y libertades garantizados por la ley. Esta confianza también supone que las autoridades asumen su responsabilidad y hacen una utilización transparente de los instrumentos empleados para garantizar la seguridad. Por esta razón, no debería haber prioridad entre dos bienes jurídicos como son la vida privada y seguridad, en el sentido de tener que optar entre uno u otro. El ciudadano tiene derecho a gozar de ambos derechos⁸³⁸.

La necesidad de equilibrar la seguridad y la protección de la intimidad es una demanda viva en nuestros días, ante los graves riesgos generados por organizaciones terroristas, redes de delincuencia organizada e incluso por delitos cometidos a través de la red. Sin embargo, las dificultades para lograr este equilibrio aumentan con la internacionalización y la ausencia de fronteras que impiden el sometimiento de la vigilancia y sus límites a los sistemas jurídicos de cada Estado. Para superar estos obstáculos, no bastan los acuerdos bilaterales, ni siquiera una posición común en el

⁸³⁶ LEWIS, James Andrew: "Privacidad y ciberseguridad en transición", en PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y BADÍA Y LIBERAL, Enrique (Coords): "*El debate sobre la privacidad y seguridad en la red: Regulación y mercados*". Colección Fundación Telefónica. Ed. Ariel. Barcelona. 2012. Pág. 49.

⁸³⁷ La frase original reza "*Those who would give up essential liberty to purchase a little temporary safety deserve neither liberty nor safety*", en FRANKLIN, Benjamin: "*An Historical Review of the Constitution and Government of Pennsylvania*". R. Griffiths, in Paternoster-Row. Londres, 1759.

⁸³⁸ MARCUS, Michael: Introducción y editorial a la obra de AA.VV.: "*Ciudadanos, ciudades y videovigilancia. Hacia una utilización democrática y responsable de la videovigilancia*". Foro Europeo para la Seguridad Urbana. París. 2010. Págs. 9-24. Pág. 15. Disponible en: http://efus.eu/files/2013/05/CCTV_ESPAGNOL.pdf

ámbito de la UE. Es necesario un acuerdo global al que someter estas transferencias de información, más allá de los intereses y necesidades de un país concreto⁸³⁹.

La seguridad exige el acceso a la información expuesta, e incluso a las comunicaciones que se generan en el entorno de la red, intromisiones en algunos casos necesarias para el tratamiento y el intercambio de datos en el ámbito de la cooperación policial y judicial⁸⁴⁰. Estas intromisiones son legítimas en la medida que cuenten con un marco jurídico adecuado que las justifique y legitime, pero al mismo tiempo, se hace patente la dificultad para seleccionar, justificar y adecuar al fin perseguido, una actuación individualizada sobre una persona con un comportamiento sospechoso.

Ello deriva en una percepción errónea de que la intimidad es un obstáculo para la protección total de la seguridad física de las personas, en la medida en que se prohíba el acceso a determinada información a las fuerzas y cuerpos de seguridad. De hecho, la tendencia es la de crear un marco jurídico sólido en materia de protección de la intimidad que contribuya a reforzar y fortalecer la seguridad en dos frentes: Hacia fuera y desde dentro. Desde la vigilancia de comportamientos ilícitos en la red, pero también desde la necesidad de medidas tecnológicas y organizativas que garanticen la seguridad de los sistemas a los operadores, con el objeto de garantizar al individuo su espacio de privacidad, así como la protección de su "*patrimonio digital*".

Es patente el riesgo de que nuestra identidad digital, "*troceada*" y repartida en el extenso mar de Internet, que en muchos de los casos, comparte caracteres con el nombre, apellidos, domicilio, estado civil, o tendencias ideológicas, religiosas o sexuales de una identidad física, puede ser fácilmente reconstruida y lo peor, utilizada con fines muy distintos a los intereses que inicialmente servía.

Por ello, hay que aceptar no solo la vigilancia y control en un marco jurídico que respete la privacidad, sino que es necesario crear un modelo supraestatal de intercambio de información, compatible con el objetivo político esencial de la UE como espacio de libertad, seguridad y justicia. La seguridad de la Unión se basa en potentes mecanismos de intercambio de información entre las autoridades nacionales y los agentes europeos. Esta herramienta suple de alguna forma la ausencia de una fuerza policial europea, un sistema judicial europeo en el ámbito penal y de un control europeo de las fronteras. Las medidas relativas a la información son, por tanto, una contribución fundamental de la UE que permite a las autoridades de los Estados miembros combatir la delincuencia y proteger la seguridad.

El debate se plantea en torno a la siguiente cuestión: ¿Hasta qué punto es admisible la creación de zonas de protección absoluta en el ámbito digital? Si el hecho cierto es que ello evitaría el sacrificio, sospecha o inseguridad en lo que respecta a

⁸³⁹ Un ejemplo que ha llevado a distintos Acuerdos entre la Unión Europea y Estados Unidos, ha sido el del tratamiento y transferencia de datos sobre pasajeros que se desplazan entre diversos países, con fines de seguridad y lucha contra el terrorismo y delitos graves. Un análisis en profundidad sobre estos Acuerdos y su problemática se puede consultar en GARCÍA RUÍZ, Carmen Rocío: "Las derivas de la lucha contra el terrorismo global: Acuerdo PNR 2007", en BOIX REIG, Javier y JAREÑO LEAL, Ángeles (Coords.): "*La protección jurídica de la intimidad*". Ed. Iustel. Madrid, 2010. Págs. 475-511.

⁸⁴⁰ Véase el Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 10 de julio de 2009, sobre la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativa a un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos (DO C-276 de 17 de septiembre de 2009).

nuestra intimidad, es igual de cierto que permitiría a los delincuentes un espacio de comunicación blindado en perjuicio de nuestra seguridad. Por tanto es admisible un sacrificio que debe responder a la idea de ponderación de derechos, proporcional al bien jurídico protegido y garante de la seguridad. La información debe ser recogida, compartida y tratada únicamente para necesidades concretas en materia de seguridad⁸⁴¹.

En este sentido, la ciberseguridad, como el conjunto de medidas que impiden tanto el acceso a la información frente a usuarios no autorizados, como la protección de las infraestructuras de la red frente a la inserción de programas que pretenden ocasionar un daño o el robo de información, tiene por objeto evitar el espionaje y otros delitos informáticos, las amenazas del terrorismo, los delitos financieros transnacionales o los delitos sexuales con menores.

A pesar de ello, ciberseguridad y privacidad ni son lo mismo, ni pretenden los mismos fines. La privacidad en el ámbito de Internet es el derecho de todo individuo a controlar el acceso a su información personal y el uso de la misma. La normativa sobre privacidad funciona cuando las empresas y los individuos acatan el Estado de derecho. La normativa y acciones necesarias para proteger la privacidad no son adecuadas para la ciberseguridad, pues no se ocupan de la protección de las infraestructuras críticas ni de la existencia de agentes maliciosos. El hecho de que las redes sean seguras no implica prescindir de una adecuada protección de la privacidad.

Las medidas de ciberseguridad no evitarán la recopilación y uso de datos generados por las acciones de cada individuo en Internet; de hecho, algunas medidas sobre ciberseguridad (como una mejor autenticación de la identidad *online*) podrán facilitar la recopilación de dichos datos e incrementar los riesgos contra la privacidad.

Aunque la ciberseguridad y la privacidad comparten algunos problemas y soluciones (tales como el uso de la encriptación o la notificación de violaciones de datos), debemos tratarlas como dos cuestiones políticas distintas e independientes.

James LEWIS, Miembro Principal y Director del programa del Centro de Estudios Estratégicos e Internacionales en Estados Unidos, plantea varios interrogantes a considerar entre la relación de la privacidad y la ciberseguridad: ¿Hasta qué punto el uso de tecnologías más invasivas que pongan en riesgo la privacidad exige una mejor ciberseguridad? ¿Cuándo se refuerzan mutuamente la ciberseguridad y la privacidad, cuándo entran en conflicto y cuándo la mejora de una de ellas es irrelevante para la mejora de la otra? ¿Qué importancia tiene el anonimato para la privacidad y las libertades civiles? ¿Cómo hacer que Internet sea más seguro reduciendo el anonimato pero sin sacrificar la privacidad y las libertades civiles? Las respuestas se han de trasladar al plano político y dependen del sistema de derechos reconocidos en cada Estado y la cultura de cada nación. Es sencillo comprobar como algunos ciudadanos defensores de la privacidad no confían en sus gobiernos y empresas, pues los consideran sospechosos de utilizar la ciberseguridad para llevar a cabo intromisiones en la privacidad.

Ahora bien, siguiendo a LEWIS, hemos de fijar unos puntos de referencia que, independientemente de las políticas llevadas a cabo, es necesario asumir: La privacidad siempre estará en peligro sin una ciberseguridad adecuada, pero una mejor

⁸⁴¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: “*Lo público y lo privado en Internet. Intimidad y libertad de expresión en la Red*”. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, DF, 2004. Pág. 115.

ciberseguridad en sí misma no protege la privacidad. Incluso, las exigencias de la ciberseguridad implicarán accesos no autorizados a la información, en la medida que sea estrictamente necesario para garantizar la seguridad de la red y de la información. Y de otro lado, la ciberseguridad no impide que la información personal puede explotarse sin el permiso o conocimiento del propietario en el entorno digital⁸⁴².

El equilibrio entre seguridad y privacidad debe por tanto ubicarse en el Estado de derecho y en la confianza de los ciudadanos en un marco jurídico que garantice la eficacia de sus derechos. En este marco, el Estado también tiene la obligación de defender los intereses de los ciudadanos frente a terceros, para lo que deberá adoptar las medidas adecuadas que bajo criterios de transparencia y seguridad impidan ataques e intromisiones de terceros. El ejercicio de este deber exigirá sacrificar el ámbito privado en algunos casos y en circunstancias justificadas, para que la cibervigilancia sea efectiva, y garantice la seguridad de los ciudadanos.

La necesidad y proporcionalidad se presumen cuando nos enfrentamos a la lucha antiterrorista. Ahora bien, con la excusa de la seguridad, se han desplegado unos sistemas tan intrusivos y agresivos que utilizados indiscriminadamente y con el desconocimiento de los afectados, vulneran de hecho toda defensa y garantías que asisten a cualquier individuo⁸⁴³.

Así, los países disponen de servicios de inteligencia cuyo actuar resulta opaco a las Constituciones escritas. Estos servicios son organismos estatales encargados de conocer e informar al gobierno de todo lo que pueda afectar a la seguridad, estabilidad y defensa de un Estado. Pero al ser sus actividades “*secretas*”, no podemos realmente conocer donde están sus límites y la justificación de sus actuaciones. El espionaje, la inteligencia y la apropiación de la información de cualquier tipo son constitucionalmente “*la cara oculta de la luna*”⁸⁴⁴.

La frontera entre el sacrificio justificado y el respeto de la privacidad no es sencilla. La seguridad en Internet es utilizada por los Estados para justificar injerencias arbitrarias en los derechos fundamentales y así ha ocurrido con los programas de vigilancia masiva de las actividades *on-line* de los ciudadanos de todo el mundo. Estos hechos han sido conocidos a partir de junio de 2013, a raíz de las declaraciones de Edward SNOWDEN sobre la existencia de un programa masivo implementado por la Agencia de Seguridad Nacional (NSA), al amparo del Gobierno de Estados Unidos, para controlar prácticamente toda la información que entra y sale de cualquier servidor del país norteamericano y que incluye el rastreo de llamadas, correos electrónicos, vídeos, chat de voz, fotos, transferencias de archivos y otras acciones cotidianas en las redes sociales y la *web*.

⁸⁴² LEWIS, James Andrew: "Privacidad y ciberseguridad en transición", en PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y BADÍA Y LIBERAL, Enrique (Coords): "*El debate sobre la privacidad y seguridad en la red: Regulación y mercados*". Colección Fundación Telefónica. Ed. Ariel. Barcelona. 2012. Págs. 48-49.

⁸⁴³ GARCÍA RUÍZ, Carmen Rocío: "La protección de la intimidad frente a los ataques de la lucha antiterrorista", en ANARTE BORRALLA, Enrique; MORENO MORENO, Fernando y GARCÍA RUÍZ, Carmen Rocío (Coords.): "*Nuevos conflictos sociales. El papel de la privacidad*". Ed. Iustel, Madrid, 2015. Págs. 166-167.

⁸⁴⁴ REVENGA SÁNCHEZ, Miguel: "Servicios de inteligencia y derecho a la intimidad". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 61. Enero-abril 2001. Pág. 62.

El Gobierno de Estados Unidos ha defendido su postura justificando el propósito de detectar información relacionada con el terrorismo o contraespionaje, pero queda patente sin embargo que los derechos a la intimidad y a la propia imagen, así como el secreto de las comunicaciones o la protección de datos personales resultan gravemente afectados cuando no hay un fin específico e individualizado, ni este tipo de actos están justificados ni son proporcionales al fin que se persigue.

Por ello, el 2 de junio de 2015 el Senado norteamericano aprobaba la "*USA Freedom Act*", que reforma los mecanismos y alcances de la vigilancia llevada a cabo por la Agencia Nacional de Seguridad y que acaba con el programa de recolección masiva de metadatos. Tras la nueva norma, son los operadores de telecomunicaciones quienes guardarán los datos de los usuarios. El Gobierno podrá pedir estos registros (localización, duración de llamadas, direcciones IP, entre otros), pero deberá hacerlo bajo una orden judicial y los requerimientos deben estar enfocados sobre una persona objeto de una investigación relacionada con la seguridad nacional.

Ahora bien, la vigilancia masiva contrasta con la cada vez mayor virulencia de los ataques a administraciones, empresas y ciudadanos en un intento continuo de apropiarse de una información valiosa y sensible desde los puntos de vista político, estratégico, de seguridad y económico. Se trata de los ataques de *hackers* o piratas informáticos, cuyo objetivo consiste en burlar los sistemas de seguridad para entrar en determinados sitios *web* y obtener información.

En febrero de 2005, un ataque al *Bank of America* que afectó a 1,2 millones de cuentas dio comienzo a la escalada. Desde entonces, bancos, tiendas, universidades, aseguradoras y centros sanitarios han sido blanco favorito de los atacantes. Por poner algunos ejemplos, en 2009, en Estados Unidos, el organismo encargado de gestionar a los veteranos de guerra de Estados Unidos no pudo impedir que 79 millones de archivos dejasen de ser confidenciales. En abril de 2011 la plataforma de juego *online* de *Sony* quedó inutilizada durante varias semanas. En 2013 se perpetró un ataque contra los supermercados *Target* en el se desvelaron datos sensibles de sus clientes como tarjetas de crédito, correos, direcciones físicas y contraseñas. En 2014, además de *Sony*, *JP Morgan* y *Home Depot* han visto cómo sus datos dejaban de ser secretos. En 2015, la empresa especializada en seguros de salud *Blue Cross* observaba como 11 millones de archivos, muchos relacionados con sus pacientes, quedaron al descubierto⁸⁴⁵.

En julio de 2015 ha tenido lugar uno de los mayores escándalos contra datos confidenciales de los usuarios, en cierta medida, porque el portal afectado ofrecía el compromiso de privacidad. Se trata del ataque al sitio *web* de *Ashley Madison*, que ofrece una plataforma de encuentro a los usuarios que buscan aventuras extramaritales. Un grupo de hackers conocido como "*The Impact Team*" anunció que había irrumpido en los servidores del sitio *web* y que tenía en su poder información de las tarjetas de crédito de sus usuarios y suficientes datos personales como para identificarlos. Los *hackers* amenazaron con publicar la información robada si la compañía no cerraba. El anuncio sembró el caos entre los usuarios y la compañía quedó en una situación delicada. En un intento de mitigar los daños, *Ashley Madison* ofreció a sus clientes la oportunidad de eliminar su cuenta de forma gratuita.

⁸⁴⁵ "Los peores ataques cibernéticos en EE UU". Diario "*El País*" de 5 de junio de 2015. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/06/05/actualidad/1433461961_205806.html

Sin embargo, los esfuerzos de la compañía no fueron suficientes para evitar la exposición pública de sus clientes, porque "The Impact Team" había puesto en circulación la información que incluye el nombre, dirección de residencia y datos del perfil de las víctimas, incluyendo información tan privada como sus fetiches y fantasías sexuales. Han resultado afectadas las identidades de los 37 millones de usuarios de la página, con los efectos colaterales que de todo orden pueden derivarse.

En España y a nivel de usuario, de acuerdo a los estudios realizados por la Oficina de Seguridad del Cibernauta (OSI)⁸⁴⁶ y el Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE),⁸⁴⁷ en 2014, los riesgos advertidos más frecuentes han sido el *spam*, o los mensajes, generalmente publicitarios, no deseados; el *phishing*, o falsas páginas *web*; así como fraudes en el comercio online y las infecciones por virus o *malware*. El internauta español percibe dos riesgos graves al hacer uso de Internet: El compromiso de su privacidad, a través del robo y uso de información de carácter personal (nombre, dirección, fotografías), sin consentimiento ni conocimiento del propio usuario y, por otra parte, el perjuicio económico derivado de un intento de fraude a través de Internet⁸⁴⁸.

Por último, cabe destacar que la regulación del mercado de la prestación de servicios privados de ciberseguridad viene marcada por la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada⁸⁴⁹, cuyo art. 6.6 prevé imponer una serie de requisitos técnicos, a desarrollar reglamentariamente, a las empresas, sean o no de seguridad privada, que se dediquen a la seguridad informática. Estas actividades comprenden el conjunto de medidas encaminadas a proteger los sistemas de información a fin de garantizar la confidencialidad, disponibilidad e integridad de la misma o del servicio que aquéllos prestan, por su incidencia directa en la seguridad de las entidades públicas y privadas.

1.3.7 El secreto de las comunicaciones en Internet.

La generalización de las nuevas tecnologías informáticas ha supuesto una auténtica revolución en el ámbito de las comunicaciones. Si a la tradicional correspondencia mediante carta se incorporaron otras formas de comunicación como el telégrafo, o el teléfono, constituyendo un gran avance social en su época, ahora son las comunicaciones a través de Internet las que han sido las verdaderas protagonistas de esta revolución en el mundo de las comunicaciones. El teléfono móvil, el correo electrónico, la mensajería instantánea o síncrona, el intercambio de archivos en línea y las redes sociales han dado lugar a una nueva realidad, la que ha pasado de las "telecomunicaciones" a las "comunicaciones electrónicas"⁸⁵⁰.

⁸⁴⁶ Disponible en: <https://www.osi.es/>

⁸⁴⁷ Disponible en: <https://www.incibe.es/>

⁸⁴⁸ CARPIO CÁMARA, Manuel; LEÓN ALCALDE, Angel; CANO CARRILLO, Jesús y JIMÉNEZ GÓMEZ, Carlos: "Regulación y ciberseguridad: Contribuciones al modelo de Gobernanza", en SERRANO CALLE, Silvia (Coord.): "La Gobernanza de Internet en España 2015". Foro de Gobernanza de Internet en España (IGF Spain). 2015. Pág. 66. Disponible en: <http://www.igfspain.com/>

⁸⁴⁹ BOE de 5 de abril de 2014.

⁸⁵⁰ LLORIA GARCÍA, Paz: "El secreto de las comunicaciones: Su interpretación en el ámbito de los delitos cometidos a través de Internet. Algunas consideraciones", en BOIX REIG, Javier y JAREÑO LEAL, Ángeles (Coords.): "La protección jurídica de la intimidad". Ed. Iustel. Madrid, 2010. Pág. 172.

A pesar de la aparición y utilización de estos nuevos medios de comunicación, el derecho a la intimidad consagra tanto la libertad de comunicaciones, como su secreto, independientemente del medio utilizado, incluido Internet, de forma que siempre pueda garantizar la autonomía del ciudadano en su ámbito de vida privada. Ahora bien, esta afirmación, necesita una delimitación vinculada a la protección del derecho, ya que no toda comunicación goza de esta protección.

El secreto de las comunicaciones protegido constitucionalmente es el que permite a toda persona comunicarse libremente manteniendo dicha comunicación al margen del conocimiento de otros sujetos diferentes al destinatario y siempre que se realice en canal cerrado. Por tanto, respecto a las comunicaciones en Internet, necesariamente, hay que distinguir entre las que cumplen estos requisitos y, por tanto, gozan de la protección del derecho fundamental, de las que no lo cumplen, estando excluidas de dicha protección.

Cabe precisar, antes de delimitar las comunicaciones protegidas en Internet, la incidencia de la “*multidireccionalidad*” que asumen los mensajes del usuario en la red. Y es que el usuario de Internet ya no es un simple receptor pasivo de la comunicación, sino que también puede convertirse en creador y emisor de la misma. La información no llega al usuario, sino que es éste quien accede a la misma, en función de su interés. A diferencia de los canales tradicionales, unidireccionales (televisión y radio) o bidireccionales (el teléfono), la comunicación individual o de masas se relativiza. El papel del emisor, autor, editor o productor y receptor se confunden y convergen en el mismo perfil de usuario, combinando la transmisión de mensajes, con datos en forma de imagen, vídeo e incluso mensajes de voz⁸⁵¹.

En una primera aproximación, gozarían de la protección del secreto las comunicaciones a través de Internet a través de un canal cerrado: Correo electrónico, telefonía por la red, videoconferencias o mensajería electrónica, siempre y cuando estén delimitados e identificados el emisor y receptor. No gozarían de protección los canales abiertos en Internet, como páginas *web*, foros, *blogs*, canales de vídeo o televisión y redes sociales, no restringidos o cerrados, de forma que no sean accesibles a terceros.

Sin embargo, el aumento de la capacidad técnica de estos medios de comunicación no ha sido proporcional a la salvaguarda del secreto en las comunicaciones. Al contrario, a más cobertura, sea en cualquier punto del planeta, o en el ámbito del local físico de una empresa, la vigilancia del espacio en el que transitan las comunicaciones, cuando no sobre la propia fuente, ha llevado a una crisis de seguridad.

Existe una vigilancia masiva de las comunicaciones por parte de los Estados con fines de seguridad, lo que reduce el ámbito de los derechos fundamentales a causa de la intervención del Estado, bajo pretexto de garantizar otros derechos o bienes jurídicos más importantes como la propia vida, la integridad física y la seguridad de las personas.

Pero existe también una vigilancia en las comunicaciones por y entre los particulares, a través de medios técnicos que permiten con facilidad intromisiones en los teléfonos móviles, en el correo electrónico, en las redes sociales y en las búsquedas en

⁸⁵¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: “*Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*”. Ed. Thomson-Civitas. Madrid, 2004. Pág. 54.

Internet. Los intereses pueden ser muy variados, casi siempre ocultos, o al menos, sin una intención reconocida y expresada. El catálogo de sujetos activos de este "espionaje" sobre las personas abarca a todos los usuarios de la red. La sociedad de la información se ha convertido a raíz de Internet en la sociedad de la vigilancia, donde unos y otros, buscamos información sobre personas y empresas con quien tratamos, o incluso pidiendo opinión a otros individuos completamente desconocidos, e incluso anónimos. Conocer el titular de un teléfono móvil, la dirección de un individuo, los portales en los que ha publicado un perfil, incluso las opiniones de terceros sobre el individuo, es algo factible en Internet, de no guardar unas "no sencillas" reglas de seguridad.

El acceso a las comunicaciones cuando éstas son privadas es algo más grave, pero no por ello infrecuente. El ámbito de la propia empresa, por ejemplo, es un espacio abonado de intereses para la vigilancia e intromisión en las comunicaciones de los trabajadores, sean éstas públicas (a disposición de cualquier usuario en la red), o privadas. La vigilancia se incorpora a las facultades de dirección y control de la actividad que derivan del poder de dirección, en demasiadas ocasiones de forma ilícita. El objeto y la finalidad del control laboral, se mezcla con el control "extralaboral". Los dispositivos que facilita la empresa para la comunicación de sus trabajadores se prestan a que su uso indiscriminado (laboral y extralaboral), sean objeto también de un control indiscriminado.

En este sentido y para todos los ámbitos (desde la vigilancia masiva de los Estados, hasta la vigilancia entre particulares) el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones forman parte de un derecho humano fundamental y que es cardinal para el mantenimiento de sociedades democráticas. Es esencial a la dignidad humana y refuerza otros derechos, tales como la libertad de expresión y de asociación. Las actividades que restringen el derecho a la intimidad, incluida la vigilancia de las comunicaciones, únicamente pueden justificarse cuando están prescritas por ley, siendo necesarias para alcanzar un objetivo legítimo y proporcionales al fin perseguido.

Acceder a los "metadatos" de las comunicaciones y analizarlos permite crear perfiles de la vida de las personas, conocer las aficiones, contactos, círculos en los que se encuentra, identidad física mediante la imagen o parte de ella, datos médicos, ideas políticas y religiosas, asociaciones, interacciones e intereses, revelando tanto o más detalles que los que derivan del contenido de las comunicaciones.

El peligro que supone para el recorte de derechos la vigilancia en las comunicaciones ha sido objeto de varios foros internacionales en los que se demandan garantías para que la vigilancia masiva de Estados y empresas no vacíe de contenido los derechos de la persona y, en consecuencia, restrinja su libertad. Uno de estos ejemplos, es el Manifiesto "*En defensa de la democracia en la era digital*", publicado el 10 de diciembre de 2013, aprovechando el día internacional de los Derechos Humanos⁸⁵².

El Manifiesto parte de que la práctica de la vigilancia masiva es un hecho por todos conocido, que afecta a uno de los pilares de la democracia, como es el de la integridad inviolable del individuo: "*Una persona vigilada deja de ser libre; una sociedad vigilada deja de ser una democracia*". Si nuestros derechos democráticos han de seguir teniendo

⁸⁵² Manifiesto "*En defensa de la democracia en la era digital*", de 10 de diciembre de 2013, elaborado por 562 escritores e intelectuales de 82 países contra la vigilancia digital masiva de los ciudadanos. Disponible en: <https://www.change.org/p/en-defensa-de-la-democracia-en-la-era-digital>

validez, es necesario que se respeten en el espacio virtual además del espacio físico.

En este sentido, y "*en demanda de que nuestros derechos democráticos sigan vigentes tanto en el espacio virtual como en el real*", se hace un llamamiento a los gobiernos para que se reconozca el derecho de co-decidir cuáles serán los datos personales que pueden ser recolectados, almacenados y compilados, y por quién; así como el derecho a estar informados acerca de dónde permanecerán almacenados nuestros datos y de qué manera serán utilizados, exigiendo que esos datos sean borrados cuando sean recogidos y almacenados de forma ilegal. En esta línea, se solicita a la ONU el reconocimiento y la protección de los derechos civiles en la era digital, creando al efecto una **Convención internacional de los Derechos Digitales**.

Los puntos sobre los que asienta el Manifiesto, parten de las siguientes premisas:

- La vigilancia viola la esfera privada de los ciudadanos y compromete su libertad de pensar y de opinar.
- La vigilancia masiva trata a cada ciudadano como sospechoso, comprometiendo un logro histórico: La presunción de inocencia.
- La vigilancia hace transparente al individuo, mientras que el Estado y las corporaciones operan en secreto.
- La vigilancia es un robo. Los datos conseguidos no son propiedad pública, porque pertenecen al individuo. Si son utilizados para predecir nuestro comportamiento, entonces nos roban otra cosa: el libre albedrío, indispensable para la libertad en democracia.

Un paso más, tratando de frenar la vigilancia masiva digital y, en garantía para la protección del secreto de las comunicaciones electrónicas, es la Declaración Internacional sobre "*Principios Internacionales sobre la Aplicación de los Derechos Humanos a la Vigilancia de las Comunicaciones*"⁸⁵³, que contiene unos principios para la salvaguarda de la intimidad, coincidentes con las reglas que ya aplican diversos Estados⁸⁵⁴:

- El principio de legalidad, que impide cualquier limitación a los derechos humanos que no esté prescrita por ley. El Estado no debe adoptar o implementar una medida que interfiera en los derechos a la privacidad en ausencia de una ley que cumpla

⁸⁵³ Declaración de "*Principios Internacionales sobre la Aplicación de los Derechos Humanos a la Vigilancia de las Comunicaciones. Versión final de 10 de mayo de 2014*". Disponible en: <https://es.necessaryandproportionate.org/text>

⁸⁵⁴ El proceso de elaboración de estos Principios se inició en octubre de 2012 en una reunión de más de 40 expertos de seguridad y privacidad en Bruselas. Después de una amplia consulta inicial, que incluyó una segunda reunión en Río de Janeiro en Diciembre de 2012, *Access, EFF y Privacy International* condujeron un proceso de redacción colaborativa inspirada en la pericia sobre derechos humanos y derechos digitales de expertos de todo el mundo. La primera versión de los Principios se finalizó el 10 de julio de 2013, y fue lanzada oficialmente en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra en Septiembre de 2013. De marzo a mayo de 2013, se llevó a cabo una consulta para determinar y corregir problemas textuales y actualización de los Principios en consecuencia. El efecto y la intención de los Principios no se alteró por estos cambios. Esta versión es el producto final de estos procesos y es la versión autorizada de los Principios.

con un estándar de claridad y precisión suficientes para asegurar que las personas la conozcan previamente y puedan prever su aplicación. Además, estas leyes deben ser revisables periódicamente, dado el ritmo de los cambios tecnológicos.

- El principio de legitimidad u objetivo legítimo, por el que las leyes sólo deberían permitir la vigilancia de las comunicaciones por parte de autoridades estatales específicas para alcanzar un objetivo que corresponda a un interés jurídico preponderante e importante y que sea necesario en una sociedad democrática.
- El principio de necesidad implica que las leyes de vigilancia, reglamentos, actividades, poderes o autoridades deben limitarse a lo estricta y evidentemente necesario para alcanzar un objetivo legítimo. La vigilancia de las comunicaciones sólo se justifica cuando es el único medio para alcanzar un objetivo legítimo, o bien cuando habiendo varios medios sea el menos propenso a vulnerar los derechos humanos. La carga de establecer esta justificación, tanto en los procesos judiciales como en los legislativos, recaería sobre el Estado, como garante del derecho.
- El principio de idoneidad, por el que cualquier caso de vigilancia de las comunicaciones autorizado mediante ley debe ser apropiado para cumplir el objetivo legítimo específico identificado.
- El principio de proporcionalidad, partiendo de que la vigilancia de las comunicaciones debería ser considerada como un acto altamente intrusivo, que interfiere en los derechos humanos, amenazando los cimientos de una sociedad democrática. La vigilancia de las comunicaciones debe considerar la sensibilidad de la información accesible y la gravedad de la infracción sobre los derechos humanos y otros intereses en competencia.
- La tutela judicial de las decisiones sobre vigilancia de las comunicaciones.
- La notificación al usuario de la vigilancia en sus comunicaciones, salvo puesta en peligro de la finalidad para la que se autoriza la vigilancia, o cuando exista un riesgo inminente para la vida humana, notificándose tan pronto el riesgo desaparezca según lo determinado por la autoridad judicial competente.
- El principio de transparencia, por el que los Estados deben ser transparentes sobre el uso y alcance de las leyes de vigilancia de las comunicaciones. Los Estados deben proporcionar a las personas la información suficiente para que puedan comprender plenamente el alcance, naturaleza y aplicación de las leyes que permiten la vigilancia de las comunicaciones.
- El principio de integridad de las comunicaciones y sistemas, para garantizar la seguridad y privacidad de las comunicaciones. La retención o la recopilación de datos, nunca debe ser exigida a los proveedores de servicios.
- El principio de cooperación internacional por el que los Tratados de asistencia judicial recíproca deben garantizar que, cuando la legislación de más de un Estado pueda aplicarse a la vigilancia de las comunicaciones, se adopte la de mayor nivel de protección para las personas.

- El principio de garantía contra el acceso ilegítimo y el derecho de defensa. Los Estados deben promulgar leyes que penalicen la vigilancia ilegal de las comunicaciones por parte de actores públicos o privados. La ley debe proveer sanciones penales y civiles suficientes y adecuadas, protección a los “*whistle blowers*” y medios de reparación a las personas afectadas. Por ello, cualquier información obtenida contradiciendo estos principios ha de suponer su inadmisión como prueba en cualquier procedimiento, al igual que cualquier prueba derivada de dicha información. Los Estados deben, además, articular un sistema de destrucción o devolución del material obtenido a través de la vigilancia de las comunicaciones.

Nuestro país no se ha visto ajeno a la necesidad de garantizar la seguridad y utilizar para ello las nuevas tecnologías. De hecho, una de las claves de la reforma de la LECr, llevada a cabo por la LO 13/2015, de 5 de octubre⁸⁵⁵, ha sido la necesidad de adaptar la Ley a la nueva situación que nace de Internet.

Así, la reforma se justifica atendiendo a que, si bien, los flujos de información generados por los sistemas de comunicación telemática generan posibilidades al alcance del delincuente, también proporcionan poderosas herramientas de investigación a los poderes públicos. Surge así la necesidad de encontrar un delicado equilibrio entre la capacidad del Estado para hacer frente a una fenomenología criminal de nuevo cuño y el espacio de exclusión que nuestro sistema constitucional garantiza a cada ciudadano frente a terceros.

Para ello, se ha considerado conveniente crear un mecanismo habilitante que permita el acceso a los mensajes de SMS, al correo electrónico y a la información existente en la *web*, y que a falta de autorización judicial y en casos de urgencia, podría ser la autoridad gubernativa la que autorice la interceptación de las comunicaciones.

Se empieza así a romper la consigna habida hasta ahora de que sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de comunicación, la protección constitucional se dirige inequívocamente a garantizar la impenetrabilidad por terceros, sean públicos o privados, en la vida privada de uno, teniendo dicho derecho, por tanto, eficacia *erga omnes*⁸⁵⁶.

Algunos autores han sido muy críticos con una regulación que puede afectar a la libertad del ciudadano de no ver interceptadas sus comunicaciones, “*a no ser espiado*”, entendiendo que a través de una Ley, el legislador estaría reinterpremando el derecho fundamental al secreto de comunicaciones, sobre todo si se omite el necesario control judicial de la intromisión⁸⁵⁷.

En esta línea, la reforma de la LECr por la LO 13/2015, introduce ciertas facilidades para la persecución del delito, especialmente a través de Internet, legitimando incluso, en casos de urgencia relacionados con el terrorismo, la orden del Ministro del Interior o, en

⁸⁵⁵ Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECr para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (BOE de 6 de octubre).

⁸⁵⁶ ROVIRA VIÑAS, Antonio: “Reflexiones sobre el derecho a la intimidad en relación a la informática, la medicina y los medios de comunicación”. *Revista de Estudios Políticos*. N.º 77. Julio-Septiembre 1992. Pág. 264.

⁸⁵⁷ CARRILLO LÓPEZ, Marc: “*El derecho a no ser espiado*”. Diario “*El País*” de 29 de diciembre de 2014.

su defecto, del Secretario de Estado de Seguridad, para intervenir las comunicaciones protegidas por el secreto del art. 18.3 CE.

Entre estas nuevas medidas, cabe destacar en relación al entorno digital y a las tecnologías, la figura del agente encubierto en Internet que podrá investigar en la red mediante el uso de una identidad falsa. Estos agentes encubiertos puedan obtener imágenes y grabar conversaciones, siempre que recaben específicamente una autorización judicial para ello. Por otra parte, se regula la figura del agente encubierto informático, que requiere autorización judicial para actuar en canales cerrados de comunicación (puesto que en los canales abiertos, por su propia naturaleza, no es necesaria) y que a su vez, requerirá una autorización especial (sea en la misma resolución judicial, con motivación separada y suficiente, sea en otra distinta) para intercambiar o enviar archivos ilícitos por razón de su contenido en el curso de una investigación (art. 282.6 y 7 LECr).

Pero no se agotan aquí estas medidas que tratan de facilitar la investigación de delitos. El juez podrá autorizar que se instalen “*troyanos*” en los ordenadores, móviles o cualquier otro *hardware* de un sospechoso. Estos programas, típicamente utilizados por los “*hackers*”, se introducen en un ordenador para permitir el acceso remoto desde otro, sin conocimiento de su titular⁸⁵⁸. Se prevé su utilización contra organizaciones criminales, terrorismo, delitos contra menores, contra la CE y curiosamente, contra los delitos cometidos a través de la tecnología informática. Cabe llamar la atención de que esta última cláusula está abierta a todo tipo de delitos, lo que choca con la enumeración anterior, que delimita los delitos más graves y puede vaciar el contenido de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones [art. 588 *septies* a) LECr].

1.3.8 El derecho a la propia imagen en Internet.

El derecho a la propia imagen salvaguarda nuestra apariencia pública también en Internet. Ello a pesar de la paradoja que supone publicar en un lugar público un aspecto referido a la privacidad como es nuestra apariencia e identidad. Este derecho otorga a su titular la facultad exclusiva de difundir o publicar su imagen y, por ende, evitar la publicación de la propia imagen por un tercero⁸⁵⁹.

Los ataques a la propia imagen en los medios de comunicación de masas, como puede ser Internet, se llevan a cabo en tres frentes: Desde la intimidad de la persona, cuando se difunde la identidad del individuo y su conocimiento en un espacio reservado o en un círculo que voluntariamente haya delimitado su titular (captación de imágenes); a través del perjuicio directo a la imagen (publicación de la imagen sin consentimiento) y, por último, perjudicando la proyección social de la misma (descontextualizando la imagen, como si hubiera sido captada en una ocasión y en un lugar diferente del real)⁸⁶⁰.

El elemento que permitiría la captación, publicación, comunicación e intercambio

⁸⁵⁸ ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos: “*La investigación del delito en la era digital. Los derechos fundamentales frente a las nuevas medidas tecnológicas de investigación*”. Fundación Alternativas. Estudios de progreso 74/2013. Madrid. 2013. Pág. 35.

⁸⁵⁹ SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2º; 14/2003, de 28 de enero, FJ 5º y 127/2003, de 30 de junio, FJ 6º.

⁸⁶⁰ PACE, ALESSANDRO: “El derecho a la propia imagen en la sociedad de los mass media”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 52. Enero-abril 1998. Pág. 38.

de nuestra imagen, ha de ser el consentimiento de su titular. La naturaleza de Internet permite que cualquier persona pueda situar una imagen nuestra en el entorno público de la red. A su vez, otras personas pueden hacer uso de esa imagen, lo que multiplica su difusión. Por ello, hay que adoptar las cautelas que prevé nuestro ordenamiento y que, en algunos casos, no serán demasiado efectivas en este entorno. El hecho de que la imagen de una persona, en formato vídeo o fotografía, no implica que esté libre de derechos. En principio se presume que su titular ha querido hacerlo así.

La publicación y difusión de imágenes de otra persona choca con la reserva a mantener la propia identidad del individuo. Así, el art. 7.5 LO 1/1982, mantiene dentro de la esfera individual del individuo y de su poder de disposición, la reproducción o publicación de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos. Las salvedades son, precisamente, la prestación del consentimiento de su titular o, cuando se trate del ejercicio de un cargo público, notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

Los problemas en el entorno de Internet derivan de que en la mayoría de los casos, ni siquiera el titular de la imagen tiene conocimiento de su publicación y difusión. En otros casos, la publicación de la imagen ha sido consentida por su titular, pero para una finalidad concreta, lo que en ningún caso autoriza su difusión. Así, si la propia imagen ha sido publicada en Internet por el propio usuario, se presupone que goza de las normas de privacidad del sitio *web* donde se ha publicado. En determinados portales de Internet o redes sociales, se introducen los “*términos de uso*”, en forma de una declaración de derechos y responsabilidades por las que el usuario que publica fotografías o vídeos, además de gozar de la propiedad intelectual de los mismos, presta su consentimiento para que sean utilizadas y publicadas.

Hay que tener en cuenta que la configuración del derecho a la propia imagen se basa en dos criterios. El positivo, que abarca el derecho a producir y publicar la propia imagen y el negativo, que implica impedir a un tercero obtener, reproducir y publicar la misma.

El tema de la imagen en Internet es complejo, porque confluyen varios derechos. En primer lugar el derecho del sujeto a permitir que se capte su imagen. Ahora bien, ese vídeo o fotografía puede haber sido permitido para una finalidad concreta, que no abarque su publicación o difusión. Si se publica deberá existir un segundo consentimiento. En segundo lugar, la persona que capta la imagen es autor de la fotografía o vídeo, por lo que ostenta la propiedad intelectual. Pero la publicación de una obra en Internet no hace perder los derechos sobre la misma⁸⁶¹.

El problema radica en que el titular de la imagen quiera retirarla del dominio público o incluso del ámbito reducido donde se ha publicado. No podrá evitar que otras personas difundan su imagen por el hecho de que haya retirado su consentimiento, porque es posible que esos terceros ni siquiera conozcan que el consentimiento ha sido retirado. Ni siquiera el tercero tiene la obligación de comprobar o estar al corriente de la disponibilidad o no de la imagen para su difusión. Puede ocurrir, además, que la persona que se adueña y publica la imagen de un individuo, no sea identificable o actúe bajo un perfil falso.

⁸⁶¹ TOURIÑO PEÑA, Alejandro: "*El derecho al olvido y a la intimidad en Internet*". Ed. Catarata. Madrid. 2014. Págs 86-87.

La LSSICE prevé un régimen de responsabilidad para los prestadores del servicio. Sin embargo, les exime de responsabilidad cuando no tengan conocimiento efectivo sobre si la información es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptible de indemnización o, si es que lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. Por ello, es de vital importancia tener en cuenta la política de privacidad y términos de uso del prestador de servicios *web*.

Por tanto, el titular del derecho vulnerado solo podrá reclamar al titular o gestor de la página *web* la retirada de la imagen, sin perjuicio de solicitar la tutela de los tribunales, que en el orden civil implicará la solicitud de retirada de la imagen, así como una indemnización por los daños y perjuicios causados, incluido el llamado "*daño moral*".

1.3.9 El derecho a la protección de los datos personales en Internet.

El derecho a la protección de datos, como manifestación de la libertad informática, surge como una nueva forma de los tradicionales derechos-libertad. Se trata del derecho a controlar la información que existe sobre una persona, ya sea de carácter íntimo o reservado. Realmente se trata de proteger un espacio de la autonomía individual, como exigencia pasiva en relación con los detentadores del poder informático, de los particulares e incluso de los poderes públicos.

Con la aparición de Internet, el derecho de libertad informática "*se ha transformado en una exigencia de libertad en sentido activo, no libertad desde sino libertad de, que es la de valerse de los instrumentos informáticos para dotarse de y obtener información de todo género. Es el derecho de participación en la sociedad virtual, creada, generada, originada, con la llegada de los instrumentos electrónicos en la sociedad tecnológica: es una sociedad de componentes variables y de relaciones dinámicas, en la cual cada individuo participante es soberano en sus decisiones*"⁸⁶².

La evolución tecnológica ha multiplicado la capacidad de recogida, uso y almacenamiento de datos personales, en gran medida por motivos de eficiencia, tanto por agentes públicos como privados. Los nuevos sistemas utilizados para compartir información, tales como las redes sociales, la conectividad a Internet a través del móvil y el almacenamiento de grandes cantidades de datos recopilados en infraestructuras del llamado *cloud computing*, forman parte de la vida de las personas que navegan por Internet.

Las redes sociales, por ejemplo, facilitan a un nivel sin precedentes, la libertad de información, pero también la difusión de contenidos propios o ajenos, que pueden comprometer en ese enorme marco, la privacidad, contra la voluntad del individuo. La computación en nube (*cloud computing*) ubica programas, recursos compartidos e información en servidores ajenos, remotos y fuera del alcance y control del individuo, amenazando el control de información potencialmente sensible. El aumento de las actividades en línea, con múltiples usuarios conectados, constituye un riesgo puesto de manifiesto, tanto por las autoridades responsables de la protección de datos, las organizaciones profesionales y las asociaciones de consumidores, en función de diversos

⁸⁶² FROSINI, Vittorio: "L'orizzonte giuridico di Internet". *Il diritto dell'informazione e dell'informatica* (Giuffrè). N.º 2. 2000. Págs. 271-280.

estudios de interés elaborados al efecto⁸⁶³.

El entorno digital permite una comunicación instantánea, barata, fácil e inmediata. Pero esa inmediatez y espontaneidad, provoca una pérdida de capacidad reflexiva, de forma que involuntariamente, se corre el riesgo de perder el control de lo publicado. La inmediatez y la viralidad excluyen la posibilidad de saber quien y donde puede hacer uso de esa información. Tampoco se podrá eliminar, provocando un conocimiento inexacto de nuestra persona, sujeto a todo tipo de valoraciones en forma de rumores, crítica, o asociación a ideologías y tendencias.

Todo este cúmulo de información dificulta la protección de datos almacenados en Internet. La interdependencia entre servidores y redes pertenecientes a distintos operadores, así como la posibilidad de que cualquier usuario se conecte con aquéllos, comporta una dificultad a la hora de una efectiva protección de datos. El intercambio constante de flujos de información entre ordenadores, incluso con el desconocimiento del usuario, supone de hecho una cesión de datos del usuario sin su constancia. El ejemplo más característico es el de las *cookies*, que rastrean las búsquedas realizadas para ofrecer determinados servicios⁸⁶⁴.

Desde el punto de vista de la dinámica de Internet, los servicios de la *web* se nutren de datos de carácter personal o social, donde los usuarios pueden acceder a la información publicada en la *web*, a través de páginas estáticas (*Web 1.0*), en las que no hay oportunidad de participar activamente, o bien, moverse en el entorno de la *Web* social o corporativa, (la *Web 2.0*), que facilita la creación de redes, plataformas y grupos, sobre la base de criterios comunes, creando un espacio virtual retro-alimentado, espacio en el cual no solo se consume, sino que también se aporta información.

Pues bien, en la *Web 2.0*, conductas como el etiquetaje, difusión de datos personales o publicación de imágenes, responden al concepto de tratamiento de datos del art. 3.c) de la LOPD “*Operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, registro, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias*”.

Es por ello que los usuarios de los servicios de la *Web 2.0*, al editar contenidos se convierten en responsables del tratamiento de los datos, salvo que sea aplicable la excepción relativa a actividades domésticas (art. 2.a de la LOPD), entendidas éstas a los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas. Y ello, porque de la propia dinámica del funcionamiento de Internet, los destinatarios de la información son indeterminados, y por tanto, no sería aplicable la excepción doméstica, siendo plenamente aplicable *la normativa de protección de datos*.

⁸⁶³ Véase el “*Study on the economic benefits of privacy enhancing technologies*”, London Economics, julio de 2010, pág. 14. Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/studies/final_report_pets_16_07_10_en.pdf.

⁸⁶⁴ CUBERO MARCOS, José Ignacio y ABERASTURI GORRIÑO, Unai: “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*. N.º 83. Mayo-agosto 2008. Págs. 175-197.

Pero, como ha puesto de manifiesto el Supervisor Europeo de Protección de Datos, lamentablemente, no todas las exigencias jurídicas están cubiertas. Aunque desde la perspectiva jurídica los usuarios de Internet se consideran responsables del tratamiento y están sujetos a lo que se dispone en el marco jurídico comunitario sobre protección de datos y privacidad, en realidad no suelen ser conscientes de esta función. En general, difícilmente saben que están tratando datos personales y que la publicación de esta información comporta riesgos en materia de privacidad y protección de datos⁸⁶⁵.

El problema radica en la dificultad de informar a los usuarios, que deberían saber y entender que al procesar su información personal y la de otros, están sujetos a la legislación de la UE sobre protección de datos. Ello exigiría obtener el consentimiento informado de aquellos a los que se refiere la información, dando la oportunidad de oposición o rectificación a los afectados.

La falta de conciencia e incluso de conocimiento del usuario sobre los datos que está vertiendo en la Red se suele extender al alcance del consentimiento tácito o expresamente otorgado. Es preciso fijar estándares comunes de transparencia sobre la captura de datos y nuevas formas de otorgar consentimiento que sean lo más asequible posible al usuario medio, sin obligarle a realizar trámites complejos ni exigirle un conocimiento especializado, tanto a nivel técnico como jurídico⁸⁶⁶.

Seguramente por el desconocimiento que conlleva, el riesgo más grave de la violación del derecho a la protección de datos en Internet es que inicialmente (o constantemente), pasa desapercibida para su titular. Con frecuencia se desconocen los datos recopilados sobre el propio individuo, así como el motivo de este acopio y de qué forma pueden actuar en contra de sus intereses. Tampoco se conoce quién puede manejar una información que puede ser utilizada ilegítimamente y que puede haber sido obtenida a través de Internet o en las redes sociales. Las nuevas tecnologías hacen posible situaciones de invasión de los derechos de libertad difícilmente imaginables hasta la fecha, que pueden redundar en perjuicio de la libertad religiosa, ideológica, afiliación sindical, protección de la salud, etc⁸⁶⁷.

En este sentido, el Supervisor Europeo de Protección de Datos ha incidido en la necesidad de precisar los límites del consentimiento, fruto de un comportamiento no equívoco que sea considerado como tal. En algunos casos, habría que considerar la posibilidad de ampliar las situaciones en las que es necesario un consentimiento expreso, limitado actualmente a los datos sensibles y adoptar normas adicionales para el

⁸⁶⁵ Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos de 18 de marzo de 2010, acerca de la promoción de la confianza en la sociedad de la información mediante el impulso de la protección de datos y la privacidad. DO C-280, de 16 de octubre de 2010, págs 1-15.

⁸⁶⁶ PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y BADÍA Y LIBERAL, Enrique (Coords): *"El debate sobre la privacidad y seguridad en la red: Regulación y mercados"*. Colección Fundación Telefónica. Ed. Ariel. Barcelona. 2012. Pág. XIII.

⁸⁶⁷ PIÑAR MAÑAS, José Luis: "Protección de datos: Origen, situación actual y retos de futuro", en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo y PIÑAR MAÑAS, José Luis: *"El derecho a la autodeterminación informativa"*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009. Pág. 110.

consentimiento en un entorno virtual⁸⁶⁸. Estas consideraciones han pasado a formar parte del nuevo R(UE) 2016/679, que asume la necesidad de transparencia e información al ciudadano a través de medidas que permitan una manifestación libre, específica e informada de la voluntad del interesado, garantizando que la persona es consciente de que está dando su consentimiento⁸⁶⁹.

Sin embargo, es patente la insuficiencia o desconocimiento de los usuarios en el rastreo de perfiles personales a partir de los datos que determinadas páginas *web* solicitan al navegante para su visita, o la información que se obtiene a través de las "*cookies*". Estos ficheros de datos se generan en el ordenador del usuario que navega por Internet, siendo creados por servidores *web* -proveedores de servicios-, que los envía a aquél con la intención de recoger posteriormente la información sobre el individuo. Se trata en la mayoría de los casos de huellas electrónicas que el usuario va dejando inconscientemente al navegar por diversos sitios de la Red⁸⁷⁰.

Por lo general, las personas no saben o no comprenden cómo se desarrolla este proceso, quiénes obtienen sus datos ni de qué medios disponen para controlar la situación. Cuando los internautas visitan sitios *web*, no cuentan con que terceras personas vayan a registrar dichas visitas ni creen registros de los usuarios sobre la base de informaciones que revelen su estilo de vida, o sus gustos.

Esta información suele ser nuestro historial de navegación, contraseñas, nombre de usuario y características de nuestra actividad en Internet que permiten conocer nuestras preferencias, e incluso nuestra actividad. Por ello, en la mayoría de las páginas, aparece un mensaje advirtiendo de la existencia de dichas *cookies* y se insta al usuario a leer la política de privacidad relacionada con las mismas e incluso, en algunos casos, nos piden nuestro consentimiento para que se usen las *cookies*. Para prevenir del riesgo de las *cookies*, la propia AEPD ha publicado una Guía informativa⁸⁷¹.

Esta Guía recoge las orientaciones, garantías y obligaciones que la industria se compromete a difundir y aplicar para adaptar la instalación de este tipo de archivos a la legislación vigente. Se trata de que los usuarios puedan decidir si consienten o no la instalación de *cookies* en sus terminales, contando con una información clara y completa sobre qué datos se recopilan, quiénes los van a tratar y a qué fines se destinan. Al mismo tiempo, se proporcionan a las empresas y a los responsables de páginas *web* en general unas directrices y orientaciones prácticas que les facilitará el cumplimiento de las obligaciones legales con mayor seguridad jurídica y el grado de flexibilidad necesario para

⁸⁶⁸ Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 14 de enero de 2011, sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - "*un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea*" (DO C-181, de 22 de junio).

⁸⁶⁹ Considerandos 32, 40 y 42; y arts. 6.1.a) y 7 del R(UE) 2016/679.

⁸⁷⁰ Véase el Sitio Web de la AEPD, y específicamente el siguiente enlace:
http://www.agpd.es/portalwebAGPD/jornadas/dia_internet_2010/tus_datos_personales_en_internet-ides-idphp.php

⁸⁷¹ Guía sobre el uso de las *cookies*. AEPD. Abril 2013. Disponible en:
https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/Guia_Cookies.pdf

posibilitar el desarrollo de la economía digital.

La Guía ofrece diversas opciones para cumplir con las dos obligaciones legales fundamentales impuestas por la normativa: El deber de información al usuario y la obtención del consentimiento por parte de éste. Es decir, se debe facilitar a los usuarios información “*clara y completa*” sobre las *cookies*.

Para la instalación y utilización de *cookies* será necesario obtener el consentimiento del usuario, de forma que éste pueda considerarse un consentimiento informado. Este consentimiento podrá obtenerse mediante fórmulas expresas y conductas activas (haciendo “*click*” en un apartado específico) o infiriéndolo de una determinada acción realizada por el usuario, impidiendo que la mera inactividad supla la voluntad.

Por último, el documento también recoge el derecho de los usuarios a recibir información sobre la forma de desactivar o eliminar las *cookies*, así como la forma de revocar un consentimiento prestado con anterioridad.

Igualmente, pueden atentar contra la intimidad, ante acciones no consentidas por el usuario, los denominados “*sniffers*” o programas rastreadores para descubrir contenidos ilegales en la Red, o la creación de perfiles personales a través del uso de un correo electrónico que atesora datos personales que se reflejan y que sirven para participar en redes sociales, foros, chats, etc⁸⁷².

Al mismo tiempo, los datos personales se han convertido en un gran activo para muchas empresas. La recopilación, agrupación y análisis de los datos sobre posibles clientes ya es una parte importante de sus actividades económicas, mientras que otras buscan con avidez otras formas de obtener beneficios a raíz de los datos personales que sus clientes les han confiado.

Para ello, los motores de búsqueda o “*buscadores*”, actúan como herramientas que ponen en contacto a los usuarios de Internet con la información, permitiendo encontrar mediante palabras clave, cualquier tipo de datos escritos, imágenes, fotografías e incluso vídeos. Los motores de búsqueda inciden en la intromisión de datos personales en dos vertientes:

Una vertiente interna, en cuanto a que se busca información directa sobre datos personales, obteniéndose al momento a través de los resultados. Por ello, la explotación económica de los datos personales por parte de los titulares del motor, a efectos de su comercialización o utilización, se ha convertido en un negocio.

Otra externa, porque los motores de búsqueda remiten a páginas *web* que pueden contener datos personales de terceros, de forma que estos datos pueden ser obtenidos fácilmente por los internautas, siendo también en muchos casos objeto de negocio.

Desde esta perspectiva, se plantea cuál es el valor económico de la privacidad, es

⁸⁷² Toda la información acerca de los riesgos e invasiones contra la intimidad del usuario, está recopilada en la Guía elaborada por la Agencia de Protección de Datos, disponible en: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/pdfs/guia_recomendaciones_internet_052009.pdf

decir, cuánto valen los datos personales obtenidos y utilizados a través de Internet.

Es indudable que los datos personales tienen un valor de mercado y son objeto de comercio. Se produce la paradoja que conforme aumenta la preocupación de los ciudadanos por la protección de sus datos personales, aumenta también la disposición de estos datos cuando su titular recibe una ventaja, patrimonial o no, en forma de servicio, ahorro u otra acción comercial.

Diversos estudios han cuantificado que el precio de todos los datos personales de un individuo es inferior a un dólar, siendo los que se limitan a edad, sexo y localización, inferiores a 50 centavos de dólar, pero cuantificándose estas cantidades por cada mil individuos. En el mercado ilegal, según un estudio de la empresa *Symantec*, el precio en 2015 de los datos completos de una tarjeta de crédito oscila entre 50 centavos de dólar y 20 dólares; la copia de un pasaporte válido, entre 1 y 2 dólares; y un millón de cuentas de correo electrónico verificadas para el envío de *spam*, entre 70 y 120 dólares⁸⁷³.

Por tanto, el problema reside en los efectos que provoca la desprotección del individuo que pierde el control de sus datos personales. Esta pérdida de control permite la explotación de terceros de esos datos, tanto a nivel comercial o personal. Desde el plano personal, un ejemplo típico es la información que puede obtener un empleador sobre los candidatos a un puesto de trabajo en Internet y redes sociales, accediendo a las características personales del futuro trabajador.

1.3.10 La libertad de expresión e información en Internet.

*"Reafirmamos, como fundamento esencial de la Sociedad de la Información, y según se estipula en el Artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, que este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir información y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. La comunicación es un proceso social fundamental, una necesidad humana básica y el fundamento de toda organización social. Constituye el eje central de la Sociedad de la Información. Todas las personas, en todas partes, deben tener la oportunidad de participar, y nadie debería quedar excluido de los beneficios que ofrece la Sociedad de la Información"*⁸⁷⁴.

*"El respeto a los demás, la igualdad de todas las creencias y opiniones, la convicción de que nadie tiene la verdad ni la razón absolutas, son el fundamento de esa apertura y generosidad que supone ser tolerante. Sin la virtud de la tolerancia, la democracia es un engaño, pues la intolerancia produce directamente totalitarismo"*⁸⁷⁵.

⁸⁷³ HERNÁNDEZ MARTÍN, Miguel Ángel: "La privacidad: Una mirada desde la Economía", en APARICIO VAQUERO, Juan Pablo y BATUECAS CALETRÍO, Alfredo (Coords.): *"En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información"*. Ed. Comares. Granada, 2015. Págs. 19-21.

⁸⁷⁴ Punto 4º de la Declaración de Principios: *"Construir la Sociedad de la Información: un desafío global para el nuevo milenio"*. Ginebra. 12 de mayo de 2004.
Disponible en: <http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/dop-es.html>

⁸⁷⁵ CAMPS CERVERA, Victoria: *"Virtudes públicas"*. Ed. Espasa-Calpe. Madrid, 1996. Pág. 73.

1.3.10.1 Especialidades en el ejercicio de la libertad de expresión e información a través de Internet.

Tradicionalmente en las distintas Constituciones, la libertad de expresión y de opinión se han configurado como un derecho subjetivo de defensa frente al Estado. Las razones parten de la concepción de que los poderes dominantes tienden, según muestra la experiencia, a contrarrestar opiniones incómodas, sobre todo cuando amenazan con poner en peligro la propia posición de poder. La libertad de opinión se puede imaginar sin democracia, pero no la democracia sin libertad de opinión⁸⁷⁶.

Sin embargo, la amplitud de la libertad de expresión a través de Internet ha rescatado la idea de la “*democracia deliberativa*”⁸⁷⁷, que busca complementar la noción de democracia representativa con la adopción de un procedimiento colectivo de toma de decisiones políticas que incluya la participación activa de todos los potencialmente afectados por tales decisiones, de forma que estas decisiones ya no sean monopolio del poder ejecutivo o legislativo. En este sentido, cualquier usuario puede promover, proponer, participar y deliberar sobre un asunto determinado a nivel mundial a través de Internet. Incluso se ha propuesto el término “*democracia digital*” como la libertad de expresión en los espacios colaborativos y deliberativos que la *web* dispensa.

También se ha comparado la libertad de expresión en Internet con la “*democracia participativa*”, que promueve espacios abiertos a disposición de ciudadanos motivados y que en el ámbito digital se ha denominado “*ciberdemocracia*” e incluso, como fruto de la “*democracia inclusiva*”, donde las minorías adquieren cotas de poder frente a las élites, en nombre de movimientos sociales que reclaman un protagonismo que no tienen⁸⁷⁸.

Ahora bien, no cabe confundir la participación en la toma de decisiones por quien asume la responsabilidad de las mismas, con el debate colectivo de quienes no asumen responsabilidad alguna. Tampoco el derecho a la libre expresión supone ser escuchado, ni garantiza que la información sea cierta, manipulada, sesgada o descontextualizada⁸⁷⁹, quedando el derecho de información relegado únicamente al de transmitir información⁸⁸⁰.

En el entorno digital, la libertad de expresión se articula en dos frentes: Manteniendo su equilibrio frente al Estado, pero reclamando también la protección de éste frente al ejercicio del derecho entre particulares. Y no solo respecto a la formación de la propia opinión, sino también, debiendo los particulares respetar los derechos de los demás, especialmente en unos medios de amplia participación y con gran difusión.

⁸⁷⁶ SCHNEIDER, Hans-Peter: "Problemática general de las instituciones de garantía. Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 7. Enero-febrero 1979. Pág. 16.

⁸⁷⁷ ELSTER, Jon: “*La democracia deliberativa*”. Ed. Gedisa. Barcelona, 2001.

⁸⁷⁸ PENDÁS GARCÍA, Benigno: “Las formas de la democracia”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. N.º 60. Abril 2016. Pág. 24.

⁸⁷⁹ SIMÓN CASTELLANO, Pere: “*El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE*”. Ed. Bosch. Barcelona, 2015. Pág. 63.

⁸⁸⁰ HINDMAN, Matthew: “*The myth of Digital Democracy*”. Princeton University Press. New Jersey, 2009. Pág. 8.

Los avances de la tecnología en general y de Internet en particular, han potenciado el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión, y el derecho a la información y comunicación, no solo a nivel personal, sino en todos los ámbitos sociales y profesionales. Al hecho de que cualquier persona pueda publicar cualquier contenido a través de Internet, se une el enorme grupo de posibles destinatarios, por lo que el efecto y la repercusión es mucho más fuerte que la de los medios tradicionales de comunicación.

Consecuencia de esta amplitud y multidireccionalidad resulta la dificultad para seguir manteniendo la distinción entre la libertad de expresión, que recae sobre concepciones intelectivas, y la libertad de información, cuyo contenido son los hechos noticiables⁸⁸¹. En Internet no hay un elemento subjetivo para atribuir el ejercicio de la libertad de información a un colectivo en particular, al ser titularidad de todos, aunque ésta se predica normalmente de los periodistas, a los que se les dota de unas especiales garantías para su ejercicio.

Pero en Internet resulta difícil delimitar la figura del periodista, que ha pasado a tener un papel secundario con la explosión de las redes sociales y las noticias que ahora de forma inmediata circulan por la red, “*subidas*” por quien realmente tiene la primicia o la difunde. Así, se ha puesto de manifiesto, cuando se habla de que ya no es posible diferenciar si quien comunica, realmente expresa o informa⁸⁸².

La libertad de expresión en Internet ha provocado que la opinión pública ya no esté controlada solo por la prensa y los medios convencionales. Ya no son los periodistas quienes deciden lo que es noticia y lo que no. No hay jerarquía, ni funcionamiento lógico, ni orden, ni concierto, cuando cualquiera y en cualquier momento da a conocer un hecho en una red social. Se habla del potencial democratizador que rompe las barreras entre las distintas clases sociales, pues la opinión de cada uno tiene el mismo valor, al menos en cuanto al derecho a expresarse libremente a través de la creación de foros globales o espacios virtuales libres de reunión, debate y discusión entre ciudadanos ubicados en cualquier parte del planeta⁸⁸³.

El individuo, como titular de su propio derecho a revelar cierta información personal o privada, cuando publica su expresión u opinión en Internet (blogs, foros, redes sociales), no siempre es consciente del alcance que puede alcanzar dicha publicación⁸⁸⁴. Se puede hablar de verdaderos medios de comunicación y difusión, en los que a diferencia de otros,

⁸⁸¹ ARAGÓN REYES, Manuel y FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.^a Luisa: “Incidencia de Internet en los Derechos Fundamentales”, en SALA ARQUER, José Manuel y MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, Julián (Coords): “*Derecho sobre Internet*”. Ed. Banco de Santander Central Hispano. Madrid, 2008. Págs. 14 y ss.

⁸⁸² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: “*Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*”. Ed. Thomson-Civitas. Madrid, 2004. Págs. 59-60.

⁸⁸³ SIMÓN CASTELLANO, Pere: “*El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE*”. Ed. Bosch. Barcelona, 2015. Pág. 52.

⁸⁸⁴ DE LA TORRE OLID, Francisco y CONDE COLMENERO, Pilar: “Consideraciones críticas en torno a la autogestión y preservación de la intimidad en un escenario de riesgo”, en FAYOS GARDÓ, Antonio (Coord.): “*Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el Siglo XXI*”. Ed. Dykinson. Madrid, 2015. Págs. 56-57.

como la televisión, no es necesario licencia administrativa, teniendo sin embargo, una eficacia similar. Sin embargo, el lado oscuro, radica en que la excesiva libertad y facilidad en la publicación, abarca también contenidos ilícitos. Por ello, sería deseable, que esa intervención administrativa concentrara sus esfuerzos en la represión de aquellos contenidos verdaderamente nocivos⁸⁸⁵.

Sin embargo, este universo abierto produce una cierta inseguridad jurídica, sobre todo cuando la opinión del individuo traspasa la frontera de la privacidad de otra persona. Aun inconscientemente, la aportación en un foro, en una red social, o una página *web*, de un comentario o una fotografía, cuando puede afectar a otra persona, traspasa las fronteras de la libertad de expresión y supone una intromisión en la privacidad de otra, que ni ha dado su consentimiento, ni probablemente conoce. Incluso, es posible que algunos datos personales estén abiertos y disponibles para toda la comunidad, sin consentimiento de su titular.

En Internet, por lo general, el concepto de "*conversación privada*" desaparece. A la hora de garantizar el derecho a la protección de los derechos de otras personas, se plantea si existen límites a la libertad de expresión e información por la concurrencia de los derechos de los demás. Se plantea así la protección de los datos de un tercero que han sido publicados sin su consentimiento, pudiendo vulnerar otros derechos como el honor, la intimidad o la propia imagen.

Entonces, ¿Hasta donde ha de llegar la intervención de los poderes públicos para garantizar el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y a la libre información y su equilibrio con otros derechos como el honor, la intimidad, la propia imagen o la protección de datos en Internet?

El punto de partida, tal y como se ha defendido anteriormente, es el de aplicar las reglas del mundo "*off-line*", al mundo "*online*". No debería prohibirse en Internet aquella información que pueda publicarse legalmente en otro medio. Es decir, las actividades que se desarrollan a través de Internet han de estar sujetas a las limitaciones propias de estas libertades, que excluyen actividades ilícitas o que perjudiquen los derechos de terceros. Ahora bien, la propia naturaleza de Internet, plantea algunas singularidades que, al menos de hecho, justificarían una menor intervención pública en defensa de esas libertades, debido a la ausencia de barreras, la facilidad de acceso, la gratuidad y la ausencia de restricciones legales para colgar contenidos en la *Web*⁸⁸⁶.

Si estos principios son aceptados por todos para la consecución de lo que se ha denominado "*el libre mercado de las ideas*", no se debería limitar o restringir la información, por ejemplo, por parte de los operadores, a través de un control editorial sobre los contenidos y servicios, pues la arbitrariedad, incluso en el acceso a determinados lugares o "*sitios Web*", podría anular una de las características esenciales

⁸⁸⁵ BOIX PALOP, Andrés: "Libertad de expresión y pluralismo en la red". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 65. Mayo-agosto 2002. Pág. 147.

⁸⁸⁶ FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa: "Límites constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en Internet (Comentario de la sentencia 96-511 del Tribunal Supremo Norteamericano de 26 de junio de 1997 que declara la inconstitucionalidad de la Ley de Decencia en las Telecomunicaciones del Congreso de los Estados Unidos)". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 53. Mayo-agosto 1998. Pág. 310.

de Internet, como es el principio de neutralidad⁸⁸⁷.

Por tanto, nos hallamos ante un sistema complejo en el que es necesario buscar un equilibrio entre la libertad de expresión y la protección de la esfera privada de los individuos. El problema es como evitar una intrusión en el ámbito privado de una persona que no ha consentido la difusión del contenido difundido, ya que no puede desconocerse su derecho fundamental a la protección de su ámbito personal ante la potencial agresividad del elemento informático.

En este sentido, el derecho que se trata de proteger no es solo el de la intimidad, sino algo de mayor profundidad que por influencia del ordenamiento anglosajón se ha venido a denominar "*privacidad*", que merece una protección especial y abarca el derecho a la protección de datos personales. Es este uno de los límites sobre el que la legislación debe actuar ante el riesgo de las posibilidades que ofrece la informática a la hora de conservar y potenciar la difusión y el acceso a los datos publicados a través de Internet⁸⁸⁸. Por ello, debe anteponerse como límite a la libertad de expresión, el respeto a la privacidad del individuo, en cuanto a la salvaguarda de los datos personales que, aún sin ser íntimos, pueden resultar cruciales para conocer y profundizar en la misma personalidad del individuo.

Un ejemplo de la protección de datos de terceros aportados por particulares a una página *web* o a una red social es la STJUE de 6 de noviembre de 2003, asunto C-101/01, también llamado "*asunto Bodil Lindqvist*", que por su interés y trascendencia, merece la pena comentar⁸⁸⁹.

La Sra. *Bodil Lindqvist*, catequista sueca, creó en su ordenador personal diversas páginas *web* con la finalidad de que los feligreses de la parroquia pudieran obtener fácilmente la información que pudiera resultarles útil. Estas páginas contenían información sobre la Sra. *Lindqvist* y 18 de sus compañeros de la parroquia, incluido su nombre de pila, acompañado, en ocasiones, de su nombre completo. Además, la Sra. *Lindqvist* describía en un tono ligeramente humorístico las funciones que ejercían sus compañeros, así como sus aficiones. Pero al hilo de estas cuestiones, mencionaba la situación familiar, el número de teléfono e información adicional. Así mismo, señaló que una de sus compañeras se había lesionado un pie y que se encontraba en situación de baja parcial por enfermedad. Frente a las quejas de algunos feligreses, la Sra. *Lindqvist* fue sancionada por la Agencia sueca.

El Tribunal sueco consultó al Tribunal de Justicia sobre las condiciones de aplicación de la Directiva 95/46/CE, sobre protección de datos. El TJUE afirmó que la conducta que consiste en hacer referencia, en una página *web*, a diversas personas y en identificarlas por su nombre o por otros medios, como su número de teléfono o

⁸⁸⁷ LAGUNA DE PAZ, José Carlos: "Internet en un cruce de caminos: ¿Neutralidad o gestión razonable de las infraestructuras?". *Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º 141. 2009. Págs. 43 y ss.

⁸⁸⁸ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel: "Libertades e intimidad frente a las tecnologías de la información". *Cuadernos de Pensamiento*. N.º 11. 1997. Pág. 163.

⁸⁸⁹ Un análisis en profundidad de esta y otras sentencias del TJUE en materia de protección de datos puede consultarse en PIÑAR MAÑAS, José Luis: "El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas". *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 19-20. Mayo-diciembre 2003. Págs. 58 y ss.

información relativa a sus condiciones de trabajo y a sus aficiones, constituye un "*tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales*" en el sentido del art. 3.1 de la Directiva 95/46 (es decir, que se encuentra dentro del ámbito de aplicación de las obligaciones que impone la Directiva).

La Sra. *Lindqvist* sostuvo que un particular que, en el ejercicio de su libertad de expresión, crea diversas páginas *web* en el marco de una actividad sin ánimo de lucro o en su tiempo de ocio, no realiza una actividad económica y, por tanto, su conducta no está sujeta al Derecho comunitario. En este sentido se aludió a que la aproximación de las legislaciones para el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, no puede servir de base legal para adoptar medidas comunitarias que regulen el derecho de los particulares a la libertad de expresión en Internet.

Sin embargo, la información que se publica en Internet puede ser consultada en cualquier momento por un número indeterminado de personas que residen en múltiples lugares. La ubicuidad de esta información se debe, en particular, a que los medios técnicos empleados para acceder a Internet son relativamente sencillos y cada vez menos costosos. Aunque las páginas *web* de la Sra. *Lindqvist* no contenían los mecanismos técnicos que permiten el envío automático de la información a personas que no hayan buscado deliberadamente acceder a dichas páginas, esas páginas son accesibles para cualquier persona. De esta forma, el carácter íntimo y privado de la información, se une a la notoriedad que alcanza la información publicada en un medio completamente abierto.

En este contexto, los derechos fundamentales revisten una importancia especial, tal y como lo demuestra el asunto principal, en el que resulta necesario, en esencia, ponderar, por una parte, la libertad de expresión de la Sra. *Lindqvist* en el marco de su trabajo como catequista, así como la libertad de ejercer actividades que contribuyen a la vida religiosa y, por otra parte, la tutela de la intimidad de las personas cuyos datos incluyó la Sra. *Lindqvist* en su sitio de Internet.

Sin embargo, el TJUE defendió que las disposiciones de la Directiva 95/46/CE no entrañan, por sí mismas, una restricción contraria al principio general de la libertad de expresión o a otros derechos y libertades vigentes en la UE. Entendió que la actividad constituía un "*tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales*", debiendo ser, por tanto, las autoridades y los órganos jurisdiccionales nacionales los encargados de aplicar la normativa nacional que adapta el Derecho interno a la Directiva 95/46 y a ellos corresponderá el justo equilibrio entre los derechos e intereses en juego, incluidos los derechos fundamentales tutelados por el ordenamiento jurídico comunitario.

Se observan por tanto dos cuestiones: La inclusión en la normativa de protección de datos de la actividad consistente en compartir información privada de otras personas, así como la limitación a la libertad de expresión a través de Internet, cuando afecte a los derechos fundamentales de terceros.

En general, los tradicionales límites de los derechos a la libertad de expresión y de información se mantienen en el ámbito de Internet. Sin embargo, se plantea la necesidad de establecer limitaciones que no serían aceptables en otros contextos, debido al espacio público en el que se vierten expresiones ofensivas e, incluso, el "*discurso del odio*",

atendiendo a su gran difusión y la facilidad en el acceso a la información⁸⁹⁰. En Internet, cualquiera puede revelar aspectos privados de otro, cercenar el honor mediante imputaciones gravosas o injuriosas, disponer de la imagen de un individuo en el ámbito de su intimidad, así como de sus datos personales o publicar una información carente de veracidad. A diferencia de la sociedad de masas, que permite el anonimato, la tecnología allana la vida privada⁸⁹¹.

1.3.10.2 El ámbito laboral: La libertad de expresión e información del trabajador, a través de Internet y redes sociales.

El hecho de que la empresa constituya una fuente de información y opinión especialmente significativa, provoca una actitud restrictiva frente a cualquier crítica en un escenario como Internet, donde se promueve, incluso, recabar opiniones de los consumidores a la hora de elegir el proveedor de ciertos servicios. Ello provoca una especial sensibilidad de la empresa en la red ante sus potenciales clientes.

En un escenario de libre competencia, reforzado por la globalización de la economía y el incremento exponencial de las transacciones comerciales sin ni siquiera visitar la sede física de la empresa, se hace necesario ponderar la libertad de empresa y el derecho a su imagen y prestigio, frente al derecho del trabajador a manifestar o verter determinada información u opiniones, bien como mecanismo de presión económica, bien como mecanismo de intereses propios o de terceros⁸⁹².

De este modo, pese a que la libertad de expresión legitima la posibilidad de efectuar críticas o juicios de valor en el entorno incluso del contrato de trabajo, la repercusión que en Internet puede tener una crítica, puede perjudicar los intereses empresariales de forma exponencial, sin que sea proporcionado el ejercicio del derecho con el daño realmente causado. En este juicio de ponderación, habría que tener en cuenta factores, que a diferencia de lo que supone una crítica en un escenario tradicional, pueden influir directamente en el interés de los clientes o consumidores:

- La comunicación se distribuye por una serie de canales que están abiertos a la accesibilidad de un amplio número de personas, que pueden tener vinculación directa con la empresa.
- La redistribución de la información por los canales habituales de Internet, incluyendo la redifusión a través de redes sociales, puede influir a terceros en cuanto a una predisponibilidad de no consumir productos o servicios de la empresa.
- La dificultad técnica de evitar o restringir el acceso a los comentarios críticos, una

⁸⁹⁰ MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier: "Libertad de expresión y lenguaje ofensivo: Algunos criterios prácticos de análisis jurídico". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. N.º 60. Abril 2016. Pág. 33.

⁸⁹¹ FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.ª Luisa: "*Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*". Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1998. Pág. 142.

⁸⁹² SÁNCHEZ TORRES, Esther: "El ejercicio de la libertad de expresión de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías", en: DEL REY GUANTER, Salvador (Director) y LUQUE PARRA, Manuel (Coord.): "*Relaciones laborales y nuevas tecnologías*". Ed. La Ley. Madrid. 2005. Pág. 110.

vez formulados.

- El anonimato en la autoría del comentario crítico, que incluso mediante seudónimo, permite ocultar la identidad del comentario efectuado.
- La fragilidad de la imagen de la empresa ante un comentario de cualquier persona que tenga un interés en dañar su reputación e imagen, independientemente de la seguridad y autenticidad de la información.
- La facilidad e inmediatez en el acceso a la información, cuando por la acción de los motores de búsqueda cualquier interesado, cliente o proveedor puede encontrar un comentario hecho en cualquier momento, sobre una cuestión puntual, que incluso puede no estar actualizada o incluso, ser absolutamente falsa.

Cabe advertir que es relativamente fácil traspasar los límites de la libertad de opinión, e incluso, transgrediendo la veracidad de la comunicación o noticia, sin ser identificado, en perjuicio del interés comercial, económico o corporativo de una empresa.

De todo ello, debemos entender que, por regla general, no se pueden establecer otros límites distintos a los ya existentes para los derechos de libertad de expresión e información en Internet, que los que ya poseen en los medios tradicionales. Es decir, no puede considerarse ilegal en Internet todo lo que es legal fuera de la red⁸⁹³. Pero sin embargo, de cara a valorar la finalidad o la intencionalidad de causar un mal mayor a la mera crítica, habrá que tener en cuenta si la actuación del trabajador desborda el principio de la buena fe y si su conducta tiene como finalidad atentar contra la imagen, el prestigio y la posición en el mercado de la propia empresa.

En el ámbito laboral, este efecto "*dispersador*" o "*multiplicador*" no se ha valorado especialmente, para dotar de una mayor gravedad a las expresiones de los trabajadores.

Así, por ejemplo, no ha tenido mayor repercusión el hecho de la adquisición de un nombre de dominio en la red, identificable con la empresa, incluso con la utilización de marcas o logotipos de la entidad, creando un portal paralelo, para actuar de cauce sindical en el que volcar opiniones, demandas, reclamaciones y críticas, que como medida de presión de sus reivindicaciones, perjudiquen la imagen de la empresa.

En el caso "*El Corte Inglés*", y el "*portal corty.net*"⁸⁹⁴, no se estimaron procedentes los despidos por el hecho de utilizar, a través de esta vía, un lenguaje que "*no deja de ser simplemente eso, provocador, acudiendo a ciertas licencias metafóricas, y esencialmente a la caricatura, ambas tan habituales en medios de comunicación y en todo tipo de conflictos laborales, lenguaje que desde el inicio de la lucha sindical con mayor o menor acierto, ha venido siendo siempre el mismo*". El límite a la libertad de expresión, sea o no en Internet, estaría en "*un lenguaje vejatorio o insultante que exceda los límites de lo usual en el marco del activismo sindical*". Si bien "*el lenguaje es desabrido y disgusta, y serían deseables mejores cauces y formas de expresión*", no se puede ignorar que "el

⁸⁹³ LÓPEZ ORTEGA, Juan José: "Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en Internet". *Cuadernos de derecho judicial*. N.º 10. 2001. Pág. 121.

⁸⁹⁴ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 23 de julio de 2003, rec. N.º 2037/2003 (AS 2003\2621).

pluralismo y la tolerancia, la esencia de la democracia, debe tolerar tales usos en las relaciones laborales colectivas y sindicales, caracterizadas por la crítica ácida y la gramática dura".

También a través de Internet, cabe realizar críticas en portales habilitados para crear opiniones de los usuarios, *web-sites* en los que se crean foros de opinión, encuestas de servicios, que suelen ser de acceso libre, anónimo o bajo seudónimo, creados por terceros, y claro está, un escaparate al que los trabajadores pueden acceder para exponer sus opiniones o críticas.

En estos casos, la solución no puede ser única. Dependerá de cada caso, del grado de implicación del trabajador en su crítica y de su finalidad, de las expresiones realizadas, y en los casos de denuncias ante este tipo de escaparates, de la certeza de las acusaciones proferidas. El principio de la buena fe debe presidir la relación laboral, y bajo el mismo, debe caber el ejercicio de opinar o relatar determinada información que afecte a la empresa. Pero ello debe tener un límite, y este límite no puede transgredir el insulto, la calumnia, la denuncia falsa de un hecho o la acusación infundada.

La mayor repercusión pública que se obtiene en la red ha sido considerada equiparable a la libertad de expresión a través de los medios de comunicación tradicionales, como la prensa o los medios de comunicación⁸⁹⁵. Ahora bien, la evolución tecnológica y los hábitos del mercado, pueden causar un daño muy superior que los medios tradicionales. Y ello no por la difusión mayor o menor, sino por la propia política de marketing que el mercado está construyendo y en la que participan los propios consumidores.

Hoy día, un restaurante, un taller de reparación de vehículos, una empresa de servicios en la que el comercio electrónico es la principal fuente de ingresos por ventas, puede quedar muy dañado por las opiniones de consumidores o de terceros, en páginas creadas a tal objeto. Cada usuario puede puntuar una empresa o un servicio, añadiendo su opinión, de forma que potenciales clientes tienen cada vez más en cuenta estas opiniones, lo que puede afectar directamente a la compra o contratación del servicio. Existen páginas *web* especializadas en el sector, que permiten conocer la empresa, así como sus características y la valoración de usuarios.

Por ello, quizás debería tenerse en cuenta la buena fe del trabajador, cuando su intención es dar a conocer un hecho, o una reivindicación laboral o sindical, pero también la mala fe, cuando la intención es anular, no solo el prestigio de la institución, sino la compra o el servicio, a raíz de comentarios tendenciosos.

De esta forma cabe que el derecho a la libertad de expresión de un trabajador prime sobre el derecho al honor de otra persona, que puede ser física o jurídica y que puede tener como titular la empresa. Para ello, es necesario que la difusión de la información veraz lícitamente aprehendida se realice de acuerdo al parámetro de la buena fe. De acuerdo al art. 7.2 del Código Civil, toda información veraz difundida que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en las que se realiza,

⁸⁹⁵ SÁNCHEZ TORRES, Esther: "El ejercicio de la libertad de expresión de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías", en: DEL REY GUANTER, Salvador (Director) y LUQUE PARRA, Manuel (Coord.): "*Relaciones laborales y nuevas tecnologías*". Ed. La Ley. Madrid. 2005. Pág. 148.

donde cabe incluir los canales de comunicación a través de Internet, sobrepase manifiestamente los límites normales del derecho a comunicar y a recibir información, afectando al honor de una persona o empresa, dará lugar a responsabilidad, que en el ámbito laboral es susceptible de falta disciplinaria y en el ámbito civil dará lugar a la correspondiente indemnización⁸⁹⁶.

Sin embargo, la implantación de las redes sociales y el éxito de determinados mensajes recogidos y difundidos por personas normalmente anónimas, está provocando una influencia más allá de su inicial voluntad, sobre todo cuando llegan a ser "*trending topic*", por la gran difusión que adquieren. Y es que, la opinión de un desconocido puede ser tenida en cuenta por millones de personas en un segundo, que a su vez, opinan, responden y difunden incorporando sus propios comentarios⁸⁹⁷.

Pero para entender la influencia de este hecho, cabe añadir uno de los muchos casos reales que no solo llegan a los tribunales, sino que han tenido eco en la prensa, por la gran repercusión mediática. Es el caso del despido "*fulminante*" del "*Community Manager*" de la empresa "*Ballantine's*"⁸⁹⁸.

El relato de los hechos se inicia con el apoyo del responsable de la cuenta de "*Twitter*" de *Ballantine's* al Real Madrid Club de Fútbol, entidad deportiva de la que esta marca de whisky no es patrocinadora, a través del perfil oficial de la compañía antes de un partido fútbol. Concretamente, escribió: "*Contando las horas para el partido de mañana en Turín. Hala Madrid!*" El perfil donde insertó el comentario, aparentemente inocuo, identificaba a la marca *Ballantine's España*.

Pero el *tweet* provocó el enfado de multitud de seguidores de otros equipos, especialmente de los del Club Atlético de Madrid y del Fútbol Club Barcelona, los grandes rivales del "*equipo blanco*". El *hashtag* "*#BoicotABallantines*" se convirtió en "*trending topic*" y dejó comentarios como estos: "*Quien hace daño al @Atleti se convierte en mi enemigo. #BoicotABallantines*", "*Es que hay que ser tonto para perder clientela de esta forma #BoicotABallantines*" o "*#BoicotABallantines pido a todos los atléticos que no beban jamás ballantines aunque sea la última gota de alcohol que quede en la tierra*".

Ante este aluvión de menciones negativas, *Ballantine's* despidió a su responsable en esta red social cuatro horas después del polémico "*tuit*". Lo anunció con este comunicado oficial, a través de *Twitter*: "*Ballantine's lamenta profundamente los últimos tweets publicados desde su cuenta y quiere pedir disculpas a todos los atléticos y*

⁸⁹⁶ Siguiendo el argumento de ESPINAR VICENTE, José María: "La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor", en GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (Coord.): "*Estudios sobre el derecho a la intimidad*". Ed. Tecnos, Madrid. 1992. Pág. 58.

⁸⁹⁷ Un "*trending topic*" muestra las tendencias o temas del momento. Nos muestra de qué están "*hablando*" los seguidores en una red social. *Twitter* destaca sus "*trending topic*" y el usuario incluso puede seleccionar el enlace que dice "*cambiar*" para ver tendencias en otros lugares. Los temas del momento tienen su origen en los "*hashtag*", etiquetas precedidas por la almohadilla (#) que sirven para organizar "*tweets*" sobre un tema concreto en *Twitter*. Lo que en principio era una clasificación de las etiquetas más utilizadas terminó por convertirse en una radiografía de los asuntos más debatidos, aunque no fueran etiquetas.

⁸⁹⁸ "*¿Despedido por madridista o arriesgada campaña viral?*". Diario "El Mundo", de 5 de mayo de 2015. Disponible en: <http://www.elmundo.es/enredados/2015/05/04/5547dde1e2704ee86e8b457f.html>

amantes del fútbol en general. Por tal razón, hemos decidido prescindir de los servicios de nuestro community manager”.

Seguramente no hubo mala fe en la publicación del *tweet*, ni tampoco consta que la empresa hubiera dictado instrucciones a sus empleados sobre la forma de llevar a cabo el marketing de la compañía en las redes sociales. Sin embargo, el perjuicio causado, la respuesta social y la gran difusión que amenazaba las ventas del producto elaborado por la compañía, provocaron, al cabo de cuatro horas, el despido del trabajador.

Este y otros hechos, cada vez más frecuentes, aconsejan a las empresas establecer políticas de uso de medios tecnológicos, códigos deontológicos y medidas específicas de información y formación previa a los empleados sobre la importancia de actuar conforme a los valores de la compañía y las consecuencias de su posible incumplimiento. A través de este deseable marco de certidumbre, además de evitar graves riesgos, se establecería el espacio y la forma en que el trabajador, sometido al poder de dirección, podría ejercitar sus derechos sin causar perjuicios en los de la empresa, justificando las medidas bajo los principios de buena fe y proporcionalidad.

2. EL "RENACIMIENTO" DE UN "ANTIGUO" DERECHO, "NUEVO" EN INTERNET: EL DERECHO AL OLVIDO.

2.1. PLANTEAMIENTO Y ANTECEDENTES DEL DERECHO AL OLVIDO.

2.1.1 ¿Por qué no se planteó el derecho al olvido tras la invención de la imprenta y sin embargo, es una demanda social tras la aparición de Internet?

A lo largo de la historia de la humanidad la transmisión de conocimientos, o si se prefiere, de la información, tanto de una persona a otra como de una generación a la siguiente, ha sido acorde a los medios existentes en cada momento. El hecho de dejar constancia de las evidencias ocurridas en un momento histórico, ha sido objeto de estudio para filósofos, historiadores, científicos y todo tipo de inventores, científicos, escultores o pintores, que a su forma y entendimiento se preocupaban de que su existencia fuera recordada en los tiempos venideros.

La posibilidad de disponer de la información (o la sabiduría), siempre se ha identificado con el poder, por lo que la conservación del soporte en el que se custodia la información ha despertado desde el inicio de los tiempos un gran interés. Las bibliotecas han ido conservando los libros y antiguos escritos, sobre los que incluso manualmente, se desarrollaban las copias, que aseguraban la subsistencia de la obra y la difusión de su conocimiento. Determinados libros han sido venerados y otros, incluso prohibidos y destruidos.

Fruto del afán por la difusión del conocimiento, surge uno de los inventos determinantes de la historia de la humanidad: La imprenta. La introducción de nuevos medios no produjo el abandono de los más antiguos, sino que éstos coexistieron e interactuaron con los recién llegados: Los manuscritos siguieron siendo importantes en la era de la imprenta, así como los libros y la radio en la era de la televisión. Es preciso considerar los medios como un sistema en constante cambio, en el que diferentes

elementos desempeñan papeles más o menos importantes⁸⁹⁹.

El año 1450 es aproximadamente el momento en que se inventa en Europa una prensa para imprimir, probablemente por obra de Johann Gutenberg de Maguncia, inspirado en las prensas de uva de su Renania natal que emplea tipos metálicos móviles. Samuel Hartlib, europeo oriental exiliado en Gran Bretaña que brindó apoyo a muchos programas de reforma social y cultural, escribió en 1641 "*el arte de imprimir extenderá el conocimiento de que si la gente común es consciente de sus derechos y libertades, no será gobernada con opresión*"⁹⁰⁰.

Pero la imprenta tuvo también a sus detractores. Según estas teorías, el alfabeto y la imprenta han dado lugar a culturas que han ido alejando progresivamente al hombre de la naturaleza con consecuencias nefastas para la humanidad. Walter ONG sostiene que el desarrollo de la escritura y la imprenta fomentó la ruina de las sociedades feudales y el alza del individualismo. La imprenta y la escritura crearon al pensador aislado, al hombre del libro, degradando los lazos de lealtad personal que las culturas orales favorecieron como raíces de la comunicación y como principios de la cohesión social⁹⁰¹.

Según McLUHAN, los medios tecnológicos son entendidos como herramientas que extienden las habilidades humanas, del mismo modo que una bicicleta o un automóvil son una extensión de nuestros pies... la computadora sería una extensión de nuestro sistema nervioso central. Respecto a la imprenta, entendió que violó la sagrada multiplicidad de todos los sentidos y obligó al hombre a recurrir a la vista a expensas de todos los demás canales sensoriales. A pesar de ello, McLUHAN está considerado como un visionario de la sociedad de la información⁹⁰². En esta línea afirma que toda tecnología tiende a crear un nuevo medio ambiente o "*galaxia*" que no funciona como mero receptáculo pasivo, sino por el contrario, opera como un proceso activo que da nueva forma tanto al hombre como a otras tecnologías⁹⁰³.

En los tiempos de la imprenta, algunos de los efectos que provocó su desarrollo, no son muy distintos a los que la sociedad de la información ha provocado, en términos políticos y sociales. En aquella época, para los clérigos, el problema básico estribaba en que, gracias a la imprenta, las personas con baja posición en la jerarquía social y cultural estaban en condiciones de estudiar los textos sagrados por sí mismas en lugar de depender de lo que les decían las autoridades. Para los gobiernos, las consecuencias de la imprenta no ofrecían motivo alguno de celebración. "*Oh, Imprenta! ¡Cuánto has perturbado la paz de la humanidad!*", escribió en 1672 el poeta inglés Andrew Marvell

⁸⁹⁹ BRIGGS, Asa y BURKE, Peter: "*De Gutenberg a Internet. Una historia social de los medios de comunicación*". Ed. Taurus. Madrid. 2002. Pág. 15.

⁹⁰⁰ BRIGGS, Asa y BURKE, Peter: "*De Gutenberg a Internet. Una historia social de los medios de comunicación*". Ed. Taurus. Madrid. 2002. Págs 27 y 29.

⁹⁰¹ Véase ONG, Walter: "*The presence of the world*". Yale University Press, 1967.

⁹⁰² Véase McLUHAN, Marshall y FIORE, Quentin: "*El medio en el mensaje*". Ediciones Paidós, Ibérica S.A. Barcelona 1987.

⁹⁰³ McLUHAN, Marshall: "*La Galaxia Gutenberg (Génesis del Homo Typographicus)*". Ed. Aguilar. Madrid, 1972. Pág. 7.

(1621-1678)⁹⁰⁴.

Para continuar con el argumento que nos ha de llevar a la revolución tecnológica que ha supuesto Internet en el sector editorial, es preciso hacer hincapié, siguiendo con la evolución de la imprenta, en que a medida que los libros se multiplicaban, las bibliotecas tuvieron que ser cada vez más grandes. Y a medida que aumentaba el tamaño de las bibliotecas, se hacía más difícil encontrar un libro determinado en los estantes, de modo que comenzaron a ser necesarios los catálogos. Durante varios siglos, las distintas obras se han sistematizado aprovechando la evolución de la técnica, pero el formato del libro, seguía siendo en papel.

Además, a diferencia de lo que ocurrirá más tarde con Internet, la imprenta no parece cambiar la tipología intelectual tradicional, ya que es solo una secuencia del manuscrito. El libro físico, sigue siendo libro y el efecto visual, la imagen lectora, no aporta ninguna novedad más allá que la de facilitar su accesibilidad⁹⁰⁵.

En este sentido, merece la pena comentar un acto menor recogido por la prensa en 1983, a consecuencia del seminario denominado "*Liber 83*" dedicado a edición electrónica y nuevos medios. En dicho acto, dedicado al avance tecnológico en el sector editorial, se promulgaron las siguientes frases, referidas a la necesidad de adaptación a los nuevos métodos de edición por parte de la industria del libro: "*Nuestro gran aliado está en los nuevos medios de impresión*" (Javier Solana, Ministro de Cultura). "*Guste o no guste, los cambios están ahí y frente a ellos se mantienen resistencias que son secuelas del pensamiento ya caduco (...) por las que son muchos los que siguen creyendo que el peligro cultural está en el medio (en la tecnología) y no en el contenido. No hay cultura viva a espaldas de la cultura tecnológica*" (Juan Cueto, ensayista). "*Esta revolución industrial no viene a matar nada y, desde luego, no es una amenaza para el libro, sino todo lo contrario, porque ayudará y liberará a éste de tareas rutinarias ante las que se ha convertido en un instrumento ya sobrecargado. Parafraseando a Hegel: Cuando la humanidad lo necesita, la técnica comparece*" (Raúl Rispa, apoderado de la editorial Salvat)⁹⁰⁶. Desde luego, nadie se imaginaba la evolución hacia el libro digital que la tecnología iba a deparar en unos pocos años.

Las técnicas tradicionales adquirieron una gran importancia con la imprenta, pero ha sido con la revolución tecnológica del siglo XX y sobre todo a raíz de Internet cuando se ha puesto a disposición de las personas la posibilidad de acceder en tiempo real a información y conocimiento a nivel mundial. Hoy en día es posible obtener información en cualquier momento, con independencia de la fecha en la que se haya generado o publicado el dato y es posible obtenerla desde cualquier lugar, con independencia de la mayor o menor lejanía geográfica.

⁹⁰⁴ BRIGGS, Asa y BURKE, Peter: "*De Gutenberg a Internet. Una historia social de los medios de comunicación*". Ed. Taurus. Madrid. 2002. Pág. 30.

⁹⁰⁵ ARROYAL ESPIGARES, Pedro y MARTÍN PALMA, M^a Teresa: "Humanismo, Escritura e Imprenta". *Baética. Estudios de Arte, Geografía e Historia* (Univ. de Málaga). N.º 15. 1993. Pág. 238.

⁹⁰⁶ En "Editores y Administración están obligados a participar en la tercera revolución industrial". Diario "*El País*" de 9 de octubre de 1983. Disponible en: http://elpais.com/diario/1983/10/09/cultura/434502003_850215.html.

Y es que cabe afirmar que los grandes cambios sociales, económicos o culturales han estado siempre acompañados, cuando no precedidos, por nuevos modos o formas de comunicación⁹⁰⁷.

Pues bien, una de las novedades fundamentales que implica la aparición de Internet, en lo que a medio de publicación se refiere, es que a lo largo de la historia de la humanidad guardar la información y transmitirla siempre ha sido caro y, por tanto, algo limitado. Pero en la era digital esa relación se ha invertido: Grabar, guardar, almacenar información es muy barato y, por contra, borrar información exige dedicación, tiempo y dinero. Hoy, la información personal se almacena masivamente y es fácilmente accesible para cualquiera con sólo tener un terminal de acceso a Internet⁹⁰⁸.

Y es en este contexto en el que aparece el derecho al olvido, que como nuevo derecho adquiere su razón de ser en el entorno digital⁹⁰⁹. Si bien, nadie hasta ahora se había imaginado en arrancar una página de un libro o de un periódico, porque contiene una información que no es deseable y que puede afectar al honor, a la intimidad o a la propia imagen de la persona, surge ahora el reclamo a "*manipular*" lo ya escrito hasta hacerlo desaparecer. El derecho a controlar la propia información contenida en un medio accesible al resto de la sociedad, ya no por un catálogo, sino en un buscador que de forma inmediata localiza toda la información disponible, ha surgido como medio de defensa a la tecnología. Pero el derecho a saber y a estar informados sobre todo asunto de interés general no abarca a cualquier dato personal que voluntariamente o no haya sido hecho público por un particular en el marco de sus relaciones personales y sociales⁹¹⁰.

2.1.2 Antecedentes del derecho al olvido.

A pesar de que el derecho al olvido ha surgido con fuerza con la llegada de Internet, no es un derecho nuevo. Esta situación ya se ha planteado fuera de la era digital, en aquellos casos en que los antecedentes de una persona, podían perjudicar su reputación o buen nombre, o incluso, llegar a formar parte de su intimidad.

Los ejemplos más claros son el de los antecedentes penales y la publicidad de las sentencias que contienen los datos del condenado, de las víctimas o de los testigos. Son circunstancias que, sin duda, afectan a la dignidad humana y al desarrollo de la personalidad⁹¹¹.

⁹⁰⁷ ARROYAL ESPIGARES, Pedro y MARTÍN PALMA, M^a Teresa: "Humanismo, Escritura e Imprenta". *Baética. Estudios de Arte, Geografía e Historia* (Univ. de Málaga). N.º 15. 1993. Pág. 227.

⁹⁰⁸ HERNÁNDEZ RAMOS, Mario: "*El derecho al olvido digital en la web 2.0*". Cuaderno Red de cátedras Telefónica N.º 11. Cátedra Telefónica Universidad de Salamanca. Mayo 2013. Págs. 7-8. Disponible en: http://catedraseguridad.usal.es/sites/default/files/files/CUADERNO_11_DERECHO%20OLVIDO.pdf

⁹⁰⁹ HEREDERO CAMPO, M.^a Teresa: "Evolución tecnológica y derecho al olvido digital, desde sus inicios a la actualidad", en APARICIO VAQUERO, Juan Pablo y BATUECAS CALETRÍO, Alfredo (Coords.): "*En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*". Ed. Comares. Granada, 2015. Pág. 77.

⁹¹⁰ RALLO LOMBARTE, Artemi: "*El derecho al olvido en Internet. Google versus España*". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales". Madrid, 2014. Págs. 26-27.

⁹¹¹ SIMÓN CASTELLANO, Pere: "*El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE*". Ed.

El propio art. 136 CP establece, en las condiciones y circunstancias que se determinan, que *"los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales"*. Ello impide que la condena despliegue otros efectos jurídicos, bajo el principio de reinserción social y recuperación de todos sus derechos, sin que dichos antecedentes puedan ser motivo de discriminación.

En este sentido, en relación con la comunicación por parte de las autoridades públicas de los antecedentes penales de una persona, el TEDH afirma que, a pesar de que la información sobre una sanción penal es pública, *"su almacenamiento sistemático en archivos centrales implica la posibilidad de que se revele mucho después de los hechos, cuando todos, salvo la persona afectada, los hayan posiblemente olvidado"*. Por ello, concluye el Tribunal, *"cuando la condena o la medida penal es lejana en el pasado, viene a formar parte de la vida privada de una persona que debe ser respetada"*⁹¹².

En cuanto a la publicidad de las sentencias, el conocimiento público de las condenas penales indefinidamente es difícilmente compatible con la necesaria preservación del libre desarrollo de la personalidad en la sociedad y con la reinserción. La propia CE, en su art. 120, prevé que las actuaciones judiciales serán públicas y las sentencias se pronunciarán en audiencia pública. Sin embargo, una vez cumplido este principio en el sentido de transparencia del ejercicio de la justicia, las sentencias se anonimizan cuando pudieran afectar a la intimidad de las partes⁹¹³. El art. 266 LOPJ establece que *"las sentencias, una vez extendidas y firmadas por el juez o por todos los Magistrados que las hubieren dictado, serán depositadas en la Oficina judicial y se permitirá a cualquier interesado el acceso al texto de las mismas. El acceso al texto de las sentencias, o a determinados extremos de las mismas, podrá quedar restringido cuando el mismo pudiera afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda, así como, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes"*.

Ahora bien, estando asentada la doctrina sobre la posible afección que el conocimiento de hechos delictivos veraces puede tener para el autor de un delito, sorprende sin embargo, el escaso interés por como algunos aspectos del proceso penal u otro proceso, pueden afectar a la víctima, y en concreto, a su honor e intimidad. Algo parecido ocurre con los testigos, a pesar de contar con una normativa que sin embargo, no siempre cubre las necesidades de aquellas personas que han sido objeto, por ejemplo, de trata de seres humanos, agresiones sexuales o delitos relacionados con la prostitución⁹¹⁴.

Bosch. Barcelona, 2015. Pág. 179.

⁹¹² STEDH de 13 de noviembre de 2012, caso M.M c. Reino Unido, § 188.

⁹¹³ GUICHOT REINA, Emilio: "La publicidad de datos personales en internet por parte de las administraciones públicas y el derecho al olvido". *Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º 154. Mayo-agosto 2008. Pág. 28.

⁹¹⁴ Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales (BOE de 24 de diciembre).

En el fondo existe un conflicto entre, por un lado, las necesidades de asegurar la condena de los autores de la comisión de un delito con todas las garantías y con la obtención de todas las pruebas necesarias para cumplir con los principios básicos del Estado de derecho y, por otro lado, el deber del Estado de garantizar la seguridad, intimidad, dignidad y desarrollo personal de la víctima que testificará en el proceso⁹¹⁵.

El TC ha entendido, en términos generales, que no queda afectado el derecho al honor de la víctima porque se revele su identidad, más allá de la afección al derecho a la intimidad. Ahora bien, las consecuencias que el propio TC menciona, dan buena cuenta del perjuicio que puede sufrir una víctima de un delito cuya identificación conlleve su escarnecimiento, humillación o desmerecimiento en la consideración ajena. "*Repugna a los valores y principios inspiradores de nuestro ordenamiento constitucional admitir que quien, como aquí sucede, ha podido ser sujeto pasivo de cuatro delitos de violación y dos de abusos deshonestos, cometidos por su propio padre, pueda padecer, además, estigmatización alguna a resultas de la divulgación de tal circunstancia*" (STC 127/2003, de 30 de junio, FJ 6º).

A la vista de los efectos perniciosos que la tutela judicial puede provocar en la víctima de un delito o a cualquiera de las partes de un proceso cuyas especiales circunstancias pueda ocasionarles un perjuicio en su derecho a la intimidad a causa de la publicidad de las sentencias, el Pleno del TC ha emitido un Acuerdo de 23 de julio de 2015, por el que se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales⁹¹⁶.

Este Acuerdo, que entra en vigor a la fecha de su publicación (sin perjuicio de aplicarse a los procesos iniciados antes de su entrada en vigor), prevé que las resoluciones judiciales del TC preservarán de oficio el anonimato de los menores y personas que requieran un especial deber de tutela, así como de las víctimas de delitos de cuya difusión se deriven especiales perjuicios, alcanzando incluso a personas que no estén constituidas en parte en el proceso constitucional. En el resto de casos, el TC podrá excepcionar, de oficio o a instancia de parte, la exigencia constitucional de publicidad de sus resoluciones (art. 164 CE), en lo relativo a los datos de identidad y situación personal de las partes intervinientes en el proceso.

A estos efectos, si una parte estimase necesario que, en un asunto sometido al conocimiento del TC, no se divulgue públicamente su identidad o situación personal, deberá solicitarlo en el momento de formular la demanda o en el de su personación, exponiendo los motivos de su petición. El TC accederá a la petición cuando, a partir de la ponderación de circunstancias debidamente acreditadas concurrentes en el caso, la estime justificada por resultar prevalente el derecho a la intimidad u otros intereses constitucionales.

De esta forma, el TC en sus resoluciones, sustituirá la identidad de la persona por

⁹¹⁵ SERRA CRISTÓBAL, Rosario: "Intimidad de la víctima en el proceso. Un ejemplo en la mujer víctima de la trata", en BOIX REIG, Javier y JAREÑO LEAL, Ángeles (Coords.): "*La protección jurídica de la intimidad*". Ed. Iustel. Madrid, 2010. Pág. 254.

⁹¹⁶ BOE de 27 de julio de 2015.

sus iniciales, omitiendo además los datos que permitan su identificación. Este Acuerdo supone una excepción a la publicación íntegra de las sentencias del TC, pero supone un alivio para aquellas personas afectadas cuyos nombres figuran en las sentencias y que han de soportar la indexación de dicha resolución en los motores de búsqueda de Internet, lo que provoca su pervivencia en el tiempo y la asociación de la sentencia y de todo lo que allí se recoge, a su identidad en Internet.

Tampoco se puede obviar un supuesto de publicidad contrario a los derechos de la persona responsable de un delito, pero que sin embargo ha sido indultada. La propia normativa reguladora del indulto, prevé la publicación de la identidad de la persona que ha cometido un delito, así como del delito mismo. Si los antecedentes penales no deben ser públicos, habiéndose rehabilitado el delincuente, el indultado, tampoco tendría que soportar la carga de sus hechos, una vez que ha tenido lugar la medida de gracia.

Sin embargo, la Ley de 18 de junio de 1870⁹¹⁷, por la que establecen reglas para el ejercicio de la gracia del indulto, prevé en su art. 30 que la concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará mediante RD, que se insertará en el "*Boletín Oficial del Estado*". De acuerdo con esta norma de hace dos siglos es posible conocer el nombre del indultado, los delitos cometidos y las penas impuestas. La finalidad de la publicación no es más que la formalización del acto provocador de sus efectos jurídicos, promoviendo la máxima difusión de un acto de gracia⁹¹⁸.

No parece que haya un especial interés público en sacar del anonimato a quien ha sido indultado. Tampoco parece coherente la medida de gracia con la condena de por vida a que su nombre y sus hechos aparezcan en el BOE, indexados en los motores de búsqueda de Internet. Los efectos que esta publicación pueden ocasionar en el desarrollo y participación de la vida social del individuo en todos sus planos es enorme: En el plano de las relaciones personales, en el trabajo o en el desempeño de sus derechos. La carga que supone conocer unos antecedentes por los que alguien fue indultado no se corresponden con la proporcionalidad que debe guiar el derecho a la información con el derecho a la intimidad. Podría incluso cuestionarse si puede ser preferible renunciar al indulto a ser indultado con conocimiento público⁹¹⁹.

Ahora bien, existen otros casos en los que al contrario de plantearse la reserva de los datos personales, o el derecho al olvido, lo que se pretende es, precisamente, la publicidad de las sanciones, tanto administrativas como penales en distintos ámbitos de los que se predica una especial protección y, que con carácter al menos disuasorio, cuando no sancionador, se ordena su publicación en los Boletines oficiales. Así sucede en el sector financiero, en materia de PRL, respecto de las sanciones cometidas por los altos cargos, o en materia de fraude fiscal, donde se ha observado la eficacia de este tipo de medidas en relación con la finalidad perseguida.

⁹¹⁷ BOE (Gazeta) de 24 de junio de 1870.

⁹¹⁸ RALLO LOMBARTE, Artemi: "*El derecho al olvido en Internet. Google versus España*". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales". Madrid, 2014. Pág. 95.

⁹¹⁹ GUICHOT REINA, Emilio: "La publicidad de datos personales en Internet por parte de las administraciones públicas y el derecho al olvido". *Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º 154. Mayo-agosto 2008. Pág. 29.

Así, por ejemplo, la LO 10/2015, de 10 de septiembre⁹²⁰, introduce un nuevo art. 235 ter en la LOPJ, que reconoce el carácter público del acceso al fallo de las sentencias condenatorias firmes en materias especialmente relevantes para el control fiscal: Delitos contra la Hacienda Pública, delitos de insolvencia punible (cuando el acreedor sea el erario público) o delitos de contrabando, permitiendo en estos supuestos el acceso público a determinados datos personales del condenado o del responsable civil.

Este acceso público se efectuará mediante la publicación en el BOE de un extracto del fallo condenatorio que contenga únicamente los datos que permitan la identificación del proceso, del condenado y del responsable civil, el delito, así como la pena y la cuantía de la responsabilidad civil impuesta. De este modo quedan plenamente salvaguardados los derechos a la protección de datos de otras personas que hubieran podido participar en el proceso, pero que no resulten afectadas por la condena, limitando el ámbito de la publicidad a lo estrictamente necesario para cumplir con la finalidad perseguida.

Por último, tampoco cabe olvidar la creación de determinados registros de aquellas personas condenadas por la comisión de determinados delitos⁹²¹ (Registro central de Protección a las Víctimas de Violencia Doméstica, o el Registro Central de Delincuentes sexuales). Estos registros permiten acreditar que un sujeto que va a desarrollar profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores, no hayan sido condenados por delitos relacionados⁹²².

Todos estos antecedentes plantean la existencia de un “*derecho a equivocarse y volver a empezar*”, donde la permanente memoria digital es incluso más fuerte que la memoria colectiva y que, coexiste y respeta la reinserción social del delincuente, en coherencia con el principio de proporcionalidad y el respeto a la dignidad de la persona⁹²³. ¿Acaso el individuo no tiene derecho en el mundo *on line* a borrar los errores del pasado?⁹²⁴

2.1.3 El derecho al olvido en Internet.

Con la expresión “*derecho al olvido*”, nos referimos a la facultad de solicitar y obtener la eliminación de una determinada información sobre nosotros mismos, o sobre algún aspecto de nuestra vida que si bien, ha sido de conocimiento público en algún momento, o a cuya información ha tenido acceso un determinado grupo de personas, nos oponemos a que siga siendo accesible a otras personas, por razones de privacidad.

⁹²⁰ Ley Orgánica 10/2015, de 10 de septiembre, por la que se regula el acceso y publicidad de determinada información contenida en las sentencias dictadas en materia de fraude fiscal (BOE de 11 de septiembre).

⁹²¹ RD 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia (BOE de 7 de febrero).

⁹²² En cumplimiento de la Ley 26/2015, de 28 de julio (BOE de 29 de julio), que modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, dando redacción al art. 13.5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor.

⁹²³ SIMÓN CASTELLANO, Pere: “*El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE*”. Ed. Bosch. Barcelona, 2015. Pág. 292.

⁹²⁴ RALLO LOMBARTE, Artemi: “*El derecho al olvido en Internet. Google versus España*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales”. Madrid, 2014. Pág. 28.

Este derecho, que puede afectar al contenido que figura en un registro o archivo accesible al público, ha encontrado en Internet, por la propia naturaleza de la red, el lugar típico para su ejercicio, ante los riesgos derivados del propio funcionamiento del sistema o plataforma. En una sistematización más o menos abierta, cabe apreciar conflictos entre el carácter público y privado de la información, en los siguientes ámbitos:

- La publicación por las distintas administraciones públicas en los correspondientes boletines oficiales de actos administrativos que identifican a una persona. Si bien el principio de publicidad rige ciertas actuaciones administrativas, su permanencia puede producir efectos no deseables falseando la realidad presente o desprestigiando de por vida a una persona.

La publicación en boletines oficiales responde al principio de transparencia, con el fin de dar una información útil a los ciudadanos, de forma que posibilita el conocimiento y el control de la actuación pública. La Ley 30/1992⁹²⁵ es deficitaria a la hora de limitar la transparencia con el derecho a la intimidad y a la protección de datos⁹²⁶. En ocasiones la publicación no resulta proporcionada de acuerdo a los intereses del administrado, pues la transparencia implica el conocimiento ajeno de aquello que el individuo desea mantener en el ámbito privado.

Mención aparte merece el tema de las infracciones penales y administrativas. La LOPD engloba los datos relativos a estas infracciones dentro de la categoría de datos especialmente protegidos y la Ley 19/2013, de Transparencia⁹²⁷ prevé la salvaguarda del derecho a la protección de datos al regular el derecho de acceso a la información pública. De esta forma el acceso únicamente se podrá autorizar en caso de que se cuente con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso.

- La publicación de noticias por los distintos medios de comunicación. Las noticias de interés público conforman la opinión pública libre en una sociedad democrática, pero pueden acabar presentando una imagen falsa de las personas a las que afectan o incluir contenidos desproporcionados o incompletos.
- La exposición pública en un medio (sobre todo en Internet) de la opinión formulada en el ejercicio de la libertad de expresión, cuando afecta o identifica a una persona, que puede ser la misma que emite el juicio u otra distinta.

⁹²⁵ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE de 27 de noviembre). En su art. 3.5 establece que "*En sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación*" y en su art. 37 regula el derecho de acceso a la información pública, archivos y registros en los términos y con las condiciones establecidas en la Constitución, en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y demás leyes que resulten de aplicación.

⁹²⁶ GUICHOT REINA, Emilio: "La publicidad de datos personales en internet por parte de las administraciones públicas y el derecho al olvido". *Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º 154. Mayo-agosto 2008. Pág. 20.

⁹²⁷ Art. 15 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (BOE de 10 de diciembre).

- La falta de control de los usuarios, de su perfil o de la información pública en las redes sociales, con carácter abierto. Los usuarios, lejos de asumir responsabilidad en el control sobre su información, la diseminan en una especie de autobiografía permanente en las redes sociales. Esta falta de control se extiende al ámbito temporal, pues los datos pueden quedar en un estado de latencia, a disposición de todos los usuarios "*sine die*".
- La imagen corporativa de una persona física o jurídica que a su vez aparece ligada a otras personas involucradas en un proyecto común, bajo un vínculo que, relacionado o no con el negocio en sí, determina unas relaciones de dependencia o de subordinación que reduzcan la capacidad del consentimiento libre del afectado.

El ejemplo más típico es el del contrato de trabajo y el supuesto más común, la identificación del trabajador con el proyecto de la empresa, como activo que forma parte de la organización (y que puede incluir, desde el nombre, los datos o la imagen del trabajador, hasta incluso vídeos en soporte audiovisual expandidos por las redes sociales).

- Los buscadores de Internet, que aunque desempeñan un papel neutral y no responden de los contenidos publicados por terceros, contribuyen a sistematizar la información disponible para ponerla a disposición de cualquiera que realice una búsqueda sobre un término vinculado a una persona o colectivo.

La posibilidad de que toda la información anterior no se incluya (o indexe) en los buscadores de Internet, o al menos dependa de la voluntad de su titular, es una medida que contribuiría a garantizar el derecho a la protección de datos. Al menos, debe realizarse una ponderación de los derechos en conflicto. La transparencia y la intimidad en su versión de la protección de datos.

De esta forma, esta información que no es eliminada en origen, ofrecerá una biografía digital que no tiene por qué corresponderse en absoluto con la realidad concreta y actual del individuo⁹²⁸.

2.1.4. Claves para encontrar una aguja en un pajar: Los buscadores de Internet.

Una de las características de Internet es que la información alojada en la *web* permanece a lo largo del tiempo. Ello no sería un problema si se tratara de una mera hemeroteca donde poder buscar datos o investigar la información tratada y ordenada, por ejemplo, por el medio que publicó dicha información, de modo que el resto de lo publicado, sin un orden concreto o en una página determinada, sería difícilmente accesible, si no se conoce la información de antemano.

Sin embargo, en un entorno en el que cualquiera puede expresarse, publicar información en forma escrita, visual y audiovisual, así como difundir aspectos de otras personas, es muy difícil conocer incluso lo que se dice de uno mismo. Para ello se han

⁹²⁸ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: "El derecho a la vida privada en España", en PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y BADÍA Y LIBERAL, Enrique (Coords.): "*El debate sobre la privacidad y seguridad en la red: Regulación y mercados*". Colección Fundación Telefónica. Ed. Ariel. Barcelona. 2012. Pág. 137.

creado herramientas fundamentales que permiten y facilitan el acceso y las búsquedas a la información en Internet. Se trata de los motores de búsqueda o "*buscadores*".

Los motores de búsqueda son herramientas puestas al servicio de los usuarios que permiten buscar cualquier tipo de información que interese de una persona o sobre una materia, en forma escrita, imágenes o vídeos. Localizan con rapidez toda la información, ordenada por criterios de búsqueda, de todo lo publicado a lo largo del tiempo. Los buscadores no tratan la información, solo la "*indexan*" y muestran enlaces de terceros.

En España, los buscadores de Internet son servicios de la sociedad de la información sujetos a la LSSICE, debiendo respetar el derecho a la protección de datos. Pero la supranacionalidad de estos servicios, dificulta la aplicación de la normativa nacional, pues el propio usuario puede acceder a un buscador localizado en otro país. De hecho, los datos son recabados sin tener en cuenta la nacionalidad de la persona o donde ésta se encuentre. Los buscadores trabajan con datos ya publicados, por lo que en principio podría argumentarse un consentimiento de quienes los introdujeron en la red o de sus titulares. Pero esto no es así. Los buscadores no filtran ni comprueban la conformidad del titular de la información. En estos casos confluye además el derecho a la información publicada por cualquier medio, la libertad de expresión y el hecho de que todo lo publicado esté sujeto a su vez a su "*redifusión*" por parte del resto de usuarios.

Los buscadores tienen la capacidad de crear perfiles de la persona que pueden ser explotados por un tercero, sin que el titular de la información sea consciente de ello. La información, además, se desactualiza con el paso del tiempo, con lo que los perfiles obtenidos pueden ser erróneos. A pesar del derecho a la protección de datos que permite la oposición e incluso la cancelación a los mismos, el problema se plantea cuando la página *web* que aloja la información no puede borrar los datos. Desde la dificultad de acceso a determinadas *web* ubicadas en cualquier país del mundo, hasta la imposibilidad legal de borrar datos amparados por entrar en conflicto con un derecho fundamental, o porque se trata de datos personales publicados en ediciones de periódicos, revistas, o boletines oficiales. Si la página *web* no puede borrar los datos, la única solución y como mal menor, es que la información se desindexe de los buscadores. De esta forma permanece, pero no podrá ser objeto de búsqueda, sino que solo podrá ser accesible a través de la página *web* donde esté ubicada. Y de esta forma, tampoco desaparece el riesgo, porque otra persona puede haber publicado la información en otra página *web*.

Por ello, los buscadores alegan que deben ser las páginas que incluyeron la información las que deberían satisfacer las demandas de cancelación y oposición de datos de sus legítimos titulares⁹²⁹. Al fin y al cabo, el buscador es solo un "*facilitador*" de búsqueda que no decide sobre la finalidad, contenido y uso de la información⁹³⁰.

A pesar de las ventajas que supone el hecho en sí de encontrar la información más completa sobre algo o sobre alguien, sin embargo, la red ocasiona algunos

⁹²⁹ HERNÁNDEZ RAMOS, Mario: "*El derecho al olvido digital en la web 2.0*". Cuaderno Red de cátedras Telefónica N.º 11. Cátedra Telefónica Universidad de Salamanca. Mayo 2013. Pág. 9. Disponible en: http://catedraseguridad.usal.es/sites/default/files/files/CUADERNO_11_DERECHO%20OLVIDO.pdf

⁹³⁰ MOYA IZQUIERDO, Sara y CRESPO VITORIQUE, Isabela: "Los motores de búsqueda y el derecho al olvido: Cuando la tecnología avanza más rápido que el Derecho". *Revista Aranzadi Unión Europea*. N.º 10/2014 (edición digital). BIB 2014\3604. Pág. 5.

enfrentamientos con otros derechos, fundamentalmente con los de la personalidad.

El hecho del paso del tiempo, la desactualización de la información, incluso aquella que puede llegar a ser errónea una vez vistos los acontecimientos posteriores, y que puede arrastrarse hasta la "*eternidad digital*" más allá incluso de la vida física de la persona, puede causar un perjuicio que condena al individuo a no redimir su responsabilidad por acontecimientos pasados.

Frente a ello, se encuentran los que defienden la gran oportunidad que supone Internet, para recopilar históricamente todo lo publicado, el acceso universal a la información y el derecho a conocer acontecimientos pasados, para comprender el presente y prevenir el futuro.

Así, el principal argumento en contra del reconocimiento del derecho al olvido es que posibilitaría borrar la historia, de forma que perjudicaría a las relaciones sociales, pues éstas se basan en la información de lo que unos tenemos sobre otros, impidiendo la reconstrucción de los hechos, la investigación y la labor periodística de difundir los sucesos acaecidos para informar a la sociedad.

Sin embargo, el derecho al olvido no debe ser un obstáculo para conocer la historia, sino que responde a una necesidad de los ciudadanos en defensa de sus derechos, para poder controlar la información sobre su vida digital, eliminando, o evitando la difusión de aquellos datos cuya accesibilidad permanente puede afectar a su honor, a su intimidad, a su vida social y, por supuesto, a su vida laboral.

En esta colisión de derechos surge el derecho al olvido digital, que requerirá la búsqueda de un equilibrio y ponderación para determinar en cada caso que derecho prevalece, bajo qué condiciones y en qué circunstancias.

Partimos por tanto del hecho de que los motores de búsqueda combinan la tecnología que facilita la búsqueda, con los contenidos albergados en la red. Una ingente cantidad de información, que independientemente de su procedencia, contexto y finalidad, son accesibles por cualquiera sin consideración de límites temporales ni espaciales⁹³¹.

Esa accesibilidad universal y temporalmente ilimitada a cualquier información o contenido sobre una persona está en la base de la reflexión sobre la necesidad de poner límites a la capacidad de la red de recordar todo y presentar en una suerte de presente continuo la vida digital de las personas. El derecho al olvido es la respuesta a la amenaza que supone para el libre desarrollo de la personalidad el almacenamiento permanente en Internet de información personal cuya difusión, pasado el tiempo, puede afectar negativamente a la persona, al producirse un desajuste entre el dato publicado y la realidad actual⁹³².

⁹³¹ SIMÓN CASTELLANO, Pere: "El régimen constitucional del derecho al olvido en Internet", en CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí; PEGUERA POCH, Miquel; PEÑA LÓPEZ, Ismael y VILASAU SOLANA, Mónica (Coords.): "*Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet*". Ed. UOC-Huygens (Actas del VII Congreso Internacional: Internet, Derecho y Política). Barcelona, 2011. Pág. 402. Disponible en: <http://edcp.uoc.edu/symposia/idp2011/proceedings/>

⁹³² MIERES MIERES, Luis Javier: "*El derecho al olvido digital*". Fundación Alternativas. Documento de trabajo 186/2014. Madrid. 2014. Pág. 6.

Este derecho al olvido parte de los aspectos temporales de Internet. En Internet cabe todo, independientemente de la información que cada día se añade. Todo queda en Internet, en contraposición a la memoria humana, e incluso a la memoria colectiva. Viviane REDING, comisaria europea que ha potenciado la necesidad de una modificación legislativa para salvaguardar con mayor eficacia la garantía de la protección de los datos personales, especialmente en Internet, declaró que "*Dios perdona y olvida, pero la web nunca*"⁹³³.

Gran parte de la información que se publica sufre modificaciones y alteraciones. Nuestros contactos, actividades, ocupaciones laborales o profesionales y nuestras aficiones cambian. Puede ser contraproducente e incluso, falsear la realidad, el acceso y disponibilidad de información obsoleta. Si bien es cierto que la información está vinculada a nuestro pasado, no por ello debe condicionar nuestro futuro, o al menos, no puede afectar a nuestro derecho a disponer de nuestra propia vida.

Todo ello ha llevado a proponer mecanismos de retirada de la información de los motores de búsqueda, e incluso de la *web*, cuando no represente ningún interés y no afecte a otros derechos, como el derecho de información o la libertad de expresión.

Sin embargo, este planteamiento no es pacífico. De una situación en la que se retiene todo sin límite temporal, podemos pasar a otra en la que esa gran ventaja de Internet, que es conocer los hechos pasados, desapareciera. El borrado de todos los datos y de la información, en algunos casos relevante, provocaría también fallos o defectos en relación a la eficacia de los derechos a la libertad de expresión y de información. De hecho, existen ya aplicaciones en las que la información publicada tiene fecha de caducidad, solución propuesta por algunos autores, entre ellos, MAYER-SCHÖNBERGER, quien acuñó el término "*derecho al olvido*" y firme partidario de que los archivos de datos contengan una fecha de caducidad⁹³⁴. De este modo, los textos, fotos e imágenes que se comparten en la *web*, solo se ofrecerían a la comunidad en un corto espacio de tiempo predeterminado.

El derecho al olvido plantea enormes retos y dificultades, ya desde su definición y configuración, su ámbito material y sobre todo su relación con el resto de derechos de otras personas, lo que puede derivar en una colisión de derechos, ya que no está en juego el derecho de un solo individuo, sino el de toda la comunidad.

⁹³³ REDING Viviane: "*Privacy matters – Why the EU needs new personal data protection rules*". Discurso pronunciado el 30 de noviembre de 2010, en calidad de Vicepresidenta de la Comisión Europea, responsable de Justicia derechos fundamentales y Ciudadanía. Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-700_en.htm

⁹³⁴ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor: "*Delete. The virtue of forgetting in the digital age*". Princeton University Press. Princeton, 2009. Pág. 171. Por su interés, se reproduce el contenido de la cita: "*Por milenios, lo difícil fue recordar y lo fácil, olvidar. Ahora la era digital cambió esto; la opción por defecto es conservar y memorizar. Google no olvida ni los contenidos ni las palabras que se usaron en una búsqueda. Sugiero una política para agregar a la información una fecha de expiración, como la fecha de vencimiento de la leche. Propongo que las personas puedan determinar una fecha de expiración de la información. Más aún, los archivos oficiales podrían programarse para que la información no caducara, si así lo quiere la sociedad. No me preocupa que la gente quiera guardar sus datos por largo tiempo reseteando manualmente la fecha de expiración, porque eso requerirá de una acción humana, suficiente para hacernos pensar cuánto queremos que dure nuestra información*".

Una sociedad sin memoria está condenada al fracaso, pero una sociedad que recuerde todos y cada uno de nuestros hechos, por insignificantes que sean, que tenga en cuenta cada información disponible, y que se nos juzgue por ella, por nuestra estupidez, por el menor de nuestros errores, es una sociedad condenada a la intolerancia, a la exclusión y a la discriminación⁹³⁵.

En esta línea, cabe recordar algunas palabras dedicadas por Pierre ROSSANVALLON a la legitimidad democrática, en el aspecto de la "*democracia reflexiva*", cuando se refiere a los derechos fundamentales como "*bienes públicos no rivales*", ya que "*todos pueden beneficiarse de ellos sin que nadie resulte privado de los mismos*". Y nunca mejor que ahora, en la confluencia de derechos entre el individuo y la comunidad, la siguiente observación: "[Los derechos] constituyen indisociablemente la ciudadanía del individuo, como la forma de pertenencia a la colectividad y la humanidad del hombre, como reconocimiento de la irreductible singularidad de cada uno". La comunidad, tanto real como virtual, implica que en los derechos "*se mezclan perfectamente el todo y las partes de la sociedad*". Por ello, "*su respeto implica que todas las voces sean escuchadas, que todos los márgenes sean considerados*"⁹³⁶.

2.2. LA CONFIGURACIÓN PROPIA DE UN DERECHO AL OLVIDO.

2.2.1 ¿Existe un derecho autónomo al olvido?

La propia denominación del "*derecho al olvido*" es una expresión que pretende captar la atención de la sociedad, y así se ha denominado en los distintos idiomas ("*right to be forgotten*", "*droit a l'oubli*", "*diritto a l'obblío*" y "*Recht auf Vergessenwerden*")⁹³⁷.

Sin embargo, se habla de terminología inadecuada, ya que enfatiza excesivamente las restricciones u obligaciones de los demás, cuando trata de salvaguardar un derecho propio⁹³⁸. Incluso se han propuesto otras denominaciones, como "*derecho de eliminación*", más concreto y centrado en el sujeto registrado, en el sentido que el derecho no se presenta ni debería presentarse como una herramienta de control de la libertad de otros a recibir o transmitir información. Simplemente pretende permitir a los sujetos registrados controlar de forma eficiente lo que hacen con sus datos⁹³⁹.

⁹³⁵ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: "El derecho a la vida privada en España", en PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y BADÍA Y LIBERAL, Enrique (Coords.): "*El debate sobre la privacidad y seguridad en la red: Regulación y mercados*". Colección Fundación Telefónica. Ed. Ariel. Barcelona. 2012. Pág. 138.

⁹³⁶ ROSSANVALLON, Pierre: "*La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*". Ed. Paidós. Barcelona, 2010. Págs. 182 y 183.

⁹³⁷ MIERES MIERES, Luis Javier: "*El derecho al olvido digital*". Fundación Alternativas. Documento de trabajo 186/2014. Madrid. 2014. Pág. 9.

⁹³⁸ Véase BERNAL, Paul: "A Right to Delete?", *European Journal of Law and Technology*. Vol. 2. N.º 2, 2011. Págs. 1-18. Disponible en: <http://ejlt.org/article/view/75/144>

⁹³⁹ GRAUX, Hans; AUSLOOS, Jef y VALCKE, Peggy: "El derecho al olvido en la era de Internet", en PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y BADÍA Y LIBERAL, Enrique (Coords.): "*El debate sobre la privacidad y seguridad en la red: Regulación y mercados*". Colección Fundación Telefónica. Ed. Ariel. Barcelona. 2012. Págs. 121-122.

Realmente el derecho al olvido es una intersección de derechos. Partiendo de la libertad y dignidad del individuo, el ciudadano tiene derecho a su honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la limitación de la informática para la garantía de los anteriores derechos, lo que ha supuesto el reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa o a la protección de datos personales. Bajo la tutela de estos derechos, deberían encontrar cobijo situaciones que perjudiquen al individuo, ante una información que ya no es relevante.

Sin embargo, hay autores que han defendido la existencia de un derecho propio, como derecho fundamental implícito y derivado del art. 10.1 CE. SIMÓN CASTELLANO argumenta que el bien jurídico protegido por este derecho excedería de los intereses más específicos protegidos por los derechos a la intimidad, el honor o la protección de datos, recogidos en el art. 18 CE, y vendría determinado por el libre desarrollo de la personalidad. De este modo, “*se protegería a los individuos frente a la difusión de todas las informaciones pasadas que les puedan afectar en el futuro, con indiferencia de si afectan o no a los derechos a su vida privada*”⁹⁴⁰.

Sin embargo, este autor admite que el derecho al olvido es una forma poética de referirse al derecho de oposición de tratamientos de datos no consentidos o ilegítimos y de cancelación, cuando éstos ya no se justifiquen de acuerdo a la finalidad para la que fueron recabados, en el marco del derecho fundamental a la protección de datos⁹⁴¹.

En esta línea, el R(UE) 2016/679 reconoce este derecho al olvido en el art. 17 bajo la denominación “*derecho de supresión (el derecho al olvido)*”⁹⁴², por el que toda persona tiene derecho a obtener del responsable del tratamiento y sin dilación indebida la supresión de los datos personales que le conciernan y el “*derecho al olvido*”, cuando la conservación de tales datos no se ajuste a lo dispuesto en el Reglamento o al Derecho de la UE o de los Estados.

En particular, los interesados deben tener derecho a que sus datos personales se supriman y dejen de tratarse si ya no son necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo, si los interesados han retirado su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales, se oponen al mismo, o si se incumple el Reglamento. Sin embargo, la retención ulterior de los datos personales debe ser lícita cuando sea necesaria 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

⁹⁴⁰ SIMÓN CASTELLANO, Pere: “*El régimen constitucional del derecho al olvido digital*”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012. Pág. 121.

⁹⁴¹ SIMÓN CASTELLANO, Pere: “*El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE*”. Ed. Bosch. Barcelona, 2015. Pág. 99.

⁹⁴² La primera versión del proyecto fue adoptada en Bruselas el 25 de enero de 2012, pero fue modificada por la Resolución del Parlamento Europeo de 25 de enero de 2012. Finalmente, en su reunión del 16 de diciembre, el Comité de Representantes Permanentes aprobó el texto resultante de la reunión de diálogo tripartito el 15 de diciembre de 2015. La versión definitiva se publicó en el DOUE de 4 de mayo de 2016, si bien, el R(UE) 2016/679 no será aplicable hasta el 25 de mayo de 2018 (art. 99.2).

archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones⁹⁴³.

Además, se concretan las medidas a adoptar cuando el responsable del tratamiento de datos los hubiera hecho públicos y estuviera obligado a su supresión: Se adoptarán todas las medidas razonables, incluidas las medidas técnicas, teniendo en cuenta la tecnología disponible y el coste de su aplicación, con miras a informar a los responsables que traten los datos de que el interesado les solicita que supriman cualquier enlace a esos datos personales, o a cualquier copia o réplica de los mismos.

Solo se prevén, como excepción, los casos de colisión con otros derechos, como por ejemplo, cuando afecten al ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información, por motivos de interés público o salud pública, con fines de investigación histórica, estadística y científica y para el cumplimiento de una obligación legal de conservar los datos personales impuesta por el derecho de la UE o por la legislación de un Estado miembro a la que esté sujeto el responsable del tratamiento.

Así configurado, el derecho al olvido previsto en el Reglamento consistiría en que el interesado pueda demandar al responsable del tratamiento de datos personales que los suprima y se abstenga de darles más difusión en los casos aludidos⁹⁴⁴.

Una vez expuesto el futuro marco legislativo europeo que prevé al menos dotar de una denominación a esta facultad de la persona, hemos de valorar si realmente esta facultad deriva de un nuevo derecho o estaría protegida por el conjunto de los derechos de la personalidad.

El objeto del derecho o el ámbito protegido pivotaría en la información existente, que siendo lícita -porque en su momento no afectaba a la intimidad o al honor, o a la protección de datos personales-, puede repercutir y lesionar gravemente en los intereses de los afectados, pues con el transcurso del tiempo, presenta un obstáculo en su relación con los demás. De esta forma, no sería necesario forzar el ámbito de otros derechos, cuyo objeto propio no se vulneraría directamente.

En este sentido, el derecho al olvido parte de la premisa de la veracidad de los datos. A diferencia de una injuria o una calumnia o una falsa imputación de un hecho, el derecho a eliminar datos de la Red no niega la veracidad de la información, sino que consiste en eliminar datos pertenecientes a una realidad pasada que el interesado entiende que nada tiene que ver con el presente y que incluso puede perjudicarlo⁹⁴⁵.

Frente a esta concepción de reconocimiento de un nuevo derecho, hay que manifestar que no es fácil hacer valer un derecho no contemplado expresamente en la CE, bajo el único apoyo de la dignidad de la persona, que como ya se trató en los

⁹⁴³ Considerando 65 del Reglamento.

⁹⁴⁴ HERNÁNDEZ RAMOS, Mario: “*El derecho al olvido digital en la web 2.0*”. Cuaderno Red de cátedras Telefónica N.º 11. Cátedra Telefónica Universidad de Salamanca. Mayo 2013. Pág. 37. Disponible en: http://catedraseguridad.usal.es/sites/default/files/files/CUADERNO_11_DERECHO%20OLVIDO.pdf

⁹⁴⁵ ÁLVAREZ CARO, María: “*Derecho al olvido en Internet: El nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*”. Ed. Reus. Madrid, 2015. Pág. 68.

capítulos anteriores, no tiene autonomía suficiente para hacerse valer, por ejemplo, de cara al recurso de amparo.

Para abordar esta cuestión, resulta necesario recordar que los derechos expresan necesidades humanas que la sociedad entiende como básicas. En la actualidad se puede constatar la dificultad de dar cuerpo al derecho al olvido, pero a medida que la exclusión social basada en la obtención de información en Internet crezca, con ella aumentará su reivindicación y por ende, su necesidad de protección. Por otra parte, el "*derecho al olvido*" posee una cierta elasticidad que le permite adaptarse y esta capacidad, lejos de ser un problema, puede ser una herramienta esencial para garantizar los derechos del individuo, sin necesidad de crear un nuevo derecho. Por ello, corresponde a la tecnología respetar el derecho, sin crear uno nuevo por cada nuevo ingenio concreto⁹⁴⁶.

En este denominado "*derecho al olvido*", confluiría el ámbito protegido de varios derechos, cuya vulneración, según las circunstancias, se podría dirigir a uno u otro.

En particular, el derecho a la intimidad, e incluso el derecho al honor, tutelarían aquellas situaciones en las que la información publicada estuviera amparada en el círculo reservado del individuo, o porque supusiera un agravio a la reputación de la persona.

Por su parte, el derecho a la protección de datos, protegería al individuo respecto al mantenimiento de los derechos de cancelación u oposición a los mismos.

Lo cierto es que la intimidad no es más que uno de los derechos afectados, pero cada uno de los derechos implicados recogen y defienden un espacio fuera del alcance los demás, nuestra propia identidad, aunque en el pasado hubieran ocurrido acontecimientos que por cualquier circunstancia hubieran adquirido una cierta publicidad.

Así pues, el derecho al olvido no sería un nuevo derecho autónomo, a pesar de su denominación. Su ámbito de aplicación quedaría protegido bien por el derecho a la intimidad, el derecho al honor, o por el derecho a la protección de datos personales, en la medida que todos ellos protegerían en su respectivo ámbito de protección, un espacio reservado del individuo frente a la facilidad para obtener información en el mundo virtual de Internet.

El derecho a la intimidad o a la vida privada permite dar cobertura a las expectativas de que, tras un lapso temporal, ciertos datos, aunque públicos en su día, puedan considerarse razonablemente privados o reservados.

Por su parte, el derecho de protección de datos permitiría que los afectados puedan cancelar sus datos personales cuando estos ya no sean adecuados y necesarios, por razón de haber devenido obsoletos, o bien puedan oponerse a su tratamiento.

Este espacio reservado quedaría así protegido frente a lo que otros usuarios publiquen sobre una persona y frente a cualquier dato obrante en un registro público, fuera de los motores de búsqueda, o buscadores en Internet, y evitando así que se vincule automáticamente el dato a la identidad de la persona sobre la que se realiza una

⁹⁴⁶ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: "El derecho a la vida privada en España", en PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y BADÍA Y LIBERAL, Enrique (Coords.): "*El debate sobre la privacidad y seguridad en la red: Regulación y mercados*". Colección Fundación Telefónica. Ed. Ariel. Barcelona. 2012. Págs. 137-138.

búsqueda. Este derecho solo cedería ante un interés prevalente y tasado, en su colisión con otros derechos, como son los de libertad de expresión y el derecho a la información.

2.2.2 El reconocimiento del derecho al olvido en la STJUE - Asunto Mario Costeja -

Uno de los casos que más interés ha generado por el análisis de la colisión de derechos, el ámbito territorial y material de la normativa europea de la protección de datos, así como la propia delimitación del "*derecho al olvido*" y su ponderación con otros derechos como la libertad de expresión y libertad de información, ha sido el caso Mario Costeja, que por su interés, se analiza en profundidad a continuación.

La STJUE de 13 de mayo de 2014 (*Google Spain, S.L. y Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos [AEPD] y Mario Costeja González*, asunto C-131/12), ha resuelto una controversia de un gran impacto social. El problema se centra en el motor de búsqueda en Internet como mecanismo mediante el cual el usuario del buscador puede acceder a datos personales de terceros publicados en la red, sin que el titular de dichos datos no pueda hacer nada para retirarlos del acceso público. El derecho invocado es el de protección de datos personales, en su derivación de "*derecho al olvido*". En esta sentencia se plantean diversas cuestiones relativas al ámbito de aplicación territorial y material de la Directiva 95/46/CE, así como el posible reconocimiento en la misma de un "*derecho al olvido*".

Mario Costeja observó, a principios de 1998, cómo el Diario *La Vanguardia* publicaba en su edición impresa primero, y en la digital después, dos anuncios relativos a una subasta de inmuebles relacionada con un embargo derivado de deudas a la Seguridad Social. Once años más tarde, el deudor cuyos inmuebles constaban en el anuncio comprobó que introduciendo su nombre completo en el motor de búsqueda de *Google* los resultados mostraban los anuncios de la subasta celebrada años atrás.

Alertando de ello a la empresa editora del periódico, el afectado alegó que el embargo estaba solucionado y resuelto desde hacía años y, por tanto, carecía de relevancia en aquel momento. Es decir, que el carácter noticiable de la información carecía de relevancia y que la pervivencia de la noticia en el entorno de Internet le estaba causando un mal innecesario. La editorial respondió negativamente a la cancelación de sus datos ya que dicha publicación era debida al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

El demandante en el litigio principal se puso en contacto con *Google Spain* y solicitó que el motor de búsqueda no arrojase como resultado las informaciones relativas al embargo de años atrás al introducir su nombre y apellidos en dicho motor. *Google Spain* remitió al demandante a *Google Inc.*, domiciliada en Estados Unidos, al considerar que esta empresa es quien presta el servicio de búsqueda en Internet.

Posteriormente, el demandante en el litigio principal presentó una reclamación ante la AEPD, solicitando a ésta que obligase a la editorial del periódico a eliminar o modificar su publicación para que no apareciesen sus datos, o bien a utilizar los mecanismos de los que disponen los motores de búsqueda para proteger dichas informaciones.

Al mismo tiempo, solicitaba que se exigiese a *Google Spain* o a *Google Inc.* que eliminaran u ocultaran sus datos personales, de modo que éstos no apareciesen vinculados al procedimiento de embargo en los resultados de eventuales búsquedas y no

se facilitasen enlaces a la edición electrónica del periódico. Su reclamación fue estimada parcialmente con fecha de 30 de julio de 2010. La AEPD consideró que no había una disposición normativa que impidiese ejercer el derecho de cancelación frente a Google. Por el contrario, la AEPD desestimó la reclamación contra la editorial por considerar que la publicación de los datos en la prensa tenía justificación legal.

Google Spain y *Google Inc.* interpusieron sendos recursos ante la decisión de la AEPD solicitando la nulidad de esta decisión, lo que llevó a la AN a suspender el procedimiento y plantear al TJUE varias cuestiones prejudiciales, en torno a si el Derecho europeo en materia de protección de datos es de aplicación a buscadores de Internet operados desde fuera de la UE; y, de otro, si un buscador está obligado a eliminar los contenidos que, aun ciertos, perjudican al afectado. Hay que tener en cuenta que la decisión del TJUE no podía resolver el litigio, sino responder a las cuestiones prejudiciales que debía resolver la AN, atendiendo a la decisión del Tribunal de Justicia.

Contra las conclusiones que había mantenido el Abogado General, *Niilo Jääskinen*, considerando que *Google* no era el responsable de los datos personales que incluyen determinadas páginas *web* a las que remite su buscador, y que no tenía obligación de eliminar información legítima hecha pública porque atentaría contra la libertad de expresión, el TJUE tuvo en cuenta sin embargo la preponderancia de los derechos personales en juego, marcando un hito histórico en la salvaguarda de la privacidad frente a la libertad de expresión y comunicación y al mantenimiento de la información⁹⁴⁷.

En este sentido, el TJUE ponderó los derechos afectados, dando prioridad a los derechos a la intimidad y a la protección de datos personales, destacando los siguientes argumentos:

La actividad de un motor de búsqueda que recoge la información editada en páginas *web* "*puede afectar significativamente a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de la protección de datos personales*", por lo que el gestor del motor de búsqueda debe garantizarlos. La sentencia añade que *Google España*, puesto que es una filial de la empresa norteamericana y se encuentra en un Estado miembro, debe aplicar el acervo comunitario.

Sin embargo, la búsqueda de un equilibrio entre el derecho a la intimidad, en especial, el respeto a los datos personales y los derechos de libertad de expresión y libertad de información en Internet, no es fácil. Es necesario atender a determinadas circunstancias para realizar una adecuada ponderación. La sentencia también recoge que, según la información de que se trate, la supresión de enlaces de la lista de resultados podría tener repercusiones en el interés legítimo de los internautas "*potencialmente interesados a la información en cuestión*".

El Tribunal afirma que "*es preciso buscar un equilibrio entre este interés y los derechos fundamentales de la persona afectada*", que siempre prevalecen sobre el resto de los usuarios de la red. Ello dependerá "*de la naturaleza de la información de que se trate*" y el "*interés público en disponer de esa información*", que "*puede variar, en particular, en función del papel que esa persona desempeñe en la vida pública*". Ahora

⁹⁴⁷ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto: "El tratamiento de datos personales por buscadores de Internet tras la sentencia *Google Spain* del Tribunal de Justicia". *La Ley Unión Europea*, N.º 17, 2014. Págs. 5-10.

bien, la sentencia deja claro también que si la persona afectada comprueba que la inclusión de esos enlaces en la lista es incompatible con su derecho a la intimidad, la información y los enlaces deben eliminarse.

En este sentido, la sentencia deja claro que el responsable del tratamiento está obligado a adoptar todas las medidas razonables para que los datos sean suprimidos o rectificadas cuando no sean tratados de manera leal y lícita, cuando sean recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos pero posteriormente sean objeto de un tratamiento incompatible con estos fines, cuando no sean adecuados, pertinentes y no excesivos a dichos fines, cuando no sean exactos o no estén actualizados, y cuando sean conservados en una forma que permita la identificación de los interesados más allá del período necesario para los fines para los que fueron recogidos.

Por tanto, el interesado puede ejercitar sus derechos frente al responsable del tratamiento, y cuando éste no atienda al requerimiento del interesado, la autoridad nacional en materia de protección de datos y los tribunales deben actuar. El TJUE toma en consideración que la mayor accesibilidad a la información que proporcionan los motores de búsqueda puede afectar a la vida privada de las personas, reitera la idea de que los buscadores facilitan hacer perfiles de una persona al introducir su nombre en los mismos, y concluye que el interés económico del gestor del motor de búsqueda no es un argumento con la suficiente entidad como para contrarrestar estos peligros.

El Tribunal tampoco considera suficiente argumento el hecho de que la supresión de algunos resultados de la lista arrojada por el buscador afecta al interés legítimo de los internautas en cuanto a su derecho a obtener información. El equilibrio de intereses en casos como el del litigio principal ordena hacer prevalecer el de la persona cuyos datos figuran en Internet. En otros casos podrán considerarse factores derivados de la naturaleza de la información y el grado de afectación de ésta en la vida privada de la persona afectada, así como la existencia de un interés público en obtener la información.

De esta sentencia, caben opiniones enfrentadas entre la ponderación de derechos de los particulares. Algunos, defienden que se ha consolidado el derecho al olvido, entre uno de los derechos fundamentales de los usuarios de Internet. Otros, defienden, sin embargo, que el fallo es un obstáculo a la libertad de expresión y de información. Y otros han reparado en que tampoco se deduce de la sentencia que se tenga que borrar la fuente de información, por lo que a pesar de desaparecer de los motores de búsqueda, es decir, de eliminar un enlace, la información misma queda en la fuente⁹⁴⁸. No sin razón, algún autor ha planteado si no sería una vulneración previa al derecho a la protección de datos el propio procedimiento de embargo español, al permitir publicar el nombre del deudor en las subastas públicas⁹⁴⁹.

Ahora bien, lo que sí es cierto es la paradoja que se produce:

⁹⁴⁸ VILASAU SOLANA, Mónica: “Derecho al olvido: la discrepancia entre el TJUE y el abogado general en el caso Google Spain (STJUE de 13 de mayo de 2014) en un contexto de reforma normativa”. *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 18. Junio 2014. Pág. 31. Disponible en: <http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n18-vilasau/n18-vilasau-es>

⁹⁴⁹ MOYA IZQUIERDO, Sara y CRESPO VITORIQUE, Isabela: “Los motores de búsqueda y el derecho al olvido: Cuando la tecnología avanza más rápido que el Derecho”. *Revista Aranzadi Unión Europea*. N.º 10/2014 (edición digital). BIB 2014\3604. Pág. 8.

Google deberá borrar de su buscador unos datos que hoy ya todo el mundo conoce. Estos datos van a permanecer en todas las páginas *web* en las que ha aparecido, incluida la propia del Tribunal de Justicia. De modo que la información desaparecerá del buscador de *Google* al mismo tiempo que se hace de universal conocimiento. Con la desventaja para el reclamante de que al ser cancelada del buscador no va a ser posible saber quién dispone de información referente a su persona y, por tanto, le va a ser más que difícil ejercer su legítimo derecho de cancelación u oposición ante los responsables de ficheros o tratamientos que hayan tratado sus datos sin su consentimiento⁹⁵⁰.

Con posterioridad a la sentencia, *Google* ha creado un formulario a través del cual los internautas pueden ejercitar los derechos reconocidos por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Google Spain* y *Google*, solicitando que el buscador no ofrezca un determinado enlace entre los resultados de la búsqueda⁹⁵¹.

Para ello, al realizar la solicitud, *Google* indica que realizará una ponderación entre los derechos de privacidad de los usuarios y el derecho del público a conocer y distribuir información. Al evaluar su solicitud, *Google* examinará si los resultados incluyen información obsoleta sobre el usuario, así como si existe interés público por esa información (por ejemplo, *Google* puede negarse a retirar determinada información sobre estafas financieras, negligencia profesional, condenas penales o comportamiento público de funcionarios del gobierno).

Del resultado de la información consultada, parece que no todas las solicitudes serán aceptadas. Ello implica una arbitrariedad en el cumplimiento de una obligación, pues el ejercicio de la ponderación se realiza por la misma empresa que es parte interesada, aunque contra la negativa del buscador, cabe recurso ante la AEPD y ante los Tribunales.

Tampoco son conocidos los criterios que seguirá el gestor del motor de búsqueda para ponderar los derechos de las personas identificadas en las páginas *web* fuente y el derecho a conocer y distribuir información, o cómo determinará *Google* si la información contenida en la *web* fuente es obsoleta o inadecuada⁹⁵².

En este sentido, la posibilidad de acudir directamente al buscador (en cuanto responsable del tratamiento) comporta que se abra un nuevo escenario respecto al ejercicio de los derechos del afectado. El hecho de que un buscador deba llevar a cabo una ponderación en los términos marcados por la sentencia del TJUE, implica atribuirle una responsabilidad para la que es necesario que se establezcan unos criterios de actuación, así como unos parámetros por las autoridades de protección de datos, o mejor, por el propio legislador. Estas pautas son indispensables para garantizar que mediante la

⁹⁵⁰ PIÑAR MAÑAS, José Luis: "Caso Google: ¿una mejor privacidad?". Diario "El País" de 15 de mayo de 2014.

⁹⁵¹ Puede consultarse el formulario disponible en:
https://support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch

⁹⁵² PAZOS CASTRO, Ricardo: "El funcionamiento de los motores de búsqueda en Internet y la política de protección de datos personales, ¿una relación imposible?" *In Dret. Revista para el Análisis del Derecho* (Universidad Pompeu Fabra). N.º 1. Enero 2015. Pág. 44. Disponible en:
http://www.indret.com/pdf/1118_es.pdf

protección de datos, y en algunos casos ante el temor de posibles sanciones, se elimine la información del buscador⁹⁵³.

A todo ello se une la falta de garantía de que los datos personales eliminados de los motores de búsqueda de Internet queden para siempre "olvidados". Mientras los datos hayan sido de dominio público, las personas interesadas en la información pueden haberla descargado y divulgado, algo que no se puede saber con certeza. Quienes hubieran descargado la información pueden volver a publicarla en la *web*, siendo objeto de los motores de búsqueda, por lo que habría de repetirse el proceso de limpieza. Además, la arquitectura de los sistemas informáticos se ha vuelto mucho más compleja. La multiplicación de vínculos hace cualquier eliminación de datos difícil y costosa⁹⁵⁴.

En definitiva, excluir un dato de un motor de búsqueda no es eliminar la información de Internet. *Google* no es Internet. *Google* no edita el contenido, no interpreta los datos ni introduce juicios de valor y ni siquiera es un medio de comunicación. Ahora bien, los datos almacenados a nivel particular en *blogs* o redes sociales pueden replicar la información que se extrae de los motores de búsqueda, o hacerse eco de la *web* de origen. ÁLVAREZ CARO se plantea entonces un nuevo paso: ¿Podría llegar a ejercerse el derecho al olvido frente a *blogs* o redes sociales?⁹⁵⁵.

Si bien el derecho a la autodeterminación informativa debería permitir la exclusión de aquella información particular que su titular no consiente que sea pública, permitiendo que cada uno sea dueño de su reputación *on-line*, la solución más práctica es la preventiva. El hecho de borrar de los motores de búsqueda una información no implica su desaparición, pero sí dificulta su hallazgo en la red. Ello ha provocado que un nuevo tipo de empresas especializadas ofrezcan el servicio, mediante pago, del borrado de datos de dichos motores de búsquedas, habiendo cosechado un importante éxito de su negocio⁹⁵⁶.

2.2.3 Pronunciamientos judiciales posteriores a la sentencia “Mario Costeja” que reconocen el “derecho al olvido”.

La Sala de lo Contencioso-administrativo de la AN ha dictado ya varias sentencias favorables a los intereses de los particulares, en aplicación de la STJUE “*asunto Mario Costeja*”, estableciendo los criterios que determinan la aplicación del derecho al olvido,

⁹⁵³ VILASAU SOLANA, Mónica: “Derecho al olvido: la discrepancia entre el TJUE y el abogado general en el caso Google Spain (STJUE de 13 de mayo de 2014) en un contexto de reforma normativa”. *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 18. Junio 2014. Págs 30-31. Disponible en: <http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n18-vilasau/n18-vilasau-es>

⁹⁵⁴ DE TERWANGNE, Cécile. "Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido". En: "VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet" [monográfico en línea]. *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 13. Pág. 62. Disponible en: http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n13-terwangne_esp/n13-terwangne_esp

⁹⁵⁵ ÁLVAREZ CARO, María: “*Derecho al olvido en Internet: El nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*”. Ed. Reus. Madrid, 2015. Pág. 125.

⁹⁵⁶ Es el caso de la empresa “*Eliminialia*”, cuyo único objeto es la defensa al derecho al olvido y el borrado de los contenidos en internet, redes sociales y foros relacionados con empresas y particulares. Disponible en: <https://www.eliminalia.com/es/index.php>

teniendo en cuenta los derechos en pugna: El derecho a la protección de datos y, en particular, el derecho de oposición a que los datos se indexen en los motores de búsqueda, en relación a los derechos a la libertad de expresión e información.

Para ello, es necesario llevar a cabo un juicio de ponderación que permita determinar el derecho que prevalece. Así, es justificable reconocer el derecho de oposición, cuando las circunstancias que configuran la situación personal del interesado así lo determinen, ya sea por la naturaleza de la información y su carácter sensible para la vida privada del afectado, por la no necesidad de los datos en relación a los fines para los que se recogieron o por el tiempo transcurrido. Por su parte, la libertad de información del editor de los periódicos donde aparecen las noticias, se encuentra suficientemente salvaguardada mediante la publicación digital y el acceso a la misma a través del buscador interno del medio, pero sin incluirse en los motores de búsqueda de Internet.

En este juicio de ponderación, se ha reconocido al derecho de oposición en los siguientes casos:

- Noticia publicada en el Diario “*El País*”, de 14 de febrero de 1982, sobre imputación del interesado en un procedimiento penal abierto por la quiebra de una entidad bancaria, así como por la tenencia de “*publicaciones comunistas*” entonces clandestinas, habiéndose dictado con posterioridad a esa fecha pronunciamientos absolutorios para el afectado. Tomando en consideración el tiempo transcurrido, más de 30 años, atendiendo al carácter sensible de la información y no apreciándose que el afectado sea una persona de relevancia pública, debe prevalecer el derecho a la protección de datos del afectado⁹⁵⁷.
- Infracción administrativa en materia de mercado de valores cometida hace 15 años, publicada y difundida a través de Internet, en perjuicio de la reputación profesional del reclamante sin una especial relevancia del interés público⁹⁵⁸.
- Noticia publicada en el Diario “*El País*”, que relacionaba al interesado con ETA sin que hubiera otras entradas posteriores que permitirán saber en que había quedado aquella cuestión. Teniendo en cuenta que la información carece de cualquier actualidad, no solo ahora, sino también cuando se solicitó la cancelación, se estima la pretensión para no relacionar el nombre de la persona con la noticia⁹⁵⁹.
- Información sobre la presunta participación de la reclamante en una organización dedicada al tráfico de drogas y su condición de drogodependiente hace 29 años, difundida a través de Internet por el buscador de *Google*. Teniendo en cuenta su profesión actual como doctora en medicina, y dada la antigüedad de tal información, así como la ausencia de interés público de esa información, la misma

⁹⁵⁷ SAN (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 22 de enero de 2015, rec. N.º 567/2010 (Ar. JUR 2015\67814).

⁹⁵⁸ SAN (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 28 de enero de 2015, rec. N.º 360/2012 (Ar. JUR 2015\58993).

⁹⁵⁹ SAN (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 10 de febrero de 2015, rec. N.º 590/2011 (Ar. JUR 2015\77167).

no debe vincularse a su nombre mediante los buscadores de Internet⁹⁶⁰.

- Noticias en las páginas *web* de los diarios “*El País*” y “*La Vanguardia*”, publicando una información publicada en los años 1978 y 1980 en la que se señala al reclamante en relación con una multa impuesta por fraude por simular exportaciones⁹⁶¹.
- Condena penal a 5 años de prisión por un delito de homicidio en grado de tentativa por unos hechos que tuvieron en su día relevancia pública, pero que, sin embargo tomando en consideración la antigüedad de los hechos (2003) y el tiempo transcurrido desde la publicación inicial de la citada información (febrero de 2005), teniendo el solicitante ya cancelados los antecedentes penales y el carácter sensible de dicha información, procede su desvinculación de Internet⁹⁶².
- Noticia sobre ingreso en la cárcel del reclamante en virtud de auto dictado por el Juzgado de Instrucción por fraude contra la hacienda pública, en 1993⁹⁶³.
- Tratamiento de datos personales vinculados a un indulto concedido en 1999 por un delito cometido en 1981 a través del motor de búsqueda de Google. Una vez que el afectado requirió la cancelación de dicho tratamiento, debe considerarse ilícito por inadecuado y desproporcionado a causa del plazo transcurrido⁹⁶⁴.

Además, en el aspecto procesal, cabe destacar la competencia de la AEPD para conocer de aquellos procedimientos llevados a cabo contra *Google*, al no respetar los derechos de oposición o cancelación de datos, al incluir datos personales en los motores de búsqueda. Sin embargo, cabe también aludir a algunos matices:

Respecto a la solicitud de cancelación de datos sobre una información personal que aparecía en el buscador de *Google*, recogida en determinados blogs, se declaró la falta de legitimación pasiva de *Google Spain*, ya que únicamente debía ser imputable en el procedimiento “*Google Incl.*” (con sede en Estados Unidos), al ser la entidad que determina los fines, las condiciones y los medios del tratamiento de datos personales⁹⁶⁵. A pesar de ello, cabe mantener que la matriz americana está sujeta a la LOPD, por lo que en el procedimiento administrativo de tutela de derechos de protección de datos, es competente la AEPD, quien tramitará dicho procedimiento frente a “*Google Incl.*”⁹⁶⁶.

⁹⁶⁰ SAN (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 28 de enero de 2015, rec. N.º 456/2011 (Ar. JUR 2015\67813).

⁹⁶¹ SAN (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 5 de febrero de 2015, rec. N.º 434/2011 (Ar. JUR 2015\87798).

⁹⁶² SAN (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 16 de abril de 2015, rec. N.º 17/2014 (Ar. RJCA 2015\653).

⁹⁶³ SAN (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 11 de junio de 2015, rec. N.º 498/2012 (Ar. JUR 2015\184678).

⁹⁶⁴ STS (Sala de lo Civil), de 5 de abril de 2016, rec. N.º. 3269/2014. Id Cendoj: 28079119912016100005.

⁹⁶⁵ STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 14 de marzo de 2016, rec. N.º 1380/2015).

⁹⁶⁶ Nota informativa de la AEPD de 15 de marzo de 2016. Disponible en:

Entre todos estos pronunciamientos, cabe destacar, como criterios comunes adoptados, los siguientes:

- El tratamiento previo a la indexación de datos que realizan los motores de búsqueda les hace responsables del tratamiento de datos personales.
- La normativa española es aplicable a *Google*, al ser una filial establecida en España. La legislación del país de la Unión Europea donde se encuentra el establecimiento, en este caso en España, es de aplicación cuando “*el gestor de un motor de búsqueda crea en el Estado miembro una sucursal o una filial destinada a garantizar la promoción y la venta de espacios publicitarios propuestos por el mencionado motor y cuya actividad se dirige a los habitantes de este Estado miembro*”⁹⁶⁷.
- La garantía de la información se garantiza por su subsistencia en la fuente, a pesar de no ser accesible por búsquedas en Internet.
- El derecho al olvido (o más bien, el derecho a la cancelación u oposición) se aplica cuando la información no tenga interés público relevante y actual, sea sensible y perjudique al reclamante, vinculando su nombre a unos hechos pasados o inconcretos, que aparecen en cualquier búsqueda realizada sobre el mismo.

En este sentido, el R(UE) 2016/679 dota a los usuarios de Internet de un derecho efectivo a ser olvidados en la red, mediante la supresión de los datos que le conciernan, si el interesado retira dicho consentimiento y si no existen motivos legítimos para retenerlos⁹⁶⁸.

2.2.4 El derecho al olvido como parte del derecho a la intimidad.

¿Puede un dato público (que ha sido público), quedar protegido por el derecho a la intimidad?

Es necesario recordar que ya en el Capítulo I, a la hora de analizar el alcance del derecho de la intimidad, se recalca que éste no solo tiene por objeto la esfera corporal, o el ámbito estrictamente familiar, sino que “*a cada persona corresponde acotar el ámbito de su intimidad personal que reserva al conocimiento ajeno*” (SSTC 197/1991, FJ 3º; 134/1999, FJ 8º; 115/2000, FJ 10º). En este sentido, puede que una información que ha sido pública, no lo sea transcurrido un tiempo. Corresponde al individuo proteger ese espacio que ha vuelto a su círculo íntimo y reservado, contra la curiosidad ajena, por lo que estaría legitimado para exigir la retirada de la información, por vulnerar su intimidad. Hasta ahora, la protección de nuestra vida privada encontraba tutela natural en el paso del tiempo, en la fragilidad de nuestra memoria y en la limitación del espacio.

https://www.agpd.es/portalwebAGPD/noticias-inicio/news/2016_03_15-ides-idphp.php

⁹⁶⁷ STJUE de 13 de mayo de 2014, asunto C-131/12, con los matices que aporta la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 14 de marzo de 2016, rec. N.º 1380/2015).

⁹⁶⁸ Considerandos 65 y 66 y art. 17 del R(UE) 2016/679.

Profundizando en esta idea, a efectos de poder cubrir con el derecho a la intimidad el derecho al olvido, cuando la información que se pretende retirar ha pasado a ser "*pública*", en el sentido de noticiable, o de interés público, surge entonces otro fundamento que el TC ha utilizado a efectos de considerar una información íntima o no. Es la expectativa de privacidad. En este sentido, hay barreras de reserva, donde la información a pesar de ser compartida, lo es en un núcleo o grupo restringido de personas, que conocen esa información y que por tanto, queda fuera del alcance de los demás. En el caso planteado, el paso del tiempo, provocaría esa expectativa de privacidad, a pesar de que en otro momento, esa información fuera pública.

En contra del argumento de la expectativa de privacidad, a efectos de considerar esa información privada, se opone el hecho de estar disponible para toda la comunidad, a través de los buscadores de Internet. Pueden existir intereses de la comunidad en mantener esa información, por entender que siempre puede ser relevante para alguien que no sea el directamente afectado.

En este sentido, el TC se ha pronunciado sobre temas similares, en relación a la delimitación del espacio protegido por el derecho a la intimidad, a pesar de que los hechos hubieran sido de conocimiento público en el pasado.

Así, por ejemplo, el hecho de que unas fotografías fueran de conocimiento público, lo que integraba ya una vulneración del derecho a la intimidad, no destruye la protección del derecho fundamental reconocido en el art. 18.1 CE, es decir, no permite la reiteración de la publicación, que sigue integrando lesión del derecho, manteniendo en la memoria pública el dato e incluso ampliando el campo de personas que llegan a conocerlo (STC 99/2002, de 6 de mayo, FJ 8º).

Un argumento que se puede incorporar a este debate es el de distinguir entre los hechos publicados por el propio usuario de Internet y los que sobre él se han difundido por un tercero sin su autorización ni consentimiento. Una persona que ha sacado de su intimidad una determinada información, de forma consciente y voluntaria, conociendo que aún en un núcleo reducido ese dato puede ser difundido por otras personas, no debería albergar expectativa alguna de intimidad. El origen puede ser una conducta imprudente del propio usuario, pero el hecho de rectificar es ir contra sus propios actos, lo que no podría incidir en la difusión que un tercero de buena fe hiciera de la información, dato o imagen, a efectos de exigir responsabilidad. Incluso, a la hora de solicitar la retirada de ese dato de los motores de búsqueda de Internet, o de una red social, el hecho de que la información haya sido "*pública*", hace muy difícil que pueda volver a un ámbito reservado.

De la misma forma, cuando la información privada ha sido difundida por un tercero, sin consentimiento de su titular, éste tiene acción para pedir responsabilidad al tercero al igual que en los medios tradicionales. Internet, en este sentido, no deja de ser un medio más a efectos de publicar información.

Es decir, si el titular del derecho a la intimidad ha hecho público una parcela de aquello que conservaba en su esfera íntima, no podría exigir que aquello que ya es público, con todas las consecuencias, pase de nuevo a la vida privada. Ello supondría una "*des-publicación*" que acabaría con la filosofía de Internet, sin perjuicio de no poder llegar a retirar de un tercero esa información que ya obra en su poder.

2.2.5 El derecho al olvido como parte del derecho al honor.

La vinculación del derecho al olvido con una posible vulneración del derecho al honor puede tener sentido en cuanto a que la disponibilidad de una información que ya no es relevante, afecte a la reputación o la consideración de una persona, perjudicando su imagen social. Una verdad pasada, puede dañar en el presente, siempre que no se trate del contenido de una información que todavía tuviera relevancia pública.

El derecho al honor, también protege la dignidad y la reputación que una persona tenga en Internet. Es relativamente frecuente la publicación de comentarios e informaciones sobre personas a las que se insulta o se acusa de hechos que en muchas ocasiones resultan inciertos y menoscaban su imagen pública. En Internet, se da la circunstancia de que este tipo de comportamientos quedan amparados por el anonimato que ofrece la red. El posible daño para la persona se potencia con la enorme capacidad de los buscadores de Internet, a la hora de referenciar e indexar toda la información, mostrándola además por orden de relevancia. No es de extrañar que en la lista de resultados de búsqueda aparezcan críticas, insultos e informaciones dudosas sobre la persona que pueden dañar su reputación tanto a nivel privado como profesional⁹⁶⁹.

Especial relevancia presenta el tema de la condena penal de una persona, cuando ya ha cumplido la condena. Es cierto que puede existir un derecho a conocer una información que fue pública en su momento, porque el conocimiento de un delito cometido por una persona puede incidir en sus relaciones con los demás, que pueden tener derecho para excluir de su ámbito personal a un individuo. Pero no es menos cierto, que los perjuicios que van más allá de la condena cumplida, no deben afectar a la imagen social de quien cumplió su condena y ha sido reinsertado.

El problema está en que no puede desaparecer un hecho que fue noticia en un momento dado, si bien, no es una cuestión que deba aparecer como una información directamente relacionada con la persona, en las búsquedas a través de Internet. Una ponderación de derechos, puede buscar un equilibrio consistente en la desvinculación de la persona con esos motores de búsqueda de la red, para que no aparezca la información, sino en la fuente.

2.2.6 El derecho al olvido como parte del derecho a la protección de datos.

El derecho a la protección de datos personales permite a toda persona un poder de control sobre todo tipo de dato que la identifique o permita su identificación, ya sea objeto de recogida, almacenamiento o tratamiento por un tercero.

El derecho al olvido, en su vertiente de protección de datos personales, implicaría en qué medida el paso del tiempo puede hacer que el tratamiento de datos obsoletos resulte inadecuado, improcedente o excesivo, dando lugar a que el titular pueda ejercer su derecho de cancelación, oposición o rectificación. De este modo, los derechos de

⁹⁶⁹ HERNÁNDEZ RAMOS, Mario: “*El derecho al olvido digital en la web 2.0*”. Cuaderno Red de cátedras Telefónica N.º 11. Cátedra Telefónica Universidad de Salamanca. Mayo 2013. Págs. 13-14. Disponible en: http://catedraseguridad.usal.es/sites/default/files/files/CUADERNO_11_DERECHO%20OLVIDO.pdf

cancelación y oposición proyectados sobre Internet permitirían proteger el interés de las personas a obtener el olvido digital de datos pasados que les pueden perjudicar⁹⁷⁰.

En esta línea, se ha insistido en que el único auxilio jurídico disponible en estos momentos es el de las facultades y principios que encarnan el derecho fundamental a la protección de datos y, desde el punto de vista del afectado, los derechos de cancelación y oposición constituyen elementos funcionalmente útiles. La AEPD en multitud de casos está estimando el ejercicio de estos derechos frente a los “*buscadores*”, que están siendo objeto de recurso ante los tribunales⁹⁷¹.

Los derechos de rectificación y cancelación podrán ser demandados cuando el tratamiento de los datos no se ajuste a la LOPD y en particular cuando resulten inexactos o incompletos (art. 16 LOPD). El supuesto más común de inadecuación a la normativa es el relacionado con el consentimiento informado (art. 6 LOPD). Cuando una persona, por sí o por un tercero, publica o consiente una información que contiene datos personales en la red, puede revocar su consentimiento, exigiendo su despublicación. Si un tercero publica una información sin consentimiento del afectado, éste puede oponerse a la información publicada, salvo que entre en colisión con un derecho fundamental en el ámbito de las libertades informativas o cuando los datos estén contenidos en fuentes de carácter público. Junto al consentimiento, el principio de finalidad podría también constituir una base sólida para el derecho al olvido digital, al establecer que los datos personales serán eliminados o borrados una vez que éstos hayan dejado de ser útiles a la finalidad con la que se registraron⁹⁷².

COTINO HUESO diferencia el ejercicio del derecho de cancelación del derecho de oposición. El derecho de cancelación se produce cuando la información divulgada se considere ilegítima, es decir, cuando no se enmarca dentro de las libertades informativas ni tiene la consideración de fuente de carácter público. El derecho de oposición sería ejercitable cuando se considera que la información divulgada es legítima, pero aún así, existen causas para evitar ese tratamiento. Es entonces cuando la acción se dirige contra el buscador, pues es quien realiza el “*tratamiento*” que facilita el acceso a una información que daña la dignidad de la persona⁹⁷³.

RALLO LOMBARTE afirma que el derecho de oposición permite al interesado oponerse, en cualquier momento y por razones legítimas propias de su situación

⁹⁷⁰ MIERES MIERES, Luis Javier: “*El derecho al olvido digital*”. Fundación Alternativas. Documento de trabajo 186/2014. Madrid. 2014. Pág. 19.

⁹⁷¹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: “El derecho a la vida privada en España”, en PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y BADÍA Y LIBERAL, Enrique (Coords.): “*El debate sobre la privacidad y seguridad en la red: Regulación y mercados*”. Colección Fundación Telefónica. Ed. Ariel. Barcelona. 2012. Pág. 138.

⁹⁷² HERNÁNDEZ RAMOS, Mario: “*El derecho al olvido digital en la web 2.0*”. Cuaderno Red de cátedras Telefónica N.º 11. Cátedra Telefónica Universidad de Salamanca. Mayo 2013. Págs. 33-34. Disponible en:
http://catedraseguridad.usal.es/sites/default/files/files/CUADERNO_11_DERECHO%20OLVIDO.pdf

⁹⁷³ COTINO HUESO, Lorenzo: “Datos personales y libertades informativas. Medios de comunicación social como fuente accesibles al público. Título I. Disposiciones Generales. Artículo 3”, en TRONCOSO REIGADA, Antonio (Dir.): “*Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*”. Ed. Thomson-Civitas. Madrid, 2010. Págs. 295-321.

particular, a que los datos sean objeto de tratamiento, salvo que deban prevalecer otros intereses o derechos. Es un instrumento de garantía del “*derecho al olvido*” ponderado y equilibrado, aplicado al caso concreto, motivado y justificado⁹⁷⁴.

La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos objeto de demanda y sólo podrán conservarse a disposición de las administraciones públicas, jueces y tribunales para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Una vez cumplido este plazo debería procederse a la supresión de los datos (art. 16.3 LOPD). El ejercicio de este derecho contra la página *web*, se regula en el art. 17 LOPD y art 25 RLOPD, pudiendo entrar en conflicto con otros derechos, como el derecho a la información o la libertad de expresión.

En este sentido, siguiendo el criterio de la AEPD, acogido en la STJUE del caso *Mario Costeja*, el derecho al olvido puede ejercerse tanto frente a quien divulga o mantiene en la red datos personales obsoletos, como frente a los motores de búsqueda que indexan las páginas originales y muestran los enlaces a ellas en su página de resultados. En el primer caso, se ejercería el derecho de cancelación, que comporta el bloqueo de los datos, haciéndolos inaccesibles para terceros. En el segundo supuesto, entra en juego el derecho de oposición al tratamiento de datos, exigiendo al buscador que desindexe la página o páginas que muestran los datos obsoletos.

En este sentido, la AEPD, en su Resolución TD/266/2007, ha puesto de manifiesto que *“ningún ciudadano (...) tiene que resignarse a soportar que sus datos de carácter personal circulen por la Red sin poder reaccionar ni corregir la inclusión ilegítima de los mismos en un sistema de comunicación universal como Internet. (...). Resulta palmariamente legítimo que el ciudadano que no esté obligado a someterse a la disciplina del ejercicio de las referidas libertades – de expresión e información- (por no resultar sus datos personales de interés público ni contribuir, en consecuencia, su conocimiento a forjar una opinión pública libre como pilar basilar del Estado democrático) debe gozar de mecanismos reactivos amparados en Derecho (como el derecho de cancelación de datos de carácter personal) que impidan el mantenimiento secular y universal en la Red de su información de carácter personal”*.

Parece que la doctrina de la AEPD ha buscado un equilibrio entre la protección de la libertad de expresión y la tutela del derecho al olvido al rechazar un control preventivo, como sería obligar a los operadores a filtrar los datos que resulten inadecuados o impertinentes, por el coste que supondría para la libre circulación de la información. Por el contrario, el remedio adecuado para proteger el derecho al olvido es el control *ex post*, promovido por el afectado, consistente en la cesación de la difusión de esos datos⁹⁷⁵.

El nuevo R(UE) 2016/679, prevé el derecho de supresión o derecho al olvido, en cuanto obligación explícita a los responsables del tratamiento para suprimir los datos personales de un individuo que le conciernan, si esa persona solicita expresamente la

⁹⁷⁴ RALLO LOMBARTE, Artemi: “La garantía del derecho al olvido en Internet”. *Actualidad Jurídica Aranzadi* (edición digital), N.º 886/2014. BIB 2014\1761. Pág. 3.

⁹⁷⁵ MIERES MIERES, Luis Javier: “*El derecho al olvido digital*”. Fundación Alternativas. Documento de trabajo 186/2014. Madrid. 2014. Pág. 21.

eliminación y cuando no exista motivo alguno para retenerlos⁹⁷⁶. A este derecho se le oponen, sin embargo, como límites, la libertad de expresión e información, el cumplimiento de una obligación legal que imponga la conservación de datos, el interés público relativo a la salud pública, los fines de investigación científica e histórica o estadísticos. Ahora bien, estas obligaciones deberán respetar el contenido esencial de este derecho y ser proporcionales a la finalidad legítima perseguida.

2.2.7 Hacia una configuración del derecho al olvido “*por defecto*”.

El dominio sobre los propios datos personales del individuo requiere un margen de libertad en cuanto a la capacidad de decidir sobre dos cuestiones fundamentales: La portabilidad de los datos y el derecho a ser olvidado. Estos conceptos que se han ido consolidando como derechos, o como refuerzo del derecho a la protección de datos, requieren de un instrumento jurídico que los delimite en el entorno electrónico⁹⁷⁷. En este sentido, el R(UE) 2016/679 prevé facilitar un acceso fácil a los datos propios y el derecho a su portabilidad; permitiendo obtener una copia de los datos almacenados por el responsable del tratamiento y la libertad de desplazarlos de un proveedor de servicios a otro, sin obstáculos⁹⁷⁸.

En general, se reconoce el derecho del interesado a objetar un tratamiento ulterior de sus datos personales ajenos a su finalidad primigenia, lo que obliga al responsable del tratamiento a suprimir esa información. El problema es delimitar o acotar estos datos, o saber donde se encuentran. Cada vez es mayor el número de datos que se almacena de manera automática, conservándose durante períodos indeterminados. Incluso cuando es el propio interesado quien aporta los datos, el grado de control efectivo sobre los mismos es muy limitado, ante el gran espacio que supone hoy día Internet.

La solución más radical, pero también efectiva, es garantizar que la información desaparezca automáticamente tras un determinado período, aunque el interesado no realice ninguna acción en este sentido o desconozca que los datos fueron almacenados. El “*derecho al olvido*” sería una especie de fecha de caducidad de los datos personales, una vez transcurrido el tiempo en el que se presume que éstos no tienen ya relevancia o hayan cambiado. La supresión de los datos personales o la prohibición de un uso posterior de los mismos, no requeriría acción alguna por parte del interesado.

Este marco normativo facilitaría la seguridad jurídica. En función de la naturaleza de los datos, éstos se suprimirían automáticamente evitando, por ejemplo, que determinados datos, sobre todo los que constan en expedientes policiales o los antecedentes penales o disciplinarios se mantengan “*vivos*” y a disposición de cualquier búsqueda que identifique al individuo, con el consiguiente perjuicio.

Por tanto, el valor añadido consistiría en eximir al interesado de todo esfuerzo o

⁹⁷⁶ Considerando 65 y art. 17 del R(UE) 2016/679.

⁹⁷⁷ Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 14 de enero de 2011, sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - “*un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea*” (DO C-181, de 22 de junio).

⁹⁷⁸ Considerando 73 y art. 20 del R(UE) 2016/679.

insistencia en hacer efectiva la supresión de sus datos, ya que se llevaría a cabo de un modo objetivo y automatizado. El responsable del tratamiento de los datos estaría autorizado a conservarlos únicamente en circunstancias muy concretas, en las que pueda determinarse una necesidad específica de conservarlos durante un período de tiempo más prolongado. Por tanto, el "*derecho al olvido*" invertiría la carga de la prueba de la persona hacia el responsable del tratamiento y constituiría un "*derecho a la intimidad por defecto*" establecido para el tratamiento de datos personales⁹⁷⁹.

Otra solución es la portabilidad de los datos. Los usuarios podrían modificar sus preferencias en relación con el tratamiento de sus datos, vinculados a específicos servicios tecnológicos. Esta posibilidad es ya aplicable a los servicios que implican un almacenamiento de la información, incluidos los datos personales, como la telefonía móvil y los servicios que almacenan fotografías, correos electrónicos y otra información, utilizando en ocasiones para ello servicios de computación en nube (*cloud computing*).

Además, el usuario, al tener el control sobre los datos, debería tener también libertad para cambiar con sencillez de proveedor y transferir sus datos personales a otro proveedor de servicios. Dicho derecho ayudaría a las personas a obtener el acceso a su información personal mientras que, al mismo tiempo, se reforzaría la obligación de los antiguos proveedores u otros responsables de suprimir dicha información.

Con cualquiera de estos métodos, el derecho a ser olvidado puede ser especialmente útil en el contexto de los servicios de la sociedad de la información. La obligación de suprimir la información al cabo de un determinado período tiene sentido especialmente en los medios de comunicación o en Internet y, en particular, en las redes sociales (¿Un Facebook, con fecha de caducidad?⁹⁸⁰). También resultaría útil en relación con los equipos terminales, ya que los datos almacenados en dispositivos móviles o en ordenadores se suprimirían o bloquearían de manera automática cuando ya no estén en poder de la persona. En este sentido, el derecho a ser olvidado podría interpretarse como una obligación de "*intimidad mediante el diseño*".

Esta posibilidad ya ha sido puesta de manifiesto por los redactores de la nueva normativa de protección de datos, constituida principalmente por el R(UE) 2016/679, mereciendo destacar la claridad de la comisaria Viviane READING, respecto a crear un marco regulatorio sobre el derecho al olvido en Internet: "*Quiero introducir el derecho a ser olvidado. Los entornos de redes sociales son una buena manera de mantenerse en contacto con los amigos y compartir información. Pero si las personas ya no quieren usar un servicio, no deberían tener problemas para borrar sus perfiles. El derecho a ser olvidado es particularmente relevante respecto a los datos personales que ya no son necesarios para los fines para los que se habían recogido. Este derecho también se*

⁹⁷⁹ Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 14 de enero de 2011, sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - "*un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea*" (DO C-181, de 22 de junio).

⁹⁸⁰ Paradoja puesta de manifiesto en CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: "Reflexiones sobre los retos de la protección de la privacidad en un entorno tecnológico", en AA.VV.: "*El derecho a la privacidad en el nuevo entorno tecnológico*". XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016. Pág. 101.

debería aplicar cuando haya transcurrido un período de almacenamiento aceptado por el titular de los datos⁹⁸¹.

El problema radica, sin embargo, en el adecuado equilibrio con otros derechos fundamentales. El derecho al olvido no puede ser absoluto, sino que ha de respetar otros derechos relacionados con la naturaleza de la información publicada. Los datos de relevancia pública, de interés general o histórico, hechos noticiables, publicación de sanciones administrativas o penales, etc... ¿deberían permanecer más allá del tiempo y en el entorno en el que se publicaron? Surgen así los conflictos entre la protección de la intimidad y el control sobre los datos personales y la libertad de información.

Es por ello que no se puede contemplar el derecho al olvido en cuanto a una facultad absoluta, donde siempre deba primar la eliminación de datos ante otros derechos. Los derechos de libertad de expresión y de libertad de información actúan como límites al derecho al olvido. Por tanto y, en definitiva, el problema y su solución radican en distinguir aquella información personal que carece de interés para terceros y aquella otra, que por los motivos antes reseñados, deba permanecer de forma pública.

2.3. LA COLISIÓN DEL DERECHO AL OLVIDO CON LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO DE INFORMACIÓN.

¿Es lícito que una información de relevancia pública en un determinado momento deba permanecer indefinidamente en el tiempo? Es aquí cuando el derecho a la información entra en conflicto con los derechos de la personalidad, sobre todo en el aspecto de la protección de datos personales.

Pero, por contra, ¿debemos aceptar un derecho al olvido absoluto, sin restricciones, que anule el derecho a la libertad de información, de forma que pueda caer en la censura o en el falseamiento de la historia?⁹⁸².

En principio hay que admitir que el derecho a la libertad de información debe prevalecer sobre los derechos de la personalidad, cuando siendo ciertos, revelan un interés público que justifica su divulgación.

Pero se plantea ahora si debido al transcurso del tiempo, cuando ya no se trata de una cuestión de actualidad o noticiable, y siempre y cuando ya no exista una razón que justifique una nueva divulgación de la información como noticia, el derecho al olvido permita anular el derecho a la información, convirtiéndose en un nuevo límite. El planteamiento cabe hacerse en los siguientes términos: El valor informativo predomina sobre el derecho a difundir noticias sobre una persona a costa del derecho a su intimidad, es decir su derecho al olvido. Pero cuando el hecho deja de tener valor como noticia, predominaría el derecho al olvido⁹⁸³.

⁹⁸¹ REDING Viviane: "*Privacy matters – Why the EU needs new personal data protection rules*". Discurso pronunciado el 30 de noviembre de 2010, en calidad de Vicepresidenta de la Comisión Europea, responsable de Justicia derechos fundamentales y Ciudadanía. Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-700_en.htm

⁹⁸² ÁLVAREZ CARO, María: "*Derecho al olvido en Internet: El nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*". Ed. Reus. Madrid, 2015. Pág. 133.

⁹⁸³ DE TERWANGNE, Cécile. "Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido". En: "VII

La potencialidad de Internet permite búsquedas de información que resucitarían hechos pasados de una persona, que si bien en su momento fueron públicos, ya nada tienen que ver con su presente. En tal sentido, aparece de nuevo en primer plano, la idea de que hechos pasados no pueden condicionar el futuro.

Se ha dicho que todo lo que ocurre en Internet pertenece a una historia que se genera en tiempo real y que los hechos históricos no pueden ser borrados. Sin embargo, en una sociedad democrática, historicidad y relevancia histórica no son exactamente lo mismo⁹⁸⁴.

El derecho a la información no debe limitarse eliminando una noticia, pues en la medida en que un hecho que consta en un archivo de un periódico en Internet fue noticia, no debe dejar de serlo por el paso del tiempo. Por ejemplo, una condena judicial a una persona relevante, no puede desaparecer de los titulares de un periódico. La publicidad no debería llevar a una situación en la que la justicia emane de los medios de comunicación, en lugar del pueblo. Debe existir un equilibrio entre la libertad de información y el derecho a la intimidad, lo que ha llevado a anonimizar determinadas sentencias, pero ello no es suficiente ante el potencial de Internet.

Y es que la cuestión no debe centrarse en que la defensa del derecho a la información exige mantener publicadas las noticias que fueron relevantes en su momento, pues forman parte de la historia, algo que debemos dar por hecho. La cuestión, en atención a la defensa del afectado, sería si esa información, que no debe desaparecer, se puede eliminar de los motores de búsqueda en Internet, de forma que no aparezca cuando se busca a la persona, si bien sí esté accesible en las páginas del periódico.

DE TERWANGNE, admite dos excepciones al derecho al olvido, en el que debe prevalecer la libertad de información, a pesar del tiempo transcurrido⁹⁸⁵: Hechos de interés histórico y aquellos vinculados al ejercicio de la actividad pública por parte de una figura pública. De esta forma, el interés histórico y el interés público deben tenerse en cuenta para resolver el conflicto de derechos entre el derecho al olvido y el derecho de información.

Cabe plantearse por tanto si los datos que se han publicado con una finalidad informativa relevante, han de mantenerse o por el contrario deberían tener fecha de caducidad cuando los fines en torno a los que fueron publicados ya no justifican la

Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet" [monográfico en línea]. *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 13. Págs. 53-66. Disponible en:

http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n13-terwangne_esp/n13-terwangne_esp

⁹⁸⁴ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: "El derecho a la vida privada en España", en PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y BADÍA Y LIBERAL, Enrique (Coords.): "*El debate sobre la privacidad y seguridad en la red: Regulación y mercados*". Colección Fundación Telefónica. Ed. Ariel. Barcelona. 2012. Pág. 138.

⁹⁸⁵ DE TERWANGNE, Cécile. "Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido". En: "VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet" [monográfico en línea]. *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 13. Pág. 56. Disponible en:

http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n13-terwangne_esp/n13-terwangne_esp

permanencia de dichos datos.

Si desaparece el interés público o histórico de los datos o de la información publicada, desaparece la justificación que da más fuerza a la libertad de información que al derecho a salvaguardar la intimidad de la persona. Incluso, esos antecedentes que etiquetan a la persona por hechos pasados, pueden dar una idea equivocada de la realidad, ocasionándole perjuicios que no tiene por qué soportar. Ahora, en estos casos, se plantean a su vez dos vías de eliminación:

- ¿Deben borrarse los datos personales, o los datos que a través de una noticia o información afectan a una persona, por el paso del tiempo?
- ¿Debe ser el interesado quien solicite y sobre el que recaiga la prueba de que esos datos que quiere retirar ya no tienen interés público, así como el perjuicio que se le puede causar?

Y a raíz de esta última cuestión, se plantea ¿Quién debe en estos casos ejercer la ponderación entre derechos y decidir si debe primar la libertad de información o el derecho de la persona a salvaguardar sus propios datos?

Estos y otros problemas deben analizarse a la luz de las normas que regulan, no solo la protección de datos, sino el conjunto del ordenamiento jurídico en el que coexisten todos los derechos, los cuales han de ser garantizados por el Estado, a través del establecimiento de mecanismos de garantía que atiendan las especiales circunstancias en las que estos derechos se desenvuelven en el marco del espacio que supone Internet.

Por ello, como punto de partida, debe tenerse en cuenta la STJUE (asunto Mario Costeja⁹⁸⁶), ya analizada, que obligó a *Google* a eliminar de sus motores de búsqueda la información obsoleta que sobre el afectado aparecía en Internet. Este pronunciamiento refuerza el derecho a exigir la eliminación de dichos motores de búsqueda de la información que ya no es relevante, en lo relativo a los datos personales.

La búsqueda del equilibrio demanda un ejercicio de ponderación de derechos en cada caso concreto, cuando realmente exista un conflicto entre los mismos, de forma que el sacrificio de no disponer de la información a través de los motores de búsqueda de Internet (derecho al olvido), no sea desproporcionado al derecho sacrificado, como por ejemplo, el derecho de información. Es preciso valorar el daño que se deriva de la disponibilidad eterna y universal de los datos en Internet, a partir de la importancia y relevancia que dichos datos tienen para la sociedad y su relación con el daño resultante para el afectado por esa información.

El TEDH ha tenido oportunidad de realizar juicios de ponderación en lo que se refiere al poder de Internet en relación al ejercicio del derecho a la información, reconociendo que se trata de una herramienta distinta de los medios impresos por su capacidad de almacenar y transmitir información: *“El riesgo de daño que representa el contenido y comunicaciones en Internet para el ejercicio y goce de los derechos humanos, de las libertades fundamentales, en particular el derecho al respeto de la vida privada, es,*

⁹⁸⁶ STJUE de 13 de mayo de 2014 (Google Spain, S.L. y Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos [AEPD] y Mario Costeja González, asunto C-131/12).

sin duda, mayor que el que supone la prensa" ("Consejo editorial de Pravoye Delo y Shtekel c. Ucrania", de 5 de mayo de 2011, par. 63; "Wergrzynowski y Smolczewski c. Polonia", de 16 de julio de 2013, par. 58).

En el asunto "Delfi AS c. Estonia", de 10 de octubre de 2013, el TEDH resuelve un caso en el que un portal de noticias fue condenado por los tribunales nacionales a una reparación civil por los comentarios difamatorios que los usuarios habían publicado al hilo de una información divulgada por el portal. Para el Tribunal, el hecho de que la difamación se produjera en un contexto digital constituye un elemento decisivo para calibrar el grado de responsabilidad exigible al portal⁹⁸⁷.

En esta sentencia, el TEDH aludió a que *"la difusión de Internet y la posibilidad –o para algunos propósitos el peligro– de que la información una vez publicada siga siendo pública y circule para siempre llama a la prudencia. La facilidad de divulgar información en Internet, y la cantidad de información en ella, significa que es una tarea difícil detectar declaraciones difamatorias y eliminarlas"*.

Ante esta dificultad para eliminar la noticia, el TEDH contrapone que *"esta tarea es aún más onerosa para una persona potencialmente lesionada, para quien es menos probable poseer recursos para el control continuo de la red. El Tribunal considera que este último elemento es un factor importante en la ponderación de los derechos e intereses en juego"* (asunto "Delfi AS c. Estonia", par. 92).

En base a todo ello la sentencia, lejos de acoger las dificultades del portal, tanto para identificar a los autores de los comentarios, como de los problemas técnicos para gestionar la página, afirmó que el portal de noticias tenía el deber de controlar preventivamente el carácter difamatorio de los comentarios y evitar así su publicación.

Como crítica a esta sentencia, cabe aludir a que en su labor de ponderación, se aparta de la actual norma por la que en el ámbito de la prestación de los servicios de la sociedad de la información, se impide imponer a los prestadores de estos servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen terceros, o una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas (art. 15.1 Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, sobre el comercio electrónico)⁹⁸⁸.

En cambio, en el asunto "Times Newspapers LTD c. Reino Unido", de 10 de marzo de 2009, en otro litigio sobre la virtualidad de las noticias pasadas que permanecen a disposición del público, el TEDH les otorga un valor secundario, respecto a las noticias de actualidad: *"el deber de la prensa de actuar de acuerdo con los principios del periodismo responsable asegurando la corrección de la información publicada histórica, en lugar de la perecedera, es posiblemente más estricto en ausencia de toda urgencia para publicar el material"* (par. 45).

⁹⁸⁷ ORENES RUIZ, Juan Carlos: "La responsabilidad de los medios digitales, a propósito de la sentencia Delfi contra Estonia". *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N.º 877. Enero 2014. Pág. 2.

⁹⁸⁸ MIERES MIERES, Luis Javier: "El derecho al olvido digital". Fundación Alternativas. Documento de trabajo 186/2014. Madrid. 2014. Pág. 33. Disponible en: <http://www.falternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/el-derecho-al-olvido-digital>

En consecuencia, podemos entender que este aspecto de la libertad de prensa tiene menos peso a la hora de realizar una ponderación, que si estuviera en juego la función principal de información que le corresponde.

Así, el TEDH alude a la importante contribución hecha por los archivos de Internet para conservar y mantener noticias e información disponibles, ya que *"Estos archivos constituyen una fuente importante para la educación y la investigación histórica, sobre todo porque son fácilmente accesibles al público y son generalmente gratuitos. El Tribunal considera que, aunque la función principal de la prensa en una democracia es la de actuar como un 'perro guardián', tiene un valioso papel secundario en el mantenimiento y puesta a disposición del público de los archivos que contienen noticias que ya se han publicado"*.

En este sentido, *"el margen de apreciación de que disponen los Estados para lograr el equilibrio entre derechos es probable que sea mayor en lo que se refiere a archivos de noticias de acontecimientos pasados que en lo referente a la transmisión de noticias de actualidad"* (par. 45).

Por ello, el TEDH consideró apropiado que el periódico fuese obligado por los tribunales nacionales a publicar una reserva o advertencia en relación con un artículo contenido en la hemeroteca digital donde se informara de la existencia de un procedimiento judicial con motivo de ese artículo.

De forma similar, en el asunto *Wegrzynowski y Smolczewski c. Polonia*, de 16 de julio de 2013, se admitió la exigencia de publicar una rectificación junto con el artículo original, accesible en línea, en la que se advirtiera que el afectado había obtenido pronunciamientos judiciales a favor, en relación con los hechos objeto de la información.

A modo de conclusión, cabe entresacar algunas líneas que podrían servir para una adecuada ponderación de derechos, entre el derecho a la intimidad o el derecho a la protección de datos personales y los derechos de libertad de expresión e información.

Prevalece la libertad de información ante un interés público actual en la publicación nueva de una información pasada, así como el archivo histórico de noticias almacenado en una página *web*, que no podrán ser objeto de cancelación o alteración. En este sentido, el derecho al olvido no equivale a reescribir la historia, borrando algunas partes de ella⁹⁸⁹.

Ahora bien, en atención a las circunstancias, el interés del particular tiene más peso en los casos de contextualizar la noticia, si ésta ha devenido errónea o incompleta por el paso del tiempo, y puede exigir por tanto desindexarla, con el fin de que no sea accesible desde los motores de búsqueda de Internet, por lo que su impacto será menor en el derecho del particular.

Más problemático resulta el derecho al olvido en el ámbito de las redes sociales. Los datos y la información suministrada directa y personalmente por los interesados en

⁹⁸⁹ MIERES MIERES, Luis Javier: *"El derecho al olvido digital"*. Fundación Alternativas. Documento de trabajo 186/2014. Madrid. 2014. Pág. 51. Disponible en: <http://www.falternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/el-derecho-al-olvido-digital>

sus propias cuentas personales para que fueran solo accesibles a un reducido núcleo de personas, acaban siendo accesibles a todo el mundo sin restricciones por motivos diversos. Desde la torpeza del usuario a la hora de configurar su privacidad, la dificultad técnica u otras razones que nada tienen que ver con la voluntad del usuario, provocan en la mayoría de los casos la inclusión de imágenes, fotografías, vídeos, manifestaciones o intervenciones directas en los motores de búsqueda de Internet, siendo prácticamente imposible su cancelación⁹⁹⁰.

Aunque el afectado tiene derecho a revocar el consentimiento cuando existan causas justificadas, oponiéndose a la publicación de los datos, así como el derecho a la cancelación y rectificación de la información, si quien la publicó no fuera el afectado o se hiciera sin su consentimiento, la solución más efectiva en la práctica, es la prevención⁹⁹¹.

2.4 REPERCUSIONES DEL DERECHO AL OLVIDO EN LA RELACIÓN LABORAL

Las consecuencias de la información accesible en Internet sobre un trabajador, a través de una búsqueda interesada y finalista sobre su perfil como persona, puede provocar decisiones arbitrarias y discriminatorias, tanto en el proceso de selección, como en la dinámica del contrato de trabajo. El aspecto laboral no es más que uno más de los que pueden quedar afectados por la información hallada en Internet.

Ahora bien, se plantea aquí el derecho al olvido desde otra perspectiva: ¿Puede el trabajador exigir a la empresa la eliminación de la información “corporativa” que sobre él figura en una página *web*, o en las redes sociales vinculadas a su condición como empleado? Cada vez es más frecuente que las empresas exijan publicar datos personales de los trabajadores para personalizar en ellos la imagen de la empresa, a través de acciones comerciales o publicitarias, o simplemente con carácter corporativo. Si bien es cierto que para ello se deberá contar con el consentimiento de los trabajadores, éstos, llegado el momento de desvincularse de la empresa, podrían exigir que aquello que antes permitieron (fotos, vídeos, comentarios en Internet) desaparezca. La simple revocación del consentimiento debería llevar al borrado automático de su información personal. Además, cualquier ciudadano puede oponerse a la información que contenga datos divulgados sin su consentimiento, con la sola excepción de que no se oponga a la libertad de información.

Incluso cabe pensar que lo que se consintió en un momento dado, ahora puede ser perjudicial en otra empresa, que podría condicionar su empleo. Un anuncio o spot publicitario, un vídeo en plataformas digitales o los comentarios e intervención asociadas a la propia imagen del trabajador en las redes sociales constituye un material bajo dominio de la empresa que debería eliminar todo rastro que pudiera perjudicar los

⁹⁹⁰ ORZA LINARES, Ramón M.^a y RUÍZ TARRÍAS, Susana: “El derecho al olvido en Internet”, en CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí; PEGUERA POCH, Miquel; PEÑA LÓPEZ, Ismael y VILASAU SOLANA, Mónica (Coords.): “*Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet*”. Ed. UOC-Huygens (Actas del VII Congreso Internacional: Internet, Derecho y Política). Barcelona, 2011. Pág. 379. Disponible en: <http://edcp.uoc.edu/symposia/idp2011/proceedings/>

⁹⁹¹ SIMÓN CASTELLANO, Pere: “El régimen constitucional del derecho al olvido en Internet”, en CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí; PEGUERA POCH, Miquel; PEÑA LÓPEZ, Ismael y VILASAU SOLANA, Mónica (Coords.): “*Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet*”. Ed. UOC-Huygens (Actas del VII Congreso Internacional: Internet, Derecho y Política). Barcelona, 2011. Pág. 401. Disponible en: <http://edcp.uoc.edu/symposia/idp2011/proceedings/>

intereses de la persona que allí aparece.

Pero de nuevo aparecen intereses encontrados. La propiedad del material realizado bajo el consentimiento del trabajador, incluso bajo precio, el coste económico y los propios intereses de la empresa, pueden justificar la negativa a eliminar dicha información del entorno virtual. El derecho a la información de lo acontecido en el pasado es otro motivo que puede apoyar la tesis de mantener ciertos hechos bajo el dominio de la empresa, aunque el trabajador haya extinguido su relación.

En este caso concreto, cabría aplicar el derecho al olvido como un instrumento vinculado al principio de finalidad, exigiendo que los datos personales solo puedan utilizarse para la finalidad concreta para la que fueron registrados y una vez que ya no fueran necesarios, se produciría su cancelación. Ello permitiría en el seno de la empresa que aquellas informaciones pasadas que contienen datos personales sometidos a tratamiento (por ejemplo, en un buscador *web*) puedan ser objeto de oposición por sus titulares desde que dejaran de ser necesarios a la finalidad a la que servían⁹⁹².

Por tanto, habrá que analizar caso por caso la contraposición de intereses de acuerdo a lo pactado, la propiedad del material que se trata de eliminar, así como la disposición pública de los datos personales del trabajador o su derecho a la cancelación de los mismos.

3. LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LA ERA DIGITAL.

3.1. EL ENTORNO DE LA EMPRESA DIGITAL Y SU PROYECCIÓN SOBRE LOS TRABAJADORES.

La utilización de los medios informáticos de una empresa por sus trabajadores es, hoy por hoy, una realidad ampliamente extendida. Prácticamente la totalidad de las empresas ponen a disposición de sus trabajadores como herramienta de trabajo, un ordenador a través del cual los trabajadores realizan múltiples operaciones. La evolución de las nuevas tecnologías ha permitido conseguir una mayor rapidez en las comunicaciones y esto ha beneficiado a la casi totalidad de las empresas. El uso de Internet o del correo electrónico, ha abierto la posibilidad de obtener y difundir información, en tiempo real, a cualquier lugar geográfico y esto ha supuesto un avance para todos, incluyendo las empresas y a los propios trabajadores⁹⁹³. Este cambio es tan profundo, que algunos hablan de "*revolución tecnológica*"⁹⁹⁴ o de "*tercera revolución*

⁹⁹² La AEPD ha considerado que los afectados tienen derecho a oponerse a la indexación en los motores de búsqueda cuando se trate de información que no tenga una relevancia pública actual (Resoluciones TD/01164/2008 y TD/01540/2008).

⁹⁹³ LANZADERA ARENCIBIA, Eugenio: "El uso de medios informáticos de la empresa por los trabajadores y su control por el empresario". *CEFGESTION* (Centro de Estudios Financieros). N.º 45. Mayo 2002. Pág. 62.

⁹⁹⁴ MUÑOZ MACHADO, Santiago: "*La Regulación de la Red. Poder y Derecho en Internet*". Ed. Taurus. Madrid, 2000. Pág. 11. En el mismo sentido VICENTE Y GUERRERO, Guillermo: "El derecho a la privacidad frente al uso justificado de los sistemas de vigilancia". *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (Universidad Carlos III). N.º 6. 1998. Págs 518.

*industrial*⁹⁹⁵, por el cambio excepcional en estructuras productivas, económicas, políticas, sociales y culturales, e incluso, otros hablan de "*revolución del mundo laboral*"⁹⁹⁶ o de "*revolución de las relaciones laborales*"⁹⁹⁷.

El objetivo de todo ello es la integración de la información, que permite, en especial a la empresa, desenvolverse como una organización realmente inteligente, capaz de adaptarse a los cambios que se registran en el mercado.

En nuestra sociedad, es indudable que la tecnología y las telecomunicaciones, así como el uso de la informática son el centro y apoyo logístico para la gestión, visión y estrategia del conjunto de las áreas funcionales de la empresa. Sus derivaciones en los aspectos concretos y dinámicos de la empresa son evidentes y la tecnología está presente a la hora de buscar perfiles para los procedimientos de selección de personal, la contratación e incluso especialización del personal de acuerdo a la formación, competencias y habilidades que, en función de la información existente con carácter público en Internet, permiten una mayor capacidad de ajuste de la fuerza trabajo a las necesidades y demandas que la organización requiere.

Pero más allá de los aspectos concretos, la sociedad de la información está transformando muchos de los parámetros que rigen las relaciones entre trabajadores y empresa. Así, el contrato de trabajo se está convirtiendo en un vínculo más personal e implicado en la organización, lo que determina un acercamiento a la esfera privada del trabajador. El espacio de libertad del trabajador como persona contrasta, no solo con la accesibilidad a la información disponible en Internet sobre aspectos que nada tienen que ver con el trabajo, sino con una mayor vigilancia de sus actos, a través de la tecnología.

En este sentido, el mayor riesgo es el de vulnerar el respeto a la dignidad e intimidad que el empresario debe al trabajador. El progresivo avance de las TICs, los medios de comunicación, la disminución de los costes de los medios tecnológicos como herramientas de trabajo, así como la posibilidad de un uso general de estos medios, tanto en aspectos personales como profesionales, hacen que disminuyan las fronteras entre la esfera personal y profesional del trabajador. Es el propio trabajador quien, utilizando estos medios puestos a su disposición para todos los ámbitos, nutre en el proceso de control datos o informaciones que deberían estar fuera del alcance del empresario. Y todo ello, porque la tecnología permite el acceso a todo tipo de información, así como el desarrollo de nuevos sistemas de expresión y de relación entre los individuos⁹⁹⁸.

Si bien el empresario asume un poder de dirección a partir de la celebración de un

⁹⁹⁵ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana: "*Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*". Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2015. Pág. 11.

⁹⁹⁶ SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y SAN MARTIN MAZZUCCONI, Carolina: "*Nuevas tecnologías y relaciones laborales*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2002. Pág. 31.

⁹⁹⁷ SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa: "El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores". *Revista jurídica de Castilla y León* (Junta de Castilla y León). N.º 2. 2004. Pág. 149.

⁹⁹⁸ SÁNCHEZ TORRES, Esther: "El ejercicio de la libertad de expresión de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías", en: DEL REY GUANTER, Salvador (Director) y LUQUE PARRA, Manuel (Coord.): "*Relaciones laborales y nuevas tecnologías*". Ed. La Ley. Madrid. 2005. Pág. 109.

contrato de trabajo para asegurar el normal funcionamiento de la empresa, con amplias posibilidades, tales como adoptar “*las medidas que estime más oportunas para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales*”, sin embargo, también está sujeto a un límite: “*guardando en su adopción y aplicación la consideración debida de su dignidad*” (art. 20.3 ET).

Esta limitación al extenso poder de dirección implica el deber de utilizar los medios más oportunos para comprobar el cumplimiento de la prestación laboral, pero siempre que esos medios sean respetuosos con los derechos fundamentales del trabajador⁹⁹⁹.

Evidentemente, esta vigilancia provoca efectos distintos según el trabajador de que se trate, pero es normal admitir que quien se sabe vigilado pierde las más elementales capacidades de organizar el trabajo propio con unos mínimos márgenes de iniciativa, quedando sometido a una presión difícilmente soportable, capaz de poner en peligro su propio equilibrio físico-psíquico¹⁰⁰⁰, pudiendo llevarle incluso, a forzarle a cambiar de forma radical su conducta para tratar de adaptarla al estándar de controlador de rendimiento¹⁰⁰¹.

En este sentido se ha hablado del “*tecnoestrés*”, como el coste humano de la revolución tecnológica. Cabe referirnos con este término a los efectos causados por la incapacidad para enfrentarnos a las nuevas tecnologías de un modo psicológicamente saludable, provocando una combinación de ansiedad, sobrecarga de información y conflictos de roles entre los factores organizacionales¹⁰⁰².

También hay que tener en cuenta que las prohibiciones absolutas, tales como que el trabajador pueda comunicarse a través de los medios de la empresa y en tiempo de trabajo con su ámbito privado, generan presión y malestar al trabajador. Una mala disposición para llevar a cabo el trabajo a desarrollar, unido a un incómodo clima laboral, disminuye la capacidad de trabajo y el rendimiento óptimo que, más allá de lo exigible, podría obtenerse del trabajador¹⁰⁰³.

Esta situación, introduce en el sinalagma contractual un nuevo elemento que puede

⁹⁹⁹ RODRÍGUEZ COPÉ, María Luisa: “El derecho a la intimidad del trabajador como límite al poder de dirección empresarial. SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de febrero de 2000 y de Asturias de 17 de noviembre de 2000”. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 62. 2001. Pág. 222. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=233996>

¹⁰⁰⁰ LINOWES, David F., y SPENCER, Ray C.: “Privacy the workplaces issues of the 90`s”. *Marshall Law Review*. Vol. 23, 1990. Págs 610 y ss.

¹⁰⁰¹ BAETHGE, Martin y OBERBECK, Herbert: “*El futuro de los empleados. Nuevas tecnologías y perspectivas profesionales de la gerencia empresarial*”. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1995. Págs 243-247.

¹⁰⁰² ALFARO DE PRADO SAGRERA, Ana: “Estrés tecnológico: medidas preventivas para potenciar la calidad de vida laboral”. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 102. 2009. Pág. 140. Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_1146_3.pdf

¹⁰⁰³ LANZADERA ARENCIBIA, Eugenio: “El uso de medios informáticos de la empresa por los trabajadores y su control por el empresario”. *CEFGESTION* (Centro de Estudios Financieros). N.º 45. Mayo 2002. Pág. 63.

poner en peligro o amenazar los derechos fundamentales del trabajador como persona, así como supone una ruptura en el necesario equilibrio de intereses, creando una situación “panóptica”, en la cual todo puede ser controlado y registrado, pasando de la llamada “*sociedad de la información*” a la “*sociedad de vigilancia*”¹⁰⁰⁴.

Estas situaciones se ven amparadas en la escasa regulación legal sobre el ejercicio de la vigilancia empresarial, obligando a los Tribunales a establecer las pautas de adecuación entre estos nuevos sistemas y los derechos fundamentales “*inespecíficos*” del trabajador.

3.2. LA DIRECCIÓN Y EL CONTROL SOBRE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA DIGITAL.

El empleo de medios tecnológicos por el empresario es legítimo en la medida que no afecte a los derechos fundamentales del trabajador. El carácter especialmente invasivo de estos medios exige una justificación acorde a la finalidad del control, de forma que no se rebasen los límites ya existentes del contrato de trabajo, en relación con la intimidad.

La razón principal para el empleo de estos medios es el control de la prestación debida por el trabajador en virtud del contrato de trabajo. El control tecnológico abarca, tanto el cumplimiento del tiempo de trabajo, como el contenido en sí del trabajo realizado, conforme a la calidad-cantidad exigida. Sin embargo, existen derivaciones en la funcionalidad de la vigilancia, que si bien se justifican en estas razones generales, permiten adivinar la realización de actos privados, que pueden implicar el incumplimiento del objeto de la prestación de trabajo o el abandono puntual de sus funciones.

Por tanto, es a través de la constatación de la realización de funciones que nada tienen que ver con el trabajo, entre las que se encuentran acciones de tipo privado, cuando se constata el incumplimiento contractual por la parte del trabajador. Ahora bien, ¿Está legitimado el empresario para entrar en la esfera privada del trabajador para constatar que no está realizando su trabajo, de acuerdo a lo pactado?

Si bien la respuesta ante este interrogante debiera ser negativa, hay otras conductas del trabajador que no sólo se extralimitarían de la realización de su trabajo, sino que incluso pueden redundar en perjuicio de los intereses comerciales o mercantiles de la propia empresa. Son ejemplos de ello, el aprovechamiento de la esfera privada para realizar conductas contrarias a la buena fe contractual, incluso con perjuicios a la empresa, tales como espionaje industrial; o simplemente dañar la estructura y los elementos estructurales de la empresa por un uso indebido de los medios de producción (alterando el funcionamiento normal de los medios, recursos, o de la red informática de la empresa, a consecuencia de un empleo indebido y para fines distintos a los empresariales del correo electrónico o de Internet).

Así, cabría ordenar todos aquellos ámbitos en los que habría un interés empresarial en la vigilancia del trabajador, en principio con una finalidad legítima, pero con el riesgo de interferir en la esfera privada del trabajador, y por tanto, en la esfera de su derecho a la intimidad:

¹⁰⁰⁴ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: “Derechos Fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿Hacia una empresa panóptica?” *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 10, 2001. Pág. 11.

- Videovigilancia: A través de cámaras de vídeo se captan imágenes, e incluso sonidos, a través de los cuales es posible una monitorización del trabajador en la realización de su trabajo. Incluso, es habitual que las imágenes y, en su caso los sonidos, queden grabados a disposición del empleador, personas de su ámbito directivo y organizativo, e incluso terceros.
- Control de acceso, con registro de entradas y salidas, e incluso de localización en la empresa y fuera de ella (por ejemplo, a través del uso de tarjetas personales con identificación codificada que permiten obtener una completa información acerca de las entradas y salidas del lugar de trabajo, e incluso de los movimientos dentro del mismo centro; o los sistemas de control llamados “*biométricos*”, que identifican huellas dactilares, registros de voz, iris o retina, que permiten el acceso a determinadas zonas del centro de trabajo, a modo de claves, pero que registran la ubicación exacta de cada individuo y el tiempo en que tiene lugar).
- Control sobre el correo electrónico de los trabajadores, con la finalidad de vigilancia y control de uso correcto y no abusivo de esta herramienta puesta a disposición del trabajador para el desempeño profesional de su trabajo, pero que a la postre, puede ser utilizado como medio de comunicación privado del trabajador o para fines personales. Ello suscita el problema común acerca de la intromisión en una comunicación personal del trabajador interesado, pero desarrollada en tiempo de trabajo y mediante un elemento propiedad del empresario.
- Controles incorporados al ordenador del trabajador y/o ejercidos sobre su navegador de Internet, puesto a disposición del trabajador para su uso profesional, pero utilizado con fines particulares.
- Control sobre las conversaciones telefónicas de los trabajadores, a través del teléfono de la empresa, así como el uso de otras herramientas de trabajo, como el fax o medios equivalentes, que también pueden ser destinados a fines particulares.

3.3. MEDIOS DE CONTROL TECNOLÓGICO RESTRICTIVOS DE DERECHOS INDIVIDUALES.

3.3.1 El control del ordenador a través de programas espía.

Los distintos tipos de programas espía consisten en un software (*spyware*) que se instala a través de un programa en el ordenador del sujeto a vigilancia, sin su conocimiento y normalmente, sin su consentimiento.

El *spyware* puede recopilar información a través de la conexión a Internet sin que el usuario lo note. Una vez que el *spyware* ha sido instalado, el programa puede desplegar una serie de archivos escondidos en su sistema, que darán cuenta de todas o alguna de las actividades que el ordenador procesa.

Así, el *spyware*, una vez que está activado en el ordenador, puede interceptar prácticamente cualquier dato. Por lo general intercepta la actividad en Internet, los correos electrónicos, contactos y lo que se escribe en el teclado. El *spyware* también puede rastrear cualquier actividad en línea, identificar *webs* que el usuario haya visitado, así

como información financiera relacionada con los números de una tarjeta de crédito, números de cuenta en la pantalla, hábitos y compras en Internet y contraseñas. Algunos de estos programas, solo actúan cuando interceptan palabras clave.

El peligro de este tipo de programas es que pueden ser instalados de forma oculta por el empresario, pero también pueden provenir de ataques de terceros. Algunas veces, el mero consentimiento para descargar un programa para intercambiar música, libros, opiniones, etc, supone también dar el consentimiento, sin saberlo, para descargar *spyware*. Quizás el usuario no es consciente de la instalación del *spyware* porque su consentimiento está escondido en el contrato de la licencia de uso, conocido por sus siglas en inglés como *EULA*.

Por ello, es necesario ser precavido ante ventanas emergentes, donde el usuario contesta una pregunta haciendo clic en "*si*" o "*no*". El clic en cualquiera de las dos opciones, hace pensar al navegador que existe permiso para descargar el *spyware*.

Dentro de los programas espía destaca la técnica del "*Sniffer*". El término *Sniffer*, proviene del inglés, *sniff*, que significa oler. Un *Sniffer* es, por tanto, aquel que husmea. Técnicamente, un *sniffer* es un programa informático que registra la información que envían los periféricos, así como la actividad realizada en un determinado ordenador. Por tanto, supone una amenaza grave para la seguridad no sólo de una máquina sino también de toda una red, salvo que haya sido instalado interesadamente por alguien en un terminal, accediendo por tanto al tráfico confidencial, sin ningún tipo de cifrado, por las redes de la mayoría de las empresas.

Otro instrumento que permite conocer lo que se realiza a través del ordenador es el *keylogger* (registrador de teclas). Es un tipo de software o un dispositivo hardware específico que se encarga de registrar las pulsaciones que se realizan en el teclado, para posteriormente memorizarlas en un fichero o enviarlas a través de Internet. A través del control de las pulsaciones en el teclado, es posible saber los comandos utilizados, por ejemplo, a la hora de descifrar contraseñas o conocer el texto escrito de un mensaje. La versión avanzada de esta función, es la captura de pantallas "*screenshots*", que anulan la seguridad para salvaguardar la información existente en pantalla.

Los principales usos que se pueden dar a estos programas, son básicamente:

- La captura de contraseñas enviadas sin cifrar y nombres de usuario en red. Se utiliza en muchas ocasiones por atacantes (*hackers*) para dañar sistemas.
- Análisis de fallos para descubrir problemas en la red, tales como problemas de interconexión en la red.
- Medición del tráfico, mediante el cual es posible descubrir cuellos de botella en algún lugar de la red.
- Fundamentalmente, en aplicaciones cliente-servidor, permite analizar la información real que se transmite por la red.

Por tanto, cuando es el empresario quien utiliza estos programas, está invadiendo una esfera del trabajador que puede pertenecer a su privacidad, actuando seguramente

contra el principio de buena fe, de forma oculta y con una finalidad ilegítima. Sin embargo, como se analizará en el Capítulo correspondiente al control por el empresario de los medios técnicos, existen múltiples situaciones, en las que bien por haber obtenido el consentimiento, bien por motivos de seguridad, o bien para descubrir un hecho imputable al trabajador especialmente grave, este tipo de actuaciones podrían estar justificadas, ser proporcionales y adecuadas a una finalidad legítima.

3.3.2 El "robo" de información a través de conexiones inalámbricas a Internet (*Wi-Fi*).

Las redes inalámbricas enlazan a múltiples ordenadores, impresoras y otros aparatos, de forma que permiten interconectar todo sin cables. Es frecuente que estos sistemas tengan las configuraciones de seguridad apagadas o desconectadas cuando se utilizan, de forma que puede ser relativamente fácil entrar en ellas. La mayoría de las redes inalámbricas utilizan el protocolo 802.11, también conocido como *Wi-Fi*.

Con un ordenador y un software no es difícil localizar redes inalámbricas sin protecciones de seguridad. El ordenador captura la información que se transmite por la red sin protección, o con la protección desactivada, "robando" los datos que circulan por la red. La mayoría de los puntos de acceso de *Wi-Fi* como los *routers* y *gateways* utilizan un nombre predeterminado (conocido como SSID) y credenciales administrativas predeterminadas (nombre de usuario y contraseña). Estas configuraciones predeterminadas, si no se cambian tras la instalación de una red *Wi-Fi*, desactivan algunas configuraciones de seguridad para simplificar su puesta en servicio, facilitando robar, alterar y destruir datos por un intruso, o agregar programas adicionales a su red sin que el usuario se dé cuenta.

Los puntos de acceso *Wi-Fi*, en los que es posible conectarse a Internet desde cualquier dispositivo preparado para ello, son un punto frágil para la información. Las ubicaciones con puntos de acceso *Wi-Fi*, utilizados normalmente para revisar el correo electrónico y navegar en Internet, pueden estar preparados para obtener la información que circula desde o hasta nuestro dispositivo.

Debido a que los puntos de acceso *Wi-Fi* no son seguros, las conexiones por Internet quedan expuestas a la intrusión. Los *hackers* pueden interceptar el tráfico que atraviesa por la red y robar su información.

Para solucionar estos problemas de seguridad, no deben transmitirse por la red datos o comunicaciones privadas desde un punto de acceso *Wi-Fi*, salvo que se garanticen medidas de seguridad. El empresario, en ejercicio de su deber de protección de los derechos de los trabajadores, así como de los datos de su propia empresa, debe adoptar las medidas de seguridad que impidan la captación de mensajes o datos a través de las conexiones *Wi-Fi*, informando a los trabajadores, tanto de los riesgos como de las medidas. Estas medidas de seguridad consisten por ejemplo, en la instalación de *VPN* (*Virtual Private Network* o Red Virtual Privada), certificados y protocolos de navegación segura. La red *VPN* transmite información codificada por la conexión *Wi-Fi*, por lo que la información interceptada no sirve de nada. Los certificados de navegación segura crean una conexión fiable entre el cliente y el servidor, evitando la interceptación de datos.

3.3.3 Las técnicas de control biométrico para la identificación del trabajador.

3.3.3.1 El control biométrico: Su utilización en el ámbito laboral y la incidencia en la intimidad del trabajador.

El control biométrico identifica a una persona por una característica física e intransmisible. Este dato biométrico es universal (característica de todo ser humano), único (distintivo y peculiar de cada persona) y permanente (acompaña a la persona desde su nacimiento hasta la muerte). Estas tecnologías permiten identificar al sujeto por sus huellas personales, activando claves vinculadas a estas características. Las huellas pueden ser de todo tipo, siendo las más frecuentes por genuinas, las huellas dactilares, la geometría de las manos o de la cara (técnicas de reconocimiento facial), el iris, el análisis de la retina o la voz.

Son datos biométricos aquellos aspectos físicos que, mediante un análisis técnico, permiten distinguir las singularidades que concurren respecto de dichos aspectos y que, resultando que es imposible la coincidencia de tales aspectos en dos individuos, una vez procesados, permiten servir para identificar al individuo en cuestión¹⁰⁰⁵.

La utilidad de los datos biométricos, en general con fines de control y seguridad, consiste en asegurar y acreditar la realización de un hecho por el individuo en el momento que es captado por un receptor que lo identifica. A esta identificación es posible asignarle unos efectos que permitirán realizar una serie de acciones concretas e individuales o bien, permitirán identificar a la persona para localizarla o conocer qué puede estar haciendo en el momento en que es captado a través de sus singulares características.

Por tanto, en este proceso de reconocimiento, intervienen dos fases: La primera fase de inscripción o alistamiento de muestras biológicas, que serán utilizadas como muestra de los rasgos singulares del sujeto, transformándose en una secuencia numérica que conforma una plantilla. La segunda fase es la comparación de la plantilla almacenada con una muestra recogida del sujeto, al efecto de comprobar su equivalencia.

Sin embargo, también es muy útil el control biométrico para analizar y contrastar huellas o rastros, con la identidad de una persona a la que se imputa un hecho. En el ámbito penal y criminológico, así como en la búsqueda de personas víctimas de accidente o siniestro, los restos son contrastables con la información genética de su titular, lo que permite reconstruir y asegurar evidencias, hechos e identidades.

Naturalmente, esta utilización también ha llegado al derecho laboral. En la indeterminada forma en que el ET permite el ejercicio del control empresarial a los trabajadores, caben estos sistemas de identificación, si bien, con las cautelas y límites que supone el respeto a la dignidad de la persona y a los derechos fundamentales.

La identificación por huellas biométricas es de aplicación principalmente como clave de acceso a lugares restringidos. La portabilidad de un documento, tarjeta o una clave no asegura la identidad de la persona que accede, sin embargo, la huella biométrica sí lo hace. Estas tecnologías ya se incorporan a dispositivos de carácter personal, como por ejemplo, el desbloqueo del teléfono móvil, *tablets* y similares. En la medida que estos

¹⁰⁰⁵ Informe 0324/2009 AEPD.

dispositivos pertenezcan a la empresa y cuenten con sistemas de desbloqueo, la utilización exclusiva, que no tiene por qué ser privada, mantendría en secreto la clave "biométrica" del trabajador, sin perjuicio del desbloqueo o cambio de clave, cuando se devuelva. En estos casos el dispositivo está preparado para captar una huella dactilar, por ejemplo, que será el patrón de uso que posteriormente se utilice para el desbloqueo.

Los lugares de acceso controlados por la empresa, sin embargo, necesitan tomar la muestra como referente para poder activar la clave que permite la entrada o estancia en un local o en un espacio determinado. En este momento, se produce ya una primera restricción de derechos por parte de la empresa, al conocer un aspecto tan privado como es la identificación y codificación de una característica biométrica del trabajador.

En una segunda fase, tras la toma de la muestra, saber donde se encuentra el trabajador en un momento dado a efectos de acceso o cruce con un identificador, implica un control permanente, útil para comprobar el cumplimiento de la jornada, descansos, horarios de entrada o salida, etc. El planteamiento en este caso, radica en determinar si para el ejercicio de un control genuinamente laboral, como es el del horario, es proporcional utilizar una técnica tan invasiva de la intimidad corporal del trabajador.

En relación con el derecho a la intimidad, en la obtención de la muestra se puede acceder a determinada información que debidamente interpretada puede revelar determinadas características personales que la empresa no estaría legitimada a conocer. Son ejemplos de algunas huellas biométricas que pueden revear aspectos sensibles, el análisis del ojo, u otros datos fisiológicos que permiten adivinar si el sujeto tiene alguna enfermedad (hipertensión, diabetes, etc), o bien si ha consumido drogas o alcohol¹⁰⁰⁶.

Cuando el control biométrico se convierte en control biomédico, es decir, es susceptible de recabar información médica del sujeto, el derecho a la intimidad debe prevalecer con carácter absoluto al interés empresarial, pues entonces se pone en juego no solo el derecho a la intimidad, sino el propio desarrollo de la persona y su dignidad¹⁰⁰⁷.

Además, el riesgo de que un tercero que accede a dicha información la transmita o almacene para otros fines, supone una intromisión a la intimidad del trabajador, que trasciende el plano laboral reduciendo su intimidad más personal.

Por ello, el control empresarial a través de estos sistemas debe realizarse con las cautelas propias de la confrontación de los derechos en juego, lo que implica razonar y justificar el uso y la finalidad de estos dispositivos. Como en otras tantas ocasiones, los procedimientos de control han de venir delimitados por el ámbito del contrato de trabajo, no debiendo trascender a la esfera personal. Ello implica que los datos obtenidos únicamente se puedan utilizar para la finalidad prevista, en la medida que no se puedan utilizar otras vías menos gravosas o restrictivas de derechos¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁶ POQUET CATALÁ, Raquel: "El actual poder de dirección y control del empresario". Cuadernos de Aranzadi Social. Ed. Aranzadi. Cizur Menor. 2013. Págs 282-283.

¹⁰⁰⁷ CONTRERAS MAZARÍO, José M^a: "Derecho a la intimidad, pruebas biomédicas y relaciones laborales. Especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas". *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (Universidad Carlos III), N.º 9, Julio-Diciembre 2000. Págs. 189-224.

¹⁰⁰⁸ FARRIOLS I SOLÁ, Antoni: "Introducción", en FARRIOLS I SOLÁ, Antoni (Dir.): "La protección de datos

Se aplicará así el principio de proporcionalidad para justificar que el control biométrico, al asegurar necesariamente la identidad de la persona, es fundamental para salvaguardar el acceso o la estancia en determinado lugar o aplicación (puede incluso, tratarse del acceso a una aplicación en pantallas de ordenador o dispositivos similares). Cuando el acceso restringido por razones de seguridad, o la manipulación de determinadas aplicaciones que guarden secretos de empresa, bienes de valor o dinero, solo pueda asegurarse por este sistema, la actuación empresarial será legítima. Pero ello ha de implicar además el cumplimiento de otras formalidades.

Atendiendo a la proporcionalidad y como salvaguarda al derecho a la intimidad, el control debe ser informado al trabajador, quien debe aceptar someterse voluntariamente a la captación de sus datos o huella biométrica. La información sobre la justificación y la finalidad impedirá que no sea legítima su utilización para otros fines. Es fundamental, por tanto, para el equilibrio de derechos, la advertencia al trabajador y la indicación de cómo se realizará ese control y qué medios se utilizarán.

Así, en el ámbito de lo Social, la STSJ de Murcia de 25 de enero de 2010 enjuicia la implantación de un sistema de acceso mediante obtención de parámetros biométricos consistentes en huellas digitales para su lectura electrónica.

No se advirtió vulneración del derecho a la intimidad, al no existir intromisión ilegítima en la información o en los datos de los trabajadores, pues la imagen de la huella ni se podía ver, ni podía ser captada por un tercero. Al no existir constancia de que el sistema fuera utilizado con otra finalidad y, habiéndose informado a los trabajadores, no puede considerarse la medida desproporcionada con el interés empresarial. Tampoco se transgredió el derecho de información de los trabajadores, pues todos fueron informados de la implantación del nuevo sistema de control de acceso que consistía en la lectura digital de determinados datos biométricos de sus huellas digitales. El hecho de cumplir además con la normativa de protección de datos, hace que constituya un medio válido acorde a su finalidad, que por tanto, puede utilizar el empresario¹⁰⁰⁹.

Por último, los datos biométricos pueden ser de utilidad para la comprobación de hechos ocurridos en los que una huella, en principio no atribuible a nadie en concreto, es fundamental para averiguar quien realizó determinado comportamiento, a quien imputar una conducta o saber de quién son determinados restos. Ahora bien, estos datos, así como la información genética que puedan portar, son datos especialmente protegidos, sobre los que se han de aplicar los principios de necesidad, relevancia y proporcionalidad, obtenidos con el consentimiento del trabajador, abierto a éste y sin aplicarse a fin discriminatorio alguno¹⁰¹⁰.

de carácter personal en los centros de trabajo". Ed. Cinca. Madrid, 2006. Pág. 25.

¹⁰⁰⁹ STSJ de Murcia (Sala de lo Social), de 25 de enero de 2010, rec. N.º 1071/2009 (Id. Cendoj: 30030340012010100047).

¹⁰¹⁰ CALVO GALLEGOS, Francisco Javier: "Test genéticos y vigilancia de la salud del trabajador". *Revista Digital de Seguridad y Salud en el Trabajo*. N.º 1. 2008. Pág. 9.

3.3.3.2 La obtención, recogida y almacenamiento de datos biométricos y el derecho a la protección de datos del trabajador.

La obtención y recogida de la información biométrica implica también su conservación o eliminación, sin olvidar que son datos personales, en tanto que identifican a la persona. Por tanto, deben cumplir los condicionantes que establece la LOPD.

A nivel de referencia, el Supervisor Europeo de Protección de Datos, si bien reconoce las ventajas generales que ofrece la utilización de datos biométricos, siempre ha insistido en las importantes repercusiones que dicha utilización tiene sobre los derechos de los individuos y ha sugerido que se instauren garantías rigurosas para la utilización de esos datos en cada uno de los sistemas.

En el ámbito de lo penal, un ejemplo, es la STEDH de 4 de diciembre de 2008, en el asunto *S. y Marper* contra el Reino Unido, en la que se hacen indicaciones útiles en este contexto, especialmente en lo que se refiere a la justificación y los límites de la utilización de datos biométricos. En particular, en cuanto a la utilización de información relativa al ADN, hay que tener en cuenta que ésta puede revelar información sensible acerca de las personas, advirtiendo que el derecho a la vida privada resulta ya comprometido por la mera conservación y almacenamiento de muestras biológicas y perfiles genéticos.

En esta sentencia, el TEDH, pese a rechazar la queja formulada en relación con la obtención de una muestra biológica de quien había sido condenado por un grave delito, aceptó que la obtención de una muestra bucal puede constituir una intromisión en la intimidad del demandante, dado que la sistemática retención de este material y el perfil de ADN excede del ámbito de la identificación neutra de caracteres tales como las huellas digitales y es suficientemente invasiva para considerarla una intromisión en la vida privada en los términos del art. 8.1 CEDH (§ 2).

La utilización a gran escala de datos biométricos en los sistemas de información es también problemática debido a las inexactitudes inherentes a la recogida y comparación de dichos datos. El Supervisor Europeo de Protección de Datos considera que sería útil elaborar criterios básicos para la utilización de datos biométricos. Estos criterios deberían garantizar que los datos sólo se utilicen cuando sean necesarios, adecuados y proporcionados y se haya demostrado la existencia de una finalidad explícita, específica y legítima. Más concretamente, los datos biométricos, y en particular los relativos al ADN, no deberían utilizarse cuando se pueda alcanzar el mismo efecto utilizando otra información menos sensible¹⁰¹¹.

Para la obtención de huellas biométricas, por la grave intromisión que puede suponer para el individuo, tanto por la intromisión de su derecho a la intimidad, como por el de protección de datos, es necesario el consentimiento del afectado. Estas huellas biométricas pueden aportar más información que la mera identificación. Por ejemplo, una imagen puede revelar el origen étnico o la raza de una persona (datos sensibles), pero los

¹⁰¹¹ Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 10 de julio de 2009, sobre la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativa a un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos (DO C-276 de 17 de septiembre de 2009). Págs 18 y 19.

datos genéticos (ADN), pueden además reportar incluso la predisposición a sufrir determinadas enfermedades.

A este respecto, el TC ha considerado que la extracción de muestras genéticas puede conllevar una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal en razón de su finalidad, sobre todo cuando se trata de una información que afecta la esfera de la vida privada que el sujeto puede no querer desvelar (STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 6º). En reiteradas ocasiones, el TC ha afirmado que el análisis de la muestra biológica supone una injerencia en el derecho a la privacidad por los riesgos potenciales que de tal análisis pudieran derivarse (SSTC 13/2014, 14/2014, 15/2014, 16/2014, de 30 de enero, FJ 3º, 23/2014, de 13 de febrero, FJ 2º y 43/2014, de 27 de marzo, FJ 2º).

En estas sentencias se recuerda la doctrina del TC en relación con el derecho a la intimidad, con particular atención a las resoluciones dictadas en esta materia de intervenciones o reconocimientos corporales (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre; 196/2004, de 15 de noviembre; 25/2005, de 14 de febrero, y 206/2007, de 24 de septiembre).

En estos casos, resulta de especial importancia el consentimiento del afectado, como así lo ha puesto de manifiesto la STC 135/2014, de 8 de septiembre, que además perfila los requisitos para la obtención de material genético en una investigación criminal, con respeto al derecho a la intimidad. En el caso enjuiciado, la obtención de la muestra se llevó a cabo en el marco de una investigación criminal con el fin de determinar la eventual participación del recurrente en los hechos objeto de imputación. El examen del contenido del acta policial de obtención de muestras biológicas permite constatar que el recurrente fue informado no solo del tipo de intervención corporal que se iba a practicar sino también que su fin era llevar a cabo estudios de ADN que permitiesen determinar su perfil genético y realizar los estudios comparativos necesarios, así como su cotejo en la base de datos de ADN. También se le informó que los perfiles genéticos del recurrente se cotejarían con los existentes en la base de datos de ADN. Por tanto, en estas circunstancias se cumplió con la necesidad de información previa, por lo que el consentimiento fue informado y no hubo lesión del derecho a la intimidad (FJ 4º).

En relación a otros aspectos menos polémicos y gravosos, en relación a los datos personales, también se planteó ante el Supremo si la lectura biométrica de la mano, como sistema de control horario, vulnera el derecho a la protección de datos de los empleados de la Administración que implantó el sistema¹⁰¹². El TS estimó que el sistema biométrico no era nocivo para la salud, ni suponía una lesión a la integridad física y moral, ni a la intimidad, siendo acorde a la finalidad perseguida y plenamente legítima¹⁰¹³.

En los Tribunales inferiores, se ha constatado la idoneidad en la captación de huellas biométricas, como la lectura de la mano¹⁰¹⁴. Así, se ha declarado lícito el sistema

¹⁰¹² Véase GOÑI SEIN, José Luis: "Controles empresariales: Geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos". *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. N.º 39. Agosto 2009. Pág. 55.

¹⁰¹³ STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 2 de julio de 2007, rec. N.º 5017/2003.

¹⁰¹⁴ Véase TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo: "El poder de control empresarial en la era tecnológica. Visión panorámica de una cuestión inacabada". *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios

utilizado por una Administración Pública consistente en la lectura biométrica mediante infrarrojos de determinados datos de la mano de los funcionarios y trabajadores, los cuales eran utilizados como vía para identificar el control horario. Si bien había otras formas de control, el Tribunal estimó que *“la existencia de otros posibles sistemas igualmente idóneos para conseguir la referida finalidad, no convierte el sistema enjuiciado en ilegal, siendo legítimo que la Administración opte, dentro de la legalidad, por aquel sistema que considere más conveniente”*. La justificación de la medida ha de tener en cuenta la legitimidad de la Administración en el uso de la tecnología como medio de control, sin perjuicio de reconocer el carácter imperfecto de estos medios, tanto el sistema de firma, por su posible manipulación, como el sistema de reloj y ficha, por no impedir la sustituibilidad en su cumplimiento¹⁰¹⁵.

Se aprecian por tanto pronunciamientos que sitúan ya en la órbita del derecho a la protección de datos aquellos medios de control que implican la recopilación y tratamiento de datos personales. Ello conlleva que además de valorar si la utilización de dispositivos con datos biométricos vulnera el derecho a la intimidad del trabajador, supone también una lesión del derecho a la protección de datos, en cuanto a la legítima utilización de los captados para una determinada finalidad.

En relación a la normativa de protección de datos, aplicada al terreno laboral, conviene tener en cuenta los siguientes criterios, establecidos por la propia AEPD¹⁰¹⁶:

- Si bien el tratamiento de los datos biométricos no revela nuevas características referentes al comportamiento de las personas, sí permite, lógicamente, su identificación, por lo que resulta evidente que, en caso de procederse a su tratamiento, éste deberá ajustarse a la LOPD.
- El problema es determinar si el tratamiento de los datos biométricos puede ser considerado excesivo para el fin que motiva dicho tratamiento. Es decir que el control empresarial necesite, justifique y demande el uso de estos dispositivos.
- Si bien no será preciso el consentimiento del interesado, al tratarse de una relación laboral, si deberá advertirse al trabajador de sus derechos de información y, especialmente, de las consecuencias disciplinarias que podría acarrear su negativa a que la huella sea tratada.

3.3.4 Métodos de control a través de Identificación por radiofrecuencias (RFID).

3.3.4.1 Las RFID y el derecho a la intimidad.

Las siglas RFID (*Radio Frequency Identification*) hacen referencia a la identificación por radiofrecuencia. Los principales componentes de la tecnología de identificación por radiofrecuencia son una etiqueta (es decir, un microchip), un lector y una aplicación que está vinculada a las etiquetas y los lectores mediante *“middleware”* y que

Financieros). N.º 267. Junio 2005. Pág. 41.

¹⁰¹⁵ STSJ de Cantabria (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 21 de febrero de 2003, rec. N.º 763/2002 (Ar. JUR 2003\122751).

¹⁰¹⁶ Informe 0324/2009 AEPD.

trata los datos producidos.

Las etiquetas RFID, también llamadas "*etiquetas inteligentes*" se pueden incorporar a objetos, animales y personas. Se pueden usar para recoger y almacenar datos personales como historias médicas, para seguir los movimientos de las personas o para observar su comportamiento con diferentes fines, sin que el individuo sea consciente de ello.

La etiqueta consiste en un circuito electrónico que almacena los datos y una antena que los comunica por ondas de radio. El lector consta de una antena y un demodulador que traduce la información analógica recogida en forma de datos digitales. Estos dispositivos emplean radiofrecuencias para capturar datos procedentes de etiquetas dotadas de una identificación única, que son susceptibles de gestionarse y tratarse en bases de datos, pudiendo luego transferirse estos datos a través de las redes de comunicaciones existentes.

El uso extendido de estas tecnologías en la industria y servicios es especialmente importante para la logística, transporte y comercio, siendo fundamental el papel del consumidor, cuya confianza es necesaria en la implantación del sistema. Para lograr este objetivo, es necesario velar por la protección de sus derechos fundamentales, incluido el derecho a la intimidad y a la protección de datos. Además, cuando estos dispositivos están conectados a las redes públicas de comunicaciones electrónicas debe aplicarse la normativa aplicable a la privacidad y las comunicaciones electrónicas, incluidas las relativas a seguridad, datos de tráfico y de localización, y a la confidencialidad.

Su aplicación en el ámbito de la empresa implica nuevas posibilidades de control empresarial. En un primer momento, estas etiquetas pueden servir para controlar el acceso al centro de trabajo, pudiendo desconocer el trabajador que la tarjeta o etiqueta que le caracteriza sirve también para otros usos. Una vez instalado el sistema, toda la información recopilada al trabajador puede almacenarse en bases de datos, que muestren todas las entradas y salidas o las pausas del trabajador en su tiempo de trabajo.

Sin embargo, las etiquetas asociadas a un objeto, producto o documento pueden también medir los tiempos de producción, manipulación y desplazamiento del trabajador en la empresa. Las etiquetas pueden colocarse en una chapa, tarjeta o incluso en el uniforme de trabajo, desconociendo el trabajador la monitorización a la que está sometido.

En función de los lectores situados en la empresa, el trabajador puede ser observado de forma oculta, lo que puede llevar a conocer determinados aspectos relacionados con su vida privada, que tienen lugar en el centro de trabajo. Se plantea así una primera intromisión en su derecho a la intimidad, al conocerse, por ejemplo, cuando se realizan micropausas, cuando sale el trabajador del centro (a fumar, a realizar una gestión), qué hace en los periodos de descanso, o cuántas veces entra en el servicio.

De esta forma, los mayores riesgos de este sistema, en lo que se refiere a la intimidad y protección de datos, radican en la facilidad para elaborar indiscriminadamente perfiles del sujeto ante la información masiva y estricta que recopila. Por otra parte, no se puede olvidar el problema de identificación o de "*robo de identidad*", cuando el sujeto que

porta el dispositivo no es la persona a la que se asocian los datos¹⁰¹⁷.

En este sentido, la Comisión Europea ha aprobado una Recomendación sobre la aplicación de los principios relativos a la protección de datos y la intimidad en las aplicaciones basadas en la identificación por radiofrecuencia, en la que propone algunas medidas para prevenir los riesgos específicos de esta tecnología¹⁰¹⁸:

Concretamente, se trata de que los Estados miembros, en colaboración con la industria, la Comisión y otras partes interesadas, tomen las medidas adecuadas para informar y sensibilizar a los poderes públicos y a las empresas, en particular a las PYME, sobre los beneficios y los riesgos potenciales asociados al uso de la tecnología RFID, prestando particular atención a la información sobre los aspectos relacionados con la seguridad y la intimidad (Aptdo 15).

En este sentido, incide en la necesidad de informar y sensibilizar al público en general, sobre sus beneficios y sus riesgos, así como las consecuencias de su uso, antes de la generalización de esta tecnología (Aptdo 16).

De estas recomendaciones, sí cabe aplicar que en el caso de las empresas que establezcan este tipo de sistemas de control, tendrían que valorar previamente los efectos sobre la intimidad y la protección de datos de los trabajadores. En este caso, en España, sería además aplicable el art. 64.5.f) ET, en el que se prevé un informe del Comité de empresa previo a la implantación de sistemas de control de trabajo. Este informe implica, por tanto, una previa información a los representantes de los trabajadores para su posterior valoración. Por ello, en principio, parece deducirse que la regla general es que no debe haber un control oculto utilizando esta tecnología, pues no sería proporcional a una finalidad concreta y legítima del empresario.

Así, la empresa que recurra a las etiquetas RFID como medio de control empresarial debería, previamente a su implantación, evaluar los riesgos que las mismas podrían suponer para la protección de los datos personales y la intimidad de los trabajadores. Y una vez evaluados esos riesgos debería adoptar las medidas técnicas y organizativas necesarias para garantizar dicha protección, designando a una persona o grupo de personas para que se responsabilicen de la revisión periódica de las evaluaciones y medidas técnicas implantadas. En todo ese proceso y, sobre todo, en su aplicación, debería garantizarse siempre la seguridad de la información.

En cuanto a la información a los trabajadores, éstos deberían ser informados sobre la implantación de un sistema de etiquetas RFID en la empresa, lo que exigiría prever la elaboración y difusión a todo el personal de la empresa de un documento donde, como mínimo, se recoja en qué consisten y cuál es la finalidad de las etiquetas RFID. En cierta medida, esta información debiera ser suficiente para que los trabajadores conozcan la vigilancia y sus razones, y de esta forma no alberguen expectativa de intimidad alguna.

A su vez, debería informarse a los trabajadores o a sus representantes de los datos

¹⁰¹⁷ FARRIOLS I SOLÀ, Antoni: "Introducción", en FARRIOLS I SOLÀ, Antoni (Dir.): *"La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo"*. Ed. Cinca. Madrid, 2006. Pág. 33.

¹⁰¹⁸ Recomendación de la Comisión de 12 de mayo de 2009. DOCE L 122, de 16 de mayo de 2009.

que se procesan, en particular si se trata de datos personales, y si se controla la localización de las etiquetas. Debería informarse sobre el tipo concreto de etiqueta RFID utilizada, la localización de los lectores, así como su alcance.

Respecto a otros medios de control, hay que destacar que este dispositivo permite fácilmente un control invisible. El "chip" instalado en un objeto susceptible de ser llevado encima por la persona, permite adquirir una información precisa sobre la persona, y en su interconexión con otros medios, permite hacer un seguimiento del trabajo o actividad desarrollada con gran precisión. Se ha denominado "tecnología invisible" porque los trabajadores que la portan pueden no ser conscientes de ello. Por ello, algunos autores plantean para asegurar la intimidad de los trabajadores y la legalidad de la medida, la realización de protocolos de actuación, códigos de buenas prácticas, con el objeto de informar y sensibilizar a los trabajadores y sus representantes de estos dispositivos y de su utilidad (para fines de organizar el trabajo, logística, optimización de la cadena de producción o incluso, control del personal), de forma similar a como se han generalizado estos protocolos en el uso de Internet y del correo electrónico¹⁰¹⁹.

En este ámbito, no podemos dejar de aludir al principio de proporcionalidad que rige para cualquier limitación de derechos. Este principio obligaría a valorar si la medida es necesaria, si existen otras medidas menos gravosas e igualmente eficaces y, finalmente, si el beneficio obtenido justifica el menoscabo de derechos provocado.

En resumen, el hecho de adoptar una tecnología tan invasiva, que monitoriza en todo momento al trabajador, debe ser proporcionada al interés empresarial. Es decir, no puede implantarse un control excesivo, arbitrario e ilimitado que afecte a la intimidad. Por otra parte, los datos obtenidos han de someterse a los requisitos que la LOPD impone para la captación, almacenamiento y tratamiento de estos datos.

3.3.4.2 Radiofrecuencias y protección de datos.

La Directiva sobre protección de datos y la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas¹⁰²⁰ se aplican a la recopilación de datos mediante aplicaciones RFID. Entre otras cosas, estas Directivas exigen salvaguardas adecuadas de protección de la privacidad para operar con aplicaciones RFID.

La Directiva sobre privacidad y las comunicaciones electrónicas se refiere a las RFID en su art. 3: "*La presente Directiva se aplicará al tratamiento de datos personales en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público en las redes públicas de comunicaciones de la Comunidad, incluidas las redes públicas de comunicaciones que den soporte a dispositivos de identificación y recopilación de datos*". Ello se completa con el considerando 56: "*El progreso tecnológico permite desarrollar nuevas aplicaciones basadas en dispositivos de recopilación de datos e identificación, que podrían ser dispositivos sin contacto que utilizan radiofrecuencias*".

¹⁰¹⁹ GALA DURÁN, Carolina y ROIG BATALLA, Antoni: "El uso de las etiquetas de identificación por radiofrecuencia en las empresas: ¿Un nuevo riesgo para los derechos de los trabajadores? *Actualidad Laboral*. N.º 8, abril 2010. Tomo I. Pág. 860.

¹⁰²⁰ 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. DO L 201 de 31 de julio de 2002.

De esta forma, la implantación de un sistema de identificación a través de etiquetas RFID en la empresa debe respetar los principios y normas de la LOPD y su normativa de desarrollo. Este derecho a la protección de datos del trabajador es complementario a la garantía del derecho a la intimidad del trabajador, siendo válidos los juicios comentados anteriormente sobre la justificación y razonabilidad en la aplicación de esta medida.

La protección de los datos personales del trabajador implica también la legitimidad de la medida, a efectos del tratamiento de datos. Por ello, tanto los productores o desarrolladores de este tipo de productos, deben tener en cuenta que son de plena aplicación los principios de la LOPD y por lo que debe realizarse un juicio previo sobre la necesidad de utilizar la tecnología RFID, definiendo claramente las finalidades y usos de las mismas y siendo proporcionales al objetivo perseguido. Además, deberán adoptarse previsiones en relación con la cancelación posterior de los datos personales recopilados cuando no resulten necesarios.

Los afectados pueden ser no solo trabajadores, sino también, clientes, y en general cualquier persona cuya información se indexe mediante el uso directo o indirecto de estas etiquetas. Todas estas personas deberán ser informadas de la existencia del tratamiento en los términos del art. 5 LOPD. Para ello, deberán tenerse en cuenta de modo muy específico las siguientes recomendaciones, sobre la información a facilitar¹⁰²¹:

- Debe ser clara y, sobre todo, accesible cuando las etiquetas se empleen en ámbitos como el comercial utilizando, cuando sea necesario, carteles claramente visibles.
- Debe indicar el uso de etiquetas, su localización en el producto, la existencia de lectores y si los *tags* serán objeto de monitorización.
- Debe indicar el modo de desactivar las etiquetas o extraerlas de los objetos.
- Debe incluir todos y cada uno de los contenidos requeridos por el art. 5.1 LOPD.

Respecto a la prestación del consentimiento, debe analizarse previamente en qué casos podrán utilizarse las etiquetas con consentimiento del afectado y en cuales no resulta necesario. En el ámbito laboral, el hecho de que no sea necesario el consentimiento del trabajador para la obtención de datos, no excluye de la obligación de informar sobre el hecho y la finalidad de los datos. Por tanto, salvo casos muy graves, el control oculto a través de estos dispositivos, no debe considerarse lícito.

El consentimiento debe ser previo, libre, específico e informado, de forma que sea inequívoco, ante el carácter tan invasivo que puede afectar incluso a la propia dignidad de la persona, sobre todo, ante ámbitos especialmente sensibles, ya sea por las características de los afectados (menores), o por la naturaleza de los datos, como por ejemplo, los relacionados con la salud¹⁰²².

¹⁰²¹ Véase la Guía sobre seguridad y privacidad de la tecnología RFID. INTECO. AEPD. Mayo 2010.

¹⁰²² PIÑAR MAÑAS, José Luis: “Protección de datos y relaciones laborales”, en FARRIOLS I SOLÀ, Antoni (Dir.): “*La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*”. Ed. Cinca. Madrid, 2006. Pág. 150.

En cuanto a los propios dispositivos RFID debe garantizarse la seguridad de todos y cada uno de los recursos personales, organizativos y técnicos, *hardware* y *software*, relacionados con los tratamientos de datos vinculados a las RFID. En este sentido, la implantación de esta tecnología debe respetar las previsiones del RLOPD. Las medidas de seguridad serán particularmente relevantes cuando la naturaleza de los datos exija aplicar un nivel de protección alto, y cuando debido a la interoperabilidad de este tipo de productos, la información pudiera ser accesible a otros sujetos o entidades distintas al responsable de los tratamientos.

En particular, puede deducirse de esta normativa ciertos parámetros de seguridad en el diseño, de forma que toda etiqueta RFID pueda ser automáticamente desactivada si pasa a manos de otra persona, sin que a partir de ese momento puedan tomarse datos.

En el ámbito laboral, estas etiquetas deberían permitir su desactivación automática en los casos de no estar el trabajador sujeto a la jornada o tiempo de trabajo, pudiendo éste, incluso comprobar mediante alguna señal que el dispositivo se encuentra desactivado. Incluso, una medida preventiva para salvaguardar el derecho a la intimidad sería la desactivación voluntaria de la etiqueta por parte del usuario.

Si bien el uso de estos dispositivos tiene una finalidad de control en el ámbito laboral, en cuanto a la organización y tiempos de producción o el control de acceso, cabe plantearse su utilización con fines disciplinarios, una vez que con estos dispositivos de acredite un incumplimiento laboral. Para ello, el dispositivo ha de ser fiable en el sentido de imputar una conducta a su autor real, pero además sería necesario confirmar por otros medios los ilícitos cometidos. No existe seguridad absoluta de que el trabajador pudiera interceptar o suplantar su personalidad al sentirse "*vigilado*", por lo que no podría emplearse como prueba exclusiva de la conducta que se le imputa¹⁰²³. Distinto sería si la etiqueta que identifica una prenda, por ejemplo, es sustraída por el trabajador o por otra persona indebidamente.

3.3.5 *Smartphones* y teléfonos móviles.

¿Qué es un *smartphone*? A primera vista es un "*maravilloso*" aparato que nos permite tener Internet en el bolsillo. Un *smartphone* nos da a nivel personal mucha libertad de comunicación e intercambio de informaciones con una o muchas personas, independiente de nuestro lugar físico y del lugar físico de los otros. Pero, por otro lado, se transforma fácilmente en un instrumento de control físico y digital, tanto a nivel personal como a nivel político, llegando al extremo de la observación digital masiva y global de la *National Security Agency*¹⁰²⁴ (NSA) en Estados Unidos, así como de otras organizaciones

¹⁰²³ GALA DURÁN, Carolina y ROIG BATALLA, Antoni: "El uso de las etiquetas de identificación por radiofrecuencia en las empresas: ¿Un nuevo riesgo para los derechos de los trabajadores? *Actualidad Laboral*. N.º 8, abril 2010. Tomo I. Pág. 862.

¹⁰²⁴ La NSA (Disponible en: <https://www.nsa.gov/>) es la Agencia de inteligencia del Gobierno de los Estados Unidos que se encarga de todo lo relacionado con la seguridad de la información. Los documentos sobre programas de vigilancia secreta sacados a la luz por Edward Snowden en 2013 demostraron que la NSA intercepta las comunicaciones de unas 1000 millones de personas en todo el mundo y vigila las comunicaciones de los teléfonos móviles de cientos de millones de personas, situándola como uno de los principales responsables de la red de vigilancia masiva. En Estados Unidos, recopila y almacena los

estatales o privadas en países democráticos y no democráticos¹⁰²⁵.

El impacto del *smartphone* ha provocado una verdadera transformación en el comportamiento de los usuarios y en su mentalidad, así como una verdadera modificación de los hábitos de conducta. Todas las estadísticas confirman que la fragmentación de las actividades e incluso la realización de microactividades es una de las características de esta nueva forma de comportamiento.

Se calcula que un usuario medio consulta el *smartphone* 150 veces al día, bien para realizar o atender llamadas, acceder a Internet, consultar el correo electrónico, acceder a redes sociales, para realizar transacciones o para el comercio electrónico, para intercambiar mensajes, acceder a plataformas de comunicación instantánea, incluso, para medir tiempos, realizar grabaciones de vídeo o audio, tomar fotografías, etc.

Es una herramienta ideal para la gestión de actividades, tanto personales como profesionales, que forma parte de nuestros complementos que siempre llevamos encima y que además, es fácilmente interconectable con el ordenador o con un vehículo.

Todas estas características representan una oportunidad empresarial para dotar de esta herramienta a sus trabajadores, siempre conectados, siempre disponibles. Una llamada, no solo del empresario, sino de un cliente o de otro compañero de trabajo, o un mensaje, puede ser visto por el trabajador, dentro o fuera de la jornada de trabajo.

Además, las oportunidades de control de estos dispositivos son enormes, pues aportan información de contactos y de llamadas, mensajes y accesos, que pueden ser controlados por la empresa. Si bien el control no es la finalidad principal, no debe descartarse. La ventaja principal es que estos dispositivos son proporcionados por la empresa para un uso tanto profesional como familiar, por lo que se asegura su consulta cada cierto tiempo. Su coste no depende de su mayor o menor utilización y su bajo coste, a través normalmente de tarifas planas, permite mantener al trabajador conectado y disponible, aunque técnicamente no esté en su tiempo de trabajo.

No se trata de enfocar este uso generalizado como una nueva obligación del trabajador, para atender a cuestiones laborales fuera de su tiempo de trabajo, pero el hecho cierto es que estos dispositivos permiten el acceso a toda la información al momento de la consulta, y el hecho de que no exista obligación de atenderlo, no impide tampoco que ante un hecho de cierta gravedad, según la valoración del trabajador, pueda

registros de llamadas de todos los estadounidenses.

Creada en secreto el 4 de noviembre de 1952 por el presidente Harry S. Truman como sucesora de la Armed Forces Security Agency (AFSA), reúne a expertos en seguridad y especialistas matemáticos criptógrafos, lingüistas, operadores de polígrafos, expertos en radiofrecuencias, programadores y hackers, operadores de puestos de escucha para espionaje, y un elenco de personas que obtienen, filtran e interpretan la información. Su existencia no fue revelada hasta la década de 1970 en el marco de una serie de investigaciones del Comité Selecto del Senado de Estados Unidos realizadas para depurar responsabilidades dentro de la agencia de espionaje estadounidenses tras una serie de abusos y escándalos.

¹⁰²⁵ CAPURRO, Rafael: "La libertad en la era digital". *Informatio* (Revista del Instituto de Información de la Facultad de Información y Comunicación. Universidad de la República, Montevideo, Uruguay). Vol. 19. N.º 1. 2014. Págs. 15-16. Disponible en: <http://informatio.eubca.edu.uy/ojs/index.php/Infor/article/view/145/223>

ser atendido el requerimiento. Y además, por lo general, ni siquiera se abonarán como horas de trabajo, ni siquiera como un complemento de disponibilidad, el tiempo utilizado en las consultas o en atender a las mismas.

Entramos de nuevo en el escenario en el que un acto voluntario del trabajador, excluye la limitación de derechos (tanto laborales, como personales) por la violación del espacio personal que corresponde al trabajador, dentro y fuera de la empresa. La aceptación voluntaria y de buena fe, no puede convertirse en una amenaza velada para el control extralaboral del trabajador, incluso aunque se trate de exigir una gratitud debida por sufragar el coste del *smartphone*.

Si el ofrecimiento de esta herramienta implica una prolongación de la jornada, supone una extralimitación del ámbito laboral, porque la subordinación y dependencia se extienden más allá de la relación laboral. Se aumenta el riesgo de extender también el poder de dirección más allá del ámbito laboral, cuando se exige una respuesta inmediata en cualquier momento del día.

3.3.6 Wearables.

Con el término "*wearable*" (término que alude a productos que forman parte de nosotros, o que llevamos puesto) nos referimos al conjunto de aparatos y dispositivos electrónicos que mediante microprocesadores se incorporan en alguna parte de nuestro cuerpo interactuando continuamente con el usuario y con otros dispositivos con la finalidad de realizar alguna función específica. Ofrecen información en tiempo real al usuario y abarcan un gran número de formatos: Gafas de realidad aumentada (como las "*google glasses*"), sensores en la ropa, prendas deportivas o pulseras para medir la actividad, ritmo cardíaco o la tensión; biosensores, para monitorizar variables como la glucosa o el colesterol; *smartphones*; *smartwatches* o localizadores vía GPS¹⁰²⁶.

Mediante esta tecnología, el ordenador deja de ser un dispositivo ajeno al usuario, que ahora tiene como centro de operaciones el *smartphone*, por lo que el teléfono móvil se convierte en el verdadero control remoto de todos estos dispositivos que se incorporan e interactúan continuamente con el usuario y lo acompañan a todas partes.

En la medida que estos dispositivos son facilitados por el empresario a sus trabajadores con fin de su utilización profesional o incluso personal, tanto para el desarrollo de su trabajo, como para obtener la información que estos dispositivos aportan, se plantea si pueden ser también un medio para el control empresarial.

Aplicando los principios generales para salvaguardar la intimidad, el secreto de comunicaciones y la protección de datos, estos dispositivos no deberían ser utilizados como finalidad de control de la actividad, sino como medios de apoyo al trabajador para facilitarle una vida profesional y personal más cómoda, con mayor aporte de información sobre todas las variables que permiten explotar y con una finalidad de ahorro de tiempo.

Tampoco deberían ser medios que el trabajador deba utilizar con carácter obligatorio, sino que por regla general, deben actuar como dispositivos para la mejora de la calidad de vida, que en última instancia, redundará también en una mejor calidad de

¹⁰²⁶ FUNDACIÓN TELEFÓNICA: "*La Sociedad de la Información en España 2013*". Ed. Ariel. Barcelona. 2014. Pág. 74.

vida profesional.

Por ello, ante el riesgo de que la información obtenida pueda utilizarse para monitorizar a los trabajadores, tanto a nivel profesional como personal, controlar su estado de salud, e incluso sus comunicaciones, debe calificarse como intromisión a la intimidad cualquier manipulación o aprovechamiento de esos datos para fines de control. Existen, sin embargo, excepciones relacionadas con la seguridad, como los equipos de protección o aquellos que persiguen obtener datos sobre mediciones de contaminantes o de sus efectos en el organismo, que hagan necesario adoptar las medidas de seguridad necesarias para evitar una exposición de riesgo para el trabajador.

Es decir, salvo el uso de estos dispositivos con una finalidad preventiva, como medio o equipo de seguridad para la salud del trabajador, no debiera existir una utilidad que no sea la del uso personal.

Aparte de los riesgos propios, sobre todo en cuanto a la obtención de datos personales que no deben estar a disposición del empresario, por pertenecer al ámbito de la privacidad, hay que tener en cuenta el riesgo de ataques a la privacidad de terceros, por el uso de dispositivos agresivos, que precisamente por esta razón, han suspendido su comercialización. Es el caso de las "*Google glasses*", también denominadas "*gafas de realidad aumentada*".

Las "*Google glasses*" permiten a su usuario estar (y andar), permanentemente conectado a un dispositivo que actúa con el movimiento voluntario, o por la activación de órdenes a través del reconocimiento de voz. Cuentan con una pequeña pantalla, un sensor táctil, un micrófono, una cámara digital, conexión a otros dispositivos para acceder a Internet y, por supuesto, una pequeña computadora que decodifica los comandos ingresados y gestiona el despliegue de información en una minúscula pantalla. Permiten grabar vídeos o tomar fotografías y enviarlas a cualquier sitio, e incluso, podría llegar a identificar personas. A pesar de que con cualquier *smartphone* es posible hacer prácticamente lo mismo, la indefensión que provocan ante cualquier persona expuesta a ellas, las ha expuesto a severas críticas de cara a su comercialización.

3.4. LA UTILIZACIÓN DE REDES SOCIALES PARA LOS FINES DE LA PROPIA EMPRESA.

3.4.1 La generalización de las redes sociales y la identidad "*digital*" institucional y personal.

Una red social es una estructura social formada por personas o entidades conectadas y unidas entre sí por algún tipo de relación o interés común. Los servicios de redes sociales, permiten a los individuos a efectos de su identidad digital:

- Construir un perfil público o semipúblico dentro de un sistema que puede ser delimitado, accesible o restringido. La identidad digital puede mostrar rasgos físicos de la persona (por ejemplo, a través de una fotografía o vídeo), y puede ir acompañado de un nombre o de un pseudónimo. A ello, cabe añadir otros datos, como el teléfono o el correo electrónico.
- Articular una lista de otros usuarios con los que se comparten relaciones en la red y

con los que se intercambian mensajes, archivos, fotografías, vídeos y cualquier tipo de contenido multimedia (cine, música, etc.).

- Ver y recorrer la lista de personas y sus relaciones con terceros, pudiendo hacer "*contactos de contactos*", en función de características similares y predefinidas.

Si a ello añadimos las prestaciones de la *Web 2.0*, que tiene por objeto la participación colectiva a través de colaborar y compartir con otros usuarios determinados contenidos, se desarrolla una fuerte interacción de identidades digitales, cada una de ellas, con unos intereses que construyen verdaderas relaciones sociales, que pueden llegar a convertirse en relaciones jurídicas entre particulares.

Se posibilita así la creación y desarrollo de una auténtica telaraña de contactos bajo distintos modelos, poniendo en común grupos de personas que se comunican por medio de Internet con un interés común. Estas plataformas constituyen verdaderas redes de comunicación donde las interacciones entre usuarios permiten crear grupos segmentados en función de las preferencias de cada uno, creando así un proceso viral¹⁰²⁷.

Dentro de estas redes, las empresas ofrecen sus servicios a aquellos que puedan estar interesados, creando así una identidad digital empresarial, en la que se construye un perfil y una apariencia. A su vez, otras empresas o individuos contactarán e intercambiarán bienes y servicios, en función de sus necesidades. Incluso, existen redes "*profesionales*" en las que están interconectados trabajadores en búsqueda de contactos con otras empresas, cuando éstas, de la misma forma, también están presentes en busca de otros trabajadores.

Estas redes profesionales están enfocadas a los negocios y actividades comerciales. Su actividad permite compartir experiencias, y relacionar grupos, empresas y usuarios interesados en la colaboración profesional. Los usuarios detallan en los perfiles su ocupación, las empresas en las que han trabajado o el currículum académico.

El funcionamiento de las redes sociales se establece mediante las acciones de los usuarios, que interactúan de manera multidireccional a través de la misma. Con el registro y la creación de una cuenta, el usuario personaliza un perfil, y envía solicitudes a otros individuos de la red para establecer una conexión a través de ella. Los usuarios que aceptan la solicitud se convierten en miembros de la lista de contactos que conforma su red social, y viceversa. Una vez establecido el vínculo *on-line*, los usuarios pueden relacionarse compartiendo contenidos e información en general.

En las redes de las propias empresas, se distinguen dos tipos de perfiles:

El perfil corporativo es aquel que muestra las características de la empresa, su actividad, negocio y a través del cual crea y ofrece sus productos. El objetivo es la mejora de la productividad. El conocimiento y su transferencia debe ser un motor de la red, a efectos de crear vínculos con clientes o interesados en los productos que ofrece la empresa. Incluso, a través del perfil corporativo, es posible desarrollar acciones de

¹⁰²⁷ OROZCO GONZÁLEZ, Margarita: "Redes sociales e intimidad: «El país de las maravillas 2.0», en ANARTE BORRALLA, Enrique; MORENO MORENO, Fernando y GARCÍA RUÍZ, Carmen Rocío (Coords.): "*Nuevos conflictos sociales. El papel de la privacidad*". Ed. Iustel, Madrid, 2015. Pág. 172.

comercio electrónico, como comprar y vender, invertir, comunicar, publicitar e intercambiar recursos, participar en grupos, etc.

El perfil individual es el perfil personal de los individuos que acceden a la empresa como contactos o clientes, pero que también incluye a los trabajadores que forman parte de la entidad empresarial. Las empresas publicitan sus recursos, entre los que se encuentran los trabajadores. Aparece así una identidad de la persona vinculada a la empresa, con un perfil, unos contactos y una apariencia externa, en la que normalmente aparece la imagen del trabajador.

Una de las problemáticas que señalan los defensores de un uso responsable de las redes sociales es que, a través de ellas, tanto trabajadores, como el resto de personas, adquieren una identidad. En muchos casos, más que una identidad, es una etiqueta, porque esa identidad clasifica, asigna un determinado rol. Los datos se comparten y navegan por la red, desconociendo por completo quien tendrá conocimiento de ello.

El hecho de trabajar hoy en día en una empresa digital implica, por consiguiente, unos sacrificios relacionados con el conocimiento ajeno del trabajador. La diferencia entre un trabajador y el resto de personas que navegan por las redes sociales es que aquel asume un perfil corporativo o institucional, etiquetado como parte de la organización para la que trabaja y a la que presta su imagen, su nombre y sus datos profesionales.

La necesidad del consentimiento para que el trabajador "*preste*" sus datos, su información y su conocimiento en beneficio de la empresa es directamente proporcional a la necesidad que tiene el trabajador para obtener un salario. Se produce, como en tantas ocasiones, una dependencia todavía más fuerte que la típica nota de dependencia que caracteriza la prestación laboral. Pero el escaparate empresarial necesita una apariencia individual, además de la corporativa. Cuando el escenario de la actividad empresarial está en la red, el centro de trabajo desde el punto de vista del mundo exterior está en la red y los trabajadores, generalmente también. Es decir, el rechazo a figurar en la red es equivalente a la negativa de un trabajador tradicional a entrar en su centro de trabajo.

Por ello, lo que realmente se produce es un cambio de mentalidad, un cambio cultural que no es estrictamente tecnológico. Al igual que el correo electrónico, las redes sociales son al fin y al cabo herramientas de comunicación. La dimensión social de la red está cambiando los hábitos y costumbres y las empresas no son una excepción. El derecho a la intimidad permite al individuo decidir qué va a mostrar y cómo ante el exterior. Si en un puesto de trabajo tradicional, el exterior es cualquier persona o institución que entra en contacto con la empresa, en una empresa digital el exterior puede ser igualmente cualquier persona o institución que digitalmente contacte con la empresa.

3.4.2 El concepto y utilidad de las redes sociales a la empresa.

El carácter social que Internet ha tenido desde su comienzo, como herramienta de acceso personal y de comunicación en círculos íntimos o familiares, ha ido expandiéndose para unir a colectivos con intereses comunes, de muy diversa índole, de forma que ese uso de carácter social ha servido para crear redes que no han sido ajenas al mundo empresarial.

Estos servicios, denominados técnicamente "*Servicios de redes sociales*" (SRS) se

centran en crear y verificar las redes sociales en línea de comunidades de personas que comparten intereses y actividades (por ejemplo, en una empresa, para mantener relación entre trabajadores, proveedores y clientes) o que están interesadas en explorar los intereses y actividades de otros (por ejemplo, cuando es la empresa quien acude a otras redes externas, para obtener información sobre sus trabajadores o sobre terceros). La mayoría de estos servicios se ofrecen principalmente a través de Internet y proporcionan un conjunto de métodos de interacción entre usuarios.

Los SRS pueden definirse como plataformas de comunicación en línea que permiten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes¹⁰²⁸. En sentido jurídico, las redes sociales son servicios de la sociedad de la información, supeditados al cumplimiento de la normativa en esta materia¹⁰²⁹.

La Guía INTECO define las redes sociales *on line* como servicios prestados a través de Internet que permiten a los usuarios generar un perfil público, en el que plasmar datos personales e información de uno mismo, disponiendo de herramientas que permiten interactuar con el resto de usuarios afines o no al perfil publicado.

El modelo de crecimiento de estas plataformas se basa fundamentalmente en un proceso viral, en el que un número inicial de participantes, mediante el envío de invitaciones a sus conocidos, ofrece la posibilidad de unirse al sitio *web*. Estos nuevos servicios se configuran como poderosos canales de comunicación e interacción, que permiten a los usuarios actuar como grupos segmentados de ocio, comunicación o profesionalización¹⁰³⁰.

Los SRS comparten determinadas características comunes, como el perfil e identificación de usuario (datos personales y fotografías, vídeos, enlaces, etc) y la lista de usuarios o contactos para interactuar.

En general, el interés de los SRS radica en los ingresos que obtienen con la publicidad que se difunde en las páginas *web* que los usuarios crean y a las que acceden. Los usuarios que publican en sus perfiles información sobre sus intereses ofrecen un mercado depurado a las personas o empresas que desean difundir publicidad específica y basada en esta información.

Fundamentalmente, los SRS ponen en contacto a unas personas (usuarios) con otras para interactuar, con fines personales o profesionales, compartiendo información. Esta información puede permitir la identificación del usuario o de terceros, por lo que implica un tratamiento de datos personales que deberá someterse al marco normativo previsto. De hecho, la creación de un perfil ya supone una cesión de datos del usuario, al

¹⁰²⁸ Dictamen 5/2009 del GT art. 29, adoptado el 12 de junio de 2009, sobre redes sociales en línea. Pág. 5. Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2009/wp163_es.pdf

¹⁰²⁹ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE de 12 de julio) y Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información (BOE de 29 de diciembre).

¹⁰³⁰ INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGÍAS DE LA COMUNICACIÓN (INTECO): "*Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online*". Ed. INTECO y AEPD. Febrero 2009. Pág. 6.

que se unirá la actividad en la red del mismo. El titular del SRS provee un sistema que hace posible la interacción, fomentándola y aportando valor añadido en forma de nuevos servicios y posibilidades, pero en la medida que esta actividad comporta un tratamiento de datos, convierte al titular del servicio en responsable del tratamiento¹⁰³¹.

Las redes sociales se pueden categorizar atendiendo al público objetivo al que se dirigen, o al tipo de contenido que albergan. De esta forma, se distinguen al menos, dos grandes grupos de redes sociales: Generalistas o de ocio y profesionales¹⁰³².

Las redes generalistas se caracterizan porque su objetivo principal radica en el hecho de facilitar y potenciar las relaciones personales entre los usuarios que la componen.

Las redes profesionales se configuran como nuevas herramientas de ayuda para establecer contactos profesionales con otros usuarios. Entre ellas se encuentran *webs* como *Xing* o *LinkedIn* y constituyen el segundo gran bloque de redes sociales. Están creadas y diseñadas con la finalidad de poner en contacto y mantener la relación a nivel profesional con diferentes sujetos que tengan interés para el usuario.

Entre las principales utilidades cabe citar:

Desde el lado del trabajador: La búsqueda de nuevas oportunidades de empleo, el establecimiento de nuevos contactos profesionales o la promoción laboral. Permiten a los usuarios entrar en contacto con otros profesionales de su sector a través de conocidos comunes de confianza, ayudando a mejorar las conexiones con otras personas que en circunstancias habituales serían inaccesibles debido a su cargo o responsabilidad.

Desde el lado del empleador: La presencia en este tipo de redes sociales resulta cada vez más importante, ya que con mayor frecuencia, las empresas utilizan este nuevo recurso para identificar posibles candidatos participantes en sus procesos de selección o profundizar en la información disponible del perfil de los candidatos seleccionados en un proceso de contratación determinado.

Las características comunes a unas y otras, se pueden resumir en las prestaciones que facilitan a los usuarios:

- Tratan de poner en contacto e interrelacionar a personas a través de una plataforma que facilita la conexión de forma sencilla y rápida.
- Permiten la interacción entre todos los usuarios de la plataforma, ya sea compartiendo información, permitiendo el contacto directo o facilitando nuevos contactos de interés.

¹⁰³¹ APARICIO VAQUERO, Juan Pablo: "Cuestiones de derecho aplicable y responsabilidad de los prestadores de servicios de red social y de sus usuarios", en APARICIO VAQUERO, Juan Pablo y BATUECAS CALETRÍO, Alfredo (Coords.): *"En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información"*. Ed. Comares. Granada, 2015. Pág. 189.

¹⁰³² INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGÍAS DE LA COMUNICACIÓN (INTECO): *"Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online"*. Ed. INTECO y AEPD. Febrero 2009. Págs. 46 y ss.

- Permiten y fomentan la posibilidad de que los usuarios inicialmente contactados a través del medio online, acaben entablando un contacto real.
- Permiten que el contacto entre usuarios sea ilimitado, en la medida en la que el concepto espacio y tiempo se convierte en relativo, al poder comunicar desde y hacia cualquier lugar, así como en cualquier momento, con la única condición de que ambas partes acepten relacionarse entre sí.
- Fomentan la difusión viral de la red social, a través de cada uno de los usuarios que la componen, empleando este método como principal forma de crecimiento del número de usuarios.

3.4.3 Riesgos de las redes sociales aplicadas a la empresa.

Aunque los servicios de redes sociales aportan un amplio abanico de oportunidades de comunicación, así como el intercambio en tiempo real de todo tipo de información, la utilización de estos servicios puede plantear riesgos para la privacidad de sus usuarios (y de terceras personas): Los datos personales relativos a las personas son accesibles de forma pública y global, de una manera y en unas cantidades sin precedentes, incluidas enormes cantidades de fotografías y vídeos digitales.

Estos datos publicados en línea y que se añaden a un perfil de usuario, describen las acciones e interacciones de éste con otras personas, siendo muy fácil crear un retrato de la persona. El riesgo de estas prácticas derivan de la utilización y difusión de la información disponible en la red social con fines secundarios y ajenos, no buscados por el usuario¹⁰³³.

Así, en unos casos, las redes sociales permiten conocer a personas de un entorno concreto, agrupan a colectivos por aficiones, preferencias, páginas de ocio y de contacto personal, existen redes abiertas que proveen de información u opinión, e incluso, existen redes ilegales en el ámbito de la pornografía o del comercio ilegal. La medida de protección más importante, desde el punto de vista personal, es la autolimitación en la publicación de la información: Es imposible proteger aquello que no se tiene voluntad real de ser protegido¹⁰³⁴.

La utilidad de crear espacios donde convergen profesionales, que con una finalidad común comparten información y crean lazos de trabajo en común para la gestión del conocimiento de todos los integrantes en la red, ha quedado demostrada por la potencialidad de las mismas, la creación de círculos abiertos, su aplicación a la búsqueda de empleo y promoción profesional o su utilidad al campo de los recursos humanos. Así, prácticamente todas las empresas se encuentran de una u otra forma en las redes

¹⁰³³ GARCÍA SANZ, Rosa María: "Redes sociales on-line: Fuentes de acceso público o ficheros de datos personales privados (Aplicación de las directivas de protección de datos y privacidad en las comunicaciones electrónicas). *Revista de Derecho Político* (UNED), N.º 81. 2011. Pág. 114.

¹⁰³⁴ OROZCO GONZÁLEZ, Margarita: "Redes sociales e intimidad: «El país de las maravillas 2.0», en ANARTE BORRALLA, Enrique; MORENO MORENO, Fernando y GARCÍA RUÍZ, Carmen Rocío (Coords.): "Nuevos conflictos sociales. *El papel de la privacidad*". Ed. Lustel, Madrid, 2015. Pág. 193.

sociales, bien directamente, o a través de sus círculos de interés.

Los usuarios que hacen uso de ellas lo hacen principalmente para comunicarse con otros compañeros de la empresa (un 68%) y para compartir y revisar documentos (50%), por lo que el objetivo de uso más importante es mejorar la comunicación dentro de la empresa y fomentar el trabajo en equipo. La segunda utilidad más importante es la comunicación hacia fuera de la empresa, principalmente con los clientes, cosa que es realizada por el 47% de los usuarios. Otros usos destacables son aumentar la red social de los empleados (36%) y fomentar la iniciativa en el trabajo (31%)¹⁰³⁵.

A pesar de que existe una cierta controversia tanto en el ámbito privado como en el ámbito empresarial acerca de los posibles beneficios e impactos negativos en la utilización de redes sociales, lo que ha llevado a ciertas empresas a limitar su uso, se observa que hay un consenso generalizado sobre su influencia positiva en los negocios. Además, diferentes estudios resaltan como los beneficios que se pueden obtener por su uso son muy diversos y afectan de una manera integral al negocio de la empresa.

El principal riesgo contra la privacidad que suponen las redes sociales, deriva de la necesidad de salvaguardar la protección de datos personales de las personas que participan en la red social. El objeto de una red social es compartir información, lo que permite no solo el acceso, sino la difusión de toda la información que allí se ubica. Ahora bien, resulta imposible asegurar que no se va a producir una copia o cesión de datos, los cuales, debidamente tratados, pueden ser utilizados para otros fines¹⁰³⁶.

Si bien, cabe presuponer que la información recogida en las redes sociales es voluntaria, es decir, publicada con el consentimiento de la persona afectada, es posible que un tercero que dispone de una determinada información la difunda y convierta en un contenido abierto, accesible para toda la comunidad.

Sin embargo, la voluntariedad manifestada a través del consentimiento, expreso o tácito, no implica el conocimiento técnico del usuario, lo que determina que las consecuencias de la configuración de un perfil y de la información publicada no se ajusten a la voluntad real manifestada.

Una de las debilidades que presentan los intercambios de información y comunicación a través de las redes sociales radica en que, por la ignorancia del propio usuario, resulta relativamente sencillo acceder a la información que pertenece al ámbito de lo privado por aquellos que tienen un conocimiento adecuado de las herramientas del sistema. La falta de información del usuario medio hace que, en ocasiones, no establezca los mecanismos de protección adecuados que si bien el servicio puede facilitar, no son siempre todo lo accesibles que debieran¹⁰³⁷.

¹⁰³⁵ FUNDACIÓN TELEFÓNICA: "La Sociedad de la Información en España 2013". Ed. Ariel. Barcelona. 2014. Pág. 66.

¹⁰³⁶ TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo: "El trabajo humano (y su derecho) ante el imparable fenómeno de las redes sociales de Internet". *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros), N.º 340. Julio de 2011. Pág. 133.

¹⁰³⁷ LLORIA GARCÍA, Paz: "El secreto de las comunicaciones: Su interpretación en el ámbito de los delitos cometidos a través de Internet. Algunas consideraciones", en BOIX REIG, Javier y JAREÑO LEAL, Ángeles (Coords.): "La protección jurídica de la intimidad". Ed. Iustel. Madrid, 2010. Pág. 172.

Si bien el sujeto es consciente de la acción que realiza, debe conocer una política de privacidad que le informe de las condiciones de uso de una forma clara e inteligible, para que realmente exista el consentimiento informado. La aportación voluntaria de un conjunto de datos personales puede comprometer no solo la privacidad, sino los derechos fundamentales del individuo¹⁰³⁸.

Entre las posibles situaciones de riesgo para la protección de la intimidad, cabe señalar tres momentos clave¹⁰³⁹:

El registro de alta como usuario, cuando no se haya configurado correctamente el nivel de privacidad del perfil, dejando disponible o en abierto toda la información publicada, pudiendo ser sensible ya desde el inicio de la actividad en la red.

El segundo momento es el de la participación en la red como usuario, en la medida en que el grado de información, datos e imágenes publicados pueden ser excesivos y afectar a la privacidad, tanto personal como de terceros.

Por lo que respecta a la privacidad personal: A pesar de que sean los usuarios los que voluntariamente publican sus datos, los efectos sobre la privacidad pueden tener un alcance mayor al inicialmente previsto. Estas plataformas disponen de potentes herramientas de intercambio de información, capacidad de procesamiento y análisis de la información facilitada por los usuarios que expande la información.

El tercer momento es el de baja de la red. El usuario debe asegurarse que no continúan publicados los contenidos, información o imágenes que aparecían en la plataforma.

El riesgo para el trabajador que accede a una red social, ya sea de la propia empresa o externa, radica en los datos que "sube" a dicha red, los cuales pueden ser almacenados por terceros, entre los que se incluye la propia empresa. Estos datos son "incrementales", es decir, aumentan con el tiempo y se acumulan al perfil de usuario o grupo. Las conversaciones o "post" que el individuo publica, ya sea entre sus propios compañeros de trabajo o con terceros, aunque sean personas con algún tipo de vínculo de la empresa, pueden ser utilizados, junto con los datos del perfil (entre los que puede estar la imagen del trabajador), con un fin distinto al profesional.

El hecho de que estos datos sean públicos, es decir, accesibles para el resto de personas del grupo, no excluye que puedan ser transmitidos a terceros para propósitos y en contextos diferentes. Incluso, aunque el usuario declare como íntimos ciertos datos (por ejemplo, su foto, o su número de teléfono personal), dichos datos pueden ser almacenados en otros lugares y publicados por usuarios que accedían al círculo "privado" del trabajador. Si bien los datos privados en un contexto profesional no deberían afectar a

¹⁰³⁸ GARCÍA SANZ, Rosa María: "Redes sociales on-line: Fuentes de acceso público o ficheros de datos personales privados (Aplicación de las directivas de protección de datos y privacidad en las comunicaciones electrónicas). *Revista de Derecho Político* (UNED), N.º 81. 2011. Pág. 118.

¹⁰³⁹ INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGÍAS DE LA COMUNICACIÓN (INTECO): "*Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online*". Ed. INTECO y AEPD. Febrero 2009. Págs. 8 y 9.

la intimidad del trabajador, sin embargo, inconscientemente, es posible facilitar con fines profesionales, datos íntimos. La fotografía del perfil, la edad, los méritos académicos, el teléfono y en ocasiones, incluso la dirección postal, son datos que frecuentemente son requeridos por distintas aplicaciones utilizadas en el ámbito laboral, de forma que es difícil desligar los ámbitos profesional y personal.

Pero aparte de la información del perfil del trabajador, cabe realizar una recopilación secundaria de datos, aprovechados por el proveedor de red social para otros fines. Estos datos pueden ser recabados sin conocimiento del trabajador, como puede ser su dirección IP, grupos de interés que frecuenta, tipo de lenguaje utilizado, contactos, etc. que generan datos muy valiosos para el marketing publicitario. Lo realmente "trágico" es que no existe una línea divisoria por parte de los proveedores de red social entre intimidad e información no personal¹⁰⁴⁰.

En relación con la empresa, el uso de redes sociales puede ser analizado desde dos prismas, uno interno, cuando es la propia empresa la que crea una red social. El otro prisma, el externo, es cuando la empresa accede a una red social para obtener información sensible de sus empleados, o de los aspirantes en un proceso de selección.

El hecho de obligar al trabajador a conectarse a una red social, cuando es de la propia empresa, para un uso exclusivamente profesional, no debe plantear problemas, salvo los derivados de los datos que el trabajador se puede ver obligado a publicar, en cuyo caso, éstos no deberían extralimitarse de los meramente profesionales.

En ocasiones, el trabajador es un vehículo de la propia imagen de la empresa, por lo que se le requiere para que aparezca en la red social interna, o *intranet*, en una determinada predisposición. En la medida que esta intervención esté justificada por la propia naturaleza de la prestación laboral y en la medida que no consten datos personales, no debería haber vulneración de la intimidad del trabajador o del respeto a sus datos personales.

El problema deriva en que en muchas ocasiones, esa información lleva aparejada, por ejemplo, la imagen del trabajador, a través de su fotografía o vídeo, pudiendo por tanto vulnerar el derecho a su propia imagen, al dar a conocer sin un motivo justificado, distinto al que se le contrató, datos de su imagen y apariencia física, o de voz.

Se plantea aquí de nuevo el eterno problema del consentimiento, debiendo analizar si la naturaleza de la prestación laboral justifica la participación en la red social del trabajador, así como si los datos que debe aportar, son exclusivamente profesionales. En algunos casos, por ejemplo, la imagen del trabajador no planteará problemas, cuando haya sido precisamente la causa de su contrato (modelos, conferenciantes, etc.). En otros casos, el hecho de compartir el *curriculum vitae*, puede estar justificado por la vinculación de la prestación laboral con el prestigio que en la sociedad tiene el trabajador. Cabe, incluso, que la aportación de datos no tenga relación con el objeto del contrato, suponiendo para el trabajador una opción que voluntariamente debe ejercitar, prestando, en su caso, el consentimiento para ello.

¹⁰⁴⁰ MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel: "Aspectos jurídico-privados de las tecnologías Web 2.0 y su repercusión en el derecho a la intimidad", en BOIX REIG, Javier y JAREÑO LEAL, Ángeles (Coords.): "La protección jurídica de la intimidad". Ed. Iustel. Madrid, 2010. Pág. 348.

El planteamiento de la cuestión nos deriva a la necesaria aplicación de los principios que rigen los derechos fundamentales, para justificar si una concreta demanda empresarial, para que el trabajador aparezca de una determinada forma externamente a la empresa, aportando determinados datos que habrá que dilucidar si son personales o profesionales, es proporcional a la limitación de los derechos del trabajador, en beneficio de la libertad de empresa.

El recurso a la prestación voluntaria del consentimiento, la buena fe, el respeto a la dignidad e intimidad de la persona, así como el juicio de proporcionalidad, en razón a la finalidad que se pretende, deberá clarificar si el trabajador realmente está obligado para participar en una red social gestionada o participada por la empresa.

3.4.4 Las redes sociales externas a la empresa.

Las empresas pueden acceder a redes sociales externas con dos finalidades concretas, en cuanto al ámbito laboral se refiere: Para recabar información sobre perfiles de trabajadores o de aspirantes en un proceso de selección, o para ofrecer sus servicios a terceros, exportando la imagen de la empresa a través de la de sus trabajadores.

La complicidad con el trabajador, para que éste difunda sus características profesionales a través de la red social, a la que puede acceder un universo indeterminado de personas, requerirá la prestación del consentimiento informado (que puede estar pactado en el propio contrato o en otro acuerdo), limitándose a datos que sean únicamente profesionales, de contacto y sin definir ningún rasgo perteneciente a la intimidad o imagen del trabajador. De nuevo aquí habrá que evaluar con mayor rigor si cabe, la justificación para que la imagen o los datos del trabajador aparezcan y representen a la empresa en esa red externa. Parece que el fantasma de la sentencia que se analizó en otro capítulo, sobre "*el deshuesador de jamones*", requerido para una campaña publicitaria, reaparece con más fuerza si cabe, al no tratarse seguramente ya, solo de la imagen, sino de una cantidad de datos que pueden identificar determinados perfiles profesionales, e incluso personales, del trabajador. Cabe pensar, por ejemplo, en la aparición del trabajador en un vídeo difundido a través de un canal (*Youtube*), que con fines corporativos, puede ser potenciado o difundido por otras redes sociales.

Por otra parte, la búsqueda de perfiles idóneos para la empresa a través de las redes sociales, permite acceder a todos los datos publicados por los candidatos, que incluso pueden contar con recomendaciones o referencias de otras personas, y que supone una información muy valiosa, ya utilizada por los departamentos de selección de las distintas empresas.

El problema en este caso es la exclusión de una persona con un perfil adecuado, pero con una característica que permite al empleador discriminar por alguno de los motivos prohibidos, sin que obviamente, se conozca tal circunstancia por el candidato.

En estos casos, parece que la responsabilidad de la discriminación, en lugar de atribuirse a la empresa, se imputa al propio trabajador, al ser él y bajo su responsabilidad quien ha publicado o difundido aspectos personales que han servido para ser excluido en el proceso de selección. El problema de la información es exponencial en estos casos, pues la empresa no tiene por qué conformarse con el acceso a redes sociales profesionales, sino que puede acceder a cualquier tipo de red, incluso, de contenido

personal, pero en abierto. Además, es posible, que ni siquiera esa información haya sido proporcionada por el propio trabajador, sino por un tercero.

Por último, no se puede olvidar que las redes sociales se han convertido en un aliado “*silencioso y efectivo*” del empresario para incrementar (aún más) sus posibilidades de control sobre los trabajadores¹⁰⁴¹. Fruto de la confianza del entorno, el trabajador puede compartir determinada información que determina el reconocimiento de un incumplimiento laboral (competencia desleal, faltas de asistencia al trabajo, realizar trabajos incompatibles con una enfermedad, etc.).

3.4.5 Intromisiones a la intimidad del trabajador en la participación en redes sociales y medidas preventivas.

Tanto en un caso como en el otro, los trabajadores se enfrentan a posibles pérdidas de control sobre la forma en que el empresario o terceros emplearán la información una vez publicada en la red, aunque la base “*de comunidad*” de las redes sociales sugiere que la publicación de los datos personales de carácter privado sería comparable a compartir información con amigos de forma presencial, en realidad la información de cada perfil está disponible para toda una comunidad de usuarios (que pueden ascender a millones).

Actualmente, existe muy poca protección frente a la publicación de todo tipo de datos personales y de perfiles (por parte de los miembros de la red o de terceras personas sin autorización y ajenas a la red), así como frente a su utilización para cualquier finalidad. Incluso, puede resultar difícil o imposible eliminar por completo determinada información una vez que ha sido publicada en Internet, y hasta eliminada, esa información ha podido ser replicada en otro lugar.

Ello determina el modelo de “*usuario responsable*” en cuanto a las consecuencias que puedan darse por la publicación de sus datos personales en redes sociales. El problema radica en que esos datos aportados sean exigidos por la empresa donde el usuario-trabajador presta sus servicios. Una actuación empresarial que obligue al trabajador a una participación en una determinada red social, podría ser ilegítima, en cuanto de alguna forma, se beneficia de los datos de sus empleados, para una finalidad comercial o económica, por afectar claramente a su intimidad, un derecho al que el trabajador no puede renunciar, si bien, sí puede consentir, siempre que sea de forma voluntaria.

Otros riesgos específicos que suponen una intromisión a la seguridad y a la privacidad incluyen el fraude de la identidad (hacerse pasar por una persona, para favorecerla o perjudicarla, pero en cualquier caso, sin control del afectado), la compra-venta de datos, con finalidad de acciones comerciales o la piratería informática, para introducir virus o programas que permitan acceder a datos del usuario de un ordenador (como los datos de una tarjeta de crédito)¹⁰⁴².

¹⁰⁴¹ TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo: “El trabajo humano (y su derecho) ante el imparable fenómeno de las redes sociales de Internet”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros), N.º 340. Julio de 2011. Pág. 141.

¹⁰⁴² La 30ª Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y de privacidad (Estrasburgo, 15-17 de octubre de 2008) recuerda que estos riesgos ya se han analizado en el “*Report and Guidance*

Sin embargo, las redes sociales y las plataformas colaborativas son los principales interesados en proteger a sus usuarios respecto a la utilización no autorizada de su información. Este hecho ha de ser tomado en consideración por el empresario, pues éste, al velar por la salvaguarda de los derechos de sus trabajadores, debe elegir una red social con garantías y que permita llevar a cabo los siguientes tipos de medidas¹⁰⁴³:

- Métodos de denuncia ante situaciones en las que los usuarios detecten una posible vulneración de sus derechos dentro de la plataforma.

Mediante sistemas de denuncia internas: Las principales redes sociales y sitios *web* colaborativos cuentan con medidas que permiten a cualquier usuario notificar al administrador de la red social la publicación de una fotografía en la que se utilice su imagen sin su consentimiento así como solicitar la retirada de un determinado comentario, vídeo o imagen que atente contra su derecho a la intimidad, honor y propia imagen.

Esta denuncia genera la cancelación del contenido y la notificación al usuario denunciado de su falta de autorización para publicar más contenidos respecto al usuario denunciante (por ejemplo: No permitir etiquetar de nuevo al usuario en fotografías).

Normalmente, en el caso de que el usuario denunciado continúe publicando contenidos en los que aparezca el usuario denunciante, se procede además a la cancelación de su cuenta por parte del administrador de la red social.

- Mediante la autorización expresa del usuario

Se requiere que el usuario relacionado con un contenido mediante etiquetas, imágenes o comentarios tenga que autorizar expresamente la publicación de éste, pudiendo incluso denunciar el contenido al administrador de la plataforma. Sin embargo, este sistema está establecido mediante un "*opt out*", es decir, el usuario puede eliminar a posteriori su foto. En el caso de usuarios no registrados y que sean etiquetados, puede conllevar un mayor riesgo ya que, si bien, en unas plataformas no es posible etiquetarlos, en otras es suficiente con incluir una dirección de correo.

El empresario podrá adoptar otras medidas de refuerzo, como garantía de la salvaguarda de los derechos de sus trabajadores, como:

- La vigilancia voluntaria de sus contenidos: La empresa puede actuar de modo

on Privacy in Social Network Services" - Informe y asesoramiento sobre la privacidad en los servicios de redes sociales - "*Memorandum de Roma*", disponible en: http://www.datenschutz-berlin.de/attachments/461/WP_social_network_services.pdf?1208438491, de la 43ª reunión del Grupo de Trabajo Internacional sobre Protección de Datos en las Telecomunicaciones (3-4 de marzo de 2008), así como en el Documento de posición N.º 1 de ENISA "*Security Issues and Recommendations for Online Social Networks*" - Problemas y recomendaciones de seguridad aplicados a las redes sociales en línea - (octubre de 2007), disponible en: http://www.enisa.europa.eu/doc/pdf/deliverables/enisa_pp_social_networks.pdf

¹⁰⁴³ INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGÍAS DE LA COMUNICACIÓN (INTECO): "*Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online*". Ed. INTECO y AEPD. Febrero 2009. Págs. 89 y ss.

cautelar vigilando la idoneidad de los contenidos, no solo respecto a los que quede afectada la imagen de la empresa, sino a aquellos que puedan vulnerar los derechos de sus trabajadores.

- Formación y concienciación de los trabajadores-usuarios de las redes sociales, para una correcta intervención en las mismas.
- El empleo de "*Tecnologías de protección del derecho a la intimidad*", denominadas "*PET*"¹⁰⁴⁴. Se trata de sistemas tecnológicos destinados a reducir y, en su caso, suprimir el impacto de las nuevas tecnologías de la información sobre los derechos de protección de datos e intimidad de los usuarios, sin que ello suponga menoscabo alguno respecto a las funcionalidades de los sistemas tecnológicos.

Algunos ejemplos de *PET* son:

- La disociación (anonimización o mantenimiento anónimo) automática de los datos, que permite almacenar los datos en un formato que posibilite su identificación al interesado únicamente durante el tiempo necesario para la consecución de las finalidades para las que fueron obtenidos inicialmente.
- El uso de instrumentos de cifrado que impidan el acceso no autorizado a la información transmitida a través de Internet, evitando así el tratamiento no autorizado e ilícito de los datos personales publicados en Internet.
- El uso de anuladores de "*cookies*", que impiden que el sitio *web* pueda instalar en los equipos de los usuarios ficheros que, de forma automática y sin que el usuario lo conozca, recopile toda la información estadística y relativa a los accesos que el usuario lleva a cabo durante su navegación.
- La Plataforma de Preferencias de Privacidad (P3P), que permite a los usuarios analizar y comparar las políticas de privacidad de los sitios *web* que visita, otorgándole un informe sobre la adecuación de éstas a la normativa aplicable.

¹⁰⁴⁴ Aunque no posee valor normativo, cabe mencionar la Comunicación sobre el fomento de la protección de datos mediante las tecnologías de protección del derecho a la intimidad (PET), de 2 de mayo de 2007, que realizó la Comisión del Parlamento Europeo. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0228:FIN:ES:PDF>

CAPÍTULO IV

LA EFICACIA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR ANTE EL CONTROL TECNOLÓGICO DEL EMPRESARIO EN EL SENO DE LA RELACIÓN LABORAL

1. LA INFLUENCIA DE LA TECNOLOGÍA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR Y EN LA LIBERTAD DE EMPRESA.

1.1. A MODO DE RECAPITULACIÓN: LA EMPRESA TECNOLÓGICA EN UN MARCO LABORAL MÁS FLEXIBLE Y MÁS VIGILADO.

La evolución y delimitación de los derechos fundamentales, en especial, aquellos referidos a la personalidad, nos ha permitido acotar la significación y eficacia de los mismos a lo largo del tiempo. Es fundamental el análisis, aunque somero, de esta evolución, desde las primeras declaraciones de derechos en el ámbito del Estado liberal, hasta su concepción en el Estado democrático social de derecho, al amparo de nuestra actual Constitución y del marco normativo internacional, bien sea a través de los Tratados internacionales, la pertenencia de España a organismos internacionales, como la ONU o la OIT, o la imprescindible referencia a la UE.

El resultado de esta evolución descrita en los Capítulos anteriores configura un escenario en el que los derechos fundamentales son plenamente eficaces en las relaciones laborales, si bien, con algunas matizaciones en función de la propia naturaleza del contrato de trabajo. Los derechos fundamentales son, por tanto, eficaces en las relaciones entre particulares y son protegidos por el Estado y los poderes públicos ante cualquier vulneración o intromisión tanto de éstos, como de otros particulares.

La dignidad de la persona es el anclaje sobre el que se construyen los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y se garantizan las libertades de expresión y comunicación, la libertad ideológica y religiosa, el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio y la limitación de la informática para garantizar la privacidad y los datos personales del individuo.

A su vez, estos derechos proclaman espacios de libertad en su ejercicio, pero garantizan además un espacio reservado al individuo, ya sea en sus ámbitos corporal, familiar, social, económico e incluso profesional, limitado a la intromisión externa y a la curiosidad ajena. Es normal, por tanto, que entre los derechos de unos y otros se produzcan colisiones, en la medida que los derechos no son absolutos, ya que en determinadas circunstancias, deben ceder en beneficio de la salvaguarda de otros derechos o bienes públicos protegidos. Incluso, en algunos casos, los derechos están sometidos a límites, unas veces internos, fruto de su propia delimitación, o por el condicionamiento que en su propia descripción impuso el constituyente y, otras veces externos, impuestos por el legislador en su potestad normadora, o por la necesaria garantía de otros bienes y derechos.

La relación laboral, fruto de la autonomía de la voluntad, constituye un espacio donde confluyen la libertad de empresa del empleador y los derechos fundamentales del trabajador, bajo un ordenamiento tuitivo y garantista de la parte más débil de la relación.

Además, el sometimiento del trabajador a un poder de dirección, sobre el que se legitiman las órdenes e instrucciones del empleador, así como la facultad de vigilancia y control, es propio, determinante y característico de las notas de dependencia y subordinación, típicas de la relación laboral. Esta aparente libertad de pactos, al amparo del art. 1.255 del Código Civil, no permite dejar al arbitrio de una sola de las partes el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato, tal y como reza el art. 1.256 del Código Civil, ni que éstas sean contrarias a la ley o al orden público. El Derecho del Trabajo constituye un marco legal para el desarrollo de la relación, sometida a prescripciones legales de orden público que como desarrollo y derivación de los derechos constitucionales a la libertad de empresa y a los derechos fundamentales de los trabajadores, tiende a garantizar un equilibrio a través de unos derechos y obligaciones, presididos por el marco constitucional de referencia, con arreglo al cual se interpretarán todos aquellos conflictos e intereses que se produzcan en el seno de la relación.

La garantía de la eficacia de los derechos del trabajador, frente a una clara dependencia y subordinación que determina el cumplimiento de las órdenes e instrucciones del empresario bajo su control y vigilancia, se produce en última instancia en el ámbito de la tutela judicial efectiva. Serán los jueces y tribunales quienes velarán por el respeto de los derechos del trabajador, incluidos los fundamentales, contenidos en un amplio marco normativo compuesto por normas de distinta naturaleza: La ley y la potestad reglamentaria de la administración, el convenio colectivo y los pactos individuales y colectivos de eficacia vinculante, unas veces general (ley y convenio colectivo estatutario, al amparo del ET) y otras veces contractual o de eficacia limitada entre las partes.

La tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores goza además de garantías adicionales, bien ante los jueces ordinarios del orden social, a través del procedimiento de tutela previsto en la LRJS, bien a través del acceso a la vía indirecta de amparo ante el TC, contra decisiones judiciales que no hubieran reparado la vulneración del derecho, cuyo origen se encuentra en un particular, normalmente, el empresario.

Este esquema no se ha de ver alterado por el avance tecnológico, que a pesar de ser multidimensional, no es más que una herramienta para el ejercicio de derechos. Lo que se ha producido, sin embargo, es un cambio social, fruto precisamente de la adaptación a la "*herramienta tecnológica*", que lleva a un cambio en los hábitos, tanto del consumo, de las relaciones sociales, como por supuesto, del ámbito profesional.

Estos hábitos han multiplicado exponencialmente las comunicaciones y el acceso a la información, facilitando no solo en el ámbito personal, sino en el de los negocios, grandes facilidades para interactuar. El fenómeno de Internet ha sido quizás la herramienta que más ha contribuido a modificar los hábitos de la persona en menor tiempo, de forma que ya es generalizada, incluso, la denominación de "*nativos digitales*", para los nacidos bajo la influencia de la red social. Los "*nativos digitales*" ya utilizan los medios tecnológicos e Internet para realizar los actos normales para interactuar en la vida social, con el apoyo de las potentes herramientas de búsqueda de información¹⁰⁴⁵.

En el Capítulo anterior se ha dado buena cuenta del cambio tecnológico y su

¹⁰⁴⁵ PÉREZ ÁLVAREZ, Salvador: "La generación @ como paradigma de ciudadanía". *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N.º 877. Enero 2014. Pág. 5.

influencia en la vida social y profesional. Incluso, cabría considerar un marco regulatorio del espacio virtual en cuanto al ejercicio de derechos. No es descabellado apreciar un paralelismo entre las primeras declaraciones de derechos de finales del s. XVIII y la generalización de Internet hace 20 años.

La concepción liberal de unos derechos ilimitados de la persona frente al poder público ha formado parte de la filosofía de Internet desde sus comienzos. La concepción de la red como una segunda vida o dimensión virtual para el ejercicio de derechos fuera del alcance o control del Estado ha impulsado la participación de los ciudadanos para expresar libremente sus pensamientos e ideologías, compartir contenidos e intercomunicarse con cualquier persona o institución en un espacio libre de fronteras.

Sin embargo, toda esta explosión en el libre ejercicio de derechos individuales ha provocado colisiones de los mismos en el espacio virtual de Internet. La libertad de expresión y la libertad de información han irrumpido con fuerza en detrimento de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen y, sobre todo, en el derecho a la protección de datos personales. Los motores de búsqueda en Internet permiten configurar el perfil del individuo, no sólo por los datos que éste libremente publica, sino por los publicados por terceros a través de su paso por la red. Las empresas aprovechan los datos recabados de las propias búsquedas de los usuarios como oportunidad de negocio, ofreciendo servicios relacionados con los registros ejecutados.

La intimidad, entendida como "*privacidad*", por el conjunto de derechos afectados, ha sufrido una restricción importante. El control de la persona sobre su propia información ha quedado en entredicho. La fórmula de la prestación del consentimiento en la red ha quedado denostada y prácticamente inservible, frente a una técnica que permite una declaración muchas veces implícita en el recurso al que se quiere acceder, de forma que el "*permiso*" o "*autorización*" queda en un segundo plano y casi siempre de forma inconsciente, condicionado al acceso al propio servicio. El ansiado acceso a un recurso, sin embargo, es luego tratado y utilizado para ofrecer al individuo otros productos, sin que éste sea consciente de la información que sobre él se dispone en la red, ni para qué se utilizará esa información, ni por quién. En este sentido, el nuevo R (UE) 2016/679 impulsa medidas para que el consentimiento se preste de forma explícita, mediante una acción positiva que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca¹⁰⁴⁶.

La publicación de información veraz se ha mezclado con la libertad de expresión (veraz o no), que sorprendentemente, en algunos casos ha superado a los medios de información, no solo en número de visitas, sino por el contenido de la propia información (más rápida, espontánea y "*libre*", al menos, en su percepción). Las redes sociales, como *Facebook* o *Twitter*, se han convertido en un medio de influencia y de opinión pública que ha superado a los tradicionales medios de prensa. La utilización de la información, sacudida una y otra vez por las redes sociales, puede suponer un ataque en toda regla al honor de las personas, físicas o jurídicas, que tiene una trascendencia enorme, por la publicidad negativa que se difunde y multiplica en un espacio universal.

El derecho del individuo a utilizar y disponer de su imagen, ha quedado prácticamente difuminado en la red, dotada con motores de búsqueda de imágenes y de

¹⁰⁴⁶ Considerandos 32, 40 y 42; y arts. 6.1.a) y 7 del R(UE) 2016/679.

vídeos, a disposición de una comunidad universal.

También en el plano individual, se comparte información y contenidos que vulneran los derechos de propiedad intelectual, siendo muy difícil el control del Estado sobre el intercambio de contenidos ilícitos.

Todo ello ha repercutido en la actividad económica. Las prestaciones que permite la tecnología han impulsado el comercio electrónico, a través del cual se pueden adquirir bienes y servicios, llevar a cabo procedimientos de cobro y pago, operaciones bancarias y financieras. El hábito en las transacciones comerciales ha cambiado, pero los nuevos riesgos frente a los ladrones de la información, también.

En el plano empresarial, Internet ha supuesto una mayor oportunidad de negocio, facilitando la comunicación, la oferta y demanda de productos, así como una fuente de información de primer orden. En las relaciones laborales, el trabajo por cuenta ajena también se sirve de Internet como herramienta puesta a disposición del trabajador, donde el acceso a la red y al sistema de comunicaciones que facilitan las tecnologías de la información y de la comunicación, se ha convertido en esencial y necesario para llevar a cabo el objeto de la relación laboral.

Pero la tecnología como herramienta de trabajo se ha convertido también en instrumento de vigilancia y control, donde todos los riesgos en cuanto a la privacidad del individuo como persona, se vuelcan ahora sobre el individuo en su calidad de trabajador. El empresario puede conocer información sobre la vida extralaboral del trabajador a través de los motores de búsqueda que le permite Internet. Puede acceder a redes sociales, donde el propio trabajador o personas allegadas al mismo dan cuenta de toda la información que circula sobre un empleado. Incluso, cabe disponer de la información pública que la Administración ha difundido sobre un expediente administrativo en Internet (una sanción de tráfico, la notificación por edictos de un embargo, etc.). La obtención de toda esa información condiciona en muchos casos las decisiones empresariales que pudieran encubrir discriminaciones prohibidas o vulneración de derechos del trabajador.

Por otra parte, el riesgo de convertir en públicos determinados datos personales a consecuencia de la navegación en Internet, aunque sea por cuenta de la empresa, potencia aún más el conocimiento público del trabajador. Nos encontramos ante la siguiente disyuntiva: El trabajador como parte de la empresa, e incluso como imagen de la misma, presta servicios de cara al público en Internet, e incluso a través de redes sociales, de forma que si no trabaja con estas premisas, no está capacitado para desempeñar el trabajo requerido. En el objeto del contrato puede estar pactada la necesaria identificación del trabajador en su proyección externa a la empresa, lo que puede incluir datos profesionales, pero también personales, como por ejemplo, una fotografía en el perfil. Además, se ponen a disposición del trabajador canales de comunicación, accesibles no ya desde la empresa y en la jornada de trabajo, sino al margen de los locales y del tiempo de trabajo.

La red es además un espacio sin fronteras físicas, una comunidad que no está sujeta a una única legislación, sino a múltiples normas que en cada país tratan de acotar una parte de los contenidos de la red, sobre todo para evitar los delitos cometidos a través del "*ciberespacio*". La legislación, el marco jurídico o la "*Constitución de Internet*", exige necesariamente el concurso de varios Estados para acotar tan vasto espacio en el que

conviven usuarios de todas partes del mundo, a fin de evitar “*paraísos digitales*” en los que estén permitidos o carentes de regulación, comportamientos invasores de los derechos fundamentales de las personas que en su territorio gozan de una efectiva protección jurídica.

Sin embargo, a pesar de todo ello, no cabe concebir a Internet bajo la concepción política de un Estado. A pesar de ser un espacio para el ejercicio de derechos, éstos son los mismos que los protegidos por el Estado de derecho que para su defensa tendrá que disponer los medios necesarios para su garantía y protección, aunque sea en colaboración con otros Estados. Internet no es más que una herramienta, accesible desde un ordenador, o desde cualquier dispositivo fijo, móvil o elemento susceptible de una conexión. Es sobre todo una herramienta de comunicación, en el sentido más amplio del término, que permite realizar a distancia actos y negocios jurídicos, que pueden ser lícitos o ilícitos, según el marco normativo aplicable a todos los ámbitos de la vida en sociedad. Pero no puede ser un espacio distinto al de la convivencia y relaciones humanas en el mundo físico. De lo contrario, muchos de los derechos fundamentales se verían automáticamente desprotegidos. Exista o no regulación expresa sobre muchos de los ámbitos de Internet, los derechos existen, sus mecanismos de protección también y, en última instancia, el control judicial permitirá la tutela y protección de los derechos.

Las nuevas tecnologías nos enfrentan a un sometimiento y control generalizado, a un mundo en el que la frontera interna y simbólica entre el espacio público y privado tiende a borrarse, a desaparecer¹⁰⁴⁷. Pero el fenómeno es mucho más complejo que el de una empresa totalitaria que tiende a poner bajo control “*público*” todo el espacio privado de sus trabajadores. Por encima del empresario “*vigilante*” habrá otro “*vigilante*”, de forma que ni siquiera los actos del empresario, que engloba a los de los trabajadores, pueden blindarse por el secreto profesional. En palabras de Jean-Charles FROMENT, “*asistimos conjuntamente a un fenómeno de «publicitación» del espacio privado y de «privatización» del espacio público. Ello se traduce en un doble movimiento de desterritorialización y desinstitucionalización del control*”. En el momento en que el Estado penetra en la esfera privada y la sociedad civil lo hace en el espacio público, ambas nociones pierden significación y desaparece toda posible separación posible entre ellas¹⁰⁴⁸.

Ahora bien, el hecho de admitir una sociedad vigilada no implica arbitrariedad ni abuso de derecho, sino la justificación e información de toda medida restrictiva para garantizar la convivencia pacífica, el normal desarrollo de derechos y la seguridad. Y esta función corresponde al Estado, en aplicación del ordenamiento jurídico y en la medida que éste se lo permita. El alcance de esta función del Estado abarca también a las nuevas tecnologías, o mejor dicho, al uso de las nuevas herramientas con las que los individuos se relacionan en sociedad, que no deben ser excusa para vaciar de contenido el orden establecido y el equilibrio de derechos. Esto implica velar también por los derechos de los particulares en sus relaciones de convivencia o en sus negocios jurídicos, de forma que ante casos de colisión de derechos, siempre que derive de su ejercicio legítimo, debe aplicarse la técnica de la ponderación que garantice la prevalencia de un derecho sobre

¹⁰⁴⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: “*Lo público y lo privado en Internet. Intimidación y libertad de expresión en la Red*”. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, DF, 2004. Pág. 226.

¹⁰⁴⁸ FROMENT, Jean-Charles: “Las nuevas tecnologías de seguridad y la sociedad de control”. *Revista Catalana de Seguretat Pública* (Institut de Seguretat Pública de Catalunya). N.º 10. Junio 2002. Págs. 27 y 32. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/240932/324782>

otro, atendiendo a las circunstancias de cada caso.

1.2. RELACIONES LABORALES Y NUEVAS TECNOLOGÍAS.

1.2.1 Hacia una mayor flexibilización de la relación laboral en el entorno digital: Ventajas de la tecnología.

La tecnología aplicada a las relaciones laborales posibilita nuevas formas de organización del trabajo, más flexibles, dinámicas y eficientes. La constante evolución de dispositivos fijos y móviles han generalizado el uso de Internet, el correo electrónico y las redes sociales. Ello ha hecho surgir una nueva forma de comunicación activa entre personas con un gran calado social: Facilita la inmediatez, ahorra tiempo y costes e incrementa la productividad, tanto en el plano doméstico, como empresarial.

Es un hecho que las actuales tecnologías de la información y las comunicaciones permiten aumentar la productividad, adaptándose al fenómeno de la globalización, creando estructuras organizativas o núcleos de actividad, que incluso permiten prescindir de un centro de trabajo físico, siendo irrelevante el lugar desde donde el trabajo se presta (trabajo a distancia, teletrabajo, comercio electrónico, teleoperadores, etc). Incluso, la propia organización empresarial puede tener su capacidad productiva en el mismo ciberespacio, en Internet, como espacio propio de negocios. Es posible incluso, integrar los distintos terminales individuales en una red (servidores, *cloud computing* o servicios en la nube), lo que da lugar a un espacio muy amplio compartido por una ingente cantidad de personas, como por ejemplo, las redes sociales como *Facebook* o *Twitter*¹⁰⁴⁹.

Las TICs permiten un incremento de la productividad en el marco de la competitividad, que a su vez exige a las empresas una constante adaptación a las necesidades del mercado, actuando con mayor flexibilidad. Esta flexibilidad no es solo económica o productiva, sino laboral, siendo un valor de garantía para la subsistencia de la empresa y de los propios trabajadores.

Así, las TICs parecen convertirse en una suerte de “*nuevo valor supremo y universal*” que sirve de base para fundamentar organizaciones productivas descentralizadas y maximizar los beneficios¹⁰⁵⁰. Pero no todo es positivo, pues tampoco se puede ignorar que la “*deslocalización*” y “*destemporalización*” no solo ahorran costes en infraestructura, sino también, en ocasiones, en mano de obra. Ello puede provocar una nueva discriminación salarial si argumentando una mayor flexibilidad laboral se abonan salarios más bajos por el mismo trabajo.

Respecto al vínculo laboral, la tecnología permite, no ya una desubicación del trabajador, sino al contrario, su ubicación en todas partes, o en cualquiera de ellas. Si bien la distancia con el empleador potencia un mayor grado de autonomía en la toma de decisiones y en la ejecución de la prestación laboral, sin embargo, el control omnímodo,

¹⁰⁴⁹ CARDONA RUBERT, M.^a Belén: “Redes sociales en el contrato de trabajo”, en RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Dir.): “*Derechos y redes sociales*”. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2013. Pág. 288.

¹⁰⁵⁰ COLÀS NEILA, Eusebi: “*Derechos Fundamentales del trabajador en la era digital: Una propuesta metodológica para su eficacia*”. Ed. Bomarzo. Albacete. 2012. Pág. 36.

contrarresta lo que podría verse como un debilitamiento del carácter de la dependencia.

Esta mayor flexibilidad y autonomía debe también aplicarse a la relación individual de trabajo, que no es ajena al empleo tecnológico de los medios y recursos que a tal fin se ponen a disposición de los trabajadores. Esta circunstancia tiene un paralelismo con la época de la introducción de la automatización en la industria, donde ya se apuntaban reflexiones sobre las ventajas de involucrar al trabajador en la tecnología en pro de la productividad, ante el fenómeno creciente de la deshumanización del trabajo¹⁰⁵¹.

Algunos autores lo han expresado de forma que el poder de dirección se desplaza desde “*el corazón mismo de la prestación*” hacia “*su periferia, sobre las condiciones de su ejecución*”¹⁰⁵² de forma que el cumplimiento de la prestación laboral se centra en la consecución de unos resultados concretos. Un ejemplo de esta evolución es la regulación y el desarrollo del fenómeno del teletrabajo, en el que las fronteras entre trabajo subordinado y trabajo autónomo, resultan menos nítidas.

Se observa, por tanto, que la introducción de las TICs permite la prestación laboral en lugares distintos al propio centro de trabajo, lo que provoca que la tendencia tradicional a la limitación de la jornada laboral se flexibilice ahora para poder adecuar en cada momento la prestación de servicios a las necesidades del mercado¹⁰⁵³. Muestra de ello es el fomento del trabajo a tiempo parcial, la distribución irregular de la jornada o la mayor facilidad de modificar las condiciones de trabajo inicialmente pactadas, para su adaptación a las necesidades productivas de la empresa, que conviven con una regulación proteccionista del trabajador que permite también una adaptación de la jornada para la conciliación de la vida laboral y familiar, cuidado de hijos, etc.

Si bien las TICs no influyen de manera directa en estas materias, sí que suponen una vía más de flexibilización de la relación laboral, en los casos en que sea factible, compatible con las medidas de flexibilidad interna que recoge la actual regulación de las condiciones de trabajo y que conlleva que el control empresarial se centre en el resultado, por encima del trabajo por unidad de tiempo. Esta forma de control empresarial sobre la prestación laboral permite una mayor autonomía al trabajador, quien puede compatibilizar trabajo con su vida personal, sin que ceda el control sobre su actividad que incluso, puede ser mayor, pues las actuales técnicas de control informático permiten conocer exactamente que es lo que está haciendo el trabajador en cada momento.

Las TICs dan lugar a redes de comunicación que fomentan el trabajo colaborativo, tanto entre trabajadores de una misma empresa, como entre la empresa y el exterior, lo

¹⁰⁵¹ Como ya apuntara CUÑAT COSSONIS, “*Las mejores máquinas automáticas, los más modernos sistemas de organización científica del trabajo, resultan inoperantes si no se cuenta con la voluntad de trabajar de los hombres que han de manejarlos. Precisamente por ser cada día más delicado y complejo el mecanismo de la producción, es cada vez más necesario contar con la colaboración activa de los trabajadores, los cuales hayan en la práctica muchas combinaciones para entorpecerlo, cuando se ven tratados injustamente*”, en CUÑAT COSSONIS, Roberto: “Productividad y moral de trabajo”. *Revista de Política Social*. N.º 17, 1953. Pág. 66.

¹⁰⁵² MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: “*Derecho del Trabajo, Nuevas Tecnologías y Sociedad de la Información*”. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2002. Pág. 82.

¹⁰⁵³ COLÀS NEILA, Eusebi: “*Derechos Fundamentales del trabajador en la era digital: Una propuesta metodológica para su eficacia*”. Ed. Bomarzo. Albacete. 2012. Pág. 79.

que reduce la estructura y la complejidad de las organizaciones.

Esta flexibilización en el cumplimiento de los deberes laborales tiene repercusiones positivas para el trabajador, en cuanto le permite pactar condiciones de trabajo adaptadas a situaciones personales y familiares. La tecnología permite atender determinadas obligaciones laborales en un horario flexible, donde la disponibilidad ante determinadas situaciones puede ser inmediata. A cambio, el trabajador puede emplear y distribuir su tiempo de trabajo de forma compatible con actividades de formación, ocio, o de conciliación de la vida personal y familiar.

Un ordenador portátil y una conexión a Internet, cuando no un teléfono móvil (*smartphone*), o cualquier dispositivo conectado a Internet, permite atender desde cualquier lugar un reclamo de la prestación laboral mediante el acceso al correo electrónico, a la *Intranet* de la empresa o incluso, al contacto directo con proveedores y clientes. No es preciso estar físicamente en el centro de trabajo y aunque cada sector económico requiere unas condiciones distintas, cada vez es mayor la flexibilidad de horarios, la adaptación de éstos al cuidado de menores y familiares y, al mismo tiempo, una mayor capacidad de respuesta y eficacia ante demandas profesionales.

1.2.2 Límites a la flexibilidad tecnológica: La seguridad y el control de un uso inadecuado de los recursos tecnológicos.

Las TICs también pueden ser un instrumento que perjudique los intereses de la organización empresarial. El uso del correo electrónico, Internet o redes sociales para fines personales o ajenos a los procesos productivos, puede afectar al rendimiento laboral del trabajador durante la jornada de trabajo, o incluso a los propios recursos empresariales que son destinados a finalidad distinta para los que fueron concebidos.

La relación entre la empresa y los trabajadores se configura desde unas expectativas de confianza y, concretamente, en el deber de lealtad. Pero esta relación de confianza no es unidireccional, sino que debe ser recíproca. De esta forma, si el trabajador goza de ciertos espacios de confianza que le pueden inducir a la deslealtad, es lógico la creación de un entorno de control adecuado en la empresa que inspire y promueva al mismo tiempo la necesaria confianza, creando así un equilibrio en el que estarían justificadas algunas políticas de control proporcionadas¹⁰⁵⁴.

Es en este clima de confianza donde la empresa está legitimada para prevenir daños que los trabajadores puedan causar en el uso profesional de los medios que la empresa pone a su disposición. Los daños o perjuicios pueden ser sufridos por la empresa o por el resto de los trabajadores o terceros, siendo cuantificables por el lucro cesante (disminución de la productividad) o por el coste de los daños causados¹⁰⁵⁵. Estos actos desleales de los trabajadores, usando sistemas informáticos, se pueden

¹⁰⁵⁴ AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón: “¿Cómo prevenir conductas abusivas y delitos tecnológicos en la empresa? Estudio interdisciplinar sobre políticas de uso de las TIC, prevención y gestión de conflictos en una muestra de empresas españolas”. *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). Junio 2013. Págs. 10 y 11. Disponible en: <http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n16-agustina>

¹⁰⁵⁵ VALDÉS DAL-RE, Fernando: “Presentación”. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 5-6. Marzo 2009. Pág. 2.

sistematizar en los siguientes¹⁰⁵⁶:

- Daños al patrimonio empresarial, al destinar recursos a fines distintos a los laborales en el tiempo productivo, reduciendo la productividad e incluso, arriesgando su buen funcionamiento, asumiendo costes a costa del empleo particular por el trabajador de tales medios, o daños provocados por el funcionamiento anormal de los recursos, bien por saturación de los mismos (redes, Internet y correo electrónico), bien por la afectación de virus informáticos que afecten al sistema.
- Apropiación indebida de información, con transgresión de los deberes de confidencialidad y secreto, mediante el acceso no autorizado o disponiendo de él, utilizando la información en beneficio de terceros.
- Competencia desleal, mediante la creación de una empresa paralela, utilizando activos inmateriales de la empresa. Consiste en la explotación en una empresa de nueva creación, de la propiedad intelectual, la propiedad industrial o el *know how* de la empresa en la que presta servicios el trabajador.
- Problemas relacionados con la seguridad del sistema, en cuanto a permitir accesos externos a información confidencial de la organización (secretos industriales o estrategias comerciales), destrucción, alteración o inutilización de datos, programas o cualquier otro activo inmaterial ubicado en las redes o sistemas informáticos.
- Amenazas, injurias y calumnias a la dirección de la empresa, compañeros de trabajo, clientes o terceros, utilizando el correo electrónico corporativo, redes sociales, o cualquier otro medio.
- Acoso moral o sexual a otros trabajadores utilizando los medios informáticos de la empresa.
- Actos que constituyan infracción a las normas de propiedad intelectual, como la práctica consistente en la copia de activos inmateriales de la empresa, especialmente obras protegidas, con el fin de cederlas posteriormente a terceros. De esta manera, una multitud de usuarios acceden de forma gratuita a programas de ordenador, información o contenidos multimedia que quedan desprotegidos.
- Descargas ilegales de contenidos protegidos desde el servidor de la empresa, o de contenidos prohibidos (pornografía infantil). Descargas de archivos MP3 o vídeo, capaces de colapsar el tráfico, reducir la velocidad de transmisión y obligar a la empresa a invertir en una mayor capacidad de navegación en Internet¹⁰⁵⁷.
- Actos que constituyen infracción de los derechos de propiedad industrial, mediante el registro de un nombre identificable con la empresa, cuyo dominio ha sido

¹⁰⁵⁶ RIBAS ALEJANDRO, Javier: "Actos desleales de trabajadores usando sistemas informáticos e Internet". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 21. 2004. Págs. 104-119.

¹⁰⁵⁷ CARDONA RUBERT, M^a Belén: "Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas". *Lan Harremanak* (Universidad del País Vasco). N.º Extraordinario 1. 2003. Pág. 169.

registrado por parte del trabajador. Incluye la creación de páginas web con contenidos ofensivos para perjudicar a la empresa o sus clientes.

1.2.3 La “flexiseguridad tecnológica” o la doble naturaleza de las TICs: Herramientas de trabajo (flexibilidad) e instrumentos de control empresarial (seguridad). La extinción del contrato por causas tecnológicas.

Los recursos tecnológicos promueven una mayor agilidad y rapidez en la gestión empresarial (acceso a la información, comunicación y comercio electrónico). Estos recursos fueron inicialmente concebidos como herramientas de trabajo (utillaje técnico), pero por su propia naturaleza global, trascienden la función instrumental originaria para asumir funciones en el ámbito personal¹⁰⁵⁸. La red de ordenadores de una empresa, dependiente de un servidor al que están interconectados, acumula gran cantidad de información que no discrimina, en principio, la personal de la meramente profesional.

La tecnología facilita una mayor atención e inmediatez a las demandas que el empresario necesita y que a través de los medios puestos a disposición del trabajador, permiten a éste cumplir sus deberes profesionales de una forma más rápida y efectiva. Por tanto, la ventaja empresarial debe también tener en cuenta la utilización en beneficio personal de aquellas utilidades que permiten estos dispositivos, facilitados para una finalidad profesional. Existen situaciones en las que la prestación laboral se lleva a cabo desde fuera del centro de trabajo, fuera del horario y de la jornada laboral. Por tanto, es justo reconocer un aprovechamiento personal de estas ventajas cuando no repercutan negativamente en el trabajo.

Por otra parte, existen tecnologías que están enfocadas y por tanto, son utilizadas, como medios de vigilancia, para la defensa del patrimonio empresarial y del correcto funcionamiento de las relaciones laborales. Estos recursos garantizan el correcto uso de la libertad del trabajador para utilizar para uso personal recursos facilitados por la empresa para fines profesionales, siempre que sean utilizados de acuerdo a una finalidad legítima y no atente contra los derechos de los trabajadores.

Por tanto, cabe aludir a la expresión “flexiseguridad tecnológica” para expresar el justo equilibrio entre la flexibilidad que la tecnología permite al trabajador en el desarrollo de la prestación laboral y la seguridad que requiere la actividad empresarial, en el sentido de controlar el uso adecuado de los medios proporcionados como herramientas de trabajo a los empleados.

Es esta expresión -flexiseguridad- un concepto ya utilizado en el Derecho del Trabajo con motivo de otro necesario equilibrio en las relaciones laborales: La flexibilidad en las condiciones de trabajo que requiere la empresa frente a la seguridad en el empleo de los trabajadores y del que se han hecho eco las últimas reformas laborales al amparo de las directrices marcadas por la “Estrategia Europea de Empleo”¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁸ VALDÉS DAL-RE, Fernando: “Presentación”. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 5-6. Marzo 2009. Pág. 1.

¹⁰⁵⁹ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto; ABRIL LARRAÍNZA, M.ª del Puy y MEGINO FERNÁNDEZ, Diego: “La reforma laboral de 2010: Un análisis teórico-práctico”. Ed. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2010. Págs. 15 y ss.

Una manifestación de la flexiseguridad en el ámbito tecnológico, es la previsión, ya desde la promulgación del ET de 1980, de una causa de despido objetivo consistente en la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas por la empresa. En la Reforma de 2012 y en el actual ET de 2015 se conjuga una apuesta por introducir mejoras tecnológicas en la empresa en aras de una mayor productividad (flexibilidad), al mismo tiempo que se garantizan al trabajador oportunidades para adaptar sus conocimientos a la innovación (seguridad)¹⁰⁶⁰: Siempre que los cambios sean razonables; se ofrezca al trabajador la formación necesaria para adaptarse a los cambios tecnológicos, computando como trabajo efectivo y abonándose el salario medio que viniera percibiendo; y con el límite de no extinguir el contrato hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación¹⁰⁶¹.

Pero cabe aplicar también esta expresión al control tecnológico empresarial, asociando la finalidad de la tecnología para flexibilizar las condiciones de trabajo -en este caso, a favor del trabajador-, con la seguridad -en este caso-, aplicada a la empresa. Por ello, se propone el término de “*flexiseguridad tecnológica*” para describir una realidad en la que conviven intereses tradicionalmente contrapuestos, convirtiéndose ahora en el punto de equilibrio de una nueva concepción de las relaciones laborales, caracterizada por el acuerdo y la negociación en un plano de igualdad, aunque manteniendo formalmente el control empresarial, ahora también tecnológico, de ese margen de libertad o flexibilidad reconocido al trabajador.

Esta cuestión puede ser de utilidad a la hora de valorar actitudes empresariales que, en ejercicio del poder de dirección, proscriben el uso de los medios tecnológicos de la empresa para fines privados. En una jornada de trabajo con un horario rígido, cualquier comportamiento privado en perjuicio de la prestación laboral (como puede ser la mera pérdida de tiempo), puede entenderse ilegítimo, negando cualquier tipo de flexibilidad a la relación laboral. En un trabajo por unidad de tiempo, donde prima la disponibilidad del trabajador durante su jornada, difícilmente puede existir flexibilidad.

Sin embargo, en un trabajo cuya naturaleza no se rige por el factor tiempo, sino por la productividad, o incluso en aquellos tipos de prestación en los que el trabajador no está sometido a un horario rígido, pudiendo trabajar fuera del centro de trabajo, parece lógico flexibilizar las condiciones de trabajo, de forma que el trabajador pueda aprovechar los recursos tecnológicos sin afectar a su actividad productiva. Hay que advertir que la flexibilización de las condiciones de trabajo, también beneficia a la empresa. El uso de tales medios para fines privados, no tiene por qué repercutir en el rendimiento, ni suponer un mayor coste.

En un primer acercamiento a la utilización de los dispositivos tecnológicos por el trabajador para un fin, en principio profesional, que no excluye el personal o privado, cabe distinguir los distintos usos o fines de tales herramientas de trabajo:

- La utilización por los trabajadores de medios y recursos tecnológicos que

¹⁰⁶⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana: “*Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2015. Pág. 17.

¹⁰⁶¹ Art. 52.b) del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el TRET.

constituyen instrumentos vinculados con la producción. Se trata de herramientas de trabajo, respeto a las que el trabajador asume la obligación de su uso correcto y conforme a su finalidad, debiendo mantener estos dispositivos en buen estado y advirtiendo al empresario de cualquier anomalía.

- La comunicación entre personas de la propia organización, independientemente de su ubicación física, sea el propio empresario, personal directivo u otros sujetos que como proveedores y clientes, son externos a la organización empresarial.
- La realización de trámites y gestiones con la administración electrónica, en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, fiscales, laborales o de Seguridad Social, a través de los medios habilitados a tal fin, que incluso en ocasiones, devienen en el único cauce permitido para llevar a cabo estas gestiones¹⁰⁶².
- El control y vigilancia de los trabajadores, a través de los dispositivos tecnológicos que permiten comprobar la actividad del trabajador, circunscrita al ámbito laboral, constatando que se lleva a cabo de acuerdo a lo convenido. Son ejemplos de ello, el control tecnológico de acceso, monitorización, videovigilancia y geolocalización o seguimiento del trabajador, para verificar el cumplimiento de su trabajo.
- Las medidas de seguridad interior y exterior, mediante la instalación de dispositivos de videovigilancia o circuitos de televisión.

Desde el punto de vista de la intimidad del trabajador, el correo electrónico y el uso de Internet por parte del trabajador plantea un doble carácter funcional de estos medios: Por un lado, son instrumentos de trabajo para el correcto desarrollo de la prestación laboral. Por otro, constituyen en sí mismos un mecanismo de control y vigilancia de ésta.

Unos y otros recursos, con o sin una finalidad específica de control ofrecen asimismo, la posibilidad de someter al trabajador a un control permanente, intenso, contrastado y detallado de su actividad laboral “y *extralaboral*”. No se puede disociar la información propia de la persona que maneja el equipo, de la estrictamente laboral. Este control sobre la herramienta de trabajo no discrimina ni respeta una esfera íntima o personal, incluso si se utiliza fuera del espacio y tiempo de trabajo, pues siempre queda una huella susceptible de ser identificada y analizada. Ello implica un aumento de facto del poder empresarial, pues equipo y persona constituyen un todo.

Siguiendo a COLÀS NEILA, no nos hallamos en presencia de un medio cuya finalidad sea controlar la prestación laboral, sino que es la propia herramienta de trabajo la que despliega esa labor, es el propio elemento productivo, del que necesariamente se ha de valer el trabajador para desarrollar la prestación laboral debida, el que simultáneamente la analiza. De este modo, al trascender su propia finalidad productiva para convertirse paralelamente en un elemento de vigilancia, se produce un preocupante redimensionamiento de los poderes empresariales¹⁰⁶³.

¹⁰⁶² El Sistema RED: “*Remisión Electrónica de Documentos*”, es un servicio que ofrece la Tesorería General de la Seguridad Social a empresas, agrupaciones de empresas y profesionales colegiados, cuyo objeto es permitir el intercambio de información y documentos entre las distintas entidades a través de medios telemáticos. http://www.seg-social.es/Internet_1/Masinformacion/SistemaRed/index.htm.

¹⁰⁶³ COLÀS NEILA, Eusebi: “*Derechos Fundamentales del trabajador en la era digital: Una propuesta*”

Así pues, entre los instrumentos de control que conforman las TICs, cabe distinguir aquellos utilizados en la organización empresarial con una finalidad directa o unívoca de vigilancia y control (videocámaras, aparatos de captación de voz, tarjetas magnéticas con chip, sistemas de radiofrecuencia, tecnologías de reconocimiento facial, del iris o de la huella dactilar, sistemas de geolocalización vía GPS, etc.) y aquellos que sólo indirectamente pueden ejercer esa función (el ordenador, la intranet, el correo electrónico, o la conexión a Internet).

En cualquiera de ambos casos, la afectación de estos medios a los derechos personales del trabajador, sobre todo relacionados con la intimidad, secreto de las comunicaciones, propia imagen y protección de datos personales, es intensa. Su simple utilización permite revelar no solo el trabajo realizado, sino el tiempo invertido, las pausas realizadas, los errores o los tiempos de actividad. Pero son quizás, los elementos de control indirecto, en los que el trabajador no percibe esa única finalidad fiscalizadora, los que pueden generar mayores expectativas de privacidad, en cuanto no existe el convencimiento de que esos instrumentos se utilicen con una finalidad de control, pudiendo incluso ser del todo desconocidos.

Se genera así un nuevo concepto de privacidad, en el entorno de esta sociedad-red, donde contrasta el aislamiento y pasividad de las personas, por un lado, con el hecho de compartir información de cualquier tipo, desde profesional, a personal, a través de un mismo ordenador o terminal (teléfono móvil o *smartphone*, *tablet*, etc).

En esta línea es preciso llamar la atención sobre la facilidad para monitorizar a un trabajador conectado a la red de la empresa, donde ésta puede acceder a los mensajes electrónicos o a los sitios *web* visitados, guarden o no relación con el trabajo. Pero además, la simple puesta a disposición de un teléfono móvil, o de otro dispositivo similar, permite incluso determinar la localización del trabajador, donde quiera que esté.

La monitorización y acceso a los mensajes electrónicos y a su contenido es factible sin necesidad de que ninguna de las partes, emisor o receptor, puedan percatarse de tal control. Cuando se elimina un mensaje, ya sea del correo electrónico, de una aplicación de mensajería instantánea, o se borra una dirección de acceso a Internet, el mensaje no desaparece, sino que queda en los archivos de seguridad e incluso, esta información, se puede conservar y guardar. Es más, el uso de una clave personal de acceso puede ser conocida por los administradores del sistema.

La distinción entre un uso profesional y particular de los medios telemáticos de la empresa aporta nuevos matices al problema de delimitar hasta dónde abarca la vigilancia de un uso mixto, donde incluso se hace difícil distinguir las barreras entre lo personal y lo profesional¹⁰⁶⁴. ¿Es posible mantener conversaciones privadas con clientes, a través del correo electrónico, para interesarse por el estado de salud, conocer hábitos y costumbres de los interlocutores o compartir gustos y aficiones? Es decir, una vigilancia omnímoda, incluso sobre los hábitos de navegación o de las conversaciones privadas, incluso en el

metodológica para su eficacia". Ed. Bomarzo. Albacete. 2012. Pág. 159.

¹⁰⁶⁴ LUJÁN ALCARAZ, José: "Uso y control en la empresa de los medios informáticos de comunicación". *Revista Doctrinal Aranzadi Social* (edición digital). N.º 3/2001. BIB 2001\602. Pág. 6.

entorno de la empresa, constituye una potencial vulneración de los derechos fundamentales del trabajador.

Esta vigilancia no sólo permite un control exhaustivo sobre la actividad laboral, sino que hace posible obtener una información personal sobre la vida del trabajador, entre la que destacan sus gustos y aficiones, ideología, tendencias, religión, sexualidad, círculos en los que tiene contactos, etc. Incluso sin acceder al contenido de los mensajes es posible sólo por los datos de tránsito, hacerse una idea de la personalidad del trabajador que además, junto a la información pública que éste facilite en las redes sociales (*Twitter, Facebook, LinkedIn*, etc.) o en buscadores, como *Google* (al que se le ha demandado el borrado de datos que afecten o “*estigmaticen*” a una persona, en virtud del llamado “*derecho al olvido*”), permite conocer características que pueden influir incluso en la valoración laboral del empleado. Este tipo de información puede ser obtenida a través de las redes sociales en el proceso de selección previo a la contratación, y que puede determinar ésta, o influir después en la dinámica de la relación laboral¹⁰⁶⁵.

Estos instrumentos de control, particularmente invasivos, han ido generalizándose en la sociedad y en la empresa, siendo incluso aceptados en la jurisprudencia constitucional y ordinaria de los diversos tribunales, ante determinadas circunstancias que han hecho ceder en la eficacia de los derechos fundamentales a la intimidad y secreto de las comunicaciones (STC 241/2012, de 17 de diciembre, en cuyo Voto Particular, VALDÉS DAL-RÉ se refiere a que al margen de acentuar la dependencia jurídica y la presión psicológica a los trabajadores, estos medios “*repercuten negativamente en la efectividad de los derechos fundamentales reconocidos a los trabajadores*”).

Por todo ello, es factible crear un clima de flexibilidad en el uso de las nuevas tecnologías apelando al sentido común¹⁰⁶⁶. La tecnología permite el contacto y la disponibilidad del trabajador fuera del centro de trabajo, el teletrabajo, la gestión de trámites personales desde el mismo puesto evitando permisos retribuidos o salidas puntuales de la empresa para realizar gestiones, así como crear un clima laboral compatible con la atención de necesidades familiares y poder conciliar la vida personal y profesional. En este escenario, ¿tiene realmente sentido imponer reglas rígidas?

Este marco no es compatible con la facultad del empresario de vigilar y controlar toda actividad del trabajador, incluso invadiendo su intimidad, solo por el hecho de no tratarse de actividades autorizadas, o por razones de seguridad que anulen cualquier otra. No es realista en una sociedad de la información prohibir lo que hoy son medios de comunicación normal, compatibles con cualquier faceta de nuestra vida¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶⁵ Un ejemplo de todo ello en DUMORTIER, Franck: “Facebook y los riesgos de la descontextualización de la información”. En el V Congreso Internet, Derecho y Política. “Cara y cruz de las redes sociales”. *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 9. Noviembre 2009. Págs. 25-40. Disponible en: http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n9_peguera.

¹⁰⁶⁶ TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel y CALVO MORALES, David: “El uso de Internet y el correo electrónico en la empresa: Límites y garantías”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, N.º 165. Junio 2014. Pág. 200.

¹⁰⁶⁷ FARRIOLS I SOLÁ, Antoni: “Introducción”, en FARRIOLS I SOLÁ, Antoni (Dir.): “*La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*”. Ed. Cinca. Madrid, 2006. Págs 22 y 23.

Esta flexibilidad no tiene por qué privar al empresario de su poder de vigilancia y control. El uso para fines personales de los medios tecnológicos del empresario no ha de suponer una merma en el trabajo. Lo que realmente se prohíbe y, por tanto, se vigila, no es el uso que de las TICs haga el trabajador, en muchos casos inocuo para el empresario, sino la inactividad y el incumplimiento de su obligación laboral. Es el cumplimiento de la prestación laboral el objeto central de la vigilancia empresarial y no el uso personal de estos dispositivos, que realizado de forma puntual y con respeto al marco de confianza de la relación, no ha de suponer una extralimitación al objeto del contrato¹⁰⁶⁸.

La deshumanización del trabajo es una expresión que ya fue utilizada con ocasión de la introducción de las máquinas en las fábricas, “a pesar de que el nivel de vida de los obreros fue paulatinamente creciendo. Junto a ello se les fueron arrancando las razones espirituales de su trascendencia humana, se les fueron materializando...”¹⁰⁶⁹. Para evitar la falta de interés y de compromiso en el proceso productivo, se argumentó la necesidad de integrar al trabajador en la actividad de la empresa, no solo desde el punto de vista de la responsabilidad unido al complemento económico, sino incluso a través de la confianza. A pesar de haber transcurrido medio siglo, no resultan extemporáneas propuestas como “en el obrero moderno el ocio es una oportunidad deseada para escapar del trabajo, de su sentido de obligación”¹⁰⁷⁰, o cuando se sugiere “humanizar el salario, sustituyendo la mentalidad del asalariado por la de cooperador”¹⁰⁷¹.

La confianza es un factor que permite no solo humanizar el trabajo, sino involucrar al trabajador en el proceso productivo integrando su capacidad creadora y su responsabilidad en beneficio de la empresa y en el desarrollo de la productividad¹⁰⁷². En este clima de confianza, es compatible la exigencia de la prestación laboral con una mayor flexibilidad que permita al trabajador realizar actos de naturaleza privada incluso durante el desarrollo del trabajo, aún cuando estos actos se lleven a cabo a través del uso tecnológico de medios de titularidad empresarial. Ello no es incompatible con la vigilancia y control empresarial de aquellos abusos de confianza que impliquen un incumplimiento de los deberes del trabajador.

En este sentido, la innovación tecnológica y los modernos sistemas de gestión empresarial apuntan hacia una mayor implicación y adhesión del trabajador a los objetivos de la empresa que justificarían una mayor flexibilidad en el ejercicio de los derechos

¹⁰⁶⁸ CALVO GALLEGOS, Francisco Javier: “TIC y poder de control empresarial: Reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales. STSJ de La Rioja, de 23 de mayo de 2011”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* (edición digital). N.º 71/20129/2012. BIB 2012\56. Pág. 5.

¹⁰⁶⁹ MUÑOZ CAMPOS, Juan y CEREZO CARRASCO, Enrique: “Integración del trabajador en la empresa”. *Revista de Política Social*. N.º 13. 1952. Pág. 29.

¹⁰⁷⁰ ESTEVA FRABEGAT, Claudio: “La máquina y la deshumanización del trabajo”. *Revista de Política Social*. N.º 47, 1960. Pág. 64.

¹⁰⁷¹ CUÑAT COSSONÍS, Roberto: “Algunas consideraciones sobre la participación activa de los trabajadores en la empresa moderna”. *Revista de Política Social*. N.º 7. 1950. Pág. 146.

¹⁰⁷² Un estudio de fórmulas para involucrar al trabajador en la empresa en MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: “Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º 57. 2005. Págs. 281-302.

fundamentales de los trabajadores, sin renunciar a la búsqueda de la eficiencia y del beneficio¹⁰⁷³. SAGARDOY BENGOCHEA lo expresa a partir de la teoría de los vasos comunicantes: Es necesario conjugar los intereses generales con los empresariales y laborales¹⁰⁷⁴.

1.3 EL RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR EN EL USO DE LOS DISPOSITIVOS TECNOLÓGICOS FACILITADOS POR LA EMPRESA.

1.3.1 El alcance del poder de dirección en la vigilancia del uso legítimo de dispositivos tecnológicos frente a los derechos fundamentales del trabajador.

El ejercicio de derechos por parte del empresario y de los trabajadores plantea situaciones de conflicto. Una concepción conflictivista que parte de una estricta división entre derechos individuales y bienes colectivos lleva a la colisión de estas dos dimensiones y defiende la restricción de uno de los derechos en disputa en beneficio del otro. Sin embargo, cabe defender una concepción armonizadora que trata de ajustar o modular el ejercicio de derechos a la relación jurídica, en este caso laboral, así como a las circunstancias y características concretas que derivan de esta relación¹⁰⁷⁵.

Se trata, por tanto, de defender un equilibrio entre derechos, fruto de la armonía y coexistencia de bienes jurídicos. De esta forma, el derecho a la intimidad del trabajador, se delimita internamente por la propia relación en que se ejerce, por lo que debe ajustarse o modularse de acuerdo a las particularidades propias del contrato de trabajo, entre las que se encuentra el sometimiento al poder de dirección del empresario.

La facultad que la Ley otorga al empleador en el seno de la relación laboral, en virtud de su poder de dirección, a la vigilancia y control sobre la actividad del trabajador, plantea el problema de la utilización por parte de los empleados de los dispositivos facilitados como herramientas de trabajo, propiedad de la empresa, para fines particulares, que nada tienen que ver con la actividad empresarial. Cuando un trabajador utiliza estos medios para fines particulares, sin autorización, realiza, en principio, un uso irregular, indebido y abusivo de estos medios que la empresa pone a su disposición para llevar a cabo la prestación laboral, objeto del contrato de trabajo.

Pero como una cuestión previa al análisis de la cuestión, es preciso delimitar las condiciones de lugar y tiempo en el uso, en principio indebido, de tales medios por el trabajador, de acuerdo a la realidad social en la que dicho uso tiene lugar.

La introducción progresiva, no sólo de los medios ya tradicionales susceptibles de uso para fines privados, como el teléfono o el fax, sino de un ordenador con acceso a Internet, a través del cual se puede navegar a través de la red, utilizar el correo electrónico y el resto de aplicaciones que permiten mantener comunicaciones privadas

¹⁰⁷³ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal y OLARTE ENCABO, Sofía: "Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *Relaciones laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. 1999 (Tomo II). Pág. 360.

¹⁰⁷⁴ SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio: "Tiempos convulsos". Diario "ABC" de 24 de agosto de 2015.

¹⁰⁷⁵ APARICIO ALDANA, Rebeca Karina: "*Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones jurídico-laborales*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2016. Págs. 47 y 48.

con terceros, ha provocado una pugna entre derechos: Por un lado la libertad de empresa que legitima el control de la actividad y, por otro, no solo con el derecho a la intimidad del trabajador, sino en lo que se refiere a medios de comunicación, con la garantía del secreto de las comunicaciones y, en cuanto a la información conocida por el empleador a través de los datos a los que accede, con el derecho de protección de datos personales.

En un estadio más actual y avanzado, la tecnología de las comunicaciones ha permitido disponer de dispositivos portátiles que permiten la conexión entre usuarios desde cualquier lugar y a cualquier hora. Esta ventaja también ha sido empleada por algunas empresas, con el fin de lograr una disponibilidad plena del trabajador, aún fuera de su jornada y del centro de trabajo. Los ordenadores portátiles y dispositivos móviles con conexión a Internet (*smartphones*) se pueden utilizar tanto como herramientas de trabajo, como para fines privados, dentro y fuera del ámbito laboral.

En estos casos, parece incoherente una utilización exclusivamente profesional de estos dispositivos con la flexibilidad y disponibilidad del trabajador. Un teléfono móvil o un ordenador a disposición del trabajador, podrá ser utilizado para fines particulares, cuando se acuerda con el trabajador su disponibilidad en periodos considerados extra-laborales. El límite del uso privado debería fijarse en la correcta utilización de dichos dispositivos, el adecuado mantenimiento y, en su caso, no suponer un coste adicional al que supone para la empresa el propio dispositivo.

Hoy día, las tarifas planas de Internet, así como de llamadas telefónicas y servicios de telecomunicación a través de dispositivos móviles, permiten que un recurso de este tipo puesto a disposición del trabajador y sufragado por la empresa, no implique un mayor coste si se utiliza en unas condiciones adecuadas y de acuerdo al servicio contratado.

En estos casos, la vigilancia empresarial sin el consentimiento del trabajador sobre los contenidos y servicios a los que el trabajador pueda acceder, vulneraría, en principio, el derecho a la intimidad, en lo que se refiere al acceso a información privada. Asimismo, el acceso a las comunicaciones que mantuviera el trabajador a través de estos medios, vulneraría el deber de secreto, si se cumplen los requisitos de este derecho que actúa como garantía para el individuo, independientemente de su condición de trabajador. Por último, la captación de los datos que quedan archivados en los ordenadores o servidores de Internet, supone una amenaza para el trabajador a su derecho de protección de datos personales. La razón principal sería que a pesar de la titularidad empresarial de los medios puestos a disposición del trabajador, éstos pueden ser utilizados en condiciones normales fuera de la jornada, salvo que hubiera una prohibición expresa.

Sin embargo, el problema se acentúa cuando la utilización privada de estos dispositivos se lleva a cabo durante la jornada de trabajo. El perjuicio empresarial deriva de la pérdida de productividad en el periodo en que el trabajador está bajo el poder de dirección directo del empleador. A ello, se añadirían otros perjuicios derivados de dicha utilización, algunos de los cuales están en directa relación con la infraestructura de la empresa, ante una masiva utilización de sus recursos (descargas, virus, exceso de mensajes de entrada y salida) y, en otros casos, por la realización de conductas prohibidas o ilegales, con grave perjuicio a los intereses o a la imagen de la empresa.

Se plantea en este caso la legitimidad de la vigilancia empresarial para prevenir y fiscalizar los actos del trabajador en el uso particular de unos medios que son, ante todo,

herramientas de trabajo. Pero al mismo tiempo, surge el debate del respeto a los derechos de los trabajadores a mantener al margen de su vida profesional, aquellos aspectos de su vida privada que no tiene por qué conocer el empresario.

Se trata de un problema complejo, pues es necesario delimitar las condiciones de un uso legítimo, autorizado o consentido de los dispositivos tecnológicos por parte del trabajador, para que éste pueda hacer valer sus derechos. Sin embargo, también se trata de evitar una intromisión ilegítima en estos dispositivos, con fines que nada tienen que ver con la relación laboral, a través de la cual el empresario puede acceder a información, comunicaciones o datos privados del trabajador, vaciando de contenido sus derechos fundamentales e, incluso, llevar a cabo conductas arbitrarias.

Esta delimitación de las condiciones de uso de estos medios debería regirse por una regulación transparente, lícita y respetuosa con los derechos del trabajador. Sin embargo, la ausencia o indeterminación de estas condiciones a través de los instrumentos normativos que actúan como fuentes de la relación laboral, provoca el recurso a los principios que derivan de los límites de los derechos fundamentales (como el respeto al contenido esencial, o el principio de proporcionalidad), o a los principios que rigen las relaciones entre particulares (como el principio de la buena fe y el abuso de derecho).

1.3.2 El derecho a la dignidad e intimidad del trabajador en la era digital.

Los cambios en la era digital, con las nuevas formas de comunicación y acceso a la información, exigen adaptar la tradicional concepción del respeto a la dignidad e intimidad del trabajador a las nuevas formas de vigilancia y control de su actividad laboral por parte del empresario, cuya utilización podría atenuar, cuando no anular, la eficacia de tales derechos. El fundamento de control empresarial, el art. 20.3 ET, ha permanecido invariable, frente a la rápida evolución de los sistemas de comunicación y de control.

Los problemas que afectan en el seno de la relación laboral a la dignidad e intimidad del trabajador obedecen a dos factores, alrededor de los que se genera una complejidad de supuestos y situaciones en los que se enfrentan los derechos del trabajador y empresario: En primer lugar, los problemas que derivan del uso inadecuado o irregular de medios tecnológicos de la empresa, susceptibles de una utilidad universal y, por tanto, también personal para el trabajador, donde es fácil hallar información privada, mediante el acceso al ordenador o a la red. En segundo lugar, los conflictos que derivan de las exorbitantes facultades de control empresarial que tales medios permiten¹⁰⁷⁶.

Teniendo por cierto que *“no pueden considerarse violados los derechos a la intimidad personal, cuando se impongan limitaciones a los mismos como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula”* (STC 170/1987, de 30 de octubre, FJ 4º), tampoco se puede dar carta blanca al ejercicio de los poderes empresariales para llevar a cabo actuaciones arbitrarias que anulen no solo el derecho a la intimidad, sino la propia dignidad del trabajador como persona.

El empresario está legitimado para controlar cualquier uso irregular que los trabajadores hagan de los medios que pone a su alcance y, en especial, los medios a

¹⁰⁷⁶ LUJÁN ALCARAZ, José: “Uso y control en la empresa de los medios informáticos de comunicación”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* (edición digital). N.º 3/2001. BIB 2001\602. Pág. 3.

través de los cuales el empleado puede comunicarse o acceder a información a través de Internet. Pues bien, este sistema de control tiene como límite los derechos a la dignidad e intimidad del trabajador, por lo que además de efectivo, el control ha de ser legal y respetuoso con la privacidad del trabajador.

El problema es la delimitación del ámbito del derecho a la intimidad, pues las nuevas tecnologías, han modificado su concepto primigenio, que la identificaba con el ámbito personal y familiar. El problema jurídico no siempre consiste en la colisión entre poder de dirección y esfera personal, sino en los medios empleados por el empresario para detectar conductas extralaborales, cuando son incompatibles con sus intereses¹⁰⁷⁷.

Sin perjuicio del estudio de este derecho en los Capítulos I y II, cabe destacar, en el aspecto concreto de la intimidad como límite a las facultades de control y vigilancia empresarial, lo ya asumido por la STC 202/1999, de 22 de abril, que en referencia a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desarrolla su actividad, aclaró que *"si bien no se integran en principio en la esfera privada de la persona, sin embargo 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, en cuyo ámbito se encuentran, sin duda, las referencias a la salud"* (FJ 2º).

En concreto, el derecho a la intimidad se puede ver lesionado por el control tecnológico del empresario, por las siguientes vías:

- La utilización de ordenadores y dispositivos fijos o móviles que permitan a los trabajadores el acceso a los mismos para fines no profesionales, quedando dicha información a disposición del control del empresario.
- El control empresarial sobre el uso de los dispositivos tecnológicos que, siendo propiedad de la empresa, se ponen a disposición del trabajador, cuestionándose si es legítimo un control absoluto e ilimitado de dichos medios, o si el derecho a la intimidad del trabajador constituye una limitación a la libertad de empresa.
- El control defensivo del empresario ante amenazas contra su patrimonio o el del resto de trabajadores, que exija la instalación de medios tecnológicos de control absoluto sobre la actividad.

Frente a esos supuestos, el empresario no goza de un control absoluto que vacíe de contenido el derecho a la intimidad, si bien, este derecho tampoco es absoluto, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes. Por tanto, el ejercicio legítimo y legal de las facultades de vigilancia y control no debe abarcar más allá que el ámbito estrictamente profesional, salvo que respetando en todo caso el derecho a la dignidad del trabajador, existieran motivos que justificaran una medida restrictiva del derecho fundamental, siempre que superase el juicio de proporcionalidad. Este juicio abarca a su vez el triple test que debe superar la medida empresarial restrictiva del derecho, aplicando a las circunstancias del caso, los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, o ponderación de los intereses en juego¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁷ RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio: *"Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador"*. Consejo Económico y Social del Principado de Asturias. Oviedo. 2009. Pág. 39.

¹⁰⁷⁸ SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa: "El difícil equilibrio entre el poder de dirección del

1.3.3 El secreto de las comunicaciones laborales y extralaborales.

El empresario tiene un interés legítimo en controlar cualquier uso irregular que los trabajadores hagan de las herramientas de trabajo, incluso, en aquellas a través del cual el trabajador se puede comunicar, tanto en el interior como en el exterior de la empresa (correo electrónico, teléfono, etc). Ahora bien, este control no sólo ha de ser efectivo, sino que ha de ser legal, respetando la privacidad del trabajador. Para ello, es necesario delimitar las comunicaciones que gozan de la protección del secreto, el alcance de este derecho y los límites al poder empresarial en sus facultades de vigilancia y control.

El análisis parte del hecho de que la necesidad de tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones es especialmente intensa, tanto porque dicho derecho, a consecuencia de los avances tecnológicos, resulta fácilmente vulnerable, cuanto porque constituye una barrera de protección de la intimidad, sin cuya vigencia efectiva podría vaciarse de contenido el complejo sistema de los derechos fundamentales.

1.3.3.1 Comunicaciones protegidas en el ámbito laboral: Teléfono, correo electrónico y mensajería.

En un primer momento, se hace necesario delimitar qué medios puestos a disposición del trabajador, aún siendo propiedad de la empresa, pueden beneficiarse de la misma protección que los derechos fundamentales otorgan al correo tradicional.

A pesar de las dudas que genera la fiabilidad de las comunicaciones electrónicas¹⁰⁷⁹, éstas cuentan con las mismas garantías que la correspondencia tradicional, existiendo un emisor, un receptor y un mensaje o comunicación, que íntimo o no, debe quedar bajo el dominio de los interlocutores.

Cuando se produce una comunicación a través de correo electrónico o de un sistema de mensajería instantánea a través de Internet, se traslada de un usuario a otro u otros, previamente seleccionados, un objeto de comunicación que puede consistir en signos escritos, fotografías, imágenes y archivos de audio o vídeo. Si el envío de información se produce desde un emisor cuya cuenta está protegida por una contraseña o una limitación de acceso, el receptor recibe el mensaje de forma "*privada*" o inaccesible para el resto de personas que no son las destinatarias del mensaje y el canal es cerrado, la comunicación debe gozar de la misma tutela que el correo postal.

En relación a las conversaciones por *chat* o mensajería *web* que se producen de forma síncrona o asíncrona, existe también un paralelismo que las dota de la garantía del

empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores". *Revista jurídica de Castilla y León* (Junta de Castilla y León). N.º 2. 2004. Pág. 159.

¹⁰⁷⁹ Para ilustrar esta desconfianza, hasta cierto punto lógica, valga como ejemplo el hecho de que el Comité de Política y Responsabilidad Profesional de la Asociación Americana de la Abogacía (*American Bar Association, Standing Committee on Ethics and Professional Responsibility*) no consideró el correo electrónico como medio válido y seguro para comunicarse con los clientes hasta el año 1999, en el que mediante la "*Formal Opinion No. 99-413, Protecting the Confidentiality of Unencrypted E-Mail*", consideró que el correo electrónico ofrecía la misma expectativa razonable de privacidad que el correo postal, el fax o el teléfono.

secreto de comunicaciones. En ellas existen normalmente restricciones de acceso por contraseña, la información se envía solo al usuario seleccionado y el canal es cerrado. Además, se pueden intercambiar no solo mensajes, sino todo tipo de archivos visuales y sonoros, estáticos o dinámicos¹⁰⁸⁰.

La jurisprudencia del TEDH ha proporcionado orientación sobre la aplicación del principio del secreto de correspondencia en una sociedad democrática. En este sentido, las comunicaciones electrónicas que proceden de locales profesionales pueden estar cubiertas por los conceptos de "*vida privada*" y de "*correspondencia*" en aplicación del art. 8.1 CEDH. Hay poco margen de interpretación a este respecto, puesto que el Tribunal ya reguló claramente la cuestión en el asunto *Halford* contra el Reino Unido, si bien en referencia a las comunicaciones telefónicas en el lugar de trabajo.

En este caso el Tribunal estableció que la interceptación de las llamadas telefónicas efectuadas por los trabajadores desde su puesto de trabajo constituye una violación del art. 8 CEDH. Curiosamente, la Sra. *Halford* tenía a su disposición dos aparatos telefónicos, uno de los cuales estaba reservado para sus comunicaciones privadas. La utilización de estos teléfonos no estaba sometida a restricción alguna ni se le transmitió ninguna orientación a este respecto. Su empleador consideró que las llamadas telefónicas realizadas desde el puesto de trabajo no estaban sujetas a la protección del art. 8, pues no se podía confiar razonablemente en que se les reconociera carácter privado. La empresa consideraba que podía supervisar, sin que los interesados lo supieran de antemano, las llamadas que éstos realizan desde los aparatos que pone a su disposición. Sin embargo, la sentencia dejó claro que las llamadas telefónicas en el trabajo están cubiertas por los conceptos de "*vida privada*" y de "*correspondencia*", cuando no se haya avisado de que las llamadas efectuadas puedan ser interceptadas.

A la luz de esta doctrina, cabe deducir que si el empleador informa previamente al trabajador de que sus comunicaciones, incluidas las electrónicas, pueden interceptarse, éste ya no podrá esperar que se reconozca carácter privado a sus llamadas o mensajes, con lo que la interceptación no constituirá una violación del art. 8 CEDH. Sin embargo, no debe dejarse al arbitrio de una información general, legitimar una violación de un derecho fundamental que quedaría vacío, desequilibrando y vaciando el reconocimiento del ejercicio de estos derechos en el lugar de trabajo. Para ello, debieran darse otros factores, tales como el consentimiento o razones justificadas hacia la protección del patrimonio empresarial o al cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales. En este sentido, cabría delimitar la eficacia del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, en base a los siguientes parámetros:

- a) Los trabajadores tienen confianza legítima en que se respetará su vida privada en el lugar de trabajo, confianza que no queda anulada por el hecho de utilizar herramientas de comunicación u otros medios profesionales del empleador. Ahora bien, la información o advertencia del empleador puede modular y disminuir la conducta del trabajador, conciliándose los intereses de ambas partes, en función de las circunstancias de cada caso y la justificación de las formas de control.

¹⁰⁸⁰ LLORIA GARCÍA, Paz: "El secreto de las comunicaciones: Su interpretación en el ámbito de los delitos cometidos a través de Internet. Algunas consideraciones", en BOIX REIG, Javier y JAREÑO LEAL, Ángeles (Coords.): "*La protección jurídica de la intimidad*". Ed. Iustel. Madrid, 2010. Pág. 176.

- b) El principio general del secreto de comunicaciones se aplica a las que tienen lugar en el trabajo, lo que debe incluir el correo electrónico y los ficheros anexos.
- c) El respeto de la vida privada cubre también, hasta cierto punto, el derecho del individuo a entablar y desarrollar relaciones con sus semejantes. El hecho de que estas relaciones se produzcan en gran parte en el lugar de trabajo limita la necesidad legítima del empleador de aplicar medidas de vigilancia, a la vez que exige al trabajador que el ejercicio de sus derechos no impida, dificulte o afecte al cumplimiento de sus deberes profesionales, estando el empleador facultado para vigilar y controlar el correcto cumplimiento de la prestación laboral:

“El registro informático que no suponga intromisión en los contenidos privados sino exclusivamente en aspectos cuantitativos que indaguen el tipo de programas o aplicaciones utilizadas, tipo de páginas web consultadas, cantidad de correos enviados, es decir, que tratan de averiguar la irregularidad del trabajador en el cumplimiento de su obligación contractual, puede ser admitido en nuestro Derecho si cumple las demás condiciones de adecuación legal y constitucional”¹⁰⁸¹.

- d) El secreto de las comunicaciones y de la correspondencia no se puede limitar hasta su completo vacío, por el simple hecho de que tengan lugar en el trabajo y utilizando medios propiedad de la empresa, sino que su modulación viene determinada por la eficacia horizontal de este derecho en el marco de una relación bilateral y recíproca que integra derechos y obligaciones entre las partes.

En esta línea, que proscribe la intervención “oculta” de las comunicaciones y de los equipos informáticos, pero que permite la inspección de los mismos, cuando tratándose de medios de la empresa, los trabajadores hayan sido expresamente informados, se ha dictado la STEDH de 12 de enero de 2016 “*Bărbulescu v. Rumanía*”. A pesar del voto particular, se incide en que no se vulnera el art. 8.1 CEDH (derecho al respeto de la vida privada y de la correspondencia), cuando se había establecido por la empresa una normativa interna, conocida por los trabajadores, que prohibía el uso privado de los medios de trabajo¹⁰⁸².

El caso *Bărbulescu* es un ejemplo claro de que la vigilancia empresarial no es absoluta, pero también de que existe un límite a los derechos fundamentales, cuando en el seno de la relación laboral, el empleador utiliza su legítimo poder de vigilancia y control para fiscalizar el objeto de la prestación laboral, en la que no debe haber elementos privados, cuando así se ha establecido, advertido e informado.

Concretamente, el señor *Bărbulescu* fue despedido por utilizar para comunicaciones privadas una cuenta de correo electrónico, creada para fines exclusivamente profesionales. El recurso contra el despido se basa en que la empresa había leído sus mensajes privados, pero la compañía argumentó que en su normativa interna, conocida por el trabajador, se prohíbe de forma expresa y tajante el uso de

¹⁰⁸¹ STSJ de Cantabria (Sala de lo Social) de 23 de febrero de 2004, rec. N.º 46/2004 (Ar. Social 2004/44) FJ 4º.

¹⁰⁸² STEDH (Sección Cuarta), de 12 de enero de 2016 “*Bărbulescu v. Rumanía*”, rec. N.º 61496/08.

recursos corporativos para fines privados. Este hecho es lo que propicia la verificación y, por tanto, el acceso a los mensajes privados.

El TEDH ratifica el despido, afirmando que el empleador tiene el derecho y la obligación de garantizar el funcionamiento de la empresa y que, a tal efecto, tiene igualmente derecho a comprobar la forma en que sus empleados realizan sus tareas profesionales. Además, el empresario ostenta el poder disciplinario y el derecho para monitorizar y transcribir las comunicaciones que el empleado negó haber tenido para fines personales, después de haber sido, junto con sus otros compañeros de trabajo, advertido contra el uso de recursos de la empresa para fines personales.

Así, y en lo que se refiere a las comunicaciones telefónicas, el TC, en base a las Sentencias del TEDH de 6 de septiembre de 1978 y 2 de agosto de 1984 - respectivamente dictadas en los asuntos “*Klass y otros*” y “*Malone*”-, ha declarado en el ATC 344/1990, que aunque la observación de las telecomunicaciones supone una grave injerencia en la esfera de la intimidad personal constitucionalmente reconocida, como tal injerencia ha de estar sometida al principio de legalidad y, en especial, al de proporcionalidad (STC 37/1989), el cual se refiere no sólo a la relativa gravedad de la infracción punible para justificar la naturaleza de la medida, sino también a las garantías exigibles de autorización judicial específica y razonada y de respeto en su realización de requisitos similares a los existentes en otro tipo de control de comunicaciones (STC 85/1994 FJ 3º).

Por todo ello, cabe admitir que los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos, como se deriva necesariamente del tenor literal del art. 18.3 CE (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 9º).

En resumen, el cambio de objeto, medio o de técnica, ya se trate del correo postal, teléfono, correo electrónico, móviles de última generación o de medios telemáticos o electrónicos de comunicación, no cambia el sistema de garantías constitucionales en materia de interceptación de las comunicaciones¹⁰⁸³. El contenido del derecho fundamental del art. 18.3 CE sigue siendo el mismo sea cual sea el medio empleado para comunicarse o para interceptar la comunicación. Es decir, el avance de la tecnología no supone ningún cambio de estructura o contenido de las garantías constitucionales relativas al secreto de las comunicaciones¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸³ MONEREO PÉREZ, José Luis y LÓPEZ INSUA, Belén del Mar: "El control empresarial del correo electrónico tras la STC 170/2013". *Revista Doctrinal Aranzadi Social* (edición digital) N.º 11/2014. BIB 2014\122. Pág. 16.

¹⁰⁸⁴ VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio: "Nuevas tecnologías, videovigilancia, derecho a la protección de datos y ficheros policiales". *Revista Catalana de Seguretat Pública* (Institut de Seguretat Pública de Catalunya). N.º 17. Diciembre 2006. Pág. 178.
Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/130221/179659>

1.3.3.2 El contenido y eficacia de la protección del secreto de las comunicaciones en la empresa.

El derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones e, implícitamente, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7º).

Por ello, cabe diferenciar la violación del secreto de la comunicación, bien por interceptación del mensaje o por la violación del contenido. El secreto de la comunicación se conculca tanto cuando se impide la llegada del mensaje, como también cuando se entra en conocimiento del contenido del mismo por persona ajena al emisor o al receptor. Además, el secreto de las comunicaciones también protege a los intervinientes en el mismo, a quién emite y a quién recibe el mensaje (STC 34/1996).

Esta tutela del secreto de las comunicaciones tiene como finalidad principal, aunque no única, la protección de la intimidad y el respeto de la vida privada personal y familiar, que debe quedar excluida del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado. El concepto jurídico de lo secreto, visto desde tal perspectiva, tiene un carácter formal y abstracto en consecuencia, ya que “*se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado*”. Por otra parte, cubre no sólo el mensaje sino también, en su caso, otros aspectos suyos y, entre ellos, la identidad de los interlocutores o los corresponsales. En definitiva, se pretende garantizar así la “*impenetrabilidad de la comunicación*” por terceros con eficacia “*erga omnes*”, tanto para los ciudadanos de a pie como para los agentes de los poderes públicos y abstracción hecha de la “*dimensión material del secreto*”, lo que se transmite (STC 114/1984, FJ 4º).

Por todo ello, la interceptación empresarial de la comunicación del trabajador ha de considerarse ilegítima, aunque se desarrolle en el centro de trabajo y en la jornada laboral, por lo que el control y la vigilancia que deriva del poder de dirección no puede llegar a dicha interceptación. Pero a pesar de ello, tampoco podemos obviar los fundamentos que posibilitan el control de las comunicaciones de los trabajadores en el desarrollo de la prestación laboral, así como qué actuaciones y con qué límites podrá actuar el empresario, en virtud del poder de dirección y su derecho de vigilancia.

En relación con las intervenciones telefónicas existe un cuerpo de doctrina del TC que, en sintonía con la doctrina del TEDH, predica el riguroso cumplimiento de una serie de exigencias constitucionalmente inexcusables que afectan al núcleo esencial de aquel derecho fundamental, como son la previsión legal, la autorización judicial previa y motivada, la estricta observancia del principio de proporcionalidad y la existencia de un control judicial efectivo en el desarrollo y cese de la medida¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸⁵ SSTC 85/1994, de 14 de marzo; 86/1995, de 6 de junio; 181/1995, de 11 de diciembre; 49/1996, de 23 de junio; 123/1997, de 1 de julio; 49/1999, de 4 de abril y 236/1999, de 20 de diciembre.

En virtud de todo lo afirmado, y sin perjuicio de las cuestiones posteriormente desarrolladas, cabe afirmar que en principio, la interceptación de la comunicación del trabajador por parte del empresario debe entenderse ilegítima, aunque dicha comunicación se desarrolle dentro de la jornada laboral¹⁰⁸⁶. Solo cabría excluir aquella comunicación que se externaliza por medios abiertos, accesibles a terceros, como redes sociales abiertas o redes institucionales libres de claves de acceso¹⁰⁸⁷.

1.3.3.3 La vulneración del secreto de las comunicaciones a través del acceso del empresario al correo electrónico del trabajador o a otros medios de comunicación.

En principio y aplicando el art. 18.3 CE, si el empresario controla el correo electrónico de su personal, accediendo a él, sin conocimiento de éste, vulneraría no sólo el derecho a la intimidad, sino también el secreto de las comunicaciones¹⁰⁸⁸. El correo electrónico es un medio de comunicación, por lo que aunque no esté expresamente contemplado en la regulación, se rige por las normas relativas a la protección del secreto de las comunicaciones. Ha de recordarse el texto del art. 18.3 CE, a cuyo tenor literal “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

Por tanto, en principio, el empresario únicamente podría acceder al correo electrónico (*chat*, o comunicaciones en canal cerrado) de sus empleados en el supuesto de que previamente hubiera obtenido una resolución judicial que lo autorizara.

Sin embargo, esta interpretación presenta dos graves inconvenientes. El primero de ellos se refiere a que vacía por completo de contenido el art. 20.3 ET, ya que no permite al empresario ejercitar su poder de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, pues toda vigilancia del correo electrónico exigiría una autorización judicial.

El segundo gran inconveniente se refiere a los graves perjuicios, fundamentalmente de imagen y, en ocasiones, patrimoniales, que un trabajador puede causar a su empresa mediante envío de mensajes "*inconvenientes*" de los que, en último término, es responsable el empleador.

Existen además riesgos de fuga de información de la empresa, competencia desleal, vulneración de la confidencialidad de la información o de secretos de empresa o a la vulneración de la normativa de protección de datos, como argumentos en contra del tratamiento del correo electrónico amparado en el secreto de las comunicaciones.

¹⁰⁸⁶ MARTÍN MORALES, Ricardo: “*Régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*”. Ed. Civitas. Madrid, 1995. Pág. 68.

¹⁰⁸⁷ SAR, Omar: “Límites de la facultad de fiscalización del empleador cuando entra en conflicto con el derecho al secreto de las comunicaciones de los trabajadores”. *Revista General de Derecho Constitucional* (Iustel). N.º 22. Abril 2016. Pág. 16.

¹⁰⁸⁸ SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa: “El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores”. *Revista jurídica de Castilla y León* (Junta de Castilla y León). N.º 2. 2004. Pág. 166.

Una segunda interpretación que tuvo reflejo en algunas sentencias, entendió que el correo electrónico ha de tener un tratamiento similar al que da el art. 18 ET a las taquillas y efectos personales del trabajador. Es decir, con carácter general está prohibida la realización de registros, procediendo únicamente en el supuesto de que fueran necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, debiendo realizarse dentro del centro de trabajo, en horas de trabajo, contando con la asistencia de un representante legal de los trabajadores y respetando al máximo la dignidad e intimidad del trabajador¹⁰⁸⁹.

Los inconvenientes de esta interpretación, además de que se obvia todo respeto al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE, anula la finalidad perseguida por el citado art. 18 ET, que se adecua mal a la finalidad de control del correo electrónico. En efecto, el art. 18 ET autoriza los registros únicamente en los supuestos en que sea necesario para la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores de la empresa. El problema es como saber qué es lo que se quiere proteger, cuando una inadecuada utilización del correo electrónico puede no suponer perjuicios patrimoniales directos.

La utilización inadecuada del correo electrónico y sobre todo de sistemas de mensajería electrónica, suele producir un quebranto mínimo, y en ocasiones inexistente, en el patrimonio empresarial. Incluso el coste de los envíos de los correos, fundamentalmente en empresas que los utilizan habitualmente y, en consecuencia, operan con "*tarifas planas*" o similares, es inapreciable.

Contra ello, se argumenta la pérdida de tiempo retribuido que a cargo de la empresa, emplea el trabajador en el envío de correos o mensajes. Este argumento también es rechazable, porque el envío de un mensaje puede consumir un periodo de tiempo inapreciable, aunque sea a un número amplio de destinatarios.

La última interpretación es admitir el control de la herramienta de comunicación puesta por el empresario a disposición de los trabajadores, a tenor del art. 20 ET. Al fin y al cabo, el correo electrónico o la aplicación de mensajería instantánea, si es de propiedad empresarial, constituye una herramienta de trabajo, sujeta a su fiscalización, revisión, mantenimiento y sujeta al control sobre su uso correcto. Esta interpretación cobra fuerza cuando, además, la única finalidad es la profesional, advirtiendo además al trabajador de la prohibición de uso personal¹⁰⁹⁰.

En este último caso, si bien choca con la interpretación del TEDH y con el art. 18.3 CE, se podría entender que el ordenador, el correo electrónico u otros dispositivos fijos o móviles que hayan sido puestos a disposición del trabajador, son exclusivamente útiles de trabajo. El trabajador debe utilizar correctamente y acorde a su finalidad estos medios, de forma que de partida, están excluidos de cualquier espacio de intimidad.

A pesar de todo ello, se ha admitido bajo estas últimas premisas el control del

¹⁰⁸⁹ SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa: "El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores". *Revista jurídica de Castilla y León* (Junta de Castilla y León). N.º 2. 2004. Pág. 166.

¹⁰⁹⁰ SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa: "El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores". *Revista jurídica de Castilla y León* (Junta de Castilla y León). N.º 2. 2004. Pág. 167.

correo electrónico cuando existían sospechas razonables de un uso ilegítimo del mismo, siendo la única forma de evitar un daño empresarial.

En cuanto a la intensidad de la actuación fiscalizadora del empresario, COLÀS NEILA sostiene que es relevante un acceso escalonado, de forma que en un primer momento, deberían controlarse solamente los datos externos de la comunicación, que permitirían colegir si se produce un uso abusivo o una falta de ejecución del trabajo. Así, sólo si se derivan indicios de incumplimientos de carácter grave, cabría justificar medidas más intrusivas que dependerán de la gravedad y de los pactos o situaciones de hecho que permitan un área reservada de intimidad del trabajador¹⁰⁹¹. Es decir, las medidas de fiscalización y control de los ordenadores deben sustentarse en causas objetivas y razonables, siendo su límite la interceptación o acceso a correos electrónicos, redes sociales y demás medios informáticos propios del trabajador¹⁰⁹².

Más problemático resulta el control del correo electrónico o de la mensajería instantánea de la empresa, cuando el uso es mixto. Si la empresa consiente, bien expresamente, o creando una expectativa de privacidad, el control del contenido de los mensajes o conversaciones constituirá una intromisión al derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

Por lo que se refiere específicamente a las comunicaciones electrónicas en el ámbito de las relaciones laborales, la STC 241/2012 ha tenido ya oportunidad de señalar que, en el marco de las facultades de autoorganización, dirección y control correspondientes a cada empresario, *“no cabe duda de que es admisible la ordenación y regulación del uso 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”* (FJ 5º).

Con relación a esta última limitación, se precisa que, aun cuando la atribución de espacios individualizados o exclusivos -como la asignación de cuentas personales de correo electrónico a los trabajadores- puede tener relevancia sobre la actuación fiscalizadora de la empresa, ha de tenerse en cuenta que *“los grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin”* (FJ 5º).

En el caso entonces enjuiciado, la empresa había accedido a unos ficheros informáticos en los que habían quedado registradas las conversaciones electrónicas mantenidas por dos trabajadoras a través de un programa de mensajería que habían instalado en un ordenador de uso común a todos los trabajadores que no tenía clave de acceso, incumpliendo así la expresa prohibición de instalar programas en el ordenador.

¹⁰⁹¹ COLÀS NEILA, Eusebi: *“Derechos Fundamentales del trabajador en la era digital: Una propuesta metodológica para su eficacia”*. Ed. Bomarzo. Albacete. 2012. Pág. 218.

¹⁰⁹² SAR, Omar: *“Límites de la facultad de fiscalización del empleador cuando entra en conflicto con el derecho al secreto de las comunicaciones de los trabajadores”*. *Revista General de Derecho Constitucional* (Iustel). N.º 22. Abril 2016. Pág. 14.

En tales circunstancias, la citada STC 241/2012 concluyó que no concurría una situación de tolerancia empresarial al uso personal del ordenador y que, por tanto, “no podía existir una expectativa razonable de confidencialidad derivada de la utilización del programa instalado” (FJ 6); en consecuencia se rechazó la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones, porque las mantenidas no lo habían sido en un canal cerrado.

Sin embargo, no son pocas las críticas realizadas a esta sentencia. Si bien cabe admitir que ante un ordenador de uso común existía prohibición expresa, siendo posible aunque difícil el acceso, no se han tenido en cuenta otros factores que actuarían como barreras o límites para la injerencia del secreto de las comunicaciones. Fundamentalmente estas críticas se dirigen a evitar un poder de dirección omnímodo, cuando sin contar con el consentimiento de los trabajadores, ni autorización judicial, la empresa interviene comunicaciones privadas de forma oculta, consciente y deliberada¹⁰⁹³.

Otro ejemplo resuelto por la STC 170/2013, de 7 de octubre, entiende igualmente legítimo el examen del correo electrónico de un trabajador, sobre el que recaían sospechas de desvelar información confidencial a la competencia. Y lo hace a partir, no ya de la prohibición expresa, sino de la tipificación en el convenio colectivo de una falta leve consistente en el uso privado de los medios informáticos de la empresa.

Esta línea resulta peligrosa para el respeto a los derechos fundamentales del trabajador, por varias razones: Legítima al empresario a actuar de forma oculta, sin consentimiento y sin la existencia de un marco normativo que al menos indique o informe no solo de la prohibición, sino del protocolo de actuación de la empresa ante este tipo de hechos. Presuponer que el solo hecho de tipificar una infracción en un convenio colectivo es suficiente para eliminar cualquier expectativa de intimidad y legitimar una actuación empresarial sin límites, ante una simple sospecha, parece excesivo en relación al principio de proporcionalidad respecto al contenido esencial de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de los trabajadores¹⁰⁹⁴.

Sin embargo, otros autores estiman que el poder de dirección del empresario debe prevalecer sobre el libre ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, atendiendo, tanto a la titularidad empresarial de esos medios, como a la prohibición o

¹⁰⁹³ MONEREO PÉREZ, José Luis y LÓPEZ INSUA, Belén del Mar: "El control empresarial del correo electrónico tras la STC 170/2013". *Revista Doctrinal Aranzadi Social* (edición digital) N.º 11/2014. BIB 2014\122. Pág. 19.

¹⁰⁹⁴ En este sentido y, entre otros, CARRASCO DURÁN, Manuel: “El Tribunal Constitucional y el uso del correo electrónico y los programas de mensajería en la empresa”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* (edición digital) N.º 9/2014 . BIB 2013\2695. Págs. 1-7; FERNÁNDEZ ALLES, José Joaquín y PIÑERO JIMÉNEZ, Adrián: “Derechos fundamentales y uso extralaboral de internet en la relación de trabajo. A propósito de las SSTC 241/2012 y 170/2013”. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 12. Diciembre 2014. Págs. 151-168; TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel y CALVO MORALES, David: “El uso de Internet y el correo electrónico en la empresa: Límites y garantías”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, N.º 165. Junio 2014. Pág. 30 y TRUJILLO PONS, Francisco: “Revelación de secretos empresariales a terceros por medio del correo electrónico. Posición del Tribunal Constitucional ante una supuesta vulneración a los derechos a la intimidad y al secreto de comunicaciones. Sentencia comentada: Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional 170/2013, de 7 de octubre de 2013. resolviendo recurso de amparo 2907-2011 (BOE 7 noviembre 2013)”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel). N.º 36. 2014. Pág. 319.

tipificación como falta sancionable¹⁰⁹⁵.

Si aceptamos esta última interpretación, de forma que se justifique la legitimidad del fin (las sospechas del empresario), con la legitimidad del acto (el registro), estaríamos habilitando también la apropiación o intervención de cualesquiera datos personales, comunicación o información privada de cualquier trabajador de la empresa, haya o no sospecha previa¹⁰⁹⁶. Por tanto, esta actuación no es defendible en el marco de la normalidad, pues se trata de una medida concreta, subjetiva, aislada y personal, siendo más un “control de irregularidad” que un “control de regularidad”. La diferencia estriba en que esta irregularidad queda fuera del marco del uso extraprofesional del correo electrónico, suponiendo una actuación de policía más invasiva por dirigirse a un comportamiento individual. Por ello, no puede justificarse por una mera sospecha o indicio que legitimaría entonces cualquier registro personal sin garantía alguna¹⁰⁹⁷.

Sin embargo, en contra de esta predominante doctrina tanto en el orden Social, como en sede constitucional, cabe destacar que en el orden penal la interpretación es la contraria. A raíz de un delito de falsedad en documento mercantil en concurso con otro de estafa imputable a un trabajador, la Sala de lo Penal del TS razonó que no se cumple el derecho a un proceso con todas las garantías cuando la empresa obtuvo, sin intervención judicial, la información contenida en el equipo informático utilizado por el empleado para desempeñar sus tareas contables. Y lo hace en base a que el texto constitucional afirma categóricamente el secreto de las comunicaciones salvo resolución judicial¹⁰⁹⁸.

No contempla, por tanto, ninguna excepción relativa a la titularidad de la herramienta (ordenador, teléfono), ni al carácter o tiempo en el que se utiliza (jornada laboral), ni tan siquiera al cauce empleado (correo corporativo). Tampoco en una supuesta “tácita renuncia” al derecho, porque obviamente, esa renuncia a la confidencialidad o al secreto de la comunicación no se produce ni es querida por el comunicante, que de conocer sus circunstancias, no hubiera llevado a cabo la comunicación objeto de intervención. Por todo ello, el tribunal deja claro, respetando la doctrina del orden Social, ratificada por el TC, que en el ámbito penal, para que pueda otorgarse valor y eficacia probatoria al resultado de la prueba consistente en la intervención de las comunicaciones protegidas, resultará siempre necesaria la autorización e intervención judicial.

¹⁰⁹⁵ MARTÍN VALVERDE, Antonio: “Uso extralaboral del correo electrónico empleando medios informáticos de la empresa. Control empresarial, requisitos. Comentario a la STC (Sala 1.ª) 170/2013, de 7 de octubre de 2013”. *Actualidad Laboral*. N.º 2. Febrero 2014. Pág. 190. En este sentido, aunque anteriores a la sentencia, destacan por su importancia e interés, MONTOYA MELGAR, Alfredo: “Nuevas tecnologías y buena fe contractual (Buenos y malos usos del ordenador en la empresa). *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 5-6. Marzo 2009. Pág. 39 y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: “Internet en el trabajo”. *Revista Justicia Laboral*. N.º 51. 2012. Págs. 21 y 22.

¹⁰⁹⁶ MONEREO PÉREZ, José Luis y LÓPEZ INSUA, Belén del Mar: “El control empresarial del correo electrónico tras la STC 170/2013”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* (edición digital) N.º 11/2014. BIB 2014\122. Pág. 28.

¹⁰⁹⁷ SEPÚLVEDA GÓMEZ, María: “Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el uso del correo electrónico en la relación laboral. Límites y contra límites. Sentencia del Tribunal Constitucional 170/2013, de 7 de octubre de 2013”. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 122. 2013. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4595486>

¹⁰⁹⁸ STS (Sala de lo Penal), de 16 de junio de 2014, rec. N.º 2229/2013 (Ar. RJ\2014\3451).

Por ello, la sentencia solo deja fuera de la protección del derecho, los datos del tráfico e incluso la posible utilización del equipo informático para acceder a otros servicios de la red como páginas *web* o los mensajes recibidos y abiertos por su destinatario que no forman parte ya de la comunicación propiamente dicha.

Resulta pues chocante cuando menos, la diferente interpretación entre la Sala de lo Penal y la Sala de lo Social, en cuanto a la protección del derecho, puesta de manifiesto por MOLINA NAVARRETE en el sentido de unificar ambas posturas bajo el requisito de dejar constancia clara del conocimiento del trabajador sobre las circunstancias y condiciones en que serán restringidos sus derechos, no siendo suficiente con una mera prohibición de uso personal de las herramientas informáticas¹⁰⁹⁹.

1.3.4 El respeto a los datos personales en la vigilancia a través de los medios tecnológicos puestos a disposición de los trabajadores.

La vigilancia de los recursos tecnológicos se ha centrado hasta ahora en el respeto a los derechos de la intimidad del trabajador y del secreto de sus comunicaciones. Pero, cada vez con mayor frecuencia, los propios medios de trabajo (teléfono u ordenador) e incluso los recursos específicos de seguridad (videovigilancia), o los exámenes y pruebas que van desde los reconocimientos médicos a los test de personalidad, captan datos, sea o no de forma consciente, finalista e interesada por el empresario¹¹⁰⁰.

La autotutela informativa reconocida en el art. 18.4 CE, constituye un elemento de cierre del ejercicio de legitimidad de la actividad de control, que integra las reglas y requisitos que conciernen a las actividades de recogida de información, e incorpora, a la vez, las condiciones de licitud de los tratamientos¹¹⁰¹.

Si bien no hay una normativa específica que regule el ejercicio de las actividades de control y vigilancia por el empresario, sin embargo, la LOPD es plenamente aplicable en cuanto a la información recabada a través de estos medios de control, por lo que en la medida en que constituyan datos personales de los trabajadores, son aplicables las normas sobre captación, conservación y disposición de esos datos.

Así lo ha expresado la AEPD en su Informe 0247/2008¹¹⁰² en el que establece que sus competencias se centran "en la necesidad de valorar el correcto tratamiento que de

¹⁰⁹⁹ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: "Autotutela empresarial, secreto de comunicaciones y control judicial: La Sala Social pierde el paso con la Sala Penal". *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 381. Diciembre 2014. Pág. 162.

¹¹⁰⁰ FARRIOLS I SOLÁ, Antoni: "Introducción", en FARRIOLS I SOLÁ, Antoni (Dir.): "*La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*". Ed. Cinca. Madrid, 2006. Pág. 16.

¹¹⁰¹ GOÑI SEIN, José Luis: "Controles empresariales: Geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos". *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. N.º 39. Agosto 2009. Pág. 19.

¹¹⁰² "Procedimientos sobre el uso de los correos electrónicos de los trabajadores por parte de las empresas)". Disponible en: https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/cesion_datos/common/pdf/s/2008-0247_Acceso-por-el-empresario-al-correo-electr-oo-nico-de-los-trabajadores.pdf

*los datos personales se efectúa por parte de los responsables". GOÑI SEIN se refiere a "un subproducto no querido de registro electrónico, como consecuencia meramente accidental del control indirecto o no intencional realizado"*¹¹⁰³.

De acuerdo a la LOPD, para poder acceder a dicha información, resulta necesario que exista legitimación para dicho tratamiento de datos. Así, el art. 6.1 dispone que *"El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga lo contrario"*. No obstante en lo referente al tratamiento de los datos correspondientes a los trabajadores, cuando el mismo se efectúa en el ámbito de la relación laboral, el art. 6.2 exceptúa la obligación de recabar el consentimiento de los afectados en los supuestos en que *"los datos de carácter personal ... se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento"*.

Paralelamente, el art. 20.3 ET establece que *"El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad"*.

Lo más llamativo es que en virtud de la *"no necesidad"* del consentimiento y en base al art. 20.3 ET que permite al empresario el control y vigilancia del trabajador, la AEPD adopta un criterio enormemente amplio de permisividad. Así, entiende que existe legitimación para filtrar el contenido del correo electrónico de los empleados, pero siempre que se trate de una cuenta de correo proporcionada por la empresa para el desarrollo de sus funciones laborales y siempre que se haya informado previamente a los trabajadores sobre dicho filtrado y los medios que se van a utilizar.

Es decir, que según la AEPD la información se centra en la legitimidad. Por ello incide en que tanto los trabajadores como sus representantes, *"deberán ser informados del tipo de tecnología utilizada por el empresario en relación con la vigilancia y seguimiento de su actividad laboral, debiendo abstenerse el empleador de recoger datos personales que resulten excesivos en razón de la propia naturaleza de la relación laboral"*.

Se sigue en esta materia las directrices del GT art. 29¹¹⁰⁴, que también considera la información previa al trabajador como un elemento importante y hasta *"esencial"*. En este sentido el empresario debe informar al trabajador de la presencia, utilización y objetivo de todo equipo y/o aparato de detección activado en su puesto de trabajo, así como de cualquier abuso de las comunicaciones electrónicas detectado, salvo si existen razones imperiosas que justifiquen la continuación de la vigilancia encubierta, lo que normalmente no sucede.

Pero ¿qué quiere decir la AEPD cuando se refiere a los datos excesivos en relación

¹¹⁰³ GOÑI SEIN, José Luis: "Controles empresariales: Geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos". *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. N.º 39. Agosto 2009. Pág. 30.

¹¹⁰⁴ Documento de trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo, aprobado el 29 de mayo de 2002.

a la propia naturaleza de la relación laboral? Evidentemente, si se legitima el control sobre el ordenador del trabajador, habrá que ver los datos para ver cuáles son excesivos, lo que afectaría de forma segura a su derecho a la intimidad.

Inciendo en el derecho a la información, la AEPD se adentra no ya en la protección de datos, sino en la normativa laboral, cuando establece en su Informe que los representantes de los trabajadores "*obtendrán cumplida información sobre la introducción de cualquier nuevo sistema de registro de datos que afecte al conjunto de los trabajadores, teniendo estos últimos la posibilidad de acceder a los datos que se procesen sobre ellos y el derecho a rectificar los posibles errores que les afecten*". No parece adecuado dar competencias a los representantes de los trabajadores más allá de intercambiar información sobre las formas de control, cuando podrían acceder a datos que son personales de los trabajadores, incluso frente a sus propios representantes.

En este aspecto, es posible encontrar un anclaje en la normativa laboral en el art. 8 (apdos 4 y 5) ET y en el RD 1659/1998, de 24 de julio, en lo relativo a facilitar la copia básica de los contratos, de la que conocerán los representantes, y de informar al trabajador de los elementos esenciales del contrato y de las principales condiciones de ejecución, dirigido solo al trabajador. De todas formas, se trata de un problema de equilibrio entre intereses que deben ser conciliados, pues al fin y al cabo, se trata de defender al trabajador de los abusos a los que pueda estar sometido por el empleador¹¹⁰⁵.

Siendo importante el derecho a la información, a fin de que el trabajador no genere una expectativa de intimidad, es preciso tener en cuenta otros derechos, específicos de la protección de datos. El asunto controvertido no ha de centrarse en la forma de recogida de la información, que puede tener amparo en el derecho a la intimidad. El ámbito del derecho a la protección de datos ha de centrarse en el tratamiento y posible uso de la información así obtenida, por cuanto existe la posibilidad de almacenar datos, cruzarlos y tratarlos, obteniendo así un determinado perfil del trabajador. El problema es hasta qué punto es posible reelaborar y utilizar esta información para atender a finalidades distintas a las que justificaron su obtención. En concreto, si los datos circunstancialmente tomados al trabajador pueden servir para verificar algún ilícito derivado de su conducta y si ese dato puede ser utilizado como medio de prueba válido a efectos de su acreditación¹¹⁰⁶.

Existen otros principios en la LOPD a los que no se alude por parte de la AEPD y que sin duda son aplicables a la hora de valorar una vulneración del derecho. El principio de finalidad exige una adecuación entre la finalidad perseguida por el empleador, que deberá ser comunicada a los trabajadores, y el control efectivamente realizado. En aplicación del art. 4.2 LPOD, las informaciones así obtenidas solo deben utilizarse de forma coherente con la finalidad declarada.

Así lo ha entendido la STC 29/2013, de 11 de febrero, que aunque referida a la

¹¹⁰⁵ TUDELA CAMBRONERO, Gregorio y VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda: "En torno a la Ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación". *Revista de Trabajo* (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social). N.º 100 extraordinario. Octubre-diciembre 1990. Pág. 157.

¹¹⁰⁶ GOÑI SEIN, José Luis: "Controles empresariales: Geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos". *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. N.º 39. Agosto 2009. Pág. 14.

videovigilancia, declara vulnerado el derecho a la protección de datos de carácter personal, ante la utilización de imágenes captadas por las cámaras de videovigilancia instaladas en el recinto universitario para una finalidad, la supervisión laboral, de la que no se informó al trabajador.

Y por último, el principio de proporcionalidad que pivota sobre la congruencia y racionalidad de la medida de control. Es común la recogida de datos que nada tienen que ver con el fin de la vigilancia y que habrá que valorar en un segundo plano a efectos de su conservación. En este punto debe plantearse el grado de necesidad para recoger y custodiar datos ajenos al objeto de la vigilancia planteándose la posibilidad de buscar otro medio de control menos lesivo o que excluya una información no buscada¹¹⁰⁷.

En este sentido, los medios más invasivos de control pueden recoger comunicaciones o situaciones por las que el empleador llegue a conocer datos relativos a la ideología política, religiosa, sindical o de cualquier otra índole, que podrían ser utilizados para fines ilegítimos. Se abre así un nuevo problema de amplio alcance: ¿Qué ocurre si de un registro o monitorización, aún prohibidos, conoce el empleador algún dato personal y lo utiliza en perjuicio del trabajador? A partir de este momento, el empleador perdería la legitimidad de su control y el acto sería nulo por discriminatorio. El problema es, sin embargo, la prueba y el mismo conocimiento de la intención empresarial.

2. MARCO JURÍDICO PARA EL EJERCICIO DEL CONTROL Y VIGILANCIA EMPRESARIAL EN EL USO Y ABUSO DE LAS TICS POR PARTE DE LOS TRABAJADORES.

2.1. AUSENCIA DE NORMATIVA ESPECÍFICA SOBRE EL CONTROL EMPRESARIAL DE CARÁCTER "TECNOLÓGICO".

No hay una normativa general que regule el uso concreto de las herramientas de trabajo ni su forma de control por el empresario. Las nuevas tecnologías no dejan de ser herramientas de trabajo puestas a disposición de los trabajadores. El control de un uso adecuado del utillaje (incluido el tecnológico), ha sido tradicionalmente ejercido para garantizar la seguridad de los propios trabajadores y para preservar el patrimonio del empresario. En el caso de los recursos tecnológicos concebidos como medios de comunicación, tanto su utilización y control deben llevarse a cabo de acuerdo al marco superior normativo de los principios y bienes constitucionalmente protegidos¹¹⁰⁸.

La rápida expansión de las TICs no ha tenido una respuesta legislativa que regule esta realidad, dificultando una adaptación de los derechos fundamentales no solo a la revolución tecnológica e innovación, sino a su utilización por parte de los ciudadanos y, en particular, de los ciudadanos-trabajadores sometidos a una relación laboral. No existe ninguna norma de alcance general que expresamente y de forma clara permita o prohíba, con qué extensión y límites, el uso y/o control de los instrumentos tecnológicos de la

¹¹⁰⁷ THIBAUT ARANDA, Javier: "La vigilancia del uso de Internet en la empresa y la protección de datos personales". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 5-6. Marzo 2009. Pág. 73.

¹¹⁰⁸ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: "Presentación". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 5-6. Marzo 2009. Pág. 5.

empresa¹¹⁰⁹. Sin embargo, sí se puede encontrar algún ejemplo normativo en el ámbito de las administraciones autonómicas, donde se establecen parámetros para el uso y almacenamiento de la información contenida en el correo electrónico¹¹¹⁰.

Cabe, sin embargo, tomar como referencia algunas iniciativas legislativas que no fructificaron, pero que constituyen el germen de una regulación sobre la materia¹¹¹¹.

Concretamente, el día 28 de noviembre de 2000 el *Grupo Parlamentario Socialista* en el Senado presentó una moción por la que instaba al Gobierno para que en el plazo de tres meses presentara ante el Senado un conjunto de medidas, debidamente presupuestadas y detalladas, para garantizar de manera efectiva la intimidad y libertad en las comunicaciones a través del correo electrónico, *"llegando a propuestas de acuerdo con otros países y empresas del sector y trabajando coordinadamente para lograr normativas mundiales que hagan posible y viable nuestra libertad en las comunicaciones telemáticas sin mayor limitación que la establecida en nuestra normativa laboral vigente en el ámbito laboral y personal"*¹¹¹².

La propuesta concreta aludía a la necesidad de adoptar un plan de medidas concretas para garantizar el derecho a la intimidad e inviolabilidad de nuestras comunicaciones a través del correo electrónico en el ámbito privado y/o laboral, incluyendo medidas de seguridad como la encriptación voluntaria de nuestras comunicaciones personales.

El *Grupo Parlamentario Mixto*, a iniciativa de un senador de *Izquierda Unida*, presentó una moción instando al Gobierno a poner en marcha las medidas necesarias para considerar el correo electrónico e Internet como instrumentos de comunicación e información de los trabajadores y de los sindicatos en el seno de la empresa¹¹¹³.

La finalidad era, por tanto, adaptar la legislación laboral a las evoluciones derivadas de la introducción de los nuevos soportes de comunicación, evitando restricciones que impedirían adecuar instrumentos de información actual a la labor de los representantes de los trabajadores. Por esta razón se tenía que regular sobre aspectos tales, como:

- El derecho del trabajador a un buzón personal de correo electrónico en la empresa.
- El derecho de los sindicatos a comunicarse con los trabajadores a través de un

¹¹⁰⁹ COLÀS NEILA, Eusebi: *"Derechos Fundamentales del trabajador en la era digital: Una propuesta metodológica para su eficacia"*. Ed. Bomarzo. Albacete. 2012. Pág. 145.

¹¹¹⁰ Por ejemplo, el Decreto 95/2012, de 1 de junio, por el que se regulan el acceso y normas de uso del correo electrónico corporativo de la Junta de Extremadura (DOE de 7 de junio) y el Decreto 230/2008, de 18 de septiembre, por el que se establecen las normas de buenas prácticas en la utilización de los sistemas de información de la administración de la Comunidad Autónoma de Galicia (DOG de 20 de octubre).

¹¹¹¹ GARCÍA VIÑA, Jordi: "Relaciones Laborales e Internet". *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 223. Octubre 2001. Págs. 37 a 40.

¹¹¹² BOCG, Senado, Serie I, número 98, de 27 de noviembre de 2000, págs. 6 y 7.

¹¹¹³ BOCG, Senado, Serie I, número 98, de 27 de noviembre de 2000, págs. 7 y 8.

buzón sindical de libre acceso en las empresas.

- Libre acceso de los representantes sindicales al correo electrónico e Internet en la empresa para el desarrollo de su actividad sindical.
- Libre acceso de los trabajadores al correo electrónico y a las páginas de Internet sindicales, para obtener información laboral en la empresa.
- Que las empresas respeten la inviolabilidad de las comunicaciones, también a través de Internet.

El *Grupo Parlamentario Socialista*, posteriormente, presentó una enmienda a la moción del Grupo Parlamentario Mixto introduciendo los siguientes elementos¹¹¹⁴:

- El derecho de cada trabajador de informarse e intercomunicarse con su sindicato, a través de las nuevas tecnologías de la información, reconociendo al trabajador este derecho a través de las cuentas de correo electrónico que disponga su sección sindical y, en su defecto, la de sus legítimos representantes.
- El derecho de los sindicatos más representativos a comunicarse con los trabajadores a través de la cuenta de correo electrónico que disponga su sección sindical, sus representantes o la forma en que figure en su convenio colectivo.
- El acceso de los trabajadores al correo electrónico y a las consultas de ámbito laboral que figuren en Internet, a través de la sección sindical, representantes en las empresas o el medio que disponga el convenio colectivo.

Asimismo, el Grupo Parlamentario *Entesa Catalana de Progrés* presentó una enmienda a la moción del Grupo Mixto, en la que además de reclamar que se garantizara el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones a través del correo electrónico en el ámbito laboral, se pedía¹¹¹⁵:

- Normalizar de forma adecuada y no lesiva para el funcionamiento de las empresas el uso del correo electrónico en el ámbito laboral incluidas las relaciones de carácter sindical.
- Impulsar que la regulación sobre la materia sea contemplada por normativa del ámbito de la Unión Europea o, cuando menos, establecer los mecanismos necesarios de coordinación entre los países miembros para conseguir un grado notable de homogeneidad en su tratamiento.

Finalmente, todos los Grupos del Senado presentaron una propuesta de modificación a la moción presentada por el *Grupo Mixto*, con el siguiente texto¹¹¹⁶:

¹¹¹⁴ BOCG, Senado, Serie I, número 103, de 7 de diciembre de 2000, pág. 11.

¹¹¹⁵ BOCG, Senado, Serie I, número 103, de 7 de diciembre de 2000, pág. 11.

¹¹¹⁶ BOCG, Senado, Serie I, número 103, de 7 de diciembre de 2000, pág. 12.

"El Senado insta al Gobierno a que, en el plazo más breve posible, estudie la forma de poner en marcha las medidas necesarias para considerar el correo electrónico e internet como instrumentos de comunicación e información de los trabajadores con sus representantes sindicales y viceversa siempre que la actividad y características generales de las empresas lo permitan, facilitando el acceso de los trabajadores y sus representantes sindicales al correo electrónico e internet en la empresa, con garantía de inviolabilidad de las comunicaciones conforme al marco legal vigente".

El Pleno del Senado aprobó la moción modificada en la sesión celebrada el día 28 de noviembre de 2000, pero sin embargo, y en este punto, se quedó parado el proceso. El *Grupo Parlamentario Popular* presentó la siguiente modificación a la versión anterior¹¹¹⁷:

"El Senado insta al Gobierno a que, en el plazo más breve posible, estudie la forma de poner en marcha las medidas necesarias para considerar el correo electrónico e internet como instrumentos de comunicación e información de los trabajadores y de los sindicatos siempre que la situación y características generales de las empresas lo permitan, garantizando la inviolabilidad de dichas comunicaciones dentro del marco legal vigente".

Sólo en el mes de noviembre de 2000 se aprobó en el Senado por unanimidad una resolución instando al Gobierno a que tomara las medidas necesarias para que el correo electrónico e Internet fueran considerados como instrumentos de comunicación e información entre los trabajadores y sus representantes.

GOÑI SEIN advierte de la necesidad de la iniciativa legislativa, pues se corre el riesgo de que la empresa ocupe el espacio dejado vacante por el legislador mediante mecanismos de autorregulación (códigos de conducta o pautas y directrices restrictivas de la libertad del trabajador)¹¹¹⁸. De hecho, constituye un compromiso indeclinable del derecho social establecer unos límites al ejercicio abusivo y lesivo del control de los trabajadores a través de las máquinas, pues confiar en exclusiva la defensa de los derechos fundamentales a los mecanismos y exigencias de la lógica contractual puede llevar a resultados insatisfactorios¹¹¹⁹.

2.2. LA APLICACIÓN DEL MARCO NORMATIVO GENÉRICO CONSTITUCIONAL Y LABORAL.

En tanto no se aprueben medidas legislativas específicas, seguirá siendo necesario articular unos principios para la cohabitación de derechos: El derecho a la intimidad del trabajador en las relaciones laborales contemplado en el art. 18.1 CE, que también protege el honor del trabajador y su propia imagen. El derecho constitucional del secreto

¹¹¹⁷ BOCG, Senado, Serie I, número 103, de 7 de diciembre de 2000, pág. 15.

¹¹¹⁸ GOÑI SEIN, José Luis: "Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿Necesidad de una reformulación?". Primera ponencia temática "Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación individual de trabajo" en XXIV Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: "*Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*", celebrado en Pamplona, 29 y 30 de mayo de 2014. Pág. 24.

¹¹¹⁹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana: "Vigilancia y control en la relación de trabajo: La incidencia de las nuevas tecnologías", en FARRIOLS I SOLÁ, Antoni (Dir.): "*La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*". Ed. Cinca. Madrid, 2006. Págs. 97 y 98.

de las comunicaciones, regulado en el art. 18.3 CE, que también se ha de aplicar a las comunicaciones electrónicas. Y el derecho a la protección de datos de los trabajadores, protegido mediante la limitación del uso de la informática para garantizar a su vez el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar, en este caso, de los trabajadores.

Además, el art. 20.3 ET legitima el ejercicio del poder de dirección del empleador, permitiendo ejercer el control laboral, con unos límites a tener en cuenta con carácter previo de la adopción de medidas: La consideración debida a la dignidad, teniendo en cuenta, además, la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso.

Por ello, si bien sería aconsejable que el marco del ejercicio de los poderes de dirección empresarial fuese regulado a través de un marco legal, se hace necesario arbitrar algún tipo de reglas generales a la hora de abordar los posibles conflictos relacionados entre los derechos y bienes constitucionalmente protegidos.

En el ámbito laboral, estas reglas generales o marco jurídico regulador podría llevarse a cabo por una acción normativa de la negociación colectiva, a través del convenio colectivo o pacto de empresa, o bien, siguiendo con el esquema de fuentes de la relación laboral prevista en el art. 3 ET, por la autonomía de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y a los convenios colectivos [art. 3.1. c) ET].

El ET, como norma reguladora de las relaciones laborales, no contiene una previsión específica sobre la utilización por parte de los trabajadores de instrumentos y medios de comunicación puestos a su disposición para el trabajo, si bien susceptibles de ser utilizados para fines particulares (teléfono, correo electrónico o Internet). Solo cabe encontrar una previsión general en el art. 4.2.e) ET, cuando establece que *“en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: (...) al respeto a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad (...)”*.

El avance tecnológico ha sido tan rápido, que es difícil pretender una normativa específica con respuesta y garantía a los derechos de la personalidad que, fruto de una lenta evolución, han tratado de garantizar la intimidad y privacidad, contra ataques, primero del Estado, luego de los particulares, y ahora, frente a un nuevo espacio común en el que el acceso a la información y las comunicaciones, privadas o no, resulta muy vulnerable. Aún así, la capacidad de adaptación de las normas a la realidad social todavía permite la garantía de estos derechos, pero tampoco cabe olvidar, en palabras de PÉREZ LUÑO, que *“las normas jurídicas no pueden concebirse ni explicarse si no con referencia a las sociedades históricas que las producen y a cuya regulación se orientan, a los valores que las inspiran y les sirve de medida crítica”*¹¹²⁰.

Así, de forma muy general, la única consecuencia directa prevista para el incumplimiento empresarial de este derecho de los trabajadores, tendría su reflejo en el art. 8.11 TRLISOS, que tipifica como infracción administrativa muy grave *“Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores”*.

¹¹²⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: “El concepto de los Derechos Humanos y su problemática actual”. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (Universidad Carlos III), N.º 1. Febrero-October 1993. Págs 193.

Sin embargo, de la LO 1/1982, es posible obtener alguna orientación para el equilibrio entre la libertad de empresa y los derechos de los trabajadores. Así, por ejemplo, no se aprecia intromisión ilegítima en el ámbito protegido (laboral, en este caso), cuando se hubiera autorizado por Ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado su consentimiento expreso.

Cabe entender, por tanto, que en la medida que el ET prevé un poder de dirección, precisamente limitado al respeto a la dignidad del trabajador, permitiendo al empleador llevar a cabo una actividad de control y vigilancia con el fin de comprobar el correcto cumplimiento del contrato, está legitimando ciertas intromisiones en el ámbito laboral, justificadas por la propia existencia de la relación laboral. Además, el propio contrato de trabajo, como acuerdo de voluntades, otorgaría un consentimiento del trabajador, a través del cual éste se sometería a las notas de subordinación y dependencia que implican estar a disposición del empleador, de sus órdenes e instrucciones “*laborales*”.

En la medida que el empresario estaría limitado por el respeto a la dignidad de la persona, así como por los derechos fundamentales del trabajador, no podría ejercer ese control en ámbitos que no fueran laborales, aunque los hechos pudieran ocurrir en el centro y lugar de trabajo. Por ello, en principio, y siguiendo el esquema de las intromisiones ilegítimas del art. 7 LO 1/1982, el empleador no podrá utilizar “*aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas*”, ni “*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*”.

Pero la normativa laboral, apunta otro límite empresarial a la adopción de medidas de vigilancia y control de los trabajadores, en forma de obligaciones específicas en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo y, más concretamente, en relación a los derechos de información y consulta de los órganos de representación de los trabajadores.

Así, el art. 64 ET, impone al empresario obligaciones respecto del comité de empresa en relación a la adopción de medidas de vigilancia de los empleados. El art. 64.1 ET establece que “*el comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario, sobre aquellas situaciones que puedan afectar a los trabajadores*”. En el apartado 5.f) de este art., se establece que “*el Comité de empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, sobre... la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de los puestos de trabajo*”.

Ahora bien, la eficacia de este control es mínima para la salvaguarda del derecho a la intimidad del trabajador frente al control empresarial y, especialmente, a través de las nuevas tecnologías, por las siguientes razones:

- El informe previo a las medidas a adoptar por el empresario, a pesar de ser una obligación formal de información y consulta, es facultativo para el Comité y no vinculante para el empresario. Así, por ejemplo, el acceso mediante la huella dactilar no vulnera la intimidad de los trabajadores, sino que se trata de una fórmula empresarial de control que, por tanto, no requiere el acuerdo con los

representantes de los trabajadores¹¹²¹, lo que no implica que la obtención de las huellas digitales de los trabajadores así como su gestión debe ajustarse a las previsiones contenidas en la LOPD¹¹²².

- Los Tribunales han ido matizando este derecho del Comité y obligación del empresario. Así, si la finalidad del control es detectar incumplimientos laborales (pruebas indiciarias de incumplimientos), se ha venido relajando la exigibilidad de la obligación, sobre todo cuando resulta necesario el desconocimiento del trabajador y no haya otro modo de descubrir el incumplimiento. La STC 186/2000, de 10 de julio, no apreció vulneración de los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen por la instalación de un circuito cerrado de televisión para controlar determinados puestos de trabajo, medida justificada y proporcionada, cuando las grabaciones detectaron reiteradas maniobras en el cobro de artículos a los clientes del economato, sustrayendo diferentes cantidades de la caja. El hecho de que la instalación del circuito cerrado de televisión no fuera previamente puesta en conocimiento del Comité de empresa, y de los trabajadores afectados, carece de trascendencia desde la perspectiva constitucional (FJ 7º)¹¹²³.

Por ello, y para no generar espacios de inseguridad jurídica, o bien, la falta de eficacia de la previsión normativa apuntada, sería necesario que ésta precisara al menos los supuestos en los que el empresario pueda omitir dar traslado al Comité de la intención de adoptar medidas de control¹¹²⁴ proponiéndose además, una mayor integración de los sujetos colectivos en la tutela preventiva de los derechos de los asalariados y una concertación *ex-ante* realizada entre empresario y representantes de los trabajadores para intentar evitar ulteriores conflictos¹¹²⁵.

2.3. LA REGULACIÓN A TRAVÉS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: EL CONVENIO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO REGULADOR DEL USO ADECUADO DE LAS TICS POR EL TRABAJADOR Y DEL CONTROL EMPRESARIAL.

La necesidad de establecer un marco en el que trabajador pueda salvaguardar su derecho a la intimidad y el secreto de sus comunicaciones, sin menoscabo de las atribuciones del empleador en el ejercicio de sus facultades de control y vigilancia, ha

¹¹²¹ STSJ de Murcia (Sala de lo Social), de 25 de enero de 2010, rec. N.º 1071/2009 (Normacef, NSJ035357).

¹¹²² STSJ de Murcia (Sala de lo Social), de 15 de julio de 2009, rec. N.º 339/2009 (Normacef, NSJ029543).

¹¹²³ Doctrina que se ha mantenido en suplicación en, por ejemplo, en las SSTSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 20 de marzo de 2002, rec. n.º 6296/2001 (AS 2002\3385); La Rioja (Sala de lo Social), de 30 de mayo de 2002, rec. n.º 94/2002 (AS 2002\2207); Extremadura (Sala de lo Social), de 14 de abril de 2004, rec. n.º 154/2004 (AS 2004\1071) y Madrid, de 9 de mayo de 2006 (Sala de lo Social), rec. n.º 1128/2006 (AS 2006\2030).

¹¹²⁴ En este sentido, TALENS VISCONTI, Eduardo Enrique y CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: "Colisión de los derechos del artículo 18 CE con los modernos métodos de control empresarial: Especial referencia a la jurisprudencia. Comparación con el derecho francés y el derecho alemán". *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 311. Febrero 2009. Pág. 7.

¹¹²⁵ Véase al efecto, THIBAUT ARANDA, Javier: "El papel de los representantes de los trabajadores". *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*. N.º 1, 2003. Pág. 362.

provocado la adopción de acuerdos, así como el desarrollo de políticas empresariales transparentes y proporcionadas, que tienen por objeto evitar la lesión de derechos, la inseguridad jurídica o crear falsas expectativas de privacidad. En el plano colectivo, además, se trata de prever la mejor forma para que los medios electrónicos puedan ser utilizados por los sindicatos para distribuir y comunicar información sindical, siempre que ello no afecte al normal desenvolvimiento del proceso productivo de la empresa.

De esta forma, la negociación colectiva ocupa un lugar protagonista, no ya solo respecto de la organización del trabajo, sino en la tarea de abordar la incorporación de la tecnología al ámbito productivo, con el fin de regular su implementación y las consecuencias que se puedan derivar, incluyendo el control empresarial de los medios puestos a disposición de los trabajadores¹¹²⁶.

En España, el reconocimiento constitucional de la eficacia del convenio colectivo ha supuesto una fuente de regulación alternativa al vacío legal existente en esta materia. De esta forma el convenio colectivo puede plantearse como instrumento que reconozca derechos "on-line" a los trabajadores en el seno de la relación laboral, estableciendo el marco legal del conjunto de derechos y responsabilidades de los trabajadores y los límites a la empresa. Así, son varias las causas para defender la idoneidad de esta vía para regular un ámbito que reconozca la eficacia de los derechos de los trabajadores en el uso de las tecnologías, impidiendo al mismo tiempo un ejercicio abusivo¹¹²⁷:

- Supone potenciar el desarrollo democrático de nuestro sistema de relaciones laborales, estableciendo las condiciones de trabajo de común acuerdo y, adaptadas al escenario tecnológico.
- La negociación colectiva disfruta de unas características de adaptabilidad y evolución continua que la hacen un mecanismo regulador más eficiente, en algunos casos, que la propia intervención del legislador.
- La falta de regulación normativa en un ámbito de generación de conflictos donde la negociación debe llevar a cabo no solo su función, sino el papel protagonista.
- Los interlocutores sociales no solo tienen mayor legitimidad en la resolución de conflictos, sino que sus soluciones tienen una mayor eficacia, por su conocimiento del problema en el ámbito negocial específico.
- La reivindicación del sindicalismo actual de potenciar el acceso y utilización de las nuevas tecnologías por los trabajadores, con plena garantía de derechos, es decir, la "*democratización de las nuevas tecnologías*".

¹¹²⁶ GALA DURÁN, Carolina y PASTOR MARTÍNEZ, Alberto: "La incidencia de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en la negociación colectiva", en DEL REY GUANTER, Salvador (Director) y LUQUE PARRA, Manuel (Coord.): "*Relaciones laborales y nuevas tecnologías*". Ed. La Ley. Madrid. 2005. Pág. 260.

¹¹²⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel y LÁZARO SÁNCHEZ, José Luis: "Hacia un tratamiento integrado de la comunicación electrónica no profesional", en DEL REY GUANTER, Salvador, Dir. y LUQUE PARRA, Manuel (Coord.): "*Relaciones laborales y nuevas tecnologías*". Ed. La Ley. Madrid. 2005. Pág. 13.

Respecto a la creciente importancia de la negociación colectiva para introducir en los convenios laborales una regulación que delimite el uso lícito y la forma de control de las TICs por parte de los trabajadores, así como para el uso de estas tecnologías para la consecución de sus fines, se ha puesto de manifiesto que la adaptación de lo colectivo a lo digital es imprescindible ante los retos presentes y futuros que está experimentando el sindicato como institución de representación y tutela de los trabajadores¹¹²⁸, o que los sindicatos deben apostar por el aprovechamiento de las posibilidades que ofrecen las TICs para el cumplimiento de sus funciones¹¹²⁹.

El convenio colectivo, como fuente específica de la relación laboral, que consagra la autonomía de las partes implicadas, se sitúa por tanto como la vía más adecuada para pactar las normas de uso profesional y personal, de los medios tecnológicos puestos a disposición de los trabajadores.

A través del convenio se puede alcanzar el necesario equilibrio entre las reglas de funcionamiento y seguridad del sistema de comunicaciones de una empresa y las posibilidades de acción sindical. Así, la empresa puede autorizar una utilización determinada de las TICs, si el sindicato, en contrapartida, respeta las condiciones de uso fijadas y en particular las reglas de seguridad¹¹³⁰.

Sin embargo, cabe plantear la aptitud de este tipo normativo para regular la restricción de un derecho fundamental, por la participación colectiva en el otorgamiento del consentimiento del trabajador. Más allá de este punto de vista, la cuestión se debe enfocar desde la perspectiva de fijar el marco para la adecuada utilización de los medios tecnológicos, más que de una restricción de los derechos privados del trabajador¹¹³¹.

El marco normativo para la negociación colectiva en España, por otra parte, facilita la participación de los interlocutores sociales en la solución de los problemas planteados por las nuevas tecnologías, al reconocer a ésta un contenido amplísimo, sin una determinación y limitación clara de sus contenidos potenciales, lo que permite una adaptación a las distintas situaciones, fruto de la evolución tecnológica¹¹³².

Sin embargo, el interés de la negociación colectiva no ha profundizado demasiado en fijar los límites de la privacidad del trabajador en el ámbito de la empresa, preocupándose sobre todo de la difusión de la información sindical por los Sindicatos, o

¹¹²⁸ COLÀS NEILA, Eusebi: "*Derechos Fundamentales del trabajador en la era digital: Una propuesta metodológica para su eficacia*". Ed. Bomarzo. Albacete. 2012. Pág. 230.

¹¹²⁹ FIORITO, Jack y BASS, William: "The use of information technology by national trade unions: an exploratory analysis". *Industrial Relations*, Vol. 41. N.º 1. 2002. Págs. 34-47.

¹¹³⁰ THIBAUT ARANDA, Javier: "Relaciones laborales e Internet", en GARCÍA MEXÍA, Pablo (Coord.): "*Principios de Derecho en Internet*". Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2005. Pág. 585.

¹¹³¹ APILLUELO MARTÍN, Margarita: "Contornos de control empresarial de la intimidad del trabajador ante las nuevas tecnologías y a la luz de la doctrina judicial". *Aranzadi Social* 4/2003 (Estudio). Pamplona, 2003. Pág. 5.

¹¹³² RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel y LÁZARO SÁNCHEZ, José Luis: "Los derechos on-line en el ordenamiento laboral español: Estado de la Cuestión". *Derecho y Conocimiento* (Universidad de Huelva), Vól. 2, 2002. Págs 159-160.

de fijar un régimen sancionatorio por el uso indebido o el abuso de los medios puestos a disposición del trabajador. En general, los pactos colectivos realizan una regulación peligrosamente abierta o contemplan la cuestión desde una óptica especialmente sancionadora, cuando no hacen ambas cosas a la vez¹¹³³.

Pero la negociación colectiva debería ir más allá, dinamizando las relaciones laborales mediante el apoyo de las nuevas tecnologías. Para ello, los convenios colectivos deberían anticiparse y fijar con carácter previo a su utilización por los trabajadores las condiciones de uso del correo electrónico e Internet. La información sobre el uso de estos medios y su alcance, las condiciones o límites para utilización, las formas de control y verificación, las consecuencias de traspasar los límites permitidos, los daños que se pueden ocasionar a los recursos y al personal de la empresa, así como la adaptación de la infraestructura tecnológica para su utilización como vía de información sindical, además de establecer unas reglas de juego, evitando conflictos laborales, dotan de seguridad jurídica a un ámbito carente de regulación expresa¹¹³⁴.

En este sentido, son escasas las empresas en las que se ha implantado este protocolo, vía convenio colectivo, que no obstante, puede ser establecido también de forma unilateral o pactado en el contrato¹¹³⁵.

Una muestra de los distintos sectores y empresas que han optado por regular la disposición de los medios tecnológicos de la empresa en sus respectivos convenios, así como en muchos casos sus efectos, puede verse en el último epígrafe de este Capítulo.

2.4. OTRAS FUENTES REGULADORAS DEL USO Y CONTROL DE LAS TICS EN EL ÁMBITO LABORAL: EL PODER DE DIRECCIÓN Y LOS PACTOS INDIVIDUALES ENTRE EL EMPRESARIO Y LOS TRABAJADORES.

2.4.1 Iniciativas reguladoras en el ámbito de la empresa y su fundamentación.

La falta de normativa específica ha llevado a las empresas a tratar de regular aspectos que adapten o modulen el ejercicio de los derechos del trabajador con el interés empresarial, de forma que no se produzcan perjuicios para ninguna de las partes y, sobre todo, con la finalidad de estipular unas reglas del juego en aras de la seguridad jurídica.

Una de las vías, es el propio contrato de trabajo. La voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, exige que su objeto sea lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados. Nada

¹¹³³ COLÀS NEILA, Eusebi: "*Derechos Fundamentales del trabajador en la era digital: Una propuesta metodológica para su eficacia*". Ed. Bomarzo. Albacete. 2012. Pág. 143.

¹¹³⁴ DE NIEVES NIETO, Nuria: "El uso del correo electrónico e internet en la negociación colectiva". *Relaciones Laborales: Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 5-6. Marzo 2009. Pág. 124.

¹¹³⁵ Véanse numerosos ejemplos de convenios colectivos con cláusulas de utilización de correo electrónico e internet, en APILLUELO MARTÍN, Margarita: "Contornos de control empresarial de la intimidad del trabajador ante las nuevas tecnologías y a la luz de la doctrina judicial". *Aranzadi Social* 4/2003 (Estudio). Pamplona, 2003. Págs 5-7.

impediría pactar en el mismo contrato de trabajo, una cláusula que disponga el régimen de uso de los medios puestos a disposición del trabajador, limitando e incluso impidiendo su uso privado. El incumplimiento de estas cláusulas podría suponer incurrir en responsabilidad laboral, por indisciplina, por ejemplo, o por cualquiera de las conductas tipificadas en la Ley o en el convenio colectivo de aplicación.

Sin embargo, el objeto de la regulación “ausente” en el plano normativo “general” es la especificación de cuál debe ser el uso por el trabajador de los medios puestos a su disposición o que pueden influir sobre él y cuál debe ser el límite del control empresarial en la utilización de dispositivos de vigilancia. Este carácter “ausente” de la regulación no obsta a que sea necesario una regulación “presente” y “específica” que vincule a la relación laboral concreta y que, por tanto, puede ser “variable”, pues el ámbito y la dinámica de cada empresa y trabajador puede justificar un menor ámbito de libertad individual o un mayor control para salvaguardar y compatibilizar la intimidad y la libertad de empresa. Evidentemente, una regulación general no excluiría una específica, que además, ha de complementarse con el sometimiento a una garantía judicial que determine en cada caso si la conjunción de ambas normativas (general y específica) es de correcta aplicación al caso concreto, ante la casuística que se puede presentar.

De esta forma se crean alternativas a las normas jurídicas, a través de fórmulas elaboradas por las propias empresas, como los códigos de conducta, instrucciones generales derivadas del poder de dirección o simplemente, aprovechando el propio contrato de trabajo en el que las partes se obligan contractualmente a utilizar limitadamente los recursos de la empresa, con una finalidad profesional, que en algunos casos, excluya la utilización con fines personales. En esta regulación se arbitran asimismo las fórmulas de control y vigilancia empresarial a las que se someten los trabajadores para garantizar el uso adecuado de los recursos de la empresa o la utilización de elementos personales y propios del trabajador en horas de trabajo, como el teléfono móvil, *smartphone* o *tablets*¹¹³⁶.

En la práctica laboral, conviven por tanto dos niveles normativos: El tradicional y propio de las relaciones laborales, donde el convenio colectivo puede regular, además de las condiciones de trabajo, el uso de los recursos de la empresa y sus límites, y los códigos de conducta, elaborados unilateralmente por las propias empresas como alternativas a las normas jurídicas. A su vez, estas normas cohabitan con las normas protectoras de los derechos fundamentales, tanto a nivel nacional como internacional.

Esta coexistencia de normas e incluso instrucciones derivadas del poder de dirección empresarial, provocan una creciente judicialización, siendo necesario una modulación en la aplicación directa de los preceptos constitucionales, en relación con los intereses empresariales y los pactos que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, derivan del contrato de trabajo. Cabe apreciar que la mayor parte de convenios colectivos y acuerdos que han regulado la irrupción de las TICs en la empresa, lo han hecho desde una perspectiva fundamentalmente reactiva, a través de su inclusión en el

¹¹³⁶ En la línea con lo establecido por el GT art. 29, organismo autónomo encargado del seguimiento de la aplicación del art. 29 de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, en cuyo “Documento de Trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo” de 2002, se indica que “la prevención debería prevalecer sobre la detección”, en el sentido de que para el empleador es mejor prevenir la utilización abusiva que detectarla.

catálogo de faltas laborales¹¹³⁷.

Además, hay que añadir la interpretación que de todo este cúmulo normativo presidido por el carácter general del enunciado constitucional, harán los jueces. Ante la falta de concreción normativa, se corre el riesgo de que lo que se denomina “*gobierno de la Constitución*” puede llevar con facilidad al “*gobierno de los jueces*”, pues requieren en su aplicación a los casos particulares de importantes concreciones interpretativas¹¹³⁸.

Ahora bien, no basta con crear un marco general común para todos los trabajadores. Los conflictos entre el poder empresarial y los derechos fundamentales del trabajador, estarán sometidos a reglas y criterios en los que habrá que tener en cuenta su justificación, la buena fe, la ponderación y los límites de los derechos, así como el abuso de los mismos, y estas circunstancias dependerán además de varios factores: La utilización de las TICs por el trabajador en la jornada y horario laboral o en otros periodos, ya sean de descanso, dentro o fuera del centro de trabajo; el uso puntual, continuo o durante un largo periodo de tiempo; si afecta al rendimiento laboral o al tiempo de prestación de servicios; si resulta inocuo para el resultado de la prestación laboral exigida; o si provoca riesgos que puedan convertirse en daños, en relación al patrimonio económico de la empresa.

2.4.2 El establecimiento empresarial de condiciones previas para la utilización de los recursos informáticos y digitales: El “Código de conducta”.

En el marco del contrato de trabajo, los medios que el empresario pone a disposición de los trabajadores son para utilizarlos para exclusivos fines laborales, de acuerdo a su naturaleza, a la buena fe y para el cumplimiento de la prestación laboral. El problema surge cuando los recursos son utilizados para un objeto y finalidad que nada tienen que ver con la contraprestación laboral.

En ejercicio del poder de dirección, el empresario puede prohibir la utilización de sus recursos para fines privados. Las razones para ello parten de la propiedad de dichos medios y de su consideración como herramientas de trabajo, sin perjuicio de lo previsto en el convenio colectivo, pacto o contrato de trabajo. Para que la prohibición sea efectiva será necesario asegurar su conocimiento por parte del trabajador, para lo que es conveniente establecer unas directrices que eviten cualquier expectativa de intimidad en dicho uso. De la misma forma, el trabajador debe conocer las consecuencias del incumplimiento de la prohibición, así como los medios de control y vigilancia.

En esta línea, cabe establecer un marco, conocido por el trabajador, en el que se impartan unas reglas de conducta respecto al uso de ordenadores, medios de comunicación, instalaciones, accesos y navegación en Internet, e incluso, respecto al uso mixto, a través del cual se pudiera utilizar, por ejemplo, un dispositivo del propio empleado (*smartphone*), con conexión a Internet a través de la empresa (*Wi-Fi*). Este marco puede adoptar la forma de pacto o convenio colectivo, o simplemente, articularse en base a la facultad de organización del trabajo que deriva del propio poder de dirección. En muchas

¹¹³⁷ COLÀS NEILA, Eusebi: "*Derechos Fundamentales del trabajador en la era digital: Una propuesta metodológica para su eficacia*". Ed. Bomarzo. Albacete. 2012. Pág. 123.

¹¹³⁸ ARAGÓN REYES, Manuel: "*Estudios de derecho constitucional*". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2013 (3ª edic.). Pág. 157.

ocasiones, el nombre que se ha dado a estas condiciones, sean unilaterales o pactadas, ha sido el de “*Código de conducta*”.

Cabe hacer una advertencia a la generalización de estos Códigos, que pueden ser laborales o incluso más amplios (en el marco, por ejemplo, de la responsabilidad social corporativa con clientes o terceros) y cuyo contenido puede tener por objeto cualquier ámbito en el que se desarrollen las relaciones entre individuos. En concreto, en el ámbito laboral, estos Códigos pueden ser parte de un acuerdo (contrato o pacto colectivo), o bien, formar parte del poder de dirección del empresario. En este sentido, las normas que emanan del poder de dirección ni son fuente de derecho, ni pueden contravenir normas legales o pactadas que sí son fuente de obligaciones laborales. Por consiguiente, nada que tenga vetado el empleador en el ejercicio de su poder de dirección podrá ser aceptado como precepto, instrucción o recomendación de un Código de conducta¹¹³⁹.

Por tanto, si el Código desarrolla las obligaciones laborales estipuladas en el convenio colectivo o contrato, no podrán establecer condiciones contrarias o extraordinarias a ellas, en el sentido de constituir una limitación de derechos. El contenido del Código cobra fuerza normativa, solo cuando forma parte del pacto, contrato o convenio, pues es cuando realmente constituye un compromiso. De lo contrario no deja de ser una norma de gestión o desarrollo de las órdenes o instrucciones del empresario en el marco del contrato de trabajo, cuyo problema es su aceptabilidad¹¹⁴⁰.

Este Código de conducta puede recoger las pautas, sustanciales o procedimentales, que determinen el uso correcto de los recursos que la empresa pone a disposición de los trabajadores, entre las que cabe destacar, las siguientes¹¹⁴¹:

- Reglas a las que el trabajador debe someterse cuando utilice los medios técnicos que la empresa pone a su disposición para la realización de la prestación laboral, excluyendo expresamente las conductas consideradas inapropiadas o abusivas.
- Prohibiciones absolutas o relativas para una utilización privada, definiendo, en su caso, cuál es el régimen de utilización privativa de estos recursos.
- Circunstancias en que el empresario puede utilizar los mecanismos de control y en qué forma.
- Consecuencias de los denominados descubrimientos o hallazgos casuales.
- Procedimientos de control utilizables, así como las limitaciones en el uso de esta información.

¹¹³⁹ DE LA VILLA GIL, Luis Enrique: "Acerca de la Responsabilidad Social Corporativa. Algunas consideraciones críticas desde la perspectiva de las relaciones laborales". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel). N.º 16. Febrero 2008. Pág. 3.

¹¹⁴⁰ CARDONA RUBERT, M^a Belén: "Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas". *Lan Harremanak* (Universidad del País Vasco). N.º Extraordinario 1. 2003. Pág. 160.

¹¹⁴¹ GIL PLANA, Juan: "El uso particular por los trabajadores de las nuevas tecnologías empresariales en los códigos de conducta". *Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º 155. 2012. Págs. 125-194.

En general, el uso de los recursos tecnológicos de manera particular por parte de los trabajadores no ha de interferir en el desarrollo del proceso productivo o de la prestación de servicios, por lo que no sería extraño permitir un uso racional de los mismos, en el que es necesario, tanto por parte del trabajador como del empresario, introducir elementos éticos o de buena fe, en los que ha de destacar, por encima de cualquier acuerdo, una total transparencia.

Así, el acuerdo, el pacto o el Código de conducta podría prever la superación de problemas tales como aquellos espacios que el empresario puede vigilar (estrictamente profesionales) de aquellos que los trabajadores disponen para su uso particular. Podrían distinguirse carpetas estrictamente personales, cuentas de correo a disposición del trabajador o accesos a Internet para uso privado, que sólo podrían ser objeto de registro con el consentimiento del trabajador o en los casos de existencia real de indicios de ilícitos de especial gravedad (competencia desleal, revelación de secretos, delitos...) ¹¹⁴².

Como referencia o antecedente, cabe citar el Código de conducta elaborado por la *Union Network International* (UNI), que pretendía elaborar una enumeración de los derechos *on-line* de los trabajadores, que sirviera como soporte a una campaña mundial iniciada en 1998 para promover el reconocimiento y la recepción legislativa de tales derechos. Este Código, al que se adhirió Telefónica en 2001, siendo aplaudido por la OIT ¹¹⁴³, prevé entre los derechos *on-line* de los trabajadores:

- El derecho para los empleados, sindicatos y los comités de empresa de tener acceso libre a los sistemas de correo electrónico de las empresas, con el fin de recibir información y comunicarse.
- El derecho de los empleados a tener libre acceso a Internet para acceder a las páginas *web* de su sindicato y a otras informaciones relacionadas con sus derechos como trabajador.
- Ninguna vigilancia secreta de los mensajes del correo electrónico o páginas *web* visitadas por los empleados.

Este Código ha ido evolucionando y desarrollándose a través de acuerdos, algunos de los cuales han servido de inspiración a los convenios colectivos que contemplan, tanto en el plano individual como colectivo el derecho a la comunicación sindical, cuyos titulares son tanto los trabajadores como sus representantes, unitarios y sindicales y el derecho a la intimidad del trabajador en el uso de estos medios. En términos materiales, estos derechos *on-line* no suponen una ampliación de los derechos existentes, sino que se trata más bien de una adaptación de éstos a un nuevo entorno tecnológico ¹¹⁴⁴.

¹¹⁴² LANZADERA ARENCIBIA, Eugenio: "El uso de medios informáticos de la empresa por los trabajadores y su control por el empresario". *CEFGESTION* (Centro de Estudios Financieros). N.º 45. Mayo 2002. Pág. 69.

¹¹⁴³ Véase la noticia publicada por la OIT en el Comunicado de Prensa de 12 de marzo de 2001. Disponible en:
http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/media-centre/press-releases/WCMS_008625/lang-es/index.htm

¹¹⁴⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel y LÁZARO SÁNCHEZ, José Luis: "Hacia un tratamiento integrado de la comunicación electrónica no profesional", en DEL REY GUANTER, Salvador, Dir. y LUQUE PARRA, Manuel (Coord.): "*Relaciones laborales y nuevas tecnologías*". Ed. La Ley. Madrid. 2005. Pág.

La finalidad de estos Códigos de conducta es establecer, por tanto, el marco en el que el trabajador podrá desarrollar, con mayor o menor extensión, su propia libertad de comunicación y acceso a la información a través de los recursos de la empresa, o incluso a través de recursos propios o mixtos, de forma que ello no suponga una afectación al contenido de la prestación laboral, o que se realice de forma consentida, en determinadas condiciones de modo, lugar y tiempo. En los casos de prohibición expresa, estos Códigos servirán como medio para informar al trabajador de la misma prohibición y de sus consecuencias, además de los medios de control para su cumplimiento.

3. EL PODER DE DIRECCIÓN TECNOLÓGICO: EL CONTROL EMPRESARIAL ANTE EL USO Y ABUSO DE LA TECNOLOGÍA POR EL TRABAJADOR.

3.1. PLANTEAMIENTO.

El impacto del uso de los nuevos medios tecnológicos en el seno de las relaciones laborales y las dificultades de aplicación del marco jurídico general, plantea un debate que entremezcla elementos laborales y privados. La cuestión principal radica en delimitar hasta qué punto un instrumento técnico como el correo electrónico o Internet, propiedad del empresario, ubicado en el centro de trabajo y utilizable, en principio, para fines estrictamente relacionados con la producción, puede ser usado por el trabajador para fines privados. Se ha dicho incluso que “*Internet y privacidad son, salvo excepciones, dos términos irreconciliables*”¹¹⁴⁵.

Con la evolución de la tecnología, sin embargo, el debate se ha ampliado al uso tecnológico que puede hacer el trabajador fuera del horario y lugar de trabajo (dispositivos móviles) e incluso, cuando este elemento es propiedad del trabajador, utilizando la conexión a Internet de la empresa.

En principio, hay que partir de un hecho claro: El empleador es el titular de los medios sujetos a control, en la medida que puede suponer un coste o tener repercusiones negativas sobre la prestación laboral de sus asalariados. Además, ostenta un amplio campo de decisión sobre la dirección y organización del trabajo (ex art. 5 y 20 LET), lo que legitima el control directo o indirecto, cuando incida en la producción o en la propia prestación de servicios.

Sin embargo, el ejercicio de dichas prerrogativas no puede ejercerse de forma absoluta, sino que se halla limitado por la necesidad de una ajustada ponderación de los bienes y valores constitucionales en cada caso concreto. De esta manera, ni el ejercicio de los derechos fundamentales por el trabajador puede ser ilimitado, al chocar también con otro derecho constitucional (la libertad de empresa), ni los poderes de dirección del empleador puede impedir, si bien sí modular, en determinados casos y siempre bajo los principios de buena fe e interdicción de la arbitrariedad, el ejercicio de aquellos privilegiados derechos por parte del aquél.

13.

¹¹⁴⁵ CAMAS RODA, Ferrán: “Correo electrónico e Internet en las relaciones laborales”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 224. Noviembre 2001. Pág. 143.

Es por ello que la competencia inicial del empresario para limitar el uso de los recursos informáticos y digitales, en forma activa o pasiva, para fines extraproductivos y la consiguiente capacidad de control no puede ser omnímoda. Se halla constreñida por el posible ejercicio en cada supuesto de los derechos fundamentales del trabajador en el seno de la relación laboral y viceversa: Ese ejercicio está también modulado por la propia relación de dependencia. Los derechos constitucionales se encuentran sometidos, entre sí, a relaciones de coordinación, no de subordinación.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el acceso a Internet o al correo electrónico no es sólo un instrumento productivo: Es también, en nuestra realidad social, un mecanismo de comunicación entre las personas, incluso en el centro de trabajo.

Por ello, el equilibrio entre ambos intereses, empresarial y del trabajador, debe partir de la siguiente premisa: Al trabajador se le contrata para prestar una actividad laboral a cambio de una retribución, exigiéndose un rendimiento, una contraprestación, una dedicación dentro de su jornada y horario, una disponibilidad. Por tanto, el primer límite al uso privado de estos medios radicaría en que la prestación laboral no se viera afectada por una dedicación privada que repercutiera negativamente en el trabajo¹¹⁴⁶.

Continuando con este argumento, la vigilancia directa o intencional es legítima en la medida que es funcionalmente necesaria para valorar la ejecución normal de la prestación o para comprobar el comportamiento contractual del trabajador. El trabajador no puede eludir esta vigilancia porque está sujeto al poder de dirección y control del empresario¹¹⁴⁷.

Esta interpretación llevaría a concluir que si el empresario no ha establecido las condiciones de uso de los medios tecnológicos, éstos se convierten en una herramienta de trabajo cuya utilización no puede definir el trabajador. Por ello, no cabría, salvo autorización, el empleo para fines privados de estos recursos¹¹⁴⁸.

Sin embargo, no parece que la facultad de vigilancia pueda ser absoluta por el hecho de la existencia de una relación laboral. Existen diversos factores que habrán de legitimar la actuación empresarial para evitar conductas arbitrarias o abusivas. De otra forma, la eficacia de un derecho fundamental inviolable dependería del capricho del empresario, cuya facultad de dirección no estaría sujeta a límite alguno¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁶ LANZADERA ARENCIBIA, Eugenio: "El uso de medios informáticos de la empresa por los trabajadores y su control por el empresario". *CEFGESTION* (Centro de Estudios Financieros). N.º 45. Mayo 2002. Pág. 63.

¹¹⁴⁷ GOÑI SEIN, José Luis: "Controles empresariales: Geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos". *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. N.º 39. Agosto 2009. Pág. 13.

¹¹⁴⁸ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: "Internet en el trabajo". *Revista Justicia Laboral*. N.º 51. 2012. Págs. 21 y 22.

¹¹⁴⁹ MONEREO PÉREZ, José Luis y LÓPEZ INSUA, Belén del Mar: "El control empresarial del correo electrónico tras la STC 170/2013". *Revista Doctrinal Aranzadi Social* (edición digital) N.º 11/2014. BIB 2014\122. Pág. 11.

La generalización de las nuevas tecnologías como vehículo de socialización abarca un espacio mucho mayor de lo que sería un uso personal o profesional, que dificulta una clara delimitación de las fronteras de la dependencia en el contrato laboral¹¹⁵⁰. El trabajador puede, además, disponer de los mismos medios que la empresa pone a su disposición, pues un dispositivo móvil con conexión a Internet es prácticamente asequible, e incluso necesario, para cualquier persona. El coste del uso de la tecnología es prácticamente inocuo, ya que no depende hoy día de la mayor o menor utilización del dispositivo o de la red. En este sentido, respetando el marco de confianza y de buena fe en el cumplimiento de la prestación laboral, no es exigible a los trabajadores una diligencia y atención incondicionada propia de un “*feudalismo industrial*”¹¹⁵¹.

3.2. DELIMITACIÓN DEL USO LEGÍTIMO DE LA TECNOLOGÍA PARA FINES PROFESIONALES.

3.2.1 Delimitación por las condiciones de lugar y tiempo de trabajo.

El carácter pluridimensional de los medios y aplicaciones informáticas hace que delimitar el espacio legítimo de control empresarial sea realmente complicado. A pesar de ello, el punto de atención se ha de dirigir hacia la ejecución normal del trabajo, objeto que va inescindiblemente unido a su control por el empresario¹¹⁵².

Teniendo en cuenta que estos medios pueden ser un ordenador, una conexión a Internet o vía *intranet* o un dispositivo móvil, como un *smartphone* o una *tablet*, es lógico pensar que su uso puede ser realizado en el centro de trabajo o fuera de él, así como en horas de trabajo o fuera de la jornada laboral de forma que puede repercutir en el trabajo o puede derivar en un uso inocuo a la relación laboral.

De esta forma el uso, aunque “*ilegítimo*” por haber contravenido una prohibición expresa de uso, que hubiera tenido lugar fuera de las horas de trabajo y en lugar distinto a éste, en principio no se podría imputar una conducta de disminución del rendimiento o falta de cumplimiento de las obligaciones laborales. El trabajador tiene derecho a disponer con plena libertad de su tiempo de ocio, en el que el empresario no puede, por regla general, injerirse. En este sentido, incluso se ha propuesto el reconocimiento de un “*derecho a la desconexión*” del trabajador¹¹⁵³.

¹¹⁵⁰ GOERLICH PESSET, José María: “Protección de la privacidad de los trabajadores en el nuevo entorno tecnológico: Inquietudes y paradojas”, en AA.VV.: “*El derecho a la privacidad en el nuevo entorno tecnológico*”. XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016. Pág. 133.

¹¹⁵¹ CALVO GALLEGO, Francisco Javier: “TIC y poder de control empresarial: Reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales. STSJ de La Rioja, de 23 de mayo de 2011”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* (edición digital). N.º 71/20129/2012. BIB 2012\56. Pág. 6.

¹¹⁵² GOÑI SEIN, José Luis: “Controles empresariales: Geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos”. *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. N.º 39. Agosto 2009. Pág. 27.

¹¹⁵³ GOERLICH PESSET, José María: “Protección de la privacidad de los trabajadores en el nuevo entorno tecnológico: Inquietudes y paradojas”, en AA.VV.: “*El derecho a la privacidad en el nuevo entorno tecnológico*”. XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016. Pág. 134.

Sin embargo, caben excepciones a esta regla general cuando existe realmente un interés jurídico de mayor valor que el que pueda suponer el derecho a la intimidad. Son ejemplos de ello, las grabaciones de sonido e imagen que muestran un comportamiento del trabajador en su ámbito privado, pero que implica una clara transgresión de la buena fe contractual. Se admiten así controles sobre el trabajador fuera de su jornada laboral, bien porque repercuten negativamente en su trabajo, bien porque en atención a los concretos derechos y obligaciones contraídos por el trabajador, su conducta privada puede considerarse atentatoria contra la buena fe contractual y, en definitiva, sobre la confianza empresarial:

- Podría ser motivo de injerencia empresarial en la vida privada del trabajador, la comprobación de una conducta ordenada, sin consumo de alcohol o sustancias tóxicas, respetar las horas de sueño o los tiempos de descanso, en aquellos trabajos que requieran de una especial concentración y aptitudes psicofísicas concretas, como en el caso de los pilotos, cirujanos o transportistas.
- Cabe que la transgresión de la buena fe contractual consista en realizar actos ilícitos contrarios al interés de la empresa, como los supuestos de competencia desleal, o desvelar secretos de empresa. El empresario tendría una justificación para el control de los medios utilizados por el trabajador para cometer irregularidades que fueran proporcionales a las medidas de control utilizadas.
- La vigilancia empresarial podría abarcar también el control de ciertas pautas de alimentación, entrenamiento físico y capacidad, para garantizar un rendimiento óptimo y necesario en unos casos, y en otros, superar los estrictos controles de salud exigidos por una profesión, como en el caso de los policías, deportistas profesionales o personal sanitario.
- El control empresarial sobre las situaciones de incapacidad temporal de los trabajadores, al amparo del art. 20.4 ET, en el que se considera legítima la facultad empresarial de verificar el estado de enfermedad o los efectos de un accidente que impiden al trabajador el desarrollo de su trabajo.

Estas pruebas pueden ser obtenidas a través de grabaciones de imagen y sonido, por cámaras o grabaciones realizadas en lugares públicos, a través de detectives¹¹⁵⁴, pero resulta llamativo, que en algunas ocasiones son el resultado de una exposición voluntaria por parte del propio trabajador. Se trata de imágenes y testimonios cuya exposición las realiza el propio trabajador a través de las conocidas "*redes sociales*". Estos testimonios que atestiguan incumplimientos contractuales, aún teniendo lugar fuera de las horas y del lugar de trabajo y, siempre que sean reales, pueden ser aportados como prueba en juicio, de la transgresión de la buena fe, o del incumplimiento.

Tanto en el supuesto del control del equipo informático, como de la red social en la que aparezca información del trabajador, el problema que se puede plantear es comprobar si el acceso a estos medios ha sido por el propio trabajador o por un tercero, incluyendo supuestos de suplantación de la personalidad, cuando puedan tener acceso otras personas que podrían tener conocimiento de la información facilitada por el

¹¹⁵⁴ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 5 de julio de 2013, rec. N.º 823/2013 (AS 2013\2760).

trabajador en cuestión¹¹⁵⁵.

3.2.2 Prohibición expresa y uso autorizado.

3.2.2.1 Efectos de la prohibición de uso personal de los medios propiedad de la empresa en los derechos fundamentales del trabajador.

La prohibición expresa a los trabajadores de no utilizar aquellos medios puestos a su disposición para llevar a cabo fines personales puede venir originada por alguna de las fuentes reguladoras de la relación laboral. En defecto de ley, puede ser un convenio colectivo, un pacto individual o colectivo o bien, una prohibición expresa derivada del poder de dirección del empresario.

Si existe regulación que prohíbe el uso de las TICs para fines personales, en principio no cabría espacio para su utilización para estos fines, al contradecir una orden empresarial relevante, lo que excluye la protección tanto del art. 18.1 (derecho a la intimidad), como del art. 18.3 CE (derecho al secreto de las comunicaciones, en cuanto a las realizadas por el trabajador en el seno de la relación laboral).

Si hubiera prohibición expresa de utilización particular, existiría un incumplimiento laboral por incumplir las órdenes empresariales que quedaría incluido en la falta tipificada en el art. 54.2.b) ET (indisciplina o desobediencia en el trabajo), o en la tipificada en el art. 54.2.d) ET (transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza), ambas causas legitimadoras de un despido disciplinario.

De igual forma, cuando el acceso a un sistema de comunicación, como pueda ser el correo electrónico o un sistema de mensajería a través de la red, no estuviera preparado para un uso individual, independientemente de que se trate de un uso profesional o privado, a través de una contraseña de acceso, siendo por tanto de acceso público, tampoco cabría hablar de la protección del secreto de las comunicaciones. La ausencia de contraseña en el acceso al ordenador hace que *“la pretensión de secreto carezca de cobertura constitucional, al faltar las condiciones necesarias para su preservación”* (STC 241/2012, de 17 de diciembre).

Esta prohibición va unida a la finalidad profesional para la que están concebidos estos medios, que a modo de herramienta de trabajo permiten al trabajador cumplir con sus obligaciones laborales. Ahora bien, falta por determinar si aquellos usos relacionados con el trabajo, pero no profesionales, como por ejemplo, el uso sindical, está incluido dentro del objeto para el que los recursos fueron diseñados.

El uso profesional puede no ser excluyente del uso sindical o incluso personal con otros compañeros de trabajo, sin que se desvincule de un motivo o fin que pueda considerarse laboral. Así, por ejemplo, la coexistencia del uso profesional y sindical ha sido admitida en los términos de la STC 281/2005, de 7 de noviembre.

Nuestros Tribunales han ido examinando la existencia de estas normas dadas por la empresa o pactadas en el sentido de considerar procedentes los despidos que tienen

¹¹⁵⁵ SELMA PENALVA, Alejandra: "La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso laboral. Análisis de los últimos criterios jurisprudenciales". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel). N.º 39. 2014. Pág. 366.

por causa el uso abusivo de los medios de comunicación puestos a disposición del trabajador, especialmente, por el uso del correo electrónico e Internet.

Es factor común a estos pronunciamientos, el incumplimiento de las obligaciones del trabajador en el marco de la relación laboral, por encima de valoraciones sobre el contenido, participantes o destinatarios en las comunicaciones, o del valor de los gastos o el coste que supone para la empresa, de forma que queda transgredida la buena fe y el deber de lealtad a la empresa:

- Despido disciplinario procedente de un trabajador que, en gran número de ocasiones y en horario de trabajo, utiliza el correo electrónico de la empresa para enviar mensajes “*de naturaleza obscena, sexista y humorística*” a distintos destinatarios, entre otros, a compañeros de trabajo, comprometiendo así la actividad laboral de éstos. La empresa sólo permite el uso de tales medios para fines laborales, por lo que tal comportamiento supone una clara infracción del deber de lealtad laboral que justifica el despido¹¹⁵⁶.
- Despido disciplinario procedente por el uso de los medios informáticos de la empresa durante la jornada y en detrimento del trabajo, por tiempo superior a hora y media diaria. Ello supone una “*transgresión de la buena fe que debe mediar en la relación contractual y supone un abuso de confianza del mismo y en definitiva no se ha violado la intimidad personal por el acceso a las direcciones de quien se supone que no debería efectuar comunicaciones ajenas a las propias de su cometido profesional*”¹¹⁵⁷.
- Despido procedente por el uso indebido del correo electrónico habiendo mediado aviso previo sobre su correcto uso como herramienta estrictamente laboral y relacionada con el puesto de trabajo, excluyéndose expresamente su utilización para fines personales o particulares. El envío y la recepción de un número elevado de correos electrónicos privados, independientemente de su contenido, utilizando el ordenador de la empresa, es conducta atentatoria a la buena fe contractual, ya que se violaría el deber de fidelidad que el trabajador ha de observar con respecto a su empleador al actuar conscientemente de forma desleal¹¹⁵⁸.
- Despido procedente por transgresión de la buena fe y abuso de confianza por el uso del ordenador de la empresa para asuntos privados como el correo electrónico, juegos y chatear. No puede considerarse vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, la prueba a que somete la empresa el PC de la trabajadora, cuando evidencia una ilícita utilización con finalidad ajena y diferente a la laboral, siendo innegable la facultad de la empresa a los controles que pueda

¹¹⁵⁶ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 14 de noviembre de 2000 (Normacef, NSJ010463). Véase el comentario a esta sentencia en CARDONA RUBERT, María Belén: “Control del correo electrónico de los empleados. Transgresión de la buena fe contractual”. *Aranzadi Social* 17/2000. BIB 2000\1903.

¹¹⁵⁷ STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 4 de octubre de 2001, rec. N.º 4168/2001, (Normacef, NSJ010117).

¹¹⁵⁸ STSJ de Castilla y León/Burgos (Sala de lo Social), de 2 de julio de 2003, rec. N.º 642/2003 (Normacef, NSJ 013415).

llevar a cabo acerca del uso o forma de uso de dichos medios de trabajo¹¹⁵⁹.

- El uso de Internet y del correo electrónico para fines particulares en horas de trabajo, cuando la normativa interna solo admite su uso fuera del horario laboral y siempre sin que interfiera en el rendimiento del trabajador, es motivo de despido, a pesar del carácter religioso de las páginas visitadas¹¹⁶⁰.
- El uso no autorizado del correo electrónico y de Internet para fines particulares determina la procedencia del despido, cuando exista una normativa interna específica (del tipo "*Política de seguridad informática*"), sin que pueda considerarse, por tanto, vulnerado el derecho a la intimidad del trabajador¹¹⁶¹.
- El acceso diario a Internet para usos particulares, con dedicación de más de la mitad de la jornada a entretenimientos ajenos a la actividad laboral, desatendiendo la previa advertencia de la empresa, constituye un incumplimiento grave y culpable del trabajador sancionable con despido. El exceso tiene tal relevancia que no se limita a la falta grave prevista en el Convenio por abuso de las herramientas informáticas, sino que implica una actuación contraria a los esenciales deberes de conducta que deben presidir la ejecución de la prestación de trabajo y la relación entre las partes (arts 5 y 20.2 del ET), con trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, por uso desviado por el trabajador de las facultades que se le confiaron, con lesión o riesgo de lesión para los intereses de la empresa¹¹⁶².

En estos casos, la prohibición expresa de uso personal de los medios tecnológicos puestos a disposición del trabajador, permitiría en principio la sanción directa del incumplimiento. En caso de ausencia de regulación, el incumplimiento deberá basarse en la transgresión de la buena fe o abuso de confianza, o en la tipificación de una falta sancionable vinculada al incumplimiento de la prestación laboral.

No obstante, a pesar de la prohibición expresa, cabe plantearse si cabe aplicar el principio de proporcionalidad, en el sentido de emplear cualquier medida de control para comprobar el cumplimiento de la norma establecida. En este sentido, algunos pronunciamientos son terminantes y admiten un control exhaustivo e incluso oculto, pues no cabría vulnerar la intimidad por acceder a un espacio que ha sido excluido para ello. Una vez desechada la expectativa de intimidad, parece que el empleador podría tener una amplia libertad para verificar el contenido de las comunicaciones o de los accesos del trabajador desde terminales y ordenadores únicamente destinados a fines profesionales.

¹¹⁵⁹ STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 21 de noviembre de 2003, rec. N.º 5523/2003 (Normacef, NSJ014563).

¹¹⁶⁰ STSJ de Baleares (Sala de lo Social), de 22 de octubre de 2004, rec. N.º 409/2004 (Normacef, NSJ 016697).

¹¹⁶¹ SSTSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 17 de julio de 2009, rec. N.º 2831/2009 (Normacef, NSJ031056) y de 26 de enero de 2015, rec. N.º 679/2014 (Ar. JUR\2015\73985). Reiteran doctrina contenida en SSTS (Sala de lo Social), de 26 de septiembre de 2009, rec. N.º 966/2006 y 6 de octubre de 2011, rec. N.º 4053/2010. En el mismo sentido, STSJ de Andalucía/Granada (Sala de lo Social), de 14 de noviembre de 2013, rec. N.º 1632/2013 (Ar. AS 2013\2935).

¹¹⁶² STSJ de Aragón (Sala de lo Social), de 27 de diciembre de 2013, rec. N.º 611/2013 (Normacef, NSJ049443).

Sin embargo, la aplicación del principio de la buena fe empresarial, que aconseja la información previa a los trabajadores y a sus representantes en cuanto a los medios de control, la justificación de la finalidad de la medida, así como el respeto a determinados usos sociales flexibles que a pesar de la prohibición, consientan un empleo “*inocuo*” de tales medios, determina que ni siquiera en este caso, cabe una libertad absoluta. Ello equivaldría a ignorar la existencia de derechos del trabajador, fácilmente eliminados por una disposición o prohibición empresarial, de forma unilateral, y aplicable, bajo el único criterio del empresario¹¹⁶³.

Por último, conviene abordar el creciente uso de los medios personales del propio trabajador para acceder a Internet, o a su correo electrónico a través de la red de la empresa (*Wi-fi*). En estos casos, la prohibición puede abarcar el uso indebido de la red de la empresa para fines no profesionales, lo que implicaría un incumplimiento laboral, con la singularidad de que en este caso, sería ilegítimo el acceso a los recursos que ya no son propiedad de la empresa, sino del empleado (correo electrónico, mensajería instantánea y páginas visitadas con dispositivos propios). En caso de utilizar algún dispositivo que permitiera acceder a través de la red *Wi-Fi* al contenido de los mensajes o páginas visitadas, existiría una vulneración de los derechos a la intimidad y secreto de comunicaciones, en su caso.

Por ello, el desconocimiento del trabajador de la instalación de sistemas de control, conculcaría el principio de buena fe empresarial que también debe regir en la forma y en los medios de control, salvo causas que proporcionalmente justificasen que solo de esta forma, se podría llegar a verificar un ilícito grave. Es lo que con carácter general se ha denominado “*interdicción del control oculto derivado de la buena fe empresarial*”¹¹⁶⁴.

De la misma forma, el simple uso del teléfono móvil personal puede provocar una disminución continuada del rendimiento, causar molestias al resto de trabajadores o aumentar los riesgos laborales. Ahora bien, la prohibición desorbitada del uso de estos dispositivos, si no afecta a alguna de las causas anteriores o no tiene una justificación fundada, (por ejemplo, disminuir la atención de cara al público), puede suponer una extralimitación del poder de dirección¹¹⁶⁵. En este sentido y en el actual contexto, cabría valorar como escasamente realista la prohibición general y absoluta del uso extraprofesional de las TICs en la empresa¹¹⁶⁶.

¹¹⁶³ GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: “Prohibición expresa del uso privado del ordenador de la empresa como fundamento para su control”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º 165. Junio 2014. Pág. 348.

¹¹⁶⁴ MARTÍNEZ FONS, Daniel: “El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa”, en DEL REY GUANTER, Salvador, Dir. y LUQUE PARRA, Manuel (Coord.): “*Relaciones laborales y nuevas tecnologías*”. Ed. La Ley. Madrid. 2005. Pág. 197.

¹¹⁶⁵ RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio: “*Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*”. Consejo Económico y Social del Principado de Asturias. Oviedo. 2009. Pág. 126.

¹¹⁶⁶ MARTÍNEZ FONS, Daniel: “El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa”, en DEL REY GUANTER, Salvador, Dir. y LUQUE PARRA, Manuel, (Coord.): “*Relaciones laborales y nuevas tecnologías*”. Ed. La Ley. Madrid. 2005. Pág. 232.

3.2.2.2 Ausencia de prohibición expresa.

Ante la falta de prohibición expresa se plantea si, en todo caso, el trabajador que usa el equipo informático para fines particulares comete un ilícito sancionable. Esta afirmación tan tajante no debe ser aceptada, a pesar de que en algunos casos se ha entendido que si no hay autorización expresa, debe presumirse la ilicitud, con el consiguiente efecto de dotar al empresario de plena libertad para fiscalizar el uso del equipo sin vulnerar el derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones¹¹⁶⁷.

No existiendo prohibición expresa, sin que exista abuso u otro incumplimiento laboral, no sería sancionable la conducta consistente en el uso adecuado de estos medios. Además, en principio, este uso no debería estar sujeto a control si no hubiera una justificación objetiva, pues el trabajador en base a la expectativa de privacidad puede haber construido una esfera íntima protegida por el derecho a la intimidad. Cabe pensar, por ejemplo, en las conversaciones privadas con otros compañeros de trabajo u otras personas que puedan realizarse a través de estos medios, así como transacciones comerciales, bancarias, etc, no relacionadas con el trabajo.

Si no existe regulación al respecto, estarían permitidos los usos alternativos al estrictamente profesional (personal, o sindical), teniendo en cuenta el uso normal, de forma que no provoque daños en la organización empresarial, así como el uso racional que puedan realizar todos los trabajadores de la empresa en virtud del consentimiento tácito que determina la ausencia de prohibición o la simple inactividad. Ello produce una expectativa de privacidad derivada de la tolerancia empresarial que impediría una sanción arbitraria y discriminatoria en relación al resto de trabajadores.

En este sentido han sido calificados como improcedentes, ante la falta de ordenación del uso de los medios de comunicación por parte del empresario o extralimitación del poder de dirección en detrimento del derecho a la intimidad del trabajador, los siguientes:

La utilización de los medios de comunicación de la empresa para fines privados, de forma que suponga un incumplimiento sancionable, necesita de una prohibición previa y expresa, o bien, una gravedad que afecte al núcleo de las obligaciones laborales del trabajador, como por ejemplo, la transgresión de la buena fe o el abuso de confianza. Así, se declara improcedente el despido por la utilización del *e-mail* de la empresa con fines privativos, para realizar una pequeña traducción ajena al trabajo por la que obtuvo un beneficio de 15 euros, o para el envío de material porno a sus compañeras, cuando no existía prohibición alguna, sin perjuicio de que tal conducta pueda ser sancionada como una falta de menor entidad¹¹⁶⁸.

De igual forma, no se considera de suficiente gravedad la conducta del trabajador que se reenvía a su correo electrónico particular documentos que, en gran parte, tienen

¹¹⁶⁷ SSTSJ de Murcia (Sala de lo Social), de 15 de junio de 1999, rec. N.º 620/1999 (AS 1999\2504); Cataluña (Sala de lo Social), de 14 de noviembre de 2000, rec. N.º 4854/2000 (AS 2000\3444) y Andalucía/Sevilla (Sala de lo Social), de 9 de mayo de 2003, rec. N.º 591/2003 (AS 2003\2840).

¹¹⁶⁸ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 7 de septiembre de 2004, rec. N.º 642/2004 (Normacef, NSJ016776).

carácter y finalidad comerciales, teniendo acceso a ellos otros empleados e incluso los clientes, siempre que no se produzca el trasvase de información reservada a otras personas o a empresas de la competencia¹¹⁶⁹.

La comprobación sin autorización judicial del contenido de una concreta carpeta del ordenador del trabajador cuya designación ya aludía a su temática personal, constituye prueba ilegítima, de cara a argumentar la procedencia de un despido¹¹⁷⁰.

En ocasiones, se ha invocado a la teoría gradualista, para declarar improcedente un despido, a pesar de que la empresa cuenta con un documento interno o protocolo en materia de uso de dispositivos electrónicos de conocimiento general en el que se advierte que el uso de Internet y correo electrónico solo se permite para fines profesionales. Así, la entrega por el trabajador del ordenador portátil al técnico informático de la empresa, encontrando éste un virus derivado del acceso a páginas pornográficas, no implica directamente la procedencia del despido, aunque el uso del ordenador contraviniendo las instrucciones de la empresa constituye una falta muy grave de desobediencia y de fraude, deslealtad o abuso de confianza, ya que no existe perjuicio para la compañía, al hablarse simplemente en la carta de un evidente y alto riesgo de infección al poner el trabajador en peligro la integridad y buen funcionamiento de la red interna¹¹⁷¹.

En algún caso, incluso se ha puesto en evidencia que resulta poco razonable exigir al trabajador una conducta prácticamente heroica de renunciar a unos medios a los que se le da acceso de forma muy sencilla¹¹⁷².

Ahora bien, la ausencia de prohibición expresa no deja libertad absoluta al trabajador en cuanto que queda obligado a la realización de la prestación laboral, de modo que la utilización de estos medios en tiempo de trabajo para fines particulares determina el incumplimiento de la prestación laboral, existiendo pronunciamientos de toda índole en base a las circunstancias del caso concreto.

3.2.3 La expectativa de privacidad y el acto consentido.

3.2.3.1 La expectativa de privacidad como refugio de la intimidad.

El concepto de expectativa razonable de intimidad o de privacidad está vinculado a lo que el TC ha definido como “*barreras de reserva*”. Las personas, en sus distintos ámbitos de relación, pueden establecer áreas de separación u ocultamiento frente a los demás con el fin de comportarse de una manera más relajada sin estar sujetos a la observación ajena o a justificar su conducta a terceros.

¹¹⁶⁹ STSJ de Castilla y León/Valladolid (Sala de lo Social), de 12 de junio de 2006, rec. N.º 1057/2006 (Normacef, NSJ021570).

¹¹⁷⁰ STSJ del País Vasco (Sala de lo Social), de 21 de diciembre de 2004, rec. N.º 2382/2004, (Normacef, NSJ018610).

¹¹⁷¹ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 12 de enero de 2010, rec. N.º 5123/2009 (Normacef, NSJ037754).

¹¹⁷² STSJ de Cantabria (Sala de lo Social), de 18 de enero de 2007, rec. N.º 1149/2006 (AS 2007\1030).

MIERES MIERES distingue tres tipos de barreras: Físicas (un lugar apartado), conductuales (un comportamiento que supone el rechazo a una intromisión) y las barreras basadas en normas sociales (fruto de la autonomía de la voluntad o de origen normativo). Son supuestos que permiten garantizar una esfera de libre desenvolvimiento del individuo más allá de los espacios típicos en que puede gozar de su intimidad (como el domicilio). El empleo de este tipo de barreras genera en el individuo una expectativa razonable de privacidad que conlleva la pretensión de que sea respetada por terceros¹¹⁷³.

En el ámbito laboral, la barrera de reserva es sobre todo normativa. La expectativa de intimidad del trabajador se funda en el uso social según el cual sus pertenencias, así como una parte de las que la empresa le facilita para trabajar, no van a ser examinadas o controladas por un tercero (taquillas, ordenadores, teléfono, etc). Esta regla solo se rompería ante un cambio en las condiciones originales, ante incumplimientos graves del trabajador, o en los casos en los que una norma o un pacto social, individual o colectivo, levantara ese ámbito del espacio “reservado” del trabajador.

Hay que tener en cuenta que en el ámbito laboral, la barrera normativa abarca también a los usos y costumbres, ante la falta de autorización o prohibición expresa. La aceptación o tolerancia de estas prácticas solo puede presumirse respecto de los comportamientos razonables y guiados por la buena fe. El uso moderado y aceptado tácitamente por el empresario, integrado como una práctica normal y lícita en la vida de la empresa, no podría justificar reacciones de control y sanción empresarial¹¹⁷⁴.

Una norma que impusiera el uso exclusivamente profesional de un medio puesto a disposición del trabajador (correo electrónico o Internet) excluye toda expectativa de intimidad en el uso personal de esos dispositivos. La consecuencia de tal regulación es que los controles que lleve a cabo el empresario para verificar el cumplimiento de la norma no estarían sujetos al límite del derecho a la intimidad del trabajador. Por el contrario, si la norma es permisiva del uso personal, o cuando no exista esa prohibición, puede afirmarse una expectativa de privacidad del trabajador que actúa como límite al poder empresarial de acceder a este tipo de dispositivos¹¹⁷⁵.

Se ha planteado si la ausencia de instrucciones específicas sobre el uso personal de los medios tecnológicos de la empresa impide considerar también la expectativa de intimidad. El razonamiento es que si bien cabe un uso tolerado para el uso privado, en el momento que dicho uso se llevara a cabo de un modo abusivo, transgrediendo el principio de la buena fe, la ausencia de normas al respecto no puede interpretarse como un permiso a favor de los trabajadores para utilizarlos a su capricho o conveniencia¹¹⁷⁶.

¹¹⁷³ MIERES MIERES, Luis Javier: “La protección constitucional de los derechos a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones laborales. Una visión desde la jurisprudencia constitucional”. *Revista Vasca de Administración Pública*. N.º 99-100. 2014. Pág. 2095.

¹¹⁷⁴ MONTOYA MELGAR, Alfredo: “Nuevas tecnologías y buena fe contractual (Buenos y malos usos del ordenador en la empresa). *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 5-6. Marzo 2009. Págs. 42-43.

¹¹⁷⁵ MIERES MIERES, Luis Javier: “La protección constitucional de los derechos a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones laborales. Una visión desde la jurisprudencia constitucional”. *Revista Vasca de Administración Pública*. N.º 99-100. 2014. Pág. 2098.

¹¹⁷⁶ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco y THIBAUT ARANDA, Javier: “El uso laboral del ordenador y la buena fe (A propósito de la STS de 26 de septiembre de 2007, rec. 966/2006).

Sin embargo, debido a que la buena fe es una obligación recíproca de ambas partes, el empresario debería dejar claro, para evitar conductas arbitrarias o incluso discriminatorias, que no cabe la expectativa de intimidad ante una regulación clara y precisa, o ante unas instrucciones que permitieran el conocimiento del trabajador de la prohibición de uso particular de los medios de la empresa, así como de su control y vigilancia. La buena fe subjetiva o de creencia es aquella valoración que induce a una parte a pensar erróneamente que actúa legítimamente, por lo que surte el efecto de exonerar la responsabilidad en que el trabajador hubiera incurrido¹¹⁷⁷.

3.2.3.2. Marco jurídico y fundamentación del “acto consentido”.

Existen supuestos en los que la propia prestación laboral exige necesariamente la utilización de medios tecnológicos de la empresa. Entre ellos, algunos son perfectamente compatibles con un uso privado, sobre todo cuando se dispone de ellos fuera del lugar de trabajo. Hoy día, la normalidad en el uso de ordenadores portátiles, agendas *PDA*, teléfonos móviles y *smartphones*, dispositivos *USB* o *tablets*, permiten acceder a través de los servidores o de la red inalámbrica de la empresa al correo electrónico, tanto personal como profesional, a navegar por Internet, a intervenir en conversaciones de *chats*, foros, redes *p2p* o redes sociales.

El problema radica en que si bien existe un marco jurídico, constituido de un lado por los derechos del trabajador, ya sea en el ámbito de los derechos fundamentales, o de los derechos laborales, este marco no es suficiente para determinar una pauta de conducta ordenada y clara, que delimite, tanto el uso de la tecnología por parte de los empleados, como las medidas de vigilancia que legítimamente puede utilizar el empresario. Es decir, nos encontramos con la dificultad de aplicar las normas tradicionales, teniendo que interpretarlas de forma que aporten soluciones jurídicas a los nuevos problemas que plantea el uso de la tecnología.

Pero al mismo tiempo, hoy día, el uso de la tecnología para uso particular se ha generalizado tanto, que es prácticamente imposible no manejar un dispositivo a través del cual, es posible comunicarse o acceder a información, tanto pública como personal, a través de Internet. Es decir, compatibilizar en el trabajo medios y pequeñas micropausas para el uso de estos dispositivos, no ha de deparar necesariamente un perjuicio a la empresa, una vez garantizado el adecuado cumplimiento de la prestación laboral, verdadero objeto del contrato. Por tanto, en este planteamiento, conviene aclarar algunas cuestiones:

- Si realmente existe un incumplimiento susceptible de exigir responsabilidad al trabajador, por un uso privado y sin menoscabo ni perjuicio alguno a la organización empresarial.

La solución, en estos casos, precisa delimitar qué es lo que se puede y lo que no se puede hacer, en el marco del contrato de trabajo, así como los parámetros en los que coexistan la disponibilidad de los medios, la adecuación a los fines, y la utilización privada

Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica. N^o 6. 2008. Pág. 57.

¹¹⁷⁷ MONTOYA MELGAR, Alfredo: “*La buena fe en el Derecho del Trabajo*”. Ed. Tecnos. Madrid, 2001. Pág. 23.

por el trabajador, en un marco que no desnaturalice la prestación laboral.

- Si a pesar de existir una prohibición expresa, que pudiera en principio anular cualquier expectativa de privacidad, la pasividad o tolerancia clara del empresario crea un clima de confianza en el que los trabajadores hacen uso personal normal y público de los medios telemáticos de la empresa.

Todo ello puede llevar a situaciones en las que el trabajador utilice de forma normal y racional los medios de la empresa para temas personales, aprovechando incluso otros elementos como la impresora o la línea telefónica de la empresa para llevar a cabo una conducta privada. En la medida en que se haya creado un clima de confianza generalizado, a pesar de la prohibición, el empresario debería comunicar o actualizar cualquier cambio de criterio, antes de imponer cualquier medida sancionadora. Sería un acto de mala fe ir contra los propios actos en el comportamiento empresarial en el que una actitud de permisividad sucediera de modo imprevisto a otra sancionadora¹¹⁷⁸.

- En qué medida se puede valorar un uso normal y racional de los medios telemáticos, que no produzca un daño a la empresa.

La impresión de documentos electrónicos no relacionados con la actividad profesional, el uso excesivo del *e-mail* profesional para asuntos personales o la utilización de recursos profesionales para actuar en redes sociales son algunos usos que necesitan de una valoración para determinar si su empleo constituye una conducta excesiva o contraria a los intereses de la empresa¹¹⁷⁹. Junto a ello, existen otros daños “*colaterales*” derivados de ese uso indebido, y que repercuten en la pérdida de calidad de la red de comunicaciones, la recepción y difusión de virus informáticos en la empresa, la filtración de informaciones que integran el patrimonio empresarial a terceros, las prácticas de hostigamiento o acoso sexual a otros compañeros de trabajo o la comisión de delitos contra la propiedad intelectual o industrial.

- Hasta donde puede el empresario vigilar y controlar al trabajador, para detectar la gravedad de un supuesto incumplimiento o práctica irregular en el marco del uso de la tecnología.

Las tecnologías de la comunicación poseen una nueva capacidad, que es la de conservar todas y cada una de las huellas que el trabajador ha dejado durante su utilización. Es la denominada “*cibervigilancia*”, a fin de evitar que los trabajadores hagan un uso abusivo o inapropiado de los instrumentos de comunicación laborales. Existen medios que permiten rastrear, no solo los equipos, sino cualquier movimiento del trabajador en la red, e incluso en su teclado¹¹⁸⁰.

Pero el control concreto y proporcionado en cada caso, no se establece en una

¹¹⁷⁸ MONTOYA MELGAR, Alfredo: “*La buena fe en el Derecho del Trabajo*”. Ed. Tecnos. Madrid, 2001. Pág. 85.

¹¹⁷⁹ INSA MERIDA, Fredesvinda: “La prueba electrónica en el entorno laboral”. *El Laboralista*. Febrero 2011. Disponible en <http://www.elaboralista.com/articulo/la-prueba-electronica-en-el-entorno-laboral>

¹¹⁸⁰ THIBAUT ARANDA, Javier: *Relaciones laborales e Internet*, en GARCÍA MEXÍA, Pablo (Coord.): “*Principios de Derecho en Internet*”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2005. Pág. 567.

norma de rango legal o de desarrollo, a salvo de los pactos individuales o colectivos, o el propio desarrollo del poder de dirección. Sin embargo, entre las fuentes de la relación laboral, el art. 3.1 ET contempla los usos y costumbres locales y profesionales, relegados en el orden de aplicación de fuentes a la falta de disposiciones legales, convencionales o contractuales, [art. 3.1.b) del ET] pero que pueden alcanzar una mayor concreción que los propios convenios colectivos o acuerdos contractuales, al basarse en pautas de comportamiento admitidas o no permitidas por la empresa, de modo que al menos, crean un precedente en el que cabe inferir, de forma expresa o tácita, la voluntad de la empresa.

Por ello, cabe presumir que cuando la utilización de los equipos se lleve a cabo de buena fe y de acuerdo a los usos y costumbres observados en la empresa, estamos ante una verdadera fuente de la relación laboral¹¹⁸¹.

La falta de regulación específica, tanto por Ley, convenio o pacto individual o colectivo del uso de los recursos tecnológicos de la empresa por parte del trabajador, puede constituir un uso reiterado, más que una costumbre, en el concepto jurídico del término. Si la reiteración de un hecho es consentido, en cuanto no prohibido, delimitando un marco adecuado para ello, cabe apreciar una actitud permisiva hacia los dispositivos tecnológicos, sean de la empresa, o particulares.

Es lo que podríamos llamar el “*uso consentido*” por parte de la empresa que permitiría una amplia eficacia de los derechos relacionados con la intimidad del trabajador, y que enmarcados en el respeto al principio de buena fe de las partes, así como sin perjuicio del cumplimiento de la prestación laboral por el trabajador, crearía un espacio en el que éste podría hacer un uso racional y privado de tales medios, de forma que la reacción injustificada contra tal uso por parte de la empresa afectaría directamente a este derecho del empleado, e incluso a otros derechos.

En este sentido, hay que tener en cuenta que el control y las medidas disciplinarias deben ser aplicadas bajo los principios de igualdad, proporcionalidad y progresividad. Pero en determinadas ocasiones la práctica empresarial es distinta. En algunos casos, se sancionan solo determinados incumplimientos según la gravedad que se considere subjetivamente en cada momento, y dependiendo de quién lleve a cabo la valoración. En otros casos, incluso no se aplica con el mismo rigor a todos los trabajadores y, en otros, incluso se utiliza el incumplimiento para justificar una decisión que tiene su origen en otra infracción disciplinaria preexistente, cuando no arbitraria¹¹⁸².

Tampoco hay que llevar este argumento al otro extremo, cual es la eficacia absoluta de los derechos fundamentales (intimidad y secreto de las comunicaciones), por el hecho que la empresa consienta la racional utilización de estos instrumentos, dentro del presupuesto del cumplimiento de la prestación laboral. El hecho de que pueda existir un margen de tolerancia en el uso extralaboral de los medios tecnológicos puestos a

¹¹⁸¹ MONTOYA MELGAR, Alfredo: “Nuevas tecnologías y buena fe contractual (Buenos y malos usos del ordenador en la empresa). *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N ° 5-6. Marzo 2009. Pág. 43.

¹¹⁸² AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón: “¿Cómo prevenir conductas abusivas y delitos tecnológicos en la empresa? Estudio interdisciplinar sobre políticas de uso de las TIC, prevención y gestión de conflictos en una muestra de empresas españolas”. *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). Junio 2013. Pág. 15. Disponible en: <http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n16-agustina>

disposición del trabajador, no altera la naturaleza de estos instrumentos, que siguen siendo estrictamente de trabajo¹¹⁸³.

Es decir, no son un espacio reservado para la intimidad del trabajador, como puedan ser los medios habilitados por la empresa para ello, como las taquillas o los vestuarios, sino que tienen una finalidad empresarial. Pero la tolerancia empresarial crea un “*uso de empresa*” que más allá de lo puramente interpretativo, se inserta en el sinalagma de la relación laboral. La consecuencia que provoca consiste en que no se puede dejar sin efecto esa autolimitación empresarial si no existe una advertencia previa¹¹⁸⁴.

Llevado este argumento a la práctica, un empresario que permitiera un uso generalizado y consentido de los medios tecnológicos, no podría individualizar una medida prohibitiva en un sólo trabajador, pues podría incluso determinar la existencia de un indicio de discriminación, o de desigualdad de trato en relación al resto de trabajadores de la empresa¹¹⁸⁵. Es decir, si la empresa permite, por ejemplo, el acceso indiscriminado a Internet o el libre uso del correo electrónico o teléfono de empresa por el trabajador, a través de un uso consentido, que no tiene por qué incluir una actitud positiva o activa, sino que podría derivar de la mera ausencia de voluntad para disponer sobre dicho uso, siempre y cuando no haya incumplimiento directo de otra norma o pauta de conducta, no podría adoptar ninguna medida restrictiva individual a dicha conducta, ni prohibitiva, ni siquiera restrictiva o de estricta vigilancia que vaya más allá de asegurar el correcto desenvolvimiento de la actividad laboral¹¹⁸⁶.

Otros factores que, unidos a los anteriores en el marco de un uso consentido, pueden legitimar la utilización privada de medios propiedad de la empresa, derivan del “*uso inocuo*”, en el sentido de que no provoque perjuicio o coste alguno, ni siquiera en el ambiente laboral (como podría ser el envío de mensajes obscenos o insultantes a los compañeros de trabajo¹¹⁸⁷).

Ello supondría además, que el trabajador no podría ser sancionado a no ser que existieran otros elementos de juicio que implicasen otro incumplimiento, así como que tampoco servirían las pruebas aportadas, a fin de fundamentar un incumplimiento, que siempre ha sido “*consentido*”, por más que los contenidos “*privados*” derivados de ese uso, puedan herir la sensibilidad de quien los valora, parecer inmorales o simplemente, inadecuados a la finalidad del trabajo.

Por otra parte, la otra vía para establecer unas pautas de conducta para limitar,

¹¹⁸³ SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y SAN MARTIN MAZZUCCONI, Carolina: “¿Puede la empresa controlar el ordenador usado por su trabajador?”. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* (edición digital) N.º 21/2007. BIB 2007\1868. Pág. 8.

¹¹⁸⁴ RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio: “*Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*”. Consejo Económico y Social del Principado de Asturias. Oviedo. 2009. Pág. 66.

¹¹⁸⁵ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 27 de junio de 2007, rec. N.º 2233/2007 (AS 2007\3037).

¹¹⁸⁶ STSJ de Extremadura (Sala de lo Social), de 25 de febrero de 2003, rec. N.º 70/2003 (Ar. JUR 2003\157694).

¹¹⁸⁷ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 5 de julio de 2000, rec. N.º 1718/2000 (AS 2000\3452).

restringir o incluso permitir el uso racional y adecuado de los medios puestos a disposición por el empleador, sería la vía del poder de dirección del empresario, en los términos previstos en el art. 20.3 ET.

A diferencia de las anteriores vías, caracterizadas por un acuerdo expreso (convenios colectivos, pactos individuales o colectivos) o tácito (permitir un uso consentido de tales medios para fines privados, no prohibiendo o restringiendo tal uso), en el caso del poder de dirección, el establecimiento de estas pautas es unilateral.

El empresario está legitimado para adoptar las medidas que estime convenientes para ejercer la dirección y organización del trabajo y, por supuesto, para dar las órdenes e instrucciones pertinentes sobre como realizar la actividad laboral y, por ende, como utilizar los medios empresariales puestos a disposición del trabajador para la consecución de un fin que no es otro, que la prestación laboral.

A través de esta vía, y siempre con el debido respeto a los derechos de los trabajadores, así como a las disposiciones de aplicación (Leyes y reglamentos, convenios colectivos y pactos individuales) y principios inspiradores positivizados en la norma laboral, como el principio de la buena fe, el empresario puede regular la utilización de sus propios medios para fines privados, estableciendo las pautas de utilización que mejor se adapten, tanto a las necesidades laborales, como a los propios trabajadores en cuanto a las necesidades extralaborales, que puedan tener.

Incluso, cabe imponer una prohibición absoluta a cualquier uso de los recursos de la empresa para todo asunto no relacionado con el trabajo, en virtud de su legitimidad para organizar la actividad laboral. Ahora bien, de la misma forma que en el caso anterior, si a pesar de la prohibición, se consiente con carácter generalizado esta conducta en toda la empresa, no advirtiéndose o exigiéndose responsabilidad por ello a ningún trabajador, nos volvemos a encontrar con el “*uso consentido*” que podría generar de nuevo, una expectativa de privacidad en el uso de estos medios.

3.2.3.3. El reflejo del “*acto consentido*” y de la “*expectativa de privacidad*” en la jurisprudencia.

Existen pronunciamientos que, aún sin hablar explícitamente del “*acto consentido*” o “*expectativa de intimidad*”, aplican esta teoría salvaguardando el alcance natural y proporcional de los derechos fundamentales. En este caso, la consecuencia es la nulidad de los actos del empresario relativos al control, vigilancia y sanción por extralimitarse en el ejercicio del poder de dirección, siempre y cuando no exista una justificación para ello. Es claro que a partir de la utilización de medios informáticos y de la navegación en Internet, es posible obtener informaciones relacionadas con la intimidad del trabajador¹¹⁸⁸.

En general, los Tribunales han venido a reconocer la existencia de un hábito social de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores. Esta tolerancia crea una expectativa de confidencialidad en esos usos; expectativa que no puede ser desconocida, aunque tampoco convertirse en un impedimento permanente del control empresarial.

¹¹⁸⁸ MARTÍNEZ FONS, Daniel: “El control de la correspondencia electrónica personal en el lugar de trabajo”. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 9. 2003. Pág. 51.

Aunque el trabajador tiene derecho al respeto a su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por ésta para su uso y al margen de los controles previstos para esa utilización y para garantizar la permanencia del servicio. Por ello, lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios -con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- e informar a los trabajadores del control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones.

De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse la vulneración de “*una expectativa razonable de intimidad*” en los términos que establecen las sentencias del TEDH de 25 de junio de 1997 (caso *Halford*) y 3 de abril de 2007 (caso *Copland*) para valorar la existencia de una lesión del art. 8 CEDH¹¹⁸⁹.

El control de la prestación del trabajo es algo que ya de por sí, es consustancial al contrato de trabajo. Por tanto, la vigilancia dirigida al cumplimiento por el trabajador de su jornada de trabajo, horario y dedicación, así como al rendimiento, es algo que legítimamente el empresario puede controlar. Ahora bien, el uso adecuado o inadecuado de estos medios, supone un control que se dirige a una supervisión aislada y personal del correcto cumplimiento por parte del trabajador del manejo y finalidad para la que se ponen a su disposición tales medios. Es decir, puede ser compatible el cumplimiento de la prestación laboral, con un uso indebido o privado de tales medios.

Es lógico pensar, por tanto, que este último control, puede exceder del poder de dirección, si no hay unas pautas concretas de comportamiento, además de ser un control más invasivo e incisivo de la intimidad personal¹¹⁹⁰.

De esta forma se ha declarado que la empresa no podía recoger información del ordenador de la trabajadora, cuando no constaba advertencia previa alguna sobre el uso y control del ordenador, vulnerando tal medida el derecho a la intimidad, cuando dicho uso se entendió moderado¹¹⁹¹. Tampoco cuando no constaba protocolo alguno en la empresa sobre el uso del ordenador, ni instrucción ni advertencia alguna¹¹⁹².

También se ha reiterado la necesidad de un derecho de información previo al trabajador sobre las medidas de control, de forma que salvo justificación, éste no puede ser oculto. Por ello, el hecho de modificar la configuración del ordenador, introduciendo

¹¹⁸⁹ STS (Sala de lo Social), de 26 de septiembre de 2007, rec. N.º 966/2006 (Normacef, NSJ024334).

¹¹⁹⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago: “La informática en el seno de la empresa. Poderes del empresario y condiciones de trabajo”, en ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón y ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo, (Coords.): “*Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo*”. Ed. Bomarzo. Albacete. 2004. Págs 38 y ss.

¹¹⁹¹ STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 6 de noviembre de 2008, rec. N.º 4148/2008 (AS/2009/195).

¹¹⁹² STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 3 de junio de 2008, rec. N.º 2818/2008 (AS/2008/1609).

un programa de gestión remota para motorizar las conexiones y las páginas de Internet visitadas por el trabajador, se revela como una medida de control injustificada y desproporcionada, contraria a la dignidad e intimidad del trabajador¹¹⁹³.

Sin embargo, si el medio se utiliza para usos privados en contra de las prohibiciones previamente establecidas y, con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado una expectativa razonable de intimidad¹¹⁹⁴.

Estos argumentos confluyen en la STS, Sala de lo Social, de 8 de marzo de 2011, rec. N.º 1826/2010¹¹⁹⁵, dictada a raíz de la impugnación de un despido por el uso indebido del ordenador puesto a disposición del trabajador. En su FJ 4.º, se vienen a establecer los siguientes hechos, argumentos y por último, la vulneración del derecho a la intimidad del trabajador en los siguientes términos:

- Prueba ilícita, sin comunicación al trabajador o los representantes: La prueba fue obtenida por la empresa a partir de una auditoría interna en las redes de información con el objetivo de revisar la seguridad del sistema y detectar posibles anomalías en la utilización de los medios informáticos puestos a disposición de los empleados. Ello supone una actuación contraria a la buena fe, al no establecer ningún tipo de reglas, ni facilitar información alguna.
- Finalidad ilícita y falta de legitimidad en el acceso al correo personal de los trabajadores: A diferencia del supuesto resuelto en la STS de 26 de septiembre de 2007, en el que la empresa accedió a un concreto ordenador asignado a un trabajador y a su correo personal, en este caso la auditoría se dirigió a averiguar la utilización por parte de todos los empleados de la empresa de los ordenadores de la misma, accediéndose por tanto, a todas las páginas visitadas en Internet.
- Acceso indebido a información de carácter personal y vulneración del derecho a la intimidad del trabajador: En lugar de obtener datos externos sobre el tiempo y las direcciones visitadas, el control se centró en acceder al dominio y contenido de las páginas, accediendo incluso al correo personal.

En definitiva, la necesidad de una regulación en el uso de herramientas tecnológicas se ha puesto de manifiesto en algunos pronunciamientos judiciales, en los que se aprecia una tendencia a interpretar la ausencia de normas o limitaciones expresas respecto del uso de los medios informáticos a favor del trabajador, permitiendo un mayor margen de tolerancia del uso extralaboral de estas herramientas, ya que contribuyen a generar expectativas de intimidad en su utilización¹¹⁹⁶.

¹¹⁹³ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 15 de enero de 2010, rec. N.º 4921/2009 (AS/2010/980).

¹¹⁹⁴ STSJ de Castilla y León/Burgos (Sala de lo Social), de 11 de junio de 2009, rec. N.º 311/2009 (Normacef, NSJ028653).

¹¹⁹⁵ Id Cendoj: 28079140012011100178

¹¹⁹⁶ Además de las ya citadas, SSTSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 16 de julio de 2002, rec. N.º 2281/2002 (AS 2002/3036); de 22 de noviembre de 2002, rec. N.º 3806/2002 (AS 2003/1207); País Vasco (Sala de lo Social), de 21 de diciembre de 2005, rec. N.º 2609/2004 (AS 2004/3242) y Cantabria

Según MARTÍNEZ FONS, la práctica o política empresarial que crea una expectativa que no se ha generado por quien determina el destino del medio, constituye un elemento fundamental a los efectos de establecer las facultades que sobre el ordenador tenga el trabajador sobre ese espacio¹¹⁹⁷.

Por el contrario, si estas limitaciones existen, su quebrantamiento constituye una conducta desobediente sancionable, o en palabras de FERNÁNDEZ VILLAZÓN, “*el margen de tolerancia de uso personal de instrumentos de trabajo sólo es admisible si el empresario no ha dado instrucciones claras para que se utilice exclusivamente en tareas laborales o directamente ha prohibido su uso extralaboral*”¹¹⁹⁸, salvo, claro está, que la empresa hubiera venido tolerando este tipo de incumplimientos, o que no se sancione a otros trabajadores por similar conducta¹¹⁹⁹. En aquellos casos en los que la empresa, al margen de las instrucciones emitidas, ha venido mostrando cierta tolerancia hacia el uso indebido de las herramientas informáticas (bien no concediéndole trascendencia, o sólo descontando del salario el coste de las conexiones a Internet), no puede sin más cambiar de actitud y perseguir tales conductas, sino que ha de advertir de esta intención, por razones de evidente buena fe¹²⁰⁰.

3.2.3.4. La necesidad de un protocolo regulador de las condiciones de uso de los medios puestos a disposición del trabajador.

Para poder encauzar todas las irregularidades que se cometen internamente en las empresas por los trabajadores con el uso y abuso de los medios digitales, es por tanto recomendable que las empresas dispongan de un protocolo informático que indique claramente el fin de dichos dispositivos y el uso que se le deba dar a los mismos detallando, si fuera el caso, si permiten un cierto y razonable uso social de los mismos.

Podríamos definir el protocolo informático como un código de conducta empresarial que establece por escrito las normas y recomendaciones que regulan e informan a los trabajadores o a un grupo de trabajadores de la empresa de sus derechos y obligaciones en el uso que hagan de los medios ya sean informáticos o técnicos que el empresario pone a disposición del trabajador para el buen desarrollo de su actividad laboral, además del control que el empresario realizará de su uso¹²⁰¹.

(Sala de lo Social), de 1 de diciembre de 2005, rec. N.º 811/2005 (AS 2006/88).

¹¹⁹⁷ MARTÍNEZ FONS, Daniel: “El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa”, en DEL REY GUANTER, Salvador, Dir. y LUQUE PARRA, Manuel (Coord.): “*Relaciones laborales y nuevas tecnologías*”. Ed. La Ley. Madrid. 2005. Pág. 207.

¹¹⁹⁸ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio: “*Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*”. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2003. Pág. 93.

¹¹⁹⁹ STSJ de Canarias/Las Palmas (Sala de lo Social), de 24 de septiembre de 2004, rec. N.º 484/2004 (Ar. JUR 2004\286692).

¹²⁰⁰ SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y SAN MARTIN MAZZUCCONI, Carolina: “¿Puede la empresa controlar el ordenador usado por su trabajador?”. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* (edición digital) N.º 21/2007. BIB 2007\1868. Pág. 9.

¹²⁰¹ INSA MÉRIDA, Fredesvinda: “La empresa y su regulación del uso de los dispositivos electrónicos: Protocolo informático”. *El Laboralista*. Abril 2011. Pág. 1. Disponible en: <http://www.elaboralista.com/articulo/la-empresa-y-su-regulacion-del-uso-de-los-dispositivos-electronicos-protocolo-informatico/>

Se trata de una herramienta que manifiesta el poder que el ordenamiento jurídico le reconoce al empresario para establecer órdenes e instrucciones a sus trabajadores, controlando y vigilando la actividad laboral. A través de este protocolo, el empresario dispone de su legítimo derecho para restringir el uso de su infraestructura tecnológica a fines únicamente profesionales, haciéndolo público, de acuerdo a las exigencias de la buena fe.

Ello facilita además el control transparente que justifica una actuación prevista y proporcionada, en la mayoría de los casos, causal, ante un uso abusivo de dichos dispositivos electrónicos. Permite además, obtener una prueba lícita y objetiva, asegurando el medio y llevando a cabo un análisis con todas las garantías, obtenida bajo la cobertura del conocimiento del trabajador¹²⁰².

Además, el empresario puede detallar en el protocolo los límites y los criterios de utilización para prevenir el uso inadecuado de los elementos informáticos de la empresa, así como concretar cuáles serán sus criterios básicos para llevar a cabo el control de la buena utilización de dichas herramientas. También puede establecer las consecuencias, de acuerdo a las medidas disciplinarias previstas en caso de infracción de las directrices.

Este protocolo debe ser concreto y objetivo, para no generar dudas en caso de conflicto. Deberá partir de los elementos informáticos que dispone la empresa, así como de los medios puestos a disposición de los trabajadores para el buen desarrollo de su actividad laboral. Cabe determinar la utilización correcta de estos medios electrónicos propiedad de la empresa, estableciendo cuál es su uso correcto y adecuado.

En concreto, una propuesta de protocolo que imprima seguridad y equilibrio, tanto a empresas, como a los trabajadores y sus representantes, debería contener una información que contenga:

- Una evaluación de los distintos tipos de daños que se pueden ocasionar a la empresa a través de los sistemas informáticos, así como la repercusión que ello puede tener en la imagen corporativa, impacto económico, las relaciones sociales entre los distintos trabajadores o sobre la productividad.
- La delimitación más exacta posible de lo que está permitido y está prohibido, a fin de dotar de seguridad jurídica a los actos y consecuencias derivados de la utilización de los medios informáticos.
- Los medios de control y supervisión, proporcionales al riesgo, justificando aquellos que puedan suponer una intromisión en los derechos de los trabajadores, especificando su alcance.
- La información sobre los distintos incidentes producidos, así como de sus consecuencias.

¹²⁰² INSA MÉRIDA, Fredesvinda: “La prueba electrónica en el entorno laboral”. *El Laboralista*. Febrero 2011. Pág. 2. Disponible en: <http://www.elaboralista.com/articulo/la-prueba-electronica-en-el-entorno-laboral>

- Los procedimientos de defensa de los trabajadores, permitiendo la justificación de sus conductas.
- El contacto con los trabajadores y sus representantes, dotando de confianza y transparencia a las políticas de control adoptadas.

Además, puede servir también para canalizar las comunicaciones sindicales por medios informáticos, actualizándolos y regulándolos. Los sindicatos tienen el derecho de transmitir la información que estimen pertinente a sus afiliados y simpatizantes. Los trabajadores que están afiliados a un sindicato pueden distribuir información sindical, fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal en la empresa [art. 8.1.a) *LOLS*], al igual que lo tienen los delegados de personal y miembros del comité de empresa [art. 68.d) *ET*]. Ese derecho se puede procedimentalizar a través del pacto empresarial por el que el sindicato o el órgano unitario de representación de los trabajadores, remite por correo electrónico, al servidor de la empresa, la información a transmitir a los trabajadores¹²⁰³.

3.3 EL CONTROL EMPRESARIAL SOBRE LOS MEDIOS TECNOLÓGICOS.

3.3.1 Argumentos que sustentan el control empresarial sobre los medios tecnológicos y finalidad del control.

Con carácter general, la existencia de prohibición expresa de utilización de los equipos informáticos para uso personal excluye cualquier tipo de expectativa de intimidad y legítima, por tanto, la práctica de controles empresariales en el ejercicio de sus funciones de vigilancia.

En cambio, la autorización de uso limitado y no abusivo de tales medios por el trabajador, así como la tolerancia, dificulta el control y acceso a zonas reservadas y protegidas por el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones. Ello no quiere decir que no pueda haber actuaciones de control empresarial, pues esta facultad deriva del propio contrato de trabajo. Ahora bien, el control debe ser el adecuado y proporcionado a las circunstancias concurrentes y ejercido de acuerdo al principio de la buena fe.

Las medidas de control se basan fundamentalmente en dos premisas: La protección del patrimonio empresarial, tanto por los medios utilizados, como por la protección de la propiedad industrial, sensible a una utilización indebida y la titularidad, tanto de los medios, como de la contraprestación laboral que el trabajador le debe. Por tanto, las medidas de control no deben ser arbitrarias, sino acordes a una finalidad que las legitime, ya que suponen una intromisión en los derechos del trabajador.

3.3.1.1 La titularidad o propiedad de los medios utilizados por los trabajadores.

Los argumentos que tratarían de fundamentar la legitimidad del control empresarial por la propiedad de los medios tecnológicos son los siguientes:

¹²⁰³ LANZADERA ARENCIBIA, Eugenio: "El uso de medios informáticos de la empresa por los trabajadores y su control por el empresario". *CEFGESTION* (Centro de Estudios Financieros). N.º 45. Mayo 2002. Pág. 72.

- La propiedad del medio de comunicación (teléfono, *smartphone*, *tablet*, ordenador, sistemas de mensajería interna, conexión a Internet) y la titularidad sobre la cuenta de correo electrónico, que habilita al empresario para examinar y controlar sus propios medios, así como el uso adecuado de los mismos por parte del trabajador.

En este sentido, para apuntalar la justificación y legitimidad de un amplio control empresarial, se ha argumentado que el trabajador carece de título jurídico originario que le permita un uso particular del ordenador. Así se deduce del derecho patrimonial a tenor del Código Civil: El trabajador no ostenta ningún derecho de propiedad que le permita “gozar y disponer” para sí del instrumento (art. 348), ni ningún otro título como podría ser el arrendamiento de cosa (art. 1543) o el comodato (art. 1740). Tampoco tiene el trabajador un derecho de posesión que le permita el aprovechamiento personal del citado ordenador (art. 430). Por el contrario, es el empresario quien tiene esos posibles títulos jurídicos —normalmente, el de propiedad—, que le legitiman para que el ordenador del que es dueño se utilice por los trabajadores exclusivamente para satisfacer el interés empresarial¹²⁰⁴.

- El coste que supone para el empresario no sólo el funcionamiento del sistema, como las conexiones a Internet, sino el derivado de la disminución del rendimiento del trabajador a raíz del incumplimiento de su jornada o de la prestación laboral, cuando el tiempo empleado supone una dedicación ajena a la contraprestación laboral y destinada a asuntos particulares o privados.

Siendo el titular de la empresa el pagador de los gastos inherentes al uso de Internet y del correo electrónico, no se le puede exigir que asuma la utilización del mismo para fines personales del asalariado o no relacionados directamente con la producción o la prestación del servicio de que se trate: Habría un enriquecimiento injusto, cuando no, en determinados casos, un abuso de derecho o una deslealtad contractual.

Así, resulta evidente que los indicados costos y cargas pueden ser muy variables, tanto en función de si se es receptor o emisor del *e-mail*, como del tipo de conexión electrónica utilizado en la empresa.

- El empresario, como propietario de los medios que emiten y reciben los mensajes, debe ser el titular último de la comunicación. Sin embargo, esta posición no es válida ya que el titular del derecho al secreto de las comunicaciones es el sujeto que efectúa la comunicación, o sea el trabajador, y no el propietario del medio desde el que se realiza, que es el empresario.

Es necesario considerar que los mensajes electrónicos pueden ser enviados a través de la red empresarial hacia redes externas y viceversa, desapareciendo la línea que separa lo que ocurre dentro y fuera de la intranet de la empresa. A partir de una conexión a Internet, las comunicaciones del trabajador pasan a transitar por la red pública y ya no privada del trabajador, lo que se une al hecho de que la información pasa por distintos servidores que a su vez, no tienen por qué ser propiedad de la empresa y, por

¹²⁰⁴ MONTROYA MELGAR, Alfredo: “Nuevas tecnologías y buena fe contractual (Buenos y malos usos del ordenador en la empresa). *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 5-6. Marzo 2009. Pág. 39.

tanto, pueden estar sometidos a fiscalización externa. Estos hechos se agudizan en los mensajes electrónicos de aplicaciones móviles, como *Whats App*, en terminales incluso propiedad de la empresa, a disposición de los trabajadores.

- El carácter abierto de algunos medios como las redes sociales, que hace que el mensaje, en algunos casos, no pueda quedar protegido.
- El empresario tiene derecho a conocer la utilización privada de un medio que es de su propiedad.

En este sentido, se argumenta que esta legitimidad para entrar a conocer el uso privado se funda en la responsabilidad que sobre el propio medio asume la empresa, que debe comprobar que se ajusta la legalidad y al buen fin para el que se cedió¹²⁰⁵.

Estos argumentos giran en torno a la idea de que si bien los trabajadores tienen derecho a un cierto grado de respeto de la vida privada en el trabajo, este derecho no debe lesionar el derecho del empleador a controlar el funcionamiento de su empresa. El empresario debe protegerse contra una actuación de los trabajadores susceptible de perjudicar sus intereses legítimos, considerando además la responsabilidad del empleador por acciones de sus trabajadores.

El argumento de la propiedad de los medios tecnológicos utilizados por el trabajador, para una finalidad estrictamente profesional, es el punto de partida para justificar las limitaciones a permitir un ámbito de intimidad en el uso de estos recursos. Este argumento debe ser puesto en relación con la “*expectativa de intimidad*”, o la información y convencimiento del trabajador de que la información a través de estos medios le asegura una esfera de privacidad, aunque sean propiedad de la empresa. Se trata de casos en los que el empresario pueda generar un “título sobrevenido”¹²⁰⁶ a favor del trabajador, autorizándole de forma expresa o tácita el uso privado de estas herramientas¹²⁰⁷. De ello, deriva también la posibilidad discrecional de establecer las reglas de ese uso moderado con el fin de evitar perjuicios en el desarrollo de la actividad¹²⁰⁸.

En base a ello, algunas sentencias de los Tribunales españoles han negado el secreto de las comunicaciones derivado de la indebida utilización de estos medios para fines privados, ya que se trataría de un uso indebido e inadecuado de tales medios para fines extralaborales. Este uso indebido permitiría al empleador ejercer un control sobre el

¹²⁰⁵ MANTECA VALDELANDE, Víctor: “Control del empresario sobre el uso del ordenador por los trabajadores: Alcance, contenido y límites”. *Actualidad Jurídica Aranzadi* (edición digital), N.º 749/2008. BIB 2008\456. Pág. 4.

¹²⁰⁶ MONTOYA MELGAR, Alfredo: “Nuevas tecnologías y buena fe contractual (Buenos y malos usos del ordenador en la empresa)”. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 5-6. Marzo 2009. Pág. 39.

¹²⁰⁷ CUENCA ALARCÓN, Miguel: “La recepción de información sindical a través de medios informáticos de la empresa”. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 5-6. Marzo 2009. Pág. 95.

¹²⁰⁸ APARICIO ALDANA, Rebeca Karina: “*Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones jurídico-laborales*”. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2016. Pág. 95.

uso de tales medios de su propiedad, así como sobre la prestación laboral debida por el trabajador¹²⁰⁹. Sin embargo, en otros casos, se ha considerado que el correo electrónico es un mecanismo que permite transmitir información de toda índole, también personal, y en consecuencia debe quedar protegido por el art. 18.3 CE¹²¹⁰.

3.3.1.2 Cumplimiento “normal” de las obligaciones laborales y detección de abusos e ilícitos graves intencionados contra el patrimonio e intereses de la empresa.

Cabe distinguir dos tipos de control, donde caben unas medidas más o menos intensas dependiendo del bien jurídico que se quiere proteger: El control general y legítimo para verificar el cumplimiento de la prestación laboral y, por otro lado, el control tendente a verificar las sospechas que confirmen un ilícito grave, como la apropiación indebida de información, competencia con la actividad empresarial, manipulación de datos, etc. Mientras el control ordinario y habitual, considerado normal, no debe ser agresivo en relación a los derechos del trabajador, el control fiscalizador de un incumplimiento concreto, siempre que esté justificado y sea proporcional al riesgo que se quiere evitar, puede ser más intenso e incluso, clandestino o secreto, constituyendo una intromisión en los derechos del trabajador, que sin embargo, puede ser legítima¹²¹¹.

El empresario está legitimado para la vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones laborales, en el sentido de comprobar que el trabajador cumple con el objeto del contrato, según las órdenes e instrucciones facilitadas. Estas medidas de control, que podríamos llamar “ordinarias”, tendrán la intensidad y alcance que se corresponda con la naturaleza de la actividad, de forma que superen el principio de proporcionalidad y sean adecuadas a una finalidad exclusivamente laboral, en el desempeño del trabajo.

Estas medidas ordinarias no debieran afectar a los derechos fundamentales del trabajador, pues siendo proporcionales, justificadas y conocidas con carácter general por la plantilla, incluso por los representantes de los trabajadores, no deben implicar intromisiones, inspecciones o registros ocultos que afecten a la intimidad o privacidad del individuo. Pero si concurriera un motivo adicional para su implementación, como pueda ser la seguridad, estas medidas fácilmente superarán el principio de proporcionalidad. Así, la advertencia empresarial de registrar llamadas, comunicaciones electrónicas o visitas en Internet, tiene el único objeto de comprobar el uso adecuado de estas herramientas, sobre todo si hay una prohibición previa.

¹²⁰⁹ SSTSJ de Castilla y León/Burgos (Sala de lo Social), de 10 de mayo de 2006, rec. N.º 1249/2005 (AS 2007\682) y de Cataluña (Sala de lo Social), de 4 de noviembre de 2004, rec. N.º 3603/2004 (JUR 2005\16535); de 6 de junio de 2003, rec. N.º 5425/2001 (AS 2003\2272); y de 5 de julio de 2000, rec. N.º 2000 (AS 2000\3452).

¹²¹⁰ SSTSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 9 de junio de 2010, rec. N.º 1253/2010 (JUR 2010\313027) y de 28 de diciembre de 2008, rec. N.º 4472/2007 (JUR 2008\147772); Cataluña (Sala de lo Social), de 11 de junio de 2003, rec. N.º 8186/2002 (AS 2003\2516); Andalucía/Sevilla (Sala de lo Social), de 9 de mayo de 2003, rec. N.º 591/2003 (AS 2003\2840); Galicia (Sala de lo Social), de 4 de octubre de 2001, rec. N.º 4168/2001 (AS 2001\3366) y de Extremadura (Sala de lo Social), de 3 de abril de 2000, rec. N.º 155/2000 (AS 2000\2317).

¹²¹¹ FABREGAT MONFORT, Gemma: “El control empresarial de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías: Algunas ideas claves”. *Trabajo y Derecho*. N.º 5. Mayo 2015. Pág. 79.

La finalidad de la medida de control ordinaria, además, debe perseguir en última instancia el cumplimiento de la prestación laboral. La utilización de Internet desde los ordenadores de la empresa, o incluso desde teléfonos móviles u otros dispositivos, no suele suponer un coste directo excesivo para la empresa. Normalmente, al tener cubiertos los costes fijos a través de una tarifa plana, es más relevante, a estos efectos, el coste por las horas perdidas para la empresa, no sólo del trabajador, sino de toda la actividad productiva. En este caso, es irrelevante la información interceptada, pues lo importante es garantizar el cumplimiento de la jornada de trabajo.

En esta línea, cabría incluir en el control ordinario, intromisiones especialmente agresivas, pero justificadas, por ejemplo, sobre las comunicaciones. Ello cabe cuando existe un interés empresarial en la interceptación de las comunicaciones, como por ejemplo, para verificar una transacción comercial, realizada por los distintos medios de comunicación de la empresa y llevada a cabo por el propio trabajador. Así, la Directiva 97/66/CE, de 17 de diciembre, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad del sector de las telecomunicaciones, en su art. 5.2, permite la grabación de las comunicaciones en el marco de una práctica comercial lícita destinada a aportar pruebas de una transacción o de cualquier otra comunicación comercial.

En todos estos casos, la negociación colectiva, los acuerdos bilaterales entre empresa y trabajador, o bien las instrucciones empresariales pueden establecer el alcance del control, así como establecer en qué medida se aplicará la teoría gradualista para exigir una responsabilidad disciplinaria, ante una supuesta falta.

Distinto es el control empresarial “*extraordinario*” o “*fiscalizador*”. En este caso, la razón de la vigilancia no es el cumplimiento o no de la prestación laboral, sino la protección del patrimonio, intereses o derechos de la empresa, contra su apropiación indebida, lesión o daño a terceros. Ello justifica la exigencia de responsabilidad al trabajador por actos ilícitos, siendo necesario una vigilancia empresarial justificada en proporción al riesgo o, en su caso, a las sospechas sobre estos actos indebidos.

En este tipo de medidas, contra incumplimientos graves y en defensa de los intereses o de la propiedad de la empresa o de terceros, se ha aplicado la analogía respecto al art. 18 ET, afirmando que este precepto autoriza la realización de registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo; debiéndose en su realización respetar al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y debiéndose contar con la presencia de algún representante legal de los trabajadores.

Dicha aplicación analógica implicaría el registro del ordenador que utiliza el trabajador, asimilándolo a la taquilla, como lugar que encontrándose en el centro de trabajo permite el almacenamiento de objetos o datos personales, por lo que también serían aplicables los límites que establece el art. 18 ET: Que ello sea necesario para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, que tal registro se lleve a cabo en el centro de trabajo y en horas de trabajo, debiéndose respetar al máximo la dignidad e intimidad del trabajador, con la necesaria presencia de un representante de los trabajadores.

Así, en algún caso se ha equiparado el control del correo electrónico al control de

las taquillas, en cuanto se trata de instrumentos de trabajo propiedad de la empresa y que no pueden ser utilizados para fines distintos a la actividad laboral. Para que el resultado de tal control se pudiera aportar como medio de prueba y surtir plenos efectos de validez, se exigía una causa legítima, una respuesta proporcionada al riesgo o sospecha, el máximo respeto a la intimidad personal y la garantía de la presencia del trabajador o representante¹²¹².

No obstante, el TS¹²¹³ acabó con esta aplicación analógica interpretando que el registro del ordenador en ningún caso es asimilable al de la taquilla: “*El supuesto de hecho de la norma es completamente distinto del que se produce con el control de los medios informáticos en el trabajo*”. Las razones que expone el TS diferencian ambos supuestos:

El art. 18 ET atribuye al empresario un control que excede del que deriva de su posición en el contrato de trabajo y que, por tanto, queda fuera del marco del art. 20 ET. En los registros en las taquillas, el empresario actúa de forma exorbitante y excepcional, fuera del marco contractual de las facultades que le confiere el poder de dirección y, en realidad, desempeña -no sin problemas de cobertura- una función de “*policía privada*” o de “*policía empresarial*” que la Ley vincula a la defensa de su patrimonio o del patrimonio de otros trabajadores de la empresa. Tanto la persona del trabajador, como sus efectos personales y la 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 art. 20 ET.

Por el contrario, las medidas de control sobre los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores se encuentran dentro del ámbito normal del poder de dirección: El ordenador es un instrumento de producción del que es titular el empresario “*como propietario o por otro título*” y éste tiene, por tanto, facultades de control de la utilización, que incluyen lógicamente su examen. Por otra parte, al ejecutarse con el ordenador la prestación de trabajo, el empresario puede verificar en él su correcto cumplimiento, lo que no sucede en los supuestos del art. 18 ET, pues incluso respecto a la taquilla, que es un bien mueble del empresario, hay una cesión de uso a favor del trabajador que delimita una utilización por éste que, aunque vinculada causalmente al contrato de trabajo, queda al margen de su ejecución y de los poderes empresariales del art. 20 ET para entrar dentro de la esfera personal del trabajador.

En conclusión, cuando el art. 18 ET establece los límites y pautas de prudencia, lo que está permitiendo es el registro de “*efectos personales*” de los trabajadores, y de taquillas cuyo objeto es justamente albergar elementos que pertenecen al ámbito privado de los empleados. Por el contrario, la cuenta de correo electrónico o el ordenador de la empresa son instrumentos de trabajo y su finalidad no es contener mensajes o archivos personales del trabajador, y por tal motivo resulta forzada la voluntad de encajar el supuesto en la norma laboral. Lo mismo sucede con Internet: La red tiene como finalidad albergar elementos personales de los empleados; de hecho, su uso estrictamente regular en tiempo y lugar de trabajo determinaría que sólo se utilizara para consultar páginas relacionadas con la prestación de servicios y no con la vida privada del trabajador. Desde

¹²¹² STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 21 de septiembre de 2004, rec. N.º 2650/2004 (Normacef, NSJ017309).

¹²¹³ STS (Sala de lo Social), de 26 de septiembre de 2007, rec. N.º 966/2006 (Normacef, NSJ024334).

tal punto de vista, no tiene sentido aplicar a este instrumento de trabajo todos los límites que el art. 18 ET establece para el control sobre efectos personales¹²¹⁴.

Siendo inaplicables, por tanto, las garantías del registro personal al trabajador por la vía del art. 18 ET, la defensa de los derechos del trabajador se articula a través del principio de proporcionalidad, en el sentido de que una medida fiscalizadora, ha de estar en consonancia con la gravedad de la falta, siendo idónea, necesaria y proporcional a la misma (principio de proporcionalidad), sin perjuicio de otros factores, como son la finalidad lícita del control, y la ausencia de elementos discriminatorios y arbitrarios.

Las razones que realmente llevan a legitimar el control fiscalizador, más allá de la vigilancia “ordinaria”, parten del interés del empresario para ejercer el control sobre situaciones de abuso respecto de las cuales haya indicios objetivos de que se están produciendo irregularidades que pueden fundar la comisión de un hecho que incluso pudiera llegar a ser delictivo.

Así, en algunas ocasiones, los tribunales laborales que han tratado estos asuntos han declarado que no se vulneró el derecho a la intimidad ya que la medida de control informático adoptada por el empresario era justificada, ante razonables sospechas de la comisión por parte del trabajador de graves irregularidades; idónea para la finalidad pretendida, al verificar si el trabajador cometía efectivamente dichas irregularidades; necesaria, ya que dicha medida servía de prueba de tales conductas y equilibrada, al producirse la misma en relación con el terminal informático proporcionado por la empresa como instrumento a utilizar por el trabajador¹²¹⁵.

La utilización de estos medios para fines ilícitos, incluso puede suponer la comisión de delitos y faltas sometidos a responsabilidad penal. Algunos ejemplos de este tipo de conducta han dado lugar a recientes sentencias que han tenido en cuenta, a la hora de declarar la procedencia de los despidos, los siguientes factores:

¹²¹⁴ SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y SAN MARTIN MAZZUCCONI, Carolina: “¿Puede la empresa controlar el ordenador usado por su trabajador?”. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* (edición digital) N.º 21/2007. BIB 2007\1868. Pág. 8.

¹²¹⁵ La STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social), de 7 de julio de 2009, rec. N.º 1365/2009 (Normacef, NSJ029578), consideró justificada la vigilancia empresarial en un supuesto de uso no autorizado por parte del trabajador de los privilegios del administrador del sistema informático de la empresa para acceder desde el terminal informático que tenía designado el empleado al ordenador gestor de las copias de la entidad y, descargarse del mismo información en una memoria USB, ya que existió una quiebra culpable y grave de las obligaciones inherentes al deber de buena fe contractual, al darse a una herramienta de trabajo un uso distinto de aquel para el que fue fijado, utilizándola para ejecutar una conducta no autorizada y potencialmente perjudicial para la actividad de la sociedad.

Por su parte, la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 10 de diciembre de 2003, rec. N.º 185/2003 (Normacef, NSJ029578), consideró procedente el despido de la subdirectora de una sucursal bancaria que sin autorización ni justificación alguna utiliza el terminal informático del despacho para realizar 33 consultas relativas a contratos de tarjetas de crédito, depósitos, y cuentas corrientes de determinados clientes sin vinculación con la sucursal. Está justificada la vigilancia empresarial para salvaguardar la confidencialidad y secreto de los datos bancarios frente a terceros, ya que constituye un derecho de los clientes y una obligación de las entidades que son titulares de los ficheros informáticos en los que se recogen, con la exclusiva finalidad de prestar a los clientes los servicios que demandan, de ahí que los empleados no puedan consultar los datos de un cliente salvo a petición del mismo.

- Daños en la estructura informática o en los terminales de la empresaria.

Empresa que tras averiarse en varias ocasiones el ordenador como consecuencia del uso inadecuado del mismo, despide a la trabajadora. El despido es procedente al acreditarse que utilizó para fines propios y particulares el ordenador, causando varias averías, siendo advertida y firmando un documento que expresamente lo prohibía¹²¹⁶.

- Apropiación de información confidencial de la empresa.

Se considera procedente por transgresión de la buena fe contractual el despido del trabajador tras descubrir que ha procedido a copiar archivos de la empresa, obtenidos del ordenador de un superior, volcándolos en el suyo propio. El hecho se reputa como una clara transgresión de la buena fe y un supuesto de abuso de confianza que solo puede merecer la máxima sanción¹²¹⁷.

- Insultos, suplantando la personalidad.

Es procedente el despido de la trabajadora que utilizó un sistema de mensajes a través de *Skype* para mantener una conversación en la cual se emitían expresiones injuriosas de sus superiores y familiares. El comportamiento de la actora fue más allá de una conversación privada, desde el momento en que durante la jornada y a través del ordenador de su jefe y utilizando su usuario, cruza una serie de insultos respecto del mismo con su compañera, quedando grabadas en el ordenador, utilizando además el usuario del jefe, lo que mal casa con el pretendido carácter privado del chateo, siendo la conducta grave, culpable y no tolerable¹²¹⁸.

- Utilización de ordenador ajeno, accediendo a datos ajenos.

Es procedente el despido de una trabajadora que accedió al ordenador de un directivo para obtener información privada sobre los medios de prueba utilizados en un proceso penal contra la empleada por falsedad, estafa y apropiación indebida¹²¹⁹.

- Intromisión en el sistema *Wi-Fi* de la empresa para descargar contenidos ilegales.

Es llamativo el caso de un trabajador cuyo ordenador no tenía acceso a Internet. A pesar de ello y de la prohibición absoluta que válidamente impuso el empresario sobre el uso de sus recursos telemáticos para actividades no relacionadas con el trabajo, burla los dispositivos de seguridad establecidos, accede desde el ordenador, a través de la red *wifi* de la empresa a numerosas páginas de juegos *online*, *webs* de música y *vídeos*, descarga

¹²¹⁶ STSJ de Castilla y León/Valladolid (Sala de lo Social), de 30 de mayo de 2013, rec. N.º 670/2013. (Normacef, NSJ048728).

¹²¹⁷ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 7 de noviembre de 2014, rec. N.º 4585/2014 (Normacef, NSJ051668).

¹²¹⁸ STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social), de 10 de septiembre de 2013, rec. N.º 1402/2013. (Normacef, NSJ048697).

¹²¹⁹ STSJ de Asturias (Sala de lo Social), de 11 de julio de 2014, rec. N.º 1363/2014. (Normacef, NSJ051031).

programas y navega por distintas páginas de ocio, utilizando también dispositivos de almacenamiento extraíbles para visualizar en el ordenador películas y series. El despido fue declarado procedente¹²²⁰.

- Comisión de delitos, a través de Internet.

Es procedente el despido ante la utilización indebida de los ordenadores de la empresa para una actividad delictiva, como es la visualización de pornografía infantil. Esta infracción es suficientemente grave y contraria a los deberes de lealtad hacia la empresa, que supone una transgresión de la buena fe contractual, incluso en el caso de que fuera ocasional¹²²¹.

3.3.2 Medios de control: Control preventivo y control fiscalizador.

GOÑI SEIN sistematiza tres tipos de medios de control¹²²², que podrían a su vez tener por finalidad los dos tipos de control a los que se refiere este apartado, preventivo y fiscalizador.

El control directo o intencional del trabajador, tendría como objetivo recabar información directa del comportamiento laboral del trabajador. Se trata de verificar el cumplimiento de la prestación laboral, desde el acceso, descansos y salida, hasta el cumplimiento efectivo de las órdenes e instrucciones dadas.

El control indirecto o difuso, que sería el destinado a satisfacer cualquier exigencia técnico-organizativa o de seguridad en el trabajo. No se trata de vigilar el cumplimiento de la prestación en sí, se trata de asumir las funciones de vigilancia general encomendadas al empresario, bien en el cumplimiento de la normativa (se seguridad y salud, por ejemplo), bien para organizar técnicamente el trabajo en su conjunto de acuerdo a exigencias de organización.

El control defensivo tendría por objeto directo verificar la comisión por el trabajador o por un tercero de un atentado contra las personas o contra los bienes, o de la creación de una situación de peligro.

3.3.2.1 Control preventivo.

La empresa, como titular de los medios de producción, puede adoptar medidas que limiten o eviten preventivamente el acceso a estos medios desde exterior. Es más, cabe apuntar a un deber del empresario para evitar usos indebidos e intrusiones de terceros que puedan perjudicar no solo a la empresa, sino a los propios trabajadores. Por ello, la política de la empresa debería prever herramientas técnicas para limitar el acceso, más que en controles de comportamiento.

¹²²⁰ STSJ de Asturias (Sala de lo Social), de 15 de noviembre de 2013, rec. N.º 1480/2013 (Normacef, NSJ048693).

¹²²¹ STSJ de Andalucía/Sevilla (Sala de lo Social), de 5 de junio de 2007, rec. N.º 3964/2006 (AS 2007\3132).

¹²²² GOÑI SEIN, José Luis: "Controles empresariales: Geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos". *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. N.º 39. Agosto 2009. Pág. 13.

El control preventivo condiciona en cierta medida el control fiscalizador. Así, la medida preventiva por excelencia, cuando técnicamente no sea posible evitar el uso de los medios informáticos, es la información o comunicación a los trabajadores. De esta información se debe extraer la permisividad o no del uso personal de los medios tecnológicos, de cara a apreciar una expectativa de privacidad, o al contrario, una fiscalización del uso, con advertencia previa.

Uno de los aspectos que legitima el control es la información a los trabajadores de la existencia misma del control, cuáles serán las medidas de vigilancia y qué consecuencias puede traer, exigencias que cabría vincular a la buena fe del empresario. Cabe, además, el ejercicio del derecho del comité de empresa a emitir informe, con carácter previo a su ejecución, de las decisiones adoptadas respecto a la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo [art. 64.5.f) ET].

Frente a riesgos graves, donde pueda verse comprometida la seguridad de la empresa o la confidencialidad de la información que consta en los equipos informáticos, secretos de empresa, o el patrimonio empresarial, existen medidas de seguridad como la encriptación de los mensajes que salen de los servidores y equipos hacia el exterior y otras medidas de seguridad. La adopción de estas medidas no implican limitación de derechos a los trabajadores, pues el hecho de proteger aquello que es patrimonio de la empresa no lesiona una supuesta libertad de comunicación que sí podrá realizarse por otros medios.

Como actuaciones preventivas, el empresario debería plantearse y confirmar que, de cara a la fiscalización posterior, se han adoptado las siguientes medidas:

- Existencia de reglas previas sobre el uso personal de medios propiedad de la empresa, prohibiendo conductas que impliquen tal utilización, lo que excluye por tanto cualquier expectativa de privacidad.
- Información de la existencia de controles, de forma implícita en la prohibición, o explícita, ante la previsión de que no puede haber información protegida por el secreto de las comunicaciones.
- Medidas preventivas consistentes en advertencias o incluso en restricciones de acceso o utilización, tendentes a evitar cualquier expectativa de intimidad.

3.3.2.2 Control fiscalizador de las páginas web visitadas.

El control de la visita por parte del empleado a páginas web, ha de dirigirse fundamentalmente a limitar la navegación por la red de forma que el tiempo invertido por el trabajador redunde en una disminución del rendimiento y, por otro lado, evitando el efecto del registro de la dirección de la empresa en determinadas páginas que por su temática pudieran afectar a su imagen.

A diferencia del correo electrónico, la navegación por Internet plantea un problema diverso, ya que no hay un control sobre las comunicaciones, sino acceso a determinada información. El hecho de conectarse, subir o bajar un vídeo de Internet no genera un acto de comunicación (salvo que el acceso se realice a través de Internet a una aplicación de

comunicación, como puede ser una red social, o un programa de mensajería instantánea).

El verdadero riesgo en el control de los accesos a páginas *web* viene delimitado por comprometer otros intereses del trabajador protegidos constitucionalmente. Con independencia del uso no consentido de Internet, el acceso a las páginas visitadas identifica una serie de datos que son susceptibles de implicar directamente a la persona del trabajador, puesto que contiene información relacionada con su intimidad. Estas conexiones pueden suministrar una información susceptible de ser tratada, de manera que de la misma se pueden obtener fácilmente datos sobre una persona que influyan favorable o desfavorablemente en el trabajo. Esta información podría estar protegida por el derecho a la protección de datos¹²²³.

3.3.2.3 Control fiscalizador de los medios de comunicación (correo electrónico, chat, mensajería instantánea, redes sociales y otros).

El control fiscalizador sobre los medios utilizados por el trabajador dependerá en su intensidad de las circunstancias concurrentes. Profundizando en las formas de control del trabajador, a fin de determinar si alguna modalidad de control pudiera exceder esta facultad del empresario, se plantea si el control debe ser coetáneo o posterior, esporádico o permanente.

Así, COLÁS NEILA¹²²⁴ estima que un control continuo sobre el correo electrónico no sería acorde y proporcional, pues eliminaría cualquier tipo de intimidad y autonomía en el trabajo. A ello cabe añadir el principio finalista del control, que puede esconder la detección de un incumplimiento a posteriori o incluso coetáneo, agresivo, que no sea proporcional a la finalidad misma del control. Así, por ejemplo, el hecho de hacer controles sobre el historial del correo o Internet, de forma que se busquen incumplimientos extemporáneos sin ninguna relevancia concreta, o seguimientos agresivos de todo lo que el trabajador hace, puede ocultar una finalidad ilícita por discriminatoria o por un motivo ajeno al que se trata de sancionar.

Este control ha de hacerse, sin embargo, en la medida en que no se vulnere el derecho a la intimidad, pero tampoco el secreto de las comunicaciones, llegando a un equilibrio en el que el control efectivo no implique el conocimiento de la comunicación privada. Así, en lo que se refiere al control del correo electrónico y de Internet, existen medios que permiten salvaguardar el patrimonio de la empresa, sin necesidad de vulnerar la intimidad de los trabajadores. Por ejemplo, los archivos *log* del servidor identifican tanto el emisor como el receptor, la hora de comunicación, el asunto, su extensión, aunque no los contenidos del mensaje; en el correo electrónico se puede controlar la cabecera y los *bytes* enviados y el uso de un servidor *proxy* permite rastrear las visitas realizadas por los trabajadores a páginas *web*. En cuanto al uso del teléfono, se puede realizar una lista de llamadas y la duración de las mismas.

¹²²³ GOÑI SEIN, José Luis: "Controles empresariales: Geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos". *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. N.º 39. Agosto 2009. Págs. 38-39.

¹²²⁴ COLÁS NEILA, Eusebi: "*Derechos Fundamentales del trabajador en la era digital: Una propuesta metodológica para su eficacia*". Ed. Bomarzo. Albacete. 2012. Pág. 212.

De esta manera se podrá realizar una vigilancia sobre el cumplimiento de las normas que la empresa haya establecido en el uso del software y correo electrónico. Son varias las sentencias que, en esta línea, rechazan la grabación de las conversaciones, pero se admite la introducción de sistemas que permitan identificar el número llamado.

Así, por ejemplo, respecto a la utilización reiterada de Internet, correo electrónico y chat dentro de la jornada laboral sin autorización, se ha concluido que el examen de la navegación por Internet obtenido a través del denominado *Firewall* de la empresa, no compromete la intimidad del trabajador, ya que la información se obtiene no del propio ordenador, sino del servidor, por lo que no existe posibilidad de entrar en el contenido de las páginas visitadas ni en los correos y conversaciones que mediante el sistema de *chat* pudiera haber realizado el empleado, limitándose la información obtenida al conocimiento de la dirección con la que se estableció la conexión. El acceso a páginas *Web* ajenas al cometido profesional durante la jornada laboral no puede calificarse como falta muy grave si no se acredita el tiempo que se dedicó a tales menesteres¹²²⁵.

En otro caso, se analiza un supuesto en el que la empresa colocó en un directorio de red la aplicación *PC Protect Stealth Activity Monitor*, que es un conjunto de programas diseñado para controlar la utilización que se efectúa del ordenador. Esta aplicación se puede implantar sin entrar en el ordenador personal de los trabajadores, y por tanto sin violar los *password* de cada uno de ellos. Se programa de forma que no se puede detectar por el usuario, se activa ocultamente y de forma automática cada vez que se pone en marcha el ordenador e identifica todas las teclas pulsadas por el trabajador, los programas activados y las ventanas activas en cada momento¹²²⁶.

En cambio, el TEDH entendió que “*la comunicación a la policía, a los efectos de una investigación, de los datos registrados por el servicio de comunicaciones sobre destino u origen de las llamadas y su duración constituye asimismo una injerencia a los efectos del artículo 8*” (del CEDH)¹²²⁷. De la misma manera, el TC ha expresado que el concepto de secreto no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales¹²²⁸. Por esta razón, algunos autores entienden que no es admisible la instauración de sistemas de control directo e interceptación en el sistema de comunicaciones electrónicas que permitan un conocimiento empresarial de las comunicaciones de sus trabajadores en tiempo real.

Debe reseñarse a este respecto, sin embargo, que difícilmente, por las características técnicas actuales propias del correo electrónico, esos datos pueden ser, hoy por hoy, salvaguardados, ya que no se trata sólo de su constancia en el buzón personal, los mismos figuran en los archivos *log* del servidor y tienen, en consecuencia, una alta dosis de publicidad. Sin embargo, cabe entender que las restricciones de los Tribunales se realizaron respecto a procesos penales en los que sí se podía aplicar esta

¹²²⁵ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 4 de diciembre de 2007, rec. N.º 301/2007 (Normacef, NSJ033215).

¹²²⁶ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 23 de octubre de 2000.

¹²²⁷ STEDH de 2 de agosto de 1984, caso Malone.

¹²²⁸ STC 114/1984, de 29 de noviembre FJ 4.º.

teoría restrictiva, pero no así en las cuestiones laborales, en las que el empresario sí podrá establecer este tipo de mecanismos como factor disuasorio para el abuso de los trabajadores¹²²⁹.

4. LÍMITES AL CONTROL TECNOLÓGICO DE LOS TRABAJADORES. PRINCIPIOS APLICABLES QUE GARANTIZAN EL CONTROL LEGÍTIMO Y LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Tras todo lo anteriormente comentado, procede ahora establecer cual es realmente la eficacia del derecho a la intimidad y del secreto de las comunicaciones del trabajador en el entorno digital, teniendo en cuenta la modulación de estos derechos cuando se ejercen en el marco de una relación laboral, siendo los medios propiedad de la empresa y adscritos a una finalidad profesional.

Los trabajadores no dejan su derecho a la vida privada y a la protección de datos en la puerta de su lugar de trabajo. Es legítimo un mínimo grado de privacidad, a partir del cual desarrollan una parte importante de sus relaciones con los demás. Ello no debe obstar a conciliar este derecho con la obligación de realizar el trabajo convenido, ni con los intereses legítimos del empleador, en particular, su derecho a administrar con eficacia la empresa, y sobre todo, su derecho a protegerse de la responsabilidad o el perjuicio que pudiera derivarse de las acciones de los trabajadores.

La eficacia de estos derechos, por tanto, tendrá los límites impuestos por el control y vigilancia empresarial, en virtud del poder de dirección que ejerce y que deriva del derecho constitucional a la libertad de empresa. Ahora bien, la confluencia y equilibrio de derechos no se pondera en base a un único elemento o circunstancia, sino que hay que estar al caso concreto, y al estudio de determinadas variables que, en su conjunto, determinarán el derecho que finalmente prevalece. Por ello, a través del examen de los casos relacionados con el entorno digital que han sido examinados, se trata de proponer unos principios que permitan considerar legítimos y ajustados a la legalidad y al respeto a los derechos fundamentales del trabajador, aquellos actos empresariales derivados de sus facultades de control y vigilancia¹²³⁰.

Estos principios han de servir para dotar de seguridad jurídica, tanto el empleo legítimo de medios tecnológicos propiedad de la empresa, por parte del trabajador, como la licitud de la vigilancia y control empresarial, en defensa de sus intereses legítimos. Por tanto, pretenden servir de guía para separar el control y vigilancia empresarial “*lícito*”, del abusivo o arbitrario.

Sin duda alguna, será necesario, además, tener en cuenta las condiciones de modo, forma y tiempo en que se desenvuelve la prestación de servicios, abarcando incluso, cuando el trabajo se desarrolla en un ámbito distinto del centro de trabajo, como

¹²²⁹ Véase al respecto FALGUERA I BARÓ, Miguel Angel: “Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador”. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 22. Noviembre 2000. Págs. 85-92.

¹²³⁰ LANZADERA ARENCIBIA, Eugenio: “El derecho a la intimidad del trabajador frente al control y vigilancia empresarial a través de las TICs”, en MONTERROSO CASADO, Esther (Dir.): “*Responsabilidad empresarial*”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016. Pág. 506.

en el caso del teletrabajador, lo que lleva a plantear igualmente el uso personal de los medios puestos a su disposición. Por ello, como punto de partida, cabe fijar que la vigilancia empresarial sobre el trabajador, debería ejercerse en el “*tiempo de trabajo*” y siempre bajo su conocimiento y con su consentimiento. En el caso de uso de dichos medios fuera del tiempo de trabajo, consintiéndose el uso personal, esa vigilancia no tendría justificación, salvo fundada sospecha de que se realicen actos ilícitos e incluso delictivos (competencia desleal, vulneración de una cláusula de secreto o confidencialidad, compartiendo información con terceros, etc).

De los distintos casos en los que se ha enjuiciado el uso para fines personales de los recursos de la empresa, dentro del tiempo considerado como “*de trabajo*”, que incluso puede ser indeterminado o flexible, se pueden extraer los principios que establecen los límites y la justificación de una actuación empresarial en detrimento de los derechos de los trabajadores relacionados con su privacidad. Todos y cada uno de estos principios deben estudiarse en su conjunto, pues el hecho de hallar una justificación en uno de ellos, no excluye la vulneración de algún derecho del trabajador, por entender la medida empresarial abusiva o arbitraria.

La constante evolución de la tecnología genera parcelas difícilmente protegibles en el ámbito de la privacidad. El derecho a la intimidad fue probablemente el primer límite al libre desarrollo de medidas de control tecnológico del trabajador, a través de las propias herramientas de trabajo, o a través de otros procedimientos como la videovigilancia. Sin embargo, con el desarrollo de Internet y las redes sociales, también quedan afectados los derechos a la propia imagen del trabajador e incluso, el secreto de las comunicaciones privadas que se puedan llevar a cabo a través de las herramientas de trabajo.

Esta evolución también se detecta en la jurisprudencia, a través de la cual se puede atisbar que una conducta empresarial en principio justificada tomando como referente el derecho a la intimidad, puede vulnerar el secreto de las comunicaciones y, tomando algunos referentes en proceso de consolidación, aún respetando los derechos anteriores, es posible vulnerar el derecho a la protección de datos, auténtico baluarte que condiciona el control y vigilancia empresarial mediante el refuerzo de una justificación que legitime de forma transparente y limite la finalidad de la medida de control utilizada.

Solo el conjunto de los principios que a continuación se estudian puede garantizar la eficacia de los derechos fundamentales del trabajador, así como legitimar una medida de control en ejercicio del poder de dirección, en aquellos casos que justifiquen un sacrificio o restricción de aquellos derechos, garantizando un verdadero equilibrio entre los derechos en juego que sea compatible además, con la autonomía privada propia de la relación laboral¹²³¹.

4.1. EL PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD.

El control y vigilancia serán legítimos si se vinculan a un objeto a su vez legítimo y que produzca la menor intromisión posible en la esfera privada del trabajador. Es decir, el control ha de estar justificado y debe tener una finalidad relacionada con la actividad

¹²³¹ Principios extraídos de la doctrina y jurisprudencia, de la normativa comunitaria y española y, especialmente, del Documento de trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo, realizado por el GT art. 29.

laboral y no para otros fines, salvo que excepcionalmente se trate de delitos o faltas que supongan incumplimientos laborales o incluso sujetos a responsabilidad penal¹²³².

Debe existir por tanto un interés legítimo que justifique el control empresarial en ámbitos en los que el trabajador puede compatibilizar el ejercicio profesional con actividades que pertenezcan al ámbito de su intimidad. Fuera de los casos justificados, no habría ninguna legitimidad empresarial en invadir espacios reservados a la vida privada.

En cuanto a los sujetos legitimados para llevar a cabo el control, éstos han de ser aquellos que reciben expresamente el poder de dirección delegado del empresario. El interés legítimo empresarial excluye el efectuado por otros sujetos distintos al empresario o en quienes éste no haya delegado el control empresarial. Sólo puede haber un interés legítimo por parte del empresario. Por tanto, el acceso indebido de otros trabajadores o de terceros que tengan vinculación con la empresa no puede ser considerado legítimo.

Así, lo fundamental es que quien realice el control tenga la legitimidad que le confiere el empresario para hacerlo, bien por delegación o bien por una orden expresa. Ello a su vez lleva a determinar que quien realiza el control por su cuenta y riesgo, al margen de esa autorización, delegación u orden, estaría extralimitándose a su vez en sus funciones, incurriendo en un incumplimiento laboral sujeto a responsabilidad disciplinaria. Se plantea así la cuestión de si esa extralimitación provocaría además una vulneración a la intimidad o al secreto de las comunicaciones del trabajador “vigilado”.

Asimismo, el control legítimo es el que se ejerce en los límites temporales y espaciales que delimitan la relación laboral. El control efectuado sobre la jornada y en el centro de trabajo ha de considerarse en principio legítimo, si se respetan además el resto de condicionantes que presuponen el correcto ejercicio del poder de dirección por el empresario. No obstante, habrá que valorar aquellas situaciones en las que la flexibilidad de la relación laboral no delimite unos contornos claros en cuanto al lugar y espacio.

Si bien cabe presumir que la utilización de los medios facilitados por la empresa solo se utilizan en el lugar y tiempo de trabajo, ello no siempre es así. Por tanto, podría existir un control sobre la utilización de estos medios en la medida que se presupone que están siendo utilizados para el trabajo. El uso privado fuera de las horas de trabajo no debería en principio suponer legitimidad en el control, salvo que por otras causas, derivadas de hechos que pudieran tener relación con la empresa, pudieran suponer consecuencias directas sobre ésta, como por ejemplo, el acopio y difusión de información confidencial o la competencia desleal.

El medio u objeto sobre el que se realiza el control, debe ser aquel que sea propiedad de la empresa. No será legítimo el control efectuado sobre los medios que sean propiedad del trabajador. En este aspecto, es importante distinguir el soporte físico

¹²³² Este principio ha sido recogido en la legislación de algunos países de nuestro entorno, como en el caso de Francia, en cuyo Código de Trabajo se prevé en el art. L.1121-1 que “no podrán imponerse a los derechos de las personas y a las libertades individuales y colectivas restricciones que no estuvieran justificadas por la naturaleza de la tarea a realizar ni fueran proporcionadas al fin buscado”. Véase VIGNEAU, Christophe: “El control judicial de la utilización del correo electrónico y del acceso a Internet en las empresas en Francia”. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 5-6. Marzo 2009. Pág. 27.

(un ordenador, un teléfono móvil, una *tablet*), del acceso a aplicaciones virtuales o redes sociales. Si bien pueden ser objeto de control los soportes propiedad de la empresa, desde los que se accede al correo electrónico e Internet, y también estar dentro del ámbito profesional la cuenta de correo corporativo o la intranet de la empresa, escapa del ámbito del control laboral la cuenta de correo propia del trabajador, o su intervención en una red social distinta o en un programa de mensajería instantánea de carácter extraprofesional.

Dentro de lo que es el ámbito propiamente laboral, el control legítimo no debe abarcar los controles generales e injustificados o desproporcionados, de forma que puedan ir más allá de lo que sería la obtención de información relacionada con el cumplimiento o no de la prestación laboral. El simple hecho de que los instrumentos informáticos permitan la ejecución de la prestación laboral y, al mismo tiempo, su vigilancia, no debe ser motivo suficiente para autorizar al empresario a efectuar un control inesperado e incontestado¹²³³.

Este fin legítimo, puede incluso justificar la interceptación de conversaciones de los trabajadores, a través del teléfono o del correo electrónico, con los clientes o terceros, siempre y cuando el objeto de la prestación de trabajo exija tal control para comprobar la propia realización del trabajo, o la acomodación de la atención prestada a las pautas establecidas. Pero a la vez, la legitimidad de este control implica su conocimiento por parte de los trabajadores, pues de lo contrario podría quedar afectada su expectativa de intimidad¹²³⁴.

Hay actividades en las que por su naturaleza (por ejemplo, teletrabajo), o por la propia actividad objeto de la prestación laboral, sería legítima la intervención empresarial en las comunicaciones, previamente acordada y, por tanto, consentida por el trabajador. Son ejemplos de ello, la actividad de *telemarketing*, comercio electrónico, campañas de captación de clientes, información y trabajos similares, donde la única forma de verificar el correcto cumplimiento de la prestación es la intervención de la propia comunicación, existiendo un interés empresarial legítimo en conocer como se desarrollan las conversaciones de sus empleados¹²³⁵.

Así, en principio, siguiendo a ROQUETA BUJ, el acceso directo o sin restricciones a dichas comunicaciones puede suponer una injerencia en la esfera de la intimidad del trabajador y una violación del derecho al secreto de las comunicaciones¹²³⁶. Sin embargo, en estos casos la vigilancia sobre el modo en que se desarrollan las comunicaciones es el

¹²³³ TULLINI, Patrizia: "Medios de comunicación electrónica y control empresarial". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 5-6. Marzo 2009. Pág. 15.

¹²³⁴ LANZADERA ARENCIBIA, Eugenio: "El derecho a la intimidad del trabajador frente al control y vigilancia empresarial a través de las TICs", en MONTERROSO CASADO, Esther (Dir.): "*Responsabilidad empresarial*". Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016. Pág. 75.

¹²³⁵ THIBAUT ARANDA, Javier: "*El Teletrabajo: Análisis jurídico-laboral*". Consejo Económico y Social. Madrid. 2000. Págs. 130-131.

¹²³⁶ ROQUETA BUJ, Remedios: "*Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa*". Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2005. Pág. 70.

único medio que permite evaluar el cumplimiento de esta peculiar prestación laboral y obtener datos para mejorar el perfil o exigencias profesionales de los empleados a través de una formación adicional, o, en último término, incrementar la seguridad de las transacciones comerciales de la empresa. Por ello, los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones deben ceder ante el interés empresarial¹²³⁷. Por contra, cuando las comunicaciones constituyan un aspecto secundario o marginal de la prestación laboral, de manera que la comprobación del cumplimiento de ésta no venga condicionada por la revisión de aquéllas, un control tan penetrante e incisivo como el descrito no sería jurídicamente de recibo¹²³⁸.

La conclusión que cabe extraer, extrapolándola a todo el ámbito laboral, es que en aquellas actividades en las que el correo electrónico o el acceso a Internet sea una herramienta de trabajo o un medio puesto a disposición del trabajador con una finalidad tasada, justificada y, en la medida de lo posible, regulada, con el conocimiento de los trabajadores de los medios de control instaurados, proporcionales a su finalidad, debe considerarse legítima la facultad del empresario de interceptar las comunicaciones de sus trabajadores sin recabar autorización judicial. En tales casos las comunicaciones realizadas por el trabajador se pueden considerar también como propias de la empresa¹²³⁹ y, además, como la interceptación no es clandestina, se respeta el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones que garantiza el art. 18.3 CE, pues en la medida en que el trabajador sabe que puede ser observado conserva el control sobre los datos y circunstancias personales¹²⁴⁰.

Así, es legítima, por ejemplo, la utilización de "*programas espía*" en los ordenadores, que dio lugar al despido procedente de tres empleadas del *Hotel Nazaríes* de Granada al usar medios informáticos para fines personales (chatear por *Facebook* o pedir espacios publicitarios para partidos políticos). En este caso, no sólo existía una prohibición de utilizar los recursos del sistema de información a los que tuvieran acceso "*para uso privado o para cualquier otra finalidad diferente de las estrictamente laborales*", sino que existían fundadas sospechas de este uso irregular. Las trabajadoras conocían la prohibición, lo que se demuestra por un comentario en el chat de *Facebook* en el que se decía a un interlocutor que "*si la empresa la pillaba en Facebook la despedirían*". Ello denota el conocimiento y la conciencia de la trabajadora del hecho ilícito, de sus efectos, así como del control empresarial. Con ello, no era necesario informar concretamente sobre el programa instalado, que cada diez segundos, captaba y archivaba el número de páginas de Internet consultadas por los trabajadores¹²⁴¹.

¹²³⁷ En este sentido, THIBAUT ARANDA, Javier: "*El Teletrabajo: Análisis jurídico-laboral*". Consejo Económico y Social. Madrid. 2000. Págs. 130-131 y MARTINEZ FONS, Daniel: "El poder de control del empresario en la relación laboral". Consejo Económico y Social, Madrid, 2002. Pág. 162.

¹²³⁸ MARTÍN MORALES, Ricardo: "*Régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*". Ed. Civitas. Madrid, 1995. Pág. 168.

¹²³⁹ ROQUETA BUJ, Remedios: "*Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa*". Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2005. Pág. 71.

¹²⁴⁰ THIBAUT ARANDA, Javier: "*El Teletrabajo: Análisis jurídico-laboral*". Consejo Económico y Social. Madrid. 2000. Pág. 131.

¹²⁴¹ STSJ de Andalucía/Granada (Sala de lo Social), de 14 de noviembre de 2013, rec. N.º 1632/2013 (AS 2013/2935).

También se aplica el principio de legitimidad al tratamiento de los datos recogidos a través del control implantado, que sólo puede efectuarse si su finalidad es legítima, es decir, cuando satisface un interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento (empresario) o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado, en este caso, el trabajador [art. 7.f) de la Directiva 95/46/CE]. Por ejemplo, la necesidad del empleador de proteger su empresa de amenazas importantes, como la transmisión de información confidencial a un competidor, puede considerarse un interés legítimo.

4.2. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA: PROHIBICIÓN EXPRESA, USO CONSENTIDO Y EXPECTATIVA DE PRIVACIDAD.

4.2.1 La información al trabajador sobre el alcance de la prohibición y de las medidas de vigilancia y control.

El principio de transparencia implica para el empresario indicar de forma clara y abierta sus actividades de vigilancia, en el sentido de que el trabajador conozca cuál es realmente su espacio para la salvaguarda de su intimidad. Los medios pueden ser desde el establecimiento de un protocolo de actuación, o de un Código de conducta, bien unilateral, por parte del empresario, en ejercicio de su poder de dirección, ya negociado o acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Esta transparencia implica que los trabajadores conozcan las condiciones de utilización y control de los medios puestos a su disposición, de cara a evitar “*el acto consentido*” o la “*expectativa de privacidad*”, así como conductas arbitrarias que excedan del poder de dirección empresarial. Supone así un esfuerzo de informar al trabajador con detalle para que éste conozca los límites de hasta donde puede llegar en la utilización de los medios que la empresa pone a su disposición para fines privados. La transparencia implica también la información sobre la asunción de las responsabilidades por los trabajadores y los efectos o sanciones a los que se exponen¹²⁴².

Las actividades de control deben ser transparentes y conocidas por el trabajador, siendo excepcional la vigilancia secreta como medida extrema y justificada ante incumplimientos graves en los que se pueda poner en peligro la propia empresa (violación de secretos, atentados contra los medios o recursos de la empresa, etc).

Como regla general, para que los derechos fundamentales de la intimidad y del secreto de las comunicaciones sean realmente eficaces, el control oculto debería estar prohibido, excepto en los casos en que exista una ley que lo autorice¹²⁴³. Sin embargo, es

¹²⁴² LANZADERA ARENCIBIA, Eugenio: “El derecho a la intimidad del trabajador frente al control y vigilancia empresarial a través de las TICs”, en MONTERROSO CASADO, Esther (Dir.): “*Responsabilidad empresarial*”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016. Pág. 515.

¹²⁴³ De acuerdo al art. 13 de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, los Estados miembros pueden adoptar medidas legales para limitar el alcance de las obligaciones y los derechos previstos en algunos arts. de dicha Directiva, cuando tal limitación constituya una medida necesaria para la salvaguardia de intereses públicos importantes, como la seguridad del Estado, o la

posible llevar a cabo ese control oculto, por razones de seguridad, o para obtención de pruebas que, con respeto a las normas jurídicas y procesales en respeto de los derechos fundamentales, sean la única vía para acreditar y probar actividades ilícitas. En este caso, los trabajadores, al menos, deberían conocer las circunstancias particulares que justificarían esta medida excepcional, su alcance y ámbito de aplicación.

Por ello, el empleador debe transmitir a su personal una declaración clara, precisa y fácilmente accesible de su política relativa a la vigilancia del correo electrónico y la utilización de Internet. El contenido de esta información, que no se encuentra regulado, debe asegurar la previsión en la adopción de las medidas, de manera que quede claro a todos los trabajadores las circunstancias y condiciones en que el empresario puede acordar una medida como ésta.

Esta información debería incluir:

- La política de la empresa en cuanto a la utilización de los recursos tecnológicos puestos a su disposición. Por cada recurso, el empresario debe fijar las reglas de uso, informando de las medidas de control implantadas. Deberá distinguirse de los medios utilizados exclusivamente en tiempo de trabajo y destinados a un uso exclusivo profesional, de otros dispositivos, como *tablets*, *smartphones*, etc, que puedan compatibilizar el uso personal y profesional.
- Si los recursos permiten las comunicaciones a través de cualquier medio, sea teléfono, correo electrónico, mensajería instantánea, redes sociales, etc, será preciso delimitar el uso y el control de dicha utilización, describiendo de forma pormenorizada en qué medida los trabajadores pueden utilizar los sistemas de comunicación de la empresa con fines privados o personales (por ejemplo, períodos y duración de utilización).
- Los motivos y finalidad de la vigilancia, en su caso. Cuando el empleador autorice a los trabajadores a utilizar los sistemas de comunicación de la empresa con fines personales, las comunicaciones privadas podrán supervisarse en circunstancias muy limitadas, por ejemplo, para garantizar la seguridad del sistema informático (detección de virus). La información justifica el control proporcional de acuerdo a la importancia de las consecuencias perjudiciales que motivan la vigilancia.
- Información detallada sobre las medidas de vigilancia adoptadas. Los trabajadores deben ser informados de los mecanismos de control empresarial, hasta donde abarcan, si se graban las conversaciones telefónicas o es posible acceder al contenido de mensajes de correo electrónico, así como los objetivos perseguidos y de la posibilidad de acceder a las conversaciones registradas.
- Información detallada sobre los procedimientos de aplicación, precisando cómo y cuándo se informará a los trabajadores en caso de infracción de las directrices internas y de los medios de que disponen para reaccionar en estos casos. Los trabajadores deben ser informados de las formas de control, de la frecuencia y de la naturaleza de las informaciones.

prevención, la investigación, la detección y la represión de infracciones penales, o también la protección del interesado o de los derechos y libertades de otras personas.

En aras de la buena fe y de la seguridad jurídica, así como para la salvaguarda de los derechos fundamentales, sería aconsejable que el empleador informe inmediatamente al trabajador de cualquier abuso en el empleo de los recursos telemáticos, salvo indicios racionales que aconsejen encubrir la vigilancia para la detección de una irregularidad grave o incluso delictiva. Esta información puede transmitirse incluso, a través del mismo medio (por ejemplo, ventanas de advertencia o mensajes) avisando al trabajador de que el sistema ha detectado una utilización ilícita de la red.

Con el fin de evitar la arbitrariedad y discrecionalidad empresarial, de cara a la puesta en práctica de medios de control que puedan afectar a la intimidad de los trabajadores, es conveniente definir el marco que asegure que los trabajadores conocen estas medidas y que se adoptan de acuerdo a una concreta finalidad. De esta manera, si se cumple con este principio, la medida empresarial tendrá al menos indicios de legalidad, siempre que no sea discrecional, arbitraria e injustificada.

Así se recoge en algunas sentencias que inciden en la transparencia, como una derivación del principio de buena fe, cuando la empresa advierte a los trabajadores que los correos electrónicos quedaban grabados, de forma que ni se les garantiza el secreto de las comunicaciones, ni tal secreto podía ser exigido, pues afirmar lo contrario sería tanto como decir que el empresario no puede ejercer ninguna vigilancia ni control sobre el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales¹²⁴⁴.

Sin embargo, no sólo por el hecho de informar a los trabajadores del control sobre los correos electrónicos de los trabajadores ha de considerarse lícito cualquier intervención. Es evidente que se estará ante una medida empresarial ilegal, por ejemplo, cuando el acceso a las cuentas de correo es indiscriminado o con un fin discriminatorio.

Asimismo, en los convenios colectivos pueden establecerse los límites de la utilización de Internet y del correo electrónico por los trabajadores, así como proporcionar información detallada sobre el control de esta utilización. En este sentido, la STC 170/2013, de 7 de octubre, da un paso en contra de la transparencia, cuando al margen de cualquier información directa por parte del empresario al trabajador, permite que la sola tipificación como falta en el convenio colectivo sea suficiente para legitimar los medios de control. Todo ello, sin perjuicio de valorar la gravedad de la conducta, aplicando el principio de proporcionalidad en función del incumplimiento de las obligaciones del trabajador.

Cabe plantearse en este aspecto, si la sola previsión en un convenio colectivo, sin otra información o advertencia al trabajador, cabe considerarse suficiente para que opere la prohibición absoluta de utilización de estos medios, atribuyendo la responsabilidad al trabajador a efectos de imponer las sanciones disciplinarias más graves, como el despido. Si bien en el caso enjuiciado por la STC 170/2013, de 7 de octubre, se declaró suficiente y por tanto, transparente, esta actuación, hay que valorar también la gravedad de los hechos ilícitos que cometió el trabajador (revelación de información de la compañía a la competencia), unido a las garantías en el control e inspección del correo electrónico del trabajador. Es decir, si se hubiera advertido al trabajador del control de su equipo, no hubiera sido posible demostrar el ilícito.

¹²⁴⁴ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 11 de julio de 2000.

Sin embargo, fuera del supuesto concreto, sería razonable que la previsión en el convenio colectivo de sector de restringir el ordenador y correo electrónico al uso profesional no fuera suficiente. En aras de adaptarnos a la realidad, donde es práctica común y consentida permitir o al menos, no sancionar pequeños usos privados, debería existir además unas normas de la empresa en concreto, advirtiendo de la aplicación efectiva de la prohibición del convenio colectivo.

4.2.2 La información a los representantes de los trabajadores.

Otro ejemplo del principio de transparencia es la práctica de los empleadores consistente en informar y/o consultar a los representantes de los trabajadores antes de introducir políticas que les conciernan. Cabe destacar que las decisiones relativas a la vigilancia de los trabajadores, en particular, el control de sus comunicaciones electrónicas, están cubiertas por la Directiva 2002/14/CE, siempre que la empresa en cuestión figure en su ámbito de aplicación. En particular, esta Directiva establece la necesidad de informar y consultar a los trabajadores sobre decisiones que puedan implicar cambios importantes en la organización del trabajo o en las relaciones contractuales, sin perjuicio que la legislación nacional o los convenios colectivos establezcan disposiciones más favorables para los trabajadores.

Esta obligación ya se ha analizado al estudiar la normativa aplicable en este Capítulo, pero conviene reiterar que independientemente del efecto jurídico que provoque eludir esta obligación, supone un detalle más, un soporte para acreditar la transparencia que debe regir en el establecimiento de medidas de control.

Así, recordemos que entre las competencias del Comité de empresa que recoge el art. 64.5.f) ET, figura la de emitir informes, con carácter previo a su ejecución, sobre las decisiones del empresario sobre la implantación o revisión de sistemas de organización y control del trabajo.

Si bien existe la previsión legal del art. 64 ET, que contempla una obligación empresarial de información y consulta en la adopción de medidas de vigilancia de los empleados, cuyo objeto es el conocimiento de los representantes de los trabajadores de aquellas medidas empresariales que pueden afectar a las condiciones de trabajo, su incumplimiento, apenas tiene relevancia. El TC ha interpretado que carece de trascendencia el hecho de que el control empresarial no fuera puesto en conocimiento del comité de empresa y del trabajador afectado, sin duda por el justificado temor de la empresa de que el conocimiento de la existencia del sistema frustraría la finalidad perseguida, pues, fuese o no exigible el informe previo del Comité de empresa, estaríamos en todo caso ante una cuestión de mera legalidad ordinaria, ajena por completo al objeto del recurso de amparo (STC 186/2000, de 10 de julio de 2000, FJ 7º).

Parece claro que esta información a los representantes implicará la voluntad de respetar sus derechos, informando de las características y justificación objetiva y razonable para el uso de dispositivos de control. Sin embargo, también hay que entender que la información a los representantes no supone por sí misma que la conducta quede legitimada, ni que ello implique la obtención del consentimiento de los trabajadores¹²⁴⁵.

¹²⁴⁵ SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa: "El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores". *Revista jurídica de Castilla y León* (Junta

4.2.3 Transparencia y expectativa de intimidad. Evolución jurisprudencial.

Un 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 (STC 170/2013, de 7 de octubre, FJ 4º). En función de esta premisa, el ámbito de cobertura del derecho fundamental viene determinado por la existencia de una expectativa razonable de privacidad o confidencialidad.

Así, por ejemplo, cuando alguien se encuentra en un paraje inaccesible o en un lugar solitario debido a la hora del día, puede actuar con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores (STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 5º). 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 (SSTEDH de 25 de septiembre de 2001, *P.G. y J.H. c. Reino Unido*, § 57, y de 28 de enero de 2003, *Peck c. Reino Unido*, § 58).

La expectativa de intimidad es un factor a tener en cuenta, directamente relacionado con la capacidad de control empresarial. Es lógico pensar que si en la relación de trabajo el empresario ha hecho todo lo posible por advertir que ejercerá su legítimo control sobre sus propios medios, eliminará toda expectativa de privacidad. Y al contrario, el desconocimiento del trabajador, siempre y cuando no exista una reglamentación, podrá hacer confiar al trabajador en el mantenimiento de un espacio de uso privado, que estaría vedado al empresario.

Este factor ha sido también tenido en cuenta en otros países, e incluso en el derecho anglosajón. En el Derecho norteamericano, por ejemplo, la restricción del ámbito de la privacidad en el lugar de trabajo en relación a la utilización de las TICs queda patente en varias sentencias¹²⁴⁶, en las que como norma general, se excluye la expectativa razonable de intimidad cuando resulten claras las intenciones de control y registro empresarial. El límite para considerar que se trata de controles proporcionados viene determinado por el hecho de que los mismos no supongan "*invasiones altamente ofensivas de la intimidad*".

El concepto de razonable expectativa de intimidad en derecho norteamericano posee un doble sentido: Un contenido normativo, basado en expectativas generales de intimidad de la sociedad y un concepto empírico, referido a aquello que se le ha dado a creer al trabajador en unas determinadas circunstancias. En este último caso el empleador tiene la capacidad de establecer los niveles de intimidad que pueden esperarse en el lugar de trabajo¹²⁴⁷.

de Castilla y León). N.º 2. 2004. Pág. 161.

¹²⁴⁶ Véanse los casos "*Bourke contra Nissan Motor Co.*"; "*Shoars contra Epson America Inc.*"; "*Smyth contra Pillsbury Co.*" y "*Miler contra National Broadcasting Co.*", citados por COLÀS NEILA, Eusebi: "*Derechos Fundamentales del trabajador en la era digital: Una propuesta metodológica para su eficacia*". Ed. Bomarzo. Albacete. 2012. Págs. 116-117.

¹²⁴⁷ OLIVER, Hazel: "Email and Internet Monitoring in the Workplace: Information Privacy and

En España, la jurisprudencia sobre esta materia, ha sufrido variaciones importantes, seguramente atendiendo, además, al resto de criterios, como puede ser el de proporcionalidad.

Así, en una primera etapa, el ordenador puesto a disposición del trabajador se equiparaba a la taquilla para guardar efectos personales. Esta interpretación blindaba un espacio reservado de la herramienta al trabajador para que, haciendo valer su derecho a la intimidad, e independientemente de las observaciones hechas por el empresario, pudiera salvaguardar un ámbito privado.

Sin embargo, la STS de 26 de septiembre de 2007 ha establecido claramente que el empresario puede controlar, en principio, el uso que el trabajador realice del ordenador, en base, no al art. 18.3 ET (uso de taquillas para fines privados), sino del art 20.3 (poder de dirección y de control empresarial de la actividad del trabajador). En esta sentencia se indicaba además la necesidad de que el empresario establezca, previamente, las reglas sobre el uso del ordenador, informando así mismo a los trabajadores de la existencia de controles y de las medidas aplicables¹²⁴⁸.

Sin embargo, la información que debía ser clara y precisa, de forma que impidiera al trabajador cualquier expectativa de intimidad, se ha ido a su vez diluyendo. Esta doctrina se ve afectada por la posterior STS de 6 de octubre de 2011¹²⁴⁹, que matiza que la sola existencia de una prohibición expresa de utilización de las TICs puestas a disposición de la empresa para finalidades diversas de las estrictamente profesionales, incluye la existencia de controles posteriores, sin que sea necesario poner en conocimiento del trabajador este extremo. De este modo, se reduce la eficacia del derecho a la intimidad del trabajador, en cuanto que amplía el control empresarial si media una prohibición empresa, aunque sea genérica y no reiterada o comunicada individualmente al trabajador¹²⁵⁰.

En esta línea, el TC viene a matizar igualmente el derecho a la intimidad del trabajador en la STC 241/2012, de 17 de diciembre, cuando entiende que la constancia de conversaciones privadas entre dos trabajadoras en el disco duro de un ordenador, común para otras personas y accesible sin clave de acceso, constituye un acto dispositivo que elimina la privacidad. En este caso, la empresa había prohibido instalar en los ordenadores cualquier tipo de programa, el fichero en cuestión contenía conversaciones mantenidas a través de un programa de mensajería instantánea instalado sin conocimiento de la empresa y contraviniendo aquella prohibición. Para el TC, se elimina así cualquier expectativa razonable de intimidad. Es evidente que el uso común del ordenador y la ausencia de contraseña, convierte aquellas conversaciones en comunicación abierta, no secreta, fuera del ámbito protector del art. 18.3 CE.

Contracting- Out". *Industrial Law Journal*. Vol. 31, N.º 4, 2002. Pág. 332.

¹²⁴⁸ STS (Sala de lo Social), de 26 de septiembre de 2007, rec. N.º 966/2006.

¹²⁴⁹ STS (Sala de lo Social), de 6 de octubre de 2011, rec. N.º 4053/2010.

¹²⁵⁰ CARRIZOSA PRIETO, Esther: "El control empresarial sobre el uso de los equipos informáticos y la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores". *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 116. 2012. Págs. 265-266. Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_1359_3.pdf

Ahora bien, se ha interpretado que la información al trabajador sobre el incumplimiento de una obligación de no hacer (no utilizar los medios de la empresa para fines personales), no tiene que ser directa, ni pactada. La mera tipificación en convenio colectivo de la infracción consistente en el uso correo electrónico e Internet para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral impide considerar que su utilización quedara al margen del control empresarial (STC 170/2013, de 7 de octubre, FJ 4º).

Esta interpretación, dada principalmente por la STC 170/2013, de 7 de octubre, FJ 4º, constituye una importante particularidad respecto a los supuestos enjuiciados en algunos pronunciamientos del TEDH, en los que la apreciación, a la vista de las circunstancias, de que el trabajador no estaba advertido de la posibilidad de que sus comunicaciones pudieran ser objeto de seguimiento por la empresa ha llevado a admitir que dicho trabajador podía razonablemente confiar en el carácter privado de las llamadas efectuadas desde el teléfono del trabajo o, igualmente, en el uso del correo electrónico y la navegación por Internet (SSTEDH de 25 de junio de 1997, asunto *Halford* c. Reino Unido, § 45; de 3 de abril de 2007, caso *Copland* c. Reino Unido, § 42 y 47).

Sin embargo, en el supuesto de que la prohibición expresa esté tipificada como infracción en el convenio colectivo de aplicación, el régimen jurídico aplicable en la empresa respecto al uso de las herramientas informáticas de su propiedad hacía factible y previsible la posibilidad de que el empresario ejerciera su facultad legal de vigilancia sobre los correos electrónicos del trabajador, tanto a efectos de supervisar el correcto cumplimiento de su prestación laboral desarrollada a través de este instrumento, como a fin de constatar que su utilización se ceñía a fines estrictamente profesionales y no personales o extralaborales. Tal circunstancia impedía en este caso abrigar una expectativa razonable de privacidad que determinara la entrada en la esfera de protección del derecho a la intimidad (STC 12/2012, FJº 5).

Lo que sí parece claro, es que en caso de existencia de prohibición expresa y conocida de utilización de los medios empresariales para uso personal, no puede existir un conflicto de derechos. Si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, 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.

4.2.4 Transparencia y uso consentido.

Resulta claro que existe un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores. Esa tolerancia crea una expectativa también general de confidencialidad en esos usos; expectativa que no puede ser desconocida, aunque tampoco convertirse en un impedimento permanente del control empresarial, porque, aunque el trabajador tiene derecho al respeto a su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por ésta para su uso y al margen de los controles previstos para esa utilización y para garantizar la permanencia del servicio.

Por ello, de acuerdo con las exigencias de buena fe, la empresa debe establecer previamente las reglas de uso de esos medios e informar a los trabajadores del control al que están sometidos¹²⁵¹. Estas reglas deben ser consecuentes y efectivas, en el sentido de gozar de aplicabilidad ante cualquier incumplimiento. De lo contrario, se convierten en arbitrarias, impidiendo una certeza y seguridad jurídica que atraerían de nuevo la expectativa de privacidad, ante la falta de conciencia de una posible sanción.

La prohibición determina que ya no exista una situación de tolerancia con el uso personal del ordenador y que tampoco exista lógicamente una "*expectativa razonable de confidencialidad*". En estas condiciones el trabajador afectado sabe que su acción de utilizar para fines personales el ordenador no es correcta y sabe también que está utilizando un medio que, al estar lícitamente sometido a la vigilancia de otro, ya no constituye un ámbito protegido para su intimidad. Por ello, ante una prohibición expresa, no debe haber actos de disposición que consientan albergar la intimidad o el secreto.

Son medidas que, por ejemplo, evitan o minimizan el acto consentido, ante una vigilancia pasiva, la ausencia de espacios personales, protegidos frente a otros trabajadores o terceros, como la existencia de contraseñas personales. En la medida que se utiliza un soporte sometido a cierta publicidad o a la inspección de otra persona, disminuye también la expectativa de privacidad. Quien manda una postal, en lugar de una carta cerrada, sabe que el secreto no afectará a lo que está a la vista; quien entra en el ordenador sometido al control de otro, que ha prohibido los usos personales y que tiene ex lege facultades de control, sabe que no tiene una garantía de confidencialidad¹²⁵²

4.2.5 Transparencia y protección de datos.

Otra manifestación de la transparencia tiene lugar también en el ámbito del derecho a la protección de datos. Radicaría en el derecho de los trabajadores a comprobar en los registros de protección de datos qué categorías de datos personales de los trabajadores puede procesar el empleador, con qué finalidad y para qué destinatarios.

Por ello, los datos recogidos en actividades de control, en la medida que sean datos personales, susceptibles de tratamiento, están afectos a una finalidad de la que previamente se ha de informar a los trabajadores. Asimismo, el trabajador, tiene derecho a acceder a los datos personales que le conciernan, tratados por su empleador y, cuando proceda, a pedir la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos en particular, debido a su carácter incompleto o inexacto (art. 12 de la Directiva 95/46/CE y arts. 15 y 16 LOPD)¹²⁵³.

¹²⁵¹ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 21 de enero de 2013, rec. N.º 4788/2012 (Normacef, NSJ046929).

¹²⁵² STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social), de 12 de febrero de 2013, rec. N.º 3182/2012 (Normacef, NSJ047577).

¹²⁵³ MARTÍNEZ FONS, Daniel: "El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa", en DEL REY GUANTER, Salvador, Dir. y LUQUE PARRA, Manuel (Coord.): "*Relaciones laborales y nuevas tecnologías*". Ed. La Ley. Madrid. 2005. Pág. 200.

4.2.6 Argumentos críticos a la justificación de la transparencia para excluir la expectativa de intimidad.

¿Puede el empresario aplicar un régimen jurídico, conocido y transparente para el trabajador, que niegue completamente la eficacia del derecho a la intimidad en la relación laboral?

En los pronunciamientos del TS de 2007 y 2011, acogidos por la doctrina constitucional en las SSTC 241/2012, de 17 de diciembre y 170/2013, de 7 de octubre, se constata la exclusión de la expectativa de intimidad y, por tanto, la eficacia del derecho, mediante la existencia y aplicación de un régimen jurídico que prohíba el uso personal de los medios tecnológicos de la empresa.

Una interpretación excesivamente formal de este criterio pudiera exceder de los límites del derecho a la libertad de empresa, en perjuicio del derecho a la intimidad, pues al fin y al cabo, se hace depender la eficacia de un derecho a la forma en que se regulan las obligaciones jurídicas de una relación. Incluso en ocasiones, estas obligaciones ni siquiera vendrán respaldadas por una norma de eficacia general (convenio colectivo), sino contractual (contrato de trabajo o pacto), e incluso, de eficacia limitada, como pueden ser las instrucciones emanadas del poder de dirección del empleador.

Si aceptamos esta interpretación, sin tener en cuenta planteamientos materiales que sopesen la existencia de otros factores a los que aplicar el resto de principios, como la buena fe de las partes o el principio de proporcionalidad, el empresario podría fácilmente incomunicar al trabajador durante su jornada de trabajo¹²⁵⁴.

Este hecho fue puesto de manifiesto en el Voto particular a la STC 241/2012¹²⁵⁵, cuando alude al trabajador “*en una situación de soledad hacia el exterior*”. Si aceptamos que el trabajador, como ciudadano, es portador de un patrimonio de derechos que no desaparecen a raíz de la contratación laboral, solo cabría admitir “*eventuales y posibles modalizaciones adoptadas por el empresario o de las regulaciones efectuadas por la negociación colectiva del uso de los medios tecnológicos existentes en la organización empresarial*”, pero no el vaciamiento total del derecho (FJ 3º del Voto particular).

4.3. EL CONSENTIMIENTO PRESTADO O PACTADO POR EL TRABAJADOR PERMITIENDO EL CONTROL EMPRESARIAL.

La irrenunciabilidad es una característica de la titularidad los derechos fundamentales, que sin embargo no obsta a que en determinadas situaciones, el sujeto pueda renunciar parcialmente a su ejercicio, prestando su consentimiento. Así, por ejemplo, el art. 18.2 CE regula que, aunque el domicilio es inviolable, se podrán realizar entradas o registros cuando exista consentimiento del titular.

Respecto al derecho a la intimidad, así como en su vertiente de derecho al secreto

¹²⁵⁴ FERNÁNDEZ ALLES, José Joaquín y PIÑERO JIMÉNEZ, Adrián: “Derechos fundamentales y uso extralaboral de internet en la relación de trabajo. A propósito de las SSTC 241/2012 y 170/2013”. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 12. Diciembre 2014. Pág. 165.

¹²⁵⁵ Voto Particular formulado por el Magistrado Valdés Dal-Ré.

de las comunicaciones, aunque el art. 18.1 y 2 CE no mencionan el consentimiento del titular como supuesto que habilita y legitima la intromisión en la vida privada o la intervención de las comunicaciones, no cabe duda que dicho consentimiento enerva la protección constitucional de estos derechos.

La LO 1/1982, de 5 de mayo, aunque en su art. 1.3, refiriéndose a la intimidad, establece como criterios fundamentales la irrenunciabilidad, la inalienabilidad y la imprescriptibilidad, el art. 2.2 regula que no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando el titular del derecho hubiera otorgado al efecto su consentimiento expreso.

En el ámbito de las relaciones laborales, cabe plantear si el consentimiento del trabajador, pactado en contrato o acordado, e incluso tácito, supone someterse voluntariamente a cualquier control que lleve a cabo el empresario sobre el trabajador y, especialmente, sobre los recursos asignados a un uso profesional. Es decir, si ante el uso de los recursos tecnológicos utilizados por los trabajadores en la empresa, cabe reconocer que éstos, al admitir con su consentimiento la auditoría o el control de sus ordenadores, permiten a la empresa, por ejemplo, acceder a sus correos electrónicos, investigar las páginas *web* visitadas e, incluso, revisar lo publicado en redes sociales.

Parece claro, que el acceso a los correos electrónicos o a las conversaciones telefónicas o telemáticas de los trabajadores, sin el conocimiento de los mismos, y por tanto sin su consentimiento, puede interceptar comunicaciones privadas, suponiendo una intromisión consciente en la vida privada de estos trabajadores. Ello implica que si estos aspectos de la vida privada de los trabajadores fueran utilizados como causa para extinguir la relación laboral, el empresario sería responsable por invasión de la privacidad del trabajador y el despido estaría injustificado.

Ahora bien, el hecho de firmar una cláusula de autorización para el registro de los equipos del trabajador, no debe legitimar un control absoluto por parte del empleador. Incluso, cabe que al firmar la cláusula, el trabajador no se sienta en unas condiciones adecuadas para que el consentimiento sea libre, siendo realmente una adhesión forzada.

Hay que advertir además, que el art. 3.5 ET impide a los trabajadores disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales o de derecho necesario, por lo que estando el derecho a la intimidad reconocido en la CE, no es fácil renunciar al mismo mientras dure su relación laboral. Por ello, el empresario debe mantener la legitimidad de su actuación, teniendo en cuenta que para que ese consentimiento prestado sea válido, debería dejar claro que existe, para lo que podría acudir a los siguientes medios:

- La incorporación de una cláusula en el contrato de trabajo en la que ambas partes reconocen y, en particular, el trabajador consiente, la intromisión empresarial en los medios utilizados por el empleado, especificándose su alcance, de forma que presuponga una justificación razonable que anule la discrecionalidad.
- El carácter previo de la prestación del consentimiento a las medidas de fiscalización empresarial, ya que de lo contrario, existiría una vulneración "*ex-ante*" del derecho, de forma que el consentimiento prestado posteriormente, no tendría el efecto directo de subsanar la actuación empresarial.

- El consentimiento ha de dejar claro el objeto de lo que el empresario puede fiscalizar, recayendo siempre en medios de la propia empresa y con una finalidad estrictamente laboral. De lo contrario, se abre la puerta a la arbitrariedad y a la inseguridad jurídica, vulnerando la expectativa de privacidad.
- Debe figurar de forma clara y expresa, de forma que se pueda demostrar que existe, bien por estar expresamente prevista en el contrato, por figurar así en un pacto posterior, o porque derive, por ejemplo, del propio sistema informático (informándose al empleado del control o posible fiscalización).

Cabe plantearse si en una relación laboral, sería válida la prestación del consentimiento de forma tácita, derivada, por ejemplo, de la simple comunicación empresarial sobre la fiscalización de los medios utilizados por el trabajador. En este caso, cabe cuestionar que la simple comunicación sirva para consentir cualquier control, pues no por ello el derecho del empresario anula el de los trabajadores, debiendo ejercerse de forma racional, justificada y equilibrada, de acuerdo a la buena fe y a una finalidad lícita, que no debe desvincularse del ámbito profesional.

Si el consentimiento expreso ya suscita serias dudas acerca de su efectividad, el tácito ha de suscitar todavía mayores recelos, sobre todo cuando el art. 2.2 LO 1/1982, exige que el consentimiento sea "*expreso*", lo que debería llevar a determinar que el consentimiento tácito no puede habilitar al control empresarial del contenido privativo del trabajador en los equipos de la empresa¹²⁵⁶.

Debe tenerse en cuenta el valor que posee la aceptación, por parte del trabajador, del control realizado por la empresa. El derecho a la intimidad preserva un ámbito que cada persona quiere reservar para sí, y consecuentemente deja fuera de su alcance todo aquello que se decida compartir con los demás. Esto abre la puerta a una concepción subjetiva de la intimidad, que queda constituida por lo que cada uno desea proteger de las intromisiones de terceros, y que permite que determinadas cuestiones o actividades queden o no amparadas por el derecho a la intimidad según la voluntad del sujeto. Llevando las cosas al terreno laboral, si el trabajador consiente sobre las características de la fiscalización patronal ésta siempre sería ajustada a derecho (salvo mala fe a través de dolo, coacción, y otros vicios que pudieran anular el consentimiento).

La propia arquitectura jurídica del derecho fundamental a la intimidad comporta la consecuencia de que si una persona da a conocer datos suyos que podrían considerarse privados, éstos dejan de serlo y no quedan amparados por su derecho a la intimidad. Lo mismo ocurre si en vez de dar a conocer abiertamente dichos datos, simplemente consiente que terceros puedan acceder a los mismos. Dicho de otra forma, la protección sólo existe en la medida en que cada individuo así lo desee, de tal modo que su voluntad sirve para levantar el muro de reserva o inaccesibilidad¹²⁵⁷. En palabras del TC "*e/*

¹²⁵⁶ SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa: "El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores". *Revista jurídica de Castilla y León* (Junta de Castilla y León). N.º 2. 2004. Pág. 161.

¹²⁵⁷ SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina: "Escuchas telefónicas a teleoperadoras". *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* (edición digital) N.º 4/2004. BIB 2004\322. Pág. 6.

consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad" (STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2º).

También en sede constitucional, la STC 241/2012, de 17 de diciembre, ha entendido que no hay privacidad cuando de los propios actos o manifestaciones del trabajador se deriva la ausencia de privacidad, al tener acceso otros usuarios. Así, la utilización de un ordenador sin contraseña de acceso, en cuyo disco duro se archivan conversaciones, es un acto del interesado que elimina todo espacio de intimidad, entendiendo que incluso se trata de una conversación abierta y no secreta que carece de protección constitucional.

Sin embargo cabe destacar el Voto Particular formulado por el magistrado VALDÉS DAL-RÉ a esta sentencia, pues sostiene que la protección constitucional se mantiene incluso con el incumplimiento de las órdenes empresariales. Es decir, una cosa es la legitimidad para el control en la interceptación del ordenador o de las comunicaciones y otra, la constatación de conductas que por infracción de las órdenes empresariales toleran la imposición de sanciones. Y es cierto que la sentencia confunde gravemente ese doble plano, soslaya que la desatención de las órdenes empresariales, incluso la que tenga naturaleza disciplinaria, no puede justificar lesiones de derechos fundamentales (por todas, STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 5º).

Este punto de vista es bastante lógico, pues si el control es arbitrario y extralimitado, ya se produce en sí la lesión del derecho fundamental, independientemente del resultado de la inspección o control. Pero parece que en estos casos, la proporcionalidad va más en línea con la gravedad de la conducta, que por el equilibrio entre la justificación y la medida de control.

Un paso más se ha producido en la STC 170/2013, de 7 de octubre, en la que se plantea si es legítimo y acorde al derecho a la intimidad el acceso por el empresario al contenido de los correos electrónicos de un trabajador sin su consentimiento. De hecho, ni siquiera la empresa había elaborado previamente un manual o código de conducta sobre la adecuada utilización de las herramientas informáticas de la empresa y su eventual destino a fines personales. La única información era la previsión de la conducta en el convenio colectivo aplicable como infracción leve. Pues bien, el TC consideró que no se vulneran los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones al quedar amparado el poder de dirección del empresario por la previa tipificación en el Convenio Colectivo sectorial aplicable a la empresa.

Esta interpretación vuelve a plantear la duda que el magistrado VALDÉS DAL-RÉ planteó en la STC 241/2012, de 17 de diciembre, ya que parece que predomina la gravedad de la conducta, sobre la gravedad de la intromisión. Y es que solo la existencia de indicios que satisfagan el juicio de proporcionalidad, podría legitimar la intromisión que, en caso de ser injustificada o arbitraria, podría dar por resultado el conocimiento de datos verdaderamente privados o sensibles, en lugar de un determinado incumplimiento. Es aquí, donde resultan de aplicación el resto de principios aplicables a la vigilancia, en el sentido de tener en cuenta la finalidad del registro, la posible expectativa de intimidad, así como el principio de proporcionalidad.

Pero además, cabe plantearse si los datos personales conocidos a través de la fiscalización empresarial, quedan protegidos respecto al derecho de autodeterminación

informativa. Y es que la LOPD dispone en su art. 6.1 que el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento del afectado. Ahora bien, se exceptúa de este consentimiento los datos que se refieren a personas vinculadas por una relación laboral y sean necesarios para el mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del contrato.

Esto mismo parece corroborarse en el art. 11.2 de la misma Ley, al establecer que el consentimiento exigido no será necesario cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros.

Ahora bien, la LOPD no permite tampoco una cesión en blanco de datos personales por el mero hecho de existir una relación laboral. Los datos cuya autorización no es necesaria, solo deben abarcar a los necesarios para la formalización de la relación laboral y, en su caso, los imprescindibles para la realización de la misma en condiciones adecuadas. Pero no puede consistir en entender que cualquier dato de carácter personal extralaboral, no necesita el consentimiento.

Por tanto, los datos recabados en la actividad de control, en la medida que no sean necesarios o derivados de la relación laboral, en caso de ser tratados, deberían contar con el consentimiento del trabajador, estando vinculados, además, al resto de garantías que impone la normativa de protección de datos.

4.4. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE.

El principio de la buena fe actúa como criterio ordenador e inspirador de las relaciones jurídicas. Se superpone al propio comportamiento de las partes y modaliza el contenido y los efectos del contrato de trabajo de acuerdo a las reglas de conducta socialmente consideradas como dignas de respeto. Esta labor integradora alcanza tanto al ejercicio del poder de dirección del empresario, como al trabajador¹²⁵⁸.

El art. 20.2 ET establece expresamente que empresario y trabajador se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe. Por su parte, el art. 5.a) ET configura como deber del trabajador cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia.

El TC ha utilizado el principio de la buena fe para modular los intereses en conflicto al caso concreto, configurándolo como un deber accesorio del trabajador, independientemente de que la CE exija expresamente o no su observancia [art. 5.a) ET]: *“El fraude, la deslealtad o la conducta realizada con abuso de confianza no podrán buscar amparo bajo norma constitucional declarativa de derecho alguno”* (STC 6/1988, de 21 de enero). Ello produce las siguientes consecuencias¹²⁵⁹:

- Por un lado, es posible que determinadas obligaciones contractuales impongan

¹²⁵⁸ POQUET CATALÁ, Raquel: *“El actual poder de dirección y control del empresario”*. Cuadernos de Aranzadi Social. Ed. Aranzadi. Cizur Menor. 2013. Págs. 65-66.

¹²⁵⁹ COLÀS NEILA, Eusebi: *“Derechos Fundamentales del trabajador en la era digital: Una propuesta metodológica para su eficacia”*. Ed. Bomarzo. Albacete. 2012. Pág. 105.

restricciones específicas al ejercicio del derecho fundamental. Si en aplicación del principio de buena fe, el objeto del contrato impone esa limitación para dar satisfacción a su cumplimiento, no puede invocarse el derecho fundamental para eximirse de tal obligación.

- Por otro lado, este principio impone la prohibición de ampararse en el ejercicio del derecho fundamental para incumplir obligaciones laborales o pretender su modificación.

Ello no implica que la buena fe constituya un límite inmanente al ejercicio de los derechos fundamentales. Ni aparece consagrada en la CE, ni en ningún precepto constitucional se advierte que el ejercicio de un derecho fundamental deba adecuarse a las exigencias de la buena fe. Es el propio derecho fundamental el que debe quedar sujeto en su ejercicio a los límites que resulten justificados por la necesaria protección de otros derechos constitucionales¹²⁶⁰.

Por tanto, sería un enfoque equivocado el que enfrenta buena fe y derecho fundamental, queriendo buscar cual de ellos tiene prioridad y cual debe ser sacrificado. La buena fe es la atmósfera en la que debe desenvolverse el tráfico jurídico en su integridad y, por tanto, el cauce natural por el que ha de discurrir el ejercicio de los derechos, incluyendo a los fundamentales¹²⁶¹.

Así, el ejercicio de los derechos fundamentales no puede implicar una modificación unilateral de las obligaciones asumidas en el contrato: El trabajador no puede invocar las libertades constitucionales para romper el marco normativo y contractual de las relaciones jurídico-privadas (STC 6/1988, de 21 de enero), en tanto que los derechos fundamentales *“no constituyen por sí mismos cláusulas de excepción que justifiquen el incumplimiento por parte del trabajador de sus deberes laborales”* (STC 129/1989, de 17 de julio). Por consiguiente, la buena fe no es más que una necesidad general derivada del desenvolvimiento de todos los derechos (STC 120/1983, de 15 de diciembre, FJ 2º).

Para que exista transgresión por parte del trabajador se requiere que éste actúe con plena conciencia de que su conducta elimina los valores éticos que deben inspirar el cumplimiento de sus obligaciones, o bien que excede de la confianza recibida de la empresa. No es necesario acreditar un daño, si bien la existencia de un perjuicio es uno de los factores a considerar en la ponderación de la gravedad de la transgresión. En este sentido, la utilización de las herramientas informáticas puestas a disposición del trabajador puede constituir una transgresión de la buena fe y un abuso de confianza, en la medida que supone un incumplimiento contractual¹²⁶².

Ahora bien, el principio de la buena fe también incumbe al empresario. GIL y GIL

¹²⁶⁰ MORENO GARCÍA, Antonio: “Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 38. Mayo-agosto 1993. Págs. 269-270.

¹²⁶¹ MONTOYA MELGAR, Alfredo: *“La buena fe en el Derecho del Trabajo”*. Ed. Tecnos. Madrid, 2001. Pág. 90.

¹²⁶² GRAU PINEDA, Carmen: “La transgresión de la buena fe contractual en el uso personal del ordenador de la empresa: La legitimidad del control empresarial”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* 11/2008. BIB 2008\2115. Pág. 7.

afirma un triple deber empresarial: Prevenir el menoscabo de los derechos fundamentales del trabajador, acomodar la organización de forma razonable a su ejercicio y protegerlos a través del ejercicio de sus poderes empresariales¹²⁶³.

El TS ha establecido las variables para ponderar los intereses entre empresario y trabajador, y expresamente, respecto a la cautela empresarial, da un contenido a la buena fe, en lo referente al control y vigilancia sobre el ordenador. Son muestras de un buen hacer de la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe¹²⁶⁴:

- Establecer previamente las reglas de uso de esos medios, con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales.
- Informar a los trabajadores del control y de los medios que han de aplicarse para comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse, en su caso, para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones.
- Si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se vulnere "*una expectativa razonable de intimidad*".

Por tanto, la buena fe debe presidir la vigilancia y control empresarial, así como el respeto del trabajador a las normas y a las órdenes e instrucciones del empleador. Ello abarca a la actitud del trabajador respecto al uso de una herramienta de trabajo: Su uso para fines diversos, puede suponer transgredir la buena fe contractual. Pero incluso en los casos de desvío hacia un uso personal, es posible que no implique mala fe, sobre todo si no ha habido contravención a una orden o advertencia previa por parte de la empresa y no se causa ningún daño material, ni de tiempo de trabajo.

La importancia de la advertencia, que se ha ido con el tiempo rebajando, radica en que la indeterminación normativa y la ausencia de prohibición expresa genera un razonamiento lógico de uso personal, siempre y cuando no se causen perjuicios. El hecho de que todos los trabajadores lleven a cabo esa práctica, puede suponer que se convierta en un uso general, consentido y por tanto, admisible. Ello incluso puede provocar discriminaciones a la hora de llevar a cabo medidas disciplinarias, sobre todo cuando se procede contra un trabajador en concreto y no con el resto, lo que a su vez lleva a la inversión de la carga de la prueba, al tener la empresa que motivar su decisión sancionadora (por ejemplo, el despido), en datos objetivos que demuestren un ilícito o indisciplina, o el descuido a sus deberes laborales.

La jurisprudencia en este punto, ante un concepto jurídico indeterminado, ha tratado de delimitar que la transgresión de la buena fe contractual se ha de entender concordando la "*bona fides*" con el "*honeste vivere*" del derecho clásico, que se concreta

¹²⁶³ Véase el desarrollo de este triple deber empresarial en: GIL Y GIL, José Luis: "El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador". *Revista Doctrinal Aranzadi Social* (edición digital) N.º 13/2003 . BIB 2003\1246. Págs. 1-19.

¹²⁶⁴ STS (Sala de lo Social), de 26 de septiembre de 2007, rec. N.º 966/2006. FJ 4º.

en la existencia de un obrar acorde con las reglas naturales y comunes de la honestidad y la rectitud, conforme a los criterios morales y socialmente imperantes. El cumplimiento leal y de buena fe de las obligaciones laborales proscribiera cualesquier acto del trabajador intencionalmente dirigido a inferir un daño material o moral al empleador, supuesto éste, en el que el fraude, la deslealtad o la conducta realizada con abuso de confianza no podrían buscar amparo bajo norma constitucional declarativa de derecho alguno¹²⁶⁵. Donde falta la honradez y lealtad debidas hay un incumplimiento y no hay ejercicio de derecho, ni fundamental ni ordinario, no pudiendo haber amparo, sino sanción¹²⁶⁶.

Por tanto, ante una utilización inocua, sin ningún tipo de costes, daños o perjuicios inferidos a la empresa, sin que exista prohibición expresa, no se viola la transgresión de la buena fe, ni se genera causa para exigir responsabilidad, ni siquiera, afecta al marco de lealtad del trabajador en la relación laboral. Es más, el equilibrio que impone la relación laboral, en el que se exige la buena fe tanto a empresario como al trabajador, podría llevar a considerar como mala fe del empleador la sanción por utilización distinta a los fines para los que han sido puestos a disposición del empleado los recursos de la empresa, cuando sin prohibición expresa, se haya llegado a un uso consentido y generalizado.

Y aún en el caso de que sin orden o instrucción previa, el empresario tuviera la intención de excluir conductas de uso particular por los empleados de sus recursos tecnológicos, cabe también deducir que en beneficio de la seguridad jurídica, puede arbitrar los mecanismos para reducir o evitar dicha utilización.

En el caso de existir prohibición expresa para la utilización de los recursos de la empresa para fines personales, su incumplimiento, en principio, sería causa de indisciplina o desobediencia. Sin embargo, la buena fe debe exigir al empleador, además, un verdadero interés empresarial en la medida de control, de forma que ésta sea informada, necesaria, suficiente, razonable y proporcionada¹²⁶⁷.

Por tanto, el deber de informar verazmente al trabajador de las cuestiones que afecten al pacto, delimitando sus obligaciones, puede considerarse accesorio al de buena fe empresarial. La buena fe obliga a transmitir la información necesaria para el buen fin de la prestación laboral, cumpliendo la finalidad de instrucción, incluyendo los actos ilícitos o que puedan afectar al interés de la empresa¹²⁶⁸.

Cabe plantearse en este equilibrio necesario, propio del contrato del trabajo, si el grado de buena fe exigible al trabajador puede disminuir en concordancia con la mayor o menor seguridad, incluso jurídica, del empresario, en la emisión clara y precisa de sus órdenes e instrucciones. A pesar del carácter objetivo de la buena fe como criterio de

¹²⁶⁵ STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Social), de 19 de enero de 2001, rec. N.º 865/2000 (Ar. JUR 2001\99840).

¹²⁶⁶ MONTOYA MELGAR, Alfredo: *“La buena fe en el Derecho del Trabajo”*. Ed. Tecnos. Madrid, 2001. Pág. 94.

¹²⁶⁷ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana: *“Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores”*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2015. Pág. 138.

¹²⁶⁸ MONTOYA MELGAR, Alfredo: *“La buena fe en el Derecho del Trabajo”*. Ed. Tecnos. Madrid, 2001. Pág. 72.

ponderación, sin embargo, la ausencia de medidas que concreten el cumplimiento de la prestación, o que inciten o promuevan prácticas no prohibidas expresamente, pero distintas a la finalidad de la prestación, podrían justificar una conducta más propia del ejercicio legítimo de un derecho que de una extralimitación del mismo.

4.5. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

4.5.1 La colisión de derechos y el principio de proporcionalidad.

La tecnología ofrece al empleador importantes posibilidades para el control de las comunicaciones, tanto telefónicas como telemáticas, comprobando, por ejemplo, el número de llamadas o mensajes enviados y recibidos o el formato de los documentos adjuntos; pero sin embargo, algunas de estas posibilidades, como el acceso al contenido de las llamadas o a los mensajes electrónicos, es desproporcionada. Por ello, cabe adoptar medidas en proporción al riesgo, pudiendo incluso utilizar mecanismos de bloqueo más que de vigilancia.

Así, por ejemplo, respecto a la vigilancia en el acceso a Internet por parte de los trabajadores, cabe utilizar programas que impidan la conexión a categorías predeterminadas de sitios *web*. Es posible consultar la lista global de los sitios *web* visitados por el personal, bloqueando aquellos que no tuvieran utilidad para el trabajo, salvo que el trabajador, informado previamente, justifique el acceso. En el caso del correo electrónico, cabe limitar el número y tamaño de los mensajes enviados o recibidos, e incluso desviar aquellos que contengan virus o *spam*.

Por tanto, en virtud del principio de proporcionalidad cabe excluir el control general de los mensajes electrónicos y de Internet de todo el personal, salvo si resulta necesario para garantizar la seguridad del sistema. De esta forma, el control debe tratar de minimizar todo lo posible la intromisión en la vida privada de los trabajadores.

Así, el control del correo electrónico debería limitarse a los datos sobre tráfico de los participantes y tiempo, más que al contenido. Si el acceso al contenido de los mensajes es indispensable, habrá que tener en cuenta el respeto a la privacidad de los destinatarios, tanto externos e internos en la organización y desde luego, este control debe estar justificado y no ser arbitrario. Además, el empleador no puede obtener el consentimiento de las personas ajenas a la organización que envían mensajes a los miembros de su personal, que a su vez están sujetos a control.

Esta proporcionalidad no debe ser un concepto interpretable por una sola de las partes, pues posiblemente quedaría viciado. Una solución posible sería aprovechar la negociación colectiva, como punto de encuentro y acuerdo de lo que debe entenderse proporcional y excesivo, en función del riesgo que puede sufrir el empleador¹²⁶⁹.

4.5.2 El juicio de proporcionalidad.

El juicio de proporcionalidad resulta un pro idóneo para resolver casos concretos

¹²⁶⁹ LANZADERA ARENCIBIA, Eugenio: “El derecho a la intimidad del trabajador frente al control y vigilancia empresarial a través de las TICs”, en MONTERROSO CASADO, Esther (Dir.): “*Responsabilidad empresarial*”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016. Pág. 507.

donde entran en juego principios tendencialmente contradictorios que en abstracto pueden convivir sin dificultad¹²⁷⁰. Es por ello que en la confrontación de intereses que se produce en la relación laboral, resulta de gran utilidad a efectos de justificar y ponderar la restricción de derechos del trabajador frente al poder de dirección y, específicamente, frente a las medidas de control y vigilancia empresarial, sobre todo cuando no hay una regulación legal concreta y aplicable.

El TC aplica el juicio de proporcionalidad por la posición preeminente que ocupan en el ordenamiento jurídico los derechos fundamentales, lo que motiva que las eventuales limitaciones que deban soportar aquéllos sean excepcionales y restrictivas. No es suficiente un interés empresarial para restringir derechos, sino que implica que la medida restrictiva ha de ser la única forma de alcanzar un legítimo interés empresarial.

Además del juicio de proporcionalidad, en la aplicación al derecho a la tutela judicial efectiva, MERCADER UGUINA se refiere además al juicio de razonabilidad, como aquel que busca la sensatez, es decir, la adecuación de la respuesta judicial a los criterios de congruencia, motivación, razonabilidad y ausencia de error patente¹²⁷¹.

De conformidad con la doctrina del TC, “*la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad*” y para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes¹²⁷²:

4.5.2.1 El juicio de idoneidad de la medida de acuerdo a la finalidad.

El juicio de idoneidad consiste en determinar si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, es decir, comprobar el correcto cumplimiento de la prestación laboral, y en su caso, adoptar las medidas para que ésta se desarrolle de la forma más organizada, eficiente, productiva, rentable o segura posible¹²⁷³.

La finalidad de la medida de control empresarial no puede ser otra que la de comprobar el adecuado cumplimiento de la prestación laboral y el correcto funcionamiento de la organización productiva, por lo que sólo se podrán controlar momentos, aspectos o circunstancias de la prestación laboral con repercusión contractual, tanto porque expresen el grado de cumplimiento del contrato, o la calidad del trabajo, como porque sirvan para vigilar o determinar el cumplimiento de obligaciones empresariales¹²⁷⁴.

¹²⁷⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis: “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (Universidad Carlos III), N.º 8. Enero-Junio 2000. Pág. 446.

¹²⁷¹ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: “La aplicación del Derecho del Trabajo por el Tribunal Constitucional”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º 88. 2010. Pág. 162.

¹²⁷² STC 186/2000, de 10 de julio.

¹²⁷³ ROQUETA BUJ, Remedios: “*Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa*”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2005. Pág. 57.

¹²⁷⁴ GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago: “La informática en el seno de la empresa. Poderes del empresario y condiciones de trabajo”, en ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón y ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo,

Este juicio está relacionado por tanto con el principio de que la finalidad de la medida debe ser lícita y a su vez legítima. Este principio de finalidad implica que los medios de vigilancia y control utilizados han de ser ajustados a un fin determinado, y que éste, sea explícito y legítimo. Las medidas de control han de tener por única finalidad verificar el cumplimiento de los deberes laborales y guardar la consideración debida a la intimidad y a la dignidad del trabajador. Si la medida deviene inútil para este fin, deviene en absurda y carente de sentido en un Estado de derecho¹²⁷⁵.

De acuerdo a la finalidad de la vigilancia y control, surge el principio de la “*compatibilidad*” que significa que si los datos recabados se justifican a efectos de seguridad, no podrán tratarse posteriormente con otro objetivo, por ejemplo, para supervisar el comportamiento del trabajador:

Cuando el empresario ejerce su poder fiscalizador sobre la actividad del trabajador y no se puede separar trabajo y persona es necesario en primer lugar la presencia de una causa que justifique aquella fiscalización de la esfera privada del trabajador. La ausencia de causa impide entrar a analizar cualquier juicio de proporcionalidad. Así, por ejemplo, si la finalidad es reparar una avería o fallo del ordenador, no se justifica el acceso a la información guardada en dicho ordenador¹²⁷⁶.

Existen *determinadas formas de control que pueden resultar incompatibles con el derecho a la intimidad que, aunque puede ceder ante “intereses constitucionalmente relevantes”*, para ello es preciso que las limitaciones impuestas sean necesarias para lograr un fin legítimo y sean también proporcionadas para alcanzarlo y respetuosas con el contenido esencial del derecho¹²⁷⁷.

El control informático sólo puede registrar los aspectos relativos a la prestación de trabajo, es decir, comprobar el cumplimiento por parte del trabajador de su obligación contractual de carácter laboral. Por ello, el control no puede recaer sobre la persona, negando cualquier espacio de libertad e intimidad en el puesto de trabajo, donde sea posible la manifestación de la persona¹²⁷⁸. A pesar de ello, se han considerado lícitos los controles que sin suponer intromisión en los contenidos privados del trabajador, sólo se centren en aspectos cuantitativos que indaguen el tipo de aplicaciones utilizadas, de documentación o programas empleados o instalados¹²⁷⁹, o que se limite a realizar una estadística relativa al tiempo de conexión a los sitios de Internet que no guarden relación

Coords.: “*Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo*”. Ed. Bomarzo. Albacete. 2004. Pág. 39.

¹²⁷⁵ BARNES VÁZQUEZ, Javier: “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”. *Cuadernos de Derecho Público*. N.º 5. Septiembre-diciembre 1998. Pág. 25.

¹²⁷⁶ STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 6 de noviembre de 2008, rec. N.º 4148/2008 (AS/2009/195).

¹²⁷⁷ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 3 de junio de 2008, rec. N.º 2818/2008 (AS/2008/1609).

¹²⁷⁸ DE VICENTE PACHÉS, Fernando: “*El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*”. Centro Económico y Social, Madrid, 1998. Págs. 77 y 78.

¹²⁷⁹ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 30 de marzo de 2006, rec. N.º 8055/2005 (Ar. JUR/2006/254693).

alguna con el trabajo, precisamente, para poder comprobar la desobediencia a las instrucciones empresariales de las normas establecidas¹²⁸⁰.

Sin embargo, es conveniente poner en relación la cuestión del control “*exclusivamente*” a efectos laborales, con la obligación del trabajador de obediencia y disciplina, de acuerdo al principio de la buena fe que debe presidir la relación laboral. Si existen órdenes e instrucciones derivadas del poder de dirección (protocolo, código de conducta), o incluso negociadas a nivel individual o colectivo (acuerdo, pacto, contrato, convenio colectivo), el control empresarial idóneo ha de respetar dicho marco y comprobar, de acuerdo al mismo, cualquier incumplimiento del que se pueda derivar responsabilidad al trabajador:

- Responsabilidades disciplinarias derivadas de la transgresión de la buena fe y abuso de confianza [(art. 54.2.d) ET] o por disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado [art. 54.2.e) ET].
- Indisciplina o desobediencia derivada del incumplimiento de las directrices establecidas en la empresa sobre el uso de los medios puestos a disposición del trabajador [art. 54.2.e) ET]. Los trabajadores que utilizan los medios tecnológicos de información y comunicación de la empresa con fines personales, estando prohibida dicha utilización, incurrir en un ilícito contractual. Además, pueden aprovechar este sistema de comunicación para cometer otros ilícitos contractuales en perjuicio de la empresa¹²⁸¹.

De ahí la importancia de disponer de un marco regulador de las condiciones para la utilización de estos medios, pues su carencia únicamente permitirá al empleador la exigencia de responsabilidad por falta de realización del trabajo debido. Por ello, el control no debería dirigirse más allá del ámbito laboral, es decir, sobre el uso personal que el trabajador haga de estos medios de acuerdo a la buena fe, siempre y cuando no incurra en comportamientos ilícitos, o que conlleven daños y perjuicios a la empresa.

4.5.2.2 El juicio de necesidad.

Este juicio pretende aclarar si una vez que se ha demostrado que la medida de control es idónea, es también necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia. Es decir, tiende a valorar el grado de necesidad requerido por la empresa para ejercer el control.

Ello implica que la actuación empresarial de vigilancia es el recurso adecuado para salvaguardar los intereses de la empresa. Si, por el contrario, hay otras medidas preventivas que no necesitan llegar al extremo de intervenir estos medios, suponiendo además, una intromisión en la esfera privada del trabajador, la medida no será necesaria.

En palabras de GARCÍA PERROTE, este principio significa que la limitación del

¹²⁸⁰ STSJ del País Vasco (Sala de lo Social), de 25 de septiembre de 2007, rec. N.º 1754/2007 (AS/2008/40).

¹²⁸¹ RIBAS ALEJANDRO, Javier: “Actos desleales de trabajadores usando sistemas informáticos e Internet”. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 21. 2004. Págs. 105 y ss.

derecho fundamental del trabajador, cualquiera que sea, “sólo puede tener lugar y está justificada si es estrictamente necesaria o indispensable para satisfacer el interés empresarial, o en otros términos, si no hay otra forma de satisfacer este interés, pues si así fuera habría que optar por esa forma alternativa que no restringe en absoluto, o restringe menos, el derecho del trabajador”¹²⁸².

Es decir, cabe plantearse si la intervención de los recursos objeto de control, supone realmente una necesidad para salvaguardar el funcionamiento de la empresa y de protegerse contra una actuación de los trabajadores, capaz de perjudicar sus intereses, o bien, si a través de otros medios de prevención o de control, puede evitarse esta práctica.

Cuando existen otros medios menos intrusivos en la intimidad del trabajador, que igualmente pudieran satisfacer el interés empresarial para comprobar la actividad del trabajador en su tiempo de trabajo, el acceso a la información personal no es necesaria. Existen controles preventivos e indirectos sobre la navegación que pueden impedir visitar las paginas o lugares no autorizados o, incluso, cabe consultar el tiempo de conexión a los sitios no autorizados, que asimismo hubiera permitido tomar conocimiento de los datos imprescindibles para la comprobación del uso que se venía haciendo de los accesos a Internet que no fueran los permitidos¹²⁸³.

Desde un punto de vista respetuoso con los derechos fundamentales, sólo en circunstancias excepcionales o justificadas se considerará necesaria la vigilancia del contenido del correo electrónico o de la utilización de Internet de un trabajador sin previo aviso. Solo sería necesario dicho acceso, cuando fuera el único medio para obtener una confirmación o una prueba de determinados actos del mismo.

Los incumplimientos provocados por el trabajador pueden provocar graves irregularidades que justifiquen el control empresarial y la vigilancia de los medios empresariales puestos a su disposición, causando un daño tangible (prestación deficiente del trabajo, dejación de funciones, daños en los propios equipos, etc), o intangible, pues puede tratarse simplemente de un quebranto de valores tales como la lealtad, la honorabilidad, probidad y confianza. Pero a pesar de la inexistencia de perjuicio alguno a la empresa no se enerva la transgresión para cuya consideración también deben valorarse las condiciones personales y profesionales del trabajador y la confianza depositada en él. Tampoco es necesaria la concurrencia de dolo en la conducta entendida como conciencia y voluntad en su realización, pues basta que los hechos se produzcan de manera culposa, si la culpa es grave e inexcusable, para estimar cometida la infracción de la norma¹²⁸⁴.

Cabe mencionar que la apertura del correo electrónico de un trabajador puede también resultar necesaria por razones distintas del control o la vigilancia, por ejemplo

¹²⁸² GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: “Ley, convenio colectivo y derechos fundamentales del trabajador”. *Revista de Derecho Social*. N.º 4. 1998. Pág. 48.

¹²⁸³ STSJ de Cantabria (Sala de lo Social), de 18 de enero de 2007, rec. N.º 1149/2006 (Ar. Social 2007/1030), FJ 4º.

¹²⁸⁴ APILLUELO MARTÍN, Margarita: “Contornos de control empresarial de la intimidad del trabajador ante las nuevas tecnologías y a la luz de la doctrina judicial”. *Aranzadi Social* 4/2003 (Estudio). Pamplona, 2003. Pág. 9.

para mantener la correspondencia cuando el trabajador está ausente (por ej. enfermedad o vacaciones) o cuando la correspondencia no puede garantizarse de otra forma (por ej. mediante las funciones de respuesta o desviación automática). Todo ello debería contar con un procedimiento conocido por el trabajador, justificado y garante de la privacidad.

4.5.2.3. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto o "juicio de ponderación".

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto implica un juicio de ponderación, que tiende a sopesar si la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. Para esta ponderación, se utilizan distintos elementos de juicio, como por ejemplo, si los controles son conocidos por los trabajadores o han sido instalados subrepticiamente, si la interceptación de las comunicaciones se hace o no indiscriminada y masivamente, si se controlan sólo las llamadas de entrada que realizan los clientes a los trabajadores o también las de salida, o si los trabajadores disponen o no de teléfonos no intervenidos para efectuar y recibir llamadas particulares¹²⁸⁵.

Todo ello entraña la necesidad de proceder a una ponderación adecuada que respete la definición y valoración constitucional de los derechos fundamentales y que atienda a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto¹²⁸⁶. En este sentido, es necesario identificar la conexión entre medio y fin: Cuanto más se aleje la medida idónea y necesaria de su fin inmediato, más indebida resulta su justificación¹²⁸⁷.

Esta ponderación podría llevar a un cierto subjetivismo conducente a la posibilidad de que no haya una sola respuesta a cada planteamiento, pero en cualquier caso, lo que nos indica es cómo se debe fundamentar una conducta o medida para resolver un conflicto entre el derecho y su límite¹²⁸⁸.

4.5.3 La aplicación del principio de proporcionalidad a supuestos concretos.

Uno de los casos más recientes enjuiciado por el TC, versa sobre el discutido acceso a los correos electrónicos de un trabajador, en el que existía como falta tipificada en convenio colectivo "*la utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa (correo electrónico, Intranet, Internet, etc.) para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral*". La STC 170/2013, de 7 de octubre, estimó que el acceso por la empresa a los correos electrónicos del trabajador reunía las exigencias requeridas por el juicio de proporcionalidad.

¹²⁸⁵ ROQUETA BUJ, Remedios: "Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa". Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2005. Pág. 58.

¹²⁸⁶ STC 151/2004, de 20 de septiembre.

¹²⁸⁷ BARNES VÁZQUEZ, Javier: "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar". *Cuadernos de Derecho Público*. N.º 5. Septiembre-diciembre 1998. Pág. 27.

¹²⁸⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis: "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades". *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (Universidad Carlos III), N.º 8. Enero-Junio 2000. Pág. 449.

Se trataba en primer lugar de una medida justificada, puesto que su práctica se fundó en la existencia de sospechas de un comportamiento irregular del trabajador. En segundo término, la medida era idónea para la finalidad pretendida por la empresa, consistente en verificar si el trabajador cometía efectivamente la irregularidad sospechada: La revelación a terceros de datos empresariales de reserva obligada, al objeto de adoptar las medidas disciplinarias correspondientes. En tercer lugar, la medida se consideró necesaria, dado que, como instrumento de transmisión de dicha información confidencial, el contenido o texto de los correos electrónicos serviría de prueba de la citada irregularidad.

La medida se consideró ponderada y equilibrada, no siendo desmedida ante la gravedad de los hechos descubiertos. El control se llevó a cabo por un perito informático y un notario, que dieron fe de los correos electrónicos aportados por la empresa como prueba en el proceso de despido. El contenido de estos mensajes no reflejaban aspectos específicos de la vida personal y familiar del trabajador, sino únicamente información relativa a la actividad empresarial, cuya remisión a terceros, implicaba una transgresión de la buena fe contractual. De ahí que, atendida la naturaleza de la infracción investigada y su relevancia para la entidad, no se apreció que la acción empresarial de fiscalización resultara desmedida respecto a la afectación sufrida por la privacidad del trabajador (STC 170/2013, de 7 de octubre, FJ 4º).

Sin embargo, como ya se había adelantado, esta sentencia valora más la gravedad de la conducta que el medio empleado en obtener la información que constata la irregularidad. Es decir, es el resultado de la investigación lo que provoca una decisión en la que no se aprecia la vulneración de los derechos fundamentales. Ello, de alguna forma, libera al empresario de una justificación objetiva, a la hora de llevar a cabo un registro que, en principio, vulneraría los derechos fundamentales del trabajador.

Existen, por contra, otros casos, a los que recurrimos a título de ejemplo, en los que el medio de control empleado puede ser el idóneo, pero no necesario: "*A pesar que la medida de monitorización resultaba idónea para conseguir los fines pretendidos, no era necesaria, por cuanto era posible el recurso a aplicaciones informáticas alternativas y menos intrusivas en el derecho fundamental, útiles al fin propuesto*"¹²⁸⁹.

Otras veces, es la propia elección interesada del trabajador sobre el que se ejerce el control, lo que provoca una discriminación, por ejemplo, cuando se elige a un trabajador y no a otro por la pertenencia a un sindicato, o cuando la elección es arbitraria¹²⁹⁰. Los procedimientos de selección deben ser aleatorios o fundarse en razones objetivas como el acceso a informaciones confidenciales por parte de determinados trabajadores¹²⁹¹.

Un caso típico y aceptado de grabación de las conversaciones de los trabajadores con los clientes, con la finalidad de control de servicio, se produce en el sector de *Telemarketing*, siendo reiterada su justificación por el principio de proporcionalidad,

¹²⁸⁹ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 31 de enero de 2002, rec. N.º 3568/2001.

¹²⁹⁰ DE VICENTE PACHÉS, Fernando: "*El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*". Centro Económico y Social, Madrid, 1998. Pág. 232.

¹²⁹¹ AGUT GARCÍA, Carmen: "Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre útiles y herramientas de trabajo y otros efectos de la empresa". *Tribuna Social*. N.º 163. Valencia, 2004. Pág. 31.

además de concurrir con una finalidad legítima y equilibrada. En todos los casos, el supuesto de hecho es similar al siguiente:

- La empresa facilita a los trabajadores un teléfono de uso exclusivamente profesional al servicio de la empresa, para la realización de actividades de *telemarketing*.
- La empresa controla la actividad de los trabajadores, a través de una monitorización que consiste en ver, oír y grabar aleatoriamente las conversaciones.
- Este control tiene como finalidad controlar el contenido de las llamadas y calificarlas, *“para corregir los defectos de técnica comercial y disponer lo necesario para ello, incluso la realización de cursos de formación, comentando, normalmente después de su intervención, el resultado de su calificación al trabajador controlado personalmente para su comentario y, siempre, a través de la página web del empleado”*.

En el orden Social, la valoración jurídica, que en su caso hace el TS, como doctrina de casación, extendiéndose a los TJS y a su doctrina de suplicación, es la siguiente¹²⁹²:

- La *“monitorización”* o control empresarial se realiza en condiciones de respeto a la legislación vigente por cuanto tiene como único objeto controlar la actividad laboral del trabajador en condiciones de respeto a su esfera íntima inatacable.
- Es proporcionado el control del teléfono destinado a *telemarketing* y puesto a disposición de los trabajadores cuando a la vez disponen de otro teléfono para sus conversaciones particulares, conocen que ese teléfono lo tienen sólo para trabajar y conocen igualmente que puede ser intervenido por la empresa. Además, solo se controlan las llamadas que recibe el trabajador y no las que hace y la forma aleatoria del control -un 0,5%-, tiene la finalidad exclusiva de controlar la buena realización del servicio para su posible mejora.
- Es un control necesario puesto que no se conoce otro medio más moderado para obtener la finalidad que se pretende -juicio de necesidad-, es idóneo para el mismo fin -juicio de idoneidad- y ponderado o equilibrado porque de ese control se pueden derivar beneficios para el servicio que presta la empresa y no parece que del mismo se puedan derivar perjuicios para el derecho fundamental de los trabajadores -proporcionalidad en sentido estricto-.

4.5.4 ¿Resulta suficiente el principio de proporcionalidad para garantizar los derechos fundamentales del trabajador frente a la libertad de empresa?

A pesar de los requisitos de la medida de control empresarial sobre los medios utilizados por los trabajadores, que garanticen su idoneidad, necesidad y adecuada ponderación entre los intereses enfrentados, cabe llamar la atención sobre el amplio margen que todavía se permite a la empresa en cuanto al poder de disposición de los resultados obtenidos a través del control y vigilancia.

¹²⁹² STS (Sala de lo Social), de 5 de diciembre de 2003, rec. N.º 52/2003 (Ar. RJ/2004/313).

En primer lugar, hay que destacar que la aplicación de la proporcionalidad requiere el respeto al contenido esencial del derecho, que actúa como límite en el sentido de no eliminar o vaciar el derecho, sino restringir su ejercicio. La proporcionalidad de la injerencia y el respeto del contenido constitucionalmente garantizado por el derecho afectado no son términos equivalentes. La proporcionalidad no suplanta ni absorbe al contenido esencial del derecho¹²⁹³.

GOÑI SEIN pone de manifiesto que el juicio de idoneidad encierra una amplia generalidad, que encierra el riesgo de legitimar medidas restrictivas. Ello es debido a que toda medida de control puede reputarse idónea para la función de vigilancia, ya sea de las instalaciones y recursos, ya sea por motivos de seguridad. Algo similar ocurre con el principio de necesidad, donde cabe incluso confundir si la medida es realmente necesaria, con la necesidad de obtener una prueba que acredite las irregularidades detectadas. Estas medidas pueden justificarse como ponderadas a efectos de verificar una determinada irregularidad o aclarar una sospecha¹²⁹⁴.

En esta línea, se ha objetado que no es exigible a una medida una eficacia absoluta para el logro de la finalidad hacia la que se orienta. El problema estriba en determinar el grado de eficacia requerido, trazando la frontera entre las medidas que no son absolutamente idóneas, de las que sí lo son¹²⁹⁵.

Pero es también el principio de proporcionalidad en sentido estricto un acto de ponderación de intereses difícil de controlar con criterios jurídicos generalizables, ya que carece de unas pautas firmes y estables que permitan una previsibilidad en su resultado¹²⁹⁶. Por eso se ha dicho que es un “*caballo de Troya*”, al ser un arma en manos del aplicador del Derecho que lejos de los rigores de la Ley, la reblandece, en contra del principio de seguridad jurídica¹²⁹⁷.

Si bien cabe presuponer la buena fe empresarial a la hora de comprobar el adecuado cumplimiento de la prestación, el juicio de proporcionalidad queda a merced de una justificación que legitime la medida de control. El problema es que esa justificación puede encerrar otros objetivos que los actuales medios tecnológicos permiten y que pueden no estar justificados de acuerdo a la información y a política de la empresa. La potencialidad de estos medios puede fácilmente recabar otros datos distintos a los

¹²⁹³ BARNES VÁZQUEZ, Javier: “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”. *Cuadernos de Derecho Público*. N.º 5. Septiembre-diciembre 1998. Pág. 42.

¹²⁹⁴ GOÑI SEIN, José Luis: “Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿Necesidad de una reformulación?”. Primera ponencia temática “Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación individual de trabajo” en XXIV Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: “*Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*”, celebrado en Pamplona, 29 y 30 de mayo de 2014. Págs. 64 y ss.

¹²⁹⁵ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: “El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español”. *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 5. Septiembre-diciembre 1998. Pág. 200.

¹²⁹⁶ MEDINA GUERRERO, Manuel: “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”. *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 5. Septiembre-diciembre 1998. Pág. 129.

¹²⁹⁷ BARNES VÁZQUEZ, Javier: “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”. *Cuadernos de Derecho Público*. N.º 5. Septiembre-diciembre 1998. Pág. 43.

inicialmente perseguidos y la necesidad de prevenir irregularidades laborales, que incluso puedan afectar a la seguridad y al patrimonio empresarial, puede llevar a conocer incluso conversaciones privadas del trabajador con terceros.

Todo ello, puede afectar no ya solo a la intimidad del trabajador, o al secreto de sus comunicaciones, sino al derecho a la protección de sus datos personales que son recabados bajo una justificación relativamente sencilla de argumentar. Ello provoca un sacrificio que incluso puede afectar a la expectativa de privacidad, es decir, a aquello que el trabajador piensa que el empresario nunca podría conocer. Es por ello, que este principio debe complementarse con otros que derivan precisamente de la necesidad de garantizar un conocimiento real de los medios de control y de la información obtenida por el empresario, de acuerdo a una finalidad exclusivamente legítima y de carácter laboral.

El hecho de que diversas personas puedan llegar a resultados distintos, en cuanto al peso y grado de afectación de un derecho y a la realización del que se halla en conflicto, requiere una fundamentación. Es la justificación o motivación lo que reduce el subjetivismo en la restricción de un derecho. Martin BOROWSKI lo denomina "*teoría de la argumentación jurídico-racional*"¹²⁹⁸. Pero esta justificación también debe tener como límite el contenido esencial del derecho que se restringe.

4.6. EL PRINCIPIO DEL RESPETO AL DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DEL TRABAJADOR EN EL CONTROL INFORMÁTICO Y DIGITAL.

En la ciber-vigilancia es posible distinguir dos momentos distintos, un primer momento de recogida de datos y un segundo momento de tratamiento de los datos obtenidos. Es decir, aunque la informática permite un control directo del comportamiento laboral del trabajador, éste no se obtiene sino mediante la recogida sistemática de datos, su almacenamiento y su posterior tratamiento. Los límites que se derivan del respeto al derecho a la intimidad han de operar en los dos momentos: En la recogida de los datos y de la información, de forma adecuada al fin perseguido, que no podrá ser otro que la verificación del cumplimiento de sus obligaciones laborales por el trabajador, y, además, en el momento del posterior registro físico para el tratamiento de los datos capturados.

Sin perjuicio del estudio pormenorizado del derecho de protección de datos de los trabajadores en el Capítulo concreto destinado a tal fin, respecto a los datos recabados a través del control empresarial, conviene adelantar algunas cuestiones.

El control a través de medios telemáticos, a diferencia del control "*directo*", no es generalmente inmediato, sino que precisa una recogida sistemática y exhaustiva de datos, para un posterior almacenamiento y tratamiento. El control laboral supone ya una finalidad que debe ser conocida por el trabajador, así como la propia recogida de estos datos. La obtención de datos que se identifica con el control laboral es aquella que permite elaborar informaciones sobre el cumplimiento de las obligaciones de los trabajadores¹²⁹⁹.

¹²⁹⁸ BOROWSKI, Martin: "La restricción de los derechos fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 59. Mayo-agosto 2000. Págs. 46-47.

¹²⁹⁹ MARTÍNEZ FONS, Daniel: "El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa", en DEL REY GUANTER, Salvador, Dir. y LUQUE PARRA, Manuel, Coord.: "*Relaciones laborales y nuevas tecnologías*". Ed. La Ley. Madrid. 2005. Pág. 200.

La información obtenida a través del control de las páginas *web* visitadas, correos electrónicos almacenados o de la información guardada en el ordenador personal constituyen datos personales del trabajador, quien ostenta el derecho a ser informado de quién posee esos datos, a qué uso se están sometiendo y a oponerse, en su caso, a una posesión ilegítima o uso ilícito¹³⁰⁰.

Esta información solo podrá ser almacenada cuando concorra una finalidad lícita, conservándose, por tanto, solo aquellos datos que sean imprescindibles y por el tiempo necesario, para cumplir con la finalidad perseguida. Pero hay que tener en cuenta que los datos protegidos no son sólo los de carácter íntimo, sino cualesquiera otros que sirvan para identificar a la persona y que hayan sido recabados por el empleador, para una finalidad estrictamente laboral, entre los que se encuentran, los recogidos a consecuencia del control empresarial.

Para ello, los datos personales, incluidos los que se utilicen en las actividades de control, deberán ser adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben. El problema radica en que, en ocasiones, los datos recogidos en actividades de control, a raíz de la utilización del correo electrónico o a la actividad del trabajador en Internet, no son datos estrictamente profesionales, sino que pueden facilitar el conocimiento de datos sensibles o conversaciones privadas. El empleador no podrá indagar en la vida privada del trabajador si no existe un interés legítimo.

Por ello, si bien el empresario no tiene en principio obligación de contar con el consentimiento del trabajador para crear un registro de resultados de la auditoría realizada, sí ha de informar con carácter previo y de modo expreso, preciso e inequívoco de la existencia de ese fichero, del objeto y finalidad para la que se ha creado y cuál va a ser su posterior utilización¹³⁰¹. Tendrá que informar de la identidad y dirección del responsable de tratamiento y del control que sobre estos datos va a tener el trabajador. La ausencia de esta información determina la ilegalidad del control¹³⁰².

Surge así una nueva dimensión en el control y vigilancia que supera la perspectiva del derecho a la intimidad negativa o excluyente. En la medida que los datos recabados por el control realizado no cumplan con los requisitos de la normativa de protección de datos, la prueba practicada puede ser declarada nula por vulneración de este derecho. En este sentido, se ha vinculado la ausencia de normativa laboral, cuando no vaga e imprecisa, con el marco jurídico de protección de datos, en principio, no pensado para el ámbito laboral, lo que aumenta la situación de incertidumbre¹³⁰³.

¹³⁰⁰ THIBAUT ARANDA, Javier: "La vigilancia del uso de Internet en la empresa y la protección de datos personales". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 5-6. Marzo 2009. Pág. 67.

¹³⁰¹ El informe 0247/2008 de la AEPD insiste en que el art. 20 ET habilita al empresario a controlar el correo electrónico de los trabajadores para el desarrollo de sus funciones laborales, pero ello no le excluye de la obligación de informar sobre dicho extremo en cumplimiento con el art. 5.1 LOPD.

¹³⁰² THIBAUT ARANDA, Javier: "La vigilancia del uso de Internet en la empresa y la protección de datos personales". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 5-6. Marzo 2009. Pág. 71.

¹³⁰³ GOERLICH PESSET, José María: "Protección de la privacidad de los trabajadores en el nuevo entorno tecnológico: Inquietudes y paradojas", en AA.VV.: "El derecho a la privacidad en el nuevo entorno

Así, en un caso concreto sobre el control empresarial de las páginas *web* visitadas por el trabajador, se comprobó que en lugar de limitarse a recoger una estadística de accesos, los datos recogidos permitían el acceso sistemático de los sitios visitados, así como de su frecuencia, tiempo de conexión y navegación, permitiendo reconstruir aspectos subjetivos relativos a la intimidad del trabajador. Y aquí es donde aparece la conexión con el principio de protección de datos: "*Ello excede sin duda de la finalidad declarada: Conocer el uso que se hacía de Internet en horas de trabajo, que era el parámetro que debió modular el nivel y la intensidad de la recogida de datos, y que al ser rebasado deslegítima el comportamiento empresarial*"¹³⁰⁴.

4.7. CAUTELAS ESPECÍFICAS A TENER EN CUENTA POR EL EMPLEADOR, RESPECTO AL CORREO ELECTRÓNICO E INTERNET DE SUS TRABAJADORES Y SOLUCIONES PROPUESTAS.

4.7.1 La utilización de Internet con fines privados en el lugar de trabajo.

En primer lugar, conviene destacar que incumbe a la empresa decidir si autoriza a su personal a navegar en Internet con fines privados y, en caso afirmativo, en qué medida se tolera esta utilización privada y con qué límites (por ejemplo, de tiempo, dentro o fuera de la jornada de trabajo).

Una prohibición absoluta de la utilización de Internet con fines privados por los trabajadores podría considerarse inaplicable y un tanto irrealista, ya que no se tendría en cuenta el apoyo que Internet puede brindar a los trabajadores en su vida diaria¹³⁰⁵.

Por otra parte, parece lógico pensar que si el ejercicio del derecho a la intimidad se lleva a cabo a través de instrumentos de trabajo que son propiedad de la empresa y que ésta pone a disposición de sus empleados para la prestación de sus servicios, el uso extralaboral que el trabajador haga de estas herramientas entraría en el campo de la transgresión de la buena fe contractual. Sin embargo, como ya se ha analizado, la realidad social impone un cierto grado de tolerancia hacia estas conductas, de modo que un margen racional y moderado de uso extralaboral de los instrumentos de trabajo no llega a constituir un incumplimiento del deber de buena fe que compete al trabajador. No obstante, hay quien mantiene que este margen de tolerancia de uso personal de instrumentos de trabajo sólo es admisible si el empresario no ha dado instrucciones claras para que se utilice exclusivamente en tareas laborales o directamente ha prohibido su uso extralaboral¹³⁰⁶. Es lo que hemos denominado un "*uso consentido*".

tecnológico". XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016. Pág. 148.

¹³⁰⁴ STSJ de Cantabria (Sala de lo Social), de 18 de enero de 2007, rec. N.º 1149/2006 (Id. CENDOJ 39075340012007100038).

¹³⁰⁵ MARTÍNEZ FONS, Daniel: "El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa", en DEL REY GUANTER, Salvador, Dir. y LUQUE PARRA, Manuel, Coord.: "*Relaciones laborales y nuevas tecnologías*". Ed. La Ley. Madrid. 2005. Pág. 217.

¹³⁰⁶ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio: "*Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2003. Pág. 93.

Al considerar la cuestión del control de la utilización de Internet por los trabajadores pueden aplicarse los siguientes principios:

El uso de Internet, en principio, no supone un sistema de comunicación interpersonal, aunque es el puerto de acceso hacia aplicaciones de comunicación, bien privadas, como el correo electrónico, o públicas, como las redes sociales. Por tanto, el derecho a vulnerar sería sobre todo el derecho a la intimidad, sin que exista intromisión al secreto de las comunicaciones.

La vulneración del derecho a la intimidad depende en gran medida del uso personal o profesional permitido o establecido en la empresa. Si se permite compatibilizar ambos usos, la potestad de control de acceso a las páginas *web* visitadas puede ser limitada. Ahora bien, el hecho de que el empresario conozca la dirección de las páginas visitadas, e incluso cuando acceda a ellas siendo de libre acceso, no conculca por sí el derecho a la intimidad, salvo que esta información sea utilizada por el empleador con fines extralaborales, por ejemplo, discriminatorios.

Sin embargo, la consecuencia inmediata de un uso ilícito o contrario al marco normativo establecido, ya sea el convenio colectivo, el pacto o contrato, o a través de las instrucciones que derivan del poder de dirección, es en primer lugar la legitimación de su control y, en segundo lugar, la potestad disciplinaria contra una conducta indebida en el plano laboral. Hay que recordar que la propiedad del dispositivo pertenece a la empresa, y que éste no es más que una herramienta de trabajo, por lo que en ningún caso se podría asimilar a la taquilla del trabajador.

Por todo ello, puede ser recomendable primar la prevención sobre la detección. Prevenir la utilización abusiva de Internet por medios técnicos puede ser más efectivo y menos costoso que destinar recursos a su detección. Para ello existen herramientas técnicas para limitar el acceso, bloqueando la posibilidad de acceder a algunos sitios o instalando advertencias automáticas.

Además, advertir al trabajador sobre la detección de una utilización sospechosa de Internet puede actuar como elemento disuasorio y minimizar los problemas. Evita, por ejemplo, llegar a valorar si una medida de control es proporcionada al riesgo que corre el empleador. En la mayoría de los casos, la utilización abusiva de Internet puede detectarse sin tener que analizar el contenido de los sitios visitados. Por ejemplo, la comprobación del tiempo empleado o la elaboración de una lista de los sitios más visitados por un servicio podría bastar para confirmar al empleador que sus sistemas se emplean correctamente. Si estas comprobaciones generales revelaran una posible utilización abusiva de Internet, el empleador podría entonces considerar la posibilidad de proceder a nuevos controles en la zona de riesgo.

Si se lleva a cabo el control sobre las direcciones visitadas, por ejemplo, para comprobar si guardan o no relación con el trabajo, debemos aplicar un criterio restrictivo a la hora de hacer esa información. Los datos obtenidos a través del historial, motores de búsqueda, vínculos hipertextuales ambiguos, pancartas publicitarias engañosas o errores al pulsar las teclas pueden implicar una obtención indebida de datos personales que revelen una cualidad íntima del trabajador. Es el caso del operador despedido por el abuso en la utilización de Internet para fines particulares, que revela su condición de

homosexual por la temática de las páginas visitadas. El despido se declaró improcedente y no nulo, al aplicarse la doctrina del uso consentido y no demostrarse un uso discriminatorio por tal condición¹³⁰⁷.

Esta es la línea apuntada por TASCÓN LÓPEZ, respecto a la facilidad del empresario para aportar como prueba la actividad desarrollada por un determinado ordenador, incluyendo las páginas visitadas y su duración, y la indefensión que se puede producir respecto al trabajador, pues cabe que otra persona distinta sea la que utilizó la conexión atribuida al trabajador, salvo que se utilicen claves personales de acceso¹³⁰⁸, o bien, la conexión a determinadas páginas pudo haberse producido de forma automática, circunstancia frecuente en las navegaciones por Internet¹³⁰⁹. Surge así el elemento de la autoría como un factor a tener en cuenta, ya que no basta que haya existido una infracción, sino que resulta esencial identificar al infractor y ello no siempre es sencillo¹³¹⁰.

Por todo ello, atendiendo a los principios anteriormente expuestos, la decisión del empresario de registrar la información relativa a la navegación por Internet debe justificarse en un interés relevante que justifique su adopción, debiendo respetar la información obtenida que no tenga una vinculación laboral. La extensión temporal y la amplitud del control deben ser proporcionales a la justificación, condicionada por la finalidad del control. En virtud de la buena fe empresarial, este control ha de ser transparente e informado, salvo que el control oculto sea condición indispensable para su efectividad. Además, ha de valorarse que la información obtenida no suele ser neutra, sino que permite conocer aspectos personales del trabajador, tutelados por el derecho a la intimidad y, en su caso, el derecho a la protección de datos¹³¹¹.

4.7.2 Cautelas específicas que debe tener en cuenta el empresario en la utilización del correo electrónico y dispositivos de comunicación similares.

En el ámbito del correo electrónico, con el objeto de no alterar el derecho a la vida privada del trabajador, el secreto de las comunicaciones o de correspondencia, debería establecerse en un marco de una utilización privada, que sin afectar a la relación laboral, aclare el uso y evite el abuso por parte del trabajador.

El problema de la posible vulneración del secreto de las comunicaciones por la interceptación del correo electrónico, no depende tanto de estimar si el ordenador, el

¹³⁰⁷ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 30 de enero de 2006, rec. N.º 4918/2005 (AS 2006\852).

¹³⁰⁸ SSTSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 17 de octubre de 2001, rec. N.º 3214/2000 (Ar. Social JUR 2001\24276) y de Cataluña (Sala de lo Social), de 11 de junio de 2003, rec. N.º 8186/2002 (Ar. Social 2003\2516).

¹³⁰⁹ TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo: "El poder de control empresarial en la era tecnológica. Visión panorámica de una cuestión inacabada". *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 267. Junio 2005. Págs 47 y 48.

¹³¹⁰ SAN MARTÍN MAZZUCONI, Carolina: "Navegar por Internet en horas de trabajo...¿Quién? ¿Yo?". *Aranzadi Social* 70/2010. BIB 2010\147. Pág. 4.

¹³¹¹ MARTÍNEZ FONS, Daniel: "El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa", en DEL REY GUANTER, Salvador, Dir. y LUQUE PARRA, Manuel, Coord.: "*Relaciones laborales y nuevas tecnologías*". Ed. La Ley. Madrid. 2005. Págs. 218 y 219.

chat, la intranet, es un medio abierto o cerrado en sí mismo, sino de delimitar si las comunicaciones de los trabajadores a través de los medios de la empresa, pueden considerarse abiertas y sujetas al control empresarial, o cerradas, y protegibles por el derecho al secreto de comunicaciones. Serán abiertas, si la empresa ha dictado instrucciones precisas sobre su utilización, prohibiendo el uso privado y, sujetas a control e inspección. Serán cerradas si, en definitiva, existe una expectativa razonable de intimidad o de reserva, atendidas todas las circunstancias, en particular, las instrucciones del empresario al respecto.

Para poder valorar si la libertad de uso de los medios tecnológicos de la empresa, implica una expectativa de intimidad, deberá atenderse a las siguientes variables:

- Determinar si un trabajador está autorizado a disponer de una cuenta de correo electrónico de uso estrictamente personal, si está permitida la utilización de cuentas de correo *web* en el lugar de trabajo y si el empleador recomienda a su personal la utilización de una cuenta privada de correo *web* para utilizar el correo electrónico con fines exclusivamente personales.
- Los acuerdos con los trabajadores sobre el acceso al contenido del correo electrónico, por ejemplo en caso de ausencia del trabajador y las finalidades específicas de este acceso. En este sentido, las intromisiones deben estar justificadas y solo serían legítimas cuando se trata de verificar la naturaleza no laboral de las mismas en caso de prohibición expresa.
- Indicar el periodo de conservación de las posibles copias de protección de los mensajes, precisando cuándo se borran definitivamente los mensajes electrónicos del servidor.
- Cuestiones de seguridad en prevención de virus informáticos, o anomalías en el sistema.
- Participación de los representantes de los trabajadores en la formulación de la política.

Como recomendación práctica, los empleadores pueden considerar la posibilidad de proporcionar a los trabajadores dos cuentas de correo electrónico:

- Una de uso profesional exclusivo, en la que se permitiría un control informado y transparente.
- Otra de uso estrictamente privado, con un control externo que especifique, por ejemplo, limitaciones sobre el volumen de mensajes, tiempo de conexión en horas de trabajo y utilización segura para prevenir abusos sólo en casos excepcionales.

La diversificación de terminales evita el siempre inseguro terreno de la identidad del trabajador que accede al trabajador, correo o teléfono, delimitando además aquellos usos que pueden ser privados. En estas circunstancias puede pensarse que el empresario tendría pleno acceso a las conversaciones mantenidas desde el teléfono o cuenta de correo profesional (pues todas son laborales) y ningún acceso a las realizadas

desde la línea alternativa¹³¹².

También es posible que los trabajadores utilicen una cuenta privada de correo electrónico o un correo *web* totalmente ajeno a la empresa como solución pragmática del problema. Una recomendación en este sentido por parte del empleador facilitaría la distinción entre el correo electrónico de uso profesional y el de uso privado y reduciría el riesgo de intromisión de los empleadores en la vida privada de sus trabajadores. Además, los costes suplementarios para el empleador serían nulos o mínimos.

Si se adopta esta política, el empleador podrá controlar, en casos específicos en que existan sospechas graves sobre el comportamiento de un trabajador, en qué medida éste utiliza su ordenador con fines personales, contabilizando el tiempo que emplea en las cuentas del correo *web*. Esta solución satisface los intereses del empleador y evita el riesgo de revelación de datos personales de los trabajadores, y, en particular, de datos delicados.

Además esta política favorecería también a los trabajadores, porque les permitiría saber con seguridad el nivel de confidencialidad que pueden esperar. Dicho esto, conviene también indicar lo siguiente:

a) El hecho de autorizar la utilización del correo *web* o de cuentas privadas no es óbice para la plena aplicación del resto de los principios anteriormente mencionados para proteger el derecho a la intimidad personal en relación a la protección de datos o al secreto de las comunicaciones.

b) Al autorizar el correo *web*, las empresas deben saber que su uso puede comprometer la seguridad de sus redes, en particular, por lo que se refiere a la proliferación de virus.

c) Los trabajadores deberían saber que, a veces, los servidores del correo *web* están situados en terceros países que quizá no cuenten con un sistema adecuado de protección de los datos de carácter personal.

Deberá informarse a los trabajadores de los sistemas instalados para impedir el acceso a algunos sitios o para detectar una posible utilización abusiva. Deberá precisarse el alcance del control, por ejemplo, si se efectúa de manera individualizada o por departamentos de la empresa, o si el contenido de los sitios consultados será visualizado o registrado por el empleador en determinados casos. Además, la política de la empresa deberá especificar, cuando proceda, el uso que se hará de los datos recogidos sobre las personas que visitaron sitios específicos.

Deberá informarse a los trabajadores del papel de sus representantes, tanto en la aplicación de la política como en la investigación de las presuntas infracciones.

Además, cabe advertir que el control de las páginas de Internet visitadas por el trabajador, implican además una recogida de datos personales, amparados por la

¹³¹² SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina: "Escuchas telefónicas a teleoperadoras". *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* (edición digital) N.º 4/2004. BIB 2004\322. Pág. 6.

normativa de protección de datos. La vinculación de una contraseña de acceso o *password* para el acceso a Internet a la expectativa de intimidación, puede hacer ilegítimo el uso y tratamiento de datos recogidos por el empleador, si antes no se ha informado al trabajador, o si esos datos se han utilizado con una finalidad arbitraria.

Hay que tener en cuenta, desde esta perspectiva, que en relación con el uso social del correo electrónico y de Internet dentro de la empresa, resulta poco razonable exigir al trabajador una conducta prácticamente heroica de renunciar a unos medios a los que se le da acceso de forma muy sencilla¹³¹³.

En la medida en que se pone a disposición del trabajador un ordenador para cuyo acceso se ha de disponer de un *password* o clave personal, hay que entender que se le está entregando una llave sobre un ámbito de uso exclusivo del trabajador y con ello se le está creando una expectativa razonable de intimidación sobre ese espacio virtual. Por ello, cualquier registro que se efectúe sobre el mismo, en la medida en que se trata de un efecto de uso personal del trabajador sobre el que se proyecta la intimidación de quien lo maneja, debe venir rodeado de las garantías previstas. Estas garantías se constituyen tanto por el derecho a la intimidad, como por el derecho a la protección de datos debiéndose articular una política transparente que delimite tanto el uso adecuado como el alcance y los mecanismos de control.

5. INTIMIDAD INFORMÁTICA Y LIBERTAD SINDICAL.

La generalización de las TICs en el ámbito laboral se proyecta también en las relaciones laborales colectivas, tanto en su dimensión orgánica como funcional. Ello genera disfunciones y conflictos de intereses en torno a las condiciones de ejercicio de los derechos colectivos en este nuevo hábitat, en especial, de la libertad sindical¹³¹⁴.

Aunque la libertad sindical asume fundamentalmente una vertiente organizativa o asociativa, el art. 28.1 CE integra también el aspecto funcional del derecho de los sindicatos para ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores, es decir, a "*desplegar los medios de acción necesarios para cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden*" (SSTC 105/1992, de 1 de julio, FJ 4º; 281/2005, de 7 de noviembre, FJ 3º y 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 4º).

Estos medios de acción para el ejercicio de sus funciones se engloban en la actividad sindical, que comprende a su vez un nutrido grupo de derechos inespecíficos para desenvolverse en las relaciones colectivas de trabajo, independientemente del canal por el que discurren, incluido, el de las tecnologías de la información y comunicación¹³¹⁵.

¹³¹³ STSJ de Cantabria (Sala de lo Social), de 18 de enero de 2007, rec. N.º 1149/2006 (Id. CENDOJ 39075340012007100038).

¹³¹⁴ GALA DURÁN, Carolina y PASTOR MARTÍNEZ, Alberto: "La incidencia de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en la negociación colectiva", en DEL REY GUANTER, Salvador (Director) y LUQUE PARRA, Manuel (Coord.): "*Relaciones laborales y nuevas tecnologías*". Ed. La Ley. Madrid. 2005. Pág. 256.

¹³¹⁵ BLASCO PELLICER, Ángel: "Los derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones colectivas de

Así, la libertad de expresión e información sobre materias de interés laboral o sindical son instrumentos en el ejercicio de la labor representativa, a través de la cual se ejerce la acción sindical, incluyendo el derecho a informar y difundir cualquier tipo de información veraz por cualquier medio de difusión. Su eventual vulneración será un atentado a la libertad sindical, sin perjuicio de su modulación cuando entren en colisión con los derechos e intereses del empresario. También el derecho de reunión y, eventualmente, el de manifestación, cuando conectan con aspectos de índole netamente laboral, son instrumentos al servicio de la actividad sindical.

Pero el derecho a la intimidad ocupa igualmente un papel importante en las relaciones colectivas, encontrando su defensa acomodo en la libertad sindical, respecto a los sujetos titulares de la misma. Y conectado con la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa, instrumentaliza la protección de otros derechos fundamentales frente al uso indebido de la tecnología informática y, entre ellos, el de la libertad sindical. Ello da lugar al planteamiento de dos tipos de conflicto:

- El tratamiento automatizado de datos personales de los trabajadores y su protección.
- El alcance del poder empresarial sobre el control formal y material de la información emitida por el sindicato o de los afiliados entre sí, cuando se efectúa por medios tecnológicos propiedad de la empresa.

5.1. EL CARÁCTER RESERVADO DE LA AFILIACIÓN SINDICAL PROTEGIDO POR LA LIBERTAD INFORMÁTICA.

El art. 18.4 CE incorpora una garantía constitucional para responder a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona. Es un instituto de garantía de otros derechos, pero es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental: El derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos. Se trata de un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona, en este caso, el trabajador y, específicamente, sobre su afiliación sindical. La libertad informática es así el *“derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático («habeas data») y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención”* (STC 254/1993, de 20 de julio).

El uso indebido por la empresa de los datos de afiliación sindical de sus trabajadores, supone una vulneración del derecho a la intimidad informática que se subsume en el derecho a la libertad sindical. En este sentido, el derecho a la protección de datos ampara una correcta utilización de esa información, al considerar como datos especialmente protegidos, los datos de carácter personal que revelen la afiliación sindical (art. 7 LOPD). Esta calificación implica que estos datos solo podrán ser objeto de tratamiento con el consentimiento expreso y por escrito del afectado. Si bien se exceptúan

trabajo”. Segunda ponencia temática en el XXIV Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: *“Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social”*, celebrado en Pamplona, 29 y 30 de mayo de 2014. Pág. 30.

los ficheros mantenidos por los sindicatos, cuya finalidad sea sindical, quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la afiliación sindical (art. 7.4).

El TC tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la utilización de datos de carácter personal, relativos a la afiliación sindical, para finalidad distinta de aquella para la que habían sido facilitados¹³¹⁶. El conflicto se origina por la utilización de datos de afiliación sindical para efectuar descuentos por huelga. Ello supone una ilegítima utilización de estos datos personales, ante la distinta finalidad para la que fueron utilizados.

Además, un sistema normativo -precisó la STC 143/1994, de 9 de mayo- 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.

Ya el ATC 642/1986, de 23 de julio, había insinuado que el uso de datos suministrados a través de medios informatizados más allá de lo legalmente autorizado, podría constituir un grave atentado a los derechos fundamentales de la persona y ser objeto de la correspondiente demanda de amparo. Posteriormente, la LOPD, en desarrollo del art. 18.4 CE, plasma como principio cardinal de la protección de datos la congruencia y la racionalidad de su utilización, en cuya virtud ha de mediar una nítida conexión entre la información personal que se recaba y trata informáticamente y el legítimo objetivo para el que se solicita y, en consecuencia, prohíbe tajantemente el uso de los datos para finalidades distintas de las que motivaron su recogida.

En este contexto, el dato de la afiliación sindical del trabajador, facilitado con la única y exclusiva finalidad de que la empresa descontara de la retribución la cuota sindical para su transferencia al Sindicato, cuando es utilizado para un fin tan distinto como es el de retener la parte proporcional del salario relativa al periodo de huelga, determina: Por un lado, un trato peyorativo para el trabajador, por razón de su afiliación sindical (art. 12 LOLS) y, por otro, un perjuicio para el Sindicato, que puede ver neutralizado el régimen recaudatorio previsto en el art. 11.2 LOLS, en cuanto asegura el ingreso puntual y regular de sus cuotas sindicales¹³¹⁷.

Siendo los Sindicatos formaciones con relevancia social, integrantes de la estructura pluralista de la sociedad democrática, no puede abrigarse duda alguna de que la afiliación a un Sindicato es una opción ideológica protegida por el art. 16 CE. La revelación de la afiliación sindical es, por tanto, un derecho personal y exclusivo del trabajador, que están obligados a respetar tanto el empresario como los propios órganos sindicales (STC 94/1998, de 4 de mayo FJ 5º).

¹³¹⁶ SSTC 11/1998, de 13 de enero; 33/1998, de 11 de febrero; 35/1998, de 11 de febrero; 60/1998, de 16 de marzo y 94/1998, de 4 de mayo.

¹³¹⁷ BLASCO PELLICER, Ángel: "Los derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones colectivas de trabajo". Segunda ponencia temática en el XXIV Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: "*Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*", celebrado en Pamplona, 29 y 30 de mayo de 2014. Pág. 34.

5.2. LA UTILIZACIÓN DE LOS MEDIOS TECNOLÓGICOS DE LA EMPRESA PARA LA DIFUSIÓN DE INFORMACIÓN SINDICAL.

El punto de partida de esta problemática parte del escollo que supone la técnica empleada por el legislador a la hora de regular los derechos de los trabajadores. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y LÁZARO SÁNCHEZ apuntan a que el reconocimiento del derecho a la información y a la comunicación de los trabajadores no ha tenido en cuenta las comunicaciones electrónicas, pues al contrario, se regulan de una forma tan detallada los canales para el ejercicio de estos derechos, así como sus soportes e instrumentos, que se deja poco espacio a que tal ejercicio se realice de otra forma.

El ET es particularmente preciso a la hora de identificar las modalidades de ejercicio de los derechos de reunión, información y comunicación en la empresa. Se habla del derecho de reunión en relación a la asamblea y del derecho a distribuir información sindical a través de un tablón de anuncios. Ahora bien, en opinión de los autores precitados, ello no debería suponer un obstáculo insalvable si se aplica una interpretación evolutiva de las disposiciones que la ponen en práctica¹³¹⁸.

Desde luego, cabe partir de una primera premisa en la utilización de medios electrónicos y telemáticos que puedan sustituir los canales de comunicación, incluyendo a los tablones de anuncios, por parte de los representantes legales y sindicales de la empresa: El legislador no limita las posibilidades de comunicación a un determinado medio, sin embargo, los medios empleados deben ajustarse a las circunstancias concretas de cada empresa o centro de trabajo¹³¹⁹. En una empresa con una implantación inadecuada o inexistente de las tecnologías de la comunicación, parece contradictorio exigir que el carácter “*adecuado*” del local de los representantes disponga de ordenadores y de una red informática, con la que no se cuenta. Pero una empresa que tenga implantado esta tecnología aplicada a la actividad laboral, puede sin mayor problema poner a disposición estos canales de comunicación, para transmitir e intercambiar información sindical¹³²⁰.

Respecto al derecho de información a sus representados, afiliados o no, por un Sindicato, es evidente que la propia configuración del derecho a la libertad sindical, por un lado, y el derecho de información, por otro, forman parte del contenido esencial del derecho fundamental, puesto que la transmisión de noticias de interés sindical es el fundamento de la participación, permite el ejercicio de la acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindical¹³²¹.

¹³¹⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel y LÁZARO SÁNCHEZ, José Luis: “Hacia un tratamiento integrado de la comunicación electrónica no profesional”, en DEL REY GUANTER, Salvador, Dir. y LUQUE PARRA, Manuel Coord.: “*Relaciones laborales y nuevas tecnologías*”. Ed. La Ley. Madrid. 2005. Pág. 18.

¹³¹⁹ CAMPAL MARTÍNEZ, Ángel Mariano: “La libertad sindical y el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el ejercicio de las libertades de expresión e información por los representantes de los trabajadores”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel). N.º 27. 2011. Págs. 6-7.

¹³²⁰ LLAMOSAS TRÁPAGA, Aida: “El uso del correo electrónico de la empresa para fines sindicales”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º 174. Marzo 2015. Pág. 78.

¹³²¹ BLASCO PELLICER, Ángel: “Los derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones colectivas de trabajo”. Segunda ponencia temática en el XXIV Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la

Respecto al uso de los medios de comunicación, y especialmente del correo electrónico para la difusión de información sindical, los pronunciamientos giran en torno a su permisividad, siempre que se utilice con mesura y normalidad tal que resulte inocua al desarrollo de la actividad de la empresa¹³²², sin perjuicio de la exigencia (dada posteriormente en fase de recurso de casación ante el TS), de que la utilización del correo electrónico de la empresa por un sindicato, para comunicar información sindical y laboral a sus afiliados y secciones sindicales propias, ha de ser expresamente consentida por el empresario, en tanto este uso no haya sido objeto de la negociación colectiva o acuerdo de cualquier tipo, pues no hay norma jurídica alguna que conceda al sindicato el derecho a utilizar los medios informáticos de la empresa¹³²³.

En esta línea, la STC 281/2005, de 7 de noviembre (anulando la sentencia precedente del TS), establece que no cabe entender que las empresas deban dotarse de una infraestructura informática para uso sindical, ahora bien, si existe no puede negarse la puesta a disposición, ni puede unilateralmente privarse a los sindicatos de su empleo, debiendo acudir al auxilio judicial si con ocasión de su utilización el sindicato llega a incurrir en excesos u ocasionar perjuicios¹³²⁴.

Esta sentencia reconoce que no forma parte del contenido esencial de la libertad sindical imponer al empresario la carga de dotarse de medios informáticos para que la información sindical pueda discurrir por esa vía. Sin embargo, sí forma parte del contenido esencial la obligación que pesa sobre el empresario de no obstaculizar injustificadamente el ejercicio de dicha libertad. Por tanto, existe un derecho al empleo de dichos medios, siempre que sea razonable y esté sujeto a los siguientes límites:

- a) La comunicación no podrá perturbar la actividad normal de la empresa. Debe entenderse implícitamente además, que la información objeto de transmisión no puede ser de cualquier tipo, sino que ha de ser de carácter laboral o sindical.
- b) No podrá perjudicar el uso específico empresarial preordenado para el mismo, ni pretenderse que deba prevalecer el interés sindical, debiendo emplearse de manera que permita armonizar su manejo por el sindicato y la consecución del objetivo empresarial que dio lugar a su establecimiento.

Seguridad Social: "*Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*", celebrado en Pamplona, 29 y 30 de mayo de 2014. Pág. 24.

¹³²² SAN (Sala de lo Social), N.º 17/2001, de 6 de febrero de 2001 (Normacef, NSJ008969).

¹³²³ STS (Sala de lo Social), rec. N.º 1142/2001, 26 de noviembre de 2001 (Normacef, NSJ010111).

¹³²⁴ Véanse los comentarios a esta sentencia en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: "Secreto de las comunicaciones y protección de datos en el ámbito laboral. A propósito de la sentencia 281/2005 del Tribunal Constitucional español y del Informe 101/2008 de la Agencia Española de Protección de Datos". *Aranzadi Social* (edición digital), N.º 13/2008. BIB 2008\2396. Págs. 1-25; MORENO DEL TORO, Carmen: "Los medios informáticos y la doctrina constitucional. Sentencia del Tribunal Constitucional 281/2005, de 7 de noviembre". *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 87. 2006. Págs 209-220 y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: "El uso sindical de los medios informáticos de la empresa". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 5-6. Marzo 2009. Págs. 53-66.

- c) La utilización del instrumento empresarial no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador, significativamente la asunción de mayores costes.

Entre los gravámenes que actuarían como límites al uso de estos medios cabe citar razones productivas¹³²⁵, graves perturbaciones en la actividad normal de la empresa consistentes en colapsos del sistema informático¹³²⁶, que los medios no fueran los preexistentes, sino que hubiera que incurrir en gastos para su adquisición, o que su adecuación implicara costes desproporcionados¹³²⁷. Ahora bien, la mera alegación de perjuicios económicos por parte de la empresa, si no viene acompañada de una actividad probatoria que la fundamente, no puede servir de excusa para negar el derecho a un sindicato, máxime cuando otros venían disfrutando del mismo¹³²⁸.

Cabe sin embargo plantear si la utilización de un sistema informático preexistente no podría provocar por sí mismo un perjuicio a la empresa, a la hora de compartir el uso empresarial con el sindical. PÉREZ DE LOS COBOS critica esta premisa que da por sentada el fallo, intuyendo que la sentencia se construye desde la “*técnica de construcción inversa*”, es decir, partiendo de una decisión adoptada a priori, para justificarla después. Por ello la justificación dada al caso parte de que la utilización de un sistema informático preexistente, no ha de suponer mayor perjuicio para la empresa¹³²⁹.

Esta utilización de los medios informáticos de la empresa para fines de distribución de información sindical, se ha llegado a ampliar, por ejemplo, al envío de mensajes de interés colectivo firmados por varios trabajadores alertando sobre determinadas prácticas empresariales, aún sin gozar del amparo de ningún sindicato constituido y con representación en la empresa. En este sentido, se ha equiparado la informática al tablón de anuncios o al reparto de octavillas informativas¹³³⁰.

Incluso, más allá de la difusión de la libertad sindical, los medios informáticos de comunicación se consideran ya como una dotación normal para el local de los representantes de los trabajadores que el empresario está obligado a facilitar, “*al disponer de los medios adecuados para ello y disfrutar de estos recursos en las instalaciones de la empresa, constituyendo la obstaculización al uso de los mismos con fines de información sindical un límite injustificado al derecho de libertad sindical*”¹³³¹.

¹³²⁵ CUENCA ALARCÓN, Miguel: “La recepción de información sindical a través de medios informáticos de la empresa”. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 5-6. Marzo 2009. Pág. 94.

¹³²⁶ STS (Sala de lo Social), de 3 de mayo de 2011, rec. N.º 114/2010.

¹³²⁷ SSTs (Sala de lo Social), de 22 de junio de 2011, rec. N.º 153/2010 y de 17 de mayo de 2012, rec. N.º 202/2011.

¹³²⁸ STS (Sala de lo Social), de 23 de julio de 2008, rec. N.º 97/2007.

¹³²⁹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: “El uso sindical de los medios informáticos de la empresa”. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 5-6. Marzo 2009. Pág. 61.

¹³³⁰ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 1 de febrero de 2006, rec. N.º 7052/2005 (Normacef, NSJ020689).

¹³³¹ STSJ de Castilla y León/Burgos (Sala de lo Social), de 23 de marzo de 2006, rec. N.º 199/2006 (Normacef, NSJ021222).

Cabe afirmar que si por las características de la empresa, en cuanto a dotaciones materiales e informáticas, se exige la utilización por parte de las secciones sindicales de un correo electrónico interno (una intranet), nada impide que estas secciones accedan a la red si la instalación que constituye su sede cuenta con línea telefónica y los requerimientos tecnológicos de la medida no han de suponer evidentemente grave dificultad para una empresa de la entidad y características de la demandada¹³³². Sin embargo, cuando la Intranet es restringida con acceso a información reservada, el sindicato no puede pretender el acceso a la misma¹³³³.

Y según se va extendiendo el uso del correo electrónico e Internet en las empresas y constituyendo un medio de comunicación normal, ni siquiera se exige que para dicho uso sea necesario pacto previo o regulación alguna, pues ello va implícito en el derecho de información de las secciones sindicales, de forma que no facilitar la utilización de estos medios cuando existen en la empresa, constituye una vulneración del derecho a la libertad sindical, no siendo necesario que tal posibilidad de uso esté establecida en norma legal o convencional, siempre y cuando se respete la finalidad para la que fueron creados por la empleadora y se respeten los límites y reglas de uso¹³³⁴.

En este sentido, no se puede olvidar la conveniencia de que sea la negociación colectiva la que mediante una regulación previa evite problemas derivados de la falta de concreción en aspectos tales como el número de mensajes a partir de los cuales puede quedar afectada la infraestructura informática, el formato y tamaño, su encriptación, contraseñas o las características de la *web*¹³³⁵.

Por otra parte y como se ha anticipado, la empresa no está obligada a dotarse de una infraestructura informática para uso sindical. Si no existe por parte de la empresa un consentimiento expreso o tácito, no podrá destinarse esta infraestructura a los fines propuestos. Pero ello no es impedimento para llegar a acuerdos entre las partes¹³³⁶.

Cabe, por ejemplo, proponer un sistema alternativo, como la posibilidad de utilizar carpetas públicas en la red¹³³⁷. Ahora bien, el que no pueda exigirse la creación de dicha infraestructura es algo distinto al eventual derecho del sindicato a utilizar el sistema de correo electrónico empresarial en funcionamiento. Por lo tanto, existe el derecho a utilizar

¹³³² SSTSJ de Aragón (Sala de lo Social), de 8 de mayo de 2006, rec. N.º 353/2006 (Normacef, NSJ024052) y Andalucía/Sevilla (Sala de lo Social), de 25 de octubre de 2007, rec. N.º 2491/2007 (Ar. JUR 2008\157069).

¹³³³ SSTSJ del País Vasco (Sala de lo Social), de 16 de enero de 2008, rec. n.º 2816/2007 (AS 2008\1087) y Navarra (Sala de lo Social), de 14 de abril de 2008, rec. n.º 83/2008 (AS 2008\1800).

¹³³⁴ STSJ de Castilla y León/Burgos (Sala de lo Social), de 30 de julio de 2007, rec. N.º 505/2007 (Normacef, NSJ025224).

¹³³⁵ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: "El uso sindical de los medios informáticos de la empresa". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 5-6. Marzo 2009. Pág. 66.

¹³³⁶ LLAMOSAS TRÁPAGA, Aida: "El uso del correo electrónico de la empresa para fines sindicales". *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º 174. Marzo 2015. Pág. 81.

¹³³⁷ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 4 de junio de 2008, rec. N.º 1267/2008 (AS 2008\1612).

los medios electrónicos con que cuenta la empresa, pero con límites, de manera que, la recepción de mensajes en la dirección informática del trabajador en horario laboral no podrá producir perturbación en el trabajo, y su empleo tampoco podrá perjudicar el uso específico empresarial preordenado con esa herramienta laboral¹³³⁸, como por ejemplo, si la capacidad de la línea existente estaba ya desbordada¹³³⁹.

Incluso, cabe que la empresa imponga unilateralmente un sistema basado en la exigencia, como condición necesaria para el uso de la correspondiente cuenta genérica de correo electrónico para fines sindicales, de designación de un propietario de dicha cuenta genérica. Estas funciones de custodia y distribución de los mensajes, sin alcanzar a su contenido, no atenta contra la libertad sindical ni contra el derecho al secreto de las comunicaciones. Por ello, es lícito que un sistema informático de la empresa condicione su activación a que se identifique una persona (*owner*) que asuma la administración de la cuenta, con responsabilidad de almacenar y distribuir los correos¹³⁴⁰.

Ahora bien, el hecho de permitir o regular el uso de estos medios informáticos propiedad de la empresa, no implica un derecho a conocer la información que se canaliza por tales medios, ni tampoco al ejercicio de un control previo de dicha información. Ambas facultades serían radicalmente contrarias al derecho a la intimidad¹³⁴¹.

Además, el derecho a la distribución de información sindical por medios informáticos, ha de garantizarse por igual a todos los sindicatos de la empresa, en igualdad de condiciones, sin que la empresa pueda discriminar a alguno de ellos. El derecho de información sindical como parte del contenido esencial de la libertad sindical no es susceptible de injerencias tanto por parte de la Administración como de la empresa que, a tal efecto, deben de adoptar una posición de exquisita neutralidad activa y de prohibición de discriminación no razonable. Por ello, el sindicato tiene derecho de acceso al sistema de correo electrónico corporativo en igualdad de condiciones con los demás sindicatos y a que se le atribuya la condición de usuario de dicho sistema¹³⁴².

Se ha planteado si los miembros de los comités de empresa y los delegados de personal tienen también el derecho a distribuir información sindical a los trabajadores, y a utilizar los medios electrónicos para ello, así como si es posible encauzar por esta vía, la información que publican en el tablón de anuncios al que se refiere el art. 81 ET, como vía para comunicarse con los trabajadores¹³⁴³.

¹³³⁸ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 4 de diciembre de 2009, rec. N.º 5297/2009 (Normacef, NSJ033215).

¹³³⁹ STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social), de 15 de febrero de 2007, rec. N.º 4460/2006 (AS 2007\2083).

¹³⁴⁰ STS (Sala de lo Social), de 16 de febrero de 2010, rec. N.º 57/2009 (Normacef, NSJ032957).

¹³⁴¹ BLASCO PELLICER, Ángel: "Los derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones colectivas de trabajo". Segunda ponencia temática en el XXIV Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: "*Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*", celebrado en Pamplona, 29 y 30 de mayo de 2014. Pág. 30.

¹³⁴² SAN (Sala de lo Social), de 26 de marzo de 2007, N.º 22/2007 (Normacef, NSJ031452).

¹³⁴³ HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel: "Las tecnologías de la información y comunicación en la empresa al servicio de la libertad sindical", en MONTERROSO CASADO, Esther (Dir.): "*Responsabilidad*

Partiendo de que el empleo de estos medios es posible, siempre y cuando existiera acuerdo o autorización de la empresa, a la luz de la STC 281/2005, de 7 de noviembre, cabe plantearse si la utilización de estos medios pudiera realizarse únicamente en virtud de la representación que ostentan, equiparándose en este aspecto a las secciones sindicales. La solución no es proclive a ello, pues el TC ha hecho un reconocimiento muy restringido del derecho al uso del correo electrónico, tanto desde el punto de vista subjetivo, porque sólo se reconoce a titulares del derecho de libertad sindical (sindicatos, secciones sindicales y trabajadores afiliados a un sindicato), como desde el punto de vista objetivo, porque se limita a permitir un uso inocuo de medios ya existentes en la empresa.

Por ello, parece que sólo podría invocarse este derecho en la medida que la representación unitaria transmitiera también información sindical, al amparo de la STC 95/1996 (FJ 3º) cuando reconoció que “a la vista de las circunstancias que concurran en cada caso” podrá determinarse si la actividad del representante tiene o no consecuencias desde la perspectiva del art. 28.1 CE. De esta forma, en la medida en que exista una conexión sindical, es posible reconocer el amparo a trabajadores que reunían la doble condición de delegados sindicales, o de trabajadores afiliados a un sindicato y la de miembros del Comité de empresa¹³⁴⁴.

Si bien jurídicamente es aceptable la distinción del carácter de la información difundida, a efectos del amparo o no por el derecho fundamental a la libertad sindical, entendemos que es contrario a la evolución tecnológica y al propio funcionamiento de la empresa, la no equiparación de un medio legalmente previsto como es el tablón de anuncios, con el uso de la estructura informática de la empresa (intranet, correo electrónico, etc.). En la medida que permita la comunicación entre la representación unitaria y los trabajadores, que es al fin y al cabo, el objeto de la norma, este canal debe aceptarse siempre y cuando, al igual que el tablón, su utilización sea adecuada y racional, evitando perjuicios a la empresa.

La rápida evolución de la tecnología va a deparar continuos problemas de adecuación de la normativa laboral y sindical, que no prevén el uso y aprovechamiento colectivo de estos recursos. Si cabe la utilización de los sistemas de comunicaciones como el correo electrónico e Internet para un uso colectivo laboral o sindical, ya es una realidad solicitar compartir otros medios, como por ejemplo, la utilización de teléfonos móviles para estos fines o cualquier otro dispositivo que surja¹³⁴⁵.

6. LA REGULACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LA UTILIZACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA EMPRESA POR EL TRABAJADOR.

La negociación colectiva como instrumento práctico a la hora de delimitar el uso

empresarial”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016. Pág. 550.

¹³⁴⁴ ROLDÁN MARTÍNEZ, Aránzazu y HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel: “El ejercicio de las libertades de expresión e información de los representantes de los trabajadores en la era de Internet”. *Actualidad Laboral*. N.º 12. La Ley. Junio 2009. Pág. 1392.

¹³⁴⁵ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: “El uso sindical de los medios informáticos de la empresa”. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 5-6. Marzo 2009. Pág. 62.

laboral o profesional de los equipos no ha sido aprovechado, con carácter general, por las empresas de nuestro país. Parece que prima la prohibición de uso individual para fines particulares, salvo cuando se trata de la distribución de información sindical, donde la práctica común es permitirlo. Aún así, el uso individual tiene varios niveles de prohibición, sobre todo en lo que a prevención de abusos se refiere. En algunos convenios, incluso, se cataloga como infracción grave la utilización del correo corporativo o el acceso indebido a Internet.

Algunos convenios contemplan la posibilidad de que el tablón de anuncios previsto en el art. 81 ET sea virtual y, respecto al local a disposición de los representantes, algunos incluyen entre su dotación la existencia de un ordenador y conexión a Internet.

Es destacable además, la facultad "*negociada*" en los convenios para advertir de la monitorización de los equipos, para comprobar el uso legítimo y profesional del equipo y de la conexión a Internet.

Por último, comienzan a aparecer cláusulas en la negociación colectiva referidas al acceso a las redes sociales, así como a la protección de datos.

De esta manera, se pueden resumir las distintas cláusulas de los convenios en función del tema que tratan y de la importancia que adquieren. En una clasificación de tipo amplio, podemos distribuir las cláusulas de los convenios colectivos referidas al uso, control y comunicación a través del ordenador, de la siguiente forma:

6.1. USO PERSONAL O PROFESIONAL DEL ORDENADOR, CORREO ELECTRÓNICO E INTERNET.

6.1.1 Prohibición absoluta de utilización de las TICs para uso personal.

El art. 45 del CC del sector de "*Pompas Fúnebres de Galicia*" advierte del uso exclusivamente profesional del correo electrónico e Internet. Sólo permite el uso y control de los ordenadores y de los programas informáticos instalados y facilitados por las empresas limitado exclusivamente por razones de trabajo. Atribuye al trabajador toda la responsabilidad en la custodia de las claves de acceso utilizadas para su trabajo, las cuales son "*personales e intransferibles*"¹³⁴⁶.

El Anexo 3º del CC de "*Aldeasa, SA*", recoge expresamente que los medios informáticos, incluido el correo electrónico y el acceso a Internet, son herramientas de trabajo propiedad de la empresa, estando destinados los mismos al uso estrictamente profesional en función de los cometidos laborales encomendados al trabajador. Por ello, prohíbe "*hacer uso de su contenido para fines distintos de los laborales, revelar o difundir su contenido ni obtener copias mediante cualquier procedimiento para utilizarlas fuera del ámbito de la empresa, salvo que tenga autorización expresa de la empresa para ello*"¹³⁴⁷.

Por su parte, el art. 44.9 del CC de "*Disney Store*", es terminante en cuanto al uso

¹³⁴⁶ Resolución de 29 de febrero de 2012 (*DOG de 27 de marzo de 2012*).

¹³⁴⁷ Resolución de 8 de febrero de 2012 (*BOE de 23 de febrero de 2012*).

de Internet: “*Queda prohibido navegar por internet*”¹³⁴⁸.

6.1.2 Prohibición de uso personal en general, sin perjuicio de un uso razonable privado.

El CC de “*Telefónica Ingeniería de Seguridad, SAU*”, dispone en su art. 43.b), una prohibición general de destino a uso privado, aunque, sin embargo, permite un uso razonable y no abusivo. Establece claramente como abusivo, el envío masivo de mensajes, las cadenas de mensajes, interferir las comunicaciones del resto de empleados o perturbar el normal desarrollo del trabajo en la empresa. Llama la atención, la gravedad que atribuye a determinados tipos de mensaje, en razón a su temática y materia: “*Bajo ningún concepto podrán los empleados utilizar estos medios para realizar envíos masivos de mensajes, enviar mensajes con anexos de gran tamaño (capacidad), ni realizar cualquier tipo de envío sin relación alguna del desempeño profesional que interfiera las comunicaciones del resto de empleados o perturbe el normal funcionamiento de la red de la empresa. Igualmente, no está permitido en envío de cadenas de mensajes electrónicos, la falsificación de mensajes de correo electrónico, el envío de mensajes o imágenes de material ofensivo, inapropiado o con contenidos discriminatorios por razones de género, edad, sexo discapacidad etc. Aquellos que promuevan el acoso sexual, así como la utilización de la red para juegos de azar, sorteos, subastas, descarga de vídeo, audio u otros materiales no relacionados con la actividad profesional*”¹³⁴⁹.

El CC del “*Sector de Oficinas y Despachos de Cataluña*” regula el acceso y utilización de los medios telemáticos, aludiendo a un uso razonable de los mismos, de acuerdo al principio de la buena fe contractual¹³⁵⁰.

El art. 30 del CC de “*Empresas de Televisiones Locales y Regionales en Castilla y León*” contiene los derechos y deberes de los trabajadores en relación al acceso a Internet y correo, si bien vincula el uso privado a las comunicaciones con los sindicatos, lo que deja entrever, que cabe compatibilizar el uso profesional con el privado “*salvo aquellos casos en que pueda suponer mala fe contractual o abuso de derecho*”¹³⁵¹.

El art. 73 del CC de la “*ONCE y su personal*” prevé un uso flexible de los medios técnicos a disposición del trabajador, que evite el uso no adecuado de los mismos¹³⁵².

6.1.3 Uso privado permitido, salvo daños en el sistema o envío de mensajes ofensivos.

Llama la atención la libertad que permite el CC de la “*Asociación Centro Trama*” para el uso general del correo electrónico, la intranet o Internet en el puesto de trabajo, incluso en el caso de que se trate de un uso no excepcional que exceda de lo habitual, tenga que ver o no con el trabajo: “*Los trabajadores y trabajadoras podrán utilizar el*

¹³⁴⁸ Resolución de 4 de agosto de 2010 (*BOE de 19 de agosto de 2010*).

¹³⁴⁹ Resolución de 17 de marzo de 2011 (*BOE de 31 de marzo de 2012*).

¹³⁵⁰ Resolución EMO/1680/2013, de 25 de julio (*DOGC de 5 de agosto de 2013 y c/e de 1 de octubre*).

¹³⁵¹ Resolución de 24 de febrero de 2011 (*BOCL de 11 de abril de 2011*).

¹³⁵² Resolución de 1 de octubre de 2009 (*BOE de 14 de octubre de 2009*).

*correo electrónico, la intranet e internet con libertad y en el sentido más amplio posible, para el desempeño de las actividades de su puesto de trabajo. Siempre que los trabajadores y trabajadoras precisen realizar un uso de estos medios que exceda de lo habitual, tengan o no relación con el desempeño profesional, utilizarán los cauces adecuados de acuerdo con su superior inmediato, para no causar daños en el desarrollo normal de las comunicaciones y en el funcionamiento de la red interna*¹³⁵³.

El art. 125 del CC del “*Grupo Endesa*”, con carácter general y siempre que dispongan de los medios técnicos adecuados, prevé el uso del correo electrónico y de Internet para el desempeño de las funciones propias del puesto de trabajo y para fines personales, siempre que no se altere el normal desarrollo del trabajo ni se pongan en riesgo los sistemas de comunicaciones o el funcionamiento de la red interna¹³⁵⁴.

El art. 49 del CC de “*Numil Nutición SRL*” permite utilizar el correo electrónico “*ocasionalmente para la comunicación personal razonable, sin que esté permitido su uso excesivo o ilegal*”. Sin perjuicio de ello, se evitará cualquier contenido “*que vulnere los derechos fundamentales de la persona, que pueda ser constitutivo de falta o delito penal, o que transmita o divulgue datos de propiedad registrada o secretos de la empresa, datos de propiedad registrada o secretos de clientes, u otra información confidencial, a no ser que esté expresamente autorizado por algún cargo de alta dirección*”.¹³⁵⁵

6.2. CLÁUSULAS REFERIDAS A LA UTILIZACIÓN DE LAS TICS PARA FINES SINDICALES O DE REPRESENTACIÓN.

6.2.1 Distribución de información sindical: Dotación de medios.

El CC de “*Uniprex, SAU*” se refiere al uso privado, sobre todo dirigido a la emisión y recepción de información sindical, para lo que garantiza en su art. 53.4 el derecho a utilizar el correo electrónico sin restricciones para la comunicación entre los trabajadores, las Secciones Sindicales constituidas y los Comités de empresa o Delegados de personal, a los que se dotará de dirección de correo electrónico con la que se pueda garantizar el citado derecho. Igualmente se garantiza el derecho a utilizar la Intranet e Internet por los trabajadores para acceder a sitios *web* de carácter sindical y/o relacionados con sus derechos laborales y civiles¹³⁵⁶.

El art. 79.1 del CC del “*Sector de Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de accidentes de trabajo*” pone a disposición de los representantes de los trabajadores legales y sindicales la utilización del correo electrónico de la empresa, siempre que sea factible. Para ello se prevé un acuerdo para la mejor forma de utilización del correo electrónico en la medida que afecte a los procesos ordinarios de comunicación¹³⁵⁷.

¹³⁵³ Resolución de 2 de diciembre de 2014 (*BOE de 16 de diciembre de 2014*).

¹³⁵⁴ Resolución de 27 de enero de 2014 (*BOE de 13 de febrero de 2014*).

¹³⁵⁵ Resolución de 16 de agosto de 2012 (*BOE de 31 de agosto de 2012*).

¹³⁵⁶ Resolución de 12 de julio de 2010 (*BOE de 23 de julio de 2000*).

¹³⁵⁷ Resolución de 4 de julio de 2013 (*BOE de 16 de julio de 2013*).

El art. 91 del “*I Convenio Colectivo nacional de los Servicios de Prevención Ajenos*” dota de los medios telemáticos de la empresa a la representación legal y sindical de los trabajadores, entre los que se encuentra una cuenta de correo electrónico de carácter exclusivo. Además, podrán contar con un tablón virtual, sin perjuicio del tablón físico existente, para distribuir información a los trabajadores¹³⁵⁸.

El art. 106.2 del CC del sector de “*Industrias Extractivas, del vidrio, cerámicas y para las del Comercio exclusivista de los mismos materiales*”, prevé que las empresas faciliten una cuenta de correo electrónico para enviar y recibir información sindical, con los límites que prohíben enviar *spam* o comunicaciones masivas¹³⁵⁹.

El art. 45 del V CC de ámbito estatal para “*Despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales*”, permite el uso sindical del correo electrónico con limitaciones: “*Siempre que estos envíos sean prudentes y no masivos y no provoquen bloqueos en los servidores de las empresas*”¹³⁶⁰.

En la línea con los convenios anteriores, el art. 52 del CC de “*Oficinas y Despachos de la provincia de Huesca*” prevé, con fines sindicales, la distribución de información a través del correo electrónico, siempre que estos envíos sean no masivos y no provoquen bloqueos en los servidores de las empresas¹³⁶¹.

Por su parte, el art. 45 del CC para “*Distribuidores de Gases Licuados del Petróleo de la provincia de Barcelona*”, permite usar los medios tecnológicos para la distribución de información sindical, pero limitado a las tareas propias de dicha representación¹³⁶².

En el art. 21 del CC del “*Sector de Transitarios de la Comunidad de Madrid*” resulta llamativo que la libertad del uso del correo electrónico por los representantes de los trabajadores se vincula a la libertad de expresión y opinión. Si bien, podría entenderse comprendido en estos derechos, el hecho de que se explicita supone una especialidad¹³⁶³.

El art. 65 del CC para las “*Empresas de gestión y mediación inmobiliaria*” establece las pautas de utilización del correo electrónico por los representantes de los trabajadores, así como sus límites, entre los que se reiteran la no perturbación de la actividad empresarial, ni causar gravámenes o costes adicionales¹³⁶⁴.

En este sentido, el art. 68 del CC del “*Sector de la Industria siderometalúrgica de la provincia de Barcelona*”, dota de una conexión externa para Internet y correo electrónico a

¹³⁵⁸ Resolución de 26 de agosto de 2008 (BOE de 11 de septiembre de 2008).

¹³⁵⁹ Resolución de 23 de julio de 2012 (BOE de 14 de agosto de 2012).

¹³⁶⁰ Resolución de 16 de octubre de 2013 (BOE de 31 de octubre de 2013).

¹³⁶¹ Resolución de 18 de febrero de 2011 (BOP de 1 de marzo de 2011).

¹³⁶² Resolución de 6 de julio de 2011 (BOP de 25 de julio de 2011).

¹³⁶³ Resolución de 20 de enero de 2009 (BOCM de 23 de febrero de 2009).

¹³⁶⁴ Resolución de 23 de noviembre de 2011 (BOE de 10 de diciembre de 2011).

las secciones sindicales previa suscripción de las normas de uso y buena praxis¹³⁶⁵.

6.2.2 TABLÓN DE ANUNCIOS Y LOCAL PARA LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES.

El art. 79.2 del CC del “Sector de Entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo” prevé una cláusula curiosa, de cara a sustituir los tablones de anuncios previstos en el art. 81 ET, por un tablón virtual. Para ello, se proveerá a los representantes de los medios técnicos que, sin embargo, deberán ser destinados a la finalidad de representación¹³⁶⁶.

El art. 72 del CC del “Sector de la Industria metalgráfica de Cataluña” contiene no solo la previsión de facilitar correo electrónico e Internet a los representantes de los trabajadores, sino que el local deberá contar con los medios y equipos con los que se pueda acceder a Internet y, en particular, “terminal de ordenador (C.P.U., pantalla, teclado, ratón, altavoces y demás elementos accesorios del puesto, en función de su configuración concreta) y una impresora, que serán también facilitados por la empresa, junto con su mantenimiento periódico -aunque no los consumibles-. El software mínimo proporcionado estará integrado por un paquete «office» estándar”¹³⁶⁷.

El art. 44 del “Convenio colectivo único para el personal laboral da Xunta de Galicia” alude al cumplimiento del art. 81 ET, en cuanto a un local adecuado y tablón. Sin embargo, su especialidad radica en que los medios con los que deberán estar dotados los locales, habrán de contar con los dispositivos tecnológicos que se especifican, entre los que se incluye material informático y correo electrónico. Además, prevé la utilización de fotocopiadoras, multicopistas y demás aparatos de reprografía para uso de su administración interna¹³⁶⁸.

El art. 59 del CC de la “Industria de la Construcción y Obras públicas de la provincia de Barcelona” atribuye a los locales, tanto de los representantes legales como sindicales, una dotación importante en ordenadores, correo electrónico y acceso a la intranet, en las condiciones que pueda acceder cualquier empleado de la plantilla¹³⁶⁹.

El art. 79.2 del “XVII Convenio colectivo general de la industria química” prevé la dotación de una intranet u otro sistema informático similar o alternativo, para la publicación de información de carácter sindical de interés para dicho centro¹³⁷⁰.

El art. 55 del CC de “MAPFRE, Grupo Asegurador” prevé la sustitución del tablón

¹³⁶⁵ Resolución TRE/1952/2007, de 31 de mayo (DOGC de 29 de junio de 2007 y c/e de 3 de enero de 2008).

¹³⁶⁶ Resolución de 4 de julio de 2013 (BOE de 16 de julio de 2013).

¹³⁶⁷ Resolución EMO/1982/2011, de 21 de julio (DOGC de 19 de agosto de 2011 y c/e de 31 de agosto).

¹³⁶⁸ Resolución de 20 de octubre de 2008 (DOG de 3 de noviembre de 2008).

¹³⁶⁹ Resolución de 9 de agosto de 2013 (BOP de Barcelona de 27 de agosto de 2013).

¹³⁷⁰ Resolución de 26 de marzo de 2013 (BOE de 9 de abril de 2013).

de anuncios de cada sección sindical, por tablón de anuncios electrónico, así como la disposición de un espacio en el portal del empleado¹³⁷¹.

El Acuerdo V del CC del “*Organismo Autónomo de Correos y Telégrafos*” recoge la dotación de los locales para los representantes de los trabajadores. Tal dotación incluye ordenador e impresora, planteándose el estudio de la incorporación del correo electrónico de acuerdo con el nivel de inversiones programado¹³⁷².

6.3. CONVENIOS COLECTIVOS QUE ADVIERTEN SOBRE EL CONTROL DEL USO DE LOS EQUIPOS Y DE LAS TICS.

6.3.1 Información de herramientas de control

La Disposición Adicional Primera del CC de “*Mapfre Grupo Asegurador*” contiene las normas sobre uso de medios de la empresa, advirtiendo que existen procedimientos que permiten conocer si su uso se circunscribe a fines laborales o privados¹³⁷³.

El art. 66 del CC del “*Sector de Oficinas y Despachos de Cataluña*” contiene la previsión de la verificación de los sistemas informáticos, a efectos de comprobar su correcto uso, aludiendo expresamente a que su utilización no derive hacia temas extraprofesionales. Se habla de control automatizado, revisión de mensajes y accesos a Internet. Aún así, se refiere de forma expresa al respeto de los derechos a la dignidad e intimidad de los trabajadores. A similitud de las taquillas, prevé el registro de los equipos con presencia del afectado y de los representantes legales de los trabajadores¹³⁷⁴.

6.3.2 Auditorías y registros.

Los apartados VI y VII del art. 30 del CC de “*Empresas de Televisiones Locales y Regionales en Castilla y León*” contienen una regulación específica para el control y vigilancia de los medios puestos a disposición de los trabajadores, entre los que se incluyen los medios de comunicación electrónica. Establece unas garantías, como la presencia de algún representante de los trabajadores y da cuenta de la necesidad de probar el “*uso ilícito*” de forma que se pueda imputar al trabajador, “*utilizando sistemas de encriptación por claves emitidas por autoridades de certificación de firma electrónica*”¹³⁷⁵.

El art. 12 del CC de la “*Fundación O'Belén*” prevé expresamente la vigilancia y control a través de comprobaciones selectivas de ordenadores, siempre que se notifique al trabajador previamente, o bien, siempre que el trabajador esté presente, lo que prácticamente legitima la actuación de control empresarial en cualquier momento¹³⁷⁶.

¹³⁷¹ Resolución de 14 de marzo de 2002 (BOE de 2 de abril de 2002).

¹³⁷² Resolución de 11 de marzo de 1997 (BOE de 14 de abril de 1997).

¹³⁷³ Resolución de 3 de noviembre de 2010 (BOE de 16 de noviembre de 2010).

¹³⁷⁴ Resolución EMO/1680/2013, de 25 de julio (DOGC de 5 de agosto de 2013 y c/e de 1 de octubre).

¹³⁷⁵ Resolución de 24 de febrero de 2011 (BOCL de 11 de abril de 2011).

¹³⁷⁶ Resolución de 2 de marzo de 2015 (BOE de 17 de marzo de 2015).

El Anexo 3º del CC de “Aldeasa, SA” prevé comprobaciones, cuando existan indicios de uso ilícito o abusivo por parte de un empleado, y si fuera preciso, *“la realización de una auditoría en el ordenador del empleado o en los sistemas que ofrecen el servicio, que se efectuará en horario laboral y en presencia de algún representante de los trabajadores, con respecto a la dignidad e intimidad del empleado”*¹³⁷⁷.

El art. 62 del III CC del “Grupo 20 Minutos, SL”, reconoce en el ámbito de la libertad de empresa, el establecimiento de los *“mecanismos necesarios para que el sistema informático pueda detectar las páginas de Internet visitadas por el trabajador, las conexiones realizadas a otros sistemas informáticos externos por los dispositivos asignados al trabajador, el número de correos y las direcciones a las que se han remitido correos desde cada trabajador o desde las que ha recibido los correos el trabajador”*¹³⁷⁸.

6.4. CLÁUSULAS QUE REGULAN EL ACCESO A REDES SOCIALES O A SISTEMAS DE MENSAJERÍA INSTANTÁNEA.

El art. 65.2 del CC del “Sector de oficinas y despachos de Cataluña”, recoge la prohibición de acceder a redes públicas, o redes sociales, así como participar en debates en tiempo real, a través de aplicaciones de mensajería instantánea¹³⁷⁹.

Entre las medidas de organización del trabajo, el art. 16.7 del CC de “Oficinas de colegios profesionales de la Región de Murcia”, prohíbe el uso privado de las máquinas y medios de la empresa, *incluidos los sistemas informáticos y accesos a Internet y redes sociales, fuera de la misma o para usos privados y ajenos a la prestación laboral*¹³⁸⁰.

6.5 PROHIBICIÓN DE DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS PERSONALES DURANTE EL TRABAJO.

El art. 44 del “IV Convenio colectivo para la Acuicultura marina nacional” prohíbe la utilización de reproductores de música (colectivos o individuales), teléfonos móviles o cualquier tipo de aparato electrónico que no sea propio o relacionado con el puesto de trabajo o que no haya sido autorizado expresamente y por escrito por la dirección¹³⁸¹.

El art. 37 del CC de “Prosegur BPO España, SL” prevé como conducta sancionable, el uso de teléfonos móviles u otros dispositivos informáticos particulares en el lugar de trabajo¹³⁸².

De la misma forma, el art. 52 del CC estatal de “Grandes almacenes” sanciona la utilización en horas de trabajo del teléfono móvil particular en contra de las instrucciones

¹³⁷⁷ Resolución de 8 de febrero de 2012 (BOE de 23 de febrero de 2012).

¹³⁷⁸ Resolución de 9 de abril de 2014 (BOE de 23 de abril de 2014).

¹³⁷⁹ Resolución EMO/1680/2013, de 25 de julio (DOGC de 5 de agosto de 2013 y c/e de 1 de octubre).

¹³⁸⁰ Resolución de 20 de febrero de 2014 (BORM de 7 de marzo de 2014).

¹³⁸¹ Resolución de 3 de agosto de 2015 (BOE de 19 de agosto de 2015).

¹³⁸² Resolución de 3 de febrero de 2016 (BOE de 16 de febrero de 2016).

de la empresa¹³⁸³.

Contienen similares previsiones, prohibiendo el uso de estos dispositivos particulares, el art. 30 del CC “*Dealz España, SL*”¹³⁸⁴, el art. 36 del CC de “*ESC Servicios Generales, SL*”¹³⁸⁵, y el art. 48 del CC del “*Grupo Importaco Frutos Secos*”¹³⁸⁶.

6.6. CONVENIOS QUE CONTIENEN CLÁUSULAS SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.

El art. 45 del CC del “*Sector de pompas fúnebres de Galicia*” denominado “*Protección de datos y nuevas tecnologías*”, recoge las obligaciones empresariales y los derechos de los trabajadores de la LOPD, en especial, el deber de información en la incorporación de datos a los ficheros existentes en las empresas derivados de la relación contractual y para las finalidades previstas en el propio convenio. Aprovecha también para autorizar, mediante el propio CC, que los datos personales de los trabajadores sean facilitados a sus representantes, para los fines previstos en la legislación vigente¹³⁸⁷.

El art. 19 del CC de “*Easyjet Handling Spain, Sucursal en España*”, prevé que por el mero hecho de solicitar la inclusión en la bolsa de empleo se entiende que el trabajador autoriza a la empresa al tratamiento de los datos y medios de comunicación facilitados, de conformidad a la LOPD¹³⁸⁸.

También se pueden encontrar previsiones que comprometen al trabajador, o teletrabajador, a respetar los datos personales de otras personas que conozca con ocasión de su trabajo, como es el caso del art. 44 del CC de “*Repsol Lubricantes y Especialidades, SA.*”, que obliga al trabajador a “*garantizar la protección de los datos de carácter personal a los que, con ocasión de su prestación laboral, tenga acceso por cuenta del empleador*”¹³⁸⁹.

6.7. CONVENIOS QUE REGULAN LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y SU IMPLICACIÓN EN LA DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL O PREVIÉN EL ESTUDIO O LA REGULACIÓN DEL USO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA EMPRESA POR LOS TRABAJADORES.

El art. 10 del “*XVII Convenio colectivo general de la industria química*”, en previsión de las consecuencias que se produzcan por la incorporación de las nuevas tecnologías en la empresa y que puedan implicar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, prevé su análisis previo con los representantes de los trabajadores, así como las

¹³⁸³ Resolución de 8 de abril de 2013 (BOE de 22 de abril de 2013).

¹³⁸⁴ Resolución de 22 de enero de 2016 (BOE de 5 de febrero de 2016).

¹³⁸⁵ Resolución de 19 de enero de 2016 (BOE de 2 de febrero de 2016).

¹³⁸⁶ Resolución de 17 de marzo de 2015 (BOE de 2 de abril de 2015).

¹³⁸⁷ Resolución de 29 de febrero de 2012 (DOG de 27 de marzo de 2012).

¹³⁸⁸ Resolución de 19 de enero de 2016 (BOE de 3 de febrero de 2016).

¹³⁸⁹ Resolución de 26 de octubre de 2015 (BOE de 9 de noviembre de 2015).

consecuencias en materia de empleo, salud laboral, formación y organización del trabajo, aspectos estos sobre los que deberán ser consultados¹³⁹⁰.

En materia de PRL y, en concreto, la incidencia que en este campo pueden tener las nuevas tecnologías, es objeto de análisis en los arts. 45 y 52 del CC de “*Michelin España Portugal, SA*”, que recoge la consulta sobre la puesta en marcha de nuevas tecnologías y desarrollo de los sistemas de gestión que la empresa pudiera establecer, de los que pudieran derivar riesgos laborales o medioambientales¹³⁹¹.

La Disp. Adic. Décima del “*Convenio colectivo de hostelería de la provincia de Alicante*”, prevé acuerdos con los representantes de los trabajadores para la regulación del uso del correo electrónico, Internet e Intranet para recepción y comunicación de información y otros documentos¹³⁹².

La Disp. Trans. Tercera del CC del “*Sector de la Industria siderometalúrgica de la Comunidad de Madrid*”, prevé la creación de una comisión de trabajo para el estudio y regulación del uso del correo electrónico en la empresa¹³⁹³.

6.8. GRADUACIÓN Y TIPIFICACIÓN DE LAS FALTAS.

El CC del “*Sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo*” tipifica expresamente como faltas graves el abuso en la utilización de los medios y herramientas tecnológicas de la empresa. Sin embargo, tampoco delimita a partir de cuándo se considera abuso, manteniendo la infracción una indeterminación de la falta¹³⁹⁴.

El art. 60.2.i) del “*I Convenio colectivo nacional de los servicios de prevención ajenos*”, al regular la graduación de las faltas por incumplir la obligación de uso exclusivamente profesional, califica como grave la utilización para fines privados de estos medios salvo que la misma hubiera sido expresamente permitida por la empresa¹³⁹⁵.

El art. 36 del “*V Convenio colectivo de ámbito estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales*” distingue entre faltas leves y faltas muy graves, las relacionadas con el uso particular de los medios telemáticos de la empresa. Configura las leves como “*aquellas que comportando falta de diligencia debida o descuidos excusables no causen un (...) perjuicio cuantificable dentro del ámbito de esta ordenación*”, siendo las muy graves las que prevén su utilización con fines fraudulentos¹³⁹⁶.

¹³⁹⁰ Resolución de 26 de marzo de 2013 (BOE de 9 de abril de 2013).

¹³⁹¹ Resolución de 27 de enero de 2016 (BOE de 11 de febrero de 2016).

¹³⁹² Resolución de 24 de julio de 2002 (BOP de 3 de agosto de 2002 y c/e de 8 de agosto).

¹³⁹³ Resolución de 14 de noviembre de 2001 (BOCM de 26 de diciembre de 2001).

¹³⁹⁴ Resolución de 4 de julio de 2013 (BOE de 16 de julio de 2013).

¹³⁹⁵ Resolución de 26 de agosto de 2008 (BOE de 11 de septiembre de 2008).

¹³⁹⁶ Resolución de 16 de octubre de 2013 (BOE de 31 de octubre de 2013).

En el art. 72 del CC de la “*Industria de azulejos, pavimentos y baldosas cerámicas de la Comunidad Valenciana*” entre las faltas graves, se prevén expresamente la utilización abusiva de los medios técnicos a disposición de los trabajadores para asuntos personales sin la debida autorización, o contraviniendo las normas establecidas en la empresa. Llama la atención que incluso es sancionable “*utilizar para usos propios herramientas de la empresa, incluso fuera de los locales de trabajo*”.¹³⁹⁷.

El art. 46 del “*III Convenio colectivo de Consum, Sociedad Cooperativa Valenciana*” tipifica como muy grave el uso propio y particular de los medios de comunicación puestos por la empresa a su disposición, como Internet y el correo electrónico¹³⁹⁸.

El art. 65 del “*IV Convenio colectivo de Retevisión I, SAU*”, distingue como faltas graves, la utilización indebida de la red corporativa, correo electrónico, o el sistema informático de la empresa, para acceder a las redes públicas e Internet, “*empleándolos para fines distintos de los relacionados con su puesto de trabajo, siempre que su uso pueda resultar perjudicial para la compañía*”. La infracción será muy grave si su uso “*ocasionara intencionadamente un daño evidente y constatable para la compañía*”¹³⁹⁹.

El art. 77 del CC de la “*Industria de la madera de la provincia de Almería*” entre las faltas muy graves, castiga el uso de los recursos tecnológicos incluso fuera de la jornada laboral y haciendo especial hincapié al material visionado (pornográfico, abuso de menores, terrorista y belicista, *chats* no relacionados con la actividad de la empresa y cualquier actividad con carácter lucrativo)¹⁴⁰⁰.

El CC del “*Sector de industrias transformadoras de plásticos, de la Comunidad de Madrid*”, prevé en su art. 46 que la utilización para fines distintos al profesional de los medios tecnológicos es causa de la imposición de una falta leve¹⁴⁰¹.

Es falta grave, a tenor del art. 39 del CC del “*Sector del Comercio textil de la provincia de Valencia*”, la utilización para fines particulares de los medios técnicos facilitados por la empresa, como el teléfono, correo electrónico, Internet o cualquier otro medio telemático, siempre que no se origine grave perjuicio a la empresa en cuyo caso se calificará de muy grave¹⁴⁰².

El art. 66 del “*XIV Convenio colectivo de la ONCE y su personal*” distingue entre faltas leves y graves con un catálogo que especifica y gradúa cada una de ellas. Llama la atención la previsión de la utilización del correo de otros compañeros de trabajo, o el envío de mensajes de correo electrónico de forma masiva sin consentimiento de la

¹³⁹⁷ Resolución de 21 de marzo de 2013 (*DOGV de 12 de abril de 2013 y c/e de 2 de mayo*).

¹³⁹⁸ Resolución de 11 de abril de 2012 (*BOE de 25 de abril de 2012*).

¹³⁹⁹ Resolución de 6 de mayo de 2014 (*BOE de 19 de mayo de 2014*).

¹⁴⁰⁰ Resolución de 29 de agosto de 2011 (*BOP de 16 de septiembre de 2011*).

¹⁴⁰¹ Resolución de 11 de septiembre de 2013 (*BOCM de 1 de noviembre de 2013*).

¹⁴⁰² Resolución de 27 de junio de 2013 (*BOP de 6 de julio de 2013*).

organización, conductas consideradas muy graves¹⁴⁰³.

El art. 60 del CC estatal de “*Perfumería y afines*”, tipifica como falta grave, la utilización de herramientas y equipos de trabajo propiedad de la empresa, incluidos los medios informáticos y de comunicación (correo electrónico, intranet, Internet, ordenadores de sobremesa o portátiles, teléfonos móviles, memorias extraíbles, etc.) proporcionados al empleado para su uso profesional, para fines y usos distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral¹⁴⁰⁴.

El art. 56 del CC del “*Sector de Aserradores y almacenistas de madera de Cantabria*” prevé como faltas graves, el uso no autorizado de los recursos de la empresa, entre los que se incluyen los tecnológicos. Sin embargo, esta previsión, expresamente no se aplica a la representación legal y sindical de los trabajadores en el ejercicio de sus funciones. El art. 57, como faltas muy graves, prevé la reiteración en el uso no autorizado y con carácter personal de las herramientas de la empresa, y, expresamente, envío de material pornográfico, de abuso de menores, terrorista y belicista, *chats* no relacionados con la actividad de la Empresa y cualquier actividad con carácter lucrativo¹⁴⁰⁵.

¹⁴⁰³ Resolución de 1 de octubre de 2009 (*BOE de 14 de octubre de 2009*).

¹⁴⁰⁴ Resolución de 28 de diciembre de 2015 (*BOE de 19 de enero de 2016*).

¹⁴⁰⁵ Resolución de 9 de enero de 2014 (*BOC de 23 de enero de 2014*).

CAPÍTULO V

LA EFICACIA DE LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR EN RELACIÓN A LOS DISPOSITIVOS DE VIDEOVIGILANCIA Y GEOLOCALIZACIÓN.

1. LA UTILIZACIÓN DE LOS SISTEMAS DE VIDEOVIGILANCIA Y SU AMENAZA A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

“Ser observado cambia el modo de comportarse. Por cierto, cuando somos observados muchos de nosotros censuramos lo que decimos o lo que hacemos y ciertamente tal es el efecto de una vigilancia continua y generalizada.

Saber que cada movimiento y que cada gesto está controlado por una cámara puede tener un impacto psicológico y cambiar nuestro comportamiento, lo cual constituye una intrusión en nuestra privacidad.

Existen circunstancias en las que es legítimo y necesario sacrificar hasta cierto punto la privacidad y otros derechos fundamentales, en aras de la seguridad. Nuestra sociedad debe ser capaz de defenderse a sí misma del mejor modo contra las amenazas. No obstante, el peso de la prueba siempre debe estar del lado de quienes declaran que tales sacrificios son necesarios y que todas las medidas propuestas son instrumentos eficaces para proteger la sociedad”¹⁴⁰⁶.

1.1. LOS SISTEMAS DE VIDEOVIGILANCIA Y SU UTILIZACIÓN EN LA SOCIEDAD.

El desarrollo tecnológico ha potenciado cada vez con más frecuencia los sistemas de captación de imagen. Esta circunstancia ha suscitado un animado debate, a fin de determinar los requisitos y los límites relativos a la instalación de equipos destinados a la vigilancia por videocámara, así como las garantías necesarias para los interesados¹⁴⁰⁷.

De todas formas, hoy en día y fruto de la evolución tecnológica, las instalaciones de videovigilancia ya no son solo tales (en el sentido tradicional de una cámara fija instalada en algún lugar), pues cualquier persona con un *smartphone* puede convertirse en un dispositivo de videovigilancia. La obtención de vídeos e imágenes y su rápida difusión desde un mismo dispositivo, está al alcance de cualquier persona.

En los inicios de los años 90, se instalaron cámaras de vigilancia en la *Levallois-Perret* (Francia), donde se produjo una fuerte reacción civil. Tras los atentados de Nueva York en 2001, Madrid en 2004 y Londres, en 2005, las cámaras de videovigilancia se multiplican sin protesta alguna. Incluso tras el atentado en París contra la Revista *Charlie*

¹⁴⁰⁶ BUTTARELLI, Giovanni: “Restricciones legales – Vigilancia y derechos fundamentales”. Discurso en calidad de Supervisor Adjunto Europeo de Protección de Datos, en el Palacio de Justicia, Viena, 19 de junio de 2009. Disponible en: https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Sp_eches/2009/09-06-19_Vienna_surveillance_EN.pdf

¹⁴⁰⁷ Véase el Documento de trabajo relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara, adoptado el 25 de noviembre de 2002 por el Grupo del art. 29 sobre protección datos, disponible en: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2004/wp89_es.pdf

Hebdo el 7 de enero de 2015, se agudiza la vigilancia de cámaras de seguridad en calles, centros públicos y empresas.

Los atentados de París, de 13 de noviembre de 2015, con 130 muertos, así como los de Bruselas, de 22 de marzo de 2016, han puesto de manifiesto la participación de varios equipos terroristas simultáneamente y, por tanto, comunicados entre sí. La gravedad del riesgo a sufrir este tipo de atentados justifica la utilización preventiva por razones de seguridad de capturas de imagen y sonido e intervenciones en las comunicaciones, tanto de teléfonos móviles, como vía Internet. El cotejo de datos de posicionamiento vía GPS de un terminal de telefonía móvil permite conocer en tiempo real la posición geográfica de un sospechoso, que va a más allá de un tradicional seguimiento policial. La obligación de someterse a un escáner, tanto corporal, como de los objetos personales, en aeropuertos o en centros públicos o multitudinarios supone un paso más de la videovigilancia, así como el empleo de audio e imágenes térmicas para saber lo que esconde el interior de un domicilio. Sin embargo, existe una aceptación generalizada para estas prácticas que, incluso, tranquilizan a la población y disuaden a los delincuentes.

Ahora bien, ¿se puede justificar el empleo de cualquier medio de investigación, para contrarrestar la delincuencia y el terrorismo organizado? En un Estado de Derecho deben prevalecer los principios de legalidad y seguridad jurídica, pues es imprescindible que las normas sean claras y detalladas, tanto más cuanto los procedimientos técnicos se perfeccionan continuamente. Sin embargo, ello no implica que tengamos que resignarnos para no emplear los medios técnicos idóneos de investigación criminal¹⁴⁰⁸.

La primera generación de cámaras de videovigilancia ofrecía relativamente poca seguridad. Las imágenes eran borrosas y violaban la vida privada de los ciudadanos porque registraban sus desplazamientos. La segunda generación ofrece una mucha mejor calidad y mayor seguridad. Sin embargo, dado la buena calidad de las imágenes resultan mucho más invasivas. Ahora, una tercera generación de "sistemas con cámaras inteligentes" registra únicamente los eventos sospechosos y están equipadas con una función integrada que bloquea la grabación de imágenes dentro de los lugares reservados o privados. Los parámetros tecnológicos de estos sistemas inteligentes pueden ser configurados de forma sumamente precisa, ofreciendo así la ventaja de discriminar los lugares sometidos a vigilancia, evitando grabar ámbitos reservados.

Esta tecnología forma parte de la "privacidad por diseño", permitiendo combinar valores o preferencias que antes eran irreconciliables y que en otros ámbitos han dado resultados inesperados. Son ejemplos de tecnologías inteligentes, las tecnologías ambientales que combinan el desarrollo sostenible con el crecimiento económico, o las bombas inteligentes que destruyen al enemigo, manteniendo los menores daños colaterales a los edificios y a los civiles. En el ámbito de la videovigilancia permiten discriminar imágenes, decidir quien y como consulta los registros, en qué condiciones se almacenan las imágenes y de qué modo se pueden utilizar las grabaciones e integrarlas en una base de datos¹⁴⁰⁹.

¹⁴⁰⁸ ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos: "La investigación del delito en la era digital. Los derechos fundamentales frente a las nuevas medidas tecnológicas de investigación". Fundación Alternativas. Estudios de progreso 74/2013. Madrid. 2013. Pág. 36.

¹⁴⁰⁹ VAN DEN HOVEN, Jeroen: "Privacy by design o la protección de datos personales desde el diseño: El caso de la videovigilancia" en AA.VV.: "Ciudadanos, ciudades y videovigilancia. Hacia una utilización

Sin embargo, la tecnología inteligente también atrae nuevos riesgos para la privacidad. Las herramientas de videovigilancia proponen hoy la transmisión de las imágenes por Internet (vídeo por IP), *interfaces* de gestión que se integran al entorno ofimático, una calidad de imagen y unas capacidades de almacenamiento cada vez mayores. Estos sistemas están evolucionando rápidamente hasta el reconocimiento facial o sonoro, lo que constituye un paso más hacia la identificación de una persona anónima y un recorte, por tanto, de su privacidad¹⁴¹⁰.

El Estado democrático debe velar por la seguridad de los ciudadanos, pero al mismo tiempo, por la intimidad. Las cámaras de videovigilancia en lugares públicos deben estar al servicio de los ciudadanos y no en contra de sus derechos a la privacidad. Por ello, la instalación de estos medios debe acompañarse de medidas de transparencia que permitan justificar la vigilancia, informar de su funcionamiento y del tratamiento de los datos recogidos bajo un marco legal apropiado y garantista¹⁴¹¹.

Las nuevas tecnologías de seguridad en materia de videovigilancia representan un asedio general al "*cuerpo*" por parte del poder, ya sea poder público, el Estado, o poder privado, cuando nos referimos a centros y empresas que utilizan estos dispositivos bajo pretexto de la seguridad. La captación visual de todo movimiento corporal, e incluso de los sonidos y voces, los desplazamientos y el sometimiento a la vigilancia electrónica son ejemplos del control de los cuerpos¹⁴¹².

El sentido de la cuestión no es preguntarnos ¿Para que pueden servirnos las cámaras de videovigilancia?, sino más bien, ¿Qué problemas queremos abordar y cómo puede ayudarnos en ello la videovigilancia?¹⁴¹³

En demasiadas ocasiones se nos presenta la videovigilancia como un problema que se justifica para salvaguardar los problemas de seguridad. En este sentido, Stefano RODOTÀ plantea críticamente en su búsqueda por el equilibrio y la garantía de derechos la siguiente ecuación: Los poderes públicos son incentivados a reducir el problema de una

democrática y responsable de la videovigilancia". Foro Europeo para la Seguridad Urbana. París. 2010. Págs. 68-69. Disponible en: http://efus.eu/files/2013/05/CCTV_ESPAGNOL.pdf

¹⁴¹⁰ LIM, Laurent: "Marco jurídico de la videovigilancia en Europa" en AA.VV.: "*Ciudadanos, ciudades y videovigilancia. Hacia una utilización democrática y responsable de la videovigilancia*". Foro Europeo para la Seguridad Urbana. París. 2010. Pág. 88. Disponible en: http://efus.eu/files/2013/05/CCTV_ESPAGNOL.pdf

¹⁴¹¹ MARCUS, Michael: Introducción y editorial a la obra de AA.VV.: "*Ciudadanos, ciudades y videovigilancia. Hacia una utilización democrática y responsable de la videovigilancia*". Foro Europeo para la Seguridad Urbana. París. 2010. Págs. 9-24. Pág. 15. Disponible en: http://efus.eu/files/2013/05/CCTV_ESPAGNOL.pdf

¹⁴¹² FROMENT, Jean-Charles: "Las nuevas tecnologías de seguridad y la sociedad de control". *Revista Catalana de Seguretat Pública* (Institut de Seguretat Pública de Catalunya). N.º 10. Junio 2002. Pág. 35. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/240932/324782>

¹⁴¹³ SQUIRES, Peter: "Los sistemas de videovigilancia: Lecciones útiles de una cultura de la vigilancia" en AA.VV.: "*Ciudadanos, ciudades y videovigilancia. Hacia una utilización democrática y responsable de la videovigilancia*". Foro Europeo para la Seguridad Urbana. París. 2010. Pág. 41. Disponible en: http://efus.eu/files/2013/05/CCTV_ESPAGNOL.pdf

zona de riesgo a la sola lógica del poder público. De esta forma se liberan de la obligación política de investigar las razones sociales y económicas que pueden estar en el origen de una situación de criminalidad y, por consiguiente, de proponer una estrategia más eficaz que la sola sanción penal. En este sentido, la videovigilancia no hace más visible la sociedad: La oscurece.

*"Esta utilización de la tecnología puede contribuir a establecer una política que rechaza los problemas difíciles, se aísla de la sociedad y cambia la naturaleza de la relación entre el ciudadano y el Estado. Y una política prisionera de la tecnología puede dar la impresión de mayor eficiencia, pero hace más débil la democracia"*¹⁴¹⁴.

1.2. VIDEOVIGILANCIA Y DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN.

El ciudadano mantiene su derecho a la intimidad en la calle, en los espacios públicos y en su calidad de trabajador, en la empresa. La intimidad no es un derecho para ejercer solamente en el domicilio familiar. La videovigilancia socava este derecho. Las cámaras nos despojan de conservar nuestro anonimato en un espacio público, o nos retratan en cada momento de nuestro tiempo de trabajo, ante la atenta mirada de un tercero. Incluso, esta circunstancia se agrava por los siguientes condicionantes:

- No sabemos qué imágenes captadas por las cámaras se conservan, o quién tiene acceso a ellas, ni con qué finalidad serán empleadas.
- La videovigilancia implica además la posibilidad de duplicar y multiplicar la grabación, cuando no publicarla y difundirla para conocimiento de un número indeterminado de personas.
- *"Una imagen vale más que mil palabras"*. Justificar una determinada actitud, acción u omisión, por ejemplo, en el centro de trabajo, es mucho difícil frente al comportamiento recogido por una videocámara, que representa una evidencia casi *"incontestable"*.

El peligro que comporta la videovigilancia deriva de su confrontación con algunos derechos fundamentales que en defensa de la inviolabilidad de la persona y de la facultad de exclusión de injerencias de otro, resultan socavados por la técnica. El carácter totalizador y la compulsión psicológica que supone, implica la pérdida de cualquier reducto de intimidad y más aún, la posible manipulación y el uso indebido de la información personal recabada a través de las cámaras, permite la producción continua de perfiles individuales de las personas observadas¹⁴¹⁵.

El balance del uso empresarial de la videovigilancia puede desembocar en argumentos a favor de la libertad de empresa y en contra de los derechos de los trabajadores. Según estudios empíricos, la instalación de cámaras en lugares públicos y

¹⁴¹⁴ RODOTÀ, Stefano: "Democracia y protección de datos". *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 19-20. Mayo-diciembre 2003. Pág. 26.

¹⁴¹⁵ GOÑI SEIN, José Luis: "Controles empresariales: Geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos". *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. N.º 39. Agosto 2009. Pág. 13.

centros de trabajo aumenta la sensación de seguridad, beneficia a las organizaciones, a sus clientes y a la sociedad en general. Por contra, la monitorización viene a deshumanizar a los trabajadores, invade la privacidad de las personas, aumenta los niveles de estrés y perjudica la salud, disminuyendo la calidad de vida en el trabajo. El trabajador monitorizado tiene una menor motivación por la falta de confianza, lo que provoca además una disminución en el sentimiento de lealtad hacia la organización¹⁴¹⁶.

Frente a estas intromisiones que pueden afectar a la intimidad y a varios derechos, además de cumplir con la normativa aplicable, GOOLD propone una actitud y unas condiciones que objetiven la captación de la imagen de forma que garantice¹⁴¹⁷:

- Evitar la utilización de las cámaras para fines que no estén justificados por la seguridad.
- Utilizar las cámaras para los objetivos previamente previstos y delimitados, evitando el llamado "*function creep*" (desvío gradual de la función inicial).
- Operar de modo transparente, de forma que los operadores directos puedan responder frente al público.

Ahora bien, no toda videovigilancia debe ser vista como una intromisión a los derechos a la intimidad y a la propia imagen. Cumple también una función social que debería ser valorada más allá de la mera intromisión a los derechos fundamentales. No se trata, en este sentido, de que constituye en sí un medio probatorio de infracciones o hechos delictivos, sino que cumple con un fin disuasorio y preventivo que tiene por objeto que dichos hechos no lleguen a producirse¹⁴¹⁸.

1.3. LA VINCULACIÓN ENTRE LA VIDEOVIGILANCIA Y LA PROTECCIÓN DE DATOS.

La difusión de dispositivos que captan la imagen en espacios públicos, establecimientos comerciales, centros de trabajo, zonas comunes de comunidades de propietarios y en otros lugares semejantes, hace posible que quienes controlan esos mecanismos tengan cada vez más información sobre más personas con lo que, potencialmente, se abren nuevos frentes de peligro de difícil control. A ello, cabe añadir la posibilidad de que cualquier persona con los dispositivos actuales pueda hacerse con la imagen y la voz de otros con relativa facilidad. Estos medios ostentan una gran capacidad agresiva no solo para la información personal, sino para la intimidad, e incluso, para la propia libertad individual¹⁴¹⁹.

¹⁴¹⁶ AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón: "Prevención del delito en la empresa. Límites ético-jurídicos en la implementación de sistemas de videovigilancia". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N.º 11. 2009. Págs. 17 y 19. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/11/recpc11.html>

¹⁴¹⁷ GOOLD, Benjamin: "Videovigilancia y derechos humanos" en AA.VV.: "*Ciudadanos, ciudades y videovigilancia. Hacia una utilización democrática y responsable de la videovigilancia*". Foro Europeo para la Seguridad Urbana. París. 2010. Págs. 27-36. Disponible en: http://efus.eu/files/2013/05/CCTV_ESPAGNOL.pdf

¹⁴¹⁸ ULL SALCEDO, María Victoria: "El Derecho a la Intimidad como límite de la videovigilancia". *Revista de Derecho Político* (UNED), N.º 63. 2005. Pág. 199.

¹⁴¹⁹ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: "La construcción del derecho a la autodeterminación

La experiencia vivida en los últimos años, a partir de la incorporación de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos en la legislación nacional, ha puesto de manifiesto la gran proliferación de sistemas de circuito cerrado, cámaras y otras herramientas más sofisticadas que se utilizan en los sectores más variados.

La videovigilancia no es más que uno de los muchos y nuevos sistemas de control tecnológico, por lo que no ha de considerarse de modo aislado, pues todos actúan a la vez. Si a las cámaras se le une el uso de GPS en el trabajo, los sistemas RFID¹⁴²⁰, los sistemas de fichaje de entrada/salida mediante huella dactilar¹⁴²¹, iris, venas de las manos, el control del teléfono, del ordenador, del correo electrónico, del acceso a la red, etc., terminamos por perfilar un ambiente más próximo a las previsiones del "*Gran Hermano*" de George ORWELL, en su novela "*1984*" (una sociedad donde se manipula la información y se practica la vigilancia masiva) o al "*Panóptico*" de Jeremy BENTHAM (esa cárcel cuyo diseño permite al carcelero vigilar a todos los reclusos sin que éstos sepan cuando están siendo observados, lo que haría de ellos dóciles sujetos al saberse vigilados) que al de una sociedad humana civilizada¹⁴²². A veces, los árboles no nos dejan ver el bosque ni a donde nos lleva el camino que emprendemos¹⁴²³.

En el ámbito laboral, la videovigilancia en los centros de trabajo ha complementado, e incluso, sustituido otros sistemas tradicionales, como el de la vigilancia por personal de seguridad (vigilantes y guardas de seguridad), que han quedado relegados por sistemas y métodos de control basados en la automatización. Estos métodos suponen un menor coste para el empresario, así como una información más objetiva, detallada y precisa sobre, no sólo la actividad del trabajador, sino de la propia seguridad en general del patrimonio empresarial.

Todos estos sistemas de control afectan al ámbito de la protección del derecho fundamental del trabajador a la protección de sus datos personales. Ello implicará

informativa y las garantías para su efectividad", en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo y PIÑAR MAÑAS, José Luis: "*El derecho a la autodeterminación informativa*". Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009. Pág. 61.

¹⁴²⁰ *Radio Frequency IDentification*, en castellano, "*Identificación por radiofrecuencia*". Véase AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: "*Guía sobre seguridad y privacidad de la Tecnología RFID*". AEPD. Madrid, 2011. Disponible en: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/revista_prensa/revista_prensa/2010/notas_prensa/common/julio/Guia_RFID.pdf

¹⁴²¹ Véase SELMA PENALVA, Alejandra: "El control de accesos por medio de huella digital y sus repercusiones prácticas sobre el derecho a la intimidad de los trabajadores". *Aranzadi Social* 3/2010. BIB 2010\735. Págs. 1-9.

¹⁴²² PIÑAR MAÑAS, José Luis: "Protección de datos: Origen, situación actual y retos de futuro", en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo y PIÑAR MAÑAS, José Luis: "*El derecho a la autodeterminación informativa*". Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009. Pág. 145.

¹⁴²³ DE LORZA GONZÁLEZ, José Ramón: "La Videovigilancia en el ámbito de la empresa". *El Graduado* (Boletín Informativo del Colegio de Graduados Sociales de Madrid), N.º 63. Abril 2011. Pág. 54. Disponible en: <http://www.elgraduado.es/noticias/2011/05/la-videovigilancia-en-el-ambito-de-la-empresa/>

justificar la medida, informar al trabajador de los fines para los que han sido captados los datos y salvaguardarlos, en evitación de un uso arbitrario.

Pero también han de suponer una garantía, al quedar bajo la protección del derecho a la protección de datos. Estos procesos conllevan normalmente un tratamiento de la información. En la medida que los datos obtenidos permitan la identificación de la persona y sean almacenados y tratados, se encuentran dentro de la órbita de protección del derecho a la protección de datos.

Por tanto, y de acuerdo a esta normativa, el hecho de instalar un sistema de videovigilancia que suponga la obtención y tratamiento de datos personales, deberá estar justificado, vincularse a una finalidad y abstenerse de la libre disposición y cesión de dichos datos. La incidencia de este derecho sobre las relaciones laborales, ha crecido en relación a los derechos de la intimidad y la propia imagen del trabajador, limitados en este ámbito, por el hecho de que el centro de trabajo, al ser un lugar público, permite la obtención de imágenes y vídeos con fines de seguridad.

En cambio, el derecho a la protección de datos, pese a no ser estrictamente un derecho específicamente laboral contemplado en el ET, se ha convertido en adalid de la garantía de los trabajadores frente a la vigilancia incondicionada y arbitraria empresarial.

Y es que el solo hecho de que los trabajadores puedan alegar un uso desviado y no informado de la vigilancia con videocámara, puede dar al traste con la prueba objeto de una sanción disciplinaria en ejercicio del poder de dirección del empresario. Así ha ocurrido, como se verá con más detenimiento, en la STC 29/2013, de 11 de febrero.

1.4. VIDEOVIGILANCIA, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y ASOCIACIÓN.

La capacidad tecnológica de recoger y reflejar las imágenes, incluso los movimientos de una persona, provoca una situación de hostigamiento derivada de la observación minuciosa y detallada a la que se está expuesto. El hecho de saber que una cámara de videovigilancia está captando la imagen, la voz, los movimientos y los comentarios de una persona en un lugar público, en una empresa, e incluso en la calle, supone una limitación para el libre ejercicio de derechos que tienen como canal, precisamente, la manifestación externa de nuestros actos.

Ante una manifestación, los sujetos que se ven sometidos a vigilancia, no actúan libremente. La utilización de las tecnologías de vigilancia en el espacio público por parte de la policía o del personal de seguridad de una empresa, pueden socavar los derechos fundamentales a la libertad de expresión, de opinión, reunión y asociación. La coacción que suponen estos recursos, desmotivan e impiden el comportamiento en libertad.

En particular, la videovigilancia tiene la capacidad de desalentar a las personas en cuanto al ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de asociación, o ejercicio del derecho de reunión en la empresa. También afecta, por tanto, a los ejercicios a la libertad sindical y la adopción de medidas de conflicto colectivo.

Estos derechos son esenciales en un sistema democrático y deben ser protegidos, garantizando a los individuos el ejercicio de sus libertades. Si los ciudadanos saben que pueden ser filmados cada vez que participan en una manifestación pública o en una

marcha de protesta contra la empresa, hay un verdadero peligro de que la presencia de cámaras de videovigilancia pueda tener efectos negativos en esos derechos, conduciendo eventualmente a una reducción de la libertad política y de la participación democrática. En palabras de Keih BOONE, la privacidad "*es vital para una sociedad democrática, porque respalda la libertad de votar, de participar en debates políticos y de asociarse libremente, fuera de los ojos públicos y sin temor a represalias*"¹⁴²⁴.

Para evitar estos efectos, de forma que la videovigilancia no suponga una amenaza para coaccionar comportamientos legítimos, es imprescindible la creación de un clima de confianza. A una mayor confianza, mayor libertad, en expectativa de que las expresiones, reuniones o actos en defensa de los intereses, por ejemplo, de los trabajadores, no provoquen efectos negativos.

La única vía para garantizar esta confianza es la transparencia e información sobre las condiciones, justificación y forma en que se lleva a cabo la actividad de videovigilancia. Ahora bien, ante la pugna entre la privacidad y la seguridad, debe ser el Estado quien asume la obligación de garantizar el orden público, el disfrute de los derechos y además, hacerlos compatibles con la seguridad. Ello se debería llevar a cabo a través de una normativa adecuada, que debe exigir justificación de cualquier actividad por la que se observe a los ciudadanos, pues no es a éstos a quien incumbe explicar por qué no desean ser observados¹⁴²⁵.

1.5. VIDEOVIGILANCIA, LIBERTAD SINDICAL Y DERECHO DE HUELGA.

La posibilidad de recoger con imágenes todo lo acontecido en un momento temporal, supone un hecho difícil de refutar. Cuando el individuo se ve sometido a la visualización de todos sus movimientos está expuesto a un análisis de su comportamiento. Si las valoraciones son realizadas por quien se sitúa en una relación de poder, pueden causar un efecto perverso en el sujeto vigilado, que posiblemente, de saberse observado, se habría comportado de otra forma. Es lo que puede acontecer en el ámbito laboral, donde más allá de la mera observación para verificar el buen hacer del trabajador, el empresario puede obtener todo tipo de información que puede causar consecuencias negativas en la valoración del trabajador, e incluso, en la propia relación.

Una de estas situaciones que se plantean es que la videovigilancia puede actuar de forma intimidatoria en los casos de ejercicio por los trabajadores de su derecho a la actividad sindical¹⁴²⁶. Sobre este asunto, el TC resolvió la cuestión de si atenta o no a los derechos fundamentales de los trabajadores la toma de fotografías y la filmación en vídeo por la *Ertzaintza* de un piquete de huelga informativo que, en todo momento, desarrolló su

¹⁴²⁴ BOONE, Keith: "Privacy and Community". *Social Theory and Practise* (Florida State University). Vol. N.º 9. 1983. Pág. 8.

¹⁴²⁵ GOOLD, Benjamin: "Videovigilancia y derechos humanos" en AA.VV.: "*Ciudadanos, ciudades y videovigilancia. Hacia una utilización democrática y responsable de la videovigilancia*". Foro Europeo para la Seguridad Urbana. París. 2010. Págs. 27-36.
Disponible en: http://efus.eu/files/2013/05/CCTV_ESPAGNOL.pdf

¹⁴²⁶ SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa: "El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores". *Revista jurídica de Castilla y León* (Junta de Castilla y León). N.º 2. 2004. Págs. 177 y 178.

actividad de forma pacífica, informando a los viandantes y a otros trabajadores que accedían al centro, sin alterar el orden público.

La STC 37/1998, de 17 de febrero, resolvió que dicha acción había lesionado los derechos de libertad sindical y de huelga. El contenido del derecho de huelga implica *“requerir de otros la adhesión a la huelga”*, incluyendo *“el derecho de difusión e información sobre la misma”*, siendo legal la actuación del piquete. Sin embargo, la filmación entrañó una disuasión u obstaculización del libre ejercicio del derecho de huelga, reduciendo su efectividad pues, *“no cabe minusvalorar los efectos disuasorios que puede producir en el ánimo de quienes pacíficamente forman parte de un piquete informativo, el hecho de ser ininterrumpidamente filmados, sin mediar explicación alguna de ese proceder”*. De esta forma, sentenció el TC que, aunque la medida restrictiva de derechos podía estar justificada para prevenir desórdenes, en este supuesto no superaba el juicio de proporcionalidad, *“dada la desproporción de la medida, teniendo en cuenta su incidencia disuasoria de la huelga”*.

Existen también otras decisiones de Tribunales que en suplicación han considerado que el hecho de la vigilancia con videocámaras lesiona el derecho de huelga:

Así, por ejemplo, la deducción lógica, dado el contexto de todas las circunstancias acaecidas por la convocatoria de huelga y su celebración, es que la instalación y puesta en funcionamiento, precisamente con motivo de la huelga de las cámaras de videovigilancia, de forma sorpresiva e inesperada, es atentatoria al derecho fundamental de libertad sindical y derecho de huelga¹⁴²⁷.

En otro caso, sin embargo, se estimó que no existió actuación alguna por parte de la empresa que pueda ser tildada de amenaza o coacción a los trabajadores con trascendencia vulneradora del derecho de huelga, pues todos los asistentes al acto de concentración eran conscientes de que se trataba de un lugar público y de que eran filmados: *“Es más, probablemente ese era el motivo de celebrar allí esa concentración, para dar mayor relevancia al acto y dejar constancia del mismo”*¹⁴²⁸.

2. MARCO NORMATIVO.

2.1. LA NORMATIVA INTERNACIONAL SOBRE VIDEOVIGILANCIA.

2.1.1 Normativa Internacional de carácter general.

Además del art. 8 CEDH, que como ya se ha analizado anteriormente actúa como la piedra angular de la garantía de la protección del derecho a la intimidad, el Convenio 108/1981, del Consejo de Europa, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento automático de datos personales contempla, en su ámbito de aplicación, las actividades de vigilancia por videocámara que implican el tratamiento de datos personales. El comité consultivo creado en virtud de este Convenio ha establecido que las voces y la imagen se considerarán datos personales cuando aporten información sobre una persona y la hagan identificable, incluso indirectamente.

¹⁴²⁷ STSJ de Murcia (Sala de lo Social), de 4 de septiembre de 2000, rec. N.º 1128/2000 (AS 2000\2813).

¹⁴²⁸ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 9 de febrero de 2007, rec. N.º 6857/2006 (AS 2007\3006).

Entre los principios aplicables, interesan el carácter lícito y leal de la recopilación y del tratamiento automatizado de los datos personales, el principio que rige su grabación y registro para determinadas finalidades que deben ser legítimas, la no utilización de los datos con fines incompatibles al destino de estas imágenes, la limitación de la conservación de estas imágenes a un plazo estrictamente necesario, el carácter adecuado y no excesivo del sistemas respecto a las finalidades que se persiguen, al igual que la pertinencia de los datos y la obligación de actualizarlos.

El Convenio proscribe el tratamiento de datos “*sensibles*” (relativos a las características raciales, a las opiniones políticas, a la salud, a la religión, a la vida sexual), y garantiza, asimismo, el derecho que tienen las personas de conocer la información sobre ellas almacenada y de exigir, en su defecto, las rectificaciones del caso.

El TEDH ha tenido la oportunidad de indicar los límites de estas garantías en materia de videovigilancia. Ha declarado así que la revelación y la publicación en los medios de comunicación, en el marco de campañas de lucha contra el crimen, de imágenes obtenidas con sistemas de videovigilancia en lugares públicos y a espaldas de la persona filmada, constituyen una violación del art. 8 CEDH¹⁴²⁹.

También cabe tener en cuenta aquí el derecho a la libre circulación de las personas que se encuentran en el territorio de un Estado de manera legal, lo que se contempla en el art. 2 del Protocolo Adicional N.º 4 del CDEH. Dicha libertad de circulación sólo puede estar sujeta a restricciones necesarias en una sociedad democrática y proporcionales a la consecución de fines específicos.

Los interesados tienen derecho a ejercer su derecho a la libre circulación sin verse sometidos a un condicionamiento psicológico excesivo en cuanto a sus movimientos y su conducta y sin ser objeto de un control detallado, como el seguimiento de su conducta a causa de la utilización desproporcionada de la vigilancia por videocámara por parte de varias entidades en diversos lugares públicos o abiertos al público.

Por su parte, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó el 25 de enero de 2008 la Resolución N.º 1604, por la cual pide formalmente a los Estados miembros del Consejo de Europa que apliquen conjuntamente los “*principios directivos para la protección de las personas respecto a la recopilación y el tratamiento de datos a través de la videovigilancia*”.

Estos principios tienen por objeto responder a la necesidad de sentar un marco jurídico más específico para las operaciones de videovigilancia, después de haber observado con inquietud que las leyes nacionales están lejos de ser homogéneas en la materia. Retoman y aplican a la videovigilancia los principios que los instrumentos del Consejo de Europa ha afirmado, insistiendo singularmente en la necesidad de varias condiciones:

- Una utilización pertinente, adecuada y no excesiva respecto a la finalidad que se persigue.

¹⁴²⁹ STEDH de 28 de enero de 2003. *Peck* contra Reino Unido.

- Evitar que los datos recopilados sean indexados, comparados y conservados sin necesidad.
- No efectuar una videovigilancia si el tratamiento de los datos de carácter personal puede producir una discriminación contra algunos individuos o grupos de individuos, únicamente en razón de su opinión política, de sus convicciones religiosas, de su salud, de su vida sexual, de sus características raciales o étnicas.
- Informar claramente y de forma adecuada a las personas, indicando la finalidad del sistema y la identidad de los responsables.
- Garantizar el derecho a consultar imágenes y grabaciones de la persona, al igual que la seguridad y la integridad de las imágenes a través de toda medida técnica y organizativa necesaria.

El Consejo de Europa incita a sus miembros a prever en su legislación nacional las disposiciones que definen las restricciones técnicas destinadas a limitar la instalación de estos equipos en función del lugar que se deba vigilar, las zonas privadas que se deben excluir del ámbito de la videovigilancia, exigiendo la utilización de un software adecuado, la codificación criptográfica de los vídeos, al igual que la creación de vías de actuación jurídica en caso de que se alegue una utilización abusiva de la videovigilancia.

Por su parte, la CDFUE¹⁴³⁰, estipula en su art. 7, la protección de la vida privada y familiar, del domicilio y de las comunicaciones y en su art. 8, la protección de los datos de carácter personal.

2.1.2 La videovigilancia en el marco de la Directiva 95/46/CE y su sustitución por el Reglamento UE 2016/679.

El nuevo Reglamento europeo de protección de datos, el R (UE) 2016/679¹⁴³¹, supone la respuesta legislativa de la UE ante la necesidad de armonizar las normas y principios en un instrumento normativo que garantice un tratamiento unificado frente a los nuevos riesgos surgidos de la propia evolución tecnológica. Esta norma sustituirá a la actual Directiva 95/46/CE de protección de datos.

Se trata de un nuevo sistema de protección de datos que garantice al individuo un control efectivo de su propia información personal, incluyendo aquella que pueda provenir de dispositivos de videovigilancia. En este contexto, serán de aplicación medidas que potencien la transparencia y la necesidad de consentimiento expreso, explícito e informado; la privacidad desde el diseño y por defecto (uso de tecnologías impulsoras de la privacidad que minimicen, desde su inicio, la captación y almacenamiento de datos personales) o el derecho a la supresión (derecho al olvido) en cuanto al derecho del afectado a eliminar sus datos personales mediante la correspondiente solicitud, cuando no haya motivo alguno para retenerlos.

¹⁴³⁰ Fue formalmente proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. En diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados. A tal efecto, la Carta fue enmendada y proclamada por segunda vez en diciembre de 2007.

¹⁴³¹ DOUE de 4 de mayo de 2016.

Sin embargo, aunque el R (UE) 2016/679 entró en vigor el 25 de mayo de 2016, no será de aplicación hasta dos años después. Hasta entonces, tanto la Directiva 95/46/CE, como las normas nacionales que la trasponen, entre ellas la española, siguen siendo plenamente válidas y aplicables.

La Directiva 95/46/CE es aplicable al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, incluidos los constituidos por imagen y sonido captados mediante circuito cerrado de televisión y otros sistemas de vigilancia por videocámara, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero. Esta Directiva garantiza la protección del derecho a la intimidad y la vida privada, así como la gama más amplia de protección de datos personales en lo que respecta a las libertades y los derechos fundamentales de las personas físicas (art. 1.1).

Los datos relativos a personas físicas identificadas o identificables, constituidos por imagen y sonido, son datos “*personales*”:

- a) Incluso si las imágenes se utilizan en el marco de un sistema de circuito cerrado y aunque no estén asociadas a los datos personales del interesado.
- b) Incluso aunque no se refieren a personas pero contengan otra información (matrículas de vehículos o visualización de claves en cajeros automáticos o establecimientos), captada durante la videovigilancia, independientemente del método utilizado para el tratamiento (sistemas de vídeo fijos o móviles, receptores de imagen portátiles e imágenes en color o en blanco y negro), la técnica (dispositivos de cable o fibra óptica), el tipo de equipo (fijo, móvil o portátil), las características de la captación (continua o discontinua) y las herramientas de comunicación utilizadas (envío de imágenes a terminales remotos).

Por lo tanto, el responsable del tratamiento deberá verificar si la vigilancia por videocámara implica el tratamiento de datos personales relacionados con personas identificables. A efectos de la Directiva, el carácter identificable también puede resultar de la combinación de los datos con información procedente de terceras partes o, incluso, de la aplicación, en el caso individual, de técnicas o dispositivos específicos.

El carácter específico y sensible del tratamiento de datos constituidos por imagen y sonido relativos a personas se manifiesta en los primeros considerandos de la Directiva:

- a) En principio, la Directiva es aplicable a estos datos, teniendo en cuenta el desarrollo de las técnicas utilizadas para captar, manejar y utilizar la categoría específica de datos personales obtenidos de esta forma (considerando 14);
- b) Los principios de protección de la Directiva también son aplicables a cualquier información (incluso la que esté constituida por imagen y sonido) relativa a una persona identificada o identificable, teniendo en cuenta el conjunto de los medios que puedan ser razonablemente utilizados por el responsable del tratamiento o por cualquier otra persona para identificar a aquella [art. 2.a) y el Considerando 26].

Además, la Directiva es plenamente aplicable en el marco de sus disposiciones individuales relativas a:

- Calidad de los datos. Las imágenes serán tratadas de manera leal y lícita, y se destinarán a fines determinados, explícitos y legítimos. Los datos deberán ser adecuados, pertinentes y no excesivos, y no serán tratados de manera incompatible con dichos fines, conservándose durante un período limitado (art. 6).
- Principios relativos a la legitimación del tratamiento de datos. En base a estos principios, es necesario que el tratamiento de datos personales esté fundamentado en al menos uno de los requisitos mencionados en el art. 7 (consentimiento inequívoco, necesidad de obligaciones contractuales, de cumplimiento de una obligación jurídica, de protección del interés vital del interesado, de cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público).
- Tratamiento de categorías especiales de datos según las garantías aplicables al uso de datos sensibles (art. 8).
- Información que se facilitará al interesado (arts. 10 y 11).
- Derechos del interesado, en concreto el derecho de acceso y el derecho de oposición al tratamiento por razones legítimas [arts. 12 y 14.a)].
- Garantías aplicables a las decisiones individuales automatizadas (art. 15).
- Seguridad de las operaciones de tratamiento (art. 17).
- Notificación de las operaciones de tratamiento (arts. 18 y 19).
- Controles previos a las operaciones de tratamiento que puedan presentar riesgos específicos para los derechos y libertades del interesado (art. 20).
- Transferencia de datos a terceros países (arts. 25 y ss).

El carácter específico y sensible del tratamiento de datos constituidos por imagen y sonido se reconoce finalmente en el último art. de la Directiva, a través del cual la Comisión se compromete a estudiar, en particular, la aplicación de la Directiva a dicho asunto y a presentar las propuestas pertinentes que puedan resultar necesarias en función de los avances de la tecnología de la información, y a la luz de los trabajos de la sociedad de la información (art. 33).

En cuanto a su ámbito de aplicación, la Directiva no es aplicable al tratamiento de datos constituidos por imagen y sonido cuando éstos se utilizan con fines de seguridad pública, defensa, seguridad del Estado o para el ejercicio de las actividades del Estado en ámbitos del Derecho penal, así como para el ejercicio de otras actividades que no están comprendidas en el ámbito del Derecho comunitario. No obstante, al incorporar la Directiva 95/46/CE en la normativa nacional, muchos Estados miembros cubrieron estos ámbitos de manera general, aunque estipularon excepciones específicas.

En cualquier caso, en algunos países, las operaciones de tratamiento realizadas con los fines mencionados anteriormente también están sujetas a garantías, en cumplimiento del Convenio 108/1981 y de las Recomendaciones pertinentes del Consejo

de Europa, así como de determinadas disposiciones nacionales (art. 3.2 y Considerando 16 de la Directiva 95/46/CE). A la luz de estas características peculiares y de la existencia de disposiciones específicas también relacionadas con las actividades de investigación llevadas a cabo por autoridades policiales y judiciales, así como con fines de seguridad del art. 10 (que pueden incluir vigilancia por videocámara “*oculta*”, es decir, sin informar sobre el lugar), esta categoría de operaciones de tratamiento no se incluye en la Directiva.

No obstante, el GT art. 29¹⁴³² destaca que, al igual que algunas otras operaciones de tratamiento de datos personales que tampoco están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, la vigilancia por videocámara realizada por motivos de necesidad real de seguridad pública o para la detección, prevención y control de delitos, deberá cumplir los requisitos establecidos en el art. 8 CEDH y, en ambos casos, estar cubierta por disposiciones específicas conocidas por el público y relacionada con la prevención de riesgos concretos, siendo proporcional a éstos.

Además, deberán tenerse en cuenta los efectos que producen los sistemas de vigilancia por videocámara y deberá especificarse siempre claramente quién es el responsable del tratamiento, a fin de que los interesados puedan ejercer sus derechos.

Éste último requisito también tiene que ver con el hecho de que cada vez es más frecuente que la vigilancia por videocámara la realicen conjuntamente la policía y otras autoridades públicas (por ejemplo, autoridades locales) o entidades privadas (bancos, asociaciones deportivas, empresas de transporte, etc.), lo que conlleva un riesgo de confusión en cuanto al papel y la responsabilidad individuales en relación con las tareas que se van a realizar.

En segundo lugar, la Directiva no es aplicable a las operaciones de tratamiento realizadas por una persona física en el marco de una actividad meramente personal o familiar (art. 3.2 y considerando 12).

Si bien este supuesto puede ser pertinente para controlar a distancia lo que ocurre dentro de una casa (por ejemplo, para evitar robos), no ocurre lo mismo cuando el equipo de vigilancia por videocámara se ha instalado en el exterior o en las proximidades de un local privado, para proteger la propiedad o garantizar la seguridad. En este caso, es posible que el sistema se haya adoptado de común acuerdo por los afectados por razones de seguridad, al objeto de controlar varias entradas y áreas de un bloque, lo que hace que la Directiva sea aplicable.

Respecto al concepto de “*ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas*”, llama la atención la STJUE de 11 de diciembre de 2014¹⁴³³, que se pronuncia sobre la instalación de una cámara de vigilancia enfocando a la vía pública, en una vivienda particular. Cuando una vigilancia por videocámara se extiende, aunque sea en parte, al espacio público, abarcando una zona ajena a la esfera privada, tal vigilancia no puede considerarse una actividad exclusivamente “*personal o doméstica*” a efectos de la Directiva 95/46. Por consiguiente, esta Directiva debe interpretarse en el sentido de que la utilización de un sistema de cámara de vídeo, que da lugar a la obtención de imágenes

¹⁴³² Véase el Documento de trabajo relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara, adoptado el 25 de noviembre de 2002 por el GT art. 29.

¹⁴³³ Asunto C-212/13.

de personas que luego se almacenan en un dispositivo de grabación continuada (sistema instalado por una persona física en su vivienda familiar con el fin de proteger los bienes, la salud y la vida de los propietarios de la vivienda y cuya vigilancia cubre también el espacio público), no constituye un tratamiento de datos efectuado en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas.

Cabe precisar que, en realidad, estos derechos e intereses están protegidos por las disposiciones generales que protegen la imagen, la vida familiar y el ámbito privado de las personas, pues de lo contrario una grabación sistemática de terceros incidiría directamente sobre su intimidad.

Por último, en el art. 9 de la Directiva se estipula que los Estados miembros establecerán exenciones y excepciones respecto de algunas de las disposiciones cuando el tratamiento se realice con fines exclusivamente periodísticos o de expresión artística o literaria, en particular en el sector audiovisual (Considerando 17). Estas excepciones solo se aplicarán en la medida en que resulten necesarias para conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión.

2.1.3 Hacia una legislación común y específica para el "uso democrático de la videovigilancia" en Europa.

Las legislaciones nacionales que sientan el marco obligatorio dentro del cual se debe utilizar la videovigilancia son muy dispares en los distintos Estados de la UE. En este sentido, conviven, como en el caso español, varios tipos de normativa:

En general, los sistemas de videovigilancia deben respetar el marco constitucional y la protección de los derechos fundamentales, como la intimidad y la propia imagen, que son directamente aplicables, sin perjuicio de su desarrollo legislativo o el que proviene de la transposición de normas de derecho de la UE. En este sentido, no hay que olvidar el R (UE) 2016/679, de aplicación directa a partir de 20 de mayo de 2018, fruto precisamente de la necesidad de superar una legislación fragmentada y diversa, sustituyéndola por un marco común y específico en todo el mercado único de la UE.

Sin embargo, la normativa es escasa y no abarca todas las diversas situaciones en las que la videovigilancia enfrenta la seguridad con la privacidad, como ocurre en los centros de trabajo. Con frecuencia, coexisten normas laborales generales, con otras administrativas y relacionadas con la seguridad que, en ocasiones, gozan de un rango normativo infralegal.

Por eso, uno de los proyectos para la creación de un marco que realmente fuera universal y que formule los principios básicos aplicables a la videovigilancia en general, es el del Foro Europeo de Seguridad Urbana¹⁴³⁴ y su proyecto "*Ciudadanos, ciudadanía y videovigilancia*"¹⁴³⁵. Las líneas de este proyecto, pretenden¹⁴³⁶:

¹⁴³⁴ European Forum for Urban Security (EFUS). Disponible en: <http://efus.eu/en/>

¹⁴³⁵ Proyecto de 2010 financiado por la Comisión Europea a través del Programa sobre derechos fundamentales y ciudadanía. Disponible en: http://efus.eu/files/2013/05/CCTV_ESPAGNOL.pdf

¹⁴³⁶ Véase la "*Carta para el ejercicio democrático de la vigilancia por vídeo*", disponible en: http://cctvcharter.eu/fileadmin/efus/CCTV_minisite_fichier/Charta/CCTV_Charter_ES.pdf

- Establecer unos principios aplicables a la videovigilancia en toda Europa, para identificar, primero, y garantizar después, aquellos derechos fundamentales que se basan en la intimidad, en cuanto protección de la vida privada, por un lado, y en la protección de los datos personales por otro. Estos principios servirían para su aplicación en todas las fases de un proyecto de videovigilancia, desde su planificación e implantación, hasta su utilización, protección de los datos obtenidos y evaluación del propio sistema.

Estos principios se basan en los de legalidad, necesidad, proporcionalidad, transparencia, responsabilidad, supervisión, independencia, participación de los ciudadanos y/o trabajadores y un lenguaje unificado de la videovigilancia que incluya una señalización única y comprensible en todos los países de la UE.

- Aprovechar la tecnología para utilizar sistemas inteligentes de videovigilancia, de forma que limiten la identificación de vehículos o personas, salvo por motivos de seguridad. Es posible, además, que las cámaras no puedan filmar el interior de espacios considerados "*privados*", aunque se trate de un espacio público (como los centros de trabajo).

En particular, la iniciativa tiende a una utilización de la videovigilancia respetuosa con las libertades individuales, para lo que se han de conseguir los siguientes retos:

- La relación entre la vigilancia por vídeo, herramienta tecnológica, y el factor humano que la controla. La tecnología como tal no es un elemento de riesgo. El riesgo proviene de la utilización y de sus potencialidades según el fin que se persiga y la desviación que de ese fin se produzca. Por ello, la instalación del sistema y su utilización debe estar claramente enmarcada, tanto por medidas técnicas, como por los compromisos alcanzados frente a los sujetos expuestos.
- Información sobre la videovigilancia en el entorno en el que se lleva a cabo. El objeto, las causas, las personas implicadas, las zonas vigiladas y el tratamiento de los datos obtenidos, así como la duración prevista para la conservación de los datos, han de ser informadas a todos los colectivos implicados. Tanto los ciudadanos o trabajadores en sus respectivos entornos, sometidos a videovigilancia, deben conocer y confiar en el sistema.
- La vinculación entre la videovigilancia y el contexto particular donde intervienen las cámaras. Ha de tenerse en cuenta la naturaleza y la dimensión del territorio vigilado, la población y las necesidades concretas identificadas por una auditoría. La videovigilancia no puede aplicarse por igual en todas las zonas y debe respetar, según el espacio sea una empresa, un establecimiento o espacio público o un espacio libre, los lugares reservados previstos para los actos privados o íntimos, como los lugares de descanso, ocio, vestuarios, lavabos o servicios.
- Protocolizar la información obtenida y evitar la arbitrariedad en su manipulación. Se trata de establecer protocolos precisos y estrictos que indiquen como y con quién compartir la información, garantizando al máximo posible la vida privada y los datos personales de los sujetos sometidos a videovigilancia.

- La complementariedad con otros sistemas de seguridad. Técnicamente existe la posibilidad de examinar la utilización de técnicas complementarias aplicables a la videovigilancia, como bases de datos que permitan el reconocimiento de personas. Aunque esta posibilidad aumenta la capacidad de vigilancia de los sistemas, el principio de necesidad impone una rigurosa justificación para acumular y correlacionar tanta información sobre los individuos.

2.2. NORMATIVA ESPAÑOLA: CRITERIOS GENERALES QUE INTERVIENEN EN LA DETERMINACIÓN DE LA LEGALIDAD O ILEGALIDAD DE LOS SISTEMAS DE VIDEOVIGILANCIA.

La utilización de sistemas de videovigilancia implica la posible afectación a un amplio abanico de derechos. Sin embargo, al mismo tiempo, también implica la salvaguarda de otros derechos y bienes jurídicos protegidos. El problema surge a la hora de valorar todos estos elementos y plantearnos si es más importante la seguridad a toda costa o la intimidad¹⁴³⁷, para lo que habrá que analizar en cada caso la justificación que en base al principio de proporcionalidad, hará que la intromisión sea legítima o ilegítima, dependiendo de múltiples factores.

Como punto de partida, y con carácter general, es obvio que estos sistemas han de respetar los derechos fundamentales y el marco normativo previsto para su garantía.

2.2.1 Los derechos y libertades fundamentales.

Los derechos y libertades fundamentales operan como límite frente a las actuaciones de los poderes públicos que sin justificación para la salvaguarda de otro bien jurídico atenten contra la esfera íntima y personal de los individuos. Es claro que la seguridad pública puede hacer valer que determinados mecanismos de toma de imágenes y de sonido sacrifiquen la intimidad de los ciudadanos.

Pero también estos derechos y libertades pueden quedar afectados por las actuaciones de empresarios o terceros que en una relación entre particulares pretenden hacer valer un interés propio, ya sea profesional o personal, por encima de tales derechos. En este caso, el poder público deberá tutelar y garantizar ambos derechos, siempre que se ejerciten de la forma adecuada y de acuerdo al desarrollo normativo. Pero sin embargo, en ocasiones, aún ejercitándose de forma adecuada, estos derechos colisionan, por lo que será necesario establecer criterios de armonización y modulación entre los mismos.

La implantación y desarrollo de un sistema de videovigilancia solo puede realizarse dentro del marco jurídico aplicable. Cualquier injerencia en la vida privada, a través de la captación a través de cámaras de videovigilancia de imágenes y sonidos en el ámbito reservado y privado de la persona puede afectar a la protección de la intimidad y a su propia imagen, además de vulnerar el derecho a la protección de datos en los términos previstos por la CE y las leyes, tanto laborales, como administrativas. Ello dependerá de las circunstancias que justifican la videovigilancia y de las características técnicas de estos sistemas.

¹⁴³⁷ ULL SALCEDO, María Victoria: "El Derecho a la Intimidad como límite de la videovigilancia". *Revista de Derecho Político* (UNED), N.º 63. 2005. Pág. 180.

En primer lugar, cabe distinguir entre las técnicas de grabación de sonido donde el derecho vulnerado es el de la intimidad, a pesar de que tenga lugar en el centro de trabajo, pues las conversaciones pueden tener un contenido íntimo. No se lesiona el derecho, por ejemplo, cuando la grabación de las conversaciones tienen una finalidad laboral y tuitiva, como por ejemplo, la atención telefónica a clientes, siempre que se haya informado de ese detalle al trabajador y al tercero con el que mantiene la comunicación.

Si además del sonido, hay captación de imagen, la vulneración de derechos depende del lugar en el que se aplican las medidas. Si es un lugar público (un lugar de trabajo), el derecho a la intimidad no será el afectado, sino el de la propia imagen, salvo que la captación de imágenes sea en un lugar reservado, o cuando la captación es clandestina e injustificada, de forma que se haga un uso desviado y lesivo de la intimidad.

En este punto, es importante la advertencia a los afectados de que están sujetos a ser vigilados a través de cámaras, porque aquí juega la expectativa de intimidad, es decir, la previsión y el conocimiento de que al estar en un lugar público, no existe espacio para el desenvolvimiento de la intimidad. Por ello, las características técnicas que permitan una mayor cercanía al afectado, revelando detalles que habrían de permanecer en la intimidad, podrían afectar a este derecho¹⁴³⁸.

Si el medio utilizado permite además la grabación de lo captado, imágenes y sonidos, el derecho afectado sería el de la protección de datos, que puede ser vulnerado sin que exista lesión de los otros derechos, como la intimidad o la propia imagen. No olvidemos que los datos protegidos no tienen por qué ser privados, sino que pueden ser públicos. Lo importante es que se trate de datos personales que puedan identificar a la persona. Para garantizar este derecho, el afectado ha de estar informado de los datos obtenidos, su finalidad y tratamiento, así como cumplir con las garantías establecidas por la normativa aplicable.

Así, en una breve exposición de conjunto, cabe precisar que la proliferación excesiva de sistemas de captación de imagen en zonas públicas y privadas no debe traducirse en la imposición de restricciones injustificadas a los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos¹⁴³⁹:

- Las imágenes obtenidas con teleobjetivos o micrófonos orientados hacia el interior de las viviendas, puede afectar al derecho de la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), manifestación del derecho a la intimidad. Ahora bien, los centros de trabajo no se incluyen en el ámbito del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

En concreto, no se ha considerado domicilio los locales destinados a almacén de mercancías (STC 228/1997, de 16 de diciembre, FJ 7º), un bar y un almacén (STC 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2º), unas oficinas de una empresa (ATC 171/1989, de 3 de abril), los locales abiertos al público o de negocios (ATC 58/1992, de 2 de marzo), o los

¹⁴³⁸ POQUET CATALÁ, Raquel: “*El actual poder de dirección y control del empresario*”. Cuadernos de Aranzadi Social. Ed. Aranzadi. Cizur Menor. 2013. Págs 271-272.

¹⁴³⁹ TALENS VISCONTI, Eduardo Enrique y CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: “Colisión de los derechos del artículo 18 CE con los modernos métodos de control empresarial: Especial referencia a la jurisprudencia. Comparación con el derecho francés y el derecho alemán”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 311. Febrero 2009. Págs. 9-14.

restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de sus titulares a los que el art. 87.2 LOPJ extiende la necesidad de autorización judicial para su entrada y registro [STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 3º.b)].

- Tampoco pueden verse afectados por captaciones audiovisuales los derechos de reunión o manifestación.

Estos derechos pueden ser vulnerados cuando los ejercitantes llegan a verse disuadidos en su ejercicio por la videovigilancia. Así, por ejemplo, se declararon vulnerados los derechos de libertad sindical y huelga cuando los trabajadores fueron grabados por las autoridades policiales en el desarrollo de una huelga “*sin mediar explicación alguna*”, por lo que la medida resultó innecesaria y desproporcionada, disuadiéndose con ello del ejercicio libre del derecho (STC 37/1998, FJ 9º).

- En cuanto al derecho al honor, las captaciones audiovisuales no provocan una violación de este derecho, salvo cuando a posteriori, se difunda lo grabado.
- Los derechos a la intimidad y a la propia imagen. Cuando se capte la imagen de un trabajador, se entenderán afectados ambos derechos (aunque no necesariamente vulnerados). En cambio, si lo único que se obtiene es la grabación de sonidos del trabajador, el derecho afectado es el de la intimidad, pero no el derecho a la propia imagen. “*La propia imagen es pues, aunque con autonomía jurídica propia, un componente esencial del derecho más genérico a la intimidad personal*”¹⁴⁴⁰.

Los derechos a la intimidad y a la propia imagen están conectados a su vez con el respeto a la dignidad de la persona, verdadero límite del poder de dirección del empresario contemplado explícitamente en el art. 20.3 ET. La videovigilancia ejercida en toda su plenitud sobre el trabajador afectaría a su dignidad como persona, al recoger de forma impersonal y dehumanizante todo detalle de sus actos y movimientos¹⁴⁴¹.

- El derecho a la protección de datos. La videovigilancia tiene por objeto la visualización de un área determinada o bien, la grabación de todo lo recogido. Solo en este último caso, al existir una obtención y posterior tratamiento de datos personales que identifican a la persona, puede ser vulnerado el derecho a la protección de datos.

2.2.2 La normativa de seguridad pública y privada en materia de videovigilancia.

No hay en nuestro ordenamiento ninguna regulación concreta sobre la utilización de cámaras o videocámaras en el ámbito laboral, debiéndose estar por tanto a la legislación general sobre la materia que tampoco es de gran utilidad desde un punto de vista práctico.

¹⁴⁴⁰ DEL REY GUANTER, Salvador: “Notas sobre los derechos fundamentales inespecíficos y el contrato de trabajo en la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional”. *Revista andaluza de relaciones laborales*. N.º 4/1998. Pág. 11.

¹⁴⁴¹ GOÑI SEIN, José Luis: “*El respeto a la esfera privada del trabajador*”. Ed. Civitas. Madrid, 1988. Pág. 147.

De hecho, hasta la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada¹⁴⁴², que regula por primera vez en una norma de rango legal y de forma armónica las medidas de seguridad consistentes en la videovigilancia en el ámbito de la seguridad privada, la única referencia normativa era la LO 4/1997, de 4 de agosto, que establece las reglas de utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, en la vía pública y para la seguridad pública. De hecho, algunos autores propugnaban que los principios de esta Ley debían ser extrapolados y extendidos a otros ámbitos, entre otros, al laboral, al establecer una serie de garantías que cubrieran la ausencia de normativa específica¹⁴⁴³.

En esta línea, la nueva Ley de Seguridad Privada, establece que en lo previsto, se aplicará la LO 4/1997, cuyo principio inspirador debe ser común al resto de normas reguladoras de la videovigilancia, es decir, proteger el libre ejercicio de derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana¹⁴⁴⁴. Así lo entendió también el Consejo de Estado, cuando fruto de esta orientación garantista de los derechos de los ciudadanos, consideró que la utilización de medios audiovisuales para la captación de imágenes y sonidos personales no puede estimarse nunca una actividad neutra, pues *"un importante elenco de valores e intereses constitucionalmente protegidos como derechos y libertades de carácter fundamental, se ven afectados por el recurso generalizado a sistemas de videovigilancia"*¹⁴⁴⁵.

Por ello, no conviene perder de vista los principios que rigen la LO 4/1997, pues aun cuando ceñida a proteger la seguridad ciudadana por los agentes de policía en lugares públicos, no olvidemos que los lugares de trabajo pueden ser también lugares públicos y que a tenor del art. 1 de la Ley, ésta abarca tanto a lugares abiertos como cerrados. Aunque los sujetos que llevan a cabo las grabaciones son miembros de policía, el objeto son tanto imágenes como sonidos, así como su posterior tratamiento. Su finalidad es la de contribuir a asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como de prevenir la comisión de delitos, faltas e infracciones relacionados con la seguridad pública. Pero para ello, como apunta el art. 1.2 de la Ley, establece el régimen de garantías de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos que habrá de respetarse ineludiblemente en las sucesivas fases de autorización, grabación y uso de las imágenes y sonidos obtenidos conjuntamente por las videocámaras.

En el ámbito de la seguridad privada, el art. 42 de la Ley 5/2014, de 4 de abril, viene a cubrir un vacío legal en la anterior regulación¹⁴⁴⁶, definiendo como servicios de seguridad, la videovigilancia, aquellos que consistan en el ejercicio de la vigilancia a

¹⁴⁴² BOE de 5 de abril.

¹⁴⁴³ DE LORZA GONZÁLEZ, José Ramón: "La Videovigilancia en el ámbito de la empresa". *El Graduado* (Boletín Informativo del Colegio de Graduados Sociales de Madrid), N.º 63. Abril 2011. Pág. 46. Disponible en: <http://www.elgraduado.es/noticias/2011/05/la-videovigilancia-en-el-ambito-de-la-empresa/>

¹⁴⁴⁴ ULL SALCEDO, María Victoria: "El Derecho a la Intimidad como límite de la videovigilancia". *Revista de Derecho Político* (UNED), N.º 63. 2005. Pág. 180.

¹⁴⁴⁵ Dictamen 549/1999, de 25 de marzo, sobre el proyecto de Reglamento de desarrollo y ejecución de la LO 4/1997.

¹⁴⁴⁶ Excepción hecha para empresas de depósito y las entidades de crédito en el RD 2364/1994, de 9 de diciembre (BOE de 10-1-1995), por el que se desarrollaba la Ley de Seguridad privada de 1992.

través de sistemas de cámaras o videocámaras, fijas o móviles, capaces de captar y grabar imágenes y sonidos, incluido cualquier medio técnico o sistema que permita los mismos tratamientos que éstas.

El principal efecto que se produce es que cuando la finalidad de estos servicios sea prevenir infracciones y evitar daños a las personas o bienes objeto de protección o impedir accesos no autorizados, serán prestados necesariamente por vigilantes de seguridad o, en su caso, por guardas rurales, no requiriendo autorización administrativa para su instalación, empleo o utilización. Sin embargo, no será necesario personal específico de seguridad para la utilización de cámaras o videocámaras cuyo objeto principal sea la comprobación del estado de instalaciones o bienes, el control de accesos a aparcamientos y garajes, o las actividades que se desarrollan desde los centros de control y otros puntos, zonas o áreas de las autopistas de peaje.

En cuanto a los parámetros que legitiman los servicios privados de videovigilancia, que también son de aplicación en la seguridad pública, tienen por finalidad dotar de protección al ciudadano en la defensa de sus derechos fundamentales, principalmente a la intimidad y protección de datos. No significa que antes de estas normas, el ciudadano quedara desprotegido, pues son de aplicación los propios derechos fundamentales contenidos en la CE y la LO 1/1982, en cuanto a su protección, sin perjuicio de la LOPD, en cuanto al tratamiento de los datos recogidos.

La monitorización, grabación, tratamiento y registro de imágenes y sonidos deberán respetar los principios de proporcionalidad, idoneidad e intervención mínima. La idoneidad es imprescindible, pues solo cabe limitar los derechos a la intimidad y propia imagen si hay una causa de tal importancia como la seguridad. La intervención mínima implica la existencia de un equilibrio entre el fin perseguido y la restricción que se produce en el derecho a la intimidad como consecuencia de la utilización de la videocámara.

Además, las grabaciones realizadas por estos sistemas no podrán destinarse a un uso distinto del de su finalidad. Cuando las mismas se encuentren relacionadas con hechos delictivos o que afecten a la seguridad ciudadana, se aportarán, de propia iniciativa o a su requerimiento, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes, respetando los criterios de conservación y custodia de las mismas para su válida aportación como evidencia o prueba en investigaciones policiales o judiciales.

Estos principios también deberían inspirar la instalación de videocámaras en los centros de trabajo, pues se trata precisamente de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador, cuya intromisión exigirá la adopción de esta medida de proporcionalidad, en base a la salvaguarda de la seguridad.

En cuanto a la aplicación supletoria de la LO 4/1997, es necesario tener en cuenta que no se podrán utilizar videocámaras para tomar imágenes o sonidos en las viviendas o vestíbulos, incluso aunque se trate de espacios públicos abiertos o cerrados, ni cuando afecten directamente y de forma grave a la intimidad de las personas, ni cuando se trate de grabar conversaciones estrictamente privadas. Incluso, cabría interpretar que no se pueden grabar las conversaciones mantenidas a través de un portero automático, ya que si es de carácter privado, estarían bajo el derecho al secreto de las comunicaciones¹⁴⁴⁷.

¹⁴⁴⁷ GUILLÉN I LASIERRA, Francesc: "Breve resumen y comentario de la Ley orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en

En cuanto a la conservación de las grabaciones y derechos de los interesados, también podemos obtener algunos indicios que justificarían en otros ámbitos, como el laboral, el respeto a los derechos fundamentales en juego. El art. 8 de la LO 4/1997, prevé que las grabaciones serán destruidas en el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo que estén relacionadas con infracciones penales o administrativas graves o muy graves en materia de seguridad pública, con una investigación policial en curso o con un procedimiento judicial o administrativo abierto.

Como cautela frente a quienes puedan tener acceso a los datos, la Ley dispone que cualquier persona que por razón del ejercicio de sus funciones tenga acceso a las grabaciones deberá observar la debida reserva, confidencialidad y sigilo en relación con las mismas. Para garantizar la información sobre la persona grabada, la LO 4/1997 prohíbe la cesión o copia de las imágenes y sonidos obtenidos a través de videovigilancia.

Como derechos de los interesados, el art. 10 de la LO 4/1997 prevé que el público será informado de manera clara y permanente de la existencia de videocámaras fijas, así como de los derechos de acceso y cancelación de las grabaciones en que razonablemente considere que figura. Sólo como excepción en este ámbito, lógicamente se prevé que el ejercicio de estos derechos podrá ser denegado por quien custodie las imágenes y sonidos, en función de los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado, la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando.

Cabe observar que todas estas garantías no son más que elementos que permitirán emitir un juicio de proporcionalidad en unos casos, justificando la utilización de la videovigilancia, y en otros, procurando que la intromisión no derive en riesgos que puedan afectar de una manera más intensa a los derechos. Por ello, no es gratuito tener en cuenta en el ámbito de la empresa estos criterios.

2.2.3 La Legislación laboral.

El art. 20.3 ET autoriza al empresario a establecer “...*las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales...*”. Esta norma no establece más límite a las medidas que el respeto a la dignidad del trabajador, lo que suele conllevar el respeto a derechos fundamentales como la intimidad y la exclusión del trato vejatorio. Sin embargo, la captación de imágenes y su almacenamiento, dependiendo del contexto, de su contenido y de su uso pueden afectar a otros derechos fundamentales como el derecho al honor, a la intimidad personal, a la propia imagen, a la libertad sindical y el derecho a la protección de datos de carácter personal.

El interés de un empleador en la videovigilancia del centro de trabajo está justificado y es legítimo para salvaguardar la seguridad y el patrimonio de la empresa, trabajadores e incluso a terceros, como, por ejemplo, proveedores o visitantes. Ahora, bien, el control que permite el art. 20.3 del ET de la actividad laboral, puede resultar excesivo si no hay otra justificación, pues caben otros medios de control menos lesivos.

lugares públicos”. *Revista Catalana de Seguretat Pública* (Institut de Seguretat Pública de Catalunya). N.º 1. Octubre 1997. Pág. 178-179.

Conviene recordar un matiz importante, en relación a la vigilancia continuada, agravada por el almacenamiento de imágenes y sonido: El empresario no solo controla la actividad laboral, sino que además, controla al propio trabajador, en todo aquello que excede de la actividad laboral, durante el tiempo y en el espacio videovigilado¹⁴⁴⁸. Por esta razón, como medida de justificación, el empresario debe buscar un equilibrio en relación a los riesgos que la ausencia de la medida provocaría y teniendo en cuenta, su gravedad.

Este equilibrio se contempla en el Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT cuando, en la disposición 6.14, si bien reconoce que no existe una prohibición empresarial a la videovigilancia, sí dispone que debe prevalecer el uso de dispositivos que menores efectos causen en la intimidad de los trabajadores, a aquellos que mejor se adapten de forma más completa a los objetivos empresariales.

Por ello, justificar la vigilancia empresarial a través de videocámaras, para verificar el correcto cumplimiento de la prestación laboral a través del art. 20.3 ET, puede parecer abusivo. Las técnicas de captación y reproducción de imágenes y sonido pueden ser excesivamente intrusivas en la intimidad del trabajador. Las características técnicas del sistema podrían seguir cada uno de los movimientos del trabajador y registrarlos, provocando una sensación de invasión del espacio íntimo de la persona.

La claridad de la imagen y la facilidad de reconocer incluso detalles del cuerpo, vestimenta, o complementos permite un análisis tan pormenorizado que resulta incluso agresivo para la persona. La capacidad de almacenamiento de las imágenes, si bien forma parte del derecho a la protección de datos, afecta igualmente a la intimidad, desde la perspectiva de desvelar detalles íntimos de la persona a terceros, aunque sea en el lugar de trabajo. Si bien el trabajador puede ver matizado su derecho a la intimidad en determinadas conductas, e incluso en su apariencia externa o la forma o el medio de comunicarse, lo que no debe admitirse es la captación de sus detalles corporales, como el color de la piel, un tatuaje, determinadas prendas, o incluso el movimiento al hacer determinada función. Además, los lugares de descanso, esparcimiento, lavabos y vestuarios habrán de estar exentos de videovigilancia.

Por otro lado, se ha especulado si el solo hecho de la existencia de una relación laboral permite ya de por sí, desplegar el control empresarial a través de sistemas de videovigilancia. Debido a que la intromisión en el derecho a la intimidad es especialmente grave, se plantea la necesidad de otro motivo adicional que justifique la presencia de las cámaras y la grabación a los trabajadores. El motivo de la seguridad, por ejemplo, en puestos de trabajo en los que se manipula dinero, o el riesgo cuando la actividad es especialmente peligrosa, podría hacer valer la proporcionalidad para la salvaguarda de dos o más derechos o bienes protegidos, siendo necesario, justificado y razonable el sacrificio de la intromisión a través de las cámaras.

Este es el esquema que debe emplearse a la hora de valorar si la medida, que desde luego es una intromisión, puede estar o no justificada. Por tanto, las circunstancias del caso son imprescindibles, tanto desde el punto de vista del riesgo de otros bienes jurídicos protegibles, como desde el punto de vista técnico (es decir, hasta donde puede llegar la videovigilancia, tanto respecto a su alcance o calidad).

¹⁴⁴⁸ GUDE FERNÁNDEZ, Ana: "La videovigilancia laboral y el derecho a la protección de datos de carácter personal". *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 91. Septiembre-diciembre 2014. Pág. 47.

Por ello, se trataría de compatibilizar dos concepciones doctrinales, en función de las circunstancias del caso:

La línea más restrictiva entiende que las técnicas de captación y reproducción de la imagen, incluso cuando se utilizan con motivos de seguridad, son limitativas y por tanto ilegítimas, cuando su finalidad es el control laboral. Si el centro de atención de la grabación es el trabajador, el sometimiento a una vigilancia detallada y continua sería contraria a la dignidad humana. A esta conclusión se llega mediante una interpretación combinada de los arts 4.2.e) y 20.3 ET, con el art. 18 CE y el art. 7.1 LO 1/1982¹⁴⁴⁹.

Por el contrario, existen posturas más abiertas a la utilización de estos métodos, siempre y cuando se respete el principio de proporcionalidad en el doble sentido de que requieren una finalidad legítima y siempre que respeten un mínimo de intimidad que corresponde a la persona¹⁴⁵⁰. Desde este punto de vista, el empresario está legitimado a captar y, en su caso, almacenar imágenes de sus trabajadores, siempre con una finalidad lícita, justificada y proporcional al fin legítimo perseguido.

A fin de evitar un uso abusivo, arbitrario y subrepticio de un medio de control tan invasivo como es la videovigilancia, hay que tener en cuenta dentro de la normativa calificada como laboral, el papel que pueden jugar los representantes de los trabajadores.

El art. 64 ET, establece con carácter general unos derechos de información y consulta que conlleva unas obligaciones al empresario para dar cuenta sobre determinadas cuestiones a los representantes de los trabajadores. Una de estas obligaciones es en lo relativo a la adopción de medidas de vigilancia de los empleados atribuyendo al comité de empresa el derecho a ser informado y consultado por el empresario. En consonancia con ello, el apartado 5.f) otorga el derecho al Comité a emitir informe, con carácter previo a su ejecución, de las decisiones adoptadas sobre la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo.

Si bien en un primer momento esta obligación de información no ha sido determinante para valorar si una medida de control es legítima, sin embargo la incidencia de la normativa de protección de datos ha situado la información como una pieza clave. Esta información, si bien es verdad que ha de facilitarse a todos los trabajadores, especialmente a los afectados directamente por la medida y de los que por tanto, se pueden obtener datos personales en formato de imágenes y vídeo, tiene un canal lógico y efectivo a través de la representación de los trabajadores.

Incluso en algunos casos, la información al presidente del comité de empresa de la instalación de cámaras para comprobar un ilícito grave cometido por un trabajador, como puede ser el robo, ha sido tenido en cuenta a la hora de legitimar la medida¹⁴⁵¹. En cambio, en un caso similar, referido a la cajera de un supermercado que fue grabada por

¹⁴⁴⁹ GOÑI SEIN, José Luis: *“El respeto a la esfera privada del trabajador”*. Ed. Civitas. Madrid, 1988. Págs. 143 y 146.

¹⁴⁵⁰ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio: *“Las facultades empresariales de control de la actividad laboral”*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2003. Pág. 78.

¹⁴⁵¹ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 9 de febrero de 2015, rec. N.º 886/2014.

las cámaras de seguridad instaladas para el público en general, se consideró trascendente la falta de información a la trabajadora y a los representantes de los trabajadores, lo que impidió aceptar válidamente la prueba¹⁴⁵².

En definitiva, parece lógico pensar que la solicitud de este informe, al ser de carácter preceptivo y no vinculante, contribuye a dotar de cierta presunción de legitimidad a la medida empresarial, siempre que el empresario no haga caso omiso a las opiniones que manifiesten los representantes de los trabajadores¹⁴⁵³. Sin embargo, existen también opiniones que relacionan este requisito con el principio de la buena fe, incluso, con el principio de proporcionalidad y, en concreto, con el juicio de necesidad, en el sentido de entender que existe una medida posible y menos gravosa que la videovigilancia oculta cuando ésta se informa a los representantes de los trabajadores¹⁴⁵⁴.

2.2.4 Los límites a la videovigilancia en la legislación civil y penal.

Ante la falta de regulación laboral, estos supuestos pueden tener una cobertura legal en el ámbito civil y desde luego, en la esfera penal, ante los casos más graves. Esta protección que se estudia en el último Capítulo, se prevé en el ámbito civil en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección del honor, intimidad y propia imagen, al contemplar como intromisión ilegítima tanto el emplazamiento de aparatos de escucha, filmación o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas, así como su grabación, registro, reproducción y su utilización posterior. De la misma forma, son ilegítimas las intromisiones consistentes en la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo cuando se trate de personas públicas y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público [art. 8.2 a)].

Sin embargo, hay que reconocer, con matices, que la virtualidad de este texto en el ámbito laboral ha sido atenuada por la jurisprudencia al considerar que el ámbito laboral no es un espacio propicio para la intimidad, pues la actividad laboral no se desarrolla en espacios íntimos de la persona.

De hecho, está prácticamente aceptado que el centro de trabajo no es un lugar para el libre ejercicio del derecho a la intimidad, o al menos, no de forma absoluta. Y al contrario, el art. 20.3 ET habilita al empresario para establecer los medios de control y vigilancia que legítimamente sean adecuados para comprobar el correcto desarrollo de la relación laboral, con el límite del respeto a la dignidad del trabajador.

Lo que se expone en un espacio público sale del ámbito de la intimidad, en especial si se trata de actos que no pertenecen por sí a la esfera privada que se quiere sustraer al conocimiento general, como los actos de la vida profesional o las actividades de la vida corriente. Por ello, en el ámbito laboral no será de aplicación por lo general la

¹⁴⁵² STS (Sala de lo Social), de 13 de mayo de 2014, rec. N.º 1685/2013.

¹⁴⁵³ THIBAUT ARANDA, Javier: *“Control multimedia de la actividad laboral”*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2006. Pág. 42.

¹⁴⁵⁴ APARICIO ALDANA, Rebeca Karina: *“Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones jurídico-laborales”*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2016. Pág. 151.

LO 1/1982, que se refiere normalmente a la captación y conocimiento de la vida íntima o de la vida privada a la hora de definir las intromisiones ilegítimas¹⁴⁵⁵.

Por su parte, el art. 197.1 CP señala que "*el que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, (...) intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses*".

2.2.5 La normativa de protección de datos.

2.2.5.1 La aplicación de la normativa española de protección de datos a la videovigilancia en general.

El desarrollo que experimentan las nuevas tecnologías ha llegado también a la captación de vídeo, sonido e imagen a través de un sistema que combina la captación con el tratamiento de los datos obtenidos. El tratamiento de imágenes captadas, cada vez de mayor claridad y precisión, supone un tratamiento de datos amparado por la LOPD. La garantía de que los datos obtenidos no se sometan a tratamientos arbitrarios e injustificados, o se difundan a terceros, salvaguarda el derecho fundamental a la protección de datos. Las fórmulas de tratamiento abarcan una gran variedad de modalidades, como los circuitos cerrados de televisión, la grabación por dispositivos "webcam", la digitalización de imágenes o instalación de cámaras fijas o móviles.

Por tanto, la primera cuestión que cabe plantearse es si la captación y/o almacenamiento de imágenes de los trabajadores entra dentro del campo de aplicación de la legislación de protección de datos.

La respuesta ha de ser afirmativa, como ya se ha visto anteriormente al examinar la aplicación de la Directiva 95/46/CE al ámbito de la videovigilancia. El art. 3.c) LOPD al definir el término "*tratamiento*", expresamente recoge el término "*grabación*" y el art. 5.1.f) del vigente RLOPD, al definir lo que ha de entenderse por "*dato de carácter personal*" expresamente alude a información "*gráfica*" y "*fotográfica*"¹⁴⁵⁶.

La consecuencia de lo anterior no puede ser otra que, al margen de sujeciones al ámbito laboral, la captación y/o grabación de imágenes de los trabajadores se encuentra sujeta a la LOPD, su Reglamento de desarrollo y a la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la AEPD, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras¹⁴⁵⁷.

Esta Instrucción se aplica al tratamiento de datos personales de imágenes de personas físicas identificadas o identificables, con fines de vigilancia a través de sistemas

¹⁴⁵⁵ POQUET CATALÁ, Raquel: "*El actual poder de dirección y control del empresario*". Cuadernos de Aranzadi Social. Ed. Aranzadi. Cizur Menor. 2013. Pág. 254.

¹⁴⁵⁶ En este mismo sentido, la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la AEPD, cuando en su art. 1 establece su ámbito de aplicación.

¹⁴⁵⁷ BOE de 12 de diciembre.

de cámaras y videocámaras. Este tratamiento comprende la grabación, captación, transmisión, conservación, y almacenamiento de imágenes, incluida su reproducción o emisión en tiempo real, así como el tratamiento que resulte de los datos personales relacionados con aquéllas (art. 1).

El objeto de la Instrucción es el hacer legalmente compatible la seguridad y la vigilancia, elementos presentes en la sociedad actual, con el derecho fundamental a la protección de la imagen como dato personal, lo que en consecuencia exige respetar la normativa existente en materia de protección de datos, para de esta manera mantener la confianza de la ciudadanía en el sistema democrático. Las imágenes se consideran un dato de carácter personal, en virtud de lo establecido en el art. 3 de LOPD y el art. 1.4 del RD 1322/1994 de 20 de junio, que considera como dato de carácter personal la información gráfica o fotográfica.

La segunda cuestión de importancia se refiere al principio de la calidad de los datos. El art. 4 LOPD delimita el tratamiento de datos personales, sometiéndolo a una serie de limitaciones y exigencias.

Conforme a este precepto, los datos personales consistentes en imágenes o en informaciones digitales solo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido. No cabe emplear los datos para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos, con la excepción de tratamientos con fines históricos, estadísticos o científicos.

Este artículo va a configurar y delimitar qué se puede captar y/o almacenar y para qué. Así, se requerirá, con carácter previo, que la instalación de las cámaras cuente con una finalidad concreta, que ha de estar determinada a priori, ha de explicitarse y tiene que ser legítima, sin que pueda prescindirse de estas exigencias. A su vez, éstas condicionan el tipo de imágenes que potencialmente se pueden captar y su cuantía, puesto que las exigencias de adecuación, pertinencia y no excesividad operan como límites a la captación y almacenamiento. No se podrán captar, por tanto, imágenes que no cumplan con esta triple condición y de captarse, habrán de ser canceladas de modo inmediato.

Existen, sin embargo, otras prohibiciones derivadas de la LO 4/1997, consistentes en que los particulares no pueden captar imágenes de las vías públicas, a menos que sea imprescindible para la finalidad que la vigilancia pretende, o resulte imposible evitar dicha captación atendiendo a la propia ubicación de las cámaras, puesto que esta facultad está exclusivamente reservada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado con las finalidades concretas que la citada ley establece, lo que hay que tener en cuenta a la hora de instalar las cámaras en las entradas de la sede de la empresa, por ejemplo, o con respecto a las ventanas a través de las cuales se puede captar la vía pública o si la prestación laboral se lleva a cabo en espacios abiertos y públicos. Tampoco es posible captar imágenes de propiedades privadas ajenas a la empresa como el interior de viviendas u oficinas de otros edificios, fincas colindantes, etc.

Otra importantísima limitación, fruto también del citado principio de calidad de datos, es que las imágenes no podrán usarse para finalidades incompatibles con las que justificaron su recogida. En este sentido, "*incompatible*" debe entenderse como sinónimo

de distintas, conforme a la reiterada doctrina de nuestros tribunales.

La tercera cuestión, se refiere a la aplicación de la normativa de protección de datos referida a la conservación de las imágenes obtenidas.

En cuanto a la conservación de las imágenes, la propia LOPD exige que estos datos se cancelen cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la que se hayan recogido (art. 4.5). En este sentido, la Instrucción 1/2006, fija el mismo criterio pero, además, establece un plazo límite de 1 mes para cancelar las imágenes captadas. Todo ello, siempre que no haya una obligación legal de conservación y puesta a disposición de las autoridades judiciales o policiales por haberse captado un ilícito penal.

En este sentido, hay que señalar que no cabe identificar los términos “cancelar” y “destruir”. Lo que se exige es que los datos se conserven debidamente “bloqueados” a disposición de los jueces y tribunales para atender las responsabilidades en que se hubiera podido incurrir como consecuencia del tratamiento. Transcurridos los plazos legales de ejercicio de las diversas acciones, es cuando hay que destruir las imágenes.

En cuarto lugar, otro ineludible principio de la LOPD es el principio de seguridad de los datos, de modo que no podrán almacenarse las imágenes si no se está en condiciones de garantizar su integridad y seguridad y no sólo respecto al soporte mismo que las contiene, sino también en cuanto a las de los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas y programas. Igualmente ha de tenerse controlado y restringido el acceso a las imágenes, debiendo hacerse constar en el documento de seguridad quién tiene acceso a las mismas, que en ningún caso ha de ser un acceso general e indiscriminado, sino limitado, aunque sólo sea porque la LOPD le exige también al responsable el más absoluto deber de secreto y que sólo permita el acceso a aquellas personas que por razón de sus funciones estén autorizadas para ello.

Especial consideración merecen los supuestos en que las imágenes se captan a través de cámaras con control remoto a través de Internet -cámaras IP- pues requieren medidas de seguridad específicas a fin de evitar que puedan ser accedidas por personas ajenas al responsable a través de la red.

En principio, y salvo que la finalidad del fichero sea captar informaciones relativas a infracciones administrativas o penales o datos especialmente protegidos, el nivel de seguridad que correspondería a este tipo de ficheros es el básico. Si fortuita o casualmente se captasen y almacenasen datos que supongan superior nivel de seguridad, debería aplicarse a los soportes en que los mismos se contengan, las pertinentes medidas de seguridad acordes con el tipo de información personal contenida, salvo que las mismas tengan el carácter de incidentales o accesorias en relación con la finalidad -art. 81.5.b) RLOPD-, en cuyo caso podrán aplicarse medidas de nivel básico.

Por último, cabe aludir a los derechos ARCO, recogidos en la LOPD, aplicados a la videovigilancia.

La LOPD reconoce a todos y cada uno de los ciudadanos una serie de derechos, entre los que cabe citar los conocidos bajo el acrónimo ARCO que no son otros que los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Dichos derechos tienen plena

vigilancia en el ámbito de la videovigilancia, con las peculiaridades que se derivan de que las imágenes captadas, no siempre van a identificar a la persona grabada.

La regulación de los derechos ARCO, mediante la Instrucción 1/2006, trata de adaptarse a la LOPD, lo que en algunos casos no resulta fácil. Sorprende, por ejemplo, que en su art. 5.2 indica que el responsable podrá contestar al acceso por escrito certificado que especifique los datos que han sido objeto de tratamiento, lo cual tratándose de datos captados con una cámara y almacenados, resulta difícil. Exige también la aportación de una imagen actualizada de quien ejerce el acceso. Lo lógico y razonable sería que se facilitase a la persona las imágenes o los fotogramas captados y no una explicación escrita sobre las mismas sujeta a la subjetividad de quien la realiza. Lo anterior cobra particular relevancia si se considera que la propia LOPD, en su art. 15.2, cuando regula el modo de hacer efectivo el derecho de acceso incluye, entre los medios posibles de satisfacerlo, la “visualización” o la “copia”, “telecopia” o “fotocopia”.

De otra parte, el art. 5 de la Instrucción, si bien se refiere a todos los derechos ARCO, al remitirse a los arts. 15 y ss. LOPD, lo cierto es que sólo regula el acceso y no el resto de derechos a excepción de la cancelación (art. 6) para la que fija el período de un mes desde su captación, pero como obligación del responsable, no como derecho del afectado.

Se ha planteado en ocasiones la imposibilidad de ejercitar ante este tipo de tratamientos el derecho de rectificación -tal vez por ello precisamente guarda silencio sobre el mismo la Instrucción citada- ya que se argumenta no es posible rectificar una realidad captada por unas cámaras que se supone reflejan hechos objetivos acaecidos.

Sin embargo, si bien es cierto que unas determinadas imágenes captan una realidad sucedida que no es posible modificar, no lo es menos que este derecho, de conformidad con lo dispuesto en el art. 16.2 LOPD, procede especialmente cuando los datos sean “inexactos o incompletos”. Y qué duda cabe que unas imágenes captadas pueden almacenarse de modo incompleto por haberse producido en ellas cortes o deterioros, intencionados o no, que desvirtúan la exactitud de lo realmente acontecido y que siendo ello así, en todo caso, serían incompletas. De modo que en la medida en que esto pueda suceder debe admitirse la posibilidad de ejercitar el citado derecho.

El derecho de oposición sigue los cauces ordinarios de ejercicio fijados para cualquier otro fichero o tratamiento de datos de carácter personal.

Por último, señalar que el RLOPD introduce la posibilidad de ejercitar los derechos ARCO ante el encargado del tratamiento lo cual deberá llevar a una de estas dos alternativas: 1) Si expresamente se ha previsto en el contrato del art. 12 LOPD que los satisfaga el encargado, éste deberá hacerlo directamente; 2) En caso de no existir dicha previsión convencional, el encargado deberá remitir al responsable la solicitud de ejercicio del derecho para que éste la tramite y satisfaga en los plazos legalmente establecidos.

2.2.5.2 Videovigilancia y protección de datos del trabajador.

Es lógico afirmar que la adopción de un sistema de videovigilancia en el lugar de trabajo y sin conocimiento del trabajador no solo constituye una ilegítima privación del derecho a disponer de sus datos personales, sino una intromisión en su esfera privada.

Es probablemente el atentado más grave que se pueda cometer en esta materia, porque tiene unas connotaciones expropiatorias especialmente intensas¹⁴⁵⁸.

En relación a los datos obtenidos y su tratamiento, para la salvaguarda de los datos personales de los trabajadores, el empresario deberá respetar los principios que rigen el derecho a la protección de datos aplicados a la videovigilancia. En este ámbito, son claves los procedimientos para la grabación, conservación, consulta y supresión de las imágenes. También quedan afectados por el marco normativo de la protección de datos la decisión de almacenar o no las imágenes, el tiempo que se conservarán, la protección física y técnica de los ficheros o el acceso y oposición a los mismos.

Además, los datos recopilados por estos sistemas, deben respetar el tratamiento de datos, según el marco normativo aplicable. Ahora bien, debemos tener en cuenta, que el respeto a la intimidad, cuando impida la vigilancia (por ejemplo, al estar en un lugar reservado), afecta al tratamiento de datos. Si la medida es nula por invasiva o contraria a un derecho fundamental, no se podrá oponer la legalidad de la normativa de protección de datos, pues el tratamiento en sí, estaría ya viciado.

Es decir, no cabe una justificación de la videovigilancia, ni de la libre manipulación de los datos recabados, por la mera conveniencia, utilidad o capricho del empresario. Al contrario, el tratamiento de imágenes, y su captación, están sujetos a los principios y limitaciones de la LOPD. Tanto la Directiva 95/46/CE, como la LOPD, exigen que el responsable del fichero o tratamiento -en este caso la empresa- obtenga los datos para una finalidad legítima, exigiéndose también el respeto al principio de buena fe, lo que supondrá, entre otras cosas, que no pueden captarse imágenes de modo subrepticio, ni recogerse de modo fraudulento, desleal o ilícito -arts. 6 y 4.7 LOPD. A ello debe añadirse que se excluye la instalación de cámaras en aquellos lugares que de modo directo afecten al derecho a la intimidad de los trabajadores, como pueden ser vestuarios, aseos o lugares de esparcimiento y en todos aquellos lugares que puedan afectar a su dignidad personal, tal y como establece como límite a las medidas de control el art. 20.3 ET.

Otro aspecto que incidirá también en la normativa de protección de datos, es la legalidad de las grabaciones, en cuanto que cumplan los requisitos y garantías previstos. En este sentido, los sistemas y los operadores, deberán estar capacitados para una videovigilancia no invasiva de derechos. De lo contrario, ante grabaciones legales, pero para fines arbitrarios (para conocer datos sindicales, reuniones entre trabajadores, adopción de medidas de conflicto colectivo), al ser también nulas, influyen también en la legalidad del tratamiento, pues éste estará viciado por la propia grabación.

El tratamiento de los datos obtenidos deberá ser lícito y su responsable debe verificar previamente si la vigilancia cumple las disposiciones generales y específicas del sector (como leyes, reglamentos o códigos de conducta con pertinencia legal). Dichas disposiciones han podido establecerse por motivos de seguridad pública o por motivos diferentes a los relativos a la protección de datos personales, tales como el control laboral a raíz de actos ilícitos del trabajador.

Las imágenes deben ser tratadas de manera leal y lícita, y se destinarán a fines

¹⁴⁵⁸ RODRÍGUEZ COPÉ, María Luisa: "Facultades de control empresarial y circuito cerrado de televisión". *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 121. 2013. Pág. 192. Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_1427_3.pdf

determinados, explícitos y legítimos.

Para ello, las medidas adoptadas deben estar justificadas y ser las adecuadas para garantizar que la vigilancia por videocámara cumple los principios de la protección de datos, evitando las dificultades compatibles con la intimidad de los trabajadores u otras personas presentes en el centro de trabajo.

En este sentido, también han de tenerse en cuenta las buenas prácticas que figuren en las recomendaciones elaboradas por autoridades de control o en otros instrumentos de autorregulación, como protocolos al efecto o códigos de conducta.

Conviene también verificar el respeto al "*derecho a la imagen*" y de protección del domicilio propio, en aquellos casos en los que una parte del centro de trabajo pudiera estar habilitada para la residencia del trabajador y de su familia, así como determinados lugares que se consideran lugares privados (locales de descanso, aseos, etc.).

Cuando el equipo haya sido instalado por entidades privadas o por organismos públicos, en particular por autoridades locales, supuestamente por motivos de seguridad o para detectar, prevenir y controlar delitos, se prestará especial atención, a la hora de determinar dichos motivos o informar sobre ellos, a las tareas que debe realizar el responsable del tratamiento con arreglo a la normativa (teniendo en cuenta que, según la normativa, determinadas funciones públicas sólo pueden ser ejercidas por organismos no administrativos específicos, en concreto, por la autoridad competente).

El responsable del tratamiento se asegurará de que los fines sean claros e inequívocos, también con el objeto de ofrecer un criterio preciso a la hora de evaluar la compatibilidad de los fines perseguidos. Esta claridad también es necesaria con vistas a enumerar los fines, tanto en la información que se facilitará a los interesados como en la notificación pertinente. Por ello, han de excluirse las imágenes captadas que puedan ser utilizadas con otros fines distintos a los inicialmente previstos, especialmente, evitando su reproducción.

Los fines de la videovigilancia deben constar en un documento en el que también se resumirán otras características importantes de la política de privacidad, como el momento en que se borran las imágenes, las posibles peticiones de acceso por parte de los interesados y la consulta lícita de los datos.

El responsable del tratamiento verificará que la vigilancia por videocámara no sólo cumple las disposiciones específicas, sino también, la legitimación del tratamiento de datos personales de acuerdo a la normativa específica y a los intereses en juego.

En lo que se refiere, en concreto, al equilibrio entre los diferentes intereses, deberá prestarse especial atención (escuchando previamente a las partes interesadas) a la posibilidad de que un interés que merezca protección pueda entrar en conflicto con la instalación del sistema o con el posterior tratamiento de datos.

Por último, en lo relativo a la obtención del consentimiento del interesado, éste último deberá ser inequívoco y estar basado en información clara. El consentimiento se otorgará por separado y estará específicamente vinculado a las actividades de vigilancia relativas al lugar que ocupa el trabajador afectado.

Sin embargo, de acuerdo a la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la AEPD, dicho consentimiento podrá quedar excluido, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 6.2 LOPD cuando el tratamiento sea necesario para el adecuado desenvolvimiento de la relación laboral de los trabajadores con la empresa. Los límites serían los que derivan del propio art. 20.3 ET, en cuanto al respeto a la dignidad del trabajador, y teniendo en cuenta la obligación de informar y la vinculación a la finalidad de la videovigilancia.

Ahora bien, una cosa es que en determinadas circunstancias el empresario quede liberado de requerir el consentimiento del trabajador, y otra muy distinta que éste desconozca la existencia de un fichero en donde figuran sus datos y el tratamiento que se esté haciendo de los mismos. Si bien el consentimiento del trabajador no es necesario para que se pueda grabar su imagen, sí es imprescindible que el empresario le informe del uso que va a hacer de sus datos¹⁴⁵⁹.

La consecuencia de ese control empresarial a través de estos medios y a tenor de lo dispuesto en el art. 20.3 ET es la resignación del trabajador, sometido al poder de dirección discrecional en cuanto a la adopción de sistemas de control. Es este uno de los aspectos donde llega más lejos la servidumbre del trabajador, que en razón de su contrato, poco más o menos pacta desconocer que aspectos de su vida serán conocidos, grabados, conservados o cedidos y tratados por su empresario¹⁴⁶⁰.

Ahora bien, no cabe desconocer que el consentimiento del trabajador no es un presupuesto de legitimidad para llevar a cabo la videovigilancia, si no existen motivos racionales y legítimos para la restricción de los derechos fundamentales del trabajador¹⁴⁶¹.

2.2.5.3 El problema al aplicar la normativa de protección de datos al ámbito laboral: ¿Sirve la finalidad e información de la videovigilancia general, para imputar incumplimientos laborales a los trabajadores?

La vinculación de la videovigilancia a una finalidad lícita y determinada en la captación de datos, es, en algunas ocasiones, incompatible con el control laboral de los trabajadores. En principio, si por ejemplo, se instalaron las cámaras para la seguridad de las instalaciones y edificios, no podrían usarse con posterioridad para el control de los trabajadores y de su actividad productiva, porque ni se habrían instalado con esa finalidad, ni esa finalidad habría sido comunicada a los trabajadores.

En este sentido, la finalidad del fichero y del tratamiento ha de hacerse constar por el responsable del fichero cuando lo declara ante la AEPD, si bien, conforme a la Instrucción 1/2006, no se requiere declaración e inscripción del fichero cuando no se almacenan las imágenes, es decir, en aquellos casos en que se trata únicamente de su captación y reproducción en tiempo real.

¹⁴⁵⁹ GUDE FERNÁNDEZ, Ana: "La videovigilancia laboral y el derecho a la protección de datos de carácter personal". *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 91. Septiembre-diciembre 2014. Pág. 59.

¹⁴⁶⁰ GOÑI SEIN, José Luis: "Controles empresariales: Geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos". *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. N.º 39. Agosto 2009. Pág. 15.

¹⁴⁶¹ GOÑI SEIN, José Luis: "La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales". Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007. Pág. 111.

Sin embargo, haya o no obligación de declararlo, ha de existir con carácter previo una “*finalidad*” definida, explícita y legítima que justifique y ampare el concreto tratamiento o captación. No hay una facultad o potestad de la AEPD para “*autorizar*” la instalación de cámaras, ya que ésta se limita a inscribir o no el fichero cuando lo declara el responsable.

El problema es que en el ámbito laboral, una misma instalación puede captar imágenes tanto de trabajadores como de terceros, todos ellos sometidos a la misma finalidad de la videovigilancia. Por ejemplo, la seguridad de las instalaciones o la prevención del robo. Sin embargo, el régimen aplicable al trabajador, en cuanto a exigirle responsabilidad, no es el mismo que al resto de los ciudadanos. El trabajador puede verse sometido a responsabilidad disciplinaria en el ámbito laboral.

Por ello, hay que distinguir dos cuestiones: La finalidad de la videovigilancia general para todos los que a ella se someten, que es general, al estar vinculada a la seguridad; y la finalidad de control de los trabajadores, que sólo les afectará a ellos y tendrá por objeto el control de su actividad laboral.

Por tanto, si ante la primera finalidad de carácter general, lícita, proporcional y justificada, se observa una acción susceptible de exigir responsabilidad, ésta será la que corresponda en función del sujeto captado. Si es un ciudadano, podrá asumir su responsabilidad por los ilícitos cometidos en el orden civil y penal. Si es un trabajador, además, se le podrá exigir responsabilidad disciplinaria laboral por el incumplimiento de sus obligaciones como ciudadano-trabajador (por ejemplo, en caso de robo).

El problema radica en que el incumplimiento captado con una videovigilancia que tiene una finalidad general no serviría para imputar un ilícito solamente laboral, es decir, aquel que no podría cometer un ciudadano por no estar vinculado por un contrato de trabajo. Es decir, que si el incumplimiento ilícito lo es de una obligación laboral (por ejemplo, falta de asistencia al trabajo), a tenor del principio de finalidad no se le podría imputar una falta laboral, porque la finalidad de la videovigilancia no era la de ejercer el control empresarial sobre los trabajadores.

Como veremos posteriormente, esta interpretación, seguida por las recientes STC 29/2013, de 11 de febrero y la STS de 13 de mayo de 2014, rec. N.º 1685/2013, adolece de algunas imprecisiones. En estas sentencias se anula la prueba obtenida por dispositivos de videovigilancia para imputar una responsabilidad disciplinaria laboral a los trabajadores cuando la finalidad no era específicamente el control de los mismos, sino que la finalidad era de carácter general, para todos los que pasaran por su campo de acción. Las imprecisiones, como veremos más adelante al comentar estas sentencias se originan fundamentalmente por dos razones: Por un lado, la falta de declaración e información personalizada de la finalidad laboral, que origina la anulación de la prueba, cuando esta finalidad no existía realmente, por lo que no era necesario en principio esa cautela. Por otro, el “*hallazgo casual*” de un hecho ilícito al que atribuir responsabilidad laboral, que no sirvió como prueba, a pesar de haberse respetado la normativa de protección de datos de carácter general.

La finalidad de la videovigilancia va íntimamente unida al deber de información en la recogida de datos.

La aplicabilidad al caso de la legislación de protección de datos implica también tener que cumplir con el deber de información que el art. 5 LOPD impone al responsable del fichero o tratamiento. Por ello, es obligatorio fijar los correspondientes carteles informativos y tener a disposición de los trabajadores el resto de información exigida. Además, el art. 64.5.f) ET exige que se informe a los representantes de los trabajadores y que éstos informen con carácter previo ya que las cámaras pueden constituir, dependiendo de su finalidad y uso, sistemas de control del trabajo. Dicho informe, sin embargo, no es vinculante para la empresa.

Sin embargo, obsérvese que la obligación de informar, con carácter previo, y desde luego, antes de entrar en la zona videovigilada, es a tenor del art. 5 LOPD para el caso de solicitar datos personales a los afectados. Si la finalidad de la videovigilancia es general y no dirigida a ningún colectivo concreto, ¿es preciso informar previamente de ello? Cabe estimar que no, porque no sabemos quien va a quedar expuesto a la zona videovigilada y no conocemos a todas las personas que puedan entrar en dicha zona. Por ello, si se cumplen estas premisas, la información en forma de distintivos y la que se coloque en las zonas videovigiladas puede estimarse suficiente.

Sin embargo, si se conocen los sujetos que van a ser grabados, porque el campo de acción comprende el puesto de trabajo, esta finalidad general, que puede ser la seguridad, y que no implica un fin genérico que pueda derivar hacia otro propósito, ha de ir unida a la información en tres momentos: En el momento de la instalación, durante su funcionamiento y posteriormente, en ejercicio del trabajador de su derecho a acceder a los ficheros donde puedan estar sus datos¹⁴⁶².

De nuevo, el problema surge cuando la vigilancia de carácter general se proyecta hacia un trabajador en concreto, que al igual que el resto de sujetos están sometidos a un control preventivo de seguridad. El principio de la buena fe impediría la captación de imágenes subrepticias o con una finalidad oculta, sin embargo, volvemos al argumento anterior: El trabajador no tiene una posición especial en comparación con los demás ciudadanos, por lo que no será necesario informar de una vigilancia que no es laboral.

Ahora bien, si esa vigilancia general constata un ilícito laboral, la responsabilidad, además de la que corresponda a cualquier ciudadano, debería ser la laboral, aunque el trabajador o sus representantes no hubieran sido informados. Esta falta de información, en cuanto obligación de la normativa de protección de datos, ha tenido su proyección en el ámbito laboral, lo que unido a la falta de distinción entre el control general y laboral, en ocasiones ha impedido considerar como prueba de una falta cometida por trabajadores, no haber informado previamente a los mismos.

Esta interpretación sería adecuada cuando la finalidad de estos dispositivos es la de realizar un control exclusivamente laboral. Sin embargo, este no es el planteamiento mayoritario, en el que se insiste que es fundamental garantizar al individuo afectado qué datos y quién los tiene, para y con qué finalidad, para conocer su destino. La información se aplicaría directamente a cualquier relación o situación jurídica en la que se empleen datos personales, siendo irrelevante que la captación sea la imagen o el sonido de un individuo, ya que en ambos casos se trata de datos personales porque permiten la

¹⁴⁶² GUDE FERNÁNDEZ, Ana: "La videovigilancia laboral y el derecho a la protección de datos de carácter personal". *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 91. Septiembre-diciembre 2014. Pág. 62.

identificación de la persona¹⁴⁶³.

En virtud de ello, los interesados, como afectados por la videovigilancia, deberán estar al corriente de que la vigilancia por videocámara está activada, incluso cuando ésta esté relacionada con acontecimientos públicos y espectáculos o con actividades de publicidad (cámaras); debiendo ser informados de manera detallada sobre los lugares que se encuentran bajo control.

En este sentido, no sería necesario especificar la ubicación precisa del equipo de vigilancia, sin embargo, deberá quedar bien claro el contexto de la vigilancia. La información general puede colocarse a una distancia razonable de los lugares controlados, como excepción a la normativa de protección de datos. Deberá estar a la vista y podrá suministrarse de manera resumida, a condición de que sea eficaz, o podrá incluir símbolos identificativos. En todos los casos, deberá especificarse cuáles son los fines de la vigilancia por videocámara y quién es el responsable del tratamiento. El formato de la información deberá adaptarse a cada situación.

Sólo se permitirán restricciones específicas y bien fundadas a los requisitos informativos en los casos de puesta en peligro de los fines perseguidos. Así, no se puede descartar por completo la posibilidad de control oculto. En ocasiones, el recurso a la videovigilancia solo es eficaz si se adopta de forma secreta. En este caso, la obligación de informar a los afectados puede hacer inútil este sistema de control, cuando se recurre al mismo para detectar actividades fraudulentas o ilícitas del trabajador¹⁴⁶⁴.

El apoyo jurídico para traspasar la barrera de la videovigilancia informada a la videovigilancia oculta se situaría en el principio de proporcionalidad, lo que a su vez lleva a aplicar los criterios idoneidad y necesidad, a efectos de poder realizar un juicio de ponderación que estime razonable y justificada la medida. Este es el criterio que además está previsto en las Recomendaciones de la OIT en materia de protección de datos de los trabajadores: "*El secreto en materia de vigilancia sólo debería permitirse cuando se realice de conformidad con la legislación nacional y existan sospechas suficientes de actividad delictiva u otras infracciones graves*"¹⁴⁶⁵.

De esta forma, una actividad que, en principio, lesionaría el derecho de los trabajadores a ser informados de una medida tan intrusiva como es la videovigilancia, podría encontrar justificación en la constatación de indicios que acreditan la comisión de un ilícito laboral cuya sanción es legítima, precisamente, por la dimensión institucional de la libertad de empresa y por el derecho a la tutela judicial efectiva del empleador.¹⁴⁶⁶.

¹⁴⁶³ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: "Nuevas tecnologías, videovigilancia, derecho a la protección de datos y ficheros policiales". *Revista Catalana de Seguretat Pública* (Institut de Seguretat Pública de Catalunya). N.º 17. Diciembre 2006. Págs. 182. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/130221/179659>

¹⁴⁶⁴ RODRÍGUEZ COPÉ, María Luisa: "Facultades de control empresarial y circuito cerrado de televisión". *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 121. 2013. Pág. 192. Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_1427_3.pdf

¹⁴⁶⁵ Apartado 6.14.2 del Repertorio de Recomendaciones prácticas de la OIT en materia de protección de datos personales de los trabajadores. Disponible en: http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1997/97B09_118_span.pdf

¹⁴⁶⁶ APARICIO ALDANA, Rebeca Karina: "*Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones*

2.2.5.4 La cesión de datos de imágenes a terceros ¿se pueden ceder las imágenes a los representantes de los trabajadores? El supuesto de las empresas de seguridad.

Las cesiones, como ocurre con la captación y el tratamiento, están, en principio, sujetas al consentimiento del titular de los datos y, en este caso, de su imagen. Solo podrán comunicarse a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado (art. 11 LOPD).

En el ámbito laboral, no tendrá la consideración de cesión el ejercicio del derecho de acceso por el propio trabajador interesado, así como el acceso por el responsable del tratamiento, el empresario o las personas autorizadas por él. Además, para que haya cesión, es necesario la voluntad de la transmisión de los datos y que ésta se efectúe por medio del tratamiento, pues estas son las notas características que diferencian la cesión del incumplimiento del requisito de seguridad o del deber de secreto¹⁴⁶⁷.

En general, en los supuestos de cesión, la propia Ley declara nulo el consentimiento si no cumple, alternativamente, con un requisito de los dos que cita: Cuando la información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que se destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquel a quien se pretenden comunicar (art. 11.3). Sin embargo, el art. 12.2 RLOPD, cuando reitera estos dos requisitos, en lugar de la conjunción disyuntiva "o", la sustituye por una "y". Debemos entender por el principio de jerarquía normativa, que bastará con acreditar uno de los dos requisitos para que el consentimiento sea válido.

Sin embargo, como sucede para la recogida y tratamiento de datos, aquí también hay excepciones al consentimiento, recogidas en el art. 11 LOPD, siendo las más relevantes: Cuando la cesión está autorizada en una ley, cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público y cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. Esta excepción, aplicable a la relación laboral, exige que la comunicación sólo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique.

Surge entonces la cuestión de si el responsable del fichero o tratamiento puede ceder las imágenes a los representantes de los trabajadores. La respuesta a esta cuestión ha de ser en principio negativa pues dicha cesión no viene prevista en el art. 11 entre las excepciones al consentimiento, ni tiene amparo legal -directo- en la legislación laboral.

Los representantes de los trabajadores no son un órgano interno de la empresa ni están integrados en su organización por lo que son, a estos efectos, terceros. Si formaran parte de la empresa no podríamos hablar de cesiones, puesto que sería un acceso a un usuario del responsable, pero nunca una cesión, pues éstas requieren, para ser

jurídico-laborales". Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2016. Pág. 160.

¹⁴⁶⁷ GUDE FERNÁNDEZ, Ana: "La videovigilancia laboral y el derecho a la protección de datos de carácter personal". *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 91. Septiembre-diciembre 2014. Págs. 75 y 76.

consideradas tales, que se hagan a un tercero ajeno al responsable¹⁴⁶⁸.

El art. 64.7.a).1.º) ET atribuye a los representantes de los trabajadores el ejercicio de funciones de vigilancia del cumplimiento empresarial de la legislación laboral, así como de pactos, condiciones y usos en vigor en la empresa.

Cabe entender que dicha facultad otorga a los representantes de los trabajadores una facultad de supervisión del cumplimiento de las condiciones de uso de las cámaras. Es decir, pueden vigilar que el uso de las cámaras se lleve a cabo con arreglo a las prescripciones acordadas o establecidas y según las condiciones que determinaron la legítima instalación de dicho sistema de control. Podrán supervisar si las cámaras están adecuadamente colocadas, si se graba o no, si se cumple con el principio de proporcionalidad, si se cumplen los plazos de cancelación y conservación de las imágenes, si el personal que controla el sistema es el legitimado para ello, si se aplican o no las medidas de seguridad, la aplicación que de las imágenes se haga y si las imágenes captadas se usan para finalidad distinta a la expresamente declarada.

Por tanto, admitiendo que los representantes, en ejercicio de sus competencias pueden ejercer un control directo sobre la videovigilancia, pero también que no pueden disponer directamente de las imágenes captadas, puede admitirse un acceso restringido a las mismas. Es decir, los representantes sólo podrían acceder a las imágenes en supuestos en que no sean identificados o identificables los trabajadores, no se trate de un control individualizado, se trate de imágenes disociadas o se cuente con el consentimiento del titular de la imagen -el afectado-.

Respecto al hecho frecuente de que el servicio de videovigilancia se realiza a través de una empresa de seguridad, el papel a desempeñar por la empresa contratada es, ineludiblemente, el de “*encargado de tratamiento*” y por ello, sólo es posible si con la misma se lleva a cabo un contrato escrito o en cualquier otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, de acuerdo al art. 12 LOPD.

Ahora bien, dicho papel se desempeña si la empresa de seguridad realice la captación, almacenamiento y tratamiento de las imágenes, pero no si su papel se limita a instalar las cámaras y los sistemas. Es importante tener en cuenta la realización del contrato con carácter previo al inicio de la captación y/o tratamiento, pues de lo contrario, la cesión de datos no tendría amparo legal alguno y, por ende, constituiría una infracción sancionable por la AEPD conforme a lo dispuesto en el art. 44 LOPD.

Hay que señalar el cambio normativo que en la materia ha supuesto la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio¹⁴⁶⁹. La misma elimina la necesidad de que estos tratamientos sean llevados a cabo por empresas de seguridad debidamente autorizadas por el Ministerio del Interior, de modo que a partir de ella, el tratamiento puede llevarlo a cabo directamente el responsable o contratarlo con

¹⁴⁶⁸ DE LORZA GONZÁLEZ, José Ramón: “La Videovigilancia en el ámbito de la empresa”. *El Graduado* (Boletín Informativo del Colegio de Graduados Sociales de Madrid), N.º 63. Abril 2011. Pág. 49. Disponible en: <http://www.elgraduado.es/noticias/2011/05/la-videovigilancia-en-el-ambito-de-la-empresa/>

¹⁴⁶⁹ BOE de 23 de diciembre.

una empresa que no sea de seguridad.

El RLOPD permite la subcontratación regulando el modo de llevarlo a cabo y las relaciones entre responsable y encargado en sus arts. 20 a 22. Entre las exigencias recogidas en este texto legal nos hallamos ante un deber "*in vigilando*" que impone al responsable, tendente a velar porque el encargado reúna las garantías necesarias para cumplir las disposiciones reglamentarias¹⁴⁷⁰.

La entrega de datos del encargado del tratamiento al responsable no supone cesión alguna puesto que los encargos, aunque materialmente requieran una entrega de datos, no son considerados por la Ley como cesiones y, por tanto, no las somete al régimen general de éstas. Dichas entregas están amparadas en el contrato mismo del art. 12 LOPD citado. En cualquier caso, el encargado actuará siempre y en todo momento bajo las instrucciones del responsable y si se excediera en ellas o utilizase las imágenes conculcando el contrato, responderá personalmente por ello.

2.2.5.5. Consecuencias del incumplimiento de la LOPD en este ámbito.

Ante una vulneración de la normativa de protección de datos por parte de la empresa o empresario, el afectado, en este caso el trabajador o el representante de los trabajadores, podría, como primera medida, denunciar ante la AEPD el incumplimiento. También podrá acudir a un procedimiento de tutela de derechos ante la negativa a satisfacer un derecho ARCO, ante el mero silencio ante su ejercicio o ante una respuesta que no considera adecuada. En ese caso, la AEPD aplicaría el régimen sancionador previsto en el art. 44 LOPD, teniendo en cuenta la modificación de la Disposición final quincuagésima sexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible¹⁴⁷¹. Dicha modificación, además de introducir nuevos elementos de graduación de las sanciones, ha elevado las cuantías mínimas, manteniendo un alto estándar de sanción. Así, se eleva el mínimo de las infracciones leves a los 900 euros, las de las graves a 40.001 euros y de las muy graves permanece en los 300.000 euros. La máxima sigue siendo de 600.000 euros. (art. 45 LOPD)¹⁴⁷².

Sin embargo, no se agotan aquí las acciones que el perjudicado podría emprender puesto que, dentro de este mismo ámbito de la protección de datos, el art. 19 LOPD reconoce un derecho de indemnización a quien sufra daños en sus bienes o derechos como consecuencia de la vulneración de la legislación de protección de datos, responsabilidad que habría de exigirse ante la jurisdicción civil ordinaria.

Dependiendo de los casos, podrían ser de aplicación los arts. 197 y ss. del CP, o una acción preferente y sumaria de protección de los derechos fundamentales de la LO 1/1982 por encontrarnos ante una intromisión ilegítima (art. 7). Y por último, en el ámbito laboral, podría abrirse un proceso de tutela de derechos fundamentales al amparo de la LRJS, si mediante este medio se ha vulnerado algún derecho fundamental del trabajador,

¹⁴⁷⁰ GUDE FERNÁNDEZ, Ana: "La videovigilancia laboral y el derecho a la protección de datos de carácter personal". *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 91. Septiembre-diciembre 2014. Pág. 77.

¹⁴⁷¹ BOE de 5 de marzo.

¹⁴⁷² Véase un completo estudio sobre este régimen sancionador en RALLO LOMBARTE, Artemi: "Estudios sobre la evolución del régimen sancionador en la legislación de protección de datos". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 166. Octubre-diciembre 2014. Págs. 95-121.

que, de estimarse, supondría el cese de la actividad o de los actos vulneradores y el otorgamiento al trabajador de una indemnización por daños morales derivados de la intromisión ilegítima o del desconocimiento de un derecho.

Por último, al trabajador le cabría también la posibilidad de solicitar la resolución indemnizada del contrato por voluntad del trabajador ex art. 50 ET, con indemnización por daños morales, lo que acarrearía una doble indemnización por parte del empresario. Una por la resolución misma del contrato y otra derivada de las consecuencias lesivas del quebrantamiento del derecho fundamental. Ahora bien esta acción requiere que los hechos revistan cierta gravedad no siendo suficiente cualquier vulneración.

3. LA VIDEOVIGILANCIA DEL TRABAJADOR EN LOS CENTROS DE TRABAJO.

3.1. JUSTIFICACIÓN DE LA VIDEOVIGILANCIA EN LOS CENTROS DE TRABAJO.

Una de las aplicaciones de la videovigilancia radica en utilizar cámaras de vídeo en los entornos de trabajo, persiguiendo con ello un mayor control de los empleados, en particular, y un mayor control de la actividad productiva en general. Además, estos dispositivos permiten grabar y almacenar las imágenes que pueden ser captadas a distancia, lo que ni siquiera requiere la presencia física de una persona con el dispositivo en mano, ya que los dispositivos pueden trabajar de modo autónomo.

En algunos casos, la utilización de un sistema de grabación de imagen se justifica para prevenir perjuicios en el patrimonio empresarial, exigiéndose por ejemplo, en casinos, o entidades bancarias o financieras. Sin embargo, también se dan casos en los que se recurre a la videovigilancia de forma impulsiva y sin considerar adecuadamente los requisitos y medidas pertinentes. A veces, esto es debido a las ventajas económicas que promueven estos dispositivos, como las propuestas de mejores condiciones en materia de seguros contra robo derivadas de la utilización de estos equipos.

Todo este abanico de posibilidades permitirá una justificación en el ámbito laboral que legitime la captación y, en su caso, grabación de imágenes. El alcance de la finalidad de instalar estos dispositivos de seguridad no ha de ser exclusivamente laboral, pero lo cierto es que repercute o puede repercutir en los trabajadores y en las demás personas afectadas por estos sistemas.

Está justificada la videovigilancia, por ejemplo, por razones de seguridad, productivas, o para la prevención de atentados contra la propiedad, ya sea con fines disuasorios, o como medio de obtención de prueba. Por razones de seguridad, su instalación es preceptiva, por ejemplo, en los bancos, cajas de ahorro y demás entidades de crédito, como medio de identificación de los autores de eventuales delitos contra las personas y contra la propiedad; por razones productivas, en aquellas empresas en las que los trabajadores desempeñen actividades que puedan resultar peligrosas (por ejemplo, fabricación de material explosivo); y, finalmente, como medida preventiva, en centros comerciales, al ser un medio disuasorio de comisión de hurtos y de identificación de los mismos¹⁴⁷³.

¹⁴⁷³ RODRÍGUEZ COARASA, Cristina: "Algunas proyecciones del Derecho Constitucional a la intimidad en el ámbito laboral". *Revista de Derecho Político* (UNED), N.º 51. 2001. Pág. 191.

La grabación indiscriminada afecta a la vida de las personas, sean trabajadores o no. Sin embargo, en los centros de trabajo, la legitimidad del uso de videocámaras puede estar justificada por motivos de seguridad. El problema radica en utilizar los datos obtenidos para otro fin y, en particular, para acreditar incumplimientos laborales que den lugar a medidas sancionadoras. Por ello, hay que plantear la licitud de la captación de imágenes y las condiciones para su aplicación en el entorno laboral.

Existen, además, motivos “*laborales*” cuyo fin no es el control del trabajador, en cuanto a verificar el cumplimiento de su prestación laboral. Cabe la instalación de dispositivos que controlen el proceso propio de producción, el funcionamiento de los equipos de trabajo e incluso, la prevención de riesgos laborales en el centro de trabajo. En estos casos, pese a no haber una finalidad de control laboral del trabajador, lo cierto es que éste puede verse implicado en el radio de acción de la videovigilancia, lo que plantea el problema de la compatibilidad de los fines para los que se utilicen los dispositivos (en caso, por ejemplo, de advertir un incumplimiento laboral)¹⁴⁷⁴.

3.2. LA VIDEOVIGILANCIA COMO MEDIO DE CONTROL EMPRESARIAL.

En la práctica, los sistemas de videovigilancia aplicados al control empresarial, pueden tener una virtualidad en una doble vertiente:

- Por una parte, pueden constituir medios normales de control de la actividad laboral. Su finalidad es por un lado disuasoria a la hora de poder cometer determinados actos ilícitos, pero también, medio de prueba a la hora de imputar un determinado hecho sujeto a responsabilidad disciplinaria, o incluso penal.
- Por otra parte, las medidas de videovigilancia pueden tener otra finalidad, que no es el control de la actividad laboral, sino la seguridad del centro de trabajo. Los controles de acceso y la prevención de robos o hurtos, son ejemplos de estas medidas de seguridad.

Los sistemas de videovigilancia utilizados en el centro de trabajo, con la finalidad que legitima el art. 20.3 ET, en el sentido de controlar la actividad laboral prestada por los trabajadores, afectan, o pueden afectar, a diversos derechos fundamentales -intimidad, dignidad, propia imagen, honor, protección de datos, libertad sindical, etc.- lo que plantea la cuestión de si el poder de control que la ley otorga al empresario debe ser de tal magnitud y alcance que pueda afectar de manera significativa a todos estos derechos fundamentales, afectando a su eficacia.

El art. 20.3 ET, huérfano de toda referencia a los sistemas de control, ha dado pie a una discrecionalidad casi absoluta, como ha señalado acertadamente GOÑI SEIN, que entiende que se permite un uso indiscriminado de los sistemas de videovigilancia, porque la decisión de la adopción de los sistemas técnicos de control y de su utilización se abandona por entero al empresario. El límite del art. 20.3 ET del respeto a la dignidad e intimidad se ha revelado insuficiente, pues adolece de una gran indeterminación, llegándose a legitimar la instalación de estas técnicas de control en las empresas, con la

¹⁴⁷⁴ GOÑI SEIN, José Luis: “*La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*”. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007. Pág. 115.

sola excepción de los lugares reservados al descanso o al aseo personal¹⁴⁷⁵.

Entre ambos intereses legítimos (el control empresarial y la reserva de un espacio íntimo del trabajador), se va abriendo camino una doctrina jurisprudencial que, debilitando poco a poco las posturas más garantistas, permite la utilización de dichos mecanismos para las funciones de control empresarial, lo cual tiene el riesgo de llevar a una aplicación desmedida e injustificada del poder directivo.

Paralelamente, una defensa a ultranza de los derechos fundamentales que neutralice por completo el poder de dirección, control y vigilancia por el empresario del trabajo prestado, haría inviable el sentido de la relación laboral, pues quedaría al arbitrio de una de las partes, el trabajador, el control de la actividad que corresponde al empresario, precisamente como acreedor de la prestación, realizada bajo ciertas condiciones.

Ello no quiere decir que durante el periodo en el que el trabajador realice su prestación laboral, no haya que garantizar el respeto a la eficacia de sus derechos fundamentales, aunque si bien, han de adaptarse o modularse a la situación, en el lugar y tiempo de trabajo y en la medida que no afecten a la prestación del servicio.

No cabe duda que cuando se habla de videovigilancia, el control puede llegar a ser tan exhaustivo que haga disminuir el espacio íntimo y personal del trabajador. Por ello, estos sistemas no han de ser admitidos abiertamente, sino solo en la medida que respondan a un interés objetivo empresarial con la debida transparencia e información a los trabajadores, salvo casos justificados¹⁴⁷⁶.

Contra la concepción que entiende que la videovigilancia no es más que la prolongación de un órgano humano, los medios técnicos pueden captar mucho más de lo que pueda ser observado por el empresario o por las personas que ejercen el poder directivo. La captación e incluso grabación de todos los movimientos y detalles de una persona son de tal intensidad y permanencia que el control tecnológico supone un salto cualitativo respecto al control personal¹⁴⁷⁷.

En función de los medios de control, la afectación a la eficacia de los derechos puede variar, al igual que dependiendo de los casos, puede haber una justificación objetiva y razonable, que permita el uso de estos medios, para salvaguardar otros bienes jurídicos, especialmente protegidos, no sólo de cara al trabajador, sino a terceros. Los medios de control, se pueden clasificar en:

¹⁴⁷⁵ GOÑI SEIN, José Luis: "Controles empresariales: Geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos". *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. N.º 39. Agosto 2009. Pág. 15.

¹⁴⁷⁶ LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo: "La tutela del derecho a la intimidad del trabajador y el control audiovisual de su actividad laboral". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel). N.º 14. Mayo 2007. Pág. 16.

¹⁴⁷⁷ DESDENTADO BONETE, Aurelio y MUÑOZ RUIZ, Ana Belén: "Trabajo, videovigilancia y controles informáticos. Un recorrido por la jurisprudencia". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel). N.º 39. Diciembre 2014. Pág. 4.

- Medios visuales: Son principalmente las cámaras de televisión y por la naturaleza de la actividad de la empresa, la instalación de circuitos de televisión está plenamente justificada por razones de seguridad, productivas o como prevención de robos. Estas cámaras, han ido evolucionando con la tecnología, llegando incluso a ser "*sistemas inteligentes*", que pueden discriminar el campo o los sujetos de grabación. Las cámaras pueden ser fijas y móviles, con mayor o menor ángulo de enfoque y, por tanto, de recopilación de información.

Ahora bien, no se trata de adquirir la mejor cámara o la que más prestaciones incorpore, sino aquella que sea adecuada a la finalidad pretendida, pues de esta forma se evitará al mismo tiempo, la eventual generación de situaciones de conflicto, en cuanto el sistema pueda recopilar más información que la que justifica su fin.

- Medios auditivos: La instalación de *micrófonos* permiten interceptar escuchas y grabar conversaciones, que en la mayoría de los casos, carecerían de una causa objetiva o razonable, de no ser por razones de seguridad. Por ello, salvo excepciones, suponen un atentado contra el derecho a la intimidad y al secreto de comunicaciones de los trabajadores. Como causas justificadas, cabe referirse, por ejemplo a las "*cajas negras*", ubicadas en los aviones, que permiten registrar las conversaciones de los pilotos, y cuya finalidad es la averiguación de las causas en caso de accidente. GOÑI SEIN, señala que las cajas negras, o "*data flight recorder*" y "*data voice recorder*" registran las conversaciones que mantienen los pilotos de vuelo con los controladores aéreos y, en general, cualquier incidencia en la conducta de vuelo de los aviones. Se trata de un medio que consiente un control accidental de los pilotos, actuable en circunstancias excepcionales, normalmente tras un siniestro, a fin de desvelar las causas del accidente y determinar las eventuales responsabilidades si hubiere lugar, pero que se justifica en cuanto intromisión a la dignidad e intimidad de los trabajadores¹⁴⁷⁸.

3.3. LÍMITES DEL PODER DE DIRECCIÓN A LA VIDEOVIGILANCIA DE LOS TRABAJADORES.

3.3.1 Límites a la videovigilancia en los centros de trabajo por razón del lugar o espacio con carácter "*reservado*".

Los dispositivos de videovigilancia en el ámbito laboral pueden controlar ámbitos propiamente laborales, que van desde el acceso y movimientos dentro del centro, hasta el mismo puesto, pero también pueden controlar espacios públicos, incluso externos, por razones de seguridad y control de los individuos que se sitúen por las zonas vigiladas.

Si partimos del control estrictamente laboral, éste solo se podrá ejercer en el centro y durante la jornada de trabajo, lo que no excluye que paralelamente se mantengan activos los dispositivos de videovigilancia con motivos de seguridad.

Fuera del centro de trabajo, resulta difícil imaginarse el control mediante videovigilancia, lo que sin embargo no ha de ser extraño de acuerdo a los nuevos modos de organización del trabajo. En concreto, en el caso del teletrabajo, no sería inoportuno

¹⁴⁷⁸ GOÑI SEIN, José Luis: "*El respeto a la esfera privada del trabajador*". Ed. Civitas. Madrid, 1988. Pág. 151.

que mediante conexión *webcam* del propio ordenador, el empresario pudiera físicamente ver al trabajador, mantener una videoconferencia, e incluso interactuar con terceros. En estos casos, más que control, de difícil justificación y proporcionalidad, estaríamos hablando de sistemas de comunicación a través de vídeo, con el consentimiento del trabajador, pues los bienes y derechos en juego ante una videovigilancia como sistema de control laboral del teletrabajo serían muchos y no sería proporcional la medida que tendría que restringir el derecho a la intimidad o la inviolabilidad del domicilio.

Si en lugar de domicilio nos referimos a un espacio público donde puede ser captada la imagen del trabajador, que a su vez tenga una finalidad de control, el caso más común es el de la filmación del trabajador de baja médica, en incapacidad temporal, por ejemplo, realizando actividades incompatibles con su estado médico.

Los límites entre el domicilio y el espacio público se analizan, por ejemplo, en un caso sobre filmación por un detective privado de una trabajadora que reclamaba una incapacidad permanente. Las imágenes captadas muestran parte del interior de la vivienda, pero también cuando la trabajadora sacaba los brazos al exterior y colgaba o retiraba alguna prenda de un tendedero. Las tomas captadas son fruto de quien está apostado con la finalidad de obtener imágenes de la vida de una persona en su hogar, realizando actos propios de su vida privada y reservada, que no pierden esa naturaleza por el hecho de que puedan circunstancialmente verlos quien pasa ocasionalmente por la vía pública. Se declaró nula la prueba porque las imágenes mezclaban tanto parte del domicilio como su exterior, siendo imposibles de separar¹⁴⁷⁹.

En otro caso, se declaró nula la filmación llevada a cabo por un detective y sin consentimiento del trabajador, de la realización de trabajos de albañilería incompatibles con la baja médica. Se constató sin embargo que se realizaron los trabajos en el jardín anexo a la vivienda. Sin embargo se admitió la prueba testifical del detective sobre los hechos constatados por su percepción sensorial pero no de las imágenes grabadas y fotografías efectuadas sin consentimiento del trabajador¹⁴⁸⁰.

En el puesto de trabajo, es claro que el derecho a la “*intimidad*” del trabajador puede verse limitado a consecuencia de la videovigilancia, pero sobre todo en aquellos lugares reservados para el aseo, ocio, descanso o esparcimiento.

Es notorio que la videovigilancia es especialmente intensa en el puesto de trabajo y que, por tanto, necesita justificación. Salvo casos excepcionales, exige además información a los trabajadores sobre el espacio y la causa de la vigilancia. Es importante el consentimiento de los propios trabajadores, siempre que no suponga una renuncia de derechos en los casos claramente abusivos. Ahora bien, lo que no es admisible es la afectación de espacios reservados para la intimidad de la persona, tanto corporal, como por constituir un lugar de descanso o de recreo, salvo excepciones de comportamientos graves o delictivos. En estos casos, salvo hechos muy graves, ni siquiera la información y el consentimiento permitirán la renuncia ni justificarán la videovigilancia.

Por tanto, las limitaciones a los derechos fundamentales tienen que ser

¹⁴⁷⁹ STSJ del País Vasco (Sala de lo Social), de 30 de junio de 2008, rec. N.º 1235/2008 (AS 2008\2817).

¹⁴⁸⁰ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 21 de junio de 2012, rec. N.º 823/2013 (AS 2013\2760).

indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección. Esta idea también se aplica al lugar de la vigilancia, a la calidad de las imágenes y a su grabación. De modo que si existen otras posibilidades, que cumplan con la finalidad de estas medidas, siendo menos agresivas con el derecho a la intimidad, tendrán que emplearse éstas en aplicación del juicio de proporcionalidad.

Ello implica que el control a través de estos medios técnicos sólo será legítimo constitucionalmente cuando sea indispensable y estrictamente necesario y siempre que para alcanzar el fin pretendido no existan otras medidas más moderadas y respetuosas para los derechos de los trabajadores. Por tanto, la regla general sería la exclusión de la posibilidad de usar estos medios de control que, sin embargo, se admiten excepcionalmente cuando concurra un interés empresarial susceptible de ser tutelado y protegido y siempre en el nivel imprescindible para la satisfacción de la finalidad.

Otra cosa es el significado que en la aplicación de esta doctrina por parte de los Tribunales se esté dando a los términos “*indispensable*”, “*estrictamente necesario*” y cómo se valora la inexistencia de otras medidas.

La experiencia ha puesto de manifiesto que la vigilancia no deberá abarcar en ningún caso lugares reservados al uso privado de los empleados o que no estén destinados a la realización de tareas de trabajo (como servicios, duchas, vestuarios o zonas de descanso)¹⁴⁸¹; que las imágenes recogidas exclusivamente para proteger la propiedad o detectar, evitar y controlar infracciones graves no deberán utilizarse para acusar a un empleado de una falta disciplinaria menor; y que deberá permitirse siempre a los empleados que utilicen para su defensa el contenido de las imágenes captadas.

En cuanto a lugares de tránsito, como pasillos y zonas de paso, si bien es cierto que no pertenecen al ámbito estrictamente reservado, pueden ser la vía de acceso (entrada y salida), a espacios protegidos o correspondientes a la vida privada del trabajador. Es por ello, que la justificación e información que precisa la instalación en estos lugares de paso de este tipo de dispositivos habrá de ser proporcional al fin perseguido, teniendo en cuenta que no adquiere el mismo valor una grabación de la entrada o salida del recinto empresarial, que la del acceso a los aseos o a los locales reservados para celebrar una reunión sindical¹⁴⁸².

3.3.2. Los derechos fundamentales como límite al control de la actividad del trabajador a través de la videovigilancia.

Como punto de partida, merece la pena repasar el criterio del TC en relación a la disponibilidad de la imagen del trabajador, pues es claro que adelanta ya algunas soluciones a los supuestos que vienen a continuación, al permitir por un lado la intromisión en la imagen del trabajador, pues al fin y al cabo, el centro de trabajo es un lugar público, pero sometiendo la supuesta disponibilidad de la imagen a una justificación que sea razonada y razonable.

¹⁴⁸¹ STSJ de Extremadura (Sala de lo Social), de 15 de mayo de 2007, rec. N.º 105/2007 (Ar. JUR 2007/247253).

¹⁴⁸² THIBAUT ARANDA, Javier: “*Control multimedia de la actividad laboral*”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2006. Pág. 34.

Así, la STC 99/1994, dispuso que no puede deducirse del art. 18 CE, que el derecho a la propia imagen, en cuanto límite del obrar ajeno, comprenda el derecho incondicionado y sin reservas a permanecer en el anonimato. Pero tampoco el anonimato, como expresión de un ámbito de reserva especialmente amplio, es un valor absolutamente irrelevante, quedando desprotegido el interés de una persona a salvaguardarlo impidiendo que su imagen se capte y se difunda. Deben apreciarse, en este caso, como en todos los de colisión de derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, los intereses en presencia, mediante una adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes. Es en esta perspectiva donde ha de situarse la valoración del alcance del derecho a la propia imagen como factor legitimador de la negativa del trabajador a obedecer la orden empresarial (FJ 5º).

Ya en el ámbito de la videovigilancia, el TC se ha venido manifestando reiteradamente sobre el alcance y contenido de la intimidad en el trabajo y sobre los límites a la utilización de estos dispositivos (con los fundamentos establecidos en las SSTC 98/2000, de 10 de abril, 186/2000, de 10 de julio, 29/2013, de 11 de febrero y 39/2016, de 3 de marzo).

Las primeras sentencias (98/2000 y 186/2000) ya apuntaban a la necesidad de resolver cada caso concreto, a tenor de las circunstancias planteadas. De hecho, planteándose en ambas la posible legitimidad en la aplicación de medios audiovisuales en la empresa como control de la actividad laboral, resolvieron de forma distinta. Mientras que en la primera de ellas se otorgó el amparo al trabajador por vulneración de su derecho a la intimidad, en la segunda se desestimó en favor de las facultades empresariales de control.

Como señala BORRAJO DACRUZ, *“el casuismo o, en términos más matizados, las circunstancias de cada caso, pueden desembocar en pronunciamientos favorables o adversos a la pretensión de amparo que se presente ante el Tribunal Constitucional y, previamente, ante los Tribunales ordinarios”*¹⁴⁸³.

Posteriormente, la STC 29/2013, de 11 de febrero, adopta una visión diferente, pues sitúa el debate en el derecho a la protección de datos, en este caso *“imágenes”* captadas por una cámara instalada para una finalidad concreta (seguridad), no coincidente con el uso disciplinario al que finalmente sirvieron, lo que llevó a anular la sanción al trabajador por vulneración de su derecho fundamental.

Sin embargo, la STC 39/2016, de 3 de marzo, no consideró vulnerado el derecho a la protección de datos en un control oculto y no informado al trabajador, mediante una cámara colocada al efecto, ante las sospechas de las graves irregularidades detectadas que posteriormente se confirman (apropiación indebida de dinero), aplicando el principio de proporcionalidad en base a la gravedad de los hechos y sobre la base de no necesidad de la prestación del consentimiento ante la finalidad laboral de la grabación.

¹⁴⁸³ BORRAJO DACRUZ, Efrén: “Protección de los derechos fundamentales y casuismo”. *Actualidad Laboral*. N.º 29. 2000. Pág. 2885.

3.3.2.1 Utilización de micrófonos como medida empresarial de control, que se añade a un circuito cerrado de televisión (STC 98/2000, de 10 de abril).

La línea que marca esta sentencia es que no hay que atender solo al lugar en el que se instalan los medios de control en la empresa, sino que hay otros elementos de juicio a la hora de realizar una ponderación, como el carácter no indiscriminado y masivo de la instalación, su visibilidad o carácter subrepticio y la finalidad legal perseguida¹⁴⁸⁴.

Los hechos que motivaron el recurso de amparo tienen su origen en el control por parte del “*Casino de la Toja*”, de la actividad laboral que se desarrollaba en las instalaciones dedicadas al juego de azar, y en concreto en las dependencias de caja y en donde se hallaba ubicada la ruleta francesa. En concreto, se trataba de reforzar uno de los sistemas de seguridad de que se disponía, consistente en un circuito cerrado de televisión, con la instalación de micrófonos que permitieran recoger y grabar las conversaciones que pudieran producirse.

El presidente del Comité de empresa solicitó la retirada de los micrófonos, lo que fue denegado por la empresa, justificando su decisión alegando que esas grabaciones sirven para completar los sistemas de seguridad (particularmente, el sistema de circuito cerrado de televisión) ya existentes, siendo útil disponer de grabación del sonido en caso de tener que resolver eventuales reclamaciones de los clientes.

Planteado el conflicto en sede judicial, el TSJ de Galicia declaró que la instalación de micrófonos en determinadas dependencias del centro de trabajo (secciones de caja y ruleta francesa) no vulnera derecho fundamental alguno de los trabajadores. Ante tal resolución, se presentó recurso de amparo ante el TC por vulneración del derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE.

El TC rechazó la premisa de la sentencia recurrida, que niega que el centro de trabajo sea un espacio en el que los trabajadores ejerzan su derecho a la intimidad y en relación con las conversaciones que mantengan los trabajadores entre sí y con los clientes. Al contrario, afirma con rotundidad que *“no puede descartarse que también en aquellos lugares de la empresa en los que se desarrolla la actividad laboral puedan producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores, como podría serlo la grabación de conversaciones entre un trabajador y un cliente, o entre los propios trabajadores, en las que se aborden cuestiones ajenas a la relación laboral que se integran en lo que hemos denominado propia esfera de desenvolvimiento del individuo”* (FJ 6.º).

El TC rechaza una solución apriorística del conflicto entre la instalación de estos medios de vigilancia y la intimidad de los trabajadores, y se decanta por atender a las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto para determinar si existe o no vulneración del art. 18.1 CE. Estas circunstancias serían las siguientes:

¹⁴⁸⁴ Véanse otros análisis a esta sentencia en: DESDENTADO BONETE, Aurelio y MUÑOZ RUIZ, Ana Belén: “Trabajo, videovigilancia y controles informáticos. Un recorrido por la jurisprudencia”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel). N.º 39. Diciembre 2014. Págs. 4-7, así como GOÑI SEIN, José Luis: “Controles empresariales: Geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos”. *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. N.º 39. Agosto 2009. Pág. 16.

- Lugar del centro del trabajo en que se instalan por la empresa sistemas audiovisuales de control.
- Si la instalación se hace o no de forma indiscriminada y masiva.
- Si los sistemas son visibles o han sido instalados subrepticamente.
- Determinar la finalidad real perseguida con la instalación de tales sistemas, es decir, si es únicamente por motivos de seguridad, por la actividad desarrollada en el centro de trabajo, o puede tener implicaciones para los propios trabajadores.

De esta manera, el TC trata de defender que los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos; y, de cualquier manera, *“el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir, en ningún caso, a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél”*.

Por ello, para que puedan convivir ambos derechos, hay que proceder a una ponderación adecuada que respete el derecho constitucional a la intimidad, aunque éste se vea modulado en las relaciones laborales, modulación que únicamente ha de producirse en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva.

Es por ello que el TC, partiendo de la aplicación del principio de proporcionalidad, analiza si la instalación de micrófonos se ajusta a las exigencias indispensables del respeto al derecho a la intimidad, para lo cual realiza las siguientes consideraciones de cara a resolver el tema planteado:

- En primer lugar, entiende como indiscutible que la instalación de aparatos de captación y grabación del sonido se justifica por el hecho de realizarse transacciones económicas de cierta importancia. Pero la mera utilidad o conveniencia no legitima sin más la instalación de los aparatos de audición y grabación, sobre todo ante la existencia de otros sistemas de seguridad (FJ 7º). Es decir, *“no ha quedado acreditado que la instalación del sistema de captación y grabación de sonidos sea indispensable para la seguridad y buen funcionamiento del casino”*. Por este matiz, se declaró que la actuación rebasa ampliamente las facultades que al empresario otorga el art. 20.3 ET y supone, en definitiva, una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE.
- El TC aplica, por tanto, el principio de proporcionalidad. Prevalece el derecho a la intimidad del trabajador sobre las facultades de control del empresario ya que la implantación del sistema no fue proporcional ni acorde al principio de intervención mínima, que son aspectos que rigen la modulación de los derechos fundamentales. La finalidad que se persigue (dar un plus de seguridad, especialmente ante eventuales reclamaciones de los clientes) resulta desproporcionada para el sacrificio que implica del derecho a la intimidad de los trabajadores (e incluso de los clientes del casino).

Por todo ello, se considera que el derecho a la intimidad del trabajador resulta vulnerado, ya que este sistema permite captar comentarios privados, tanto de los clientes como de los trabajadores del casino, comentarios ajenos por completo al interés empresarial y por tanto irrelevantes desde la perspectiva de control de las obligaciones laborales, pudiendo, sin embargo, tener consecuencias negativas para los trabajadores que, en todo caso, se ven limitados a realizar cualquier tipo de comentario personal ante el convencimiento de que van a ser escuchados y grabados por la empresa (FJ 7º).

La conclusión, por tanto, es que la grabación de las conversaciones, aún siendo conveniente para los intereses de la empresa, no estaba justificada, porque la utilidad o mera conveniencia de la empresa en el control de las comunicaciones entre clientes y trabajadores no justificaba el empleo de estos medios, especialmente invasivos, cuando ya se contaba con otros y no había quedado acreditado que la grabación de las conversaciones fuera indispensable para la seguridad y buen funcionamiento del casino.

3.3.2.2 Despido del cajero de un economato al constatarse irregularidades a través de la grabación de unas cintas de vídeo (STC186/2000, de 10 de julio).

Las circunstancias que caracterizan la aplicación del principio de proporcionalidad en este supuesto aportan un factor a tener en cuenta al estudiar la intromisión en el derecho a la intimidad, como es la falta de aviso o advertencia al trabajador de la instalación e incluso a los representantes de los trabajadores, razón por la cual, se llega al descubrimiento de un hecho ilícito¹⁴⁸⁵.

Los hechos que resultan relevantes son los siguientes: El recurrente es un trabajador que venía prestando servicios como cajero del economato de su empresa. Como consecuencia de un descuadre llamativo y de alguna advertencia sobre el irregular proceder de los cajeros, la dirección de la empresa contrató con una empresa de seguridad la instalación de un circuito cerrado de televisión que enfocase únicamente las tres cajas registradoras y el mostrador de paso de las mercancías desde el techo, “*en el radio de acción aproximado que alcanzaba el cajero en sus manos*”.

El resultado de la vigilancia realizada en diferentes fechas determinó la adopción de medidas disciplinarias contra los tres cajeros: El recurrente fue despedido, y a los otros dos se les impuso una sanción de suspensión de empleo y sueldo. Las cintas de vídeo grabadas revelaron maniobras en el cobro, sustrayendo diferentes cantidades de la caja.

El trabajador recurre ante el TC alegando una vulneración de sus derechos a la igualdad ante la ley, tutela judicial efectiva en relación con los derechos a la intimidad y a la propia imagen, el derecho de acceso a los recursos y a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa junto a la presunción de inocencia. A juicio del recurrente, existió la vulneración de tales derechos

¹⁴⁸⁵ Véase ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan: “El derecho a la intimidad del trabajador. A propósito de la STC 186/2000, de 10 de julio”. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 1. 2001. Págs. 85-92. Véase también DESDENTADO BONETE, Aurelio y MUÑOZ RUIZ, Ana Belén: “Trabajo, videovigilancia y controles informáticos. Un recorrido por la jurisprudencia”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel). N.º 39. Diciembre 2014. Págs. 4-7 y GOÑI SEIN, José Luis: “Controles empresariales: Geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos”. *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. N.º 39. Agosto 2009. Págs. 16-17.

por haberse admitido como prueba de cargo en el proceso por despido las grabaciones de vídeo presentadas por la empresa, prueba que el trabajador estima nula de pleno derecho al haberse obtenido vulnerando sus derechos fundamentales.

El TC reitera que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Y para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes:

- Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad). Es decir, si la medida es idónea para la finalidad pretendida de la empresa para comprobar si el trabajador cometía realmente las irregularidades que se sospechaban para así, adoptar las medidas disciplinarias correspondientes.
- Si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad). Es decir, si la medida de instalar un circuito cerrado de televisión es la única que permitirá obtener la prueba de tales irregularidades que suponen además un ataque a la propiedad de la empresa.
- Si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Es decir, que la medida sirva para comprobar y acreditar que no es un hecho aislado o una confusión, pero sin otro alcance o finalidad que afectara a otros derechos del trabajador en cuestión, del resto o de terceros.

El TC consideró que en este caso no existió vulneración de la intimidad del trabajador, porque la medida de vigilancia y control cumplía todas las condiciones para ser calificada como proporcionada, en base a los argumentos siguientes:

- La medida era justificada, ya que existían razonables sospechas de la comisión por parte del recurrente de graves irregularidades en su puesto de trabajo. Era idónea para la finalidad de descubrir las irregularidades sospechadas, adoptando las medidas disciplinarias correspondientes. Era necesaria, ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades; y equilibrada, pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja y a una duración temporal limitada, la suficiente para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada. Por tanto, debe descartarse que se haya producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE (FJ 7º).
- No se vulnera la intimidad del trabajador por el mero hecho de filmar cómo desempeñaba las tareas encomendadas en su puesto de trabajo, pues esa medida no resulta arbitraria ni caprichosa. Tampoco pretendía con la misma divulgar su conducta, sino que se trataba de obtener un conocimiento de cuál era su comportamiento laboral. Las irregularidades cometidas constituían una transgresión a la buena fe contractual (FJ 7º).

Para su conclusión, finalmente, el TC se refiere también a la STC 98/2000 y comparando los supuestos de hecho de cada una de estas dos sentencias justifica el diferente fallo adoptado en función del principio de proporcionalidad. En este caso, la medida estaba justificada por las circunstancias concurrentes, sin que de ello se deduzca defender un control general y permanente, ya que dependerá de la casuística y justificación, de la organización del trabajo y de su control.

3.3.2.3 El caso de la utilización de las grabaciones de seguridad para un fin disciplinario no informado al trabajador: La STC 29/2013, de 11 de febrero.

En esta sentencia, el TC consideró que la utilización de las grabaciones con fines de supervisión laboral sin haber informado al trabajador de dicho tratamiento, vulneró el derecho a la protección de datos de carácter personal del recurrente.

El interés, por la novedad de esta sentencia, se centra no tanto en determinar si la instalación de la videovigilancia vulnera el derecho a la intimidad recogido en el art. 18.1 CE, sino en el derecho a la protección de datos, del art. 18.4 CE, al no ofrecerse al afectado información sobre tales datos¹⁴⁸⁶.

Las circunstancias del caso, sin embargo, cumplían con la normativa de protección de datos, referente a la existencia de distintivos que anunciaban la instalación de cámaras y captación de imágenes en el recinto universitario y de la notificación de la creación del fichero a la AEPD.

La Sala consideró en primer lugar y como punto de partida que las imágenes grabadas en un soporte físico constituyen un dato de carácter personal integrado en la cobertura del art. 18.4 CE, ya que el derecho fundamental amplía la garantía constitucional a todos aquellos datos que identifiquen o permitan la identificación de la persona y que puedan servir para la confección de su perfil o para cualquier otra utilidad que, en determinadas circunstancias, constituya una amenaza para el individuo (FJ 5º).

Una vez admitido como dato personal la captación de la imagen del trabajador, el TC señaló que es complemento indispensable del derecho fundamental del art. 18.4 CE *“la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo”*. Por consiguiente, es un elemento caracterizador de la definición constitucional del art. 18.4 CE, de su núcleo esencial, el derecho del afectado a ser informado de quién posee los datos personales y con qué fin (FJ 7º).

Y en relación precisamente al fin, que debe ser puesto en relación a la información al afectado, el Tribunal se plantea si en el ámbito de las relaciones laborales procede igualmente ese deber de información, o si el simple hecho del poder de dirección, que abarca también al disciplinario, exime de tal información. En este sentido, consideró que no hay una habilitación legal expresa para esa omisión del derecho a la información en el ámbito de las relaciones laborales, que tampoco podría situarse en el interés empresarial de controlar la actividad laboral a través de sistemas sorpresivos o no informados de tratamiento de datos que aseguren la máxima eficacia en el propósito de vigilancia.

¹⁴⁸⁶ RODRÍGUEZ COPÉ, María Luisa: “Facultades de control empresarial y circuito cerrado de televisión”. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 121. 2013. Pág. 195. Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_1427_3.pdf

Añade el TC que *"esa lógica fundada en la utilidad o conveniencia empresarial haría quebrar la efectividad del derecho fundamental, en su núcleo esencial"*. En efecto, se confundiría la legitimidad del fin (verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales a través del tratamiento de datos), con la constitucionalidad del acto (que exige ofrecer previamente la información necesaria, art. 5 LOPD). Si bien es legítimo el control laboral, el hecho de que sea encubierto, lesiona el art. 18.4 CE (FJ 7º).

Queda claro, por tanto, que el interés del empresario no es suficiente para justificar que el tratamiento de datos sea empleado en contra del trabajador sin una información previa sobre el control laboral puesto en práctica. Aún cumpliéndose el resto de los requisitos de la LOPD, la falta de información sobre la finalidad del control laboral de la grabación, impide utilizar la prueba en contra del trabajador.

Por contra, señala el TC, era necesaria además la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida. Una información que debía concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo (FJ 8º).

Y es que no existió indicio de que la finalidad del tratamiento de los datos fuera el control de la prestación laboral, pues las cámaras de videovigilancia instaladas respondían a una medida de seguridad y estaban ubicadas en los vestíbulos y zonas de paso público y no en las dependencias donde se desarrollaba la prestación laboral. Por tanto, el hecho de que la videovigilancia fuera utilizada para un fin distinto al inicialmente previsto, la seguridad del recinto, sin haber informado al trabajador de que podría utilizarse con fines disciplinarios, constituye una violación del art. 18.4 CE, lo que implica la anulación de las medidas disciplinarias impuestas al trabajador.

Hay que advertir, además, que la importancia del deber de informar al trabajador de la finalidad de la videovigilancia, sin que se pueda utilizar en su contra un uso no declarado de la misma, está por encima incluso del principio de proporcionalidad, que ni siquiera el Tribunal entra a valorar. Es decir, como conclusión, cabe apreciar que no hay colisión de derechos, cuando uno de ellos, el de la empresa, se ha realizado sin cumplir los requisitos que se le imponen, en este caso, el deber de informar al trabajador. Ello es lo que priva por tanto al TC de entrar a valorar si se ha respetado o no el principio de proporcionalidad.

Esta línea ha sido seguida por otros Tribunales, en especial, en la STS de 13 de mayo de 2014¹⁴⁸⁷ pero, sin embargo, diverge de la doctrina establecida en la posterior STC 39/2016, de 3 de marzo, que se comenta a continuación.

3.3.2.4 Legitimidad del control empresarial ante sospechas fundadas de apropiación de dinero por el trabajador: La STC 39/2016, de 3 de marzo.

A lo largo del recorrido de las sentencias comentadas, el TC ha ido desplazando la incidencia de la videovigilancia como medio de control desde el derecho a la intimidad

¹⁴⁸⁷ STS (Sala de lo Social), de 13 de mayo de 2014, rec. N.º 1685/2013.

hacia el derecho a la protección de datos, sobre todo, en la medida que el respeto a este derecho exige una justificación acorde a una finalidad legítima e informada al trabajador sobre los datos recabados y tratados. A diferencia de la STC 29/2013, de 11 de febrero, donde el control no tenía una finalidad laboral, sino que se trataba más de un hecho casual descubierto a raíz de las grabaciones de las cámaras, en esta sentencia, el control es laboral, pero oculto, sin informar a la trabajadora implicada del hecho de ser grabada.

Los hechos parten del despido de una trabajadora en una tienda de ropa del grupo *Inditex*, por transgresión de la buena fe contractual, al comprobarse que había sustraído dinero de la caja. La instalación de un sistema de control informático de la caja detectó irregularidades que inducían a sospechar una apropiación indebida de dinero. Estas sospechas son las que provocaron la instalación de una cámara de videovigilancia que controlara la caja a través de una empresa de seguridad. Si bien no se informó a la trabajadora, sí se instaló el distintivo informativo en el escaparate de la tienda, tal y como establece la Instrucción 1/2006 de la AEPD.

El hecho de instalar una cámara de seguridad sin informar a la empleada o a los representantes de los trabajadores de la existencia y finalidad de las grabaciones, así como del tratamiento de las imágenes, sin obtener su consentimiento y sin indicar que tenían por objeto un control laboral, origina el recurso de amparo por vulneración del derecho a la intimidad y del derecho a la protección de datos. Concretamente, se solicita por la recurrente que la obtención de la prueba, al haber sido obtenida con vulneración de los derechos fundamentales es nula, por lo que el despido sería nulo o, en su defecto, improcedente, ante la falta de causa. Estas alegaciones ya fueron desestimadas, tanto por el Juzgado de lo Social, como por la STSJ de Castilla y León, que habían ratificado la procedencia del despido.

El TC, en el análisis de los hechos, parte de unas importantes consideraciones que van a suponer un matiz importante en relación a otras sentencias y, en concreto, con la anterior STC 29/2013, de 11 de febrero:

- Sobre la excepción a la necesidad del consentimiento en la obtención y tratamiento de las imágenes obtenidas en el marco del contrato de trabajo (art. 6.1 LOPD).

En aplicación del art. 6.2 LOPD, en el ámbito laboral, el consentimiento del trabajador pasa a un segundo plano, condicionado a que el tratamiento de datos sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes. Entendiendo que estos datos abarcan las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, no se requiere por tanto en este caso, consentimiento de la trabajadora que solo sería necesario si el tratamiento de datos se utilizara con una finalidad ajena al cumplimiento del contrato (FJ 3º).

La grabación efectuada estaba dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral, por lo que es conforme con el art. 20.3 ET, en cuanto a la adopción de las medidas que el empresario estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad. Por tanto, si la dispensa del consentimiento prevista en el art. 6 LOPD se refiere a los datos necesarios para el mantenimiento y el cumplimiento de la relación laboral, la excepción abarcaría sin duda el tratamiento de datos personales obtenidos por el empresario para velar por el

cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. El consentimiento se entiende implícito en la propia aceptación del contrato que implica reconocimiento del poder de dirección del empresario (FJ 4º).

- Sobre el cumplimiento de la obligación de información en la obtención de los datos y de su finalidad.

A juicio del TC y de la doctrina constitucional, el deber de información sigue existiendo a pesar de no ser necesario el consentimiento del trabajador, pues permite al afectado el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, así como conocer la dirección del responsable del tratamiento, o en su caso, del representante (art. 5 LOPD). De hecho, este deber de información forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos, que también revierte en el cumplimiento del principio de calidad de datos (art. 4 LOPD), en el sentido de que sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y finalidad que justifica el fichero y los datos personales que se recaban (FJ 3º).

Sin embargo, es este punto el más frágil del razonamiento del TC, ya que siendo el deber de información parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos, es precisamente su falta lo que podría llevar a la vulneración del derecho. Para salvar este problema, el TC se basa solo en que la empresa colocó el correspondiente distintivo en el escaparate de la tienda, por lo que el trabajador podía conocer la existencia de las cámaras y la finalidad para la que habían sido instaladas (FJ 4º).

Pero este razonamiento es discutible. El distintivo informativo previsto en la Instrucción 1/2006 de la AEPD no asegura el conocimiento ni la finalidad de las grabaciones. A pesar de ello, el TC afirma, sin demasiada base, que el trabajador conocía que en la empresa se había instalado un sistema de control por videovigilancia, sin que fuera necesario especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control (FJ 4º). Siendo discutible esta afirmación, que se trata de salvar solo con el distintivo, el TC enfatiza que lo importante es determinar si el dato obtenido se ha utilizado para el control de la relación laboral o para una finalidad ajena al cumplimiento del contrato. Para dar una mayor consistencia a este argumento, el TC acude al principio de proporcionalidad como contrapeso que justifique la restricción del derecho fundamental, sobre todo en lo que se refiere al deber de informar.

- Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad ¿antes o después de verificar el cumplimiento del deber de información, como respeto del contenido esencial?

Es aquí donde se produce la divergencia con otras sentencias, especialmente con la STC 29/2013, de 11 de febrero. Los razonamientos anteriores parten de la base que si no se respeta el contenido esencial del derecho, del que se reconoce que forma parte el deber de información, no puede aplicarse la ponderación en la que se se basa el principio de proporcionalidad.

Sin embargo, en esta sentencia, el TC considera que el incumplimiento del deber de requerir el consentimiento del afectado para el tratamiento de datos o del deber de información previa sólo supondrá una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos tras una ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada (FJ 3º). Es decir, que la relevancia constitucional de la ausencia o deficiencia de información en los

supuestos de videovigilancia laboral exige la consiguiente ponderación en cada caso de los derechos y bienes constitucionales en conflicto; por un lado, el derecho a la protección de datos del trabajador y, por otro, el poder de dirección empresarial imprescindible para la buena marcha de la organización productiva, que es reflejo de los derechos constitucionales reconocidos en los arts. 33 y 38 CE (FJ 4º).

Y del ejercicio de ponderación que exige preservar el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito —modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente— de su libertad constitucional, se desprende que la medida era justificada (ante las razonables sospechas de que se estaba apropiando de dinero de la caja); idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si alguno de los trabajadores cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja).

Siendo el parecer mayoritario de la Sala desestimatorio de la supuesta vulneración de los derechos a la intimidad y a la protección de datos, sin embargo, cabe destacar los dos votos particulares formulados a la sentencia, especialmente, el interpuesto por el magistrado VALDÉS DAL-RÉ, que expresa su discrepancia por los siguientes motivos:

- No se respeta el contenido esencial de los derechos fundamentales que queda afectado por el poder de dirección, diluyéndose en las facultades empresariales de dirección y control de la actividad laboral. Ello es debido a que se aplica el juicio de ponderación y proporcionalidad, sin valorar primero si el empresario ha respetado el derecho de información que forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos.
- El deber de información previa forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos, sin que quepa entenderse cumplido con “*una mera pegatina... en un cristal*”, al amparo de una norma jurídica que no tiene rango de Ley. Solo la Ley puede fijar límites al derecho fundamental, siempre que además respete el contenido esencial. Por tanto, acoger como cumplido el derecho de información a través de solo un distintivo, impide conocer el uso y destino de esos datos.

Por ello, el voto particular entiende que la sentencia debería haber tenido en cuenta que no hay una habilitación legal expresa para la omisión del derecho a la información sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito de las relaciones laborales. Ello implica reconocer que no se puede satisfacer el mero interés empresarial de controlar la actividad laboral a través de sistemas sorpresivos o no informados de tratamiento de datos que aseguren la máxima eficacia en el propósito de vigilancia. Por ello, se quebranta la efectividad del derecho fundamental del art. 18.4 CE, en su núcleo esencial, al confundir la legitimidad del fin (verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales a través del tratamiento de datos) con la constitucionalidad del acto (que exige ofrecer previamente la información necesaria). A juicio del magistrado, cabría haber proclamado la legitimidad del control, incluso sin consentimiento del trabajador y, al mismo tiempo, hacer constar la vulneración del art. 18.4 CE por la utilización de medios encubiertos que niegan al trabajador la información exigible.

El segundo voto particular, formulado por el magistrado XIOL RÍOS, comparte el

primero y añade que la información dirigida al público no es suficiente para satisfacer el derecho de información de los trabajadores que son los interesados, tal y como establece el art. 5 LOPD. Cabría haber informado al Comité de empresa para evitar la frustración de la vigilancia, pero la absoluta libertad del empresario para instalar cámaras orientadas a seleccionar en primer plano las posiciones ocupadas por los trabajadores “*dinamita el contenido esencial del derecho a la protección de datos*”.

Por último, ambos votos particulares inciden en una cuestión que pone de manifiesto la subjetividad con que se aplica el juicio de proporcionalidad. Si en sentencias anteriores se valoraba la existencia de otros medios de prueba menos agresivos, en la sentencia prima la justificación de la medida como necesaria, pero sin valorar si era la menos invasiva y sin que su verdadero fin fuera el cumplimiento de la prestación laboral, sino la de obtener una prueba de las irregularidades cometidas.

3.3.2.5 Valoración de las sentencias y su proyección en el resto de los Tribunales.

En un primer momento el derecho que se plantea como objeto de lesión es la intimidad, reconociéndose un espacio privado en el centro de trabajo, de forma que la legitimidad de la medida viene dada en la medida en que supera el juicio de proporcionalidad, en cuanto idónea, necesaria y equilibrada en atención a las circunstancias del caso. Sin embargo, no se valora todavía desde la perspectiva de la protección de datos personales como derecho fundamental. Se fija, sin embargo, la doctrina constitucional en lo que se refiere al alcance y los límites del control y vigilancia empresarial en ejercicio de su poder de dirección en atención a las circunstancias del caso (supuesto del casino y del economato), sometiendo la supuesta restricción de derechos del trabajador al triple juicio de proporcionalidad.

Ya en estos primeros momentos, se aprecia que la aplicación del principio de proporcionalidad resulta un tanto superflua y más formal que real. Y ello viene dado por el amplio espectro que abarca el juicio de idoneidad, pues al fin y al cabo, cualquier medida restrictiva de un derecho individual puede tener una mínima justificación en el ámbito laboral. Tampoco se valora demasiado el requisito de la legitimidad, que habría de explicar el interés empresarial por el control, sino que se acepta la monitorización simplemente a efectos del interés probatorio, sin plantear otro tipo de alternativas¹⁴⁸⁸.

Ello ha dado lugar a pronunciamientos de los TSJ que resolviendo recursos de suplicación han ido fallando a favor o en contra de la legitimidad de la medida empresarial, en función de la gravedad de los hechos o conductas captadas por las cámaras, pero sin plantear antes de llegar a la proporcionalidad, si la medida era realmente legítima y si se podría encuadrar dentro del poder de dirección. Así, se consideraron procedentes, sobre todo por la gravedad de los hechos, los despidos de un trabajador que se duerme en su despacho¹⁴⁸⁹, no cumplía los horarios establecidos por la

¹⁴⁸⁸ GOÑI SEIN, José Luis: “Controles empresariales: Geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos”. *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. N.º 39. Agosto 2009. Págs. 17-18.

¹⁴⁸⁹ STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social), de 14 de enero de 2004, rec. N.º 3308/2003 (AS 2004/1476).

clínica¹⁴⁹⁰, descuida la atención a los pacientes, durmiendo en el turno de noche¹⁴⁹¹, o realizaba prácticas onanísticas en sus funciones de vigilancia¹⁴⁹².

Sin embargo, la STC 29/2013, de 11 de febrero, contiene un aspecto novedoso en la interpretación judicial de dos normas paralelas, la de protección de datos y las de orden laboral. De hecho, podría haber aplicado el principio de proporcionalidad, buscando la justificación de la medida, como ya hizo la STC 186/2000, aún tratándose de grabaciones "sorpresivas", ante sospechas ciertas de incumplimientos laborales. Pero, sin embargo, la justificación y la razonabilidad de la medida se someten al contenido esencial del derecho a la protección de datos, entre los que se encuentran los principios de información y finalidad de las grabaciones. En esta línea se pronunció también la importante STS de 13 de mayo de 2014, al considerar vulnerado el art. 18.4 LOPD ante la falta de información al trabajador y a sus representantes, de la finalidad de control laboral de la cámara de videovigilancia instalada en el puesto de una cajera de un supermercado¹⁴⁹³.

Por ello, el Voto Particular formulado a esta Sentencia advierte que el TC se ha basado en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, relativa a la constitucionalidad de una ley (LOPD) en abstracto y que por tanto, no se refiere a circunstancias concretas. Sostiene que podía haber aplicado las dos sentencias antes comentadas, orientadas a apreciar si se vulneraba la intimidad por la intromisión empresarial en la instalación de las cámaras.

La STC 29/2013 cuenta con un Voto Particular que defiende también la corrección en la aplicación de la normativa de protección de datos por la universidad donde estaba empleado el trabajador. Pero afirma que además de figurar los distintivos correspondientes, estar las cámaras situadas en el exterior del centro, y quedar claro que la finalidad principal es la seguridad, habría que considerar que en la misma, quedaba incluida el control de acceso, tanto de trabajadores como de terceros. Por ello disiente de que la empresa careciera de autorización para controlar por videovigilancia la entrada al trabajo del personal a su servicio, así como de su interés en controlar la actividad laboral a través de sistemas sorpresivos o no informados de tratamiento de datos que aseguren la máxima eficacia en el propósito de vigilancia¹⁴⁹⁴.

Realmente, lo que se discute es si se respeta el contenido esencial del derecho a la protección de datos, aplicando el principio de proporcionalidad de la medida ante la gravedad de los hechos constatados, haciendo valer el poder de dirección que incluye el control y vigilancia, para verificar el cumplimiento de ilícitos laborales, sin vulnerar la protección de datos. Incluso, se ha defendido como más coherente la aplicación del principio de proporcionalidad, porque incorpora la necesaria concurrencia del interés empresarial y el principio de finalidad legítima, en una interpretación flexible y equitativa

¹⁴⁹⁰ STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social), de 27 de abril de 2004, rec. N.º 1307/2004 (AS 2004/3821).

¹⁴⁹¹ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 13 de febrero de 1996, N.º 919/1996 (AS 1996\42).

¹⁴⁹² STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 20 de marzo de 2002, rec. N.º 6296/2001 (AS 2002/3385).

¹⁴⁹³ STS (Sala de lo Social), de 13 de mayo de 2014, rec. N.º 1685/2013.

¹⁴⁹⁴ Voto Particular formulado por el Magistrado Andrés Ollero Tassara (STC 29/2013, de 11 de febrero).

de estos principios por parte de los tribunales¹⁴⁹⁵.

La novedad de la Sentencia hace que algunos autores, como DESDENTADO BONETE y MUÑOZ RUÍZ, encuentren algunos obstáculos para considerar vulnerado el art. 18.4 CE, al incumplir el principio de la LOPD de finalidad e información al trabajador, cuando las cámaras estaban previstas para una finalidad de seguridad y no para el control de la actividad laboral del trabajador¹⁴⁹⁶.

El principal obstáculo se localiza en el propio art. 5.1 LOPD. El deber de información previa del art. 5.1 LPOD, se refiere a los datos personales "que se soliciten" de los interesados. En este caso, la empresa no había solicitado ningún dato personal a los interesados (trabajadores), por lo que no sería aplicable la obligación empresarial de informar, en los casos en que la medida afecte a un número indeterminado de personas (trabajadores y terceros), cuyo tránsito no es previsible por el espacio vigilado.

Respecto a los datos que no se han recabado del interesado, el art. 5.4 LOPD prevé una información posterior, estableciendo un plazo de tres meses desde el registro de los datos. Y el art. 5.5 LOPD contiene excepciones a esta obligación posterior, entre las que se encuentra que la información al interesado resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados a juicio de la AEPD o del organismo autonómico equivalente.

Es en estos casos, es decir, aquellos en los que la grabación pueda afectar a un número indeterminado de personas por ser un lugar público, cuando se prevé la obligación de señalizar, pues no se puede saber quién va a pasar por la zona videovigilada. La propia Instrucción 1/2006 de la AEPD prevé la obligación de exponer un distintivo informativo que incluirá la finalidad para la que se tratan los datos y la identificación del responsable, debiendo ser visible y facilitándose impresos con la información a la que se refiere el art. 5.1 LOPD¹⁴⁹⁷.

Aquí es donde la existencia de dos ordenamientos, el laboral, basado en el art. 20.3 del ET y el de la protección de datos, colisionan. La omisión de esta información en forma de distintivos y señalización, constituye una infracción leve de la LOPD, tipificada en su art. 44.2.d), al proceder a la recogida de datos de carácter personal de los propios afectados, sin proporcionarles la información que se establece en el art. 5.1.

En el caso en cuestión, resultó que se inició un procedimiento por la AEPD en el que recayó resolución sancionadora a pesar de que las cámaras estaban visibles y contaban con la señalización correspondiente. La imputación fue la falta de información previa al trabajador de que las imágenes grabadas podían ser utilizadas para el sistema de control horario. Es decir, la resolución imputa la responsabilidad por un hecho que coincide con la misma apreciación que hace el TC: Era necesaria una información previa

¹⁴⁹⁵ RODRÍGUEZ COPÉ, María Luisa: "Facultades de control empresarial y circuito cerrado de televisión". *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 121. 2013. Pág. 200. Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_1427_3.pdf

¹⁴⁹⁶ DESDENTADO BONETE, Aurelio y MUÑOZ RUIZ, Ana Belén: "Trabajo, videovigilancia y controles informáticos. Un recorrido por la jurisprudencia". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel). N.º 39. Diciembre 2014. Págs 8 y 9.

¹⁴⁹⁷ Art. 3 y Anexo de la Instrucción 1/1996, de 8 de noviembre.

y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad del control.

Sin embargo, tal y como hemos visto, de la interpretación literal del art. 5 LOPD, esa información previa no era obligatoria en este caso, pues tampoco se podría prever que el trabajador pasara por la zona vigilada. No es lo mismo la cámara que enfoca al lugar de trabajo, que tiene por objeto el control de la actividad (supuesto de la STC 39/2016), que la cámara de seguridad que controla el tránsito de personas que no tienen por qué estar siquiera identificadas. Si se interpretara en la forma que lo hace el TC y la AEPD en este caso, todas las cámaras de videovigilancia deberían informar previamente a quien no se sabe que va a pasar por la zona vigilada¹⁴⁹⁸.

Pero es que además, es indiferente que los afectados sean trabajadores o no. La normativa laboral no reconoce un derecho a la protección de datos a los trabajadores distinto al del resto de los ciudadanos. Por lo que no cabe en principio aplicar una responsabilidad de orden laboral, distinta a la que corresponde a la del ámbito de la tutela administrativa de la protección de datos. Es decir, la vía para exigir la responsabilidad es la de la LOPD.

Y en el caso de que la infracción leve del art. 44.2.b) de la LOPD fuera procedente, habría que plantearse si ello tiene entidad suficiente para vulnerar el derecho fundamental a la protección de datos del trabajador o ciudadano, a la hora de obtener una prueba en la que fundamentar un despido en el que se acredita un claro incumplimiento laboral, referido al horario de trabajo y que podría constatarse a la vez por otros medios.

Respecto a considerar ilícita la obtención de la prueba, cabría argumentar que no hay una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos. El dato no es un dato sensible, se recogió como un "*hecho casual*", dentro de una vigilancia lícita que cumplía con los deberes de información basados en el distintivo y señalización de la cámara, al tener un alcance de control general y no del específico control laboral. Tampoco era necesario en este caso el consentimiento de los afectados, como no lo es en el caso de todos los transeúntes que circularan por la zona vigilada.

La única tacha que sin embargo se podría alegar para defender la vulneración de la grabación y por tanto la ilicitud de la prueba, sería que la grabación no se ha utilizado acorde a su finalidad. Es cierto que el art. 4.2 LOPD y el art. 8.3 RLOPD establecen que la recogida y el tratamiento de los datos personales deben ajustarse a las finalidades para las que se han obtenido y no destinarse a otras incompatibles. Sin embargo, lo realmente trascendente es que la empresa no contaba con las cámaras para vigilar a los trabajadores, por las siguientes razones:

- No estaban instaladas en el centro de trabajo, sino en el exterior, en zonas de acceso utilizadas por los transeúntes.
- La finalidad declarada es la seguridad, sin que hubiera motivos para que las cámaras persiguieran a los trabajadores, a efectos del cumplimiento de su horario.
- Las cámaras disponían de la información pertinente para cualquier transeúnte, sin

¹⁴⁹⁸ DESDENTADO BONETE, Aurelio y MUÑOZ RUIZ, Ana Belén: "Trabajo, videovigilancia y controles informáticos. Un recorrido por la jurisprudencia". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel). N.º 39. Diciembre 2014. Pág. 9.

distinguir si este es o no trabajador.

- No se ha ejercido un control, en el sentido de seguimiento "*laboral*" del trabajador, sino que se ha aprovechado un hecho derivado de una grabación no prohibida. Ese hecho se constata en un dato, que no constituye en sí una vigilancia, porque no se lleva a cabo un seguimiento, sino la simple constatación de la situación de una persona en un momento dado.

Es posible que en este caso deberían haberse aportado otras pruebas que por sí solas demostraran la falta de ubicación del trabajador en su puesto de trabajo, en lugar de fundamentar la imputación del incumplimiento sobre una prueba que constataba que el trabajador no estaba en su puesto porque estaba en otro lugar. Si se hubieran aportado otras pruebas, "*no casuales*", dentro del ámbito de la vigilancia laboral, no hubiera habido problema para apoyar la imputación de que el trabajador no se encontraba en el puesto.

En este sentido, cabe referirnos en el ámbito penal al conocimiento "*casual*" de un delito, que legitima en determinadas condiciones que aquellas evidencias probatorias sean consideradas válidas¹⁴⁹⁹.

El ATC 161/2005, de 6 de mayo, alude al hallazgo casual de un arma en un registro en el domicilio ordenado por el juez en un caso de delito contra la Hacienda Pública. El TC entendió que el hallazgo del arma se produjo de modo casual durante el desarrollo de una inicial diligencia de entrada y registro, autorizada por medio de la correspondiente resolución judicial que habilitaba la limitación del derecho fundamental, que en absoluto ha sido cuestionada ni impugnada por el demandante. El descubrimiento casual, por lo tanto, estaba debidamente cubierto y amparado por aquel mandamiento judicial, que obliga a la policía a poner en conocimiento de la autoridad judicial, no sólo todos los efectos e instrumentos relacionados con el delito hasta ese momento investigado, sino también todo lo que guarde relación con el descubrimiento del nuevo delito (FJ 2º).

Aplicando esta doctrina en el ámbito laboral sancionador, cabría entender que el hallazgo casual de la grabación acredita un hecho ilícito en el plano laboral, que no debería impedir la imposición de la sanción que, en este caso, es el despido.

Pero un nuevo cambio interpretativo se produce con la STC 39/2016, de 3 de marzo. Si la anterior sentencia se basa en la vulneración del derecho de protección de datos, ante un descubrimiento casual, ajeno a la finalidad laboral de control y, por tanto, ilegítimo y no informado al trabajador, en esta nueva sentencia se aplica el principio de proporcionalidad, donde pesa la gravedad de los hechos de los que había sospecha cierta, para justificar la instalación de un control oculto, reducido al espacio donde se producían irregularidades por una supuesta apropiación de la caja.

Con ello, se trata de buscar una justificación que evite ignorar el contenido esencial del derecho a la protección de datos, que a la postre, aun muy débil, sirve para aplicar directamente la aplicación del principio de proporcionalidad, que finalmente legitima el acto de vigilancia frente al derecho fundamental. Y la cuestión principal resulta ser si

¹⁴⁹⁹ DESDENTADO BONETE, Aurelio y MUÑOZ RUIZ, Ana Belén: "Trabajo, videovigilancia y controles informáticos. Un recorrido por la jurisprudencia". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel). N.º 39. Diciembre 2014. Pág. 11.

admitir o no que el deber de información en la recogida y tratamiento de los datos, que forma parte del contenido esencial del derecho, se entiende cumplido con una formalidad establecida por una norma infralegal (la Instrucción 1/2006 AEPD, que regula el distintivo).

Pero resulta en cierta parte contradictorio que, salvaguardando como piedra angular el derecho de información, resulte acreditado que el trabajador no fue informado ni conocía la grabación, ni su finalidad, pues de lo contrario no hubiera perpetrado el acto. Pero ello es suficiente para hacer valer la gravedad de los hechos sobre la irregular e invasiva práctica empresarial amparada en el poder de dirección de monitorizar el puesto de trabajo, haciendo desaparecer por tanto, todo rastro de espacio íntimo y reservado en el lugar de trabajo.

Por tanto, admitiendo la valoración no solo de la vulneración del derecho a la intimidad, sino también la importante vinculación de este derecho al de protección de datos, cabe disentir en los argumentos empleados en las SSTC 29/2013 y 39/2016, porque desde una perspectiva constitucional, podría admitirse la incidencia de un hecho casual para acreditar un incumplimiento, carente por tanto de una actitud premeditada y oculta desde el punto de vista empresarial y, por tanto, no arbitrario, objetivo y razonable (caso de la grabación empleada para justificar la ausencia del trabajador de su puesto de trabajo, a pesar de que tuviera por finalidad la seguridad), así como sostener que el control oculto debe respetar un mínimo de advertencia o información, al trabajador o a sus representantes, para evitar así que una mera sospecha vacíe totalmente el contenido esencial del derecho fundamental supuestamente vulnerado.

Sin embargo, parece dominar en todos los pronunciamientos un juicio previo, no de constitucionalidad, sino de la gravedad de la conducta acreditada por la grabación. En los casos más graves, como la apropiación de dinero, el TC tiende a valorar más la gravedad de los hechos, apoyándose en el principio de proporcionalidad, que en la invasiva conducta del empleador para constatarlo. Con todo, en los casos en que el incumplimiento no supone un hecho tan grave, parece predominar la valoración sobre el contenido esencial del derecho, que el juicio de proporcionalidad.

Solo una última reflexión para fundamentar los casos enjuiciados: ¿Qué hubiera pasado si la cámara de seguridad exterior de la universidad hubiera captado al trabajador sustrayendo dinero de la caja, o si se hubiera decidido monitorizar de forma oculta a un trabajador para ver cuando se ausenta de su trabajo? O por decirlo de otra manera, ¿Hubiera supuesto una intromisión ilegítima al derecho a la protección de datos si la monitorización no hubiera revelado una apropiación de dinero de la caja, en el caso de la tienda? Posiblemente, los pronunciamientos hubieran sido distintos, sobre todo, si del resultado de la intromisión, el empresario hubiera tenido acceso a otro tipo de información personal, que accidentalmente pudiera haber podido recoger.

3.3.3. Principios orientadores de la compatibilidad de la videovigilancia y el control empresarial con la eficacia del derecho a la intimidad del trabajador.

Sin ánimo de discutir sobre la prevalencia de un principio u otro, ya que todos ellos han de tenerse en cuenta a la hora de valorar si la medida de control empresarial supone una vulneración de algún derecho fundamental, es oportuno poner todas las reglas de valoración a modo de requisitos que debe cumplir la conducta legítima del empleador, para respetar el contenido esencial de los derechos en juego.

3.3.3.1 Finalidad y justificación de la medida.

Ya se ha observado en los pronunciamientos del TC sobre videovigilancia en el lugar de trabajo la importancia de un fin justificado para el establecimiento de los medios de control. También se ha destacado la importancia de que estos fines sean informados a los trabajadores, salvo circunstancias excepcionales que deberán ser proporcionales al riesgo, a la vez que respetuosas con los derechos del trabajador. Por ello, es recomendable ofrecer algunas pautas para el respeto de este principio que trata de salvaguardar el contenido esencial de los derechos fundamentales del trabajador, especialmente, el respeto a su intimidad.

La videovigilancia no es un fin en sí mismo, sino un medio para la consecución de un fin. Por tanto, es el fin el que hay que valorar para medir si se alcanza con la instalación de un medio, el de la videovigilancia. El fin no puede ser otro que el de la seguridad, ya sea personal o del patrimonio de la empresa o de terceros, pero siempre que se justifique racionalmente un riesgo. Dicho de otra forma, sólo podrá instalarse un dispositivo de captación y grabación de imágenes y, en su caso, de conversaciones, cuando existan razones objetivas que justifiquen el recurso a estos sistemas. Por ello, ha de imponerse un criterio restrictivo, de forma que la sola existencia del fin no permita el uso indiscriminado de la videovigilancia.

Es por ello que la dificultad no está en encontrar un fin lícito, sino en determinar el carácter legítimo de ese fin concreto. Para ello es necesario una “*motivación fuerte*”, que desemboca en un “*interés jurídico relevante*”, que ha de guardar el equilibrio con el sacrificio que se reclama, respecto a los derechos fundamentales del trabajador¹⁵⁰⁰.

Sin embargo, esta idea es compleja. El fin puede ser la seguridad o el control de los trabajadores, sin embargo, su legitimidad exigirá un razonable riesgo para la seguridad. De hecho, la instalación de cámaras en los lugares de trabajo servirá además para controlar al trabajador, posiblemente en evitación de que realice un acto contra la seguridad o patrimonio empresarial. Para ello, indudablemente, debe existir la posibilidad de que ese hecho se pueda producir. Y, salvo infracciones muy graves o hechos delictivos, habrá que informar del motivo a los trabajadores.

Sera necesario determinar además, si la finalidad del sistema es sólo preventiva o disuasoria, o sirve también para facilitar una investigación posterior o como prueba ante un ilícito laboral. Es decir, la instalación de un sistema de videovigilancia exige una causa o motivo que lo justifique, ya que supone una intromisión en los derechos fundamentales de los trabajadores que no puede ser gratuita, ni desproporcionada, ni por supuesto, arbitraria. Incluso, no es descabellado pensar que si la causa desaparece, la medida también debería eliminarse, pues la finalidad indudablemente sería otra, que de no ser informada, no sería legítima. Del mismo modo, puede ocurrir que existan otras medidas menos intrusivas que aconsejen sustituir la videovigilancia (por ejemplo, el cierre de un lugar reservado, contra el riesgo de entrada por personal no autorizado).

Por ello es importante mantener desde el principio una conexión con el fin que se

¹⁵⁰⁰ GOÑI SEIN, José Luis: “*La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*”. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007. Pág. 108.

pretende. Esa conexión es la que debe ser conocida por los trabajadores, para salvaguardar sus derechos. Si la finalidad es la seguridad, no podrá entonces el empresario utilizar las grabaciones para, por ejemplo, sancionar al trabajador por un ilícito laboral que nada tiene que ver con la seguridad.

Si el establecimiento de sistemas de videovigilancia queda limitado por tanto a finalidades de control y vigilancia de la actividad laboral, no podrá destinarse a fines distintos a los de mero control de la actividad de los trabajadores¹⁵⁰¹. De ello resulta que la facultad empresarial no comprende la publicación y difusión de las imágenes captadas, ni la conservación de las mismas una vez visualizadas, salvo que se haya apreciado infracción sancionable en cuyo supuesto podrán ser conservadas a los correspondientes efectos probatorios¹⁵⁰².

Así, para delimitar el ámbito de actuación del empresario en su actividad fiscalizadora y, a tenor de la doctrina asentada por el TC, es necesario que toda medida que implique un tratamiento de datos personales en el seno de la empresa, sólo puede entenderse legal y lícita, si es acorde a la finalidad pretendida, está justificada, por motivos de seguridad o especial control y es proporcional, en el sentido de idónea y necesaria, para un fin legítimo empresarial, que no puede implicar una actuación arbitraria y abusiva, y menos, en perjuicio del trabajador.

En el ámbito laboral, sin embargo, no es fácil separar la finalidad y la justificación de la medida con el principio de proporcionalidad y, en especial, con la teoría gradualista en función de la gravedad del incumplimiento y de los principios de la buena fe, la confianza y lealtad en la empresa. Es decir, la videovigilancia ha de cumplir una finalidad legítima y no arbitraria, proporcional a las circunstancias previas del caso, de forma que los hechos recogidos puedan suponer una transgresión de los deberes de lealtad y buena fe del trabajador que realmente justifiquen una sanción proporcional al incumplimiento.

Pero al mismo tiempo cabría admitir, en atención al principio de proporcionalidad, la aplicación de las consecuencias derivadas de una sanción ante un incumplimiento especialmente grave, constatado por dispositivos de videovigilancia, bien ocultos ante sospechas fundadas, bien, destinados a otra finalidad, cuando realmente el incumplimiento no pudiera ser constatado de otra forma. Un ejemplo es el caso del despido de dos trabajadores captados consumiendo en público y durante su jornada laboral durante tres días consecutivos un polvo que inhalaban por vía nasal y que el magistrado de instancia razonablemente consideró que debía tratarse de una sustancia tóxica estupefaciente. A pesar de que la finalidad de las grabaciones era otra distinta a la vigilancia laboral, el hecho de no haber podido ser constatada de otra forma y ante la gravedad del comportamiento y de las graves repercusiones que ocasionaba, se admitió la prueba para fundamentar la procedencia del despido¹⁵⁰³.

En este sentido, es justificable la instalación de cámaras de videovigilancia en el

¹⁵⁰¹ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: *“El derecho a la intimidad del trabajador en el ámbito laboral”*. II Congreso de Actualidad Laboral del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Madrid. 2008. Pág. 3.

¹⁵⁰² STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 21 de abril de 1995, rec. N.º 1036/1995 (AS 1995\1514).

¹⁵⁰³ STSJ de Andalucía/Málaga (Sala de lo Social), de 9 de enero de 2003, rec. N.º 1853/2002 (AS 2003\1373).

centro de trabajo, ante la sospecha de sustracciones de dinero y mercancía por parte de algunos trabajadores. La intimidación de las trabajadoras no resulta agredida por el hecho de filmar cómo desempeñaban las tareas encomendadas en su puesto de trabajo, pues la medida no obedeció al propósito de vigilar y controlar genéricamente el cumplimiento de sus obligaciones, sino que, por el contrario, responde a una presunción de irregularidades concretadas en una injustificada disminución en la recaudación de la caja registradora¹⁵⁰⁴.

También es justificable la instalación de cámaras en ciertos lugares, además de para evitar riesgos de pérdida patrimonial, para controlar la seguridad e integridad de las personas, para comprobar el correcto desenvolvimiento de las operaciones de la empresa o de la asistencia y puntualidad de los empleados o, en general, ante sospechas fundadas de irregularidades cometidas en el centro de trabajo¹⁵⁰⁵. Así, por ejemplo, se ha considerado una medida de vigilancia adecuada en lugares como supermercados, por razones generales de seguridad contra los riesgos de atentado contra la vida o integridad de las personas o contra el patrimonio de la empresa¹⁵⁰⁶; especialmente, para la vigilancia de la seguridad en el centro de trabajo durante periodos de inactividad, siendo por tanto normal la grabación y constatación de incumplimientos laborales del personal de vigilancia¹⁵⁰⁷, en una entidad bancaria¹⁵⁰⁸ o en fábricas y almacenes de materiales¹⁵⁰⁹.

Otras veces la justificación se fundamenta en las agresiones, sustracciones y robos producidos, del material y pertenencias de la empresa, del personal o de los clientes, como en el caso de la adopción de medidas de videovigilancia ante la agresión con cuchillo a compañero de trabajo¹⁵¹⁰, ante los robos frecuentes y hurtos¹⁵¹¹.

¹⁵⁰⁴ STSJ de Navarra (Sala de lo Social), de 28 de septiembre de 2010, rec. N.º 234/2010 (Normacef, NSJ037770).

¹⁵⁰⁵ ROQUETA BUJ, Remedios: "El derecho a la Intimidación de los trabajadores y el control audiovisual del empresario", en BOIX REIG, Javier y JAREÑO LEAL, Ángeles (Coords.): "*La protección jurídica de la intimidación*". Ed. Iustel. Madrid, 2010. Págs. 411-412.

¹⁵⁰⁶ SSTSJ de Andalucía/Sevilla (Sala de lo Social), de 9 de marzo de 2001, sent. N.º 234/2010 (AS 2001/2788): Despido de un trabajador que sustrae y consume mercancías (zumos) sin abonar su importe, según la grabación efectuada con fines de seguridad y Galicia (Sala de lo Social), de 22 de diciembre de 2005, rec. N.º 5549/2005, (AS 2006/778): Grabación que acredita la apropiación de productos de la empresa.

¹⁵⁰⁷ STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 20 de marzo de 2002, rec. N.º 6296/2001 (AS 2002/3385): Vigilante de seguridad en jornada nocturna, acreditándose en la grabación la manipulación de un ordenador sin autorización, así como prácticas onanistas.

¹⁵⁰⁸ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 28 de junio de 2005, rec. N.º 1885/2005 (AS 2005/2080).

¹⁵⁰⁹ SSTSJ de Andalucía (Sala de lo Social), de 15 de mayo de 2007, rec. N.º 105/2007 (Ar. JUR/2007/247253) y de Aragón (Sala de lo Social), de 3 de junio de 2008, rec. N.º 470/2008 (AS 2008/2296).

¹⁵¹⁰ STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social), de 28 de febrero de 2005, rec. N.º 1690/2004 (Ar. JUR/2005/201257).

¹⁵¹¹ SSTSJ de Castilla y León/Valladolid (Sala de lo Social), de 18 de septiembre de 2006, rec. N.º 1479/2006 (AS 2006/2995); de Extremadura (Sala de lo Social), de 29 de enero de 2008, rec. N.º 765/2007 (AS 2008/951); y de Baleares (Sala de lo Social), de 28 de abril de 2008, rec. N.º 91/2008 (AS 2008/1957).

Y en otras ocasiones, la finalidad, también legítima, es verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de los trabajadores cuando, por ejemplo, se hace necesario controlar el contenido de las pantallas de ordenadores¹⁵¹², o se han detectado faltas de puntualidad y pérdidas de tiempo injustificadas entre sus empleados¹⁵¹³, o incluso, actos deliberados para perjudicar a la empresa, como apagar las cámaras frigoríficas que guardan los alimentos que consumen los residentes discapacitados¹⁵¹⁴.

Sin embargo, merece la pena detenernos en la importante STS de 13 de mayo de 2014¹⁵¹⁵, en el que siguiendo las pautas de la STC 29/2013, de 11 de febrero, considera vulnerado el art. 18.4 LOPD ante la falta de información al trabajador y a sus representantes, de la finalidad de control laboral de la cámara de videovigilancia instalada en el puesto de una cajera de un supermercado.

La cuestión que se planteaba era determinar si se vulneró el derecho a la protección de datos de carácter personal, por la utilización de cámaras de videovigilancia para sancionar a una trabajadora por el incumplimiento de sus obligaciones laborales. Las cámaras eran utilizadas para evitar robos de clientes, pero se aplicó en este caso a que la cajera no escaneó productos en beneficio de un cliente. Es claro que la grabación no fue consentida ni previamente informada para un fin desconocido por la trabajadora afectada y distinto del expresamente señalado por la empresa al instalar el sistema con carácter permanente. Pero no es menos cierto que la trabajadora estaba cometiendo una falta muy grave.

Pues bien, el TS valoró la necesidad de que la empresa hubiera informado a la trabajadora de la finalidad del control disciplinario, por encima del hecho que originó el despido, realzando en este caso, varios aspectos del derecho de información, en relación al tratamiento de datos personales. Al utilizarse la grabación para controlar a la trabajadora y luego sancionarla con el despido, éste debe considerarse nulo, al vulnerarse el derecho fundamental a la protección de datos.

Así, se consideraron como trascendentes, el hecho de que la empresa no dio información previa a la trabajadora de la posibilidad de la grabación ni de la finalidad de dichas cámaras instaladas permanentemente. Tampoco se informó, con carácter previo ni posterior a la instalación, a la representación de los trabajadores de las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos. E incluso, por el contrario, al requerir los representantes de los trabajadores explicaciones a la empresa, una vez instaladas las cámaras, se les indicó que su finalidad era evitar robos por terceros y no un sistema para el control de la actividad laboral.

Esta interpretación en la línea de la STC 29/2013, de 11 de febrero, resulta

¹⁵¹² STSJ del País Vasco (Sala de lo Social), de 19 de junio de 2007, rec. N.º 1122/2007 (AS 2007/3357).

¹⁵¹³ SSTSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social), de 27 de abril de 2004, rec. N.º 1307/2004 (AS 2004/3821) y de Castilla y León/Valladolid (Sala de lo Social), de 18 de septiembre de 2006, rec. N.º 1479/2006 (AS 2006/2995).

¹⁵¹⁴ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 9 de mayo de 2006, rec. N.º 1128/2006 (AS 2006/2030).

¹⁵¹⁵ STS (Sala de lo Social), de 13 de mayo de 2014, rec. N.º 1685/2013.

novedosa en cuanto a un aspecto que merece la pena destacar: La limitación del poder de dirección empresarial por el derecho de la protección de datos. Dicho de otra forma, el respeto de la libertad de empresa al contenido esencial del derecho a la protección de datos, como derecho del trabajador a ser informado de quién posee sus datos y para qué finalidad. La vulneración del derecho de información de la obtención y finalidad de los datos captados por la empresa, provocará la nulidad de la actuación empresarial basada precisamente en el uso indebido de esos datos.

Sin embargo, en la STC 29/2013 se imputa a la empresa el incumplimiento de un deber de información que era prácticamente imposible cumplir, al afectar a todas las personas que pasaran por un lugar público, incluidos a los trabajadores. Por eso, cabe sostener que el fallo debiera haber legitimado la conducta empresarial, al no ser arbitraria ni premeditada. En la STS, a pesar de la similitud, era patente que la instalación de las cámaras en la zona de cajas tenía además una finalidad laboral, de forma que no se trataba de un "*hallazgo casual*". Por ello, se sostuvo la vulneración del derecho.

Pero la incidencia de la STC 39/2016, ha vuelto a cambiar el criterio, de forma que en el caso de la STS comentada, que es un caso muy similar al que enjuicia el TC en esta sentencia, la solución hubiera sido otra de seguir este criterio. Cabe recordar, lo que no implica compartir, que en este caso la falta de información concreta sobre el control laboral y la recogida de datos, así como de su finalidad, no hubiera impedido entender que respetándose el contenido esencial, no se hubiera producido vulneración del derecho fundamental a la protección de datos.

3.3.3.2 La información a los trabajadores implicados. Excepciones ante sospechas fundadas de comisión de un ilícito grave por el trabajador.

La instalación de cámaras debe ponerse en conocimiento del trabajador y/o de sus representantes. Esta exigencia parte de que en el ámbito laboral, la medida específica de control sobre el puesto de trabajo ha de resultar justificada y además, eliminar la expectativa de privacidad que puede tener el trabajador en el desarrollo de su trabajo. Es una medida para garantizar su ámbito de intimidad en el lugar de trabajo, distinta a la que en su caso, tendría la normativa de protección de datos.

El art. 64.5 f) ET exige informe previo del comité de empresa o delegados de personal en relación con la "*implantación o revisión de los sistemas de control del trabajo*". La empresa, de acuerdo con el art. 64.5 f) ET, deberá informar a los representantes de los trabajadores de la instalación de cámaras de videovigilancia, proporcionando a los mismos las características definitorias del mecanismo de control empleado (criterio de instalación, finalidad, grabación o no de imágenes, acceso a las mismas, conservación, etc...) ¹⁵¹⁶.

Deberá facilitarse información a los empleados y a cualquier otra persona que trabaje en el lugar. Esta información habrá de incluir la identidad del responsable y el objetivo de la vigilancia, así como su finalidad y cualquier otra información necesaria para garantizar que el control es justo en lo que respecta al interesado, en el sentido de no afectar a su vida privada. El trabajador debería conocer en qué casos las grabaciones van

¹⁵¹⁶ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: "*El derecho a la intimidad del trabajador en el ámbito laboral*". II Congreso de Actualidad Laboral del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Madrid. 2008. Págs. 3-4

a ser examinadas por la dirección de la empresa, el período de grabación y cuándo ésta se revelará a las autoridades judiciales. En este contexto laboral, la información facilitada en forma de símbolo, por ejemplo, no ha de considerarse suficiente.

El alcance de la información a los sujetos afectados, trabajadores o no, que se encuentran en la zona vigilada del centro de trabajo, deberá abarcar de forma clara y precisa las características del sistema de videovigilancia y su justificación. A nivel indicativo, la información contendrá los siguientes extremos:

- a) Información del lugar donde están emplazadas las cámaras, delimitando la zona de captación de imágenes y, en su caso, sonido. En este sentido, la señalización al respecto no debiera excluir el deber de informar a los trabajadores.
- b) El proyecto de instalar un sistema de videovigilancia, incluyendo sus objetivos y la finalidad del sistema, indicando si es con fines de seguridad exterior, o interior, especificando si es una medida de control de los trabajadores.
- c) Especificación de los datos obtenidos con el sistema y acceso de los afectados a conocer la información que sobre ellos obra en el sistema.
- d) Información sobre los responsables del tratamiento de las imágenes captadas, así como la garantía de no ceder a terceros la información, salvo casos excepcionales para el mantenimiento de la seguridad pública.
- e) Limitación del acceso a la información al personal autorizado.
- f) Garantizar la obligación de secreto o confidencialidad de la información obtenida por el sistema.
- g) Cumplir con la normativa de protección de datos, notificando a la AEPD el fichero, salvo que no se trate de dispositivos que incluyan la grabación de las imágenes.
- h) Informar y consultar a los representantes de los trabajadores sobre la adecuación de la medida, de forma que éstos puedan participar en el dispositivo o sistema a efectos de garantizar el cumplimiento de las disposiciones legales y el respeto a los derechos de los trabajadores.

Estas imágenes, además, han de destinarse con carácter exclusivo a la finalidad que justificó su captación y almacenamiento y no a ninguna otra de modo que, si por ejemplo, se instalaron para captar una actividad vinculada a su finalidad y se descubriera una infracción menor que no estuviera vinculada a estas actividades, no deberán usarse para sancionar ésta. Un ejemplo sería que ante la finalidad de prevenir un robo, se descubriera a un trabajador incumpliendo la prohibición de fumar en el trabajo.

No obstante y como excepción, la práctica de los Tribunales ha venido suavizando este requisito cuando la puesta en conocimiento de los trabajadores de las eventuales medidas de vigilancia pudiera frustrar la finalidad del empresario, siempre que esta finalidad sea legítima y tendente a detectar irregularidades en el desempeño del puesto de trabajo. Tanto el TC como las resoluciones de los tribunales ordinarios vienen admitiéndolo en supuestos graves en los que existan sospechas suficientes de la

existencia de una actividad delictiva u otras infracciones graves -robos o hurtos en la empresa, acoso laboral o sexual, etc.-, circunstancias todas ellas que han de tener suficiente entidad, descartándose, por tanto, con carácter general, los sistemas cuya finalidad sea controlar genéricamente el cumplimiento por parte de los trabajadores de sus obligaciones laborales.

Así, se ha admitido la omisión de la información a los trabajadores cuando el desconocimiento de la medida de control es necesario para garantizar su eficacia. De esta forma, la STC 186/2000 ha venido a admitir la falta de comunicación al propio trabajador afectado *“sin duda por el justificado temor de la empresa de que el conocimiento de la existencia del sistema de filmación frustraría la finalidad apetecida”* (FJ 7º).

Un pronunciamiento importante que tiene en cuenta la doctrina del TC y del TS y, por tanto, la importancia de la obligación de informar al trabajador, acorde a la finalidad de la captación de imágenes se recoge en la STSJ de Madrid, de 9 de febrero de 2015¹⁵¹⁷.

Se trataba de un establecimiento comercial de artículos de lujo en el que se observó la falta de determinada mercancía. La dirección empresarial informó a la presidenta del comité de empresa de la instalación de cámaras ocultas como consecuencia de la falta de artículos puestos a disposición del departamento de producto, pensando que su causa podría estar en el personal interno del mismo. Las cámaras enfocarían a los armarios del departamento donde se guardaba el producto para así detectar en ese periodo vacacional quién o quiénes podían estar apropiándose del mismo.

Tras la contratación de una agencia de detectives que instaló las cámaras, se pudo apreciar que en uno de los armarios a disposición de los trabajadores, figuraban algunas prendas que faltaban y que se guardaban en bolsas para sacarlas de la tienda. El trabajador fue despedido y en su impugnación, se trae a colación los motivos por los que el TC y el TS en sus últimos pronunciamientos, consideró lesionados los derechos a la intimidad y a la protección de datos del trabajador filmado sin advertencia previa.

El Tribunal, sin embargo, sitúa los derechos del trabajador en colisión con la libertad de empresa, aplicando el principio de proporcionalidad. A diferencia de la STC 29/2013 y de la STS de 13 de mayo de 2014, en las que el incumplimiento fue advertido fruto de la captación de imágenes que se obtenían para otra finalidad, en el presente caso, las cámaras se instalaron puntualmente para ratificar las sospechas fundadas del robo de los productos.

En este caso, la instalación del sistema de grabación no lo fue con carácter preventivo y anterior a cualquier incumplimiento laboral. Se trata de una *"grabación episódica y de breve duración"* que se realiza porque ya *"existían sospechas fundadas de la falta de prendas y otros objetos del establecimiento mercantil"*.

Y la cuestión central y argumento que permite no adoptar las cautelas o garantías que establece la normativa de protección de datos, es que, partiendo de esta circunstancia, sería absurdo exigir a la empresa una comunicación a los trabajadores de la instalación de unas cámaras de grabación advirtiéndoles *"en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy*

¹⁵¹⁷ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 9 de febrero de 2015, rec. N.º 886/2014.

particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo", así como la colocación de carteles informativos, pues de esta forma se arruinaría seguramente la finalidad buscada.

Por ello, el Tribunal consideró admisible la sustitución de la información a los trabajadores por la efectuada al presidente del comité de empresa (no al comité, teniendo en cuenta que uno de los afectados, precisamente el trabajador despedido, era miembro del mencionado comité) que se relaciona con la competencia de ese órgano respecto a "*la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo*" establecida en el art. 64.5.f) ET .

Este argumento es el que permite aplicar el principio de proporcionalidad, al no entenderse vulnerado el contenido esencial de ninguno de los derechos en juego. De esta forma, el derecho fundamental del trabajador, del art. 18.4 CE tiene que ponderarse junto con el derecho de la empresa, de la misma naturaleza, del art. 24.1 CE. La actuación de la empresa en este caso en cuanto medida restrictiva de un derecho fundamental, el del art. 18.4 de la CE, supera el juicio de proporcionalidad, pues cumple los tres requisitos o condiciones siguientes:

- La idoneidad no es cuestionable, pues la grabación demostró en el juicio la conducta del trabajador que se le atribuía en la carta de despido e hizo posible la extinción del contrato de trabajo mediante despido disciplinario procedente por haber incurrido en un comportamiento muy grave.
- La necesidad es negada por el recurrente aduciendo que podría haberse utilizado un registro, pero no explica por qué un registro en la persona del trabajador es menos invasivo que una grabación de imágenes, aparte de que esta medida de control es menos idónea, ya que si resulta fallido un primer registro es claro que el trabajador culpable ya queda alertado.
- Y en cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, el interés general de evitar la impunidad de conductas como la sancionada resulta superior al leve menoscabo relativo al tratamiento de datos, sobre todo teniendo en cuenta que las imágenes ni siquiera fueron tomadas por la demandada sino por una empresa del sector de vigilancia, se informó previamente al presidente del comité de empresa y no consta que hayan sido utilizadas para otra finalidad que su presentación en juicio.

Por todo ello, el Tribunal confirmó la validez de la prueba y por consiguiente, la procedencia del despido. En este caso, por tanto, se estima que el derecho de información al trabajador no forma parte del derecho a la protección de datos, pues en ciertos casos como el analizado, cabe restringir este derecho en beneficio del derecho a la libertad de empresa, de dirigir la misma por su titular y del derecho de defensa frente a la comisión de ilícitos graves y sancionables, incluso penalmente.

3.3.3.3 Proporcionalidad de la medida: Idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Como punto de partida, a la hora de valorar la proporcionalidad de la medida, hay que tener en cuenta que la vigilancia no puede estar justificada según el medio empleado para llevarla a cabo, sino única y exclusivamente a través de una ponderación de bienes

jurídicos que sirva para calibrar si el rango del valor protegido por la vigilancia es superior al rango que ostenta la propia privacidad. Esto no quiere decir, por supuesto, que el fin justifique los medios, pero sí que existen medios para lograr una información cuya finalidad sea proteger un bien jurídico superior a la privacidad que deben ser admitidos, aun cuando por dichos sistemas pueda socavarse la privacidad de la persona vigilada¹⁵¹⁸.

La proporcionalidad busca ante todo una adecuación entre los objetivos que se deben lograr y los medios que se empleen para hacerlo. Por tanto, se basa en la noción de equilibrio y este equilibrio exige que la videovigilancia sea adecuada, entre el resto de medidas posibles, para hacer frente a la necesidad concreta de la empresa u organización. En función de esa necesidad, habrá que tener en cuenta la técnica utilizada, pues en el marco de la videovigilancia, las posibilidades son diversas (con o sin sonido, congelación de imagen, acopio de las imágenes y/o vídeos, etc.).

La instalación de sistemas de videocámaras exige ponderar los bienes jurídicos protegidos, lo que implica el respeto al principio de proporcionalidad. Esta protección de los derechos fundamentales a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de datos personales supone, siempre que resulte posible, adoptar otros medios menos intrusivos a la intimidad de las personas, con el fin de prevenir interferencias injustificadas en los derechos mencionados¹⁵¹⁹.

En consecuencia, el uso de cámaras o videocámaras no debe suponer el medio inicial para llevar a cabo funciones de vigilancia por lo que, desde un punto de vista objetivo, la utilización de estos sistemas debe ser proporcional al fin perseguido, que en todo caso deberá ser legítimo. Por todo ello se trata de evitar la vigilancia omnipresente, con el fin de impedir la vulnerabilidad de la persona¹⁵²⁰.

A efectos de medir la razonabilidad de la medida empresarial, a la hora de instalar un sistema de videovigilancia en la empresa, cabe precisar que las características del sistema deben ser proporcionales a los riesgos que se quieren evitar. Para ello, la elección de las características técnicas es fundamental, ya que a su vez, medirán el grado de intrusión al ámbito de privacidad de los trabajadores o de terceros.

En relación a las posibilidades que, a título de ejemplo, puede alcanzar un sistema de videovigilancia, podemos mencionar las siguientes medidas que, a su vez, comportarán la obligación de información a los afectados y que deben regirse por el principio de intromisión mínima¹⁵²¹:

- El ángulo visual deberá ser ajustado a la zona de vigilancia, en función de los fines perseguidos. Si la vigilancia se realiza en un lugar público, el ángulo deberá

¹⁵¹⁸ VICENTE Y GUERRERO, Guillermo: “El derecho a la privacidad frente al uso justificado de los sistemas de vigilancia”. *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (Universidad Carlos III). N.º 6. 1998. Pág. 529.

¹⁵¹⁹ GUDE FERNÁNDEZ, Ana: “La videovigilancia laboral y el derecho a la protección de datos de carácter personal”. *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 91. Septiembre-diciembre 2014. Pág. 63.

¹⁵²⁰ Exposición de Motivos de la Instrucción 1/1996, de 8 de noviembre.

¹⁵²¹ GOÑI SEIN, José Luis: “*La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*”. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007. Pág. 122.

establecerse de manera que no permita visualizar detalles o rasgos físicos que resulten irrelevantes para los fines perseguidos, o zonas situadas en el interior de lugares privados cercanos.

- El tamaño y grado de detalle (zoom), así como calidad de las imágenes captadas. Del nivel de detalle, depende la posibilidad de reconocer e identificar a las personas, sin necesidad de operaciones ulteriores. Ello supone una intromisión al derecho a la imagen del sujeto grabado, así como del derecho a la intimidad.
- Las cámaras pueden ser fijas o móviles, en cuyo caso las posibilidades de captación son mucho mayores e indiscriminadas. A mayor campo de visualización, mayor será la intromisión de las personas afectadas.
- Cantidad de cámaras instaladas en el recinto, trabajadores o terceros afectados y cercanía de los puestos de trabajo. La cercanía al puesto de trabajo implica un control permanente de todos los movimientos y acciones del trabajador, por lo que a mayor cercanía, menor es el espacio para su intimidad, incluso corporal.
- La posibilidad de aumentar las imágenes, congelarlas u obtener primeros planos, supone también una grave intromisión a la persona expuesta. Si estas imágenes son grabadas, la afectación es mayor, especialmente respecto a los datos personales que mediante la imagen permiten reconocer a la persona.
- Si las imágenes, el vídeo o el audio se graban, el empresario habrá de explicar quien es el responsable del tratamiento de la información grabada, cual es su fin, así como cuando y como se destruirá dicha información.
- Las personas encargadas de la vigilancia y, por tanto, al acceso de los datos. El empresario, habrá de garantizar la confidencialidad de la información accesible, así como la adecuada formación de este personal, a la hora de manipular los equipos y, en su caso, las grabaciones.
- Otras medidas complementarias que puedan afectar a los trabajadores o personas afectadas, como la señalización, la información sobre los posibles fallos de seguridad y los cambios que tengan lugar en el proceso.

En función de estas circunstancias y los riesgos a los que pretende hacer frente la medida, la proporcionalidad implicará valorar si es suficiente con la captación de imágenes, o si además será necesario recuperar el sonido. Habrá que valorar si el tamaño y la calidad de las imágenes precisan la necesidad de reconocer a los individuos para ser identificados o si es necesario la grabación de las imágenes con acceso a todos los movimientos de la persona. Cabe igualmente precisar durante cuanto tiempo se retendrán las grabaciones y cuando se procederá al borrado de las mismas.

En algunos sectores (banca, seguridad), puede estar justificado el empleo de medidas especiales que permitan obtener información detallada del individuo. Las técnicas de reconocimiento facial, o de la voz, representan graves intromisiones a los derechos de la persona, por lo que para ser proporcionales al riesgo, deben concurrir circunstancias excepcionales, que justifiquen su utilización.

En este sentido, deberá tenerse en cuenta la clara diferencia que existe entre la retención temporal de imágenes de vigilancia por videocámara captadas con un equipo situado a la entrada de un banco y la creación de bancos de datos que incluyan fotos y huellas dactilares facilitadas por los clientes del banco con su consentimiento, lo que supone una intrusión de mayor grado.

De las sentencias del TC examinadas, el principio de proporcionalidad implica la necesidad de constatar el cumplimiento de los tres requisitos o condiciones siguientes:

- Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad).

El uso cada vez más frecuente de vigilancia por videocámara es con fines de autodefensa y protección de la propiedad (sobre todo, cerca de edificios públicos y oficinas, incluidas las áreas circundantes). El planteamiento de la idoneidad implica, en función de las características de cada caso, valorar otros medios que puedan ser más idóneos y razonables, en función de los riesgos.

De ahí que se sostenga que el uso de videocámaras no debe ser el medio inicial para llevar a cabo funciones de vigilancia. Ahora bien, en lo relativo a la preferencia de otros medios no parece realista pensar, ante la tendencia cada vez más extendida a la instalación de sistemas de videovigilancia en todo tipo de establecimientos, que se vaya a respetar. La apelación a la seguridad es difícil de objetar y no parece exagerado considerar que la preocupación por incrementarla conducirá a un creciente recurso a estos medios técnicos, cada vez más generalizados, más baratos, sencillos, manejables e idóneos para lograr con menos personal una más amplia supervisión y control¹⁵²².

- Si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad).

El circuito cerrado de televisión y otros sistemas similares de vigilancia por videocámara deberán por tanto utilizarse con carácter subsidiario, es decir:

- Cuando el fin justifique realmente el recurso a tales sistemas, de acuerdo a la gravedad de los comportamientos que se pretende evitar. Por ejemplo, no es un fin que justifique por sí solo la instalación de dispositivos de videovigilancia para prevenir conductas prohibidas de menor gravedad, como es la de fumar en los centros de trabajo, controlar la ubicación del trabajador en su puesto e infracciones de menor calado. La excepción que podría justificar estas medidas vendrían, por ejemplo, por tratarse de una empresa química o de explosivos. En razón de las circunstancias concurrentes deberá valorarse realmente la justificación de la instalación.
- Además, cabe plantearse si de acuerdo a los fines, no sería más razonable la

¹⁵²² LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: "La construcción del derecho a la autodeterminación informativa y las garantías para su efectividad", en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo y PIÑAR MAÑAS, José Luis: "El derecho a la autodeterminación informativa". Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009. Pág. 63.

instalación de otros sistemas menos invasivos. Si se trata de seguridad en los accesos, por ejemplo, la instalación de claves de acceso a un recinto cerrado.

- Si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Son muestras en las que los Tribunales han tenido que hacer un juicio de proporcionalidad, los siguientes pronunciamientos:

Ante la reclamación de los trabajadores del respeto al derecho a su intimidad, se declara la legalidad de la actuación de la empresa que tras sufrir un hurto pone cámaras de vigilancia en el centro de trabajo, previa comunicación al Comité de Empresa, ya que existe una proporcionalidad entre los beneficios o ventajas para el interés general y los perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. Además, se da la circunstancia de que los trabajadores conocían la ubicación de las cámaras, las cuales son además visibles, no justificándose tampoco que estas comprometan sus derechos fundamentales¹⁵²³.

En otro caso similar, fueron declaradas lícitas las grabaciones efectuadas a instancia de la empresa por una empresa especializada, ante la merma de ingresos, abarcando el espacio físico de la caja registradora en la que la trabajadora desarrollaba su actividad y durante un espacio temporal de aproximadamente tres meses, que puede estimarse adecuado para comprobar que la conducta sospechosa de la trabajadora no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada, resultaron acordes con el principio de proporcionalidad y respetuosas con el derecho a la intimidad personal¹⁵²⁴.

En el caso de instalación de cámaras de vídeo en un restaurante, es llamativo como se supera el test de proporcionalidad, pues no queda acreditado que se pudieran grabar las conversaciones privadas de los comensales, siendo las imágenes grabadas de tan poca calidad, que no permiten conocer aspectos relativos a la vida íntima de las personas, por lo que cabe pensar que han sido instaladas teniendo en cuenta estos factores y con la única finalidad de control y seguridad¹⁵²⁵.

De la misma forma, es proporcional la instalación de cámaras en una empresa en la que para no vulnerar la intimidad de los trabajadores, se colocan sólo en zonas de paso y de trabajo, sin que en ningún caso se pueda grabar el sonido, ni las cámaras tuvieran posibilidad de zoom, ni de modificar su enfoque, con el compromiso de no difundir dichas imágenes¹⁵²⁶.

¹⁵²³ STSJ de Murcia (Sala de lo Social), de 7 de junio de 2010, rec. N.º 355/2010 (Normacef, NSJ034893).

¹⁵²⁴ SSTSJ del País Vasco (Sala de lo Social), de 26 de enero de 2010; rec. N.º 2632/2009 (Normacef, NSJ037108) y 2607/2009 (Normacef, NSJ037112).

¹⁵²⁵ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 14 de junio de 2006, rec. N.º 2640/2006 (AS 412/2006).

¹⁵²⁶ STSJ de Castilla y León/Valladolid (Sala de lo Social), de 18 de septiembre de 2006, rec. N.º 1479/2006 (AS 2006/2995). Véase KHALE CARRILLO, Dajmil Tony: "El derecho a la intimidad de los trabajadores: Vigilancia con cámaras de seguridad. Comentario a la STSJ de Castilla y León/Valladolid, Sala de lo Social, de 18 de septiembre de 2006, rec. N.º 1479/2006". *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 291. Junio 2007. Págs. 223-230.

De todos estos pronunciamientos, cabe sin embargo destacar un riesgo en la valoración judicial de la proporcionalidad. A la hora de valorar los distintos elementos de idoneidad, necesidad y ponderación, el principio de proporcionalidad, como destaca GOÑI SEIN, se ha revelado inadecuado o reduccionista por su escaso grado de efectividad para delimitar jurídicamente el poder de control empresarial a través de los medios audiovisuales. Este principio parece estancarse en una simple consideración de los límites de la actividad de indagación del empresario, sin atender más allá de los peligros provenientes de la intrusión sobre la conducta de la persona del trabajador¹⁵²⁷.

3.3.4 La ilegalidad de la prueba “*ilícitamente*” obtenida.

Otra cuestión planteada es si se puede recurrir a la videovigilancia para obtener pruebas de un incumplimiento por parte del trabajador, incluso de modo oculto. Conforme a STC 186/2000 ya citada, la simple necesidad de obtenerlas no legitima recurrir a las cámaras. Es posible, sin embargo, que la prueba sea lícita si se dan las circunstancias de gravedad objetiva de las infracciones que se sospechan, se trata de una medida indispensable y es proporcional, como proporcionales han de ser las imágenes que se capten y almacenen.

La LRJS establece en el art. 90.2 que “*No se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas*”. Debe también tenerse en cuenta el apartado 4 del mismo artículo, en función del cual “*Cuando sea necesario a los fines del proceso el acceso a documentos o archivos, en cualquier tipo de soporte, que pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental, el juez o tribunal, siempre que no existan medios de prueba alternativos, podrá autorizar dicha actuación, mediante auto, previa ponderación de los intereses afectados a través de juicio de proporcionalidad y con el mínimo sacrificio, determinando las condiciones de acceso, garantías de conservación y aportación al proceso, obtención y entrega de copias e intervención de las partes o de sus representantes y expertos, en su caso*”.

Por su parte, el art. 299.2 LEC¹⁵²⁸, expresamente prevé que se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso y el art. 287.1 de la misma Ley establece que cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes.

Es llamativo que no haya ningún caso en el que la eficacia procesal de las imágenes grabadas se supedite al hecho de que los representantes de los trabajadores

¹⁵²⁷ GOÑI SEIN, José Luis: “Videovigilancia y nuevas formas de control del empleador: La perspectiva de la protección de datos”. *Anuario de conferencias del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*, 2008. Pág. 155.

¹⁵²⁸ Aprobada por Ley 1/2000, de 7 de enero (BOE de 8 de enero).

hubieran sido informados de la instalación de las videocámaras¹⁵²⁹, aún cuando el art. 64.5.f) ET les reconoce, incluso, la facultad de emitir informe sobre la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo.

3.3.5 La disposición ilícita de imágenes grabadas y el riesgo potencial de Internet.

Con el avance de las técnicas de captación de imagen es relativamente sencillo que cualquier persona que tenga acceso a grabaciones de imagen y sonido, pueda difundirlas a través de un simple teléfono móvil, incluirlas en Internet o difundirlas por las redes sociales, convirtiéndolas en información pública.

De hecho, desde el punto de vista social, la que cabría llamar “*moda selfie*” pone de manifiesto con la producción en masa de imágenes propias y de allegados, la necesidad de concienciar al individuo sobre el uso, conservación y divulgación de esas fotografías o vídeos, en tanto su contenido alberga un material tan sensible y jurídicamente tan relevante para la intimidad personal¹⁵³⁰.

En lo que se refiere al control audiovisual en el centro de trabajo, la relación entre la vigilancia por vídeo, herramientas tecnológicas y el factor humano que la controla es fuente de riesgos adicionales a los objetivos perseguidos por un sistema de videovigilancia. La tecnología no es en sí un elemento de riesgo, sino el uso que de ella se haga. Es decir, la intervención de una persona sobre el material obtenido es lo que puede propiciar verdaderos atentados contra los derechos de las personas. Así, la potencialidad de la tecnología, cuando se desvía de los fines a los que se aplica, puede ocasionar perjuicios especialmente graves a los derechos que pretende salvaguardar en caso de un uso correcto.

La responsabilidad frente a estos actos es clara, por parte de la persona que procede a difundir o a “*subir*” a Internet las imágenes obtenidas o los vídeos grabados para fines de seguridad. En la medida que las imágenes se hubieran obtenido en el espacio de la empresa, a través de sistemas de videovigilancia instalados por la misma, ésta debe asumir también la responsabilidad al permitir dicha práctica.

La responsabilidad civil del autor de la difusión o publicación está expresamente prevista en el art. 7.5 LO 1/1982, cuando considera intromisión ilegítima “*La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos*”.

La supuesta responsabilidad empresarial por la obtención ilícita de grabaciones en el lugar de trabajo se conecta a la obligación del empresario de garantizar la protección de los derechos de las personas, sean o no trabajadores, que se encuentran en el centro de trabajo. En este sentido, también la connivencia del empleador en la captación o en la difusión puede ser objeto de reclamación por responsabilidad civil.

¹⁵²⁹ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina: “Videocámaras y poder de vigilancia”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* (Edición electrónica). 1999. Pág. 12.

¹⁵³⁰ DE LA TORRE OLID, Francisco y CONDE COLMENERO, Pilar: “Consideraciones críticas en torno a la autogestión y preservación de la intimidad en un escenario de riesgo”, en FAYOS GARDÓ, Antonio (Coord.): “*Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el Siglo XXI*”. Ed. Dykinson. Madrid, 2015. Pág. 40.

En los casos en los que no ha habido connivencia, el empresario no queda exento de responsabilidad, cuando el autor de la difusión sea alguno de sus trabajadores y la obtención de los vídeos o fotografías hubieran sido hechos por la utilización de los medios que se encuentran a su disposición. En este sentido, el empresario mantiene, especialmente con sus trabajadores, una vinculación en la que asume un poder de dirección que lleva consigo un poder disciplinario. Esta facultad implica la posibilidad de exigir un comportamiento adecuado y que no sea contrario a las normas establecidas. Por tanto, es factible que un ejercicio inadecuado del poder de dirección, pueda atribuir responsabilidad al empresario y la atribución de una "*culpa in vigilando*" por no garantizar la confidencialidad de las grabaciones efectuadas, así como de los datos personales captados por el sistema.

En el caso de que terceros responsables de la obtención y difusión indebida de imágenes no tuvieran un vínculo laboral, cabrá atribuir la responsabilidad empresarial en la medida que el empresario hubiera confiado el sistema a una empresa externa y ésta no hubiera cumplido con sus obligaciones en cuanto a la salvaguarda de la información y de los datos personales de las personas afectadas.

Desde el punto de vista de la protección de datos, existirá responsabilidad administrativa del empresario, al incumplir el art. 11.1 LOPD, que prohíbe la cesión de datos a terceras personas cuando no sea necesario para el cumplimiento de los fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente, exigiendo además el consentimiento del afectado.

En definitiva, es responsable el empresario de la difusión indebida de las imágenes o de los vídeos obtenidos a través de sus recursos y en sus instalaciones, sin perjuicio de la responsabilidad, incluso penal, del autor. El razonamiento es que para la tutela de la intimidad de los trabajadores se impone al empresario un deber de custodia de las grabaciones obtenidas. Ello abarca la difusión que a partir de su negligencia, pueda generar la publicación del material obtenido, tanto en connivencia con el empresario o sin ella. El empresario asume una obligación de restringir la circulación de las imágenes registradas que contengan aspectos personales de los afectados, lo que incluye el control del personal encargado de dichas funciones, sean de la empresa, o servicios externos contratados. Estas personas asumen igualmente un deber de sigilo respecto de los datos a los que accedan¹⁵³¹.

El proceso por el cual una persona puede solicitar la retirada de sus imágenes en Internet, se extralimita sin embargo de las facultades empresariales, ya que deberá ser el propio afectado, sobre el que recae la carga, quien proceda a solicitar al sitio *web* la retirada de su imagen. Ello conllevará además la declaración y justificación de una solicitud, a la que habrá que añadir, en su caso, la retirada de la información de los motores de búsqueda de Internet.

Sin perjuicio de ello, el afectado podrá iniciar las actuaciones que considere convenientes ante los tribunales civiles y, en su caso, denunciar ante la AEPD el incumplimiento de la normativa de protección de datos.

¹⁵³¹ POQUET CATALÁ, Raquel: "*El actual poder de dirección y control del empresario*". Cuadernos de Aranzadi Social. Ed. Aranzadi. Cizur Menor. 2013. Pág. 268.

Si la difusión de las imágenes ha sido a consecuencia de la acción de un trabajador de la empresa, ésta podrá sancionarle disciplinariamente por el incumplimiento de sus obligaciones, produciendo graves daños a terceros.

Esta misma responsabilidad cabría exigir a un trabajador que sin consentimiento del afectado, procediera a la grabación y difusión de imágenes de otra persona sin su consentimiento, siempre y cuando la acción tuviera lugar en el centro de trabajo. La imputación al empresario de responsabilidad frente al afectado, podría tener lugar igualmente ante la falta del deber de cuidado, en cuanto al respeto de los sujetos que se encuentran en el centro de trabajo.

4. DE LA VIGILANCIA A LA GEOLOCALIZACIÓN: UNA NUEVA TRABA A LA INTIMIDAD.

4.1. LOS SISTEMAS DE GEOLOCALIZACIÓN Y SUS USOS MÁS FRECUENTES.

4.1.1 Descripción general.

Se denomina “*geolocalización*” al conjunto de tecnologías que combinan la georreferenciación de elementos del mundo real con la información obtenida a través de una conexión a Internet¹⁵³².

Entre estas tecnologías destacan los equipos de GPS (Sistema de Posicionamiento Global/*Global Positioning System*) y los de GSM (*Global System Móbiles*). En el caso del GPS la posición y localización de un sujeto se hace a través de señales emitidas por satélite y en los GSM mediante la red de telefonía móvil y digital y la señal emitida por el teléfono. Se caracterizan porque permiten la localización de objetos a través de los que se materializa una determinada comunicación, máxime cuando se combinan varias tecnologías en un único instrumento, como hoy en día ocurre con los *smartphones*¹⁵³³.

Las aplicaciones de geolocalización on-line permiten desde cualquier dispositivo conectado a Internet la obtención de todo tipo de información en tiempo real, sobre la localización del portador del dispositivo.

La utilidad de este sistema, que se origina para usos militares y búsqueda de personas, se ha disparado para servir de guía en los navegadores, buscar direcciones e incluso, en el denominado “*geomarketing*”, que permite ofrecer a posibles clientes las indicaciones para realizar sus compras, acudiendo a sus sedes físicas más fácilmente.

Además, el estrecho vínculo desarrollado entre las tecnologías de geolocalización y las redes sociales, comunidades colaborativas, y otro tipo de servicios ligados a la

¹⁵³² PÉREZ SAN JOSÉ, Pablo (Dir.), GUTIÉRREZ BORGE, Cristina (Coord.), ÁLVAREZ ALONSO, Eduardo, DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Susana y GARCÍA PÉREZ, Laura: “*Guía sobre seguridad y privacidad de las herramientas de geolocalización*”. Observatorio de la Seguridad de la Información. Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO). Marzo 2011. Pág. 4.

¹⁵³³ DE LA TORRE OLID, Francisco y GARCÍA RUIZ, Francisco: “Tecnología de geolocalización y seguimiento al servicio de la investigación policial. Incidencias sobre el derecho a la intimidad”, *Revista Derecho & Criminología* (Tirant Lo Blanch). N.º 2/2012. Enero-diciembre. Pág. 60.

llamada *Web 2.0* permite a los usuarios integrar cualquier tipo de información georreferenciada en las redes sociales, así como utilizar nuevas redes sociales específicamente diseñadas y desarrolladas sobre las tecnologías de geolocalización (por ejemplo, *Foursquare* y *Gowalla*).

En el ámbito profesional, puede ser de utilidad a las empresas como medio para conocer, por ejemplo, la localización de sus vehículos de transporte y la posibilidad de atender con recursos móviles a sus clientes en función de la situación más cercana del recurso. Permite servirnos de guía para orientarnos y dirigirnos al destino señalado, a través de aplicaciones que nos orientan sobre la vía elegida o programada. Sin embargo, también permite que otras personas conozcan nuestra situación exacta, hacia donde nos dirigimos y el camino recorrido, así como si estamos en movimiento o estáticos.

La novedad radica en que los peligros de la geolocalización no vienen tanto por los datos concretos que muestran la posición de una persona en un momento determinado, sino por la suma de estos datos que, debidamente interpretados, pueden mostrar una tendencia que permita predecir esos movimientos y comportamientos y por tanto atenta directamente contra la intimidad de las personas.

La teoría del mosaico surge en este dispositivo, en el sentido que permite extraer información sobre empresas y personas y se basa en la combinación de datos públicos con datos privados para extraer del mosaico resultante conclusiones sobre el comportamiento del sujeto analizado¹⁵³⁴.

La rápida extensión de los *smartphones* que combinan el acceso a Internet y las funcionalidades de un GPS han permitido que la geolocalización sea una técnica accesible y fácil de usar para saber donde se encuentra exactamente una persona. Esto afecta a la privacidad de la persona por la cantidad de datos que los nuevos dispositivos pueden revelar sobre cada individuo. El riesgo no es lo que muestran esos datos en el momento en el que se conocen, sino lo que de ellos se podría deducir en un determinado período de observación.

4.1.2 El control empresarial a través de geolocalización.

El uso de la geolocalización en el ámbito empresarial permite ejercer el control de sus trabajadores en cuanto a conocer el paradero y la situación de éstos en un momento determinado.

Cabe recordar que el art. 20.3 ET, permite al empresario controlar la prestación de servicios del trabajador aún cuando éste se encuentra fuera del centro de trabajo, siempre que las circunstancias se circunscriban exclusivamente a las obligaciones y deberes laborales, sin acotar los medios utilizados, sino con el único condicionante del respeto a la dignidad del trabajador¹⁵³⁵. Por tanto, en principio, la utilización de técnicas agresivas de

¹⁵³⁴ BELLOVIN Steven M., HUTCHINS Renée M. JEBARA, Tony y ZIMMECK, Sebastian: "When Enough is Enough: Location Tracking, Mosaic Theory, and Machine Learning". *Journal of Law & Liberty (New York University)*. N.º 555, 2014. Disponible en: http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2379&context=fac_pubs

¹⁵³⁵ POQUET CATALÁ, Raquel: "El actual poder de dirección y control del empresario". Cuadernos de Aranzadi Social. Ed. Aranzadi. Cizur Menor. 2013. Pág. 275.

monitorización y seguimiento, como la filmación o grabación a través de videovigilancia, o el control del correcto cumplimiento de la prestación a través del seguimiento en los ordenadores de la empresa y recursos similares deben reputarse adecuados, salvo que se extralimiten del ámbito laboral, afectando al personal, o cuando sean arbitrarios y desproporcionados.

La geolocalización no deja de ser uno de estos recursos particularmente invasivos a la intimidad. Además de su empleo en el espacio y tiempo laboral, estos dispositivos habrán de ser previamente informados al trabajador, junto con la finalidad para la que se utilizan, salvo en los casos excepcionales de incumplimientos laborales graves en los que se utilice como medio de prueba de las infracciones cometidas.

Esta utilización debe además tener en cuenta las garantías previstas en la normativa de protección de datos, de forma que los datos obtenidos sean tratados en la forma indicada en la LOPD.

El principal riesgo de la utilización de estos recursos proviene de la dificultad para separar el ámbito personal y profesional, pues la monitorización del dispositivo abarca todo el tiempo que el aparato esté conectado. La posibilidad de desconexión ofrece una primera defensa frente al control omnipresente. Otro riesgo, no de menor importancia, es la imposibilidad de asegurar en determinados casos, la imputación al trabajador de una ubicación, pues el dispositivo normalmente se instala en un teléfono o en un vehículo, que puede no coincidir con el lugar donde realmente se encuentra el trabajador.

Normalmente, estos dispositivos tienen como fin la organización del trabajo por encima del control estricto, pero es lógico que su finalidad pueda ser compartida. Ello permite imputar al trabajador determinados incumplimientos no buscados originariamente, pero que se revelan ante la capacidad exhaustiva de este tipo de aparatos. Así, por ejemplo, un GPS instalado con motivos de seguridad en un vehículo o teléfono puede revelar una falta de asistencia al trabajo. Surge por tanto, ante la falta de regulación específica, la necesidad de un uso proporcional y justificado, razonable y adecuado a la finalidad pretendida, que en todo caso debe ser legítima, de este tipo de dispositivos.

4.2. LOS DERECHOS AFECTADOS POR EL CONTROL EMPRESARIAL A TRAVÉS DE GEOLOCALIZACIÓN.

El hecho de captar información relativa a una persona, sobre todo cuando se hace de forma subrepticia, con independencia de la finalidad para la que se haga, implica una injerencia en su ámbito privado, viéndose afectado su derecho a la intimidad. Del mismo modo, la pérdida del control y del dominio sobre determinados datos de la persona, como puede ser su localización exacta o el itinerario recorrido, supone una injerencia al derecho de protección de datos¹⁵³⁶.

4.2.1 El derecho a la intimidad del trabajador.

El impacto que pueden tener los dispositivos de geolocalización en la intimidad de

¹⁵³⁶ DE LA TORRE OLID, Francisco y GARCÍA RUIZ, Francisco: "Tecnología de geolocalización y seguimiento al servicio de la investigación policial. Incidencias sobre el derecho a la intimidad", *Revista Derecho & Criminología* (Tirant Lo Blanch). N.º 2/2012. Enero-diciembre. Pág. 96.

los usuarios radica en que deja de ser reservado todo aquello relacionado con el lugar geográfico en que se encuentra o ha estado una persona. A través de dispositivos móviles, como los *smartphones*, es posible la monitorización constante de los datos de localización a los que los dispositivos están íntimamente ligados a una persona concreta.

El empleo de estos medios técnicos supone un avance cuantitativo y cualitativo respecto a la mera observación y percepción directa del sujeto vigilado pero el impacto en el derecho a la intimidad es enorme. Estos medios superan las capacidades humanas y obtienen resultados que sin el uso de estos recursos o dispositivos sería imposible conseguir. La intromisión es incomparable respecto a los medios tradicionales, pues se obtienen perfiles de comportamiento cuyo conocimiento normalmente excede de la proporcionalidad que justificaría la invasión de un derecho fundamental¹⁵³⁷.

Sin embargo, hay un matiz importante, precisamente derivado de la unión entre dos situaciones que no siempre determinan un hecho: Es posible localizar el dispositivo GPS que pertenece a una persona, pero no cabe asegurar que es esa persona la que se geolocaliza. Por tanto, si el dispositivo es llevado por otra persona, la información atribuirá unos hechos a otra, lo que supone una información errónea que puede tener consecuencias jurídicas. Es decir, el riesgo de esta tecnología es además atribuir a personas una situación geográfica que no es la real, sino la que subjetivamente alguien interpreta de los resultados de los datos recogidos en estos dispositivos.

En el ámbito laboral este control supone la posibilidad de conocer por parte del empresario todos los movimientos del trabajador en el espacio, que no se circunscribe al de la empresa. Por ello han de aplicarse los límites típicos del control empresarial que se restringen al espacio y tiempo de trabajo. Sin embargo, este espacio no se limita al centro de trabajo, sino que abarca todos aquellos lugares que por razón de su trabajo, fueran objeto de visita del trabajador.

Sin embargo, no deben quedar ahí los límites, pues al tratarse de una técnica tan invasiva, no parece que esté amparado por el poder de dirección del art. 20.3 ET. Es decir, el empresario no está legitimado para adoptar como y cuando quiera este tipo de vigilancia en virtud de la subordinación jurídica y de la dependencia que caracteriza la relación laboral¹⁵³⁸.

Este control discrecional y omnímodo no parece coherente con la doctrina constitucional que prevé, incluso en el contrato de trabajo, un espacio propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una mínima calidad de vida humana (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, 99/1994, de 11 de abril, 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio).

Ante el hecho que supone la monitorización constante del trabajador, la utilización de estos requisitos de control en el ámbito laboral pueden tender a dos finalidades muy

¹⁵³⁷ DE LA TORRE OLID, Francisco y GARCÍA RUIZ, Francisco: "Tecnología de geolocalización y seguimiento al servicio de la investigación policial. Incidencias sobre el derecho a la intimidad", *Revista Derecho & Criminología* (Tirant Lo Blanch). N.º 2/2012. Enero-diciembre. Pág. 84.

¹⁵³⁸ GOÑI SEIN, José Luis: "Controles empresariales: Geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos". *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. N.º 39. Agosto 2009. Pág. 22.

diversas que es preciso distinguir, pues de ellas dependerá en muchos casos la legitimidad que el empleador pueda hacer con esos datos.

Hasta ahora, en la mayoría de los casos analizados en nuestra jurisprudencia, los dispositivos de geolocalización no han tenido por objeto el control directo y personal sobre la figura del trabajador. Se trata de un uso adyacente, que permite organizar mejor la actividad empresarial, conociendo la situación de sus recursos, sirviendo de guía para encontrar direcciones, itinerarios, clientes, etc.

Este uso adyacente viene a consecuencia de que el dispositivo es propiedad de la empresa y lo cede al trabajador para un uso profesional, sin perjuicio que sea utilizado en el ámbito personal, siempre y cuando este uso estuviera permitido y sirviera a tal fin. El dispositivo puede ir incorporado, por ejemplo, en un vehículo o en un teléfono móvil con conexión a Internet.

El problema radica cuando a través del uso del dispositivo, el empresario conoce los datos de localización del trabajador, aunque el recurso que lo porta, por ejemplo, el teléfono móvil o el vehículo haya sido entregado con otra finalidad.

En estos casos, hay que diferenciar si el dispositivo, como herramienta de trabajo, ha sido entregado con esa finalidad, conocida por tanto por el trabajador, o si se trata de un uso ignorado por el trabajador y que, por tanto, puede ser utilizado por el empresario tanto en lo relativo a cuestiones laborales como extralaborales.

Si a raíz de este uso por el trabajador, el empleador conociera un ilícito grave, la cuestión es determinar hasta que punto puede ser utilizado como prueba a efectos disciplinarios, lo que podría llegar a cuestionar también si la prueba sería válida en otros órdenes, en los que el trabajador pudiera incurrir en responsabilidad civil o penal.

Además del uso adyacente a la finalidad para la que utiliza, se plantea la posibilidad de que sirva expresamente para el control del trabajador, en cuanto al cumplimiento de sus deberes laborales. Es decir, que el dispositivo tuviera por finalidad comprobar que el trabajador se encuentra donde el empresario le ha encomendado que fuera. El ejemplo más cercano, lo tenemos en la obligación del uso del tacógrafo. Se trata de un ejemplo donde el uso de dispositivos de control a raíz de una prescripción legal, está justificado en los vehículos de transporte, para controlar el régimen de paradas y descansos a que está obligado el conductor de determinados vehículos¹⁵³⁹.

Ahora bien, todo uso que sirviera a una finalidad de control, debería respetar el espacio íntimo y reservado del trabajador, tanto en su esfera privada, como en el centro de trabajo, o en los lugares donde tenga lugar la prestación laboral. Parece claro que los límites que no se deberían transgredir son los que derivan del respeto a la dignidad (expresamente previsto en el art. 20 ET) y aquellos implicados en el respeto del mantenimiento de la esfera privada del trabajador. Por tanto, la utilización de dispositivos de geolocalización debería, al menos, respetar las siguientes pautas:

¹⁵³⁹ RD 640/2007, de 18 de mayo, por el que se establecen excepciones a la obligatoriedad de las normas sobre tiempos de conducción y descanso y el uso del tacógrafo en el transporte por carretera (BOE de 26 de mayo).

1º) El derivado del consentimiento del trabajador o de una previsión legal.

Si el trabajador asume el compromiso de llevar consigo un dispositivo que permite la geolocalización, conociendo los riesgos y estando informado de ello, elimina en cierta parte la expectativa de privacidad respecto a su localización. Ahora bien, esta vigilancia sería lícita solo en los tiempos de trabajo y respecto a la actividad laboral. No cabría utilizarse en los momentos que pertenezcan a la vida privada del trabajador.

Si una previsión legal obliga a la utilización de estos dispositivos, para verificar por ejemplo, los periodos de conducción, o por motivos de seguridad, el trabajador habrá de ser informado de ello. Sin embargo, dicha previsión legal no debería servir para justificar un uso extralaboral o perseguir una finalidad distinta de la prevista en la norma.

2º) La instalación de estos dispositivos se llevará a cabo necesariamente en medios o recursos de la empresa.

De la pauta así formulada se concluye con toda claridad que no debe buscarse dicha información a través del teléfono o vehículo personal del trabajador.

3º) La finalidad de control de la actividad ha de estar justificada por el principio de proporcionalidad, de forma que sea legítima para la persecución de un fin que no exceda de las fronteras de la intimidad.

La búsqueda de finalidades distintas de las alegadas podrían revelar detalles íntimos sobre la vida privada de su propietario, pudiendo incluso verse afectados otros derechos fundamentales, como la libertad religiosa, o la no discriminación, si por razón del conocimiento de estos caracteres íntimos de la persona, se revelaran los hábitos y los patrones del propietario del dispositivo creando perfiles exhaustivos, que pueden también incluir por ejemplo, las visitas a lugares de culto, la presencia en las manifestaciones políticas o en otro lugar específico que revele datos sobre la vida sexual del individuo.

Además, y a diferencia de la videovigilancia que no puede transgredir lugares reservados de descanso, lavabos, vestuarios y zonas de recreo, en el caso de la geolocalización el seguimiento es constante y permanente. Al llevar el trabajador incorporado el dispositivo, éste emite la señal allá donde se encuentre, sin sujeción a criterios restrictivos. Especialmente invasivo a la intimidad es el seguimiento fuera del lugar y de la jornada de trabajo, incluso en el propio domicilio.

Es por ello, que sería recomendable que el trabajador pueda desconectar el dispositivo en los momentos que no está trabajando. De mantenerse encendido, cualquier seguimiento empresarial constituiría una vulneración a la intimidad del trabajador, por lo que no debiera realizarse a pesar de estar conectado. En este punto, el problema que se plantea consiste en si habría que entender consentido el seguimiento ante el hecho de que el trabajador mantuviera encendido el dispositivo. La lógica induce a pensar que ante la falta de justificación y objeto, pues es indiferente donde se encuentre el trabajador fuera de la jornada de trabajo, el seguimiento sería ilegal y por tanto, nulo.

La utilización indebida, o abusiva y arbitraria de estos dispositivos para controlar la actividad, o la vida privada del trabajador provocará, además de las responsabilidades que en todo orden tengan lugar, la nulidad de la prueba obtenida. Ahora bien, queda un

espacio, al igual que pasaba con la videovigilancia, donde podría estar justificado el control laboral a través de estos dispositivos, siempre no se viera vulnerado el núcleo esencial del derecho a la intimidad, pero por razones de proporcionalidad, tuviera que ceder en favor de un interés empresarial legítimo y justificado.

4.2.2 El derecho a la protección de datos.

Sin perjuicio de la incidencia del Reglamento europeo de protección de datos (R (UE) 2016/679¹⁵⁴⁰), cuya aplicación se llevará a cabo a partir del 25 de mayo de 2018 y cuyo alcance general también afecta, por tanto, a los datos personales obtenidos mediante geolocalización, así como de las disposiciones de la Directiva 92/58/CE, en tanto no se aplique el Reglamento, son de aplicación algunas normas específicas, como la Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas. Estas Directivas, han de ser transpuestas al derecho de los Estados miembros.

La Directiva 2002/58/CE, contiene, en su art. 2.c), la definición legal de datos de localización como: *“Cualquier dato tratado en una red de comunicaciones electrónicas que indique la posición geográfica del equipo terminal de un usuario de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público”*.

En este sentido, el art. 9 de esta Directiva establece, respecto a los datos de localización, que los mismos tan sólo podrán ser tratados en el caso que sean anónimos o con el consentimiento del usuario. A su vez, debe informarse sobre su tratamiento, finalidad y duración y de si los datos se transmitieran a un tercero, poder optar por una denegación a ese consentimiento previo y necesario.

Las Autoridades Europeas de Protección de Datos¹⁵⁴¹ han aprobado un Dictamen sobre la incidencia y los riesgos para la privacidad de los *“Servicios de Geolocalización en dispositivos móviles inteligentes”*. Se trata de establecer un marco jurídico aplicable en materia de protección de datos a los servicios de geolocalización disponibles en los dispositivos móviles inteligentes, como son, entre otros: Los mapas y los servicios de navegación, los servicios geopersonalizados (incluidos los puntos cercanos de interés), la realidad aumentada, el geoetiquetado de contenido en Internet, el seguimiento del paradero de los amigos, el control infantil o la publicidad basada en la localización.

En este ámbito europeo, se propone que los servicios de localización deban estar apagados de forma predeterminada y que su activación requiere de un consentimiento informado que permita que dichos datos sean tratados y usados. El usuario debe conocer cómo, para qué y hasta cuando sus datos van a ser tratados por parte de los prestadores. Implica, por tanto, que no se puede obtener a través de la aceptación obligatoria de los términos y condiciones generales, y que los usuarios deben ser capaces de retirar su consentimiento de una manera fácil, sin ningún tipo de consecuencias negativas para el uso de su dispositivo. A su vez, se establecen una serie de requisitos adicionales a dicho consentimiento informado para que el mismo sea plenamente válido. En este sentido, cabe destacar, para el marco de las conexiones móviles:

- La claridad de la información facilitada al usuario para prestar el consentimiento, de

¹⁵⁴⁰ DOUE de 4 de mayo de 2016.

¹⁵⁴¹ GT art. 29 en su Dictamen de 16 de mayo de 2011.

modo que un usuario medio pueda entenderla con toda facilidad.

- Finalidad del tratamiento de los datos, siendo esta única, y en caso de cambio o ampliación el consentimiento debe verse forzosamente renovado.
- Plazo de otorgamiento del consentimiento, sin determinar cuál es el adecuado, pero recordándose al menos anualmente dicho plazo.
- Especificación de los datos de localización que se conservarán, es decir, cuáles de ellos serán almacenados o tratados en el futuro.
- Advertencia del dispositivo de forma continua de que la función de geolocalización está activada, por ejemplo, a través de un icono que se encuentre permanentemente visible.

Por otra parte, sobre la utilización de esta tecnología en el ámbito laboral se destaca que, respecto a los trabajadores, los empresarios sólo podrán adoptar esta tecnología cuando pueda demostrarse que es necesaria para un fin legítimo. En los casos en los que pueda justificarse debidamente, el empresario debe buscar siempre los medios menos intrusivos, evitar la monitorización constante e informar a los trabajadores sobre como desactivar el dispositivo de monitorización fuera de las horas de trabajo.

El Dictamen subraya que los proveedores de servicios de geolocalización y las aplicaciones deben respetar y cumplir los derechos de los usuarios a acceder, rectificar o borrar, los datos de ubicación que se han recogido, los posibles perfiles sobre la base de éstos datos de localización, así como información sobre los destinatarios a quienes se comuniquen los datos. La información debe facilitarse en un formato legible.

4.2.3 La normativa española de protección de datos y la geolocalización.

En el ámbito nacional, la LOPD abarca los datos de geolocalización en la medida en que están asociados a información de una persona física que se pueda identificar. Ello implica un tratamiento de datos personales de captación y almacenamiento de datos, siendo por tanto aplicables las disposiciones de la LOPD y su Reglamento.

Con carácter general, los datos de geolocalización, y siempre que las informaciones de ellos derivadas se refieran a una persona identificada o identificable, se considerarían datos de nivel básico.

Ahora bien, cabría la posibilidad de acuerdo al art. 81.2.f) RLOPD, de que algunos datos de nivel básico lleguen a ser considerados de nivel medio, mediante la combinación con otros que, bien de manera directa o por inferencia, ofrezcan una definición de las características o de la personalidad de los ciudadanos y que permitan evaluar determinados aspectos de la personalidad o del comportamiento de los mismos. Esto resulta especialmente importante en el caso de algunas redes geosociales que combinan información de geolocalización con otros datos privados de sus usuarios¹⁵⁴².

¹⁵⁴² PÉREZ SAN JOSÉ, Pablo (Dir.), GUTIÉRREZ BORGE, Cristina (Coord.), ÁLVAREZ ALONSO, Eduardo, DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Susana y GARCÍA PÉREZ, Laura: "*Guía sobre seguridad y privacidad de las herramientas de geolocalización*". Observatorio de la Seguridad de la Información. Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO). Marzo 2011. Pág. 26.

En general, los datos sobre geolocalización, a pesar su inicial categorización en el nivel básico, el de menor riesgo, no excluyen del derecho a recibir la información pertinente sobre esos datos: La existencia de un fichero o proceso de tratamiento de datos; la finalidad en la recogida de los datos, exponiendo la finalidad legítima con absoluta sinceridad; las consecuencias de la negativa a suministrar ciertos datos; la posibilidad de ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, definidos en el Título III de la LOPD y la identidad y dirección del responsable del tratamiento de los datos.

Sin embargo, el hecho de que sea un trabajador el titular de los datos implica una relajación en la prestación del consentimiento, lo que no debiera alcanzar a los dispositivos de geolocalización, pues la información obtenida puede ser mucho más amplia del ámbito laboral. Sin embargo, ello no fue tenido en cuenta en el expediente de la AEPD E/00587/2006, a raíz de una denuncia de un trabajador al que, como conductor de un vehículo con dispositivo de geolocalización, no se le había pedido el consentimiento, ni tampoco se habían incluido los datos recabados en el fichero correspondiente. La denuncia se archiva porque "*existe una relación laboral que justifica el tratamiento de datos objeto de la denuncia, al resultar aplicable la excepción del consentimiento en el ámbito laboral*".

En el caso de seguir este criterio, la justificación sería prácticamente total en cualquier sistema o dispositivo de geolocalización, así como de las medidas que se pueden adoptar tras el tratamiento de esos datos, siempre que se informe a los trabajadores. Ello puede deparar resultados "*aniquiladores*" para el respeto a la intimidad del trabajador y la propia protección de datos porque excluye cualquier esfera de protección de la vida privada por la simple relación de dependencia que implica el contrato de trabajo. La simple existencia de una relación laboral no puede legitimar cualquier sistema de geolocalización laboral¹⁵⁴³.

Es por ello, que en el ámbito de los derechos fundamentales, tanto en el derecho a la intimidad, como en el de protección de datos, será necesario aplicar los criterios de la proporcionalidad de la medida y su compatibilidad con la finalidad declarada. En el plano laboral, debido al interés empresarial y a su poder de control y vigilancia, estos principios adquieren mayor importancia. Todo ello, unido a la información al trabajador, que además, debería contener la recomendación de mantener el sistema apagado durante el tiempo que no está a disposición de la empresa.

4.3. LA GEOLOCALIZACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA LABORAL.

El TS somete a enjuiciamiento el despido de un trabajador por la realización de actividades incompatibles durante la incapacidad temporal. Para acreditar esa actividad, un detective privado instaló en su vehículo particular un aparato localizador GPS, con el que se procedió a complementar el seguimiento. Esta actuación fue encargada por la empresa a raíz de la publicación en un medio de una fotografía en la que aparecía el

¹⁵⁴³ GOÑI SEIN, José Luis: "Controles empresariales: Geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos". *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. N.º 39. Agosto 2009. Págs. 23-24.

trabajador y de la que era deducible la posibilidad de que estuviera realizando actividades de caza incompatibles con la situación de IT en que se encontraba¹⁵⁴⁴.

La empresa está legitimada para vigilar y comprobar el cumplimiento de los deberes laborales de sus empleados, utilizando los adelantos técnicos y los servicios de agencias de investigación privada, pues, por una parte, existía un indicio de incumplimiento (la fotografía publicada en un medio informativo), el control tenía que realizarse, dado su objeto, fuera de la empresa y se desarrolló en lugares y espacios públicos "*en días y en momentos concretos y en el exclusivo contexto de la investigación laboral*". Sin embargo, a ello hay que oponer el hecho de que el dispositivo se instaló en un vehículo propiedad del trabajador y no de la empresa, lo que supone una grave intromisión al derecho a la intimidad. La Sala desestimó el recurso por falta de contradicción, por lo que se confirma la nulidad del despido por vulnerar el derecho a la intimidad y a la libre circulación del trabajador.

En cuanto a los medios en los que se instala el dispositivo, que acarrea una vigilancia exhaustiva y no informada, tanto de la vida laboral y personal, vulnerando por tanto el derecho a la intimidad, cabe destacar los siguientes pronunciamientos:

Sobre la cesión de un vehículo para el trabajo sin indicación alguna de que portaba un servicio de geolocalización, se plantea el supuesto de una empresa que cedió a la trabajadora para uso exclusivamente profesional un vehículo que debía permanecer siempre bajo su custodia, mantenimiento y cuidado, comprobándose que los datos sobre su utilización, localización y desplazamientos fuera del centro de trabajo eran tratados por una empresa externa y versaban sobre su forma de actuar. La trabajadora no recibió información alguna al respecto y la empresa pudo conocer en todo momento determinadas parcelas de su vida privada que, aun relacionadas con el desarrollo del trabajo, incidían en la esfera de su derecho a la intimidad personal. Dado que los incumplimientos imputados en la carta de despido estaban relacionados con la localización y seguimiento, se declara ineficaz la prueba obtenida al vulnerar sus derechos fundamentales a la intimidad y protección de datos¹⁵⁴⁵.

En otro caso similar, se analiza la cesión de un teléfono móvil con dispositivo de geolocalización que permite acreditar incumplimientos en el desempeño del trabajo. Se trata de constatar que las visitas a clientes detalladas en los partes de trabajo diario no se llevaron realmente a cabo. Sin embargo, ni existió información, ni autorización expresa del trabajador, que no puede ser objeto de seguimiento durante todos los días de su vida laboral, lo que determina la ilicitud de la prueba y la improcedencia del despido¹⁵⁴⁶.

Por otra parte, cuando los hechos afectan gravemente a la relación laboral, el dispositivo de geolocalización utilizado con una finalidad estricta laboral, es un medio proporcional y adecuado a la vigilancia empresarial:

¹⁵⁴⁴ STS (Sala de lo Social), de 21 de junio de 2012, rec. N.º 2194/2011 (AS 2012\7627).

¹⁵⁴⁵ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social), de 29 de septiembre de 2014, rec. N.º 1993/2013 (AS 2014\2981). En el mismo sentido y en un caso similar, STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 21 de marzo de 2014, rec. N.º 1952/2013 (AS 2014\823).

¹⁵⁴⁶ STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social), de 10 de junio de 2014, rec. N.º 1162/2013 (AS 2014\1619).

Se trata, por ejemplo, el despido procedente motivado por la transgresión de la buena fe contractual por parte de un vigilante de seguridad. Se acredita que se durmió en el trabajo, abandonando el recorrido asignado y estacionando el vehículo fuera de la zona a vigilar. No se considera vulnerado el derecho a la intimidad, siendo legítima la adopción empresarial de medidas de vigilancia y control, mediante la instalación de dispositivo GPS en el vehículo de la empresa¹⁵⁴⁷.

En otro caso, se declara procedente el despido por falsear partes de trabajo, hecho acreditado mediante informe de investigadores privados y GPS instalado en el vehículo de la empresa que sólo conduce el trabajador, sin que ello implique lesión del derecho a la intimidad, al resultar medidas proporcionadas para el fin perseguido. Más que una recogida de datos de carácter personal se trataba de un medio de vigilancia y control para comprobar el cumplimiento de las obligaciones laborales, sin que existieran indicios de que la empresa hubiera hecho un uso indebido de los datos obtenidos, más allá de la finalidad perseguida de controlar la jornada laboral¹⁵⁴⁸.

¹⁵⁴⁷ STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 17 de enero de 2014, rec. N.º 3483/2013 (AS 2014\637).

¹⁵⁴⁸ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 5 de marzo de 2012, rec. N.º 5194/2011 (AS 2012\996).

CAPÍTULO VI

LA EFICACIA DEL DERECHO A LA LIBERTAD INFORMÁTICA DEL TRABAJADOR EN RELACIÓN A SUS DATOS PERSONALES

1. DEMOCRACIA Y PROTECCIÓN DE DATOS: A MODO DE INTRODUCCIÓN.

El derecho a la protección de datos consagra un ámbito de privacidad distinto al derecho a la intimidad o a la vida privada. Fruto de la evolución tecnológica, "*the right to be alone*", "*el derecho a estar solo*" es insuficiente para gobernar la cantidad de información concerniente a cada individuo que circula por Internet y las redes sociales. *El fundamento último de este derecho no consiste exclusivamente en preservar oculta información relativa a la vida privada, sino en garantizar el pleno desarrollo de la personalidad individual y el libre ejercicio de sus derechos. Su objetivo es evitar la instrumentalización del ser humano, no solo frente a los poderes públicos, sino también frente a la actuación de los particulares*¹⁵⁴⁹.

¿Es posible que la defensa de la privacidad conviva con una idea de democracia que tiene la transparencia como uno de sus valores principales?¹⁵⁵⁰

La constatación de que nuestra vida se está transformando en un canje permanente de información, y de que vivimos en un flujo continuo de datos, ha atribuido a la protección de los mismos una importancia cada vez mayor. La protección de datos ocupa un lugar central en la reflexión de los juristas contemporáneos.

El tradicional derecho al respeto de la vida privada y familiar se centra sobre todo en el individuo, y el poder se limita a la exclusión de interferencias ajenas: La tutela es estática, negativa. La protección de datos, por el contrario, fija normas sobre las modalidades de tratamiento de datos, se concreta en poderes de intervención: La tutela es dinámica y sigue a los datos durante su circulación. Los poderes de control e intervención, además, no pertenecen sólo a las personas directamente interesadas, sino que son confiados a una autoridad independiente, lo que implica permanentemente una específica responsabilidad pública.

Se trata de un proceso inédito, hasta ahora desarrollado sólo en la Unión Europea, donde es posible anunciar la creación de un nuevo "*modelo*" que, reforzando la esfera privada, refuerza al mismo tiempo el peso de cada uno en la esfera pública. De este modo es posible concluir que el derecho fundamental a la protección de datos personales se transforma en un elemento básico de la nueva "*ciudadanía electrónica*".

Internet se presenta como un espacio público de debate, de relación, de proposición, y por tanto como un momento cada vez más importante del proceso

¹⁵⁴⁹ HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel: "*El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*". Ed. Dykinson. Madrid. 2002. Pág. 16.

¹⁵⁵⁰ Extractado de RODOTÀ, Stefano: "Democracia y protección de datos". *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 19-20. Mayo-diciembre 2003. Págs. 15-26.

democrático en su conjunto. En esta más amplia dimensión, la protección efectiva de los datos personales es básica para garantizar la participación efectiva de todos los usuarios.

Y ocurre así una importante paradoja: Los datos personales son datos públicos, y sin embargo se les atribuye el máximo de protección privada. RODOTÀ se plantea: ¿Todo lo que es tecnológicamente posible es al mismo tiempo éticamente admisible, socialmente aceptable y jurídicamente legítimo? No es posible aceptar el carácter invencible del poder de la técnica como producción infinita de fines nuevos.

Esta sería una conclusión inevitable si se acepta la deriva tecnológica en un desierto de valores democráticos. Por esto, frente al valor propio de la técnica, hoy mucho más que ayer necesitamos una reflexión continua sobre los valores básicos de la democracia, para distinguir entre los muchos usos de la tecnología democráticamente admisibles y los que no lo son.

De forma brillante, RODOTÀ plantea con la metáfora de "*el hombre de vidrio*" (el hombre de cristal, o el hombre transparente), que si el ciudadano no tiene nada que esconder, no tiene nada que temer. El ciudadano entonces, no tendría razón alguna para estar preocupado en caso de que el Estado tuviera toda la información sobre él¹⁵⁵¹.

El hombre de vidrio refleja una metáfora nazi basada en la idea de un Estado que puede adueñarse por entero de la vida de las personas, que frente a sí no tiene ciudadanos, sino súbditos. Las consecuencias de este planteamiento son dramáticas para las personas y destructivas para la democracia.

En efecto, si una persona quiere preservar una esfera, aunque mínima, de privacidad e intimidad, y desea que nadie conozca ciertas informaciones sobre sí mismo, se convierte, según el Estado, en "*alguien que tiene algo que esconder*" y, automáticamente, en sospechoso, en "*enemigo del pueblo*". Se trata de la lógica típica de los regímenes totalitarios que provoca el contrasentido de que la privacidad solo importaría a las "*malas personas*".

La democracia tiene como uno de sus valores más firmes el respeto a la vida privada, de forma que las medidas que limitan la privacidad son legítimas solo si superan el "*test de democracia*". Una tutela de la privacidad se transforma en un elemento básico para que una sociedad pueda seguir llamándose "*democrática*". La idea del "*hombre de vidrio*" no resulta compatible con la defensa de los derechos fundamentales consustancial al sistema democrático.

¹⁵⁵¹ RODOTÀ, Stefano: "Democracia y protección de datos". *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 19-20. Mayo-diciembre 2003. Pág. 16.

2. LIMITACIONES AL USO DE LA INFORMÁTICA. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES FRENTE A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.

2.1. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL Y GENERAL PARA LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

2.1.1. El Consejo de Europa: El Convenio N.º 108 del Consejo de Europa, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal¹⁵⁵².

Este Convenio fue el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que marcó las pautas del modelo común de la protección de datos. Su importancia radica en que obliga a las partes a adoptar las medidas necesarias en su legislación nacional para aplicar los principios que enuncia con el fin de garantizar el respeto, en su territorio, de los derechos humanos fundamentales de todos los individuos con respecto al tratamiento de los datos de carácter personal¹⁵⁵³.

Según su art. 1, tiene como finalidad garantizar a toda persona física el respeto de sus derechos y libertades fundamentales y, particularmente, de su vida privada, sin perjuicio de la facultad de cada miembro del Consejo de acordar una protección más amplia que la prevista por el Convenio (circunstancia que en el ámbito de la UE se ha llevado a cabo con la Directiva 95/46/CE, que ha extendido las garantías de protección no sólo al tratamiento de datos, sino también a la recogida, organización, conservación, consulta, utilización, comunicación por transmisión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos).

El Convenio recoge unos principios básicos de la protección de datos, muchos de los cuales han pasado a la normativa de los Estados miembros, siendo por tanto la génesis del futuro marco normativo europeo¹⁵⁵⁴. Se prevé el principio fundamental de la calidad de los datos, que engloba la exactitud, el carácter finalista y utilización no abusiva de los mismos, así como el principio de seguridad. Categoriza también los datos, distinguiendo aquellos que pueden ser especialmente sensibles, en el sentido de prohibir el tratamiento automático de aquellos datos que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas u otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual.

Otros documentos importantes vinculados al Convenio 108, también pertinentes en este contexto, son los siguientes:

- Recomendación (89) 2 del Consejo de Europa sobre la protección de los datos de

¹⁵⁵² Adoptado en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, con entrada en vigor el 1 de octubre de 1985 (BOE 15 de noviembre de 1985).

¹⁵⁵³ BRU CUADRADA, Elisenda: "La protección de datos en España y en la Unión Europea. Especial referencia a los mecanismos jurídicos de reacción frente a la vulneración del derecho a la intimidad". *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 5. 2007. Pág. 82.

¹⁵⁵⁴ CERVERA NAVAS, Leonardo: "El modelo europeo de protección de datos de carácter personal". *Cuadernos de Derecho Público*. N.º 19-20. Mayo-diciembre 2003. Pág. 136.

carácter personal utilizados con fines de empleo¹⁵⁵⁵.

- Recomendación (97) 5 del Consejo de Europa sobre la protección de los datos médicos¹⁵⁵⁶.
- Recomendación (86) 1 del Consejo de Europa sobre la protección de los datos de carácter personal con fines de Seguridad Social¹⁵⁵⁷.
- Recomendación (95) 4 del Consejo de Europa sobre la protección de los datos personales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, especialmente en lo que respecta a los servicios telefónicos.

En desarrollo del Convenio N.º 181, la Recomendación N.º 89 (2), de 18 de enero de 1989, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adaptó las disposiciones del Convenio al marco del empleo:

Así, proclama en desarrollo del Convenio N.º 181, el respeto a la privacidad y a la dignidad humana de los trabajadores, y reconoce la posibilidad de ejercer relaciones individuales y sociales en el puesto de trabajo (art. 2).

En este sentido, prevé el deber de los empleadores de informar o consultar con los trabajadores o sus representantes, los sistemas automatizados que utilice y que impliquen la recogida y utilización de datos de carácter personal. Se incluye también en este deber de información, los procedimientos técnicos destinados a controlar los movimientos o la productividad de los empleados. Expresamente, recoge que esta información debe ser previa, cuando dichos procedimientos revelen una posibilidad de lesión de los derechos de la vida privada y a la dignidad humana de los empleados (art. 3).

Por último, cabe destacar el art. 10, que presta una atención especial a la recogida y conservación de datos de carácter sensible de los trabajadores, relacionados con su origen racial, opiniones ideológicas, religiosas u otras parecidas, orientaciones y vida sexual o antecedentes penales, los cuales sólo pueden ser controlados en casos particulares dentro de los límites permitidos por la legislación interna de conformidad con las garantías que se hallen establecidas. En su ausencia, dichos datos sólo pueden ser reunidos con el expreso e informado consentimiento de los trabajadores.

2.1.2 La Organización Internacional del Trabajo: El Repertorio de Recomendaciones prácticas sobre protección de los datos personales de los trabajadores, de 1997.

Este Repertorio¹⁵⁵⁸ tiene su origen en las Directrices de la OCDE sobre la

¹⁵⁵⁵ http://cm.coe.int/ta/rec/198_9/89r2.htm.

¹⁵⁵⁶ <http://cm.coe.int/ta/rec/1997/97r5.html>.

¹⁵⁵⁷ [http://www.legal.coe.int/dataprotection/Default.asp?fd=rec&fn=R\(86\)1E.htm](http://www.legal.coe.int/dataprotection/Default.asp?fd=rec&fn=R(86)1E.htm)

¹⁵⁵⁸ Repertorio de Recomendaciones prácticas de la OIT en materia de protección de datos personales de los trabajadores. Disponible en:
http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1997/97B09_118_span.pdf

protección de la vida privada y la transmisión de datos personales, de 1980¹⁵⁵⁹ y en la Directiva 95/46/CE de la UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos¹⁵⁶⁰.

En este elenco de normas, se destaca la necesidad de completar el marco jurídico de la protección de datos con unos principios en materia de empleo que susciten una aceptación internacional.

Por ello se manifiesta la convicción de que el acopio y la localización o recuperación sistemáticos de datos personales tienen grandes repercusiones. La recogida de un volumen indeterminado de datos y todas las posibles formas de utilizarlos no solo multiplican el riesgo de difundir una información imprecisa o desactualizada, sino que inciden en la vigilancia masiva e influyen en el comportamiento de las personas. Cuanto menor sea la información a los interesados (de los datos que les afectan, los fines y quienes los manejan), mayor será la indefensión, inseguridad y dificultad para garantizar el desarrollo de la persona y el ejercicio de sus derechos e intereses. La necesidad de proteger la dignidad humana obliga, pues, a intentar formular unos principios que rijan toda actividad de tratamiento de datos personales.

Estos principios, se recogen en el Repertorio de Recomendaciones de la OIT y son muy clarificadores:

- 1) El tratamiento de datos personales de los trabajadores debería efectuarse de manera ecuánime y lícita y limitarse exclusivamente a asuntos directamente pertinentes para la relación de empleo del trabajador.
- 2) En principio, los datos personales deberían utilizarse únicamente con el fin para el cual hayan sido acopiados.
- 3) Cuando los datos personales se exploten con fines distintos de aquéllos para los que fueron recabados, el empleador debería cerciorarse de que no se utilizan de un modo incompatible con esa finalidad inicial y adoptar las medidas necesarias para evitar toda interpretación errada por causa de su aplicación en otro contexto.
- 4) Los datos personales reunidos en función de disposiciones técnicas o de organización que tengan por objeto garantizar la seguridad y el buen funcionamiento de los sistemas automatizados de información no deberían servir para controlar el comportamiento de los trabajadores.
- 5) Las decisiones relativas a un trabajador no deberían basarse exclusivamente en un tratamiento informático de los datos personales que a él se refieran.
- 6) Los datos personales obtenidos por medios de vigilancia electrónica no deberían ser los únicos factores de evaluación profesional del trabajador.

¹⁵⁵⁹ Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE): Guidelines on the protection of privacy and transborder flows of personal data (París, 1981).

¹⁵⁶⁰ DO L 281 de 23.11.1995

- 7) Los empleadores deberían evaluar periódicamente sus métodos de tratamiento de datos para reducir lo más posible la información de carácter personal y mejorar el modo de proteger la vida privada de los trabajadores.
- 8) Los trabajadores y sus representantes deberían ser informados de toda actividad de acopio de datos, de las reglas que la gobiernan y de sus derechos.
- 9) Las personas encargadas del tratamiento de datos personales deberían recibir periódicamente una formación que les permita comprender el proceso de acopio de datos y el papel que les corresponde.
- 10) El tratamiento de datos personales no debería conducir a una discriminación ilícita en materia de empleo u ocupación.
- 11) Los empleadores, los trabajadores y sus representantes deberían cooperar en la protección de los datos personales y en la elaboración de una política de empresa que respete la vida privada de los trabajadores.
- 12) Los empleadores, los representantes de los trabajadores, las agencias de colocación y los trabajadores que tengan acceso a los datos personales de los trabajadores deberían tener una obligación de confidencialidad, de acuerdo con la realización de sus tareas.
- 13) Los trabajadores no pueden renunciar a su derecho a proteger su vida privada.

2.1.3 La Unión Europea.

2.1.3.1 La protección de datos en la Unión Europea.

En la UE, la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos¹⁵⁶¹, estableció un hito en la historia de la protección de los datos personales. Consagra dos de las más antiguas ambiciones del proceso de integración europea: Por una parte, la protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas, en particular, del derecho fundamental a la protección de datos, y, por otra parte, la realización del mercado interior, es decir, en este caso, la libre circulación de datos personales.

Sin embargo, el objetivo de la Directiva era, en sus propios términos, asegurar que los Estados miembros garanticen *"la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales"*, y prevenir cualquier restricción a *"la libre circulación de datos personales entre los Estados miembros"*.

En el ámbito de los Tratados, el art. 16.1 TFUE, introducido por el Tratado de Lisboa, establece el principio por el que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. Además, con el art. 16.2, del TFUE, se introdujo una base jurídica específica para la adopción de normas relativas a la protección

¹⁵⁶¹ DOUE L 281 de 23 de noviembre de 1995.

de datos de carácter personal.

Por su parte, el art. 8 CDFUE¹⁵⁶² dispone que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. Estos datos se tratarán 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. Además garantiza el derecho de toda persona a acceder a los datos que la conciernan y a su rectificación.

Ello ha provocado que tras el reconocimiento del derecho a la protección de datos en la Carta, el TJUE haya ido poco a poco desvinculando este derecho del derecho a la intimidad, si bien, la separación no ha sido completa. Así, en el asunto *Rijkeboer*¹⁵⁶³ el Tribunal de Justicia declaró que la Directiva 95/46/CE servía, en primer lugar, para proteger la intimidad y, por consiguiente, para proteger los datos personales.

Ha sido en el asunto *Schecke*¹⁵⁶⁴, en 2010, en el marco de un litigio sobre la oposición de los demandantes a la publicación de datos sobre ellos como destinatarios de fondos de la UE en un sitio de Internet público, cuando el TJUE declaró que el derecho fundamental a la protección de datos se halla íntimamente ligado al respeto a la vida privada ("*Existe un derecho a la vida privada en lo que respecta al tratamiento de los datos de carácter personal*"). Destacó además, que no es un derecho absoluto, sino que debe considerarse en relación a su función en la sociedad.

Posteriormente, ya en 2011, el TJUE ha vuelto a mencionar el derecho a la protección de datos de carácter personal de la UE en el asunto *Deutsche Telekomel*, en el que no solo reconoció la existencia de dicho derecho, sino que además declaró que la Directiva 95/46/CE, "*tiene por objeto garantizar, en los Estados miembros, la protección de los datos personales*".

Llama la atención, que en esta sucesión de pronunciamientos con referencias en paralelo a la CDFUE y a la Directiva de protección de datos, cuando el TJUE examina directamente la Directiva 95/46/CE, tiende a leer este instrumento a la luz del derecho al respeto de la vida privada, salvaguardado por el art. 8 de la Carta. Pero cuando interpreta la Directiva 2002/58/CE¹⁵⁶⁵, que se supone desarrolla la anterior, el Tribunal se refiere más fácilmente a la existencia y aplicabilidad de un derecho fundamental de la UE a la protección de datos de carácter personal¹⁵⁶⁶.

¹⁵⁶² La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue formalmente proclamada en Niza, el 7 de diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. En diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados, habiendo sido previamente enmendada y proclamada por segunda vez en diciembre de 2007.

¹⁵⁶³ STJUE de 7 de mayo de 2009, asunto C-553/07.

¹⁵⁶⁴ STJUE de 9 de noviembre de 2010, asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09.

¹⁵⁶⁵ 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). DO L 201, de 31 de julio de 2002.

¹⁵⁶⁶ GONZÁLEZ FUSTER, Gloria: "Equilibrio entre propiedad intelectual y protección de datos. El peso oscilante de un nuevo derecho". *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 14. Mayo 2014. Disponible en:

El Reglamento (UE) 2016/679, aprobado por el Parlamento y el Consejo ha supuesto una ambiciosa propuesta legislativa cuya aplicación directa se prevé a partir del 25 de mayo de 2018, y que reemplazará a la Directiva 95/46/CE. En su texto se afirma claramente la existencia de este derecho, incluyendo disposiciones sobre su relación con otros derechos¹⁵⁶⁷.

Sin embargo, en su relación con otros derechos, el derecho a la protección de datos no es absoluto¹⁵⁶⁸. Así, el TJUE ha manifestado que es necesario hacer compatibles los distintos derechos de los ciudadanos, en relación con su función en la sociedad¹⁵⁶⁹.

De esta forma, la protección de datos está estrechamente ligada al respeto a la vida privada y familiar previsto en el art. 7 de la CDFUE. Ello se refleja en el art. 1.1, de la Directiva 95/46/CE, que establece que los Estados miembros garantizarán la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y en particular del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de datos personales.

Otros derechos fundamentales potencialmente afectados y consagrados en la Carta, son los siguientes: La libertad de expresión (art. 11); la libertad de empresa (art. 16); el derecho a la propiedad y especialmente a la protección de la propiedad intelectual (art. 17.2); la prohibición de toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de raza, orígenes étnicos, características genéticas, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, discapacidad u orientación sexual (art. 21); los derechos del menor (art. 24); el derecho a un alto nivel de protección de la salud humana (art. 35); el derecho de acceso a los documentos (art. 42); el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (art. 47).

De especial importancia en el desarrollo de la protección de los datos de los trabajadores ante el poder de dirección empresarial y, en particular, en cuanto al ejercicio de las facultades de control y vigilancia, son los dictámenes y documentos de trabajo del GT art. 29. Se trata de un órgano consultivo europeo independiente en materia de protección de datos y garantía del derecho a la intimidad. De entre sus Dictámenes caben destacar los siguientes:

- El Dictamen 8/2001, de 13 de septiembre de 2001, sobre el tratamiento de datos personales en el contexto laboral.

El contenido de este Dictamen previene a los empresarios y los trabajadores para

<http://idp.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n14-gonzalez>

¹⁵⁶⁷ El Reglamento 2016/679 tiene como objeto la protección de los derechos y libertades de las personas físicas y, concretamente, su derecho a la protección de los datos personales (art. 1.2).

¹⁵⁶⁸ STJUE de 9 de noviembre de 2010, asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09, *Volker und Markus Schecke y Eifert*.

¹⁵⁶⁹ En consonancia con el art. 52.1, de la Carta, pueden introducirse limitaciones al ejercicio del derecho a la protección de datos, siempre que tales limitaciones estén establecidas por ley, respeten el contenido esencial de dichos derechos y libertades y, respetando el principio de proporcionalidad, 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.

que sean conscientes de que muchas actividades realizadas de forma rutinaria en el ámbito del empleo implican el tratamiento de datos personales de los trabajadores, que a veces contienen información muy delicada.

Y expresamente dispone que cualquier actividad de recopilación, uso o almacenamiento de información sobre los trabajadores por medios electrónicos entrará en el ámbito de aplicación de la legislación sobre protección de datos. Es el caso, por ejemplo, del control por parte del empresario del correo electrónico o del acceso a Internet de los trabajadores. El control del correo electrónico implica necesariamente el tratamiento de datos personales. El tratamiento de datos en forma de imagen y sonido en el contexto laboral pertenece también al ámbito de la legislación relativa a la protección de datos y la videovigilancia de los trabajadores está cubierta por las disposiciones de la Directiva y las disposiciones nacionales de aplicación.

En un esfuerzo de análisis y síntesis, el Dictamen establece unas pautas que repercuten de forma transversal en el tema que nos atañe. Al tratar los datos personales de los trabajadores, los empresarios deberán tener siempre en cuenta los principios fundamentales de finalidad, transparencia, legitimidad, proporcionalidad, exactitud y conservación de los datos, seguridad, formación del personal, consentimiento, interacción entre la legislación laboral y la legislación sobre protección de datos y vigilancia y control.

- El Documento de trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo aprobado el 29 de mayo de 2002.

Este documento de trabajo examina la cuestión de la vigilancia por el empleador de la utilización del correo electrónico e Internet por los trabajadores.

A la luz de la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 8 del CEDH, otros textos internacionales pertinentes y la Directiva 95/46/CE, este documento ofrece una orientación y ejemplos concretos sobre lo que constituyen actividades de control legítimas y límites aceptables de la vigilancia de los trabajadores por el empleador.

El aspecto más importante a destacar es que se establece como regla general la prohibición del control secreto del correo electrónico por el empleador, excepto en los casos en que exista en el Estado miembro una ley que lo autorice en virtud del art. 13 de la Directiva. Ello puede ocurrir cuando se detecte una actividad delictiva particular (cumpliendo las normas jurídicas y procesales de los Estados miembros, especialmente para la obtención de pruebas) o cuando existan leyes nacionales que autoricen al empleador, previendo las garantías necesarias, a adoptar algunas medidas para detectar infracciones en el lugar de trabajo.

- El Documento de trabajo relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara, adoptado el 25 de noviembre de 2002.

El primer objetivo de este documento es atraer la atención hacia la amplia gama de criterios que existen para evaluar la legalidad y la conveniencia de instalar sistemas individuales de vigilancia por videocámara.

En lo que afecta al contexto laboral, el Documento establece la prohibición de que la vigilancia se lleve a cabo en lugares reservados al uso privado de los empleados o que

no estén destinados a la realización de tareas de trabajo (como servicios, duchas, vestuarios o zonas de descanso).

Por otra parte, establece que las imágenes obtenidas se emplearán solo para proteger la propiedad o detectar, evitar y controlar infracciones graves, sin que deban utilizarse para acusar a un empleado de una falta disciplinaria menor.

Además, estima necesario facilitar información a los empleados y a cualquier otra persona que trabaje en el lugar de la videovigilancia, de forma que incluirá la identidad del responsable del tratamiento y el objetivo de la vigilancia, así como otra información necesaria para garantizar que el tratamiento es justo en lo que respecta al interesado, por ejemplo, en qué casos las grabaciones van a ser examinadas por la dirección de la empresa, el período de grabación y cuándo ésta se revelará a las autoridades judiciales.

Por último, cabe referirnos al Reglamento 45/2001/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, 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 datos¹⁵⁷⁰.

Este Reglamento se dictó en cumplimiento del anterior art. 286 del Tratado CE (actual art. 16 del TFUE), que tras la redacción dada por el Tratado de Amsterdam en 1997 prevé que los actos comunitarios relativos a la protección de las personas respecto al tratamiento de datos y a la libre circulación de dichos datos, serán de aplicación a las instituciones y organismos comunitarios. El texto prevé disposiciones que garantizan un elevado nivel de protección de los datos personales tratados por las instituciones y los organismos comunitarios y la creación de una autoridad independiente responsable de controlar la aplicación de estas disposiciones. Esta autoridad es el Supervisor Europeo de Protección de Datos, al que todo interesado está facultado para presentar una reclamación si considera vulnerados los derechos que le reconoce el actual art. 16 TFUE. Además, sus decisiones son recurribles ante el TJUE¹⁵⁷¹.

La base jurídica del art. 16 TFUE posibilitaba la adopción de normas relativas a la protección de las personas físicas con respecto al tratamiento de datos de carácter personal por parte de los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Al tiempo, permitía la adopción de normas relativas a la libre circulación de datos de carácter personal tratados bien por los Estados miembros, bien por los operadores privados. Así, la Comisión Europea, sirviéndose de este anclaje jurídico, apostó por la opción reformadora más ambiciosa y armonizadora: El Reglamento¹⁵⁷².

¹⁵⁷⁰ DOUE L 8 de 12 de enero de 2001.

¹⁵⁷¹ GUERRERO PICÓ, María del Carmen: "El Derecho Fundamental a la protección de los datos de carácter personal en la Constitución Europea". *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. N.º 4. 2005. Pág. 315.

¹⁵⁷² RALLO LOMBARTE, Artemi: "Hacia un nuevo sistema europeo de protección de datos: Las claves de la reforma". *Revista de Derecho Político*. N.º 85. Septiembre-diciembre 2012. Pág. 29.

2.1.3.2 Propuestas para la reforma del marco normativo de la protección de datos en la Unión Europea: El Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva (UE) 2016/680.

La Directiva europea 95/46/CE ha sido el eje central de la política de la protección de datos en la UE y su trasposición a los distintos países se ha traducido en una armonización de normas y principios que si bien, son comunes a los distintos Estados, no ofrecen actualmente un tratamiento unificado frente a las amenazas que han surgido de la propia evolución tecnológica. Hoy día, se necesitan normas modernas y eficientes, claras y uniformes, que ofrezcan seguridad jurídica y que permitan a las autoridades públicas garantizar que los individuos puedan ejercer un control efectivo sobre su propia información personal. Este es el motivo por el que la Comisión Europea ha propuesto una reforma fundamental del marco europeo de la protección de datos¹⁵⁷³.

El sistema de protección de datos hasta ahora vigente ha quedado obsoleto frente los avances tecnológicos, creando barreras burocráticas, así como un sistema sancionador distinto en los diferentes países que dificultan el mercado único. Además, requiere de una actualización mediante la aclaración de algunos de sus principios, como la transparencia y el consentimiento, o la introducción de otros nuevos, como la "*privacidad por diseño*". Por todo ello, existe la necesidad de establecer una normativa mejorada que cree un marco legal único e integral¹⁵⁷⁴.

El nuevo marco jurídico aprobado consta de dos propuestas legislativas:

- El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (Reglamento General de Protección de Datos), relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE¹⁵⁷⁵. Esta Directiva, así como las normas nacionales que la transponen, seguirá, sin embargo, en vigor hasta la efectiva aplicación del Reglamento a partir del 25 de mayo de 2018. En estos dos años los Estados, las Instituciones europeas y las organizaciones de tratamiento de datos deberán ir adaptándose a las propuestas del Reglamento.
- La Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o la

¹⁵⁷³ REDING, Viviane: "Protección de la privacidad en un mundo conectado. Un marco europeo de protección de datos para el siglo XXI", en PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y BADÍA Y LIBERAL, Enrique (Coords): "*El debate sobre la privacidad y seguridad en la red: Regulación y mercados*". Colección Fundación Telefónica. Ed. Ariel. Barcelona. 2012. Pág. XVIII.

¹⁵⁷⁴ DEL CASTILLO VERA, Pilar: "Un modelo de protección de datos para un Mercado Único Digital", en PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y BADÍA Y LIBERAL, Enrique (Coords): "*El debate sobre la privacidad y seguridad en la red: Regulación y mercados*". Colección Fundación Telefónica. Ed. Ariel. Barcelona. 2012. Pág. 100.

¹⁵⁷⁵ DOUE de 4 de mayo de 2016. Si bien su entrada en vigor se produce a los 20 días de su publicación, será aplicable a partir del 25 de mayo de 2018 (art. 99.2).

ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos¹⁵⁷⁶.

Según la Comisaria europea Viviane REDING, la reforma de la normativa europea a través del Reglamento sobre protección de datos contempla varias medidas en previsión de riesgos que actualmente no quedan minimizados. La opción de emplear un Reglamento en lugar de una Directiva es para que ejerza un efecto directo sobre todos los Estados de la Unión. Comporta una revisión global del sistema europeo de protección de datos, tanto en el ámbito formal como sustantivo¹⁵⁷⁷.

El proceso de revisión reconsidera el tipo de instrumento jurídico aplicable: Un Reglamento y no una Directiva. El Reglamento es el único instrumento directamente aplicable en los Estados miembros, es el medio más eficaz para proteger el derecho fundamental a la protección de datos y es idóneo para crear un mercado interior real en el que los datos personales puedan circular libremente y el nivel de protección sea similar, independientemente del país o del sector en el que se efectúe el tratamiento de los datos. Ello no es contrario al principio de subsidiaridad, consagrado en el art. 5 del Tratado de la UE, por el que la Unión intervendrá solo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros. De acuerdo, también, al principio de proporcionalidad, el Reglamento no excede de lo necesario para alcanzar este objetivo¹⁵⁷⁸.

Debe entenderse que el nuevo Reglamento trata de armonizar la privacidad con el desarrollo tecnológico, sin que el derecho a la protección de datos sea una barrera a la innovación y al desarrollo social y económico. Ello se deduce cuando parte de la concepción de que el tratamiento de datos personales debe servir a la humanidad, no siendo un derecho absoluto. Por ello, al mismo tiempo, debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener un equilibrio con otros derechos fundamentales con arreglo al principio de proporcionalidad. Especialmente, debe promover la protección de la vida privada y familiar, del domicilio y de las comunicaciones, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la libertad de expresión e información, la libertad de empresa, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo, y la diversidad cultural, religiosa y lingüística¹⁵⁷⁹.

En particular, protege los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas identificadas o identificables y, en concreto, su derecho a la protección de datos personales, con independencia de su nacionalidad o de su lugar de residencia. Por ello, se aplica al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de estos datos contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero. Sin embargo, el Reglamento no se aplica al tratamiento de datos personales¹⁵⁸⁰:

¹⁵⁷⁶ DOUE de 4 de mayo de 2016. En vigor desde el 5 de mayo de 2016 (art. 64), si bien el periodo para su transposición finalizará el 6 de mayo de 2018 (art. 63).

¹⁵⁷⁷ RALLO LOMBARTE, Artemi: "Hacia un nuevo sistema europeo de protección de datos: Las claves de la reforma". *Revista de Derecho Político*. N.º 85. Septiembre-diciembre 2012. Pág. 16.

¹⁵⁷⁸ Considerando 133 del R(UE) 2016/679.

¹⁵⁷⁹ Considerando 4 del R(UE) 2016/679.

¹⁵⁸⁰ Art. 2 del R(UE) 2016/679.

- En el ejercicio de una actividad no comprendida o excluida del ámbito de aplicación del Derecho de la UE.
- Efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas.
- Por parte de las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, o de ejecución de sanciones penales, incluida la protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención.

Los problemas a los que tratará de hacer frente el nuevo Reglamento son, en primer lugar, la fragmentación en la aplicación de la protección de datos de carácter personal en la UE, lo que provoca una gran inseguridad jurídica y la percepción generalizada de la opinión pública de que existen riesgos significativos, especialmente por lo que se refiere a la actividad en línea¹⁵⁸¹.

Por ello, es necesario establecer un marco más sólido y coherente para la protección de datos en la UE, con una aplicación estricta que permita el desarrollo de la economía digital en el mercado interior, otorgue a los ciudadanos el control de sus propios datos y refuerce la seguridad jurídica y práctica de los operadores económicos y las autoridades públicas.

El marco de esta nueva regulación, pivota sobre cuatro pilares básicos¹⁵⁸²:

- El progreso tecnológico. La tecnología ha evolucionado, siendo distinta y más agresiva e intrusiva que la existente cuando se aprobó la Directiva 95/46/CE. Esta evolución que se manifiesta, por ejemplo, en la computación en nube, la publicidad basada en el comportamiento, las redes sociales, o los instrumentos de localización geográfica, han modificado sustancialmente los métodos utilizados para el tratamiento de datos. Así, el nuevo Reglamento afronta estas y otras tecnologías, en defensa de los derechos de los usuarios.
- La globalización, que implica la práctica desaparición de fronteras entre los Estados, sobre todo en el entorno de Internet. La progresiva supresión de los obstáculos al comercio ha conferido a las empresas una dimensión crecientemente global. El tratamiento transfronterizo y el trasvase internacional de datos se han incrementado considerablemente en los últimos años. Internet y la computación en nube han facilitado el tratamiento deslocalizado de la información a escala mundial.

¹⁵⁸¹ Eurobarómetro especial (EB) 359, *Data Protection and Electronic Identity in the EU* (Protección de datos e identidad electrónica en la UE, 2011): http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_359_en.pdf.

¹⁵⁸² Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 14 de enero de 2011, sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - *"Un enfoque global de la protección de los datos personales en la unión europea"* (DO C-181, de 22 de junio).

- El Tratado de Lisboa. La entrada en vigor del Tratado de Lisboa marca el inicio de una nueva época en materia de protección de datos. El art. 16 TFUE no solo reconoce el derecho individual del interesado sino que también incorpora un fundamento jurídico directo para una legislación más coherente en materia de protección de datos a nivel europeo. Con ello, se otorga carta de naturaleza a un marco jurídico global en materia de protección de datos aplicable al sector privado y al sector público, tanto en el seno de los Estados miembros, así como en el de las instituciones y los organismos europeos.
- La adopción de normas internacionales en materia de protección de datos personales y de la intimidad, que podría materializarse en la adopción de un instrumento jurídico vinculante a escala global. Su objetivo común es garantizar una protección eficaz y uniforme dentro de un entorno globalizado que evoluciona al compás de la tecnología.

Esta armonización fue ya objeto de la Comunicación de 4 de noviembre de 2010, de la Comisión, que bajo el título "*Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea*", subraya que una de las deficiencias esenciales del marco actual reside en el hecho de que deja un margen considerable de apreciación a los Estados miembros en lo que se refiere a la transposición de las disposiciones europeas a la legislación nacional. La falta de armonización repercute negativamente a diferentes niveles sobre una sociedad de la información en la que la razón de ser de las fronteras físicas entre los Estados miembros se desdibuja cada vez más.

En previsión de evitar comportamientos en que el usuario no es consciente de la recopilación de sus datos personales, así como para garantizar su eliminación de Internet (el derecho al olvido), la reforma del marco europeo de protección de datos contempla, con el objetivo de otorgar al individuo el control sobre sus propios datos:

- Un requisito específico que obliga a las sociedades *on-line* a minimizar el volumen de datos personales que recaben y procesen de los usuarios (principio de minimización de datos), de forma que éstos sean adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados¹⁵⁸³.
- La exigencia de medidas técnicas y organizativas que garanticen la protección de datos desde el diseño y por defecto. Es decir, que los datos no sean objeto de tratamiento por defecto (salvo los que sean necesarios para cada uno de los fines específicos del tratamiento)¹⁵⁸⁴.
- El derecho de supresión o derecho al olvido, en cuanto obligación explícita a los responsables del tratamiento para suprimir los datos personales de un individuo que le conciernen, si esa persona solicita expresamente la eliminación y cuando no exista motivo alguno para retenerlos¹⁵⁸⁵. A este derecho se le oponen, sin embargo, como límites, la libertad de expresión e información, el cumplimiento de una

¹⁵⁸³ Considerando 156 y art. 5.1.c) del R(UE) 2016/679.

¹⁵⁸⁴ Considerando 78 y art. 25 del R(UE) 2016/679.

¹⁵⁸⁵ Considerando 65 y art. 17 del R(UE) 2016/679.

obligación legal que imponga la conservación de datos, el interés público relativo a la salud pública, los fines de investigación científica e histórica o estadísticos. Ahora bien, estas obligaciones deberán respetar el contenido esencial de este derecho y ser proporcionales a la finalidad legítima perseguida.

Se prevé la implantación de medidas de seguridad, pues aunque las normas ya exigen claramente que los responsables del tratamiento de los datos garanticen la máxima seguridad técnica posible, existen infracciones en materia de seguridad por las que se pierden, roban o piratean enormes cantidades de datos personales. Para ello, el Reglamento (UE) 2016/679 prevé medidas como 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, permitiendo a los interesados supervisar el tratamiento y al responsable del tratamiento crear y mejorar elementos de seguridad¹⁵⁸⁶.

Una de estas medidas es el cifrado, al objeto de garantizar un nivel de seguridad adecuado, incluida la confidencialidad, teniendo en cuenta el estado de la técnica y el coste de su aplicación, respecto a los riesgos y la naturaleza de los datos personales que deban protegerse. Estos riesgos derivan de la pérdida de control sobre los datos personales, discriminación, usurpación de identidad, pérdidas financieras, reversión no autorizada de la seudonimización, posibles daños para la reputación, pérdida de confidencialidad de datos sujetos al secreto profesional y cualquier otro perjuicio económico o social.

En particular, se reforzará la seguridad de los datos al fomentar el uso de tecnologías impulsoras de la privacidad (tecnologías que protejan la privacidad de la información al minimizar el almacenamiento de datos personales), de parámetros por defecto que fomenten la privacidad y de programas de certificación de la privacidad.

Con todo, la seguridad absoluta, especialmente técnica, no cubre todos los riesgos. Por ello, tan pronto como el responsable del tratamiento tenga noticia de una violación de la seguridad de los datos personales, se prevé la obligación de éste, sin dilación alguna y, de ser posible, a más tardar 72 horas después de que haya tenido constancia de ella, notificar la violación de la seguridad a la autoridad de control competente, a menos que el responsable pueda demostrar, atendiendo al principio de responsabilidad proactiva, la improbabilidad de que la violación de la seguridad de los datos personales entrañe un riesgo para los derechos y las libertades de las personas físicas. Si dicha notificación no fuera posible en dicho plazo, tendrá que justificarse los motivos de la dilación. También se comunicará al interesado cuando la violación de la seguridad de los datos personales entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas¹⁵⁸⁷.

El objetivo se centra en reforzar los derechos, aportar a las personas medios eficientes y operativos destinados a garantizar que se les mantenga completamente informadas sobre lo que ocurre con sus datos personales y en permitirles que ejerzan sus derechos con mayor efectividad, para lo que se pretende:

- Garantizar que, si se requiere el consentimiento, éste se conceda de manera

¹⁵⁸⁶ Considerando 78 y arts. 5.1.f) y 32 del R(UE) 2016/679.

¹⁵⁸⁷ Considerando 85 y arts. 33 y 34 del R(UE) 2016/679.

explícita, es decir, que se otorgue mediante declaración o mediante acción afirmativa que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca. El interesado puede, además, retirar el consentimiento en cualquier momento. Para que el consentimiento sea informado, el interesado debe conocer como mínimo la identidad del responsable del tratamiento y los fines del tratamiento a los cuales están destinados los datos personales. Además, 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 alguno¹⁵⁸⁸.

Se trata de asumir la necesidad de transparencia e información al ciudadano que permita una manifestación libre, específica e informada de la voluntad del interesado, garantizando que la persona es consciente de que está dando su consentimiento. Para ello, se exige que toda información sea fácilmente accesible y comprensible, utilizando un lenguaje sencillo y claro, especialmente en entornos de publicidad en línea.

- Proveer a los usuarios de Internet de un derecho efectivo a ser olvidados en la red, mediante la supresión de los datos que le conciernan, si el interesado retira dicho consentimiento y si no existen motivos legítimos para retenerlos¹⁵⁸⁹.
- Facilitar un acceso fácil a los datos propios y el derecho a su portabilidad; mediante el derecho a obtener una copia de los datos almacenados por el responsable del tratamiento y la libertad de desplazarlos de un proveedor de servicios a otro, sin obstáculos¹⁵⁹⁰.

El derecho a la portabilidad de datos, de carácter instrumental, no puede entenderse cubierto (como sí ocurre con el derecho al olvido en relación al derecho a la supresión, cancelación u oposición) por el tradicional derecho de acceso, sino que pretende dar respuesta al problema planteado por las redes sociales. Este derecho pretende que, sin dificultades que aborren tal posibilidad, los usuarios de una red social puedan cancelar sus cuentas abiertas en un concreto portal y trasladar todo el historial generado en su cuenta a una nueva red social¹⁵⁹¹.

- Reforzar el derecho a la información al interesado de la existencia del tratamiento y su finalidad, de manera que los individuos comprendan cómo se manipulan sus datos personales, en especial en cuanto al acceso, rectificación y supresión, a la limitación de su tratamiento, o a oponerse al mismo, así como sobre el derecho a la portabilidad de los datos¹⁵⁹².

Para mejorar los medios de que disponen los individuos para ejercer sus derechos,

¹⁵⁸⁸ Considerandos 32, 40 y 42; y arts. 6.1.a) y 7 del R(UE) 2016/679.

¹⁵⁸⁹ Considerandos 65 y 66 y art. 17 del R(UE) 2016/679.

¹⁵⁹⁰ Considerando 73 y art. 20 del R(UE) 2016/679.

¹⁵⁹¹ RALLO LOMBARTE, Artemi: "Hacia un nuevo sistema europeo de protección de datos: Las claves de la reforma". *Revista de Derecho Político*. N.º 85. Septiembre-diciembre 2012. Pág. 48.

¹⁵⁹² Considerando 60 y art. 13 del R(UE) 2016/679.

se dispone:

- El refuerzo de la independencia y los poderes de las autoridades nacionales de protección de datos, con el fin de equiparlas adecuadamente para poder resolver las quejas de manera efectiva y dotarlas de las facultades para realizar investigaciones efectivas, tomar decisiones vinculantes e imponer sanciones efectivas y disuasorias¹⁵⁹³.

Cada Estado miembro establecerá una o varias autoridades públicas independientes (autoridad de control), responsables de supervisar la aplicación del Reglamento, con el fin de proteger los derechos y las libertades fundamentales de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento y a facilitar la libre circulación de datos personales en la UE¹⁵⁹⁴.

En esta línea, se crea la figura del Comité Europeo de Protección de Datos que, en sustitución del antiguo GT art. 29, se compone de un comisionado de cada autoridad nacional de control y por el Supervisor Europeo de Protección de Datos. Para preservar y reforzar la independencia de este nuevo órgano, la Comisión europea, aunque podrá participar en las actividades y reuniones del Comité, no tendrá derecho a voto¹⁵⁹⁵.

- El incremento de los recursos administrativos y judiciales correspondientes cuando se infrinjan los derechos de la protección de datos. En particular, las asociaciones cualificadas podrán emprender medidas legales en nombre del individuo¹⁵⁹⁶. A tal fin, se reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, tanto ante una autoridad de control, como ante un responsable o encargado del tratamiento, ante los tribunales en que esté establecida la autoridad de control o en donde esté establecido el responsable o encargado del tratamiento¹⁵⁹⁷.

El Reglamento debe proporcionar seguridad jurídica y transparencia a los operadores, incluyendo a empresas y microempresas, garantizando el mismo nivel de derechos y obligaciones, así como de responsabilidades, a los responsables y encargados de tratamiento de todos los Estados miembros. Para ello:

- Se exige a los responsables del tratamiento que designen a un encargado de protección de datos en empresas con más de 250 empleados y en las que lleven a cabo procesamientos arriesgados¹⁵⁹⁸.
- Se crea la obligación de efectuar la "*Evaluación de Impacto sobre Protección de Datos*", en los casos que sea probable que las operaciones de tratamiento

¹⁵⁹³ Considerando 117 y arts. 51 y 52 del R(UE) 2016/679.

¹⁵⁹⁴ Art. 51 del R(UE) 2016/679.

¹⁵⁹⁵ Arts. 68 y 69 del R(UE) 2016/679.

¹⁵⁹⁶ Art. 80 del R(UE) 2016/679.

¹⁵⁹⁷ Considerandos 141 y 142 y arts. 78 y 79 del R(UE) 2016/679.

¹⁵⁹⁸ Considerando 13 y art. 30 del R(UE) 2016/679.

entrañen un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas. Incumbe al responsable del tratamiento su realización, evaluando, en particular, el origen, la naturaleza, la particularidad y la gravedad de dicho riesgo¹⁵⁹⁹.

- Se introduce el principio de la “*protección de datos desde el diseño*” con el fin de garantizar que las medidas de protección de los datos se incluyen desde la etapa de planificación de sus procedimientos y sistemas¹⁶⁰⁰. Esta novedad, ya ha sido valorada positivamente en diversos foros y merece destacarse tanto por su innovación como por sus efectos.

El concepto de intimidad mediante el diseño hace referencia a la integración de la protección de datos y la protección de la intimidad desde la fase de concepción de nuevos productos, servicios y procedimientos que implican el tratamiento de datos personales. La intimidad mediante el diseño constituye un elemento del principio de responsabilidad. Por lo tanto, exige a los responsables del tratamiento demostrar que han aplicado la intimidad mediante el diseño, cuando sea necesario. La XXXII Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Protección de la Intimidad emitió una resolución en la que se reconocía la intimidad mediante el diseño como componente esencial de la protección de la intimidad¹⁶⁰¹.

La protección tecnológica de la privacidad desde el mismo momento del diseño de la aplicación ha supuesto una evolución hasta llegar a las *PETs (Privacy Enhancing Technologies)*. En un principio se pretendía proteger la privacidad con parches tecnológicos a posteriori, pero los problemas fueron evidentes: Un coste añadido y los problemas de interoperatividad con la aplicación de base. Fue entonces cuando se propuso incorporar principios de diseño respetuosos con la privacidad. Esta opción fue la propuesta por Ann CAVOUKIAN (Comisionado para la protección de los datos personales en Ontario), quien le dio la denominación actual. Estas tecnologías son óptimas especialmente para la protección de la privacidad, la libertad de expresión, la libertad sexual, menores y libertad de información¹⁶⁰².

La solución parte de asumir como principio base que el usuario es dueño de su información¹⁶⁰³. Para ello, la privacidad y la protección de los datos se tendrían que integrar en todo el ciclo de vida de la tecnología, desde la primera fase del diseño hasta su uso y su eliminación.

¹⁵⁹⁹ Considerando 84 y art. 35 del R(UE) 2016/679.

¹⁶⁰⁰ Considerando 78 y art. 25 del R(UE) 2016/679.

¹⁶⁰¹ Resolución relativa a la intimidad mediante el diseño, adoptada en la XXXII Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad, Jerusalén 27-29 de octubre de 2010.

¹⁶⁰² ROIG BATALLA, Antoni: "Tecnología, libertad y privacidad", en COTINO HUESO, Lorenzo (editor): "*Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*". PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia, 2011. Págs 44-51. Disponible en: <http://www.derechotics.com/congresos/2010-libertades-y-20/e-libro-e-libertades-2010>

¹⁶⁰³ MEGÍAS TEROL, Javier: "Privacy by design, construcción de redes sociales garantes de la privacidad", en RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Dir.): "*Derechos y redes sociales*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2013. Pág. 67.

En algunos casos puede obligar a eliminar o reducir datos personales o evitar tratamientos innecesarios o no deseados. En otros casos, "la privacidad desde el diseño" puede dar lugar a que se ofrezcan herramientas para aumentar el control que tienen las personas sobre sus datos personales.

Sin embargo, aparte de los aspectos técnicos, cabría preguntarse qué disponibilidad tienen los operadores económicos, los fabricantes y proveedores de TICs y los responsables del tratamiento en comercializar e implementar la privacidad desde el diseño. Por ello, es positivo el impulso normativo de disponer normas que tutelen la garantía por las autoridades del cumplimiento y la tutela de los derechos de los usuarios.

Así, este principio debe ser vinculante para los diseñadores y productores de tecnología y para los responsables del tratamiento que tengan que decidir sobre la adquisición y el uso de las TICs, estando obligados a tener en cuenta la protección tecnológica de los datos ya desde la fase de planificación de los procedimientos y sistemas tecnológicos de información. Los proveedores de estos sistemas o servicios y los responsables del tratamiento deberían demostrar que han adoptado todas las medidas necesarias para cumplir estas exigencias.

El principio general de privacidad desde el diseño debería ser neutral desde el punto de vista tecnológico. El principio no debería pretender regular la tecnología, es decir, no debería arbitrar soluciones técnicas concretas. En cambio, debería ordenar que los principios existentes de privacidad y protección de datos se integren en los sistemas y soluciones de información y comunicación.

Existen razones que justifican la adopción de medidas desde el diseño tecnológico, aprovechando las técnicas de la ingeniería del *software*, ante la disponibilidad de nuestros datos por terceros¹⁶⁰⁴:

- El riesgo de sufrir un perjuicio por los datos personales disponibles ante el público y utilizados por un tercero contra sus propietarios (por ejemplo, en los procesos de selección de personal en una empresa).
- La equidad en el mercado de los datos personales. Existen personas interesadas en consultar nuestros datos a bajo coste para comercializar con ellos. Los sistemas de protección de datos deben garantizar y proteger a los ciudadanos de contratos "fantasma" vinculados a la aceptación del contenido que se busca.
- La utilización de la información segmentada por áreas, protegiendo las más sensibles de los motores de búsqueda. No es lo mismo un área profesional, que un área de contactos personales. La mezcla de información de cada una de estas áreas, provocan la pérdida del gobierno de nuestros datos.

Para la salvaguardia del respeto al nuevo marco jurídico que representa el nuevo Reglamento, se lleva a cabo un efectivo reforzamiento del régimen de sanciones que se

¹⁶⁰⁴ VAN DEN HOVEN, Jeroen: "Privacy by design o la protección de datos personales desde el diseño: El caso de la videovigilancia" en AA.VV.: "Ciudadanos, ciudades y videovigilancia. Hacia una utilización democrática y responsable de la videovigilancia". Foro Europeo para la Seguridad Urbana. París. 2010. Págs. 61-70. Disponible en: http://efus.eu/files/2013/05/CCTV_ESPAGNOL.pdf

generaliza en todo el territorio de la UE, buscando armonizar el régimen aplicativo en cada Estado miembro, evitando divergencias en su aplicación. Por ello, las sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias, fijándose su importe de acuerdo a la naturaleza, gravedad y duración de la infracción, la intencionalidad o negligencia, el grado de responsabilidad de la persona física o jurídica, la reincidencia, el grado de cooperación de la autoridad de control, las categorías de datos afectados o cualquier otro factor agravante o atenuante a las circunstancias del caso. La autoridad de control podrá imponer rigurosas multas, atendiendo si el infractor es una persona física (10.000 euros como máximo, o 20.000 si se incumplen determinadas resoluciones de la autoridad de control), o tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 2% como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior (4% si se incumplen determinadas resoluciones de la autoridad de control)¹⁶⁰⁵.

Se advierte así, que el Reglamento diferencia con buen criterio el régimen sancionador aplicable a un particular, del que resulta predicable de una empresa, constituyendo el rigor de las sanciones económicas previstas una exigencia disuasoria. Además, la responsabilidad del infractor vendrá modulada por su grado de intencionalidad pero, en todo caso, para su exigibilidad se requiere voluntariedad o negligencia¹⁶⁰⁶.

Por su parte, la Directiva (UE) 2016/680, tiene como principal finalidad garantizar la adecuada protección de los datos de las víctimas, testigos e investigados por la presunta comisión de delitos. Regula la libre circulación de datos personales entre las autoridades competentes para la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y la prevención frente a las amenazas para la seguridad pública en el seno de la UE y la transferencia de estos datos personales a terceros países y organizaciones internacionales, al tiempo que se garantiza un nivel uniforme y elevado de protección de los datos personales.

Esta Directiva se sustenta en diversos motivos, como intensificar los intercambios transfronterizos de datos para prevenir y luchar contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, el incremento de la confianza entre las autoridades policiales y judiciales de los Estados miembros, así como la existencia de un marco uniforme y coherente para toda la Unión¹⁶⁰⁷.

2.2. LA PROTECCIÓN DE DATOS EN ESPAÑA.

2.2.1 El derecho a la autodeterminación informativa en la Constitución Española.

El art. 18.4 CE contiene un mandato al Parlamento para que dicte normas que limiten *“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”*.

¹⁶⁰⁵ De acuerdo al art. 83 del R(UE) 2016/679.

¹⁶⁰⁶ RALLO LOMBARTE, Artemi: “Hacia un nuevo sistema europeo de protección de datos: Las claves de la reforma”. *Revista de Derecho Político*. N.º 85. Septiembre-diciembre 2012. Pág. 39.

¹⁶⁰⁷ Considerandos 7, 71, 73 y 74 de la Directiva.

Cabe destacar la previsión de los ponentes de la CE, una de las primeras en advertir los peligros que puede entrañar el archivo y uso ilimitado de los datos informáticos, junto a la Constitución portuguesa de 1976, que ya recogía en su art. 35 la prohibición de utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada¹⁶⁰⁸. En consonancia con ello, la Constitución brasileña de 1988 instrumentó un amparo específico, denominado “*habeas data*” (art. 5-LXXI), destinado a asegurar a las personas el conocimiento de informaciones referidas a ellas, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público, y para rectificar tales datos. Este modelo se ha extendido a otras Constituciones latinoamericanas, como la de Colombia de 1991 (art. 15), Paraguay de 1992 (art. 135), Perú de 1993 (art. 200.3) y la reforma constitucional de Argentina de 1994 (art. 43)¹⁶⁰⁹.

Así, de esta acertada previsión constitucional, hoy vigente y aplicable, a pesar de la evolución y revolución tecnológica que ha supuesto el empleo de las TICs, hay que partir de un doble contenido del art. 18.4 CE¹⁶¹⁰:

- De un lado, en conexión con el art. 9 CE, posee un sentido negativo en cuanto entraña un conjunto de deberes impuestos, tanto a los poderes públicos de limitar el uso de la informática mediante los instrumentos legales y de cualquier otra índole adecuados al caso, como el de los ciudadanos de respetar dicha limitación.
- De otro lado, posee un sentido positivo, en conexión con el art. 10 CE, consagrando un nuevo derecho fundamental a la libre autodeterminación del sujeto con respecto al tratamiento automatizado de los datos que le conciernen y el uso que de ellos puede hacerse. El TC lo ha puesto de manifiesto con toda claridad: El objetivo esencial que ha de perseguirse es la defensa frente a las agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona, como consecuencia de un uso ilegítimo del tratamiento automatizado de datos (STC 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2º).

Surge así la polémica a la hora de considerar si el 18.4 CE distingue entre dos derechos fundamentales distintos¹⁶¹¹: El derecho a la intimidad, propiamente dicho (protección frente a invasiones en la esfera privada y personal) y la libertad informática, que garantizaría la protección de datos personales al ciudadano a través de un poder de control o disposición sobre el uso y el destino de sus datos personales¹⁶¹².

Se puede decir que con la promulgación de la CE existían ya elementos de juicio suficientes para apreciar que de la utilización de la informática podían derivarse riesgos

¹⁶⁰⁸ Véase la obra de RODRÍGUEZ LEAL, Luis Germán y CARNOTA, Raúl: “*Historias de las TIC en América Latina y el Caribe*”. Fundación Telefónica y Ed. Ariel. Madrid y Barcelona, 2015.

¹⁶⁰⁹ SAGÜES, Néstor Pedro: “El Habeas Data: Su desarrollo constitucional”, en AAVV. (Comisión Andina de Juristas). *Lecturas Andinas Constitucionales*, N° 3, Lima (Perú), 1994. Págs. 864-865.

¹⁶¹⁰ OROZCO PARDO, Guillermo: “La Protección de Datos en Derecho español a la luz de la reciente jurisprudencia constitucional”. *Actualidad Civil*. N.º 1, 2002. Págs. 182.

¹⁶¹¹ Véase el Capítulo I de esta obra.

¹⁶¹² ROIG BATALLA, Antoni: “*Derechos Fundamentales y Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones*”. Ed. Bosh. Barcelona, 2010. Págs 11-16.

graves para las personas que requerían restablecer de forma expresa el principio de la protección frente a tales peligros, no solo de los reconocidos en el art. 18.1 CE, sino de todos los derechos que les corresponden. En el art. 18.4 CE se halla la voluntad de los constituyentes de elaborar un catálogo de derechos fundamentales abierto a los retos del momento, pero también a los que previsiblemente depararía el futuro¹⁶¹³.

Así, en la STC 290/2000, de 30 de noviembre, el Magistrado JIMÉNEZ DE PARGA formuló un Voto Particular que proponía reconocer, a partir del art. 10.1 CE, el derecho a la libertad informática, derecho no reconocido expresamente en la CE.

Este planteamiento no fue acogido por el TC que se limitó, para solucionar el problema de la ubicación constitucional del derecho a la protección de datos, a un reconocimiento específico, como derecho autónomo, que en un primer momento fue el derecho a la libertad informática y luego pasó a llamarse derecho a la protección de los datos personales automatizados.

Estos datos no serían sólo los datos íntimos de la persona, sino que incluyen, de manera más amplia, todos aquellos que permitan identificarla. Por ejemplo, la dirección IP de nuestro ordenador se ha considerado un dato personal¹⁶¹⁴.

La existencia de bases de datos, tanto públicas como privadas, en las que figuran detalles relativos a la esfera de los derechos de la persona, hace necesario un control de esa información, tanto en cuanto a la manera de obtenerla, como a su almacenamiento, control y acceso a la misma, no sólo por terceros sino por los propios interesados, en aras de salvaguardar la intimidad o privacidad.

En esta línea, España aprobó la LO 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, pero hasta esa fecha la regulación al respecto, a partir del art. 18.4 CE, partía del Convenio de 1981, sobre protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Con motivo de la aprobación de la Directiva 95/46/CE, en la que se introdujeron modificaciones respecto al régimen anteriormente citado, se aprobó la actualmente vigente LO 15/1999, de protección de datos personales, cuyo art. 1 revela ya el objeto de la misma: *“garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, especialmente de su honor e intimidad personal y familiar”*.

Adviértase que ya en el art. 1 LOPD no se hace alusión directa al art. 18.4 CE, porque el legislador ha estimado que esta materia excede a la mera limitación del uso de la informática¹⁶¹⁵.

En este contexto, es preciso tener en cuenta la rápida y constante evolución tecnológica que implica una ingente recogida e intercambio de datos, utilizados tanto por

¹⁶¹³ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: “La Constitución y el derecho a la autodeterminación informativa”. *Cuadernos de Derecho Público*. N.º 19-20. Mayo-diciembre 2003. Pág. 29.

¹⁶¹⁴ Informe 327/2003 de la AEPD.

¹⁶¹⁵ OROZCO PARDO, Guillermo: “La Protección de Datos en Derecho español a la luz de la reciente jurisprudencia constitucional”. *Actualidad Civil*. N.º 1, 2002. Pág. 185.

las empresas privadas como por las administraciones públicas. La tecnología ha transformado nuestros hábitos, así como la economía y la vida social, pero la falta de conciencia sobre la difusión, incluso a nivel supranacional, de nuestra propia información, provoca un riesgo para la garantía de los derechos de la persona.

Esta garantía sobre el tratamiento automatizado de nuestros datos personales es la que contiene el derecho fundamental. La llamada “*protección de datos*”, entendida como la protección jurídica de las personas en lo que concierne al tratamiento de sus datos de carácter personal es un tema que ha adquirido enorme actualidad y protagonismo, y que afecta directamente a un derecho fundamental de elevado contenido¹⁶¹⁶.

El régimen jurídico de la libertad informática comporta el reconocimiento a todos los ciudadanos de facultades positivas y negativas sobre la información personal que les afecte y se halle en ficheros automatizados. Este derecho fundamental garantiza a la persona un poder de control y disposición sobre sus datos personales, en la medida en que confiere a su titular un haz de facultades que son elementos esenciales del derecho fundamental a la protección de datos personales, integrado por los derechos que corresponden al afectado a consentir la recogida y el uso de sus datos personales, a conocer los mismos, quien los posee y con qué finalidad, así como el derecho a oponerse a esa posesión y uso, exigiendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de tales datos¹⁶¹⁷.

Ello implica además, la facultad de oponerse al tratamiento de los propios datos cuando éstos hubieran sido obtenidos por terceros sin su consentimiento, por constar en fuentes accesibles al público, y el derecho a no ser perjudicado por actos jurídicos, públicos o privados, que se funden en valoraciones de la personalidad obtenidas por medio de tratamiento de datos¹⁶¹⁸.

Así, la normativa que regula el uso de la tecnología en materia de tratamiento de datos trata de dar una respuesta a la convivencia entre la informática y los derechos de las personas más vinculados a su vida privada. Concretamente, se trata de tutelar el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar. También se pretende proteger la libertad de conciencia (art. 16 CE) y la libertad personal (art. 17 CE).

Conviene señalar que los derechos fundamentales se han configurado en una etapa pre-informática, que los podría hacer ineficaces para la defensa de los ciudadanos en la sociedad de la información. Por eso, se apunta a que desde la concepción tradicional de los derechos individuales no es posible proteger satisfactoriamente los datos personales, ya que este derecho quedaría reducido a un derecho compensatorio y de naturaleza represiva¹⁶¹⁹.

¹⁶¹⁶ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel: “*La protección de datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas*”. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003. Pág. 14.

¹⁶¹⁷ BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de: “*Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2002. Págs. 405-406.

¹⁶¹⁸ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: “Derechos fundamentales y avances tecnológicos. Los riesgos del progreso”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. N.º 109. Enero-abril 2004. Págs 106-107.

¹⁶¹⁹ HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel: “*El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*”. Ed. Dykinson. Madrid. 2002. Pág. 19.

Por tanto, como afirma MARTÍNEZ MARTÍNEZ, el derecho fundamental a la protección de datos admite una interpretación que supera la tradicional concepción de la intimidad, otorgando a su titular el derecho a obtener prestaciones positivas, del Estado y de los particulares. Puede afirmarse con rotundidad que es un derecho de textura abierta que atribuye poderes de control sobre la información personal, y está claramente orientado a ofrecer una esfera de protección frente a los avances tecnológicos¹⁶²⁰.

La intimidad en general y la protección de la privacidad a través de nuestros datos, no se identifica con una realidad estática, sino en el contexto y momento histórico en el que se inserta. Además, la intimidad concebida como un círculo estrictamente personal y familiar, limitado prácticamente al domicilio (STC 73/1982, de 2 de diciembre, FJ 5º), ha ampliado su ámbito a las relaciones sociales, la localización del individuo e incluso, su vida digital. Y la tecnología no es más que una muestra de ello, pues encierra de una manera u otra la información sensible del individuo, pudiéndose conocer en su interacción social, sus preferencias, su personalidad, ideologías o creencias, así como incluso, su propia imagen, aficiones, deseos, información económica, estado civil o incluso afectivo.

En este sentido, parece premonitoria la STC 110/1984, de 26 de noviembre, cuando afirma que *"el avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada. De aquí el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de vida"* (FJ 3º).

Y más claramente, la STC 134/1999, de 15 de julio, en relación al derecho a la intimidad, afirma que este derecho garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida, lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (FJ 5º).

Esta convivencia entre la informática y el respeto a los derechos fundamentales parte ya de un hecho fácilmente constatable: El ciudadano no controla la mayor parte de la información que sobre él existe, lo que implica una pérdida progresiva del control de su propia intimidad, ya que a partir de este cúmulo de información sobre preferencias y comportamientos existe el riesgo de que se construyan perfiles de nuestra personalidad.

Por tanto, no cabe centrar el debate sobre la protección del derecho en la mayor o menor gravedad de la revelación de datos personales, su repercusión social e incluso el grado de veracidad de los mismos. El derecho a la protección de datos se desplegará con la revelación de la información personal del individuo, independientemente del grado de intimidad que se atribuya. Hay que advertir que esta información puede motivar

¹⁶²⁰ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: "El derecho a la vida privada en España", en PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y BADÍA Y LIBERAL, Enrique (Coords.): *"El debate sobre la privacidad y seguridad en la red: Regulación y mercados"*. Colección Fundación Telefónica. Ed. Ariel. Barcelona. 2012. Pág. 125.

decisiones sobre nuestros derechos y expectativas (por ejemplo, a la hora de obtener un crédito, o a la hora de ser seleccionado en una entrevista de trabajo).

DAVARA RODRÍGUEZ define la protección de datos como “*El amparo debido a los ciudadanos contra la posible utilización por terceros, en forma no autorizada, de sus datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, para, de esta forma, confeccionar una información que, identificable con él, afecte a su entorno personal, social o profesional, en los límites de su intimidad*”¹⁶²¹.

Sin embargo, hay autores que justifican esta realidad como necesaria para el progreso. Así, se alude a que esta quiebra material del control sobre nuestra propia intimidad no es reversible. Y es que no es posible hacer predicciones sobre el progreso, pero sí cabe ser conscientes de que sin los actuales medios de información y comunicación, no podríamos vivir como vivimos. La renuncia al progreso nos haría retroceder a formas mucho más primitivas de organización de la convivencia. La pérdida de control de la información que atañe a nuestra intimidad es una exigencia y un riesgo de la sociedad de la información. De ahí la importancia a que el ordenamiento dé una respuesta a este problema. Así, lo que es realmente trascendente, en palabras de LÓPEZ GONZÁLEZ Y VOZMEDIANO MUÑOZ “*es concienciar al usuario de Internet de que sus datos pueden ser utilizados de manera irregular y de que está en su mano el procurar que los mismos sean manejados de forma transparente y ajustada a Derecho. El usuario de Internet debe ser consciente de qué datos personales suministra y hace públicos, y a quién se los facilita*”¹⁶²².

A pesar de ello, los riesgos sobre la información que atesora un ordenador derivan no sólo de los datos que en él se han introducido, sino de la información nueva o de segunda generación sobre la base de relacionar o cruzar datos precedentes, lo que nos puede hacer llegar a obtener características o perfiles que el propio afectado desconoce y que pueden cristalizar en lo que se ha llamado la “*personalidad informatizada*”¹⁶²³.

Es aquí donde cabe aludir a la evolución que pueden sufrir las teorías que tratan de explicar el contenido del derecho a la intimidad. Junto a la concepción clásica del derecho a la intimidad a partir de la **teoría de las esferas**, en la que lo íntimo correspondería al círculo concéntrico más interno y lo privado a un círculo más amplio, se ha formulado una nueva concepción a partir de la **teoría del mosaico**¹⁶²⁴. Considerando la insuficiencia de la teoría de las esferas para hacer frente a nuevas formas sofisticadas de ataque a la intimidad, MADRID CONESA ha postulado la que denomina teoría del mosaico. Esta teoría estima lo privado y lo público como conceptos relativos. De ahí concluye, en primer

¹⁶²¹ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel: “*Manual de derecho informático*”. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002. Pág. 47.

¹⁶²² LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis y VOZMEDIANO MUÑOZ, Francisco: “Los Derechos Fundamentales ante las Tecnologías de la Información: Tratamiento de Datos y Derecho a la Intimidad”. *Iustitia et Securitas. Revista de Estudios Jurídicos y Sociales* (Universidad Autónoma del Estado de México). N.º 2 Enero-junio 2006. Págs. 147-148.

¹⁶²³ OROZCO PARDO, Guillermo: “La Protección de Datos en Derecho español a la luz de la reciente jurisprudencia constitucional”. *Actualidad Civil*. N.º 1, 2002. Págs. 175-178.

¹⁶²⁴ RUIZ MIGUEL, Carlos: “En torno a la protección de los datos personales automatizados”. *Revista de Estudios Políticos*, N.º 84. Abril-junio 1994. Págs 242 y 243.

lugar, que lo privado y lo público son relativos en función de quién sea el otro sujeto en la relación informativa y, en segundo lugar, que existen datos a priori irrelevantes desde el punto de vista del derecho a la intimidad y que, sin embargo, en conexión con otros, quizá también irrelevantes, pueden servir para hacer totalmente transparente la personalidad de un ciudadano “*al igual que ocurre con las pequeñas piedras que forman los mosaicos, que en sí no dicen nada, pero que unidas pueden formar conjuntos plenos de significado*”¹⁶²⁵.

Todo dato personal que figura en Internet en un formato que permita su búsqueda indexada está a disposición de cualquier persona con solo introducir en el buscador una palabra, un nombre o una característica peculiar o individualizada del objeto de búsqueda. Si a ello unimos la capacidad ilimitada de almacenamiento en Internet y la unión de piezas o teselas (datos íntimos o no), aunque aisladamente no aportan información relevante, puede recomponerse sin embargo el retrato perfecto de una persona encajando las piezas de un *puzzle* o mosaico. De esta forma es fácil apreciar la intromisión que supone privar a la persona de sus posibilidades en el libre desarrollo de su personalidad y de su desenvolvimiento en sociedad, pues no cabe duda que puede estar condicionado por la información pública existente en Internet¹⁶²⁶.

2.2.2 La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter Personal (LOPD).

El art. 3 LOPD define ampliamente -en sentido material y también subjetivo-, el contenido de lo que se entiende por datos de carácter personal, procediendo a su identificación con “*cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables*”.

Se trata de un concepto muy amplio, pues no es necesario que la información esté recogida en una base de datos o en un fichero estructurado. La información, es decir, los datos de carácter personal, son los registrados en un soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento que alcanza a toda modalidad de uso posterior, tanto por los sectores público y privado (art. 2.1 LOPD). Así, por ejemplo, el correo electrónico contiene datos personales.

Se excluyen del ámbito de aplicación de la LOPD, los datos personales contenidos en ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas, además de los sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas y los establecidos para la investigación de terrorismo y de otras formas graves de delincuencia organizada (art. 2.2 LOPD).

En este concepto, cabe distinguir dos elementos esenciales: Uno objetivo, la información, y otro subjetivo, relativo a la persona física. Tendrán, por tanto, la condición de dato personal no sólo el nombre, los apellidos, el número de afiliación, etc. de una persona física, sino también las imágenes, los sonidos y las voces¹⁶²⁷.

¹⁶²⁵ MADRID CONESA, Fulgencio: “*Derecho a la Intimidad, Informática y Estado de Derecho*”. Universidad de Valencia. 1984. Pág. 45.

¹⁶²⁶ GUICHOT REINA, Emilio: “La publicidad de datos personales en internet por parte de las administraciones públicas y el derecho al olvido”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º 154. Mayo-agosto 2008. Pág. 3.

¹⁶²⁷ En esta dirección apunta la definición de datos de carácter personal desarrollada por el art. 5.1.f)

El riesgo potencial a la privacidad de los ficheros que asimilan y, en ocasiones, comparten información personal, es enorme. Cualquier empresa, administración pública o particular puede reunir una serie de datos a los que ha tenido acceso directamente o a través de terceros. Esta información puede ser veraz y actual, pero también puede estar tergiversada, ser inexacta o engañosa. Además, puede perjudicar al individuo en función de su uso (tanto laboral, social y profesional, como en el propiamente familiar).

Por ello, el Título II (arts. 4 a 12) aborda los principios informantes de la protección de datos que constituyen el contenido esencial del derecho y configuran un sistema de tutela que garantiza una utilización racional y razonable de los datos personales. Estos principios tratan de constituir un sistema preventivo de tutela de la persona frente al tratamiento de sus datos, estableciendo un saludable equilibrio entre los avances de la sociedad de la información y el respeto a la libertad de los ciudadanos¹⁶²⁸.

De esta forma se trata de preservar la calidad de los datos, su adecuación, pertinencia y finalidad explícita y legítima. Por tanto, se prohíbe que los datos sean tratados para fines incompatibles con aquellos para los que se recogieron, por lo que deberán cancelarse cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la que hayan sido recabados. No obstante, se considera posible el posterior tratamiento de los mismos con finalidad histórica, estadística o científica.

Asimismo, los datos deben ser exactos y puestos al día, de forma que respondan con veracidad a la situación real y actual del afectado. Si los mismos fueran inexactos o incompletos, se cancelarán o sustituirán de oficio, sin perjuicio de la utilización del interesado de los derechos de rectificación y cancelación “ex” art. 16 LOPD.

Los datos de carácter personal deben igualmente cancelarse cuando no sean necesarios o pertinentes para la finalidad de su recolección o tratamiento, a la vez que no se pueden conservar de forma que se permita la identificación del individuo por más tiempo del necesario para los fines para los que fuesen recabados. No obstante, deben almacenarse para posibilitar el derecho de acceso del interesado, salvo que legalmente sean cancelados.

El art. 5 LOPD alude a la información en la recogida de datos, derecho que corresponde a los interesados a quienes se soliciten datos personales. Este precepto representa un importante avance en la tutela de este derecho, por cuanto garantiza al afectado conocer la misma existencia del fichero o tratamiento de datos, la finalidad de su recogida y los destinatarios de esa información; las consecuencias de la obtención de los datos, o de la posible negativa a facilitarlos; la posibilidad de ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición (arts. 15 a 17); y la identidad del responsable del tratamiento y su dirección.

Si los datos de carácter personal no fuesen obtenidos directamente del interesado, éste debe ser informado de forma expresa, precisa e inequívoca por el responsable del fichero en los tres meses siguientes al registro de los datos, salvo que hubiera sido

RLOPD: “Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables”.

¹⁶²⁸ HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel: “El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales”. Ed. Dykinson. Madrid. 2002. Pág. 53.

informado antes de la existencia y contenido del tratamiento.

El principio de información se complementa con el consentimiento del interesado, a la hora de recabar sus datos personales. Salvo las excepciones previstas, el consentimiento debe prestarse de forma clara e inequívoca, conociendo el destino y finalidad de los datos, siendo revocable, en cuyo caso no goza de efectos retroactivos.

Las excepciones a la prestación del consentimiento afectan a los datos relativos al ejercicio de las funciones propias de las administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias; cuando se refieran a partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga un interés vital para el interesado (se refiere a temas de tratamiento o prevención por servicios médicos profesionales), o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y se persiga un interés legítimo sin perturbar los derechos fundamentales del interesado. Sin perjuicio de ello, el interesado puede oponerse al tratamiento de datos que no necesiten de su consentimiento expreso, en base a cuestiones personales fundadas y legítimas.

Como ya se ha puesto de manifiesto, la “*teoría del mosaico*” hace que ningún dato sea absolutamente inocuo a los derechos fundamentales. Pero existen determinados datos personales que están sujetos a una especial protección, ya que pueden afectar de una forma más intensa a la privacidad. Es por ello que el art. 7 cataloga como tales a los datos sobre la ideología, religión o creencias, de acuerdo con lo establecido en el art. 16.2 CE. Estos datos sólo se pueden tratar y conseguir con el consentimiento expreso y escrito de la persona interesada, que puede negarse a prestarlo. Igual régimen se aplica a la afiliación sindical, aunque se exceptúan los ficheros que mantengan partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y otras entidades sin ánimo de lucro con finalidad vinculada a esos datos respecto a sus afiliados o miembros, si bien no pueden cederlos sin el previo consentimiento de los afectados. Igualmente los datos sobre raza, salud y vida sexual sólo pueden ser recabados, tratados o cedidos cuando por razones de interés general lo disponga una ley o el afectado acepte expresamente.

Quedan, no obstante, excluidos los ficheros que sólo se creen para almacenar esos datos “*superprotegidos*”. Estos datos sí pueden excepcionalmente tratarse por motivos de salud y de intereses vitales del afectado o de otra persona. Precisamente el art. 8 establece que los datos referidos a la salud pueden ser tratados por los centros sanitarios y sus profesionales, de acuerdo con la reglamentación sectorial propia.

El principio de la seguridad de los datos es otro de los pilares que garantizan, además de la licitud, el control del tratamiento (arts. 9 y 10 LOPD), exigiendo del responsable y encargado del mismo que desarrollen las garantías y medidas necesarias, así como el deber de secreto profesional de los mismos, que abarca a cualquier persona que intervenga en alguna de las fases del tratamiento de los datos personales.

Los derechos de las personas interesadas se articulan de forma que los principios sean efectivos y no queden reducidos a meras normas o criterios programáticos. Por ello, el Título III (arts. 13 a 19), recoge medidas de protección de las persona respecto a la información y a su tratamiento, que constituyen instrumentos jurídicos en defensa de los intereses de los afectados.

Se establece así, el derecho a consulta de cualquier persona en el Registro General de Protección de Datos (art. 14), así como el derecho de acceso o derecho del interesado a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos sometidos a tratamiento, su origen, así como las posibles comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos. Dicha información puede ser recibida visualizándola o por cualquier medio, siempre que la misma sea inteligible y no codificada. Para el buen uso de este derecho se establece una periodicidad de doce meses entre cada consulta, salvo acreditación legítima del interesado (art. 15).

El art. 16 LOPD establece los derechos de rectificación y cancelación, estando obligado el responsable del tratamiento a los mismos cuando los datos no cumplan los requisitos expuestos con antelación, o si los mismos son inexactos o incompletos.

En el ejercicio de esos derechos cabe reclamación ante la AEPD u organismo similar autonómico. Las resoluciones de estos organismos públicos pueden ser recurridas ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (art. 18).

En desarrollo de la LOPD, el RD 1720/2007, de 21 de diciembre, especifica los principios de protección de datos, los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y las disposiciones aplicables a determinados ficheros de titularidad privada.

Sin embargo, el avance de las tecnologías hace necesario adaptar la legislación a la realidad actual y los problemas que se plantean, siendo imprescindible proceder a una interpretación y a una aplicación flexible de la normativa que, sin merma de la protección de los derechos de los ciudadanos, permita su adaptación a realidades muy diferentes, sin imponer cargas administrativas innecesarias y minimizando los costes asociados al cumplimiento¹⁶²⁹.

2.3. OTRAS NORMAS DE TUTELA DE LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ÁMBITO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DEL COMERCIO ELECTRÓNICO.

2.3.1 El marco jurídico español de la protección de las telecomunicaciones y el comercio electrónico.

Cada vez es más frecuente que las empresas utilicen sus páginas *webs* para dar a sus clientes la oportunidad de obtener información sobre ellas, sus productos, servicios de compra y condiciones. Para ello recaban datos de carácter personal de los clientes que acceden a la *web*, bien porque el usuario rellena un formulario, o por el uso de las *cookies* para obtener información.

Ya que se trata de una recopilación de datos de carácter personal, se ha de cumplir con la LOPD, pero además, hay otras normas que regulan aspectos relacionados con la protección de datos en lo que se ha denominado la sociedad de la información y el comercio electrónico. Básicamente, se trata de cumplir con las políticas de privacidad y confidencialidad que exigen el consentimiento expreso de los usuarios en el tráfico jurídico de las comunicaciones y relaciones entre el usuario y la empresa o terceros.

¹⁶²⁹ RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, José Luis: “Los retos actuales de la protección de datos”, en: AA.VV.: “20 años de protección de datos en España”. AEPD. Madrid, 2015. Pág. 468.

La Ley 34/2002, de 11 de julio (LSSICE), cuyo análisis general se llevó a cabo en el Capítulo III, se aplica a los servicios prestados a distancia, por vía electrónica y a petición individual del interesado, mediante contraprestación económica directa o indirecta, incluyendo los servicios no remunerados por sus destinatarios cuando constituyan una actividad económica para el prestador de servicios. Por tanto, es de aplicación a todos los sitios *web* de empresas, al suministrar información y ofrecer servicios a los usuarios.

La Ley 9/2014, de 9 de mayo¹⁶³⁰, de Telecomunicaciones (LT) deroga la anterior Ley 32/2003, de 3 de noviembre¹⁶³¹, y contiene en su Capítulo III (del Título III) la regulación sobre el “*Secreto de las comunicaciones y protección de los datos personales y derechos y obligaciones de carácter público vinculados con las redes y servicios de comunicaciones electrónicas*”.

La LT introduce reformas estructurales en el régimen jurídico de las telecomunicaciones dirigidas a facilitar el despliegue de redes y la prestación de servicios por parte de los operadores, para que ello les permita ofrecer a los usuarios servicios más innovadores, de mayor calidad y cobertura, a precios más competitivos y con mejores condiciones, lo que contribuirá a potenciar la competitividad y la productividad de la economía española en su conjunto. También favorece la seguridad jurídica, al compendiar la normativa vigente, y en particular en lo que se refiere al marco comunitario de las comunicaciones electrónicas.

Este marco jurídico surge a raíz de la incorporación de nuevos medios a la vida económica y social, lo que supone una serie de ventajas, como por ejemplo, una mayor eficiencia empresarial, aumento de las posibilidades de elección de los usuarios, así como nuevas fuentes de ingresos. Pero también genera incertidumbres jurídicas. Por ello, es necesario un marco jurídico seguro, que aumente la confianza de los prestadores y usuarios de los servicios de la sociedad de la información. Esta percepción de seguridad jurídica es un factor imprescindible para la creación de nuevos servicios, ajustándose a las características de Internet, que son fundamentalmente su dinamismo, universalidad y velocidad con que la información se sucede.

En este sentido, las comunicaciones comerciales por vía electrónica deben ser claramente identificables como tales, así como la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan. Si tuvieran lugar a través de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente incluirán al comienzo del mensaje la palabra “*publicidad*” o la abreviatura “*publi*” (art. 20.1 LSSICE¹⁶³²).

Pero lo más habitual en el comercio electrónico es la intervención de varios agentes que participan en las transacciones, teniendo acceso todos ellos al listado de clientes. Estas situaciones han de ser tratadas como acceso de datos por cuenta de terceros. Un ejemplo de ello es el de las entidades que ofrecen en sus páginas *web* la posibilidad de pago *on-line* de los productos que ofrecen. Para ello solicitan los datos

¹⁶³⁰ BOE de 10 de mayo.

¹⁶³¹ BOE de 4 de noviembre.

¹⁶³² En la redacción dada por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.

referidos a la tarjeta de débito o de crédito del cliente que transmiten a la entidad financiera que se ocupa de aceptar o rechazar el pago. En la mayoría de las ocasiones, las empresas que ofrecen sus productos o servicios almacenan estos datos referidos a sus clientes para futuras transacciones.

La situación en la que puede quedar el usuario es de un desconocimiento total de quien tiene sus datos y para qué los quiere utilizar. Para paliar esta situación, por un lado, la LOPD protege al usuario o cliente, que debe conocer quien tiene sus datos, la finalidad para la que pueden ser empleados y las entidades que pueden tener acceso a los mismos. Para ello se debe hacer cumplir el derecho a la información en la recogida de datos y en el acceso a los mismos por cuenta de terceros.

Por otro lado, sin perjuicio de la obligación de informar sobre la disposición y finalidad de esos datos, se prohíbe el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas. La única excepción es la existencia de una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente. En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija (art. 21 LSSICE¹⁶³³).

La libertad del individuo para disponer de la información a disposición de empresas y terceros se puede ejercer revocando en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente. A tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado (art. 22 LSSICE). Sin embargo, no se concreta una forma específica o un método efectivo para prestar o revocar el consentimiento, por lo que en principio, es suficiente una comunicación o un acto explícito¹⁶³⁴.

El objetivo de esta normativa es que las TICs, en particular Internet y el correo electrónico, cumplan unos parámetros que aseguren el derecho a la intimidad. Es fundamental que se garantice la confianza de los usuarios en los servicios y tecnologías de las comunicaciones electrónicas a través de la propia concepción y funcionamiento del sistema. Por ello, son circunstancias que generan inseguridad la recepción de mensajes no solicitados (*spam*), no poder controlar la instalación de chivatos o *cookies*, así como no contar con el consentimiento del usuario para compartir información.

En cuanto a la protección específica de los datos de carácter personal y la

¹⁶³³ En la redacción dada por la Disposición final 1.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (BOE de 4 de noviembre).

¹⁶³⁴ RUBÍ NAVARRETE, Jesús: "Tratamiento de datos en el sector de las telecomunicaciones". *Cuadernos de Derecho Público*. N.º 19-20. Mayo-diciembre 2003. Pág. 351.

privacidad de las personas, se ha llevado a cabo una mejor identificación de los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones. La LT garantiza el secreto de las comunicaciones ante posibles interceptaciones (art. 39), así como la protección de datos personales (art. 40). Para ello, los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán adoptar las medidas técnicas y de gestión adecuadas para preservar la seguridad en la explotación de su red o en la prestación de sus servicios.

Ahora bien, como contraste, cabe hacer una referencia a la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. Esta Ley supuso la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica 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)¹⁶³⁵.

Hay que advertir que más que un instrumento de garantía al usuario de las telecomunicaciones, en sus derechos a la intimidad, secreto de comunicaciones y protección de datos, se trata de una norma que, al contrario, permite o legaliza la retención de datos personales bajo la razón de la investigación de delitos.

La razón de ser de esta intromisión en los datos personales radica en la aplicación del principio de proporcionalidad, tratando de llevar a cabo una ponderación de los bienes jurídicos en presencia. La cesión o utilización de datos personales sin el consentimiento de su titular con el fin de evitar y perseguir la delincuencia, supone un sacrificio tendente a evitar un mal mayor que la violación del derecho del ciudadano a proteger sus datos personales¹⁶³⁶.

La propia Directiva europea sobre retención de datos surgió a raíz de los atentados terroristas de Madrid y Londres, en 2004 y 2005, precedidos por el 11-S en Nueva York. Las telecomunicaciones tuvieron un papel fundamental en la organización de estos ataques terroristas, por lo que constituían un terreno propicio para la investigación.

Tanto la Directiva, como la Ley 25/2007, pretenden que los agentes facultados (miembros policía autorizados) puedan obtener datos relativos a las comunicaciones que, relacionadas con una investigación, se hayan podido efectuar por medio de la telefonía fija o móvil, así como por Internet. Se trata de proteger la seguridad pública, buscando el imprescindible equilibrio con el respeto de los derechos individuales que puedan verse afectados, como son los relativos a la privacidad e intimidad de las comunicaciones.

Los sujetos que quedan obligados a conservar los datos son los operadores que

¹⁶³⁵ DO L 201, de 31 de julio de 2002.

¹⁶³⁶ CUBERO MARCOS, José Ignacio y ABERASTURI GORRIÑO, Unai: "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*. N.º 83. Mayo-agosto 2008. Pág. 181.

presten sus servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, o que exploten una red pública de comunicaciones electrónicas. Los datos susceptibles de ser retenidos no deben ir más allá de los necesarios para la identificación del origen y el destino de la comunicación; la identidad de los usuarios o abonados y los que permitan determinar el momento y la duración de la comunicación; la identificación del equipo empleado y, en caso de ser móvil, los datos necesarios para su localización.

El límite o garantía de esta “*intromisión*” es que en ningún caso se interceptarán datos reveladores del contenido de las comunicaciones, ya sea telefónica o efectuada a través de Internet.

Sin embargo, esta regulación ha dado lugar a determinados excesos, pues las solicitudes de información no sólo se reclaman en casos de terrorismo, sino para cualquier tipo de delitos, con el fin de adivinar quien está tras una IP.

Ello ha provocado que el TJUE haya anulado la Directiva 2006/24/CE, que dio origen a la Ley 25/2007. Es precisamente la posibilidad de abuso uno de los motivos que ha llevado al Tribunal a adoptar esta decisión¹⁶³⁷.

El TJUE afirma que conservar los datos de tráfico en las comunicaciones, además de una excepción a los deberes de cancelación de las Directivas 95/46/CE y 2002/58/CE, constituye una injerencia en los derechos de la vida privada de una persona y de sus comunicaciones. Si bien es cierto que el impacto en el contenido esencial de los derechos es limitado, por cuanto no se accede a lo comunicado, es en la proporcionalidad donde la norma quiebra con la garantía de los derechos fundamentales.

El principio de proporcionalidad exige “*que los actos de las Instituciones de la Unión sean adecuados para lograr los objetivos legítimos perseguidos por la normativa que se trate y no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de dichos objetivos*”. El Tribunal se centra en la necesidad de “*establecer reglas claras y precisas que regulen el alcance y la aplicación de la medida en cuestión y establezcan unas exigencias mínimas de modo que las personas cuyos datos se hayan conservado dispongan de garantías suficientes que permitan proteger de manera eficaz sus datos de carácter personal contra los riesgos de abuso y contra cualquier acceso o utilización ilícitos respecto de tales datos*”.

Por ello, “*constituye una injerencia en los derechos fundamentales de prácticamente toda la Unión Europea*”, sin que se establezca ninguna diferenciación, limitación o excepción en función del objetivo de lucha contra los delitos graves. Además, la conservación de datos no exige ninguna relación entre éstos y una amenaza para la seguridad pública, ni se acota a un grupo de personas o ámbito geográfico determinado.

Además, por último, el Tribunal invoca dos razones fundamentales para concluir con la vulneración del principio de proporcionalidad: El periodo de conservación no se basa en criterios objetivos y justificados, y la carencia de reglas precisas en términos de medidas de seguridad, incluida la ausencia de limitación para el almacenamiento y tratamiento en países terceros.

¹⁶³⁷ STJUE de 8 de abril de 2014, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12.

Sin embargo, el impacto de la sentencia en las legislaciones nacionales se prevé limitado. Sin descartar la vía de la interpretación del derecho nacional de acuerdo a los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, es evidente que la regulación de aspectos relativos a la seguridad pública y de orden penal constituye una competencia de los Estados miembros¹⁶³⁸.

2.3.2 La protección de las telecomunicaciones en la Unión Europea.

Por último, cabe mencionar en el ámbito de la UE una serie de Directivas que comprenden el denominado "*paquete de las telecomunicaciones*" destinado a regular el sector de las comunicaciones electrónicas y a modificar la normativa existente, incorporando aspectos relativos a la neutralidad de la red, para asegurar que cualquier comunicación electrónica que circula a través de la red, sea tratada de igual manera¹⁶³⁹.

La seguridad de los servicios de telecomunicaciones es vulnerable, sobre todo, cuando éstas se realizan vía Internet o a través de una red de telefonía móvil. Los usuarios de estos servicios deben estar informados de que los riesgos para la seguridad de la información escapan a las medidas adoptadas por el proveedor del servicio. Es por ello, que a pesar de la normativa, que no exime al proveedor del servicio para establecer un nivel de seguridad propio para estos sistemas, los usuarios deberán controlar la información que sobre ellos o terceros sea objeto de sus comunicaciones¹⁶⁴⁰.

El "*paquete de telecomunicaciones*" comprende cinco directivas relativas a los siguientes ámbitos:

A) El marco regulador de las comunicaciones electrónicas: La **Directiva 2002/21/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco)¹⁶⁴¹.

La apertura del mercado de las telecomunicaciones a la competencia tuvo un efecto catalizador en un sector antes reservado a los oligopolios. Con el fin de encauzar esta evolución, las instancias responsables europeas adoptaron una legislación que está en consonancia con el progreso tecnológico y con las exigencias del mercado. Esta evolución se ha traducido en la adopción de un nuevo marco regulador de las

¹⁶³⁸ ACED FÉLEZ, Emilio, FERNÁNDEZ ROMÁN, Urko, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard, NÚÑEZ GARCÍA, José Leandro y SUÁREZ LORENZO, Fernando: "Privacidad y vigilancia", en SERRANO CALLE, Silvia (Coord.): "*La Gobernanza de Internet en España 2015*". Foro de Gobernanza de Internet en España (IGF Spain). 2015. Pág. 99. Disponible en: <http://www.igfspanain.com/>

¹⁶³⁹ CULLELL MARCH, Cristina: "La neutralidad de red y las libertades en la reforma de las comunicaciones electrónicas de la Unión Europea: ¿Están presentes en toda Europa?", en CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí; PEGUERA POCH, Miquel; PEÑA LÓPEZ, Ismael y VILASAU SOLANA, Mónica (Coords.): "*Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet*". Ed. UOC-Huygens (Actas del VII Congreso Internacional: Internet, Derecho y Política). Barcelona, 2011. Págs. 68-77. Disponible en: <http://edcp.uoc.edu/symposia/idp2011/proceedings/>

¹⁶⁴⁰ HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel: "*El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*". Ed. Dykinson. Madrid. 2002. Pág. 47.

¹⁶⁴¹ DOUE L 108 de 24 de abril de 2002.

comunicaciones electrónicas cuyo objetivo principal es reforzar la competencia, facilitando la entrada en el mercado de nuevos operadores, y estimular la inversión en este sector.

La Directiva tiene por objetivo establecer un marco armonizado para la regulación de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. También incluye determinados aspectos de los equipos terminales para facilitar el acceso de los usuarios con discapacidad. Contiene disposiciones horizontales al servicio de las otras medidas que lo integran: Ámbito de aplicación y grandes principios, definiciones básicas, disposiciones generales sobre las autoridades nacionales de reglamentación (ANR), nuevo concepto de peso significativo en el mercado y normas de concesión de ciertos recursos esenciales, como las radiofrecuencias, los números o los derechos de paso.

Habida cuenta de la convergencia tecnológica y de la necesidad de una normativa horizontal para el conjunto de las infraestructuras, el nuevo marco no se limita ya a las redes y los servicios de telecomunicaciones, sino que se refiere al conjunto de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Se incluyen en él la telefonía vocal fija, las comunicaciones móviles y de banda ancha y la televisión por cable y por satélite. Se excluyen, por el contrario, los contenidos de los servicios prestados a través de las redes de comunicaciones electrónicas, como los contenidos difundidos o los servicios financieros. Lo mismo ocurre con los equipos terminales de telecomunicaciones para facilitar el acceso de los usuarios con discapacidad.

Esta Directiva exige la adopción de medidas nacionales en materia de acceso a las comunicaciones electrónicas para garantizar el respeto de las libertades y los derechos fundamentales de las personas físicas.

B) El acceso a las redes de comunicaciones electrónicas: La **Directiva 2002/19/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de acceso)¹⁶⁴².

Esta Directiva establece derechos y obligaciones para los operadores y las empresas que desean obtener una interconexión o un acceso a sus redes. El principio del que parte consiste en aplicar la normativa sobre competencia como instrumento regulador del mercado. Sin embargo, mientras el mercado no se halle en una situación de competencia real, las autoridades nacionales de reglamentación (ANR) deberán intervenir, en particular, imponiendo obligaciones a los operadores que posean un peso significativo en el mercado.

El objetivo se cifra en establecer un marco propicio al desarrollo de la competencia para estimular el desarrollo de los servicios y redes de comunicaciones. También en garantizar que las posibles trabas presentes en el mercado no impidan la aparición de servicios innovadores que puedan ser beneficiosos para los usuarios. El enfoque adoptado es neutro con respecto a la tecnología, es decir que la Directiva no tiene por objeto establecer normas variables según la evolución de las tecnologías, sino más bien un *modus operandi* que permita hacer frente a los fallos del mercado.

La Directiva es aplicable a todos los tipos de redes de comunicaciones que

¹⁶⁴² DOUE L 108 de 24 de abril de 2002.

soportan servicios de comunicación disponibles al público. Se trata, en particular, de las redes de telecomunicaciones fijas y móviles, las redes utilizadas para la radiodifusión terrenal, las redes de televisión por cable, las redes por satélite e Internet que se utilizan para la transmisión de voz, faxes, datos e imágenes.

C) Autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas: La **Directiva 2002/20/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de autorización)¹⁶⁴³.

Tiene por objeto la armonización y simplificación de las normas y condiciones de autorización de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas para facilitar su suministro en toda la Comunidad.

Las disposiciones de esta Directiva contemplan la autorización de todos los servicios y redes de comunicaciones electrónicas, se suministren o no al público. Por el contrario, sólo se aplican al otorgamiento de derechos de uso de radiofrecuencias cuando esto implica el suministro, a cambio de una remuneración, de una red o de un servicio de comunicaciones electrónicas. El objetivo es instaurar un mercado armonizado de redes y servicios de comunicaciones electrónicas limitando la reglamentación al mínimo estrictamente necesario.

La principal innovación de este texto reside en la sustitución de las licencias individuales por autorizaciones generales, al lado de las cuales subsiste un régimen específico para la atribución de las frecuencias y los números. Según este principio, el suministro de redes o servicios de comunicaciones electrónicas sólo podrá someterse a una autorización general. En otras palabras, se podrá exigir a la empresa afectada que presente una notificación, pero no exigir la obtención de una decisión explícita u otro acto administrativo de la autoridad nacional de reglamentación (ANR) antes de ejercer los derechos derivados de la autorización. Las empresas que suministran servicios transfronterizos solo se someten a una única notificación por Estado miembro afectado.

Se establece una distinción entre las condiciones aplicables para la autorización general y las vinculadas a los derechos de uso de radiofrecuencias y números.

D) Servicio universal y derechos de los usuarios: **Directiva 2002/22/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de servicio universal)¹⁶⁴⁴.

Esta Directiva define un conjunto mínimo de servicios de calidad al que todos los usuarios finales deben tener acceso, a un precio asequible habida cuenta de las condiciones nacionales específicas, sin distorsión de la competencia.

E) Protección de datos en el sector de las comunicaciones electrónicas: La **Directiva 2002/58/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002,

¹⁶⁴³ DOUE L 108 de 24 de abril de 2002.

¹⁶⁴⁴ DOUE L 108 de 24 de abril 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)¹⁶⁴⁵.

Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), en particular Internet y el correo electrónico, han de cumplir determinados requisitos para asegurar el derecho a la intimidad. Esta Directiva contiene normas esenciales destinadas a garantizar la confianza de los usuarios en los servicios y tecnologías de las comunicaciones electrónicas. Tales normas se centran en la prohibición de los mensajes electrónicos no solicitados (*spam*), el régimen de acuerdo previo del usuario ("*opt-in*") y la instalación de "*chivatos*" (*cookies*).

Esta Directiva afecta principalmente al tratamiento de datos de carácter personal en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones. Básicamente, su contenido versa sobre los siguientes aspectos:

Seguridad del tratamiento: El proveedor de un servicio de comunicaciones electrónicas está obligado a proteger la seguridad de sus servicios: Garantizando que únicamente acceden a los datos de carácter personal las personas autorizadas, protegiendo los datos frente a su pérdida o alteración accidental y aplicando una política de seguridad adecuada.

En caso de violación de la seguridad de los datos de carácter personal, el proveedor de servicios debe advertir a la persona afectada así como a la Autoridad Reguladora Nacional (ARN).

Confidencialidad de las comunicaciones: La Directiva recuerda, como principio de base, que los Estados miembros deben garantizar, a través de la legislación nacional, la confidencialidad de las comunicaciones realizadas a través de las redes públicas de comunicaciones electrónicas. En particular, han de prohibir que personas distintas de los usuarios escuchen, intercepten o almacenen comunicaciones sin el consentimiento de los usuarios afectados. El abonado o usuario que almacene información debe ser previamente informado sobre las finalidades del tratamiento de sus propios datos, pudiendo retirar su consentimiento al tratamiento de datos relativos al tráfico.

Retención de datos: La Directiva establece que los datos relativos al tráfico y a la localización deben borrarse o volverse anónimos cuando dejen de ser necesarios para la comunicación o facturación, salvo consentimiento del abonado para cualquier otro uso. Por lo que respecta a la problemática cuestión de la retención de datos, la Directiva establece que los Estados miembros solamente pueden limitar las disposiciones en materia de protección de datos para que puedan llevarse a cabo investigaciones de actividades delictivas o para garantizar la seguridad nacional, la defensa y la seguridad pública. Una medida de este tipo sólo podrá adoptarse cuando "*constituya una medida necesaria, proporcionada y apropiada en una sociedad democrática*".

Para garantizar que los datos de comunicación estén disponibles con fines de investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves, la Directiva establece un régimen de conservación de datos.

¹⁶⁴⁵ DOUE L 201 de 31 de julio de 2002.

Comunicaciones no solicitadas (*spamming*): La Directiva establece que los usuarios han de dar su consentimiento previo antes de recibir este tipo de mensajes (enfoque “*opt-in*”). Este sistema abarca asimismo los mensajes de SMS y los demás mensajes electrónicos recibidos en cualquier equipo terminal, fijo o móvil. No obstante, se han establecido excepciones.

“*Chivatos*” (*cookies*): La Directiva prevé que los usuarios deben dar su consentimiento para que se almacene información en su equipo terminal o para que se obtenga acceso a dicha información. Para ello, los usuarios deben recibir información clara y precisa sobre la finalidad del almacenamiento o acceso. Estas disposiciones protegen la vida privada de los usuarios contra programas malintencionados, como los virus o programas espía, pero también se aplican a los *chivatos* (*cookies*).

Los “*chivatos*” (*cookies*) son datos ocultos intercambiados entre un usuario de Internet y un servidor *web* que quedan archivados en el disco duro del usuario. Su finalidad inicial era conservar datos entre dos conexiones, aunque también constituyen un medio de control de las actividades del internauta que ha sido objeto de muchas críticas.

La Directiva fomenta el uso de métodos seguros, como la necesidad de consentimiento para que los datos de teléfonos (fijos y móviles) y direcciones (postal y electrónica) figuren en las guías públicas. Además, determina el régimen de sanciones aplicable y prevé la necesidad de que las autoridades nacionales competentes dispongan de las facultades y los recursos necesarios de supervisión y control.

En diciembre de 2009 se modificó el “*Paquete telecomunicaciones*” mediante las Directivas siguientes:

- Legislar mejor: Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas¹⁶⁴⁶.

La reforma incluye la definición de una estrategia de gestión eficiente y coordinada del espectro, a fin de conseguir un espacio único europeo de la información, y el refuerzo de las disposiciones relativas a los usuarios con discapacidad, a fin de avanzar hacia una sociedad de la información para todos.

- Derechos de los ciudadanos: Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) N.º

¹⁶⁴⁶ DOUE L 337 de 18 de diciembre de 2009.

2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores¹⁶⁴⁷.

Estas Directivas (2009/140/CE y 2009/136/CE) han sido transpuestas al Derecho español a través de la LT, en la que se introducen medidas destinadas a crear un marco adecuado para la realización de inversiones en el despliegue de redes de nueva generación, de modo que se permita a los operadores ofrecer servicios innovadores y tecnológicamente más adecuados a las necesidades de los ciudadanos.

- Cabe también destacar, el Reglamento (CE) N.º 1211/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por el que se establece el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE)¹⁶⁴⁸.

Este Reglamento forma parte del “*Paquete de telecomunicaciones*” de diciembre de 2009 que modifica las directivas relativas a las comunicaciones electrónicas. Mediante este Reglamento se establece el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE) y su oficina. El principal objetivo de este nuevo organismo consiste en reforzar la cooperación entre las Autoridades Reguladoras Nacionales (ARN) así como el mercado interior de redes y comunicaciones electrónicas.

La función principal del ORECE consiste en asesorar y asistir a la Comisión Europea en el desarrollo del mercado interior, creando a la vez un vínculo entre las Autoridades Reguladoras Nacionales (ARN), y la Comisión. Además, el ORECE debe servir como órgano de reflexión, debate y asesoramiento para el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión en el ámbito de las comunicaciones electrónicas. Por tanto, el ORECE debe prestar asesoramiento al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión, bien a petición de estos o bien por propia iniciativa.

- Por último, cabe hacer una referencia a la Directiva 2014/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad¹⁶⁴⁹.

La Directiva pretende facilitar e incentivar el despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad fomentando la utilización conjunta de las infraestructuras físicas existentes y el despliegue más eficiente de otras nuevas, de manera que resulte posible desplegar dichas redes a un menor coste.

2.4. ¿ES SUFICIENTE LA NORMATIVA EXISTENTE PARA EL CONTROL DE INTERNET, ESPECIALMENTE, PARA GARANTIZAR LA INTIMIDAD DE LOS USUARIOS?

Es unánime el sentir de que el control de la “*red*” no depende de una única medida, ya que son muchos los factores que intervienen en el proceso, algunos de los cuales,

¹⁶⁴⁷ DOUE L 337 de 18 de diciembre de 2009.

¹⁶⁴⁸ DOUE L 337 de 18 de diciembre de 2009.

¹⁶⁴⁹ DOUE L 155 de 23 de mayo de 2014.

resultan complejos. La dificultad reside en el propio entramado de datos que conjunta o separadamente establecen un vínculo con la identidad del interesado, siendo utilizados no solo por el responsable del tratamiento, sino por cualquier persona (Considerando 26 de la Directiva 95/46/CE).

Ello implica que para evitar o minimizar el riesgo, las medidas tienen que provenir de distintos prismas:

- Desde la propia tecnología utilizada: Es indudable que una gran parte de las amenazas que implica el uso de Internet tiene su origen en la arquitectura y el software empleados y que, por ello, parte de la solución hay que buscarla en el desarrollo de tecnologías que favorezcan la privacidad. Así, por ejemplo, las *PETs* (*Privacy Enhancing Technologies*) son definidas por BORKING y RAAB como un sistema lógico de medidas proporcionadas por las nuevas tecnologías de la información y la comunicación que protegen la privacidad, eliminando o reduciendo los datos personales que se facilitan en Internet e impidiendo el tratamiento innecesario o no deseado de los mismos, sin que se pierda la funcionalidad del sistema informático en el que operan esos datos¹⁶⁵⁰.
- El fomento de la autorregulación: El carácter abierto y global de Internet dificulta la sujeción de los tratamientos de datos personales a una normativa uniforme y, por ello, obliga a acudir a instrumentos adicionales de garantía de carácter autorregulatorio¹⁶⁵¹. Esta autorregulación se sirve de acuerdos y códigos privados, estándares de privacidad y/o sellos de confidencialidad. Las razones para su utilización son fundamentalmente dos¹⁶⁵²:
 - 1) El acceso a páginas *web* y servicios prestados desde países sin una normativa de protección de datos.
 - 2) La autorregulación puede suministrar una protección adicional y más adecuada a las necesidades de un sector específico.
- La elaboración de “*Códigos de Conducta*” que contengan los principios de conducta tanto de usuarios como de proveedores. Estos códigos deben dejar bien claro a los usuarios que deben conocer¹⁶⁵³:
 - Que son titulares de un derecho fundamental y que no lo pierden por la utilización de Internet.

¹⁶⁵⁰ BORKING, John y RAAB, Charles D. “Laws, PETs, and other technologies for privacy protection”. *Journal of Information, Law, and Technology* (JILT - University of Warwick). N.º 1. 2001 (versión electrónica). Disponible en: https://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2001_1/borking/

¹⁶⁵¹ CORRIPIO GIL-DELGADO, M.ª de los Reyes: “*Regulación jurídica de los tratamientos de datos personales realizados por el sector privado en Internet*”. Agencia de Protección de Datos. Madrid. 2000. Págs. 46-48.

¹⁶⁵² GUERRERO PICÓ, M.ª del Carmen: “*El impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal*”. Ed. Thomson-Civitas. Cizur Menor, 2006. Pág. 398.

¹⁶⁵³ Recomendación R (99) 5, de 23 de Febrero, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la Protección de la Vida Privada en Internet.

- Que la “red” no es segura y tendrán que utilizar los medios que estén a su alcance para proteger sus datos y comunicaciones.
 - Que su actividad deja “huellas electrónicas” que pueden emplearse para trazar su perfil.
 - Que no deben comunicar más datos de los requeridos por el servicio.
 - Que la dirección electrónica es un dato de carácter personal que puede ser utilizada con fines no autorizados.
 - Que es probable que sus datos se transmitan a terceros países donde estén menos protegidos.
- Las campañas de sensibilización e información. Se encuentran referencias sobre la necesidad de estas campañas en los documentos del Consejo de Europa, la OCDE y el GT art. 29. De éste último, caben destacar la Recomendación 3/97, de 3 de diciembre, sobre el anonimato en Internet; la Recomendación 1/99, de 23 de febrero, sobre el tratamiento invisible y automático de datos personales en Internet efectuado por software y hardware; el Documento de trabajo sobre privacidad en Internet: Enfoque comunitario integrado de la protección de datos en línea, adoptado el 21 de noviembre de 2000; la Recomendación 2/2001, de 17 de mayo, sobre determinados requisitos mínimos para la recogida en línea de datos personales en la UE; o el Dictamen 2/2003, de 13 de junio, sobre la aplicación de los principios de protección de datos a los repertorios “Whois”.
- Los “códigos tipo” creados al amparo del art. 32 LOPD. Se trata de acuerdos sectoriales, convenios administrativos o decisiones de empresa, que también pueden ser adoptados por los responsables de tratamientos de titularidad pública y privada, así como las organizaciones en que se agrupen. Tienen por objeto establecer las condiciones de organización, régimen de funcionamiento, procedimientos aplicables, normas de seguridad del entorno, programas o equipos, obligaciones de los implicados en el tratamiento y uso de la información personal, así como las garantías, en su ámbito, para el ejercicio de los derechos de las personas con pleno respeto a los principios y disposiciones de la LOPD y sus normas de desarrollo.

Estos códigos tipo tendrán el carácter de códigos deontológicos o de buena práctica profesional, y serán vinculantes para quienes se adhieran a los mismos, debiendo ser depositados o inscritos en el Registro General de Protección de Datos y, cuando corresponda, en los creados a estos efectos por las Comunidades Autónomas, de acuerdo con el art. 41¹⁶⁵⁴.

Su objeto es adecuar lo establecido en la LOPD y su Reglamento a las peculiaridades de los tratamientos efectuados por quienes se adhieren a los mismos y a tal efecto, contendrán reglas o estándares específicos que permitan armonizar los

¹⁶⁵⁴ Pueden verse estos Códigos en:
http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/codigos_tipo/index-ides-idphp.php#rgpd

tratamientos de datos efectuados por los adheridos, facilitar el ejercicio de los derechos de los afectados y favorecer el cumplimiento de la normativa.

Los códigos tipo deberán estar redactados en términos claros y accesibles, respetar la normativa vigente e incluir, como mínimo, con suficiente grado de precisión:

- La delimitación clara y precisa de su ámbito de aplicación, las actividades a que el código se refiere y los tratamientos sometidos al mismo.
- Las previsiones específicas para aplicar los principios de protección de datos.
- El establecimiento de estándares homogéneos para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la LOPD.
- El establecimiento de procedimientos que faciliten el ejercicio por los afectados de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.
- La determinación de las cesiones y transferencias internacionales de datos que, en su caso, se prevean, con indicación de las garantías que deban adoptarse.
- Las acciones formativas en materia de protección de datos dirigidas a quienes los traten, especialmente en cuanto a su relación con los afectados.
- Los mecanismos de supervisión a través de los cuales se garantice el cumplimiento por los adheridos de lo establecido en el código tipo.

En sus aspectos más prácticos, estos códigos contienen cláusulas tipo, como las utilizadas para la obtención del consentimiento de los afectados al tratamiento o cesión de sus datos, o para informar del tratamiento, cuando los datos no sean obtenidos de los mismos. También en este aspecto, contienen modelos para el ejercicio por los afectados de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, así como para el cumplimiento de los requisitos formales exigibles para la contratación de un encargado del tratamiento, en su caso.

Estos códigos de conducta pueden ser una oportunidad para establecer unas reglas sobre protección de datos en el ámbito laboral, ante la falta de normativa concreta que provoca algunas colisiones en materia de qué datos, por ejemplo, pueden ser comunicados a los representantes de los trabajadores en el ejercicio de sus competencias de información y control. Incluso, se ha propuesto la inclusión de estos códigos entre las materias objeto de negociación colectiva, como instrumento para asignar un papel activo a los representantes de los trabajadores (prácticamente olvidados en la LOPD) en materias como la recogida de datos o el control permanente de la información tratada¹⁶⁵⁵.

¹⁶⁵⁵ TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo: "La protección de datos personales de los trabajadores". *Revista Jurídica de Castilla y León* (Junta de Castilla y León). N.º 16. 2008. Pág. 463.

3. LA LIBERTAD INFORMÁTICA Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL ÁMBITO LABORAL COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EMPRESA.

3.1. ¿EXISTE UN DERECHO LABORAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS?

El ET no contempla entre los derechos básicos de los trabajadores la protección de sus datos personales. No obstante, el trabajador es también ciudadano, condición por la que en todo caso ostenta este derecho, pero sin que aparentemente tenga una especial incidencia en la relación laboral.

Existen otros derechos "*inespecíficos*", que sin embargo sí se reflejan en el art. 4.2 ET en la relación de trabajo, y que podrían tener relación con el derecho a la protección de datos personales del trabajador, como el derecho a la no discriminación o el derecho al "*respeto de su intimidad*" y a la "*consideración debida de su dignidad*", comprendida la protección frente al acoso por razones, todas ellas, que afectan a su personalidad y que pueden partir, desde luego, del conocimiento de sus datos personales (raza, sexo, religión, ideas políticas o orientación sexual, por citar las más representativas).

Sin embargo, el derecho a la protección de datos es ya un derecho autónomo, cuya finalidad es proteger los datos del trabajador, sean íntimos o no, de forma que por una parte, implica que estos datos no sean conocidos por el empresario si no es con una finalidad o justificación relacionada con el contrato de trabajo, con su dinámica o con su gestión. Pero por otra parte, implica también un ámbito sobre el que el empresario mantiene un interés legítimo en conocer determinados aspectos del trabajador, bien para su valoración con vistas a su capacidad para realizar un trabajo, bien, en cumplimiento de otros deberes empresariales, como el de protección y de vigilancia de la salud, que debe utilizar para la evaluación de riesgos y planificación de la actividad de PRL en la empresa.

Por tanto, en el ámbito laboral, la primera peculiaridad radica en una doble vertiente del derecho a la protección de datos, o de la limitación de la libertad informática para garantizar el honor y la intimidad de los trabajadores. Es necesario compaginar, por un lado, la efectividad del derecho a la protección de datos en el ámbito de la relación laboral con los efectos que éstos pueden tener en el ámbito de intimidad que el trabajador mantiene respecto a su empresario. Es decir, no se trata de delimitar cuál es el ámbito de la intimidad informática del trabajador, sino cuál es el contenido instrumental de dicho derecho respecto a la protección de la intimidad del trabajador en la empresa y de cual es el contenido preciso del derecho fundamental en sí mismo considerado a la protección de sus datos personales¹⁶⁵⁶.

Pero este interés empresarial no se agota solo en estos ámbitos. La propia evolución de las relaciones laborales ha configurado un marco en el que empresario y trabajador comparten intereses comunes e incluso, se potencia la participación de los trabajadores en la gestión y dirección de la empresa, cuando no de su propiedad, permitiendo que incluso ostente una parte de la misma. Se asiste a una especial revitalización de la dimensión personal en la relación de trabajo, aportando el trabajador

¹⁶⁵⁶ VALVERDE ASECIO, Antonio José: "El derecho a la protección de datos en la relación laboral", en DEL REY GUANTER, Salvador (Director) y LUQUE PARRA, Manuel (Coord.): "*Relaciones laborales y nuevas tecnologías*". Ed. La Ley. Madrid. 2005. Págs. 349-350.

un valor añadido a la mera capacidad de trabajo "éstandar", además de capacidades vinculadas con valores culturales y personales¹⁶⁵⁷. La terciarización y el postindustrialismo conforman una relación "salarial" en que la prestación de servicios en régimen de alteridad se adorna de nuevos perfiles: Autonomía, coordinación y participación frente a los tradicionales de dependencia, subordinación y conflicto¹⁶⁵⁸.

El resultado de todo ello es una situación en que la individualización y personalización del trabajador en la empresa provoca un importante intercambio de información de carácter personal, tanto a nivel de cantidad como de calidad, que además se potencia con la irrupción de Internet y de las redes sociales, que permite acceder a un escaparate sin parangón, mucho más rico que la propia declaración del trabajador o de los datos de un currículum.

Pues bien, a pesar de la disponibilidad por razones evidentemente laborales de determinados datos de los trabajadores por el empresario, en la regulación de la relación individual de trabajo no hay una referencia expresa a la salvaguarda de dicha información, sino en temas muy concretos referidos a la confidencialidad de los datos médicos o a respetar el derecho a la intimidad, en cuanto a la utilización de dicha información frente a situaciones de discriminación o acoso.

Ello contrasta con la regulación del cumplimiento empresarial de sus obligaciones con la administración pública, por ejemplo, con la Seguridad Social, cuyo régimen jurídico sí que presta una atención especial a la salvaguarda de los datos personales de los trabajadores. Así, el art. 17.2 del TRLGSS, contiene el derecho de empresarios y trabajadores a ser informados por los correspondientes organismos de la Seguridad Social de los datos referentes a ellos que obren en los mismos; el art. 77 del TRLGSS prevé un régimen de reserva de datos obtenidos por esta administración en el ejercicio de sus funciones, o el art. 71, sobre el suministro de información a las entidades gestoras de las prestaciones económicas de la seguridad social.

Por su parte, la LOPD solo ha atendido la exigencia o no del consentimiento expreso previo del trabajador en la recogida o cesión de datos, según sean laborales o no. Por tanto, ni en el plano individual ni colectivo se ha desarrollado el derecho a la protección de datos en conexión con otros derechos e intereses en el ámbito laboral. Ello ha provocado conflictos en las relaciones entre empresario, trabajadores y representantes, sobre todo en cuanto al derecho de estos últimos a acceder a determinados datos personales de los trabajadores en poder de la empresa¹⁶⁵⁹.

Si bien el art. 6.2 LOPD dispone que el consentimiento no será preciso cuando los datos de carácter personal se refieran a personas vinculadas por una relación laboral y

¹⁶⁵⁷ SERNA CALVO, M^a del Mar: "Derecho social y nuevas tecnologías". Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2005. Pág. 27.

¹⁶⁵⁸ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: "Derecho del Trabajo, Nuevas Tecnologías y Sociedad de la Información". Ed. Lex Nova. Valladolid. 2002. Pág. 78.

¹⁶⁵⁹ VALVERDE ASENCIO, Antonio José: "Protección de datos de carácter personal y derechos de información de los representantes de los trabajadores". *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 118. 2013. Pág. 25. Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_1392_3.pdf

sean necesarios para el mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del contrato, ello no quiere decir que en la recogida de datos personales no deban observarse el resto de requisitos legales. Ahora bien, ¿qué datos personales son "*necesarios*" para el mantenimiento de las relaciones laborales? Estos datos quedarían circunscritos a la existencia de intereses objetivos relacionados con la dinámica de la relación laboral, datos que han de ser relevantes en ese ámbito. Esta indeterminación, unida a una falta de regulación laboral, hace estudiar caso por caso qué datos se pueden considerar laborales, y cuales no, atendiendo a la justificación y finalidad de los mismos¹⁶⁶⁰.

Esta situación ha producido algunos problemas a la hora de identificar el derecho que da cobertura a ciertas situaciones relacionadas con la protección de datos. Ello se debe a la tendencia en el ámbito laboral de utilizar el derecho a la intimidad, cuando el ámbito de tutela debería haber sido el de protección de datos.

Y es que el objeto del derecho a la protección de datos como derecho fundamental "*no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales*". Su objeto no es sólo la intimidad individual, protegida por el art. 18.1 CE, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, "*alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos*" [(STC 292/2000, de 30 de noviembre FJ 6º)]. Es decir, un dato personal es aquel que identifique o permita identificar a 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.

De esta manera, el derecho a la protección de datos es más amplio que el derecho a la intimidad, a pesar de que constituye "*un elemento de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad*" siendo también en sí mismo un derecho o libertad fundamental, "*el derecho a la libertad frente a potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos*" [STC 11/1998, de 13 de enero, FJ 4º)].

Por tanto, el derecho a la protección de datos conlleva una pluralidad de derechos básicos. Implica el consentimiento previo para cualquier recogida o cesión de datos y garantiza a su titular el derecho a ser informado de quién posee sus datos de carácter personal. Además, el titular tiene un derecho genérico a disponer y controlar el uso de los datos. Ello implica el derecho de información para la que son recabados, oposición a que un tercero pueda ser poseedor de los datos y, en todo caso, a que éstos no sean utilizados para fines distintos de su legítimo uso¹⁶⁶¹.

Así, la STC 29/2013, de 11 de febrero, enjuicia si la utilización de las grabaciones

¹⁶⁶⁰ POQUET CATALÁ, Raquel: "*El actual poder de dirección y control del empresario*". Cuadernos de Aranzadi Social. Ed. Aranzadi. Cizur Menor. 2013. Pág. 186.

¹⁶⁶¹ TRONCOSO REIGADA, Antonio: "Libertad sindical, libertad de empresa y autodeterminación informativa de los trabajadores", en FARRIOLS I SOLÁ, Antoni (Dir.): "*La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*". Ed. Cinca. Madrid, 2006. Pág. 110.

captadas por las cámaras de video-vigilancia ubicadas en el recinto universitario de la Universidad de Sevilla para sancionar a un trabajador por el incumplimiento de su horario de trabajo, es contrario al derecho a la protección de datos de carácter personal. El TC otorgó al trabajador el amparo solicitado, no por vulneración del derecho a la intimidad, sino al entender que la imagen del trabajador es un dato de carácter personal, por lo que al ser captado por las cámaras de video-vigilancia instaladas y ser utilizadas estas grabaciones para el control de la jornada de trabajo de los trabajadores, no se ha informado de esta utilidad para una finalidad disciplinaria, siendo la empresa la responsable del tratamiento de los datos, lo que vulnera el art. 18.4 CE (FJ 8º).

Las diferencias entre uno y otro derecho, tienen consecuencias. Desde la perspectiva del derecho a la protección de datos, la información sobre la finalidad de la recogida, almacenamiento y tratamiento de datos es un derecho irrenunciable¹⁶⁶².

Ante esta situación en la que se aprecia una falta de delimitación entre las fronteras del derecho a la intimidad y el de protección de datos, habría que relativizar la distinción de los fundamentos de protección de uno y otro derecho. Es cierto que el derecho de protección de datos responde a una nueva necesidad, que amplía las posibilidades de intromisión en la esfera personal del trabajador; pero ello no quiere decir indefectiblemente que el ámbito, o, mejor, el fundamento de la protección de ambos derechos sean necesariamente distintos. Simplemente existe una mayor amplitud en la comprensión del objeto del derecho de protección de datos, no que sus límites sean distintos de los admitidos para el derecho a la intimidad del que, además, proviene. De lo contrario llegaríamos a soluciones divergentes que pueden proporcionar elementos de distorsión e incluso incongruencia importantes, tales como una diferente definición de lo que es un dato de carácter personal, de cuándo se entiende vulnerado el derecho a la intimidad y no el derecho a la protección de datos¹⁶⁶³.

Un ejemplo en el que un mismo hecho empresarial vulnera ambos derechos, el de la intimidad y el de la protección de datos, es la STC 202/1999, de 8 de noviembre. El supuesto de hecho es el almacenamiento en soporte informático de los diagnósticos médicos del trabajador, sin mediar su consentimiento expreso. El TC, consideró que la finalidad de control del absentismo laboral, no puede ampararse en la existencia de un interés general, ni tampoco en lo dispuesto en los arts. 22 y 23 de la LPRL (FFJJ 3º y 4º), carece de apoyo legal y supone una restricción desproporcionada que conculca por ello el derecho a la intimidad y a la libertad informática del titular de la información (FJ 5º).

De todo ello cabe concluir que el derecho a la protección de datos es aplicable en el ámbito laboral, en el que coexiste con el resto de derechos fundamentales "inespecíficos" reconocidos en el ET, como el derecho a la intimidad, pero con un ámbito más amplio, al incluir en su protección datos públicos, pero de carácter personal.

En esta línea, existen particularidades en la relación laboral que chocan con las

¹⁶⁶² SERNA CALVO, Mª del Mar: "*Derecho social y nuevas tecnologías*". Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2005. Pág. 42.

¹⁶⁶³ VALVERDE ASECIO, Antonio José: "Protección de datos de carácter personal y derechos de información de los representantes de los trabajadores". *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 118. 2013. Pág. 28. Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_1392_3.pdf

garantías previstas en la LOPD, sobre todo en la prestación del consentimiento del trabajador, frente a la disposición de sus datos. Este consentimiento no será necesario, ni para su obtención (al estar originados en el contrato de trabajo y establecerlo así el art. 6.2 LOPD), ni en los casos de cesión, cuando se dirija a sujetos, incluso particulares, que estén legitimados para ello por la ley laboral. Así, los representantes de los trabajadores podrán solicitar del empresario y obtener los datos personales de los trabajadores, pero siempre que estén relacionados con el ámbito laboral y de acuerdo a una finalidad legítima, en el ámbito de sus competencias.

Sin embargo, aquellos datos que no son “*profesionales*”, sino personales, sin que tengan razón de ser en el contrato de trabajo, no quedan cubiertos por la excepción al consentimiento. Así, por ejemplo, no son datos profesionales, sino personales, el teléfono móvil o una cuenta de correo electrónico personal del trabajador, sin que éste quede por tanto obligado a proporcionar estos datos a su empresa, para lo que sería necesario la prestación del consentimiento. El TS estimó que la cesión de estos datos precisa el consentimiento inequívoco del afectado, pues tanto el móvil, como la cuenta de correo personal, no son indispensables para el contrato de trabajo, sin que se pueda admitir su finalidad para “efectuar cualquier comunicación relativa a su relación laboral”¹⁶⁶⁴.

3.2. EL RESPETO EMPRESARIAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DE LOS TRABAJADORES.

3.2.1 ¿Qué interés puede tener el empresario en los datos personales de sus trabajadores?

El interés de los empresarios en obtener información que les permita realizar una gestión eficiente de sus empresas justifica el afán por obtener datos completos y precisos de los trabajadores. Este interés no reside únicamente en la consecución de una mayor eficiencia y rentabilidad sino que puede tener muy variadas finalidades, como el cumplimiento de la legislación, facilitar los procesos de selección de trabajadores, la formación y promoción del personal, salvaguardar la seguridad personal y laboral, controlar la calidad de la prestación laboral y del servicio que se presta a la clientela y proporcionar protección a los bienes de la empresa.

Para todo ello, ante la utilización de técnicas de recuperación y tratamiento de datos que llegan incluso a la vigilancia electrónica y hasta la realización de innovadores exámenes genéticos y toxicológicos, es preciso establecer una barrera que articule un sistema de protección de los datos, a través de disposiciones que garanticen la salvaguarda de la dignidad de los trabajadores y la protección de su vida privada, garantizándoles el ejercicio de su derecho fundamental a decidir quiénes podrían utilizar determinados datos, con qué finalidad y en qué circunstancias.

Frente a ello, la obligación del cumplimiento de la normativa sobre protección de datos personales está especialmente ligada con la actividad cotidiana de las empresas, dado que constituyen un activo importante¹⁶⁶⁵. El incumplimiento de las obligaciones

¹⁶⁶⁴ STS (Sala de lo Social), de 21 de septiembre de 2015, rec. N.º 259/2014.

¹⁶⁶⁵ SANTOS PASCUAL, Efrén y LÓPEZ-VIDRIERO TEJEDOR, Iciar: “*Protección de datos personales: Manual práctico para empresas*”. Fundación Confemetal, Madrid, 2005. Págs. 27-28.

empresariales en esta materia, conlleva consecuencias económicas, vía sanción administrativa, pero también riesgos para la imagen empresarial y de carácter social, entre los que destacan la publicidad de las sanciones¹⁶⁶⁶.

Sin embargo, cabe plantearse si realmente existe hoy día un cumplimiento efectivo de la normativa de protección de datos, o más bien, se trata de un deber más formal que real ante la amenaza de sanciones económicas importantes si no se cumplen las obligaciones que impone la normativa. Algunos han advertido que sólo unos pocos cientos de miles de ficheros están debidamente registrados ante la AGPD, mientras que una mirada al tejido empresarial español sirve para comprobar que la práctica totalidad de organizaciones productivas llevan a cabo tratamientos informatizados¹⁶⁶⁷.

La razones por las que existe una cierta tendencia al cumplimiento formal, muchas veces incompleto, o directamente al incumplimiento de la normativa, son de muy variada índole, pero en su mayor parte, traen su causa en las características de nuestro tejido empresarial. La normativa de protección de datos es una materia compleja, que exige una especialización en la materia, lo que obliga a contratar un servicio profesional o a disponer de personal cualificado. Ello conlleva un coste adicional que en muchos casos, la empresa no se puede permitir, por lo que se trata de llevar a cabo un "*cumplimiento preventivo*" más que real, que muestre una apariencia de legalidad. Si a ello le añadimos el predominio de la pequeña y mediana empresa, la escasa formación de los propios trabajadores en la materia, así como la dificultad de compatibilizar la actividad productiva con la carga de gestión, cabe señalar que, en general, el acceso a los medios tecnológicos que sí influyen en el ahorro de costes, no se ha visto acompañado de la capacidad para gestionar de forma adecuada los datos personales.

Frente a estos inconvenientes, sin embargo, el uso de la tecnología electrónica se ha generalizado, en parte por su fácil manejo y sobre todo, por el ahorro de tiempo y de costes. Pero ello conlleva, en el plano estrictamente laboral, la facilidad para procesar una gran cantidad de datos simples o fragmentarios, aparentemente inocuos, que combinados entre sí ofrecen un cuadro complejo de la personalidad del trabajador. Dicho cuadro puede llegar a incluir desde aspectos estrictamente profesionales a características individuales, pertenecientes al ámbito de la privacidad del trabajador. Todos ellos pueden ser sin duda de interés para el empresario, a la hora de asignar tareas, mediante un sistema de gestión por competencias, habilidades y destrezas, en el que influyen tanto características personales como profesionales.

Por tanto, el "*poder informático*" en el ámbito laboral, si bien puede formar parte del poder de dirección, excede a éste, en cuanto permite añadir datos y compararlos, hasta el punto de transformar informaciones dispersas en una información organizada y remontarse así de los actos más banales del individuo a sus más íntimos secretos, con la posibilidad añadida de encontrar inmediatamente y de comunicar las informaciones así obtenidas a quien lo requiera¹⁶⁶⁸.

¹⁶⁶⁶ RALLO LOMBARTE, Artemi: "Veinte años de actividad sancionadora de la AEPD (1992-2012): De la pedagogía de la sanción a la accountability como estrategia proactiva", en: AA.VV.: "20 años de protección de datos en España". AEPD. Madrid, 2015. Págs. 200-201.

¹⁶⁶⁷ TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo: "La protección de datos personales de los trabajadores". *Revista Jurídica de Castilla y León* (Junta de Castilla y León). N.º 16. 2008. Pág. 468.

¹⁶⁶⁸ CIACCI, Gianluigi: "Problemi e iniziative in tema di tutela dei dati personali, con particolare riguardo ai

Por ello, las empresas deberían mentalizarse, en cumplimiento de la legalidad, en que solo deberían ser tratadas aquellas informaciones verdaderamente necesarias para atender a los legítimos fines admisibles en una sociedad democrática, y lo sean, además, por las personas adecuadas y conforme a los procedimientos preestablecidos, tanto para garantizar una mínima certeza de licitud plasmada en los esquemas legales, como para que el sujeto afectado por el tratamiento pueda conocerlo y tener acceso a los datos e informaciones que le incumben¹⁶⁶⁹.

3.2.2 ¿Qué datos de los trabajadores son considerados "*personales*" a efectos de su protección?

3.2.2.1 ¿Qué se entiende por "*datos personales*" de los trabajadores?.

La primera consideración para el empresario, desde el momento en el que constituye la empresa y trata datos de carácter personal de los clientes, proveedores y empleados, es que dicha empresa será la responsable de los ficheros a los efectos previstos en la LOPD. Se entiende por fichero "*todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso*" (art. 3 LOPD).

De todos estos datos, no todos son personales, y de éstos, no todos los datos personales susceptibles de ser tratados informáticamente merecen la misma consideración por el legislador. Además, en el seno de la empresa, ésta puede conocer y, por tanto, recabar legítimamente, incluso sin el consentimiento del trabajador, aquellos datos personales que sean necesarios para el desarrollo de la actividad laboral, siempre que se cumpla con el deber de información y finalidad de esos datos. El límite está en aquellos otros datos que no son estrictamente laborales, como por ejemplo el teléfono móvil o el correo electrónico personal del trabajador, aun cuando la empresa pretenda obtenerlo con una finalidad de comunicar cualquier aspecto relativo a su relación laboral. En este caso, será necesario el consentimiento explícito e inequívoco del trabajador¹⁶⁷⁰.

Como ya se analizó en el estudio de la LOPD, a pesar de la relación que existe entre la protección de los datos personales y el derecho a la intimidad de la persona, no hay una distinción exacta en cuanto a qué datos son personales, cuestión que se agudiza en el seno de las relaciones laborales. Sin embargo, al definir datos personales como "*cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables*" [art. 3.a) LOPD], habrá que considerar que son personales los datos que permitan conocer la identidad de una persona utilizando medios razonables¹⁶⁷¹. El hecho de que los datos permitan identificar a una persona es clave, porque si la recogida, procesamiento o uso de

dati sanitari". *Politica del Diritto*, Vol XXII, N.º 4, 1991. Pág. 672.

¹⁶⁶⁹ TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo: "La protección de datos personales de los trabajadores". *Revista Jurídica de Castilla y León* (Junta de Castilla y León). N.º 16. 2008. Pág. 471.

¹⁶⁷⁰ STS (Sala de lo Social), de 21 de septiembre de 2015, rec. N.º 259/2014.

¹⁶⁷¹ PIÑAR MAÑAS, José Luis: "Concepto de datos de carácter personal. Título I. Disposiciones Generales. Artículo 3", en TRONCOSO REIGADA, Antonio (Dir.): "*Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*". Ed. Civitas Thompson Reuters. Cizur Menor, 2010. Pág. 195.

datos no lo permiten, el derecho del individuo no se ve amenazado¹⁶⁷².

El criterio de la identificabilidad se ha de entender como "*razonablemente identificable*", de forma que la vinculación entre el titular de los datos y la información de la que se dispone para identificarlo no requiera esfuerzos desproporcionados¹⁶⁷³.

En este sentido, el objeto del derecho fundamental de la protección de datos es, por tanto, el régimen de conocimiento, uso y destino de un dato que ha salido del ámbito de la vida privada, personal y familiar, de la persona. Este es el objeto del derecho fundamental a los datos que dota a su titular de un poder jurídico de disposición sobre la publicidad del dato personal¹⁶⁷⁴.

De los datos que sirven para identificar a la persona, la LOPD realiza a su vez una distinción, en función de aquellos datos considerados "*sensibles*", y a los que otorga una especial protección. Se trata de datos estrechamente vinculados a la dignidad y personalidad humanas, que se encuentran ya garantizados a través de otros derechos fundamentales, en especial, a través de los arts. 16 y 18 CE, pero a los que se añade un plus de protección al establecer garantías frente a su tratamiento informatizado.

La pertenencia de un dato a un nivel o a otro determinará la adopción de medidas de seguridad de distinta índole, atendiendo a la naturaleza de la información tratada y la mayor o menor necesidad de garantizar la confidencialidad y la integridad de la misma.

3.2.2.2 Datos personales especialmente protegidos.

La LOPD se ocupa de ellos en su art. 7, bajo el epígrafe "*datos especialmente protegidos*". Se trata de datos que en función de su propia naturaleza contienen información de cuyo uso incontrolado pueden derivarse consecuencias especialmente negativas para la persona a la que se refieren.

Para el legislador español, gozan de esta especial protección los datos sobre la ideología, religión o creencias (art. 7.1); los datos relativos al origen racial, la salud y la vida sexual (art. 7.3); y, por último, los datos personales referentes a infracciones penales o administrativas (art. 7.5). Para todos ellos, se establece la prohibición de crear ficheros con la única finalidad de almacenarlos (art. 7.4).

- Datos sobre la ideología, religión o creencias.

¹⁶⁷² PAZOS CASTRO, Ricardo: "El funcionamiento de los motores de búsqueda en Internet y la política de protección de datos personales, ¿una relación imposible?" *In Dret. Revista para el Análisis del Derecho* (Universidad Pompeu Fabra). N.º 1. Enero 2015. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/1118_es.pdf

¹⁶⁷³ CUBERO MARCOS, José Ignacio y ABERASTURI GORRIÑO, Unai: "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*. N.º 83. Mayo-agosto 2008. Págs. 175-197.

¹⁶⁷⁴ VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio: "Nuevas tecnologías, videovigilancia, derecho a la protección de datos y ficheros policiales". *Revista Catalana de Seguretat Pública* (Institut de Seguretat Pública de Catalunya). N.º 17. Diciembre 2006. Págs. 180. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/130221/179659>

Los datos relativos a la ideología, religión o creencias del afectado, son datos relacionados entre sí, contemplados en los arts. 16.1 y 14.1 CE, que consagran el principio de no discriminación, entre otras causas, por razón de la religión, opinión o cualquier otra circunstancia o condición personal o social. Se trata de datos relacionados con el art. 18.1 CE puesto que suministran informaciones sensibles estrictamente ligadas a la persona del afectado, por lo que no resulta extraño que el tratamiento automatizado de aquéllos pueda repercutir en amenazas a la misma intimidad del individuo.

Es jurídicamente irrelevante la concepción ideológica del trabajador en orden a la constitución, desarrollo o extinción de una relación laboral, estando prohibida toda indagación del empresario sobre los datos. Este postulado quiebra, sin embargo, en las organizaciones *“cuya finalidad es realizar programas ideológicos o de creencia; las empresas creadoras o sustentadoras de una determinada ideología en función de la cual existen y cuya propia estructura organizativa no es sino una forma de manifestación de aquélla y también las empresas privadas que suministran bienes o servicios de componente casi exclusivamente ideológico”*¹⁶⁷⁵, es decir, lo que se ha designado como empresas ideológicas o de tendencia.

En las empresas ideológicas, dadas sus peculiaridades y finalidades, las informaciones relativas a la ideología, creencias o religión del trabajador poseen una inmediata y directa relevancia en la valoración de su idoneidad para desarrollar determinadas funciones. Por ello, es posible proceder a una cierta modulación de los derechos fundamentales del trabajador que permita la *“gestión ideológica de la entidad y garantice su autonomía y existencia”*. En consecuencia no estará prohibido al empresario recabar datos personales relativos a estos extremos, cuando sirvan a la aptitud profesional y capacidad del trabajador para desempeñar su actividad.

En virtud del art. 7.2 LOPD siempre será necesario el consentimiento expreso y escrito del trabajador. Y serán aplicables, con carácter general, los principios que sobre la calidad de los datos rigen en la recogida y tratamiento de éstos, en especial, los relativos a la pertinencia y finalidades legítimas par las que se obtengan (art. 4.1).

- Datos accesibles por el empresario relativos al origen racial y nacionalidad del trabajador.

A pesar de que solo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando así lo disponga una Ley o por razones de interés general, no se puede olvidar que se trata de un dato que necesariamente va a ser manejado, tanto por el empresario como por la Administración, para la concesión y renovación de los permisos de trabajo y residencia.

- Prohibición absoluta de indagar sobre los datos relativos a la salud y a la vida sexual del trabajador.

Dentro de los datos relativos a la salud, conviene aclarar que deben incluirse los datos psicotécnicos y psicológicos de la persona, ya que las evaluaciones del sujeto que muestran aptitudes, rasgos de la personalidad, patologías o preferencias pueden utilizarse con fines discriminatorios, o incidir en la toma de decisiones que le afectan (procesos

¹⁶⁷⁵ BLAT GIMENO, Francisco: *“Relaciones Laborales en Empresas Ideológicas”*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986. Pág. 66.

selectivos, promoción profesional e incluso, para llevar a cabo un despido)¹⁶⁷⁶.

Con respecto a la vida sexual del trabajador, está absolutamente prohibido al empresario indagar, acceder y, por supuesto, someter a tratamiento automatizado informaciones relativas a los comportamientos sexuales de sus empleados.

Los datos de carácter personal que hagan referencia a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente, quedando expresamente prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la vida sexual de la persona (art. 7.3 y 4 LOPD).

Cabe preguntarse si estamos ante una prohibición absoluta o sería posible individualizar alguna excepción. Un caso en el que podrían plantearse dudas es en determinadas enfermedades infecciosas de transmisión sexual, como por ejemplo el Sida, que afecta especialmente a los llamados grupos de riesgo, entre los que se encuentran los homosexuales. Con independencia del móvil del empresario, se trataría de una práctica difícilmente encuadrable en el marco constitucional ya que no existe duda alguna sobre su pertenencia a la esfera más íntima y reservada del ser humano¹⁶⁷⁷.

3.2.2.3 Datos con un nivel de protección medio.

Entre estos datos, cabe distinguir la información general y la específica. La primera alude al conjunto de datos respecto de los cuales podemos obtener un perfil del afectado, como los que se demandan para los procesos de selección o promoción de los trabajadores (*currículum vitae*). Por otro lado, la información específica, a través de la cual se muestran datos relativos o que hagan referencia a infracciones administrativas o antecedentes penales.

En cuanto a los datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas, sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras (art. 7.5 LOPD), sin que el empresario pueda, por tanto, hacer acopio de ellos. A ello se refiere también el art. 6.5.1 del Repertorio de Recomendaciones prácticas de la OIT sobre protección de los datos personales de los trabajadores, de 1997, cuando se refiere a que “*los empleadores no deberían recabar los datos relativos a (...) antecedentes penales de los trabajadores*”, y de ser necesario su acopio debe “*limitarse exclusivamente a los que guarden una manifiesta relación con el puesto de trabajo*”¹⁶⁷⁸.

¹⁶⁷⁶ OROZCO PARDO, Guillermo: “Protección de datos relativos a la salud y derecho a la información clínica”, en ANARTE BORRALLA, Enrique; MORENO MORENO, Fernando y GARCÍA RUÍZ, Carmen Rocío (Coords.): “*Nuevos conflictos sociales. El papel de la privacidad*”. Ed. Lustel, Madrid, 2015. Pág. 129.

¹⁶⁷⁷ CARDONA RUBERT, María Belén: “El Derecho a la Intimidad en la relación laboral. Información relativa al trabajador”. *Ius et Praxis* (Talca, Chile). N.º 2. 1998. Pág. 120.

¹⁶⁷⁸ Repertorio de Recomendaciones prácticas de la OIT sobre protección de los datos personales de los trabajadores, de 1997. Disponible en: http://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS_PUBL_9223103290_ES/lang--es/index.htm

Surge aquí una posible contradicción en el ámbito laboral, cuando a efectos de proteger otros bienes jurídicos, el empresario pretenda conocer los antecedentes penales del trabajador, ya sea en el momento de la contratación o en un momento posterior. Para resolver la cuestión y mantener el equilibrio de intereses y derechos, será necesario una justificación que por razones de orden público, legitime al empleador a conocer dichos datos y para obrar en consecuencia. El interés empresarial debería exceder del mero perjuicio y basarse en un daño real a la imagen de la empresa¹⁶⁷⁹. Son ejemplos donde cabría una excepción legítima a recabar estos datos, para la salvaguarda de otros bienes jurídicos propios o de terceros, la condena por robo a un trabajador en una empresa de seguridad, o por abusos de menores, en un centro infantil.

Esta limitación no debe afectar a las infracciones laborales, las cuales podrán ser registradas por el empresario, incluso sin el consentimiento del trabajador. Ello se debe a que esta información es necesaria para el desarrollo de la relación laboral, por ejemplo, para valorar la reincidencia del trabajador en la comisión de faltas laborales¹⁶⁸⁰.

3.2.2.4 Datos con un nivel de protección bajo.

La normativa en materia de protección de datos no establece un listado cerrado o *numerus clausus* de los datos que la misma considera como básicos o de sensibilidad mínima. Por tanto, es preciso delimitar los datos de nivel medio y alto y, una vez realizado, podemos concluir que pertenecerán al nivel básico el resto de datos de carácter personal que almacenemos y tratemos, tales y como el nombre, los apellidos, el documento nacional de identidad, la dirección postal, el correo electrónico, la edad, etc.

3.3. LA PROTECCIÓN DE DATOS EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE TRABAJADORES.

La demanda de un puesto de trabajo implica normalmente la presentación de un documento o "*curriculum vitae*" por el candidato a la empresa en el que muestra su formación, capacidades, competencias y aptitudes, además de datos de contacto, identidad, aficiones, y cuantas otras circunstancias estime que pueden decantar su selección y contratación.

Por tanto, el primer contacto con la empresa implica que el candidato todavía no es trabajador, pero revela un interés por conseguir un contrato de trabajo en la organización. Este es el momento de mayor fragilidad para el futuro trabajador, pues tiene que mostrar todo aquello que el empresario pueda valorar positivamente de cara al desempeño de las funciones ofertadas o que se deseen desempeñar. Esto sitúa al candidato en una situación de desigualdad respecto al empresario, pues la libertad de contratación de éste, puede excluirle ante otros candidatos.

En este sentido, es legítimo el interés del empresario para procurarse la mayor información posible del candidato. La evaluación de tales circunstancias alcanzará

¹⁶⁷⁹ RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio: "*Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*". Consejo Económico y Social del Principado de Asturias. Oviedo. 2009. Pág. 136.

¹⁶⁸⁰ APARICIO ALDANA, Rebeca Karina: "*Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones jurídico-laborales*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2016. Pág. 94.

seguramente rasgos de su propia personalidad, que en algunos casos estará justificada por las características y naturaleza de la propia prestación de trabajo. Por ello, la finalidad a la que debe responder la recogida de información del candidato es la valoración de la capacidad profesional¹⁶⁸¹.

Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, el empresario a su vez no podrá exigir información que no esté directamente relacionada con el trabajo a desarrollar, ni utilizar dicha información, sea o no profesional, para decidir arbitrariamente entre los candidatos, excluyendo a alguno de ellos por motivos discriminatorios. Por esta razón, no debe emplearse ninguna condición discriminatoria que pueda ocasionar una lesión de los derechos del trabajador, ni requerir información que no sea objetiva y razonable para el puesto en cuestión. Por todo ello, es una cuestión importante recoger la información de los candidatos de forma correcta, excluyendo datos que puedan dar lugar a una sospecha, que se pueda convertir en indicio de discriminación. Al constar normalmente la información en un documento "*currículo*", hay que tener en cuenta que puede actuar como prueba en un caso de discriminación, por lo que puede jugar en contra del empresario, exigir que conste una información personal del candidato.

Con objeto de una mejor gestión, seguridad y posterior cumplimiento de la normativa aplicable, tanto de carácter laboral, como en materia de protección de datos, son importantes algunas cuestiones. Es recomendable disponer de modelos de impresos tipo para la formalización del currículo y debe determinarse un procedimiento de formalización y entrega de los mismos que permita no sólo informar adecuadamente, sino definir con precisión el tipo de datos a tratar o establecer las medidas de seguridad precisas si fuera necesario.

Todo indica que el ámbito correcto se sitúa en lo que es el conocimiento de la aptitud para el trabajo, sin perjuicio de otros factores justificados como sería por ejemplo, la selección en empresas de tendencia¹⁶⁸².

En esta situación, el empleador debe informar al candidato de la recogida de sus datos y de los destinatarios de la información, como exige el art. 5 LOPD, así como del resto de cuestiones relacionadas con la obligación de información. Pero nos podemos encontrar con dos situaciones distintas:

- La entrega directa y a criterio del trabajador del currículo, en cuyo caso, deben fijarse los procedimientos de información sobre el acuse o confirmación de la recepción, condicionando el tratamiento de los datos al acuse de recibo. El RLOPD indica que el deber de información deberá llevarse a cabo a través de un medio que permita acreditar su cumplimiento, debiendo conservarse mientras persista el tratamiento de los datos del afectado.

¹⁶⁸¹ DE VICENTE PACHÉS, Fernando: "Protección de datos personales y agentes intermediarios de colocación: la tutela de la libertad informática-intimidad del demandante de empleo". *Revista de Treball, Economia i Societat* (Comité Econòmic i Social de la Comunitat Valenciana). N.º 64. Abril 2012. Pág. 2. Disponible en: <http://repositori.uji.es/xmlui/handle/10234/62869>

¹⁶⁸² VALVERDE ASECIO, Antonio José: "El derecho a la protección de datos en la relación laboral", en DEL REY GUANTER, Salvador (Director) y LUQUE PARRA, Manuel (Coord.): "*Relaciones laborales y nuevas tecnologías*". Ed. La Ley. Madrid. 2005. Pág. 366.

- Si se hubiera recogido el currículum en base a una convocatoria concreta para la cobertura de un determinado puesto de trabajo, deberá incluirse en ella la información prevista en el art. 5 LOPD.

En casos de grupos de empresas o de cualquier otra fórmula de colaboración empresarial debe tenerse en cuenta que la cesión de los datos contenidos en el *currículum*, o del propio documento debe contar con el consentimiento del candidato¹⁶⁸³.

Debe plantearse igualmente el caso frecuente de la intervención de otras entidades especializadas en los procesos de selección de trabajadores. El interés en externalizar la selección se debe a una mayor capacidad de las empresas especializadas, el ahorro de tiempo en la gestión y en particular, muy conectada con el tema que nos ocupa, para eludir el control de los representantes de los trabajadores o de la Inspección de Trabajo en cuanto a la salvaguarda de los derechos de los afectados.

Y es que la intimidad del trabajador y la protección de sus datos personales no sólo corre riesgos frente al empresario, sino que en la medida que éste externalice la selección de trabajadores, estas empresas adquieren datos del trabajador o candidato a un puesto de trabajo, y en cuanto poseedores de dicha información, se convierten en potenciales agentes lesivos de su esfera privada.

Este es el caso, entre otros, de los agentes intermediarios en la colocación: Agencias –públicas y privadas– de colocación, empresas de selección de personal y ETTs. En especial, las ETTs están autorizadas a operar, además, como agencias de colocación, medida ésta, que pone de manifiesto una apuesta por el reforzamiento de la gestión privatizada de la colocación e intermediación laboral¹⁶⁸⁴.

A estos agentes de colocación son por tanto aplicables los principios de la protección de datos. Deberán realizar el tratamiento de datos de una forma legal y atendiendo al principio de finalidad, de forma que el tratamiento de datos se lleve a cabo para unos fines determinados y legítimos. La finalidad no podrá por tanto abarcar otras cuestiones que no tengan que ver con el proceso mismo de selección y con la valoración de la capacidad profesional de los candidatos.

Estos datos han de ser adecuados y no excesivos, para evitar abusos o intromisiones en la esfera privada del trabajador o en cuestiones no relacionadas con el puesto de trabajo a ocupar (afiliación sindical, ideología o religión). Además, deberán ser exactos y estar actualizados, conservándose por un tiempo no superior al necesario para los fines que fueron recogidos y almacenándose de forma que permitan el ejercicio del derecho de acceso por el afectado. Terminado el proceso de selección, el empresario deberá cancelar la información sobre los candidatos participantes que no hayan sido elegidos, conservando solamente la pertinente para fines laborales¹⁶⁸⁵.

¹⁶⁸³ Resolución del Director de la AEPD de 21 de diciembre de 2007 PS/00239/2007.

¹⁶⁸⁴ DE VICENTE PACHÉS, Fernando: "Protección de datos personales y agentes intermediarios de colocación: la tutela de la libertad informática-intimidad del demandante de empleo". *Revista de Treball, Economia i Societat* (Comité Econòmic i Social de la Comunitat Valenciana). N.º 64. Abril 2012. Pág. 2. Disponible en: <http://repositori.uji.es/xmlui/handle/10234/62869>.

¹⁶⁸⁵ APARICIO ALDANA, Rebeca Karina: "*Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones jurídico-laborales*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2016. Pág. 191.

La especialidad, cuando el proceso de selección se realiza por un tercero que intermedia en la colocación es, sin duda, el consentimiento. En el plano laboral, la constitución de ficheros de datos personales no exige el consentimiento del trabajador, pero surge la duda de qué ocurre en el proceso de selección, sobre todo si es una agencia de colocación o una entidad intermediaria la que crea el fichero.

Si bien la LOPD no clarifica este extremo, en base a la Directiva comunitaria de protección de datos podemos entender que no es necesario el consentimiento. Esta Directiva, entre las condiciones de licitud en el tratamiento de datos se refiere a los datos que sean necesarios "para la ejecución de un contrato en el que el interesado sea parte o para la aplicación de medidas precontractuales adoptadas a petición del interesado" (art. 7.b). De ello se desprende que el empresario puede prescindir del consentimiento del trabajador tanto para tratar aquellos datos personales de éste que sean necesarios para el desarrollo de la actividad laboral, como para proceder a la selección de los candidatos en la fase previa del contrato¹⁶⁸⁶.

3.4. EL DEBER EMPRESARIAL DE INFORMACIÓN DEL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES DE LOS TRABAJADORES.

El trabajador debe ser informado del tratamiento de sus datos personales, lo que no debe confundirse con el consentimiento, que puede prestarse en el mismo contrato de trabajo. Este contrato también es un canal para ofrecer la información sobre los tratamientos directamente relacionados con la prestación laboral.

Sin embargo ello no exime del deber de información de todos aquellos nuevos tratamientos de datos personales que la empresa decida realizar con carácter posterior a la relación laboral. Las relaciones laborales son dinámicas y pueden estar sujetas a cambios sobrevenidos, tanto desde el punto de vista del trabajador, como desde la perspectiva de la empresa. Por ello será necesario informar al trabajador en todos aquellos casos en los que se produzcan cambios que afecten al tratamiento de los datos personales como la aparición de nuevas finalidades o de nuevos tratamientos.

El TC ha aseverado como contenido esencial de este derecho fundamental el derecho de información del interesado. "*Sin la garantía que supone el derecho a una información apropiada mediante el cumplimiento de determinados requisitos legales quedará sin duda frustrado el derecho del interesado a controlar y disponer de sus datos personales, pues es claro que le impedirán ejercer otras facultades que se integran en el contenido del derecho fundamental*" (STC 292/2000, FJ 13º).

El individuo no puede controlar qué se hace con sus datos si no sabe que su dato lo tiene un tercero y lo puede usar. Por lo tanto, es capital para la efectiva garantía y respeto del derecho tener informado al afectado de quién tiene sus datos, para qué y con qué finalidad, a efectos de conocer el posible destino que pueden darse a sus datos

¹⁶⁸⁶ DE VICENTE PACHÉS, Fernando: "Protección de datos personales y agentes intermediarios de colocación: la tutela de la libertad informática-intimidad del demandante de empleo". *Revista de Treball, Economia i Societat* (Comité Econòmic i Social de la Comunitat Valenciana). N.º 64. Abril 2012. Pág. 10. Disponible en: <http://repositori.uji.es/xmlui/handle/10234/62869>

personales. Además, ese conocimiento permite al afectado poder reaccionar frente a la obtención y uso de sus datos ejerciendo los derechos de oposición al tratamiento y de rectificación y cancelación de los datos¹⁶⁸⁷.

Entre todos los tratamientos de datos personales llevados a cabo por la empresa, merecen especial atención aquellos que se originan en las funciones de control o vigilancia, en virtud del poder de dirección. En estos casos, la empresa deberá informar de la posibilidad de recabar datos de los trabajadores fruto del ejercicio de esta facultad. Son ejemplos de ello, los datos de las grabaciones audiovisuales fruto de cámaras de seguridad, controles de acceso, por ejemplo, a través de huellas biométricas o los controles sobre el correo electrónico y la navegación por Internet.

Cuando estos controles repercuten a todos los trabajadores, es posible que la obligación de informar se lleve a cabo con la representación de los trabajadores, a efectos de una mayor difusión y en cumplimiento de la legislación laboral, en cuanto a ser informados de este tipo de medidas.

En el caso de datos "*especialmente sensibles*" bien por su naturaleza religiosa o ideológica, bien por pertenecer al núcleo más íntimo de la persona, al estar dotados de una especial protección, la empresa está obligada a disponer de procedimientos que garanticen:

- Que se ofrece una adecuada información en la recogida de los datos, así como la prestación de un consentimiento expreso.
- Antes de recabar este tipo de datos es necesario analizar la proporcionalidad del tratamiento y la legitimación para el mismo, de forma coherente con la finalidad a que obedecen. El ejemplo más común es el de los datos médicos, donde el empresario no debe conocer más allá de la aptitud o no para trabajar, sin perjuicio de que esos datos sean obtenidos por el servicio de prevención de la empresa.
- La adopción de medidas de seguridad de nivel alto que garanticen la protección de los datos personales.

3.5. LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR FRENTE A LOS SISTEMAS DE DENUNCIAS INTERNAS O "WHISTLEBLOWING" Y FRENTE A LAS "LISTAS NEGRAS DE LA EMPRESA".

Los trabajadores pueden denunciar conductas impropias o contrarias a las normas existentes o aplicables a la empresa y que conozcan a raíz de su trabajo¹⁶⁸⁸. Se trata de

¹⁶⁸⁷ VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio: "Nuevas tecnologías, videovigilancia, derecho a la protección de datos y ficheros policiales". *Revista Catalana de Seguretat Pública* (Institut de Seguretat Pública de Catalunya). N.º 17. Diciembre 2006. Págs. 177-202. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/130221/179659>

¹⁶⁸⁸ A pesar de ello, no faltan autores contrarios a esta práctica. Incluso a mediados del S. XX, en defensa del enfoque humano del trabajo se decía: "Nunca deben fomentarse ni admitirse las delaciones o las soplonerías". El empleo de estas técnicas policíacas por la empresa, creará una barrera infranqueable, en CUÑAT COSSONÍS, Roberto: "Algunas consideraciones sobre la participación activa de los trabajadores en la empresa moderna". *Revista de Política Social*. N.º 7. 1950. Pág. 154.

una manifestación del principio de buena fe, consistente en la denuncia o testimonio de actos ilícitos de otros trabajadores o terceros, con el ánimo de dañar o de reparar ilegalidades¹⁶⁸⁹. Tampoco resulta extraño promover a través de códigos de conducta el deber de denunciar irregularidades, lo que en determinados casos puede llegar a ser algo más que un deber moral (por ejemplo, los riesgos en materia de PRL).

Por tanto, es también un deber del empresario proteger al trabajador que delata o manifiesta estos actos o incumplimientos en pro de los intereses de la empresa. Para ello, las empresas deben articular un mecanismo que implique¹⁶⁹⁰:

- Haber informado, tanto a los posibles denunciadores como denunciados, de la existencia y finalidad de un tratamiento de datos relacionado con estos procedimientos de la denuncia y los canales por los que se comunica a la empresa.
- Si los datos contenidos en los sistemas de denuncias fueran a ser transmitidos a otra entidad que investigue el hecho denunciado, se producirá una cesión de datos de la que el interesado, tanto el denunciante como el denunciado, deberá ser debidamente informado. Esta misma información deberá referirse, en su caso, a la posible transferencia internacional de datos a otras empresas del grupo.
- No deberán admitirse denuncias anónimas, si bien, la identidad del denunciante debe permanecer confidencial, no facilitándose su identificación al denunciado.
- La conservación del dato debería limitarse al tiempo necesario para la investigación de los hechos y sólo en caso de que se desprenda la adopción de determinadas medidas contra el denunciado sería posible conservar los datos por un plazo superior, debiendo eliminarse en caso contrario.
- Deberán garantizarse los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición por parte del denunciado, sin que ello implique facilitarle la identidad del denunciante. En todo caso, el denunciado debería poder conocer en el menor tiempo posible el hecho denunciado a fin de poder defender sus intereses.
- Los ficheros creados en el marco de estos sistemas deberán ser notificados al Registro General de Protección de Datos. Del mismo modo, deberán notificarse y/o autorizarse las transferencias internacionales de los datos que vayan a llevarse a cabo.

En cuanto a la existencia de “*listas negras*”, su carácter oculto suele encubrir una discriminación por motivos dudosos e incluso ilícitos. Si bien es posible disponer de un catálogo de los incumplimientos laborales por motivos justificados para evitar o controlar nuevas reiteraciones de la conducta o reincidencia en las faltas, su utilización se realizará únicamente con fines disciplinarios.

¹⁶⁸⁹ MONTOYA MELGAR, Alfredo: “*La buena fe en el Derecho del Trabajo*”. Ed. Tecnos. Madrid, 2001. Pág. 74.

¹⁶⁹⁰ SAMPEDRO BURGOS, Guadalupe: “Reflexiones sobre la aplicación de la normativa de protección de datos en el ámbito del control del empresario y sistemas de denuncias internas”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel). N.º 26. 2011. Pág. 144.

Así por ejemplo, el TS ha entendido vulnerados los derechos al honor y a la protección de datos personales de un trabajador que fue despedido (de forma improcedente), por la imputación de una falta laboral y su inclusión en una lista negra de trabajadores conflictivos que le dificultó la búsqueda de empleo en el sector. Estas circunstancias ocasionan, además, el derecho al resarcimiento por los daños y perjuicios causados, lo que en este caso se cuantificó en una cuantía de 30.000 euros¹⁶⁹¹.

3.6. EL ACCESO DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES Y DE TERCEROS A LOS DATOS PERSONALES DE LOS TRABAJADORES.

3.6.1 Acceso a datos personales por los representantes de los trabajadores en virtud de su derecho de información.

La información que la empresa debe facilitar a los representantes de los trabajadores y organizaciones sindicales abarca temas relacionados con la actividad empresarial y el empleo (art. 64 ET, en cuanto al derecho de información y consulta). A pesar que el art. 3.i) LOPD considera cesión a “*toda revelación de datos realizada a persona distinta del interesado*”, el acceso por los representantes a datos personales no ha de considerarse cesión, pues se produce en el ámbito de una misma persona jurídica (del mismo responsable del fichero), existiendo una relación de jerarquía o de tutela con éste. Pero ello tampoco legitima a un acceso indiscriminado de la información¹⁶⁹².

El acceso a los datos por los representantes de los trabajadores solo será posible cuando su tratamiento esté justificado, sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y finalidad para la que se hayan obtenido. Esta finalidad deberá estar relacionada, por tanto, con el ejercicio de sus competencias, en virtud de una disposición legal, salvo consentimiento de los afectados¹⁶⁹³.

Son supuestos legales que justifican las comunicaciones de datos de los trabajadores a sus representantes legales o sindicales, la cesión de datos para elecciones sindicales, la copia básica del contrato, los listados de trabajadores y relación de puestos de trabajo, los datos relativos a bajas y absentismo laboral, los relativos a la cotización o los necesarios para el pago de la cuota sindical.

En un primer momento, respecto al cumplimiento de los derechos de información de los representantes de los trabajadores en relación a la entrega a éstos de la copia básica de los contratos, se justificó su constitucionalidad por la no vulneración del derecho a la intimidad, en lugar de valorar si ello afectaba al derecho a la protección de datos. La STC

¹⁶⁹¹ STS (Sala de lo Civil), de 12 de noviembre de 2015, rec. N.º 899/2014.

¹⁶⁹² TRONCOSO REIGADA, Antonio: “Libertad sindical, libertad de empresa y autodeterminación informativa de los trabajadores”, en FARRIOLS I SOLÁ, Antoni (Dir.): “*La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*”. Ed. Cinca. Madrid, 2006. Págs. 117-118.

¹⁶⁹³ BLASCO PELLICER, Ángel: “Los derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones colectivas de trabajo”. Segunda ponencia temática en el XXIV Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: “*Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*”, celebrado en Pamplona, 29 y 30 de mayo de 2014. Págs. 32-33.

142/1993, de 22 de abril, entendió válida la remisión de las retribuciones en dicha copia a los representantes de los trabajadores, pues éstas no pueden en principio desgajarse de la esfera de las relaciones sociales y profesionales que el trabajador desarrolla fuera de su ámbito personal e íntimo, para introducirse en este último, por lo que se descarta que el conocimiento de la retribución percibida permita reconstruir la vida íntima de los trabajadores (FJ 8º).

Cabría haber planteado la cuestión desde la perspectiva de la protección de datos, y probablemente la justificación e incluso el fallo hubiera cambiado, si se hubiera planteado dar prioridad a la perspectiva individual de este derecho, aún admitiendo que la retribución no es un dato íntimo. Ello nos lleva a reconsiderar que los datos protegidos no tienen por qué ser datos íntimos, a efectos del derecho a la protección de datos.

El responsable de la obligación de comunicar información a los representantes es el empleador, por lo que en el cumplimiento de la misma, la voluntad del trabajador es irrelevante¹⁶⁹⁴. Se produce así una posible colisión del derecho a la protección de datos con otros derechos entre el trabajador y sus representantes que, sin embargo, también afectan al empleador, como garante de unos y otros intereses, por lo que la litigiosidad es evidente y paradigmática¹⁶⁹⁵.

La información a los representantes de determinados datos de los trabajadores mediante el acceso a la copia básica, no supone sin embargo facilitar determinados datos del contrato, sino al contrario, se trata de entregar una copia íntegra, de la que se suprimen ciertos datos protegidos por el derecho a la intimidad¹⁶⁹⁶. Es decir, supone una obligación para el empleador de proteger solo determinados datos que se excluyen de la copia, pero en cuanto a que éstos son datos íntimos, protegibles por la LO 1/1982, de 5 de mayo. El empresario actúa como mero intermediario en el que hará constar una información que a él no le supone mayor preocupación. Sin embargo, sí que supone un conflicto entre el derecho individual del trabajador y el derecho de información de los representantes de los trabajadores, no solo en la preservación de datos íntimos, sino también de datos públicos, pero personales.

Pero la excusa de no facilitar información a los representantes legales o sindicales de los trabajadores por parte del empresario, para salvaguardar la protección de datos, puede ocasionar un conflicto normativo. Esta información es de vital importancia en los casos de despidos colectivos o modificación sustancial de condiciones de trabajo, de cara a justificar la medida. La información objeto de controversia, puede no ser de carácter íntimo, pero sí personal del sujeto en cuestión, con los efectos que la transmisión de la información puede ocasionar al trabajador, que se verá sometido a la decisión colectiva o

¹⁶⁹⁴ DE LA VILLA GIL, Luis Enrique: "La Ley 2/1991: De los principios a los detalles". *Revista de Trabajo* (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social). N.º 100 extraordinario. Octubre-diciembre 1990. Pág. 85.

¹⁶⁹⁵ VALVERDE ASENCIO, Antonio José: "Protección de datos de carácter personal y derechos de información de los representantes de los trabajadores". *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 118. 2013. Pág. 30. Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_1392_3.pdf

¹⁶⁹⁶ SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio y GIL Y GIL, José Luis: "Derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación". *Revista de Trabajo* (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social). N.º 100 extraordinario. Octubre-diciembre 1990. Pág. 31.

colegiada de sus representantes, cuando no del acuerdo al que éstos lleguen con sus representantes.

Una posible solución sería la de ampliar la excepción que la LOPD prevé para la prestación del consentimiento del trabajador de los datos recabados por el empresario, a la cesión de datos, prevista en el art. 11 LOPD. El fundamento sería que dicha información que se ha de facilitar a los representantes legales o sindicales de los trabajadores es consustancial a la propia relación laboral.

La primera controversia que plantea esta interpretación es si la información requerida por la representación de los trabajadores tiene el carácter de dato personal. Si se trata de datos "*profesionales*" en cuyo ámbito se encuentran, por ejemplo, los económicos, sería posible excluirlos de la obligación del consentimiento del trabajador a efectos de su cesión a los representantes.

Por ejemplo, el TS ha considerado que la retribución o salario no es un dato personal ni íntimo susceptible de reserva para salvaguardar el respeto a la intimidad, sino que se trata de un elemento esencial del contrato de trabajo, de naturaleza contractual, laboral y profesional, por lo que no precisa recabar el consentimiento previo del trabajador individual para que los representantes sindicales puedan acceder a dicho dato¹⁶⁹⁷.

De esta manera, aparece un nuevo concepto de dato personal más restrictivo del que aparece en la LOPD y que, a efectos de su cesión a terceros, estaría excluido del carácter imperativo de la normativa de protección de datos. Sin embargo, esta restricción no aparece en la legislación española ni en la europea, ni siquiera en la potestad reglamentaria del gobierno.

El TC tampoco ampara esta diferenciación entre dato personal y dato profesional. El Auto 29/2008, de 28 de enero, inadmite el recurso de amparo, desestimando la pretensión de un sindicato a recibir como información un "*listado de ocupación de los puestos de trabajo*". En este sentido "*al denegar la cesión de los datos personales que les fueron solicitados, los poderes públicos han satisfecho la obligación que recae sobre ellos de proceder al tratamiento de los datos personales contenidos en los ficheros públicos con las debidas garantías*" (FJ 4º).

Y frente a la alegación de que los datos personales solicitados son datos profesionales y salariales y que, por lo tanto, no están incluidos en el concepto de intimidad protegido por la CE, reitera lo ya dicho en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, cuando considera que el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos, no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales. "*Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos*" (FJ 6º).

Sin embargo, es aquí cuando el Auto 29/2008, en su FJ 6º establece una

¹⁶⁹⁷ SSTS (Sala de lo Social), de 3 de mayo de 2011, rec. N.º 168/2010 (Ar. RJ 2011\4503) y de 19 de febrero de 2009, rec. N.º 6/2008 (Ar. RJ 2009\1620).

diferenciación importante: *"la solicitud formulada, no sólo era desproporcionada y no contemplada por el legislador, sino que además tampoco la petición cursada había obedecido a una necesidad debidamente justificada"*. Es decir, que si la obligación de información a los representantes, estuviera recogida en la Ley, se podría cumplir dicha obligación, sin necesidad de solicitar el consentimiento previo de los trabajadores.

Este ha sido el criterio de la AEPD, que entiende viable la transmisión de datos a los representantes de los trabajadores al encontrarse reconocido por el ET el derecho de éstos a acceder a determinados datos en el ámbito de sus competencias. En caso contrario, será necesario el consentimiento del interesado para proceder a la comunicación de sus datos. De modo que la utilización de los datos por parte de los representantes de los trabajadores debería limitarse a la finalidad de control que a los mismos atribuye el propio ET¹⁶⁹⁸.

De esta interpretación, debe entenderse que también estarían incluidos los datos facilitados a los representantes en virtud de convenio colectivo.

Esta consideración no significa que los trabajadores no puedan ejercer sus derechos asociados a la protección de datos frente a sus representantes. El carácter personalísimo del derecho en cuestión, debe hacer valer esta facultad. Los representantes deberán respetar el principio de calidad de los datos, que además, solo podrán utilizar para aquellas finalidades previstas. Asimismo, deben garantizar la protección de los derechos de los representados, en virtud de su deber de sigilo¹⁶⁹⁹.

3.6.2 Contratación de servicios externos para la cobertura de seguros.

Las empresas pueden disponer a favor de sus trabajadores varios tipos de seguros, bien derivados del compromiso adquirido en convenio colectivo o mediante pacto en la propia empresa, bien porque con carácter unilateral, la empresa pone en marcha esta externalización de los compromisos adquiridos.

Los tratamientos de datos que resulten necesarios para la contratación de este tipo de productos se encontrarán legitimados, ya sea por el consentimiento del trabajador, ya sea por la existencia de la relación laboral, cuando de la misma derive la obligación adquirida por el empresario de otorgar este beneficio o mejora voluntaria al trabajador. Ahora bien, cuando se requiera el consentimiento por no fundamentarse el tratamiento en los deberes u obligaciones de las partes en una relación laboral el contrato no es el instrumento más idóneo. En este caso deberá informarse expresamente de los términos en los que puede ejercerse el derecho de oposición.

¹⁶⁹⁸ Informe 0384/2010 de la AEPD sobre cesión a comité de empresa de datos de trabajadores prevista en convenio. Oposición por algún trabajador. Disponible en: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/cesion_datos/common/pdfs/2010-0384_Cesi-oo-n-a-comit-ee--de-empresa-de-datos-de-trabajadores-prevista-en-convenio.-Oposi-oo-n-por-alg-uu-n-trabajador.pdf

¹⁶⁹⁹ VALVERDE ASECIO, Antonio José: "Protección de datos de carácter personal y derechos de información de los representantes de los trabajadores". *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 118. 2013. Pág. 43. Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_1392_3.pdf

De acuerdo con ello la empresa puede realizar distintos tipos de tratamientos, debiendo en todo caso informar a los trabajadores de la recogida de datos en los siguientes términos:

- La cesión de los datos de identificación y contacto del trabajador a la empresa aseguradora o la gestora del plan de pensiones para que a su vez ésta inicie su relación con el asegurado o participe del plan y recabe los datos necesarios.
- La recogida de datos vinculados al contrato que se pretende celebrar para su traslado a la aseguradora o gestora del plan de pensiones.

De estos sistemas de cobertura pueden existir tratamientos de datos que afecten a familiares o personas relacionadas con los trabajadores cuando estos deban designar beneficiarios del seguro o del plan de pensiones. En este caso, el tratamiento de sus datos resulta legitimado por la existencia de la relación laboral si bien debe recordarse que los datos deben ser únicamente los necesarios, en atención al principio de proporcionalidad y únicamente en relación con la contratación del seguro o plan de pensiones, en atención al principio de finalidad.

Así se desprende del Informe jurídico de la AEPD en el que se planteó si la transmisión de datos a la entidad aseguradora con la que la empresa tiene suscrito una póliza de seguro de grupo sobre la vida para sus trabajadores, relativos a éstos y a los beneficiarios que designen, constituye una cesión de datos personales o un tratamiento de datos por cuenta de terceros. En este sentido, el tratamiento de los datos del beneficiario de un seguro de vida se encuentra amparado por lo dispuesto en el art. 6.2 LOPD, aún cuando el beneficiario no haya prestado su consentimiento al tratamiento¹⁷⁰⁰.

3.6.3 Contratación de la gestión de nóminas por terceros.

La gestión de las nóminas, así como el cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social puede contratarse con servicios externos, como asesorías, gestorías o despachos especializados o con un departamento centralizado, por ejemplo, en un grupo de empresas.

En los casos en que es una gestoría quien lleva a cabo la gestión laboral de la contratación, nóminas y seguridad social de una empresa, ésta tendrá la condición de "*encargado del tratamiento*", por lo que debe someterse a lo establecido en el art. 12 de la LOPD, formalizando un contrato y definiendo su contenido y las obligaciones de las partes. Este contrato debe contar con un contenido ajustado al tratamiento de datos personales que se lleva a cabo.

3.7. PROTECCIÓN DE DATOS Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.

3.7.1 La protección de datos médicos.

En principio, el tratamiento de datos personales en materia de PRL se encuentra legitimado por la existencia de una relación contractual cuyo cumplimiento, desarrollo y control, lo hace necesario sin necesidad de solicitar el consentimiento del trabajador (art.

¹⁷⁰⁰ Informe jurídico 0363-2008 de la AEPD.

6.2 LOPD). Sin embargo, el cumplimiento del deber de información es esencial, debiendo prestar particular atención al principio de calidad y finalidad, limitándose a recabar y utilizar los datos estrictamente necesarios para la finalidad preventiva.

Una de las formas de organización de la prevención en la empresa es a través de servicios de prevención, ya sean propios o ajenos, lo que se proyecta sobre la protección de datos de la siguiente forma:

- La condición de responsable del fichero o del tratamiento varía según se trate de un servicio de prevención propio, ajeno o mancomunado.

Si se trata de un servicio propio la empresa será responsable del fichero que se genere para la gestión de la prevención. Si el servicio de prevención es propio deberán distinguirse distintos perfiles y facultades de acceso a datos de salud, siendo plenos para el personal sanitario y limitados para la dirección al carácter de apto/no apto.

Las empresas que actúan como servicios de prevención ajenos tienen la consideración de responsables del tratamiento. *"Cuando la empresa contrate con una Mutua la protección de las contingencias profesionales de los trabajadores o la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, será considerada responsable del tratamiento de datos que realizan de acuerdo con las funciones que tiene legalmente atribuidas, y no con un mero tratamiento por cuenta de terceros. (...) tanto las empresas encargadas de la Prevención de Riesgos Laborales como las Mutuas de Accidentes tienen la consideración de responsables del tratamiento de datos que realizan, al amparo de las funciones que tiene legalmente atribuidas"*¹⁷⁰¹.

Las políticas de PRL definen distintos roles desde el punto de vista de la protección de datos personales. El servicio de prevención tendrá carácter interdisciplinar. Por ello, los sistemas de información que se dedican a la gestión de servicios de prevención deberán tener en cuenta:

- El nivel de seguridad. Que será alto en todos aquellos casos en los que se incluyan datos de salud con identificación precisa de las enfermedades o cuando se gestionan historias clínicas de salud laboral.

Los datos de carácter personal relacionados con la salud abarcan las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo. En particular, se consideran datos relacionados con la salud de las personas los referidos a su porcentaje de discapacidad y a su información genética [art 5.1.g) RLOPD].

Deberán definirse de modo muy preciso los perfiles de acceso y las funciones de cada uno de los usuarios, manteniendo además el cumplimiento de la normativa específica. La historia clínica del trabajador debe regirse además de por lo previsto en la LOPD, por los principios de la Ley 41/2002:

"Al propio tiempo, de lo establecido en el párrafo segundo del art. 22.4 de la Ley se deriva el derecho del personal sanitario que realice las acciones de vigilancia de la salud

¹⁷⁰¹ Informe AEPD 0299/2009.

*al conocimiento de la información médica que se derive de la misma. En este sentido, dicha información compondrá, según dispone la propia Ley, el historial clínico laboral del trabajador, debiendo tenerse en cuenta que, en cuanto historia clínica, la misma se sometería a lo establecido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que impone la llevanza de la misma a los centros sanitarios o profesionales que realicen las actuaciones sanitarias en relación con el paciente, en este caso el trabajador que se somete a las pruebas que implican la realización de acciones de vigilancia de la salud*¹⁷⁰².

De la misma forma, deben establecerse procedimientos para garantizar los derechos de acceso, rectificación y cancelación de los trabajadores.

Cuando se trate del acceso a la historia clínica debe recordarse que la legislación específica impone deberes como la limitación del acceso a las anotaciones subjetivas del facultativo, la existencia de límites a la rectificación contenidas en regulaciones sectoriales en materia de Seguridad Social, o la imposibilidad de proceder a la cancelación de datos que deban conservarse en virtud de la normativa sanitaria. En todo caso deberá contestarse la petición motivando la denegación¹⁷⁰³.

3.7.2 El conocimiento de la aptitud laboral del trabajador sin perjuicio del desconocimiento empresarial de sus causas.

Las informaciones relativas a la salud son especialmente sensibles a las que el legislador español ha proporcionado una especial protección en diversas normas.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, reconoce entre los derechos de los pacientes que deberán respetar las distintas administraciones sanitarias, la personalidad, dignidad humana e intimidad, sin discriminación por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical, así como el derecho a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público. (art. 10, aptdos 1 y 3, respectivamente);

Por su parte, la LOPD establece que las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad (art. 8 LOPD).

Sin perjuicio de ello, el art. 7.3 LOPD (datos especialmente protegidos) dispone que los datos de carácter personal que hagan referencia a la salud sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente. No obstante, podrán ser objeto de

¹⁷⁰² Informe AEPD E/01040/2005.

¹⁷⁰³ Un estudio en profundidad sobre esta materia puede consultarse en OROZCO PARDO, Guillermo: "Protección de datos relativos a la salud y derecho a la información clínica", en ANARTE BORRALLO, Enrique; MORENO MORENO, Fernando y GARCÍA RUÍZ, Carmen Rocio (Coords.): "Nuevos conflictos sociales. El papel de la privacidad". Ed. Iustel, Madrid, 2015. Págs. 119-144.

tratamiento cuando resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto.

Por su parte, en el ámbito laboral, la LPRL prevé los términos en que se debe tratar dicha información, en relación a la empresa donde el trabajador presta servicios (art. 22).

Con respecto a los datos sobre la salud del trabajador, el legislador español hace recaer sobre el empresario la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, exigiendo de su actuación la inexistencia de consecuencias negativas para la persona del trabajador y constituyendo a aquél en garante último de su seguridad y salud (arts. 19 ET y 14.2 LPRL, como correlato al derecho de los trabajadores de ser protegidos eficazmente durante la prestación de trabajo). La LPRL, prevé, en su art. 22, medidas de vigilancia y la realización de controles periódicos sobre el estado de salud del trabajador, cuya realización permitirá alcanzar el resultado final, es decir, proporcionar una protección eficaz en materia de seguridad y salud del trabajador en el trabajo, responsabilizando al empresario de su efectivo cumplimiento.

Sin embargo, la información que sobre la salud del trabajador se obtiene a través de la realización de controles pertenece a su esfera privada y el uso que de la misma se haga puede tener repercusiones negativas para su situación personal y profesional.

El reconocimiento médico tiene como objetivo declarar la aptitud física, o más exactamente, la ausencia de contraindicaciones para el ejercicio de una tarea profesional determinada y diagnosticar la existencia de enfermedades contagiosas. Por ello, dicho reconocimiento, debe ir dirigido exclusivamente a indagar sobre estos aspectos. Sería contrario al derecho a la intimidad y a la protección de datos el empleo de éstos cuando no estén directamente relacionados con los aspectos mencionados, sin el consentimiento expreso y, por consiguiente, eficaz, del candidato al puesto de trabajo.

Este asunto, sin embargo, puede presentar algunos dilemas. Por ejemplo, ¿podría la empresa sostener que el sometimiento del trabajador a un reconocimiento médico permitiría incluir un test sobre drogas? O por el contrario, esta cuestión forma parte de su esfera privada que sólo puede ser indagada si estuviera directamente relacionada con el puesto de trabajo, esto es, si por razón del especial riesgo o peligrosidad requiere unos concretos estándares de salud¹⁷⁰⁴.

De acuerdo a la doctrina del TC, los reconocimientos médicos en la relación laboral no pueden constituir un mecanismo o instrumento del empleador para el control de la salud de los trabajadores, sino expresión de un derecho de éstos a la vigilancia de la salud. En tal sentido, no es procedente que se utilice la información obtenida (datos que revelan el consumo de estupefacientes), en perjuicio del trabajador, singularmente cuando no se obtuvo previamente la expresa, consciente y voluntaria autorización del empleado para la práctica de las pruebas una vez enterado del alcance y trascendencia que

¹⁷⁰⁴ LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis y MÓNDEJAR PEÑA, María Isabel: "Los reconocimientos médicos de empresa y la protección del derecho a la intimidad personal de los trabajadores". *El Derecho Editores* (Base de datos de bibliografía), EDB 2006/117006. Agosto 2006. Pág. 4.

pudieran tener, en el ámbito de la relación laboral (STC 196/2004, de 15 de noviembre).

En este sentido, según el TC, el almacenamiento en soporte informático de los diagnósticos médicos del trabajador, sin mediar su consentimiento expreso, carece de apoyo legal y supone una restricción desproporcionada del derecho fundamental. La STC 202/1999, de 8 de noviembre, declaró que la creación y el mantenimiento por la empresa de un fichero automatizado donde se conservan los datos referidos a las bajas laborales para el control del absentismo laboral, no puede ampararse en la existencia de un interés general, ni tampoco en lo dispuesto en los arts. 22 y 23 de la LPRL (FFJJ 3º y 4º). El tratamiento y conservación en el preciso soporte informático de los datos atinentes a la salud del trabajador, prescindiendo del consentimiento expreso del afectado, ha de calificarse como una medida inadecuada y desproporcionada que conculca por ello el derecho a la intimidad y a la libertad informática del titular de la información (FJ 5º).

El art. 22 LPRL fija los términos en los que deben realizarse la vigilancia y controles sobre la salud del trabajador, los derechos y obligaciones de las partes implicadas, los límites y condiciones para su puesta en práctica, así como el uso que de las informaciones obtenidas se permite realizar. En concreto, prevé las siguientes cautelas protectoras en beneficio del trabajador (art. 22.4 LPRL):

- Los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador.
- 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 trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador.
- No obstante lo anterior, el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán 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.

En conclusión, el empleador únicamente podrá conocer el resultado de los reconocimientos sobre la salud del trabajador, en cuanto a la aptitud o no de éste para trabajar, pero en ningún caso podrá conocer las causas o patologías concretas.

3.7.3. Sobre el consentimiento del trabajador en los reconocimientos médicos.

La puesta en marcha de las medidas de vigilancia y control, previstas en la LPRL, dependen, al menos en principio, de la voluntad del trabajador. Se trata de un límite tan contundente como aparente ya que se prevé una lista de excepciones lo suficientemente amplia como para incluir en ellas la mayoría de los supuestos más frecuentes. Ahora bien, esta voluntariedad como facultad que otorga el ordenamiento laboral, tiene matices:

El primero de ellos, en relación al poder de dirección del empresario reconocido en el art. 20.4 ET, ya que éste “... *podrá verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo,*

mediante reconocimientos a cargo del personal médico. La negativa del trabajador podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones". Este específico deber de obediencia del trabajador plantea varios problemas¹⁷⁰⁵:

- La posible colisión entre el parecer del médico designado por el empresario y el del facultativo de la Seguridad Social, que resolverá la Inspección de los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social, sin que en ningún caso pueda suponer que el médico sea designado por el empresario¹⁷⁰⁶.
- Cuando el trabajador no permita la visita del médico, lo que puede hacer negándole el acceso a su domicilio en ejercicio del derecho constitucional a la inviolabilidad del mismo (art. 18.2 CE). En todo caso, el art. 20.4 ET no sanciona la negativa del trabajador a permitir el acceso del médico a su domicilio, sino la pura y simple negativa a ser reconocido por el médico. Si el trabajador no se somete al mismo, se procederá a la "suspensión" de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario, porque, "la resistencia del empleado a ser reconocido establecerá la presunción de que la enfermedad es simulada"¹⁷⁰⁷.

El segundo de estos matices, es el relativo a la salvaguarda de la seguridad y salud en el trabajo, en cuyo ámbito no será necesario recabar el consentimiento del trabajador. En primer lugar, cuando los reconocimientos médicos aporten información fundamental para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o cuando determinados aspectos de la salud del trabajador puedan constituir un riesgo para su propia salud, la de los otros trabajadores o para terceros. Por último, tampoco será obligatorio el consentimiento del trabajador cuando esté establecido por una disposición legal "en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad" (art. 22.1 LPRL).

Existe otra vía a través de la cual es posible imponer la obligatoriedad del sometimiento a los controles médicos: La negociación colectiva puede articular cláusulas que impongan al trabajador la obligatoriedad de someterse a los controles médicos siempre que las mismas asuman una función evaluadora de los efectos que provocan las condiciones de trabajo, así como las circunstancias para verificar la adecuación del trabajador a su puesto de trabajo o función. En estos casos no se contradice el tenor del art. 22.1 LPRL que sólo permite exceptuar la realización de los controles de la exigencia del consentimiento del trabajador, previo informe de los representante de los trabajadores (22.1 LPRL), aunque nada se dice en la ley sobre el carácter vinculante de tal informe¹⁷⁰⁸.

¹⁷⁰⁵ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: "El derecho a la intimidad del trabajador en el ámbito laboral". II Congreso de Actualidad Laboral del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Madrid. 2008. Pág. 7.

¹⁷⁰⁶ STSJ de Andalucía/Málaga (Sala de lo Social), de 12 de mayo de 1994, rec. N.º 482/1992 (Ar. Social 1994\2144).

¹⁷⁰⁷ STSJ País Vasco (Sala de lo Social), de 6 de julio de 2004, rec. N.º 1232/2004 (Ar. Social 2004\2059).

¹⁷⁰⁸ CARDONA RUBERT, María Belén: "El Derecho a la Intimidad en la relación laboral. Información relativa al trabajador". *Ius et Praxis* (Talca, Chile). N.º 2. 1998. Pág. 124.

3.7.4 El acceso a los datos por la empresa y los delegados de prevención.

En materia de PRL existen distintas previsiones normativas que comportan la posibilidad de realizar cesiones de datos personales. Así la legislación habilita y obliga a ceder datos a los delegados de prevención, a la autoridad sanitaria en el marco de la Ley General de Sanidad, a la Inspección de Trabajo, a la autoridad laboral, sin olvidar los supuestos específicos del art. 11.2 LOPD, como la cesión de datos requeridos por jueces y tribunales, o las necesarias en caso de urgencia médica, o en estudios epidemiológicos. Los casos que plantean mayores dificultades son los que se refieren al acceso a información por la propia empresa y por los delegados de prevención.

Las facultades de acceso a la información por parte de la empresa son muy limitadas y se reducen a conocer las condiciones de aptitud o no aptitud del trabajador.

De esta forma, el tratamiento por parte de los servicios de PRL del historial médico, consecuencia de los reconocimientos médicos realizados a los trabajadores, deberá limitarse a las previsiones del art. 22.4 LPRL. En este sentido, se prohíbe el acceso a la información médica obtenida al amparo de lo dispuesto en la LPRL por parte del empresario o de cualquier tercero, incluidas las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención, *“distintos del personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores”*, con la única excepción de las conclusiones derivadas de dicho seguimiento en cuanto a la aptitud de los trabajadores para el desempeño del puesto de trabajo¹⁷⁰⁹.

No obstante, es posible que el empresario deba acceder de modo específico a información personal del trabajador necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones que desborden el contenido del apto/no apto. En tales casos, la legitimación para el tratamiento deriva de la propia Ley pero se limitará a los datos estrictamente necesarios.

Se han admitido las cesiones de datos sobre la aptitud del trabajador en el caso de que la Mutua contratada para el desarrollo de las tareas de prevención ya dispusiese con anterioridad de informaciones que fuesen relevantes para el desempeño del puesto de trabajo en una nueva empresa. Los datos médicos que pasan a formar parte del historial médico o historia clínica, tienen su razón de ser en la adecuada y eficaz gestión racional de la sanidad y prestación de la asistencia sanitaria y a la prevención del fraude, por lo que no es exigible el consentimiento del trabajador denunciante¹⁷¹⁰.

En el caso de los delegados de prevención se les faculta para acceder a la información y documentación relativa a las condiciones de trabajo que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones y, en particular, a la prevista en los arts. 18, 23 y 36 LPRL. Estos delegados serán informados por el empresario sobre los daños en la salud de los trabajadores, pudiendo presentarse, aún fuera de su jornada laboral, en el lugar de los hechos para conocer las circunstancias de los mismos. Además, el empresario les trasladará la información procedente de las personas u órganos encargados de las actividades de protección y prevención en la empresa.

¹⁷⁰⁹ Informe de la AEPD PS/00142/2005.

¹⁷¹⁰ SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 24 de mayo de 2007, rec. N.º 380/2005 (Ar. RJCA 2007\491).

En tal sentido podrán acceder a datos personales sobre daños en la salud de los trabajadores cuando tengan su origen en un hecho dañoso, relacionado con el entorno laboral, sólo para la finalidad de control que les atribuye la LPRL y limitada a los datos estrictamente necesarios, entendiendo por tales los relativos a la gravedad y naturaleza de los daños. El delegado es un cesionario, viene vinculado por los principios de protección de datos personales, y debe guardar en particular el deber de confidencialidad conforme a la LOPD y a la legislación específica en la materia. En este sentido a los delegados les será de aplicación el deber de sigilo (arts. 65.2 ET y 37.3 LPRL)¹⁷¹¹.

Además, los miembros del comité de empresa y éste en su conjunto, así como, en su caso, los expertos que les asistan, deberán observar el deber de sigilo con respecto a aquella información que, en legítimo y objetivo interés de la empresa o del centro de trabajo, les haya sido expresamente comunicada con carácter reservado. (art. 65.2 ET).

4. PRINCIPIOS DETERMINANTES DE LA EFICACIA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR RESPECTO AL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN EL CONTEXTO LABORAL.

Los empresarios y los trabajadores deben ser conscientes de que muchas actividades realizadas de forma rutinaria en el ámbito del empleo implican el tratamiento de datos personales. Esta información puede ser muy delicada, a pesar de que su recogida no tenga inicialmente un fin oculto o ilegítimo. Son ejemplos de ello, los *curriculum vitae* y de referencias laborales, información salarial y fiscal, información sobre beneficios fiscales y prestaciones sociales, registros de enfermedad, de vacaciones, sobre permisos especiales no remunerados, sobre evaluación anual, relativos a promociones, traslados, formación, asuntos disciplinarios, accidentes laborales, etc.

Cualquier actividad de recopilación, uso o almacenamiento de información sobre los trabajadores por medios electrónicos entrará casi con toda seguridad en el ámbito de aplicación de la legislación sobre protección de datos. Es el caso, por ejemplo, del control por parte del empresario del correo electrónico o del acceso a Internet de los trabajadores. El control del correo electrónico implica necesariamente el tratamiento de datos personales. El tratamiento de datos en forma de imagen y sonido en el contexto laboral pertenece también al ámbito de la legislación relativa a la protección de datos y la videovigilancia de los trabajadores está cubierta por las disposiciones de la Directiva 95/46/CE, sobre protección de datos y las disposiciones nacionales de aplicación.

Al tratar los datos personales de los trabajadores, los empresarios tendrán que cumplir con la normativa de protección de datos, de forma que se garantice la privacidad y el control de los datos de la persona. La dinámica de la relación laboral, sin embargo, es rica en situaciones en las que se mezclan aspectos de la vida del trabajador, con el vínculo laboral, de forma que no en pocas ocasiones los empresarios, ya desde el inicio de la relación, demandan determinada información que condicionará las funciones y el propio contenido del trabajo a realizar (por ejemplo, la aptitud del trabajador).

Unas veces, por necesidades de cumplir la normativa laboral y otras, con el fin de determinar las habilidades, competencias y aptitudes del trabajador, así como para

¹⁷¹¹ Informe AEPD E/00312/2007.

valorar la retribución, los incentivos o la delimitación de funciones o de responsabilidad, el empresario recabará datos y los mantendrá a su disposición, e incluso, cabe que los transmita a terceros con los que la empresa acuerde una descentralización de funciones.

Fruto de la dinámica de la relación laboral, además del cumplimiento de determinadas obligaciones legales y reglamentarias, existen unos principios que cabe aplicar al empresario, en lo que respecta a la protección de datos de sus trabajadores. Estos principios, inspiran la regulación existente, pero también facilitan el cumplimiento de la obligación empresarial y por tanto, dotan de eficacia a los derechos de los trabajadores. También nos ayudarán a determinar, en situaciones límite, si la conducta empresarial vulnera la protección de datos de los trabajadores, atendiendo a esa necesaria ponderación de derechos, tan necesaria en la contraposición de intereses típicos en el seno de la relación laboral y que enfrenta la libertad de empresa en cuanto a la dirección y gestión de la actividad y el derecho fundamental del trabajador a garantizar la confidencialidad de determinados datos personales. En esta ponderación, es fundamental atender a reglas y principios que permitirán dotar de eficacia real al derecho del trabajador a la protección de datos.

De esta forma, los empresarios deberán tener siempre en cuenta los siguientes principios fundamentales de la protección de datos¹⁷¹²:

4.1. LOS PRINCIPIOS DE CALIDAD, FINALIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN LA OBTENCIÓN DE LOS DATOS.

Sobre estos principios se sustentan la recogida, el almacenamiento y el tratamiento de los datos de carácter personal. Se trata de principios que se complementan entre sí, pues la exigencia de calidad de los datos conlleva la necesidad y pertinencia de los mismos respecto a la finalidad para la cual fueron recabados, debiendo proceder a la cancelación de los mismos, sin previo consentimiento del afectado, cuando los datos sean inexactos o fueran recabados con otra finalidad. Además, respecto a la finalidad concreta para la que se recaban, estos datos personales deberán ser adecuados, pertinentes y no excesivos. En este sentido y especialmente en las relaciones laborales, cobra importancia el principio de proporcionalidad, pues debe existir un equilibrio entre el interés empresarial y el respeto al derecho del trabajador a la protección de sus datos. Suponiendo que se haya informado a los trabajadores sobre el tratamiento y que el mismo resulte legítimo y proporcionado, este tratamiento también deberá ser leal con el trabajador.

De esta forma, estos principios se basan en cuatro requisitos o parámetros, a saber, finalidad, utilización no abusiva ni excesiva, exactitud y legalidad en la recogida. En general, los datos deben ser recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no ser tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines¹⁷¹³.

¹⁷¹² Principios extraídos de la doctrina y jurisprudencia, de la normativa comunitaria y española y, especialmente, del Dictamen sobre el tratamiento de datos personales en el contexto laboral, realizado por el GT art. 29.

¹⁷¹³ TOLEDO BÁEZ, María Cristina: "La protección de datos personales y las relaciones laborales en España y Francia: análisis de las recomendaciones de la Agencia Española de Protección de Datos y la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés como ejercicio de Derecho comparado previo a una traducción jurídica". *Revista Crítica de Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social*. N.º 1-2. Diciembre/2010-Enero/2011. Pág. 44.

En el ámbito laboral, son pertinentes y, por tanto, no excesivos, aquellos datos relacionados con el trabajo a realizar, tales como aptitud, titulación, experiencia profesional y todos aquellos relacionados con la capacidad del trabajador para realizar las funciones encomendadas. Todo aquello que exceda de la mera capacitación, debe ser considerado excesivo, y el conocimiento de aspectos personales que nada tienen que ver con el trabajo, no debería estar sujeto al conocimiento empresarial y a su tratamiento. El empresario ha de limitar el uso de la información al cumplimiento previsto en la normativa laboral, pues de lo contrario, se apartaría del principio de finalidad y su comportamiento sería ilícito y abusivo.

La recogida y el tratamiento de datos deben respetar los principios que informan la protección de datos de carácter personal recogidos en el art. 4 de la LOPD:

- El principio de calidad se plasma en la exigencia de una serie de características que han de presentar los datos personales en todo momento y lugar: Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido.
- Además, los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que hubieran sido recogidos. Solo podrán usarse para finalidades determinadas, explícitas y legítimas.
- En la obtención de estos datos, debe observarse además el principio de proporcionalidad, en el sentido de que los datos obtenidos sean proporcionales a la finalidad para la que se recojan, sin que deban existir juicios subjetivos o arbitrarios en su recopilación. De alguna forma, esos datos han de estar vinculados a la relación laboral de forma objetiva y a un interés legítimo.

El problema que se plantea en el ámbito laboral, es la justificación que en algunos casos ostenta el empleador para recabar datos personales, que inciden en la relación laboral, pero que son calificados como "*sensibles*" o "*especialmente sensibles*" y sujetos, por tanto, a una especial protección¹⁷¹⁴.

Algunos supuestos están relacionados con los datos de salud, a fin de valorar la aptitud del trabajador para el desempeño de sus funciones, si bien, el acceso por el empresario a esta información es limitada. Solo podrá acceder a la información médica de carácter personal, el personal médico y las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud, facilitando al empresario, de acuerdo al art. 22.4 LPRL, las conclusiones que se deriven de los reconocimientos médicos realizados.

No están contempladas, sin embargo, todas las situaciones atinentes al estado de salud, a efectos de salvaguardar información que el empresario deba conocer. Así, por

Disponible en: www.eumed.net/rev/historia/01/mctb.htm

¹⁷¹⁴ TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo: "La protección de datos personales de los trabajadores". *Revista Jurídica de Castilla y León* (Junta de Castilla y León). N.º 16. 2008. Pág. 475.

ejemplo, el hecho del embarazo, es una situación que la trabajadora puede mantener en el ámbito de su intimidad, pero determina la aptitud laboral y las medidas preventivas que el empresario ha de tomar, como la no realización de trabajo nocturno o trabajo a turnos. Incluso, el empresario ante esta situación, evidentemente, siempre que sea conocida, deberá proceder al cambio de puesto cuando éste sea incompatible con el estado de la trabajadora (art. 26 LPRL). En este caso, el desconocimiento del empleador impedirá la adopción de medidas preventivas que le excluirían de responsabilidad por los daños causados, pues a tenor del art. 25 LPRL la obligación empresarial de garantizar de manera específica la protección de los trabajadores abarca solo a "*sus propias características personales o estado biológico conocido*", cuando sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo.

El problema radica en que el conocimiento de esta información vinculada a las condiciones de trabajo, puede ser también utilizada con otras finalidades ilícitas, como la discriminación en el trabajo, por lo que la ausencia de justificación de una medida empresarial vinculada a determinadas circunstancias personales del trabajador, podría constituir ya de por sí un indicio de discriminación.

Estos principios se caracterizan porque, a diferencia del de confidencialidad, en el que es suficiente el respeto y mantenimiento de una actitud respetuosa y de no hacer (abstención u omisión), imponen la exigencia de obligaciones o deberes positivos de acción para determinados terceros. Se trata de obligaciones de hacer o de acción en relación con las diversas modalidades de tratamiento de los datos de carácter personal¹⁷¹⁵. Entre estas medidas, los trabajadores deben ser informados de la finalidad para la que recaban los datos, y en la medida de tratarse de datos sensibles, deben prestar su consentimiento. El consentimiento no excluye la obligación de utilizar los datos de acuerdo a la finalidad legítima e informada.

Surge aquí el problema de dilucidar cuando una finalidad es "*incompatible*" con aquella para que la que se hubieran recogido los datos. Así, APARICIO SALOM estima que lo que se prohíbe no es la simple diferencia de objetivos, sino que haya una auténtica incompatibilidad entre ellos¹⁷¹⁶, mientras que VIZCAÍNO CALDERÓN es partidario de una interpretación estricta del precepto, sosteniendo que "*distintas*" e "*incompatibles*" serían sinónimos¹⁷¹⁷.

Estos principios en la obtención y tratamiento de la protección de datos también se aplican en relación a los datos obtenidos en la vigilancia y control de los trabajadores tanto en la utilización del correo electrónico, acceso a Internet, cámaras de vídeo o datos de localización. Cualquier control deberá suponer una respuesta proporcionada del empresario ante los riesgos potenciales, teniendo en cuenta el derecho a la vida privada y otros intereses de los trabajadores. El control debe adecuarse a la finalidad exclusiva de comprobar el cumplimiento de una obligación conocida por los trabajadores y ser proporcional al interés empresarial o de la salvaguarda de derechos de terceros. Por ello,

¹⁷¹⁵ SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio: "Ética, Derecho y datos personales". *Cuadernos de Derecho Público*. N.º 19-20. Mayo-diciembre 2003. Págs 127-128.

¹⁷¹⁶ APARICIO SALOM, Javier: "*Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*". Ed. Aranzadi. Pamplona. 2002 (2ª ed.). Págs. 111-112.

¹⁷¹⁷ VIZCAÍNO CALDERÓN, Miguel: "*Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*". Ed. Civitas. Madrid, 2001. Págs. 94-95.

cualquier dato personal que se posea o se utilice a efectos de control deberá ser adecuado, pertinente y no excesivo respecto a los fines que justifiquen dicho control. Los controles deberán implicar las menores molestias posibles para los trabajadores.

En relación con la protección de datos de los trabajadores, son varios los supuestos en los que se ha incumplido el principio de la finalidad, lo que ha llevado a que los tribunales consideren la vulneración de derechos fundamentales. Cabe destacar, como especialmente significativos, los siguientes:

El caso de la utilización de la información sindical para el descuento de salarios por huelga

La STC 11/1998, de 13 de enero, estimó el recurso de amparo interpuesto por trabajadores de una compañía ferroviaria, pues los empleados habían suministrado determinados datos personales a la empresa con la finalidad de detraer de la nómina la cuota del sindicato. Sin embargo, en la práctica, esa información se utilizó para controlar el seguimiento de una huelga. En algunos casos, la compañía ferroviaria procedió a descontar dinero de las nóminas de los empleados que no pudieron secundar la huelga porque los horarios previstos para los paros no coincidían con sus turnos de trabajo. El TC argumenta que debe tenerse en consideración que la afiliación del trabajador recurrente a determinado Sindicato, se facilitó con la única y exclusiva finalidad lícita de que la empresa descontara de la retribución la cuota sindical y la transfiriera al Sindicato y sin embargo, el dato fue objeto de tratamiento automatizado y se hizo uso de la correspondiente clave informática para un propósito radicalmente distinto: Retener la parte proporcional del salario relativa al período de huelga (FJ 4º).

De esta forma se recordaba la línea seguida por el TC en otras sentencias: *“La garantía de la intimidad, latu sensu, adopta hoy un entendimiento positivo que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada libertad informática es así un derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención”* (STC 254/1993 FJ 7º).

El caso de la utilización de las grabaciones de seguridad para un fin disciplinario no informado al trabajador: La STC 29/2013, de 11 de febrero

El TC consideró que la utilización de las grabaciones con fines de supervisión laboral sin haber informado al trabajador de dicho tratamiento, vulneró el derecho a la protección de datos de carácter personal del recurrente. Las imágenes obtenidas por las cámaras de seguridad son datos personales y por tanto sujetas a la normativa de la LOPD que exige una finalidad legítima e informada¹⁷¹⁸.

En relación precisamente al fin, que debe ser puesto en relación a la información al afectado, el Tribunal se plantea si en el ámbito de las relaciones laborales procede igualmente ese deber de información, o si el simple hecho del poder de dirección, que

¹⁷¹⁸ RODRÍGUEZ COPÉ, María Luisa: “Facultades de control empresarial y circuito cerrado de televisión”. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 121. 2013. Pág. 195. Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_1427_3.pdf

abarca también al disciplinario, exime de tal información.

Señala el TC que era necesaria una información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida. Una información que debía concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo (FJ 8º).

Añade la Sentencia que no existe indicio de que la finalidad del tratamiento de datos fuera controlar la prestación laboral, pues las cámaras de videovigilancia instaladas respondían a una medida de seguridad y estaban ubicadas en los vestíbulos y zonas de paso público y no en las dependencias donde se desarrollaba la prestación laboral.

Por tanto, el hecho de que la videovigilancia hubiera sido utilizada para un fin distinto al inicialmente previsto, la seguridad del recinto, sin haber informado al trabajador de que podría utilizarse con fines disciplinarios, constituye una violación del art. 18.4 CE, lo que implica la anulación de las medidas disciplinarias impuestas al trabajador.

4.2. EL PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD.

El tratamiento de los datos personales ha de perseguir la finalidad legítima para la que se hayan obtenido (art. 4.1 LOPD). Es decir, no basta con la mera existencia de una finalidad que justifique un interés empresarial, sino que ese interés debe ser lícito y que no menoscabe derechos laborales específicos o derechos fundamentales que como ciudadano ostenta el trabajador. El art. 4.7 LOPD prevé, además, la prohibición de la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos.

No existe esa legitimidad, por ejemplo, cuando se recaban datos personales de carácter médico con diagnósticos de enfermedades que dieron origen a bajas laborales por incapacidad temporal, y la empresa se niega a cancelar dichos datos, en base a un supuesto control del absentismo laboral. El TC estimó que *“ha de existir una nítida conexión entre la información personal que se recaba y el legítimo objetivo para el que fue solicitada”* (STC 202/2009, de 8 de noviembre, FJ 4º).

El caso de abandono de documentos laborales encontrados en la vía pública¹⁷¹⁹.

Diversos medios de comunicación se hicieron eco de la noticia relativa a la aparición, el día 24 de octubre del año 2004, esparcidos en las instalaciones del *Forum de Barcelona* y en la vía pública, de *curriculum vitae*, fotocopias de DNI, cartillas de la Seguridad Social, números de libretas de ahorro, y fichas de la empresa *Randstad Empleo ETT, SA*, que contenían datos de carácter personal, así como, fotografías de aspirantes y de trabajadores que prestaron servicios en el *Forum*. Dicha documentación fue recogida en día 25 de octubre del 2004 sobre las 8 horas por una brigada de limpieza.

¹⁷¹⁹ Véase el Comentario a este caso en: DE VAL ARNAL, José Jesús: “Protección de datos de los trabajadores y abandono de documentos de la empresa”. *Aranzadi Social* 28/2007. BIB 2007\999.

Tal situación motivó que de oficio interviniera la Agencia de Protección de Datos de Cataluña que por Resolución de 12 de noviembre del 2004 acordó archivar el expediente informativo abierto a la empresa. La Agencia Catalana y la AEPD no encontraron hechos sancionables que constituyan una falta administrativa muy grave tipificada en el art. 44 de la LOPD: “f) *Tratar los datos de carácter personal de forma ilegítima o con menosprecio de los principios y garantías que les sean de aplicación, cuando con ello se impida o se atente contra el ejercicio de los derechos fundamentales*”.

Los trabajadores no sólo abrieron el camino sancionador, sino que también decidieron abrir el indemnizatorio por la vía del Orden Social y por la vía de la tutela de los derechos fundamentales. La Sentencia del Juzgado Social N.º 27 de Barcelona de fecha 15 de julio de 2005 decidió absolver a la Empresa de trabajo temporal *Randstand* y al *Foro de Barcelona* de la demanda en reclamación de una indemnización por conculcación del derecho fundamental a la intimidad.

Sin embargo, el recurso de suplicación tuvo más éxito, y concedió a cada uno de los trabajadores una indemnización de 300 € al reconocer que había existido una lesión de su derecho a la intimidad y privacidad¹⁷²⁰.

4.3. EL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO.

El consentimiento se constituye como un derecho inherente al afectado y, conjuntamente, como deber del responsable del tratamiento. Como regla general, la inclusión de datos de carácter personal en un fichero supondrá que el posterior tratamiento de los mismos requerirá, en principio, el consentimiento del afectado, excepto en supuestos tasados por la LOPD¹⁷²¹.

Sin embargo, el art. 6 LOPD exime del consentimiento la recogida de datos de carácter personal cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento. En el caso del empresario, solo puede tener acceso a datos de los trabajadores sin el consentimiento de éstos, cuando sean necesarios y estén vinculados al contrato de trabajo. Es decir, que quedan fuera del deber de recabar el consentimiento previo, los casos de creación de un fichero para el cumplimiento de un deber legal o convencional, cuando éstos sean imprescindibles para el propio cumplimiento de la relación laboral o de las obligaciones que derivan de la misma.

Esta situación, plantea por tanto, un doble riesgo: Por un lado, el hecho de no necesitar el consentimiento para aquellos datos “*laborales*”, podría privar al trabajador del conocimiento de su tratamiento, o de sus derechos de acceso, o de la capacidad a oponerse a ellos. Por otro, respecto al resto de los datos, cabe “*presionar*” al trabajador para la obtención de su consentimiento utilizando la dependencia y subordinación que

¹⁷²⁰ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 12 de julio de 2007, rec. N.º 900/2004 (AS 2007/1027).

¹⁷²¹ TOLEDO BÁEZ, María Cristina: “La protección de datos personales y las relaciones laborales en España y Francia: análisis de las recomendaciones de la Agencia Española de Protección de Datos y la Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés como ejercicio de Derecho comparado previo a una traducción jurídica”. *Revista Crítica de Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social*. N.º 1-2. Diciembre/2010-Enero/2011. Pág. 44.
Disponible en: www.eumed.net/rev/historia/01/mctb.htm

caracteriza el poder de dirección. En ambos casos, el derecho de información es fundamental, aunque se trate de datos para los que no se necesita consentimiento. Además, la vinculación a una finalidad legítima y conocida por el trabajador, debe presidir y servir de control ante una hipotética utilización indebida de los datos. Por ello, el consentimiento ha de considerarse nulo cuando la información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que se destinarán los datos¹⁷²².

Para evitar estos riesgos, la AEPD ha matizado los requisitos del consentimiento, que además de poder ser revocable, ha de ser¹⁷²³:

- Libre, lo que supone que el mismo debería haber sido obtenido sin la intervención de vicio alguno del consentimiento en los términos regulados por el Código Civil.
- Específico, esto es, referido a un determinado tratamiento o serie de tratamientos concretos y en el ámbito de las finalidades determinadas, explícitas y legítimas del responsable del tratamiento, tal y como impone el art. 4.2 LOPD.
- Informado, es decir, que el afectado conozca con anterioridad al tratamiento la existencia del mismo y las finalidades para las que el mismo se produce. Precisamente por ello el art. 5.1 LOPD impone el deber de informar a los interesados de una serie de extremos que en el mismo se contienen.
- Inequívoco, lo que implica que no resulta admisible deducir el consentimiento de los meros actos realizados por el afectado (consentimiento presunto), siendo preciso que exista expresamente una acción u omisión que implique la existencia del consentimiento.

Además, el consentimiento puede ser revocado con causa justificada y sin efectos retroactivos (art. 6.3 LOPD). También puede ser revocado por la comunicación y cesión de datos, en este caso sin causa justificada. Llama la atención la necesidad de justificar la causa para la revocación del consentimiento, pues supone una limitación excesiva e injustificada de la facultad de consentir, que podría lesionar el contenido esencial del derecho al desfigurarse su principal facultad¹⁷²⁴.

En el ánimo de reforzar un verdadero consentimiento del titular de los datos personales, el Reglamento (UE) 2016/679 viene a reforzar los elementos de esta declaración de voluntad¹⁷²⁵.

Así, en primer lugar, exige dar el consentimiento de forma explícita por cualquier

¹⁷²² APARICIO ALDANA, Rebeca Karina: “Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones jurídico-laborales”. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2016. Pág. 91.

¹⁷²³ Informe Jurídico 0039/2010 de la AEPD.

¹⁷²⁴ SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio: “Ética, Derecho y datos personales”. *Cuadernos de Derecho Público*. N.º 19-20. Mayo-diciembre 2003. Pág. 124.

¹⁷²⁵ El art. 4.11 del Reglamento define el consentimiento como 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.

medio apropiado que permita la manifestación libre, específica e informada de la voluntad del interesado. La forma será mediante una declaración o una clara acción afirmativa del interesado, que garantice que la persona es consciente de que está dando su consentimiento al tratamiento de datos personales.

Se trata de evitar que el silencio o la inacción puedan entenderse como una prestación de consentimiento. El consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo fin o fines. Si el consentimiento del interesado se ha de dar a raíz de una solicitud electrónica, la solicitud ha de ser clara, concisa y no perturbar innecesariamente el uso del servicio para el que se presta.

Sin embargo, en el ámbito laboral, el vínculo jurídico que se caracteriza por las notas de subordinación y dependencia, pueda provocar que el consentimiento no sea libre. El Reglamento (UE) 2016/679 prevé que el consentimiento no debe constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal cuando exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento¹⁷²⁶. Así sucede especialmente cuando el primero se encuentra en una situación de dependencia respecto del segundo, por ejemplo, cuando los datos personales de los trabajadores son tratados por el empresario en el contexto laboral.

Para evitar que el consentimiento prestado por un trabajador en el ámbito de la prestación laboral quede condicionado o determinado por el poder de dirección, ha de hacerse hincapié en que la LOPD exige dos requisitos o "*macroprincipios*" que deben cumplirse de forma cumulativa para legitimar el tratamiento de datos: La pertinencia o racionalidad y el consentimiento o autodeterminación. Al tener que darse ambos elementos, se salva en cierto modo el inconveniente de que la prestación "*forzada*" del consentimiento pueda llevar a renunciar al trabajador el control o la autodeterminación de sus datos personales. Es decir, no bastaría el consentimiento obtenido, sino que además, el tratamiento a desarrollar ha de ser, de acuerdo a los principios de legitimidad y finalidad, pertinente y necesario y, por supuesto, en modo alguno contrario al ordenamiento jurídico. A pesar del consentimiento, si el tratamiento no resulta pertinente, necesario y acorde a una finalidad lícita, será en todo caso ilícito¹⁷²⁷.

4.4. EL PRINCIPIO DE LA EXACTITUD Y CONSERVACIÓN DE LOS DATOS.

Los registros profesionales deberán ser exactos, completos y actualizados. El empresario deberá tomar todas las medidas razonables para que los datos inexactos o incompletos, con respecto a los fines para los que fueron recogidos o para los que fueron tratados posteriormente, sean suprimidos o rectificadas. De esta forma, si los datos ya no son pertinentes, deberán ser eliminados.

Existe por tanto una obligación para mantener los datos de carácter personal de forma que sean exactos y puestos al día, respondiendo con veracidad a la situación actual del afectado. Si los datos de carácter personal registrados resultaran ser inexactos, en todo o en parte, o incompletos, serán cancelados y sustituidos de oficio por

¹⁷²⁶ Conforme al Considerando 43 del Reglamento (UE) 2016/679.

¹⁷²⁷ TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo: "La protección de datos personales de los trabajadores". *Revista Jurídica de Castilla y León* (Junta de Castilla y León). N.º 16. 2008. Pág. 473.

los correspondientes datos rectificadas o completados (art. 4.3 y 4 LOPD).

La exactitud de los datos personales debe completarse con la comprobación de la veracidad de la información, el respeto a la presunción de inocencia, la condición pública o privada de la persona implicada, así como con la antigüedad de los datos, exigiéndose que no sean obsoletos¹⁷²⁸.

En el ámbito laboral, el trabajador podrá hacer uso de sus derechos de acceso gratuito a los ficheros de datos empresariales en los que aparezcan registrados sus datos personales de índole laboral, pues solo cuando mantuvieran tal condición quedaría legitimada su tenencia por el empresario¹⁷²⁹.

En la medida que dichos datos hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados, serán cancelados (art. 4.5 LOPD). En el ámbito laboral, la extinción del contrato es causa de cancelación de los datos que el empresario mantuviera del trabajador, salvo el mantenimiento por el tiempo imprescindible para liquidar los posibles efectos pendientes derivados del contrato.

4.5. EL PRINCIPIO DE INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS DE ACCESO, RECTIFICACIÓN, CANCELACIÓN Y OPOSICIÓN POR EL TRABAJADOR A SUS DATOS PERSONALES.

Bajo el principio de información descansa uno de los pilares más importantes de la normativa en materia de protección de datos personales. La información que debe prestar o facilitar el responsable, en este caso las empresas, a los afectados o trabajadores, no sólo es un deber sino que se configura como un derecho inherente de aquéllos.

La información es lo que precisamente evitará un tratamiento oculto e indebido de datos que, en el ámbito laboral e incluso previo (procesos de selección), impida que los trabajadores puedan ser objeto de decisiones arbitrarias, a través de un tratamiento de datos, que como trata de evitar el art. 13.1 LOPD, tienda únicamente a evaluar determinados aspectos de su personalidad.

Este principio legitima a los trabajadores a solicitar y obtener del empresario gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de estos datos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos (art. 15 de la LOPD), sin coacción, a intervalos regulares y sin retrasos sobre cuestiones como las siguientes¹⁷³⁰:

- Confirmación sobre si los datos que afectan al trabajador están siendo tratados o no, la finalidad del tratamiento, las categorías de datos a que se refiere y el

¹⁷²⁸ HERNÁNDEZ RAMOS, Mario: "El derecho al olvido digital en la web 2.0". Cuaderno Red de cátedras Telefónica N.º 11. Cátedra Telefónica Universidad de Salamanca. Mayo 2013. Pág- 37. Disponible en: http://catedraseguridad.usal.es/sites/default/files/files/CUADERNO_11_DERECHO%20OLVIDO.pdf

¹⁷²⁹ TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo: "La protección de datos personales de los trabajadores". *Revista Jurídica de Castilla y León* (Junta de Castilla y León). N.º 16. 2008. Pág. 483.

¹⁷³⁰ De acuerdo a la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos.

destinatario o categorías de destinatarios a los que se comunican los datos.

- Comunicación de forma inteligible de los datos sometidos a tratamiento y de cualquier información disponible sobre el origen de los datos.
- Conocimiento de la lógica de cualquier tratamiento automático de datos.
- En su caso, la rectificación, supresión o bloqueo de datos cuyo tratamiento no sea conforme a lo dispuesto en la legislación sobre protección de datos, en particular porque se trate de datos incompletos o inexactos. El ejercicio del derecho de rectificación da lugar a la sustitución de los datos erróneos por los correctos para adecuar el tratamiento a la situación real del interesado, mientras que la cancelación no busca una modificación, sino una eliminación del riesgo¹⁷³¹.
- La notificación a terceros a los que se han comunicado los datos de cualquier rectificación, supresión o bloqueo efectuado de conformidad con la obligación anterior, a menos que resulte imposible o implique un esfuerzo desproporcionado.

Respecto a esta última cuestión, se ha planteado si la pretensión de una empresa de difundir los datos de los empleados a través de su página *web* en Internet constituye una cesión de datos definida en el art. 3.i) de la LOPD como “*toda revelación de datos realizada a persona distinta del interesado*”.

El régimen de comunicación de los datos de carácter personal, salvo para los datos sensibles, está regulado en el art. 11.1 que establece: “*Los datos de carácter personal objeto de tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado*” (salvo los supuestos excepcionados en el art. 11.2), otorgado con carácter previo a la cesión y suficientemente informado de la finalidad a que se destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquel a quien se pretenden comunicar (art. 11.3), y que debe recabar el cedente como responsable del fichero que contiene los datos que se pretenden ceder.

De modo que para que no sea nulo, la prestación del consentimiento a los empleados deberá facilitar a éstos la información que les permita conocer la finalidad a la que se destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad del cesionario¹⁷³².

Especial trascendencia en el ámbito laboral tiene el derecho de oposición, sobre todo respecto a aquellos datos en los que no sea necesario el consentimiento para su obtención. El art. 6.4 LOPD prevé en estos casos que el afectado-trabajador podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En este supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado.

Ahora bien, siendo aplicable el derecho de oposición, incluso respecto de los

¹⁷³¹ SANTOS GARCÍA, Daniel: “*Nociones generales de la Ley Orgánica de Protección de Datos y su Reglamento*”. Ed. Tecnos. Madrid, 2012. Pág. 112.

¹⁷³² Informe Jurídico 0039/2010 de la AEPD.

datos que tengan origen, sean consecuencia o implementen el ejercicio de una potestad empresarial, como puede ser la actividad de control, no queda claro como hacer efectivo este derecho, ni tampoco, cuál será la consecuencia jurídica en caso de incumplimiento del empresario. Éste, a su vez, puede tener un motivo lícito y legítimo (por ejemplo, respecto a las faltas laborales fruto del control), para mantener los datos a su disposición, pero aplicando la necesaria ponderación entre derechos aunque se trate de aquellos que no precisan de consentimiento, por lo que debería justificar la necesidad de esos datos, para su recepción y tratamiento¹⁷³³.

Además, cualquier persona podrá conocer, recabando a tal fin la información oportuna del Registro General de Protección de Datos, la existencia de tratamientos de datos de carácter personal, sus finalidades y la identidad del responsable del tratamiento. El Registro General será de consulta pública y gratuita (art. 14 LOPD).

4.6. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.

La transparencia es vital en todo régimen de protección de datos, no solo por su valor intrínseco sino también porque permite ejercer otros principios que precisan del conocimiento mismo del tratamiento para el ejercicio de derechos.

Como mínimo, los trabajadores deben saber qué datos recoge el empresario sobre ellos (directamente o de otras fuentes) y cuáles son los fines de las operaciones de tratamiento previstas o realizadas con estos datos en la actualidad o en el futuro. La transparencia también puede garantizarse otorgando al interesado el derecho de acceso a los datos personales que le afectan.

Así, los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco (art. 5.1 LOPD):

- De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.
- Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.
- De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.
- De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.
- De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.

El principio de transparencia debe ir conectado como una derivación del recíproco deber de buena fe entre empresario y trabajador. Ello se traduce en que el empresario, como encargado del tratamiento de los datos, debe proporcionar la información de forma

¹⁷³³ VALVERDE ASECIO, Antonio José: "El derecho a la protección de datos en la relación laboral", en DEL REY GUANTER, Salvador (Director) y LUQUE PARRA, Manuel (Coord.): "*Relaciones laborales y nuevas tecnologías*". Ed. La Ley. Madrid. 2005. Págs. 399 y 400.

clara, evidente y precisa, es decir, que sea comprensible para el trabajador de forma directa. La mera formalidad hará ineficaces los derechos que derivan de la transparencia, pues una política de confidencialidad confusa deviene ineficaz y contraria a la buena fe, por lo que no excluiría el cumplimiento de la obligación de información. Lo mismo ocurriría con una política que no fuera permanente, o que anunciada una vez, pasara al olvido. Por ello, esta información debe estar siempre accesible al trabajador.

Una derivación del principio de transparencia que también se vincula a la buena fe, es la de informar al trabajador de las violaciones de seguridad que puedan afectar a sus datos personales. La notificación de violaciones de la seguridad ha sido objeto del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos¹⁷³⁴, en un doble sentido: Como derecho del ciudadano afectado y como obligación del responsable de los datos. Esta notificación debería acompañarse de información para que los afectados conozcan los riesgos a los que se enfrenta cuando sus datos personales se ven afectados, lo que podría ayudarles a adoptar las medidas necesarias para atenuar los riesgos.

Así, por ejemplo, la alerta sobre violaciones que afectan a la información económica de un trabajador, como puede ser la cuenta bancaria donde se ingresa su salario, permitirá a los afectados modificar sus contraseñas o cancelar sus cuentas. Además de ello, la notificación de una violación permitiría a los trabajadores o a las personas afectadas denunciar el hecho ante las autoridades, para una mayor protección, recuperación o promover una investigación sobre las prácticas generales de los responsables del tratamiento de datos.

El caso de la detección de drogas en un reconocimiento médico sin que existiera consentimiento, información, ni riesgo laboral que lo justificara.

El TC consideró vulnerado el derecho a la intimidad personal de una trabajadora a raíz de un reconocimiento médico de empresa obligatorio, realizado sin el consentimiento de aquella y sin que existiera riesgo alguno que lo justificara, en el que se detecta a través de un análisis de orina el consumo de drogas que ocasiona el despido.

La STC 196/2004, en su FJ 7.º, consideró que *“el reconocimiento médico en la relación laboral no es (...) un instrumento del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores, como tampoco una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la actitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección personal o familiar. Su eje, por el contrario, descansa en un derecho del trabajador a la vigilancia de la salud”*¹⁷³⁵.

En definitiva, el reconocimiento sólo puede imponerse, excepcionalmente, si aparece justificado por la certeza de un riesgo o peligro en la salud de los trabajadores o de terceros, o bien, en determinados sectores, para la protección frente a riesgos

¹⁷³⁴ Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 14 de enero de 2011, sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - *“un enfoque global de la protección de los datos personales en la unión europea”* (DO C-181, de 22 de junio).

¹⁷³⁵ Véase el comentario a esta sentencia en LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis y MÓNDEJAR PEÑA, María Isabel: “Los reconocimientos médicos de empresa y la protección del derecho a la intimidad personal de los trabajadores”. *El Derecho Editores* (Base de datos de bibliografía), EDB 2006/117006. Agosto 2006.

específicos y actividades de especial peligrosidad, como confirma la LPRL¹⁷³⁶.

4.7. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD.

El empresario deberá implantar medidas adecuadas de carácter técnico y organizativo en el lugar de trabajo para garantizar la seguridad de los datos personales de sus trabajadores, conforme al riesgo de acceso o difusión no autorizados. La pérdida casual, las sustracciones de datos, las modificaciones y manipulaciones indebidas suponen una conculcación del principio de calidad que impone la conservación de la información respetando su exactitud, autenticidad e integridad¹⁷³⁷.

El art. 9.1 LPOD establece la obligación del responsable del fichero, y, en su caso, del encargado del tratamiento, de adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado. Para ello se tendrá en cuenta el estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural. De esta forma, el conjunto de las medidas de seguridad es común a todos los tratamientos y técnicas, pero atendiendo a la naturaleza de los datos y otras especificidades¹⁷³⁸.

Se trata de evitar amenazas que provienen del acceso fraudulento al material protegido, para obtenerlo, falsificarlo o manipularlo, así como afrontar los riesgos derivados de aquellas prácticas incorrectas de los usuarios que puedan poner en peligro su propia seguridad. La protección, para que sea realmente efectiva, deberá alcanzar no solo a los ficheros, sino a los centros de tratamiento, locales, documentos, dispositivos, equipos, sistemas y programas utilizados¹⁷³⁹.

SANTOS GARCÍA clasifica las medidas destinadas a proteger los datos personales en tres grupos¹⁷⁴⁰:

- Organizativas: Procedimientos que dan cumplimiento al deber del responsable del fichero como obligado a un determinado comportamiento.
- Jurídicas: Instrumentos que la normativa de protección de datos otorga a los

¹⁷³⁶ LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis y VOZMEDIANO MUÑOZ, Francisco: “Los Derechos Fundamentales ante las Tecnologías de la Información: Tratamiento de Datos y Derecho a la Intimidad”. *Iustitia et Securitas. Revista de Estudios Jurídicos y Sociales* (Universidad Autónoma del Estado de México). N.º 2 Enero-junio 2006. Pág.147-148.

¹⁷³⁷ TRONCOSO REIGADA, Antonio: “La protección de datos personales. En búsqueda del equilibrio”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2011. Pág. 475.

¹⁷³⁸ Véase un análisis detallado sobre estas medidas de seguridad en GUERRERO PICÓ, M.ª del Carmen: “El impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal”. Ed. Thomson-Civitas. Cizur Menor, 2006. Págs. 279 y ss.

¹⁷³⁹ GUDE FERNÁNDEZ, Ana: “La videovigilancia laboral y el derecho a la protección de datos de carácter personal”. *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 91. Septiembre-diciembre 2014. Pág. 73.

¹⁷⁴⁰ SANTOS GARCÍA, Daniel: “Nociones generales de la Ley Orgánica de Protección de Datos y su Reglamento”. Ed. Tecnos. Madrid, 2012. Págs. 87 y 88.

afectados y que deben establecer los responsables del fichero o encargados del tratamiento que dispongan de datos personales.

- Técnicas: Son las normas referidas a los ficheros que se deben incorporar a ellos para preservar la integridad de su contenido.

Un ejemplo de la exigencia de estas técnicas que garanticen que los datos no serán intervenidos, captados, alterados, perdidos o tratados, se analizó en un caso de difusión en tiempo real del interior de una oficina, que permitía identificar a los trabajadores a través de una página web de libre acceso, con el único fin de reflejar el movimiento y la actividad de la empresa. La AN declaró vulnerado el derecho a la protección de datos, ya que la difusión de las imágenes permitía el tratamiento de datos por personas no autorizadas¹⁷⁴¹.

Normalmente, a los ficheros de los trabajadores se les deberá aplicar medidas de seguridad de nivel alto, ya que la AEPD ha indicado que algunos datos relativos a la salud, como los partes de baja, confirmación y alta son considerados de un nivel de protección alto. El mismo nivel de seguridad es exigido si se tratan datos relativos a la afiliación sindical. Cabe recordar que el responsable debe elaborar, mantener e implantar de forma efectiva un “*Documento de Seguridad*”¹⁷⁴².

4.8. EL PRINCIPIO DE FORMACIÓN DEL PERSONAL Y EL DEBER DE SECRETO.

El personal encargado del tratamiento de datos personales de otros trabajadores o con responsabilidades en este ámbito deberá tener conocimientos sobre protección de datos y recibir una formación adecuada. Si el personal encargado del tratamiento de datos personales no recibe una formación adecuada, no podrá garantizarse el respeto de la vida privada de los trabajadores en el lugar de trabajo.

La confidencialidad se refiere a la información, a los datos y está relacionado con el principio de seguridad, exigiéndose a cualquier persona que tenga acceso o conocimiento de la información de carácter personal. El deber de secreto acompaña al dato y no se extingue tras la finalización del tratamiento que motivó su conocimiento.

Este principio es consecuencia directa del respeto a los principios de dignidad, igualdad y no discriminación (especialmente en las relaciones laborales) y libertad, pues el hecho de que se difundan o se hagan públicos estos datos a través del canal de la empresa, por ejemplo, u organización, puede tener implicaciones en estos derechos en forma de acciones o comportamientos arbitrarios derivados de tal conocimiento.

¹⁷⁴¹ SAN (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 27 de mayo de 2010, rec. N.º 621/2009 (Ar. JUR 2010\202307).

¹⁷⁴² TOLEDO BÁEZ, María Cristina: “La protección de datos personales y las relaciones laborales en España y Francia: análisis de las recomendaciones de la Agencia Española de Protección de Datos y la Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés como ejercicio de Derecho comparado previo a una traducción jurídica”. *Revista Crítica de Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social*. N.º 1-2. Diciembre/2010-Enero/2011. Pág. 44.
Disponible en: www.eumed.net/rev/historia/01/mctb.htm

Transmitir, ceder o permitir el acceso a los datos de carácter personal de un tercero sin su autorización implica la ruptura de la confidencialidad y la vulneración de la regla general del consentimiento. Su difusión incontrolada atentaría contra los dos mecanismos iusfundamentales: Por un lado, reduciría la facultad de autodeterminación del individuo, o lo que es lo mismo, el control sobre la información, lesionando por tanto el derecho a la protección de datos. Por otro lado, siendo la transparencia la característica propia de lo público, no sería compatible con la garantía de una esfera reservada, opaca en cuanto a lo íntimo y semitransparente respecto a lo privado, para determinados aspectos de nuestra vida, vulnerándose el derecho a la intimidad¹⁷⁴³.

El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo (art. 10 LOPD).

Así, por ejemplo, el TS estimó que la práctica empresarial que impone la designación de un propietario para el uso de una cuenta genérica de uso sindical, atribuyéndole funciones de custodia y distribución de los mensajes, sin alcanzar al contenido de aquellos, no atenta contra la libertad sindical ni contra el derecho al secreto de las comunicaciones. No son circunstancias que alteren esta consideración que el sistema informático de la empresa -radicado en Londres- condicione su activación a que se identifique una persona (*owner*) que asuma la administración de la cuenta, con responsabilidad de almacenar y distribuir los correos¹⁷⁴⁴.

4.9. EL PRINCIPIO DE LA NECESARIA INTERACCIÓN ENTRE LA LEGISLACIÓN LABORAL Y LA LEGISLACIÓN SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS BAJO EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD.

Es necesario tener en cuenta que la legislación sobre protección de datos no se aplica de forma independiente al derecho laboral que éste, a su vez, no puede aplicarse aisladamente, sin tener en cuenta la legislación sobre protección de datos. Esta interacción es necesaria y valiosa y debe contribuir al desarrollo de soluciones que protejan adecuadamente los intereses de los trabajadores.

En esta necesaria interacción, cabe construir un principio de responsabilidad, pues en el ámbito laboral, por el propio funcionamiento de la empresa, es necesario que se adopten decisiones y soluciones responsables, que integren la actividad de la empresa en el respeto a los datos personales de los trabajadores, incluyendo aquellos que circulen en la red social o en portal de la propia empresa¹⁷⁴⁵.

De acuerdo con este principio de responsabilidad los requisitos jurídicos deben traducirse en medidas concretas de protección de datos, adecuadas a la realidad social de la empresa. Se trataría de implementar mecanismos basados en la responsabilidad

¹⁷⁴³ SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio: "Ética, Derecho y datos personales". *Cuadernos de Derecho Público*. N.º 19-20. Mayo-diciembre 2003. Pág. 127.

¹⁷⁴⁴ STS (Sala de lo Social), rec. N.º 1142/2001, de 26 de noviembre de 2001 (Normacef, NSJ032957).

¹⁷⁴⁵ Véase el Dictamen 3/2010 del GT art. 29.

como manera de incitar a los responsables del tratamiento de datos a aplicar instrumentos prácticos de protección eficaz de los datos de los trabajadores.

Una organización o empresa responsable sería aquella que dispone objetivos de protección de la privacidad y de los datos personales según criterios externos, ya sean los establecidos por ley o por autorregulación y códigos de buenas prácticas. Para ello, la empresa debe de dotarse de la capacidad y la responsabilidad para determinar e implementar las medidas efectivas y apropiadas para alcanzar dichos objetivos.

Son elementos esenciales para el cumplimiento del principio de responsabilidad¹⁷⁴⁶:

- El compromiso de la organización de diseñar políticas específicas internas que permitan desarrollar los principios de privacidad y protección de datos.
- Mecanismos para desarrollar y poner en práctica dichas políticas, incluyendo procedimientos, tecnologías, formación y educación.
- Sistemas que permitan una supervisión interna continua, la elaboración de revisiones de impacto y la verificación externa.
- Situar el foco en los riesgos y en los resultados de las políticas implementadas.
- Política activa de transparencia y comunicación.
- Disponibilidad para demostrar el cumplimiento de los compromisos adquiridos.

Una disposición sobre responsabilidad requeriría que la empresa definiera y aplicara las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de los principios y obligaciones de la normativa de protección de datos y hacer verificar periódicamente su eficacia. Por ejemplo, se pueden prever controles periódicos, evaluaciones, llevar a cabo una política de formación e información en materia de protección de datos, así como fijar responsabilidades por el incumplimiento de las obligaciones asignadas.

Los procedimientos de gestión del acceso y de las demandas de corrección y eliminación de datos para las personas interesadas deben dar lugar, para la verificación de su correcto funcionamiento, al establecimiento de un mecanismo interno de tratamiento de quejas, así como de procedimientos internos de gestión y notificación eficaces de fallos de seguridad y a la realización de evaluaciones de impacto sobre la privacidad en circunstancias específicas.

Todo ello, con la finalidad de control y supervisión que garanticen que las medidas no sean solo nominales sino que se apliquen y funcionen en la práctica (mediante auditorías internas o externas, etc.). El principio de razonabilidad actuaría como guía metodológica en la aplicación de todos los principios que inspiran el derecho a la

¹⁷⁴⁶ PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y VERGARA PARDILLO, Arturo: "Modelos reguladores de protección global de datos para una era global", en PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y BADÍA Y LIBERAL, Enrique (Coords): "*El debate sobre la privacidad y seguridad en la red: Regulación y mercados*". Colección Fundación Telefónica. Ed. Ariel. Barcelona. 2012. Págs. 40-41.

protección de datos, preservando su equilibrio¹⁷⁴⁷.

Con ello, se garantizaría en el ámbito de la empresa, tanto el cumplimiento de las obligaciones de ésta para con sus trabajadores y terceros, como la salvaguarda de los datos personales y la posible responsabilidad empresarial por su incumplimiento.

4.10. EL PRINCIPIO DE LA LIMITACIÓN DE TRANSFERENCIAS DE DATOS DE TRABAJADORES A TERCEROS PAÍSES.

El art. 25 de la Directiva 95/46/CE, sobre protección de datos, establece que las transferencias de datos personales a un tercer país, fuera de la UE, sólo podrán efectuarse si este país garantiza un nivel de protección adecuado.

En España, la LOPD prohíbe en su art. 33 la realización de transferencias temporales o definitivas de datos de carácter personal que hayan sido objeto de tratamiento o hayan sido recogidos para someterlos a dicho tratamiento con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable a la LOPD, salvo que, además de haberse observado lo dispuesto en ésta, se obtenga autorización previa del Director de la AEPD, que sólo podrá otorgarla si se obtienen garantías adecuadas.

En el ámbito laboral, las excepciones previstas que pueden afectar de forma singular al trabajador son: El consentimiento inequívoco del afectado; que la transferencia sea necesaria para la ejecución de un contrato entre el afectado y el responsable del fichero o para la adopción de medidas precontractuales; o cuando sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato en interés del afectado.

Ante esta previsión cabe plantearse si sería posible esa transferencia de datos personales cuando se obtiene el consentimiento del trabajador, en cuanto a la coacción que la propia situación laboral puede generar. Por ello, no está de más contar con una protección adecuada en el país de destino, a la vez que recurrir a la excepción de la prestación del consentimiento del trabajador y, solo cuando no sea posible, recurrir al consentimiento, de una forma libre e inequívoca, que además sería frágil, ante la posibilidad de ser retirado en cualquier momento.

Este “*carácter adecuado*” del nivel de protección que ofrece el país de destino es una fórmula flexible¹⁷⁴⁸. Por ello, la AEPD evaluará las circunstancias que concurran en la transferencia o categoría de transferencia de datos. En particular, tomará en consideración la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento previsto, el país de origen y el país de destino final, las normas de derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país tercero de que se trate, el contenido de los informes de la Comisión de la UE, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países.

Sin embargo, en la práctica, cualquier análisis formal como el que se plantea choca

¹⁷⁴⁷ SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio: “Ética, Derecho y datos personales”. *Cuadernos de Derecho Público*. N.º 19-20. Mayo-diciembre 2003. Pág. 129.

¹⁷⁴⁸ DA CUNHA LOPES, Teresa: “La creación de una política europea de protección de datos personales”. *Revista de Derecho Informático* (Alfa-Redi). N.º 140. Marzo 2010. Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/node/8833>.

con la realidad. La cada vez mayor internacionalización que requiere una fuerte movilidad de personal a todos los países, así como la conformación transnacional del grupo de empresas, como unidad económica, es un factor que alberga importantes expectativas de empleo y desarrollo profesional, al mismo tiempo que absorbe y deja en un segundo plano, aspectos como el respeto al control de los propios datos de los afectados¹⁷⁴⁹.

5. LA PROTECCIÓN DE DATOS DE LOS TRABAJADORES EN LA DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL.

5.1. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES VERTIDOS EN REDES SOCIALES EN UN ENTORNO PROFESIONAL.

La información personal publicada en línea por un usuario, ya sea en una red de la propia empresa, o externa a ella, a la que se añaden datos que describen las acciones e interacciones del usuario con otras personas, puede crear un perfil muy preciso de los intereses y actividades del trabajador que por cualquier circunstancia, y de forma consentida o no, forma parte de esa red, vertiendo datos que pertenecen a su intimidad.

Los datos personales publicados en redes sociales pueden ser utilizados por terceros con distintos fines, en particular, comerciales, y pueden representar grandes riesgos, como la usurpación de identidad, pérdidas económicas, reducción de las posibilidades de empleo, o ataque a la integridad física. El hecho de compartir información a veces sensible implica un reto a la privacidad, llegándose a plantear que debemos resignarnos a no tener privacidad, o si la tenemos es porque alguien lo tolera¹⁷⁵⁰.

La utilización por parte de las empresas de los servicios de la *web* 2.0 (aquella que permite a los usuarios interactuar y colaborar entre sí como creadores de contenido generado por usuarios en una comunidad virtual) suponen unos tratamientos de datos de carácter personal, por lo que deberá cumplirse la normativa y los principios de protección de datos. En este sentido, se debe prestar especial importancia a los principios de calidad, información y consentimiento del interesado. De hecho, el marco jurídico de la privacidad en las redes sociales se asienta sobre la normativa de protección de datos¹⁷⁵¹.

Ahora bien, se ha planteado si la legislación sobre protección de datos es suficiente para garantizar el derecho a la autodeterminación informativa de los usuarios, sobre su propia información publicada. De hecho, el principio de finalidad se presenta muy comprometido en estas redes, al igual que el de adecuación, ya que en la política de

¹⁷⁴⁹ VALVERDE ASENCIO, Antonio José: "El derecho a la protección de datos en la relación laboral", en DEL REY GUANTER, Salvador (Director) y LUQUE PARRA,

¹⁷⁵⁰ TRONCOSO REIGADA, Antonio: "Las redes sociales a la luz de la propuesta de Reglamento general de protección de datos personales. Parte una". *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 15. Noviembre 2012. Pág. 64. Disponible en:
<http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n15-troncoso/n15-troncoso-es>

¹⁷⁵¹ ROIG BATALLA, Antoni: "E-privacidad y redes sociales", en el V Congreso Internet, Derecho y Política. "Cara y cruz de las redes sociales". *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 9. Noviembre 2009. Pág. 43. Disponible en:
http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n9_peguera.

privacidad, la finalidad aparece indefinida e, incluso, es impredecible. Tampoco es fácil determinar qué datos son adecuados, relevantes y no excesivos, desdibujándose, incluso, el concepto convencional de privacidad. ¿Quién define lo público y lo privado? Quizás, no sea el propio individuo, sino que esta distinción dependa de diversas circunstancias: La plataforma, los contactos, la naturaleza de la relación o la manifestación de voluntad en teoría aceptada por los miembros de la comunidad¹⁷⁵².

El desarrollo de las redes sociales ha permitido a los usuarios introducir en Internet información sobre ellos mismos y sobre terceros. Al hacerlo, los usuarios de Internet actúan como responsables del tratamiento de los datos que introducen (salvo que le sea aplicable la excepción relativa a actividades domésticas). Al mismo tiempo, los servicios de las redes sociales deben considerarse responsables del tratamiento en la medida en que aportan los medios para el tratamiento de los datos de los usuarios y ofrecen todos los servicios básicos relacionados con la gestión por el usuario.

Por tanto, los usuarios de Internet y los servicios de redes sociales comparten la responsabilidad del tratamiento de los datos personales como "*responsables del tratamiento*". Los usuarios deberían saber y entender que al procesar su información personal y la de otros, están sujetos a la normativa de protección de datos, que exige obtener el consentimiento informado de aquéllos cuya información se introduzca y que se conceda a los afectados sus derechos sobre esos datos (acceso, rectificación, cancelación y oposición). Sin embargo, el control de los datos publicados al calor de la libertad de expresión e información se hace muy difícil, al mismo tiempo que aumenta la capacidad de convertir datos inocuos o desestructurados en datos identificables, lo que deja indefenso el derecho a la protección de datos personales.

Del mismo modo, los servicios de redes sociales deben aplicar medidas técnicas y de organización adecuadas para evitar tratamientos no autorizados, teniendo en cuenta los riesgos que entraña el tratamiento y el carácter de los datos.

La "*privacy by design*" implica el diseño de entornos de relación entre usuarios basados en la privacidad. Este conjunto de exigencias supone garantizar parámetros por defecto que garanticen la intimidad, permitiendo, por ejemplo, acceder a los contactos seleccionados por el propio usuario. Ahora bien, esta no es la situación que refleja la red social de una empresa, donde un usuario no busca solo "*amigos*"¹⁷⁵³. Sin embargo, en todo caso, estos parámetros deben requerir el consentimiento expreso del usuario antes de que ningún perfil sea accesible a otras terceras partes, y los motores de búsqueda no deberían tener acceso a los perfiles de acceso restringido¹⁷⁵⁴.

¹⁷⁵² GARCÍA SANZ, Rosa María: "Redes sociales on-line: Fuentes de acceso público o ficheros de datos personales privados (Aplicación de las directivas de protección de datos y privacidad en las comunicaciones electrónicas). *Revista de Derecho Político* (UNED), N.º 81. 2011. Págs. 121 y 122.

¹⁷⁵³ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: "Protección de datos personales y redes sociales: Un cambio de paradigma", en RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Dirs.): "*Derechos y redes sociales*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2013. Pág. 112.

¹⁷⁵⁴ Según el Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 18 de marzo de 2010, acerca de la promoción de la confianza en la sociedad de la información mediante el impulso de la protección de datos y la privacidad (DO C- 280 de 16 de octubre de 2010), en el apartado correspondiente a redes sociales (epígrafes 75-77).

En este aspecto incide el nuevo Reglamento general de protección de datos de la UE, tratando de combatir la realidad de usuarios de redes sociales que no son conscientes de que están tratando datos personales y que la publicación de esa información entraña riesgos en la privacidad. Por ello, el R(UE) 2016/679, impulsa medidas de privacidad desde el diseño y por defecto, consistentes en reducir al máximo el tratamiento de datos personales a través de medidas técnicas y organizativas como la seudonimización, e impulsando la transparencia de forma que los interesados puedan supervisar el tratamiento de datos y el responsable del tratamiento crear y mejorar elementos de seguridad¹⁷⁵⁵.

Ante esta situación, el GT art. 29 ya emitió un Dictamen¹⁷⁵⁶ basado a su vez en las Recomendaciones de la “*Resolución sobre protección de la privacidad en los servicios de redes sociales*”¹⁷⁵⁷. De ambos textos, aplicables en general a los usuarios de redes sociales, pero también a empresas y a sus trabajadores, cabe proponer una serie de medidas que eviten o minimicen los riesgos contra la privacidad a través del conocimiento de datos personales.

Así, las organizaciones (empresas) que estén interesadas en el bienestar de los usuarios (trabajadores) de las redes sociales, deben dar unas instrucciones claras y precisas que permitan tomar conciencia de la importancia de la información que cualquier tercero puede utilizar en provecho propio, o para fines distintos a los que se pretende. Además, el empresario debe adoptar todas las cautelas para garantizar la seguridad del sistema utilizado y unos parámetros por defecto propicios al respeto de la vida privada. Estas cautelas pueden sistematizarse en:

1. La obligación empresarial de informar a los trabajadores: Política de privacidad.

Ante todo, el empresario debe informar a sus trabajadores de los motivos y causas, es decir, de la finalidad, por la que se demanda a los trabajadores su participación en redes sociales, con las ventajas y riesgos que ello comporta. Esta obligación se justifica por el riesgo en cuanto a la seguridad de los datos personales de los trabajadores que comporta la iniciativa empresarial. La política de privacidad ha de ser leída y entendida por el usuario, siendo comprensible para cualquier usuario¹⁷⁵⁸.

El objeto de la información es el tipo de datos que se pretenden publicar. Estos datos, al ser una iniciativa de la propia empresa, no deben extralimitarse del ámbito laboral, sin perjuicio que algunos de ellos formen parte también del ámbito de la personalidad, como es el nombre o la imagen del trabajador, que normalmente será objeto

¹⁷⁵⁵ Considerando 78 y art. 25 del R(UE) 2016/679.

¹⁷⁵⁶ Dictamen 5/2009 del GT art. 29, adoptado el 12 de junio de 2009, sobre redes sociales en línea. Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2009/wp163_es.pdf

¹⁷⁵⁷ Aprobadas en la 30ª Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y privacidad, hechas en Estrasburgo, entre el 15-17 de octubre de 2008.

¹⁷⁵⁸ VILASAU SOLANA, Mónica: “Redes sociales y usuarios: Cuestiones sobre su regulación”, en RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Dirs.): “*Derechos y redes sociales*”. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2013. Págs. 154-155.

de publicación en estas redes sociales, bajo la justificación de cercanía con otros usuarios, para incentivar el contacto, o para mostrarse recíprocamente con el resto de participantes en la red.

Los trabajadores deben ser conscientes de la trascendencia que encierra revelar algunos de estos datos, como puede ser una fotografía, para lo que deberán manifestar su consentimiento, salvo que de la naturaleza de la prestación o del contrato, estas acciones estén amparadas por los pactos alcanzados previamente.

Si bien la publicación de la fotografía en sí no tiene por qué ser un dato sensible, sin embargo, en la medida que pueda revelar otro dato sensible, como el origen racial o étnico, del que pueda deducirse creencias religiosas o datos de salud, debe tener el consentimiento expreso del afectado.

Los trabajadores deben ser advertidos de los riesgos que corre la publicación de alguno de sus datos, como el teléfono o el domicilio, debiendo constar en caso de que así se estime conveniente, los datos de contacto de la empresa y no del trabajador.

Incluso, en determinadas redes, cabe la actuación mediante seudónimo, cuando se crea un perfil. Esta solución podría implantarse alternativamente a la apariencia real, cuando haya motivos por los que el trabajador no esté de acuerdo en figurar públicamente en estas redes. En este caso, también los trabajadores deberían ser conscientes de que el uso de un seudónimo ofrece una protección limitada, habida cuenta de que terceras partes podrían apropiarse de dicho seudónimo.

2. El consentimiento libre, específico, previo, informado y revocable respecto a la información que las redes sociales albergan¹⁷⁵⁹.

Estas cualidades del válido consentimiento implican la libertad y voluntariedad en su otorgamiento (libre, sin coacción), para un determinado tratamiento y finalidad (específico), conociéndose tanto el tratamiento de datos que lo justifica como su finalidad (informado), no deducible por actos del afectado que lo presuman (inequívoco) y revocable, bastando la notificación del interesado¹⁷⁶⁰.

3. La obligación de los trabajadores de respetar la privacidad de otros usuarios.

Los trabajadores deben estar instruidos sobre el respeto a la privacidad de los demás, tanto empleados como terceros. Deberán prestar un cuidado especial a la hora de publicar información de carácter personal relativa a otras personas, (incluidas las imágenes o fotografías etiquetadas) sin su consentimiento.

Hay que tener en cuenta una práctica común, que puede comprometer a otros trabajadores o personas que no estén en la red social, consistente en que algunos SRS

¹⁷⁵⁹ ARENAS RAMIRO, Monica: "La validez del consentimiento en las redes sociales on-line", en RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Dirs.): "*Derechos y redes sociales*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2013. Págs. 166 y ss.

¹⁷⁶⁰ GIL MEMBRADO, Cristina: "El consentimiento en las redes sociales", en APARICIO VAQUERO, Juan Pablo y BATUECAS CALETRÍO, Alfredo (Coords.): "*En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*". Ed. Comares. Granada, 2015. Págs. 114-115.

permiten a los usuarios proporcionar datos sobre otras personas, como añadir un nombre a una imagen, evaluar a una persona, o poner una lista de "*gente que he conocido/quiero conocer*" en acontecimientos. Esta información puede identificar también a no miembros.

De esta forma, si se incumple una orden o instrucción sobre estos aspectos, los trabajadores pueden ser sometidos al poder disciplinario del empresario, por desobediencia o indisciplina, o por transgresión de la buena fe, al comportar con sus actos, un perjuicio potencial a otros compañeros de trabajo o a terceros.

4. La elección de una red social, cuyos proveedores actúen de forma responsable.

Los proveedores de SRS son responsables del tratamiento de los datos. Proporcionan los medios que permiten tratar los datos de los usuarios, así como todos los servicios "*básicos*" vinculados a la gestión de los usuarios (por ejemplo, el registro y la supresión de cuentas). Los proveedores de SRS determinan también la manera en que los datos de los usuarios pueden utilizarse con fines publicitarios o comerciales, incluida la publicidad proporcionada por terceros¹⁷⁶¹.

Por ello, los SRS deberían informar a los usuarios de su identidad y de los distintos fines para los que tratan los datos personales¹⁷⁶², como su utilización para fines de comercialización directa o su posible distribución a terceros.

La empresa debe asumir la responsabilidad de utilizar una red social en la que sus trabajadores no sufran los perjuicios derivados de su participación, difusión o publicación de sus datos personales, o los ataques para obtener información personal o confidencial. Por ello, la empresa debe elegir a los proveedores de servicios de redes sociales que asuman una responsabilidad especial, actuando en el interés de las personas que usen las redes sociales, a través de la empresa, o en nombre de ella.

En este aspecto, al ser una red en la que el trabajador accede por motivos profesionales, hay que tener en cuenta la posibilidad de que en un momento dado ya no trabaje en la empresa. Ante estas situaciones, el trabajador debe tener la posibilidad de desvincularse de la red, o en los casos en los que no tuviera actividad, incluso que operase una suspensión automática de su perfil, con toda la información incorporada.

Independientemente de ello, el usuario-trabajador de los SRS debe tener un medio de ejercer su derecho de acceso, rectificación y cancelación. Además, en la página inicial de los sitios SRS debería hacer referencia claramente a la existencia de una "*oficina de reclamaciones*", creada por el proveedor de SRS con el fin de gestionar los problemas relativos a la protección de datos y la intimidad, así como a las posibles denuncias¹⁷⁶³.

¹⁷⁶¹ Dictamen 5/2009 del GT art. 29, adoptado el 12 de junio de 2009, sobre redes sociales en línea. Pág. 5. Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2009/wp163_es.pdf

¹⁷⁶² De acuerdo al art. 10 de la Directiva 95/46/CE y en cumplimiento del art. 5.1 de la LOPD "*Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco*", ya que toda persona el derecho a saber por qué, para qué y cómo van a ser tratados sus datos personales y a decidir acerca de su uso.

¹⁷⁶³ De acuerdo al Dictamen 5/2009, del GT art. 29, sobre redes sociales en línea, citado. Pág. 12.

Por razones de seguridad, en algunos casos estaría justificada la conservación de datos y cuentas durante un periodo de tiempo, como prueba para fundamentar hechos ilícitos.

Cuando un usuario no utilice el servicio durante un período determinado, el perfil debería desactivarse, es decir, dejar de ser visible por otros usuarios o por el mundo exterior y, después de otro periodo, los datos de la cuenta abandonada deberían suprimirse. Los SRS deberían informar a los usuarios antes de proceder a estos trámites a través de los medios de que dispongan.

En este sentido, la Guía INTECO recomienda eliminar los datos obsoletos que pudieran existir en distintos servidores, así como el cifrado de aquellos que estén en uso, minimizando así los daños que pudieran resultar de un ataque desde el exterior por parte de usuarios malintencionados¹⁷⁶⁴.

Además, la empresa debería comprobar que estos proveedores cumplen los requisitos de la legislación en materia de protección de datos, y además:

- Respetan las normas de privacidad de los países en los que operen sus servicios, cuando actúen a escala global.
- Informan de forma transparente y abierta a sus usuarios sobre el tratamiento de sus datos de carácter personal. Para ello, la información debe ser fácil e inteligible, abarcando las posibles consecuencias de publicar datos de carácter personal en un perfil, así como de los riesgos de seguridad y el posible acceso legal por parte de terceros (incluidas las autoridades encargadas de la aplicación de la ley). Además, se debería incluir asesoramiento sobre la manera en que los usuarios deben gestionar la información privada de otras personas incluidas en sus perfiles.
- Permitan una restricción en la visibilidad completa de los perfiles, así como de los datos contenidos en los mismos y en las funciones de búsqueda de las comunidades. La posibilidad de limitar y regular el alcance de publicidad de un perfil permite al usuario modular el grado de exposición de las informaciones y datos personales que incorpora en la plataforma respecto al resto de usuarios. Esta medida otorga al usuario un control real sobre la información aportada¹⁷⁶⁵.
- Ofrezcan configuraciones por defecto que sean respetuosas con la información contenida en los perfiles de usuario. Hay que tener en cuenta que, en la mayoría de los casos, solo una parte de los usuarios realiza cambios en los mismos, la mayoría de las veces, por desconocimiento. En este aspecto incide especialmente el Dictamen 5/2009 del GT art. 29 sobre redes sociales, cuando establece que estos parámetros por defecto deben ser respetuosos con la intimidad, permitiendo

¹⁷⁶⁴ INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGÍAS DE LA COMUNICACIÓN (INTECO): "*Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online*". Ed. INTECO y AEPD. Febrero 2009. Pág. 119.

¹⁷⁶⁵ INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGÍAS DE LA COMUNICACIÓN (INTECO): "*Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online*". Ed. INTECO y AEPD. Febrero 2009. Pág. 120.

el acceso al perfil siempre y cuando el usuario lo haya aceptado libremente.

- Garanticen la seguridad de la información e impidan el acceso fraudulento a los perfiles de los usuarios, llevando a cabo las mejores prácticas reconocidas en la planificación, desarrollo y ejecución de sus aplicaciones, incluidas auditorías y certificaciones independientes. Deberán ofrecer medidas eficaces para impedir el “*spidering*” y/o las descargas en masa (o “*bulk harvesting*”) de datos de perfil por parte de terceros. En este sentido, se recomienda disociar los datos incluidos dentro de un perfil de usuario para que en el caso de acceso por terceros no autorizados estos no puedan tener conocimiento de los datos de los usuarios y emplearlos con fines malintencionados. Además, es conveniente la utilización de contraseñas de una suficiente fortaleza que no sea descifrable por terceros¹⁷⁶⁶.
- Garanticen a las personas el derecho de acceso y, si procede, de corrección de los datos de carácter personal que obren en poder del proveedor. Deben igualmente permitir que los usuarios cancelen su pertenencia a una red, eliminen su perfil y todo contenido o información publicado en la red social de una manera sencilla.
- Garanticen que los datos de usuarios sólo pueden explorarse en motores de búsqueda externos cuando un usuario haya dado su consentimiento explícito, previo e informado a tal efecto. La no indexabilidad de los perfiles por parte de motores de búsqueda debería ser una opción por defecto.

Para reforzar estas normas de conducta de los usuarios de redes sociales, el Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos ha manifestado claramente que los SRS deben aplicar medidas técnicas y de organización adecuadas para evitar tratamientos no autorizados, teniendo en cuenta los riesgos que comporta el tratamiento y el carácter de los datos. Esto, a su vez, significa que los SRS deben garantizar parámetros por defecto que faciliten la intimidad, incluidos parámetros que solo permitan acceder a los contactos seleccionados por el propio usuario. Los parámetros deberían también exigir el consentimiento expreso del usuario antes que ningún perfil sea exigible a otras terceras partes, y los motores de búsqueda no deberían de tener acceso a los perfiles de acceso restringido¹⁷⁶⁷.

Además, el Dictamen 5/2009, del GT art. 29, sobre redes sociales en línea, añade un aspecto importante, para tratar de evitar la exclusión en la aplicación de la normativa de protección de datos de la UE. Así, se entiende que se aplicará la normativa de protección de datos personales europea (de cualquier país europeo, por tanto) por los proveedores de SRS, aunque su sede se encuentre fuera del EEE¹⁷⁶⁸.

Esta dimensión internacional ha sido destacada por RALLO LOMBARTE, en el

¹⁷⁶⁶ INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGÍAS DE LA COMUNICACIÓN (INTECO): “*Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online*”. Ed. INTECO y AEPD. Febrero 2009. Pág. 119.

¹⁷⁶⁷ Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 18 de marzo de 2010, acerca de la promoción de la confianza en la sociedad de la información mediante el impulso de la protección de datos y la privacidad. DO C-280, de 16 de octubre de 2010, págs 1-15.

¹⁷⁶⁸ De acuerdo al Dictamen 5/2009, del GT art. 29, sobre redes sociales en línea, citado. Pág. 14.

sentido de que la referencia a marcos jurídicos nacionales o supranacionales ha de basarse en la conciencia de que la protección de datos es un derecho fundamental de alcance universal ante un fenómeno tecnológico de alcance planetario¹⁷⁶⁹.

5.2. EL CONTROL DEL "CLOUD COMPUTING" ("COMPUTACIÓN EN LA NUBE") FRENTE AL RIESGO EMPRESARIAL DE GARANTIZAR LA PROTECCIÓN DE DATOS DE SUS TRABAJADORES Y TERCEROS.

5.2.1 En qué consiste el servicio de "Cloud Computing" y su aplicación en la empresa.

La "computación en nube", es básicamente la prestación a través de Internet de servicios consistentes en aplicaciones que permiten a los ciudadanos, empresas y administraciones un acceso rápido, flexible y escalable a la capacidad de almacenamiento de datos y tratamiento de la información¹⁷⁷⁰.

Se trata de un modelo basado en la virtualización y en una asignación dinámica de recursos en función de las necesidades de consumo. Los usuarios pueden conectarse a la fuente de información desde cualquier dispositivo con acceso a Internet, evitando problemas de almacenamiento o los derivados de la necesidad de duplicar la información y el control de sus distintas versiones¹⁷⁷¹.

Larry ELLISON, fundador de "Oracle", no le dió mayor importancia a este fenómeno que definió de la siguiente forma: "Las nubes son vapor de agua (...) Esto no es nada más que un ordenador conectado a una red". Sin embargo, estos servicios, en lugar de almacenarse en los ordenadores de la propia empresa o usuario, se guardan en la "nube" y pueden trasladarse de un país a otro en un instante por razones de eficiencia¹⁷⁷².

Estos servicios van desde galerías de fotos, calendarios, correo *web* y bases de datos de clientes hasta servicios para empresas más complejos. Las ventajas, tanto para las empresas como para los particulares, son claras: Reducción de costes de almacenamiento (que aumentan gradualmente), fácil acceso a la información desde cualquier lugar del mundo y automatización (no se necesitan recursos especializados y no es preciso actualizar el software). Al mismo tiempo, existe un riesgo real de fallos de

¹⁷⁶⁹ RALLO LOMBARTE, Artemi: "La protección de la privacidad en las redes sociales de Internet: La experiencia canadiense con Facebook, Google y otros", en RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Dir.): "Derechos y redes sociales". Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2013. Pág. 258.

¹⁷⁷⁰ Los principales agentes del "cloud computing" son los gigantes de Internet, como Amazon, Google, Microsoft o SAP, que están impulsando una alternativa *cloud* a los servicios tradicionales basados en *software* de empresas como *Salesforce* o *Rockpace* y otros actores como *IBM*, *AT&T*, *Telefónica* o *BT*, que están incorporando a sus catálogos el servicio del *cloud computing*.

¹⁷⁷¹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: "El Derecho y el Cloud Computing", en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Dir.): "Derecho y Cloud Computing". Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2012. Págs. 18 y 19.

¹⁷⁷² LEENES, Ronald: "¿Quién controla la nube?" En VI Congreso Internet, Derecho y Política. "Cloud Computing: El Derecho y la Política suben a la nube". *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 11. 2010. Pág. 3.
Disponible en: <http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n11-VI-congreso-idp-cloud-computing>

seguridad. También preocupa la pérdida del acceso a los propios datos y de su control.

En un entorno de *cloud computing* la gestión de la información está de forma virtual en manos del cliente (abonado) que contrata los servicios de la nube a través de un proveedor de servicios (persona física o jurídica que presta el servicio), que la trata a través de Internet dando acceso al usuario (la persona física que realmente usa los servicios en un contexto específico) accediendo a soluciones de bases de datos, correo electrónico, nóminas o gestión de recursos humanos de acuerdo a sus necesidades.

Estas circunstancias propician que un sector doctrinal demande un marco jurídico adecuado para estos servicios, que además incrementan la tecnología a disposición de las empresas, reducen costes y abren nuevos desafíos. Ahora bien, el marco regulador que se pretende ha de ser flexible, precisamente para resolver los problemas que este fenómeno provoca y no restringir el potencial del "*Cloud Computing*"¹⁷⁷³.

Los servicios de *cloud computing*, desde el punto de vista técnico, se clasifican en tres modelos principales¹⁷⁷⁴:

- a) Infraestructura como servicio, que implica la provisión de infraestructura física y recursos hardware con capacidad de tratamiento o de almacenamiento.
- b) Plataforma como servicio, que representa la provisión de herramientas para el desarrollo y despliegue de aplicaciones, como por ejemplo aplicaciones móviles.
- c) Software como servicio, que consiste en la provisión de aplicaciones a usuarios finales a través de Internet, como *webmail* o procesadores de texto *online*.

Conviene advertir, no obstante, que no todos los servicios y proveedores de *cloud computing* son iguales, ni lo son las posibles relaciones que se establecen entre clientes y proveedores. Así, cabe diferenciar entre una nube pública, cuyo proveedor está abierto a todos los clientes, o a una nube privada, al servicio solo de una entidad o grupo¹⁷⁷⁵:

- Nube pública: El proveedor de servicios de *cloud* ofrece sus recursos de forma abierta a entidades heterogéneas, sin más relación entre sí que haber cerrado un contrato con el mismo proveedor de servicio.
- Nube privada: Cuando una entidad realiza la gestión y administración de sus

¹⁷⁷³ NONNO, Francesco y TAGLIABUE, Stefano: "Telecom Italia: El cloud computing exige un nuevo enfoque legislativo", en PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y BADÍA Y LIBERAL, Enrique (Coords): "*El debate sobre la privacidad y seguridad en la red: Regulación y mercados*". Colección Fundación Telefónica. Ed. Ariel. Barcelona. 2012. Págs 179 y 180.

¹⁷⁷⁴ PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y VERGARA PARDILLO, Arturo: "El impacto de la regulación de los nuevos servicios", en PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y BADÍA Y LIBERAL, Enrique (Coords): "*El debate sobre la privacidad y seguridad en la red: Regulación y mercados*". Colección Fundación Telefónica. Ed. Ariel. Barcelona. 2012. Pág. 142.

¹⁷⁷⁵ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD): "*Guía para clientes que contraten servicios de Cloud Computing*". 2013. Disponible en: https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/GUIA_Cloud.pdf

servicios en la nube para las partes que la forman, sin que en la misma puedan participar entidades externas y manteniendo el control sobre ella. Este servicio puede contratarse a un tercero, son complejas y necesitan centralizar los recursos informáticos y, a la vez, ofrecer flexibilidad en la disponibilidad de los mismos.

- Otros modelos: Existen soluciones intermedias, como las "*nubes híbridas*", en las que determinados servicios se ofrecen de forma pública y otros de forma privada, o las "*nubes comunitarias*", cuando dichos servicios son compartidos en una comunidad cerrada.

En función del modelo utilizado, los datos pueden no estar realmente en manos del contratista, toda vez que la propiedad, el mantenimiento y gestión del soporte físico de la información, los procesos y las comunicaciones pueden estar en manos de terceros.

El proveedor del servicio puede encontrarse en, prácticamente, cualquier lugar del mundo y su objetivo último será proporcionar los servicios citados optimizando sus propios recursos a través de, por ejemplo, prácticas de deslocalización, compartición de recursos y movilidad o realizando subcontrataciones adicionales.

El funcionamiento y las prestaciones del servicio de *Cloud Computing* se pueden definir por cinco características básicas¹⁷⁷⁶:

- Autoservicio: Capacidad del usuario de un mayor procesamiento o almacenamiento de la información, sin necesidad de solicitarlo al proveedor del servicio.
- Amplio acceso a la Red desde diferentes dispositivos y redes.
- Agrupación y reserva de recursos: Hay un conjunto de recursos compartidos por los usuarios, de acuerdo con sus necesidades puntuales, que implica que en cada momento los recursos reservados puedan ser diferentes.
- Rapidez y elasticidad: Se puede acceder a los nuevos recursos de manera inmediata y aparentemente ilimitada.
- Servicio medible y supervisado: Se controla el uso y en todo momento se puede conocer, de manera transparente, el nivel de recursos utilizado.

En conclusión, cabe decir que se están utilizando servicios de *cloud computing* cuando encontramos empresas, entidades o departamentos (usuarios o clientes), que para implementar sus procesos de tratamiento de información comparten los mismos recursos a través de la red; recursos proporcionados por una entidad distinta, llamada proveedor de servicios de *cloud computing* o proveedor de la nube.

¹⁷⁷⁶ MIRALLES LÓPEZ, Ramón Martín: "Cloud Computing y Protección de datos" En VI Congreso Internet, Derecho y Política. "Cloud Computing: El Derecho y la Política suben a la nube". *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 11. 2010. Págs 14-23. Disponible en: <http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n11-VI-congreso-idp-cloud-computing>

5.2.2 Problemas del "*cloud computing*" en la garantía del derecho a la protección de datos.

El primer problema es la localización de los datos en distintos lugares o países, sometidos a diferentes marcos jurídicos. Los gobiernos pierden la capacidad de supervisión y control de datos en la nube y de su transferencia. La deslocalización de datos es inherente a la metáfora del "*Cloud*"¹⁷⁷⁷.

El cliente (empresa), como responsable del tratamiento cuando contrate servicios de *Cloud Computing*, deberá velar porque el prestador de servicios cumpla la normativa española de protección de datos personales (art. 20.2 RLOPD). Por tanto, las garantías exigibles son las establecidas en la LOPD y su reglamento de desarrollo.

Este aspecto sobre la ley aplicable al tratamiento de datos personales no es disponible para las partes del contrato, que no podrán pactar la aplicación de una normativa distinta, ni excluir la competencia de la AEPD o de las Agencias o Autoridades autonómicas competentes.

Los abonados, sobre todo en el caso de que sean personas jurídicas, pueden tratar de negociar las condiciones que les permitan cumplir sus propias obligaciones, pero incluso en ese caso hay un desequilibrio de poder entre los proveedores de servicios de computación en nube (generalmente grandes) y los clientes, más débiles¹⁷⁷⁸.

La muy probable circunstancia de que los datos no se almacenen en territorio español obliga a contemplar el caso de datos almacenados en un tercer país¹⁷⁷⁹. La Directiva 95/46/CE contempla en su art. 25 la transferencia de datos personales a países terceros, señalando que ésta ha de limitarse a naciones en las que los datos cuenten con lo que se define como "*un nivel de protección adecuado*". En cuanto a la legislación nacional, el denominado movimiento internacional de datos está regulado en la LOPD en sus arts. 33 y 34, y en su Reglamento de desarrollo¹⁷⁸⁰.

En estos casos es preciso tener en cuenta que no se pueden realizar transferencias internacionales de datos a países que no dispongan de un nivel adecuado

¹⁷⁷⁷ ALAMILLO DOMINGO, Ignacio: "El control de localización de los datos e informaciones en el Cloud", en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Dir.): "*Derecho y Cloud Computing*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2012. Pág. 64.

¹⁷⁷⁸ LEENES, Ronald: "¿Quién controla la nube?" En VI Congreso Internet, Derecho y Política. "Cloud Computing: El Derecho y la Política suben a la nube". *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 11. 2010. Pág. 11.
Disponible en: <http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n11-VI-congreso-idp-cloud-computing>

¹⁷⁷⁹ Un estudio en profundidad sobre esta materia puede consultarse en ÁLVAREZ RIGAUDIAS, Cecilia: "Condiciones para las transferencias internacionales de datos personales en servicios de Cloud", en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Dir.): "*Derecho y Cloud Computing*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2012. Págs. 109-147.

¹⁷⁸⁰ La AEPD tiene publicados los países en los que los datos cuentan con lo que se define como "*un nivel de protección adecuado*" en la página web:
https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canalresponsable/transferencias_internacionales/index-ides-idphp.php

de protección, salvo que se obtenga, previa la aportación de garantías adecuadas, la autorización del Director de la AEPD.

El segundo problema es el de la privacidad y confidencialidad de los datos guardados en la nube. La simple garantía del proveedor no es suficiente ante el hecho de la supranacionalidad que no garantiza la aplicación de una normativa concreta de confidencialidad. De este problema, deriva el de la obtención del consentimiento de los titulares de los datos que se almacenan, así como la obligación de proporcionar información clara y completa sobre el objeto del tratamiento de la información.

La obligación de obrar con diligencia afecta tanto al responsable que contrata como cliente estos servicios (empresa) como al propio prestador de los mismos. Esta diligencia debe consistir en solicitar y ofrecer una información detallada sobre las medidas que vayan a garantizar la seguridad y confidencialidad de la información. Para ello deberán intercambiar información sobre la naturaleza de los datos para establecer un nivel de seguridad apropiado.

Respecto a la seguridad de los datos y al mantenimiento de su confidencialidad, la empresa habrá de comprobar que el contrato de servicios de *Cloud* dispone de cláusulas a través de las que el proveedor adopta una actitud orientada a¹⁷⁸¹:

- Garantizar la conservación de los datos, mediante la realización de copias de seguridad periódicas y dotando a su infraestructura de los mayores niveles de seguridad física y lógica.
- Establecer mecanismos seguros de autenticación para el acceso a la información por parte de los trabajadores de la empresa, así como por parte de los clientes. Estos mecanismos han de permitir la compartición e intercambio de información sin que sea posible que personas no autorizadas accedan a información reservada o confidencial de otros clientes o trabajadores.
- Informar a la empresa del nivel de seguridad ofrecido por las técnicas de cifrado de la información que aplique en sus sistemas. El cifrado de los datos almacenados es una necesaria medida de seguridad.
- Borrar los datos una vez que se ha producido un cambio de proveedor del servicio.

Por su parte, la empresa, respecto a los datos de sus trabajadores, proveedores o clientes, deberá establecer un registro de acceso a los datos especialmente sensibles y verificar las medidas de seguridad del prestador de servicios, con medidas de control, como auditorías o controles por personal especializado.

A estos efectos, cualquier incidencia de seguridad que afecte a los datos personales de los que es responsable la empresa, deberán ser puestos en su conocimiento por el servicio de *Cloud Computing*, junto con las medidas adoptadas para corregir los daños producidos y evitar que se reproduzcan dichos incidentes.

¹⁷⁸¹ GARCÍA DEL POYO VIZCAYA, Rafael: “La contratación empresarial de servicios de Cloud Computing”, en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Dir.): “*Derecho y Cloud Computing*”. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2012. Págs. 186 y ss.

Y el tercer problema es el reparto de responsabilidades entre el prestador de servicios (intermediario) y el responsable del tratamiento (la empresa o particular), que utiliza el servicio.

El art. 9.1 LOPD obliga al responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento, a adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural. El art. 12.2 dispone que en el contrato entre responsable y encargado se estipularán las medidas de seguridad que debería implementar el encargado.

De acuerdo a la normativa sobre protección de datos, la posición jurídica de las empresas que contraten servicios de *Cloud Computing* es la de responsables del tratamiento [art. 3.d) LOPD y art. 5.1.q) RLOPD], pues les corresponde la decisión sobre la finalidad, el contenido y el uso del tratamiento, así como la decisión sobre optar por la computación en la nube y sobre su modalidad. Por su parte, el prestador de servicios de *Cloud Computing* tendrá la naturaleza de encargado del tratamiento [art. 3.g) LOPD y art. 5.1.i) RLOPD], pues en definitiva trata datos personales por cuenta del responsable¹⁷⁸².

La LOPD establece, en su art. 12.2, que los tratamientos por cuenta de terceros se regularán en un contrato que deberá constar por escrito o de forma que permita acreditar su celebración y contenido. Se prevé expresamente que el encargado del tratamiento *“únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas”*.

Por tanto, el contrato de prestación de servicios entre la empresa y su proveedor de servicios *Cloud* debe incorporar las previsiones necesarias para garantizar el adecuado cumplimiento de la normativa de protección de datos. En este sentido, el encargado está obligado a seguir las instrucciones del responsable del fichero en el tratamiento de los datos.

Por tanto, es importante destacar que la empresa como responsable del tratamiento, ha de seleccionar como encargado del tratamiento a quien cumpla los requisitos legalmente establecidos (Art. 20.2 RLOPD). En el contrato, deberían recogerse los siguientes extremos:

- La indisponibilidad de los datos por el proveedor del servicio.
- El cumplimiento de la normativa de protección de datos, asumiendo el proveedor el papel de encargado del tratamiento de los ficheros de datos de carácter personal que la empresa decida trasladar *“a la nube”*.

¹⁷⁸² CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA: *“Informe sobre la utilización del Cloud Computing por los despachos de abogados y el derecho a la protección de datos de carácter personal”*. 2012. Pág. 7. Disponible en: http://www.agpd.es/portaIwebAGPD/revista_prensa/revista_prensa/2012/notas_prensa/common/junio/informe_CLOUD.pdf

- Seguridad en el acceso. El proveedor ha de garantizar que la información solo será accesible a la empresa que contrata sus servicios, y a quienes ésta determine con los perfiles de acceso correspondientes. En caso de que la empresa trate datos especialmente protegidos, se incluirán cláusulas que garanticen su tratamiento con las medidas de seguridad que sean exigibles.
- Portabilidad. El proveedor ha de obligarse, a la terminación del servicio, a entregar toda la información a la empresa en el formato que se acuerde, para que ésta pueda almacenarla en sus propios sistemas o bien trasladarla a los de un nuevo proveedor, en el plazo más breve posible y con total garantía de la integridad de la información.
- Consecuencias para el caso de incumplimiento del proveedor de servicios *Cloud* de las obligaciones anteriormente recogidas.
- El cumplimiento diligente de las garantías para la protección de datos personales que se han expuesto permitirá excluir la responsabilidad del cliente que contrate los servicios de *Cloud Computing*.

En resumen, fruto de todo ello, queda patente que lo que está en riesgo es la seguridad e integridad de la información, especialmente la que pueda tener una naturaleza más sensible por su carácter confidencial. Existen ciertas reservas a perder el control físico de los datos de carácter personal que sean objeto de tratamiento en la empresa, porque dejan de estar en los servidores propiedad del mismo o en discos o dispositivos que se guardan en un lugar que cuente con las medidas de seguridad exigidas por la normativa de protección de datos. Los datos en el modelo de *Cloud Computing* pasan a situarse en algún lugar indeterminado, en un servidor cuya ubicación física desconoce el responsable.

CAPÍTULO VII

LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS ASPECTOS PROCESALES RELACIONADOS CON LA VALIDEZ DE LA PRUEBA TECNOLÓGICA. ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO LABORAL

1. LA PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VINCULADOS A LA INTIMIDAD EN UN ENTORNO DIGITAL.

1.1 LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS EN LA SOCIEDAD DIGITAL.

“For every right, there is a remedy; where there is no remedy, there is no right”

Este aforismo anglosajón tiene su origen en los *“Comentarios a las Leyes de Inglaterra”* del gran jurista inglés Sir William BLACKSTONE¹⁷⁸³ y quiere decir que cada derecho tiene su protección, de forma que donde no hay protección tampoco hay derecho.

El profesor ARAGÓN REYES destaca la función judicial en la protección de los derechos fundamentales como una de las actividades públicas más fundamentales: *“No hay derecho sin jurisdicción, ni Estado de Derecho sin independencia judicial, ni derechos sin jueces”*¹⁷⁸⁴.

Tras el examen en los Capítulos anteriores de la evolución, eficacia y desarrollo de los derechos de la personalidad, sobre todo, en esta espiral tecnológica que nos ha hecho formar parte de la *“sociedad de la información”* y nos ha llevado, casi de forma obligada, al ejercicio de estos derechos en un entorno digital, es necesario referirnos a su protección y garantía en el plano jurisdiccional.

La incidencia de la tecnología por un lado y las nuevas formas de ejercicio de los derechos fundamentales en un entorno digital por otro, ha afectado especialmente el contenido y los límites de éstos y, especialmente, los vinculados a la intimidad, al honor, a la protección de la propia imagen, al secreto de comunicaciones, e incluso se ha perfilado a través de la limitación del uso de la informática, el denominado derecho a la autodeterminación informativa o protección de datos como mecanismo de defensa de nuestra privacidad.

A su vez, estos derechos sufren una confrontación constante con otros, como la libertad de expresión e información en un ámbito de confluencia social entre los propios individuos. No se trata de una situación nueva en el aspecto material, pues ya se ha encargado el devenir de los tiempos de acostumbrarnos a que el ejercicio de derechos está sujeto a límites y que las colisiones son relativamente frecuentes. Pero sí han sufrido cambios importantes los canales de comunicación e información y el espacio, ya no solo

¹⁷⁸³ BLACKSTONE, William: *“Commentaries on the Laws of England”*. Oxford, 1765. Versión digital disponible en: <http://www.gutenberg.org/files/30802/30802-h/30802-h.htm>

¹⁷⁸⁴ ARAGÓN REYES, Manuel: *“El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”*. *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad Autónoma de Madrid). N.º 1. 1997. Pág. 190.

físico sino también virtual (que no por ello deja de ser real), así como las herramientas utilizadas de forma generalizada y que nos permiten acceder en tiempo real a cualquier información existente en ese nuevo espacio.

El progreso moral y material de la humanidad se proyecta sobre una constante actualización, tanto de los derechos, como de los mecanismos para su protección. Así, se habla de las distintas generaciones de derechos y de la aparición de otros nuevos, de tal forma que se ha llegado a pensar que la fuente de los derechos no es la persona o su dignidad, sino la percepción que de ella se tiene, es decir, un hecho social¹⁷⁸⁵.

Las colisiones de derechos en estos nuevos canales han provocado también la necesidad de ajustar los mecanismos de protección, tanto frente al Estado, como frente a los particulares, ante actos invasivos de éstos en nuestros derechos y libertades. Y es aquí donde se plantea la cuestión de cómo ha de aplicarse el derecho ante la realidad cambiante y la aparición de nuevos escenarios que permiten, por un lado, ampliar el ejercicio de derechos como la libertad de expresión e información, pero por contra, limita todos aquellos relacionados con la intimidad y la protección de datos.

1.2 LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL DERECHO ANTE CONFLICTOS EN UN ENTORNO DIGITAL.

En la aplicación del Derecho, son los jueces quienes cumplen una función vital para ajustar al caso concreto el marco normativo que deriva de la propia norma suprema y que desarrolla el legislador, de acuerdo a los parámetros constitucionales. En última instancia, es el sistema judicial el que debe promover la confianza colectiva en el derecho. Las decisiones de los jueces han de ser técnica y jurídicamente correctas, deben transmitir una sensación de corrección normativa, de transparencia decisional y de mecanismo eficaz de resolución de conflictos. Pero además, deben estar basadas en un código de valores socialmente aceptado como correcto, de forma que sean aceptadas y admitidas por quienes no resulten favorecidos por la decisión¹⁷⁸⁶.

Sin embargo, el mandato de interpretar el ordenamiento de acuerdo a la CE, que incluye principios y valores, implica el riesgo de que los jueces se desliguen de la Ley por entenderse más vinculados a la CE y a esos valores que propugna¹⁷⁸⁷. El problema se agudiza, cuando la Ley no prevé tampoco la regulación de un hecho o una realidad concreta, cuestión que es bastante frecuente en el entorno digital.

El progreso tecnológico ha permitido el acceso de la población a un espacio (Internet) y a unas prestaciones (de comunicación e información, comercio electrónico y de negocios) que han provocado el traslado de las relaciones sociales a las relaciones en un ámbito digital. Ello permite multiplicar los contactos, hasta llegar a lo que se ha

¹⁷⁸⁵ RUBIO LLORENTE, Francisco: "Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho", en REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (Coord.): *"La rebelión de las leyes. Demos y nomos: La agonía de la justicia constitucional"*. Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, derecho público e historia constitucional (Junta General del Principado de Asturias). N.º 4. 2006. Pág. 206.

¹⁷⁸⁶ RUIZ RUIZ, Ramón: Sobre la pertinencia del control jurisdiccional de constitucionalidad: Algunos comentarios críticos". *Anuario de Filosofía del Derecho*. N.º 30. 2014. Pág. 346.

¹⁷⁸⁷ ARAGÓN REYES, Manuel: "El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad". *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad Autónoma de Madrid). N.º 1. 1997. Pág. 186.

denominado “red” o “red social”, cuyo vocablo ha evolucionado e incluso se ha generalizado, más allá de su significado tradicional, sin perder, sin embargo, una acepción que no por anecdótica, debemos olvidar: La facilidad para entrar en ella y la dificultad para salir. En el plano del ejercicio de derechos y su protección, las relaciones entre individuos han traspasado las fronteras nacionales y, hoy en día, es posible ejercer nuestros derechos en un ámbito universal. De la misma forma, nuestros derechos pueden ser vulnerados por cualquier otro individuo, independientemente de su ubicación.

Para paliar los posibles conflictos entre individuos en este nuevo entorno digital, el Estado debe aceptar la protección de los derechos en un plano internacional, bien por la pertenencia a la entidades supranacionales (como la UE), bien por la ratificación de Tratados, Acuerdos o Convenios (como el CEDH) en los que se acepta la interpretación de Tribunales supranacionales para resolver conflictos de derechos, bien entre el individuo y el Estado, bien entre particulares. El art. 10.2 CE obliga a interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales “de conformidad” a estas Declaraciones y Tratados, de forma que no contradigan el CEDH, o equiparando el contenido del convenio a los derechos fundamentales de nuestra CE (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 5º), al ser un estándar mínimo y básico de toda persona en el ordenamiento jurídico español (STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 5º).

La protección de los derechos en el ámbito supranacional, también se ha enriquecido con técnicas que van más allá de una interpretación conforme a los textos internacionales de referencia. La realidad jurídica constitucional europea se caracteriza por el diálogo entre tribunales, bajo lo que se ha denominado la “fertilización recíproca”, a través del contacto y el acceso a resoluciones de pronunciamientos en otros Estados, que ha llevado a configurar una técnica de interpretación conocida como “comparatismo”¹⁷⁸⁸.

En este sentido, desde el plano nacional o interno, el Estado debe concretar el contenido de estos derechos en las relaciones interpersonales de todo género y organizar la acción colectiva indispensable para realizar o sancionar su violación. La legitimidad del poder estatal depende de su capacidad para asegurar la vigencia de esos derechos en el seno de la respectiva sociedad, mediante la creación y aplicación eficaz del derecho positivo que los incorpora. Es decir, ya no solo corresponde al Estado una obligación negativa de respetarlos, ajustando el contenido de su propio poder a los límites que imponen los propios derechos, sino que asume la obligación positiva de hacerlos valer en el seno de la sociedad¹⁷⁸⁹.

Esta defensa de los derechos de la personalidad en torno a la protección de la privacidad mediante la limitación de la informática, trata de respetar la autodeterminación de nuestros propios datos y señas de identidad. Si bien serán los distintos órdenes jurisdiccionales los que resuelvan en función de sus competencias este tipo de conflictos, en sede constitucional, como se desarrolla en este Capítulo, ha sido necesario ajustar la protección en amparo de los derechos fundamentales a las violaciones de los mismos que

¹⁷⁸⁸ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: “La interpretación de la Constitución”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º 169. 2014. Págs. 45 y ss.

¹⁷⁸⁹ RUBIO LLORENTE, Francisco: “Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho”, en REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (Coord.): “*La rebelión de las leyes. Demos y nomos: La agonía de la justicia constitucional*”. Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, derecho público e historia constitucional (Junta General del Principado de Asturias). N.º 4. 2006. Pág. 207.

puedan sufrir los particulares en sus relaciones entre sí, lo que tiene un importante repercusión sobre todo en un entorno digital.

Tradicionalmente se ha considerado que el amparo por violación de derechos fundamentales sólo procedía frente a lesiones de derechos causadas por la actuación de los poderes públicos, entendiendo los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos cuyo único sujeto pasivo era el Estado. Sin embargo, esta tesis ha quebrado en el Estado social de derecho sin que ello entrañe desconocer que, efectivamente, determinados derechos fundamentales, por su propia naturaleza, generan obligaciones tan sólo frente al Estado. Pero, a la inversa, existen derechos cuya eficacia se proyecta básicamente en las relaciones entre particulares y las posibles colisiones entre derechos fundamentales se van a producir en las relaciones *inter privatos*. De esta forma, los derechos de la personalidad tienen como destinatarios no sólo a los poderes públicos, sino también al conjunto de la ciudadanía, algo que se confirma en el art. 9.1 CE.

Este hecho ha conducido a una reelaboración doctrinal que ha tratado de buscar una fórmula que hiciese compatible los principios del constitucionalismo liberal clásico con las nuevas realidades sociales que revelan que buena parte de los derechos se realizan en la vida social de los hombres, con lo que la total desprotección de los mismos en dicho ámbito los convertiría en fórmulas huera, en meras entelequias¹⁷⁹⁰. De esta forma, como se desarrolla en este Capítulo, el TC entenderá que cuando existe una lesión del derecho fundamental de un particular por otro particular y la sentencia que se somete al amparo no ha corregido los efectos de la lesión, no ha entrado a conocerla, es la propia sentencia la que vulnera el derecho fundamental en cuestión.

Por si fuera poco, la propia aplicación judicial de los derechos fundamentales por el juez nos lleva a destacar algunos problemas de diverso calado.

Partiendo de la delimitación constitucional del derecho fundamental, cuando nos referimos a los derechos de la personalidad, éstos cuentan en la CE con un contenido material vago y con frecuencia, abierto, sujeto a diversas, cuando no contradictorias interpretaciones que a su vez dependen del momento temporal o social en el que hayan de ser aplicadas¹⁷⁹¹. Pero es precisamente esa formulación abstracta, la que permite evolucionar a los derechos fundamentales, ya que la sociedad no es inmutable y sus “*nuevos problemas*” necesitan resolverse a través de la concreción de la norma al supuesto concreto. Esa respuesta, evidentemente, será también variable ante los cambios sociales y las circunstancias que no fueron previstas por el poder constituyente¹⁷⁹².

El desarrollo tecnológico y el cambio en los hábitos sociales han exigido una concreción escalonada y una adaptación del texto constitucional a las nuevas situaciones que incluso trascienden a la soberanía del propio Estado, fruto de la necesidad de afrontar

¹⁷⁹⁰ FERNANDEZ SEGADO, Francisco: “La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos y de los intereses difusos en el Estado Social”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (UNAM) N.º 83. Mayo-agosto 1995. Pág. 598.

¹⁷⁹¹ RUIZ RUIZ, Ramón: Sobre la pertinencia del control jurisdiccional de constitucionalidad: Algunos comentarios críticos”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. N.º 30. 2014. Pág. 359.

¹⁷⁹² CORCHETE MARTÍN, M.ª José: “Los nuevos derechos”. *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED). N.º 20. 2007. Pág. 550.

los problemas que exceden de los límites territoriales en una realidad virtual que carece de fronteras físicas. Hans-Peter SCHNEIDER defiende que la Constitución tiene que estar abierta hacia arriba a los derechos humanos, los principios generales, el derecho internacional público y la integración supranacional, mientras que por abajo, ha de ser flexible y variable al interpretar los conceptos básicos generales como la libertad, la igualdad, el bienestar y los derechos fundamentales¹⁷⁹³.

Desde el punto de vista de los derechos, éstos deben ser dinámicos y evolucionar con el progreso de la sociedad, con el Estado y con las circunstancias políticas, económicas y sociales¹⁷⁹⁴. Para Peter HÄBERLE el espacio y el tiempo constituyen dos factores a tener en cuenta por el Derecho constitucional, pues aseguran su continuidad y supervivencia. Para ello alude a la fuerza expansiva de los derechos fundamentales en el sentido que cuentan con una dinámica propia que les permite desdoblarse hacia nuevos espacios y desdoblar su contenido¹⁷⁹⁵.

El desarrollo legislativo de los derechos a la intimidad o a la propia imagen tampoco ha sido pleno, sino más bien escaso y ajustado además a determinadas ramas del derecho. La dignidad e intimidad del trabajador se reconoce de una forma excesivamente genérica en el ET. El uso y abuso de los medios tecnológicos del empleador y su relación con el secreto de comunicaciones en sede laboral no es objeto de una detallada regulación, ni siquiera, a nivel referencial. No existe una norma reguladora de la videovigilancia que salvaguarde el derecho a la intimidad o a la propia imagen de los individuos. Y menos aún existe un marco normativo sobre la salvaguarda de la intimidad en Internet, a salvo de la normativa de protección de datos.

Si a ello añadimos otro tipo de normas y principios que regulan las relaciones de derecho privado, a través de las cuales se permite, limita o impide el ejercicio de determinados derechos que colisionan con otros en determinados ámbitos como el laboral, la solución no puede ser integral, ni es sencilla, pues en cada caso habrá que aplicar toda una serie de principios que permitan conocer cuando se produce una intromisión en el derecho de otro, cuando es legítima y cuando carece de justificación. El equilibrio de derechos que parte de la delimitación de su contenido esencial y los límites internos y externos depende por tanto de una serie de factores que han de ser estudiados en cada caso concreto y ser resueltos por el intérprete del derecho.

No quedan aquí los problemas aplicativos del derecho. La interpretación de una norma no conduce generalmente a una decisión única, pues teniendo todas el mismo valor, solo una será la valorada como la correcta. Además, el Derecho no es pleno y tiene lagunas ante casos que no han sido previstos por el legislador. Por tanto, entramos aquí en una problemática de orden interno, que lleva a transformar la labor interpretativa del juez, en labor integradora y creativa de derecho.

¹⁷⁹³ SCHNEIDER, Hans-Peter: "*Democracia y Constitución*". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991. Págs. 49-50.

¹⁷⁹⁴ HESSE, Konrad: "Significado de los derechos Fundamentales". En BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad y HEYDE, Wolfgang: "*Manual de Derecho Constitucional*", Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales. Madrid, 2001. Págs. 83-85.

¹⁷⁹⁵ HÄBERLE, Peter: "*El Estado Constitucional*". Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, DF, 2003. Págs. 58 y ss.

Es la necesidad de “*constitucionalizar*” el ordenamiento y la interpretación de todas sus normas de conformidad con la CE, lo que proporciona al juez intérprete y aplicador un amplio margen de discrecionalidad. Al mismo tiempo, la existencia misma de derechos fundamentales refuerza el papel de los jueces. Ello puede provocar que el “*Estado de derecho*” que procura certeza, previsión y seguridad se convierta en “*Estado de justicia*”, caldo de cultivo de la desigualdad y arbitrariedad¹⁷⁹⁶.

Los riesgos de permitir tan amplia libertad al juez, amenazan la seguridad jurídica ante el riesgo de discrecionalidad. Incluso se ha insinuado que la flexibilidad del derecho se encuentra en relación inversa con la seguridad jurídica. Pero esta incertidumbre es aconsejable y necesaria, porque gracias a ella se dejan abiertas cuestiones que, dada la incapacidad de anticipar el futuro, no pueden resolverse razonablemente de antemano¹⁷⁹⁷.

¿Dónde está el límite de la capacidad del juez para aplicar e interpretar una norma, respecto de un hecho que no se encuentra expresamente previsto en ella? Este es un riesgo que se debe asumir ante el avance tecnológico innovador “*tan viral*”, como se diría en términos informáticos, de forma que son imprevisibles las consecuencias que un acto de un particular puede tener en otro. Esto ocurre con relativa frecuencia en el uso de Internet, en las relaciones entre individuos en las redes sociales, en las comunicaciones a través de nuevos medios que no siempre garantizan su secreto, en la instalación de sistemas de videovigilancia que hacen uso del material recogido para identificar a una persona, sea transeúnte, trabajador o delincuente.

¿Cabría llegar a concebir un gobierno de los jueces? La expresión “*Government by judges*” fue forjada en 1914 por el “*Chief Justice*” de la Corte Suprema de Carolina del Norte para designar “*el temor de que los principales fundadores de la democracia sean pervertidos por el desarrollo de las diversas figuras del poder judicial*”¹⁷⁹⁸.

Pierre ROSSANVALLON sostiene que la expresión “*Gobierno de los jueces*” es inadecuada, si alude a su poder de interpretación, ya que ese “*poder*” queda circunscrito y referido solo al texto constituyente. El “*Gobierno de los jueces*” comienza, sin embargo, cuando éstos no se conforman en aplicar o interpretar los textos, sino que imponen normas que en realidad son producto de su propio espíritu. “*Los jueces nunca deben ser considerados propietarios de su función, solo son titulares pasajeros*”¹⁷⁹⁹.

Para Peter HABËRLE la interpretación de la Constitución por el juez se puede volver correlativamente elástica y expansiva, sin que se llegue, ni se deba llegar, a una

¹⁷⁹⁶ ARAGÓN REYES, Manuel: “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”. *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad Autónoma de Madrid). N.º 1. 1997. Pág. 190.

¹⁷⁹⁷ RUIZ RUIZ, Ramón: Sobre la pertinencia del control jurisdiccional de constitucionalidad: Algunos comentarios críticos”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. N.º 30. 2014. Pág. 344.

¹⁷⁹⁸ LAMBERT, Edouard: “*Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L’expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*”. Ed. Marcel Giard. Paris, 1921. Nueva edición en Ed. Dalloz. París, 2005. Pág. 213.

¹⁷⁹⁹ ROSSANVALLON, Pierre: “*La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*”. Ed. Paidós. Barcelona, 2010. Pág. 228.

identidad con el legislador¹⁸⁰⁰.

Trazado este marco que reconoce al juez una cierta libertad aplicativa del Derecho, sin perjuicio que en ningún caso ocupe el lugar del legislador, y mucho menos del poder constituyente, parece claro entonces que la posible arbitrariedad debe ser neutralizada con mecanismos que limiten esa discrecionalidad. Para ello, habría que partir de que solo cuando no existe Ley, pueden los jueces aplicar directamente la Constitución. Si existe Ley, ésta no puede ser inaplicada y si el juez la considerase inconstitucional, debería plantear la cuestión de constitucionalidad¹⁸⁰¹.

En este sentido, la Ley es insustituible, es la expresión del principio democrático. La seguridad jurídica y certeza del Derecho conducen a la supremacía de la Ley en una sociedad democrática. Por ello, no se puede hablar de la libre creación judicial del Derecho, ni de la rebelión del juez contra la Ley¹⁸⁰².

Paralelamente, tampoco cabe olvidar la independencia del juez a la hora de aplicar el Derecho. La salvaguarda de esta independencia y legitimidad de la jurisdicción depende del grado de efectividad de las garantías predispuestas para su ejercicio. Son estas garantías, precisamente, las que por un lado refuerzan a los jueces como garantes de derechos y, por otro, afirman su independencia, que el ciudadano, a su vez, advertirá como garantía propia¹⁸⁰³.

Entre las garantías que el ordenamiento establece para evitar la discrecionalidad en la aplicación de la Ley, figura la obligación de motivación de las decisiones judiciales, lo que fortalece los principios de igualdad y seguridad jurídica y reduce la arbitrariedad, al estar avaladas por razones¹⁸⁰⁴. En el plano formal, además, el TC se constituye como el máximo intérprete de la CE, si bien, tampoco ha de identificarse con el poder constituyente permanente, que únicamente corresponde al pueblo¹⁸⁰⁵.

Pero el verdadero problema y el que aquí nos interesa, se plantea cuando se produce una colisión entre derechos. En este caso el intérprete, para resolver el caso planteado, debe acudir a una ponderación entre los valores en conflicto para llegar a un equilibrio entre ambos.

¹⁸⁰⁰ HABERLE, Peter: "El Estado Constitucional". Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, DF, 2003. Pág. 162.

¹⁸⁰¹ ARAGÓN REYES, Manuel: "El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad". *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad Autónoma de Madrid). N.º 1. 1997. Pág. 195.

¹⁸⁰² GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo: "La democracia y el lugar de la Ley". *Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º 92. Octubre-Diciembre 1996. Págs. 619-620.

¹⁸⁰³ FERRAJOLI, Luigi: "Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción", en CARPIZO MAC GREGOR, Jorge y ASTUDILLO REYES, César Iván (Coords.): "Constitucionalismo: Dos siglos de su nacimiento en América Latina". Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, DF, 2013. Pág. 179.

¹⁸⁰⁴ RUIZ RUIZ, Ramón: Sobre la pertinencia del control jurisdiccional de constitucionalidad: Algunos comentarios críticos". *Anuario de Filosofía del Derecho*. N.º 30. 2014. Pág. 344.

¹⁸⁰⁵ ARAGÓN REYES, Manuel: "El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad". *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad Autónoma de Madrid). N.º 1. 1997. Pág. 197.

Es aquí donde existe el riesgo de caer en el puro subjetivismo al decidir según las preferencias personales del intérprete. Para evitar el riesgo, la técnica de la ponderación comprende el análisis minucioso del caso concreto, tanto en sus aspectos fácticos como jurídicos, con el fin de evitar el sacrificio de un valor a costa del otro. Si esto no es posible, habría que determinar cuál de los dos valores es más digno de protección en el caso concreto, evitando así la interpretación subjetiva, y finalmente, puesto que uno de los valores no tiene por que quedar anulado en su totalidad, se debe acudir al principio de proporcionalidad que exige que el valor o bien jurídico sacrificado lo sea solo en la medida necesaria para dar efectividad a aquél que goza de prioridad; y por tanto, a igual efectividad, debe preferirse siempre la solución menos gravosa¹⁸⁰⁶.

Pero frente a estas reglas de interpretación, en una realidad cambiante, donde la colisión de derechos en un entorno de Internet y redes sociales es patente, cuando toda la información se ha “*universalizado*”, llegándose a perder incluso el control sobre nuestra propia identidad, se hace necesario acudir a todos los criterios interpretativos que permitan y faciliten una solución justa a cada caso concreto. Si nos referimos a los conflictos surgidos en la relación laboral, donde los ámbitos personal y profesional apenas se distinguen y, donde la tecnología permite un control y vigilancia omnímodo que contrasta con el desarrollo de un trabajo caracterizado por la flexibilidad en cuanto al lugar y modo de ejercicio, la frontera entre los derechos e intereses implicados se difumina.

La interpretación literal de las normas, de acuerdo al sentido propio de sus palabras, es imprescindible, pues el lenguaje delimita el espacio de significación de los derechos. Pero, sin embargo, las cláusulas constitucionales, incluso de las normas que los desarrollan, son a menudo imprecisas y más cercanas a conceptos jurídicos indeterminados que a mandatos imperativos concretos. El desarrollo tecnológico obliga además a forzar determinados conceptos constitucionales a la realidad social, por lo que algunos de los derechos, como la intimidad, trascienden más en el ámbito de la privacidad y datos personales que en el significado tradicional del término.

Es quizás por ello, que el recurso a los antecedentes históricos y legislativos tampoco resuelva los conflictos de derechos que hoy día se enfrentan en el espacio virtual. Si bien pueden ser de ayuda, sirven más para corroborar la interpretación alcanzada de acuerdo a otros criterios y en otro contexto, siendo un método complementario¹⁸⁰⁷. Incluso el respeto al precedente, como emanación del principio de universalización que ordena tratar igualmente las situaciones iguales, conlleva un efecto contradictorio que más que adaptar el ordenamiento a la realidad social, conduce a la petrificación del ordenamiento¹⁸⁰⁸.

Sin embargo, pueden ser de utilidad otros criterios, como el teleológico, que interpreta los enunciados normativos de acuerdo al espíritu y finalidad de las normas,

¹⁸⁰⁶ CORCHETE MARTÍN, M.^a José: “Los nuevos derechos”. *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED). N.º 20. 2007. Pág. 552.

¹⁸⁰⁷ CANOSA USERA, Raúl: “*Interpretación constitucional y fórmula política*”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1988. Pág. 102.

¹⁸⁰⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis: “Notas sobre la interpretación constitucional”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. N.º 9. Mayo-agosto 1991. Pág. 188.

teniendo en cuenta la supuesta voluntad de su autor; el criterio sociológico, que tiene en cuenta la realidad social del momento en que la norma se aplica; así como el criterio sistemático, que tiene en cuenta el contexto, entendiendo el Derecho como totalidad¹⁸⁰⁹. Todos ellos, han de enfocarse hacia la nueva realidad sobre la que se aplican los derechos tradicionales.

Es precisamente el criterio sistemático e integrador el que mayor utilidad puede aportar para resolver problemas de interpretación nuevos, ante hechos que probablemente ni siquiera estaban previstos cuando se redactaron las leyes, e incluso la propia CE. Interpretar es concretizar, para lo que es preciso comprender la norma dentro de un sistema no solo de normas, sino de categorías y principios que permitan al intérprete extraer del precepto jurídico su significado “*constitucionalmente adecuado*”. Si bien al juez le está vedado enmendar el precepto formal o literal, no lo está la “*enmienda de significado*”, de forma que, incluso, el intérprete puede innovar, en el sentido de interpretar la norma de forma distinta a la realizada hasta entonces. Es decir, no se innova la letra del texto, pero sí su significado¹⁸¹⁰. Por ello, es factible aplicar este criterio integrador, para adaptar el Derecho a la realidad social y tecnológica, innovando así, desde el punto de vista jurídico, el significado de una norma, sin que ello implique adjudicar al juez el papel de legislador.

Este criterio integrador puede llevar a pensar en una vía indirecta de mutación constitucional que no tendría cabida como fórmula alternativa a la reforma de la Constitución. Sin embargo, se trata de un fenómeno patológico que se produce cuando la reformulación semántica de normas constitucionales desborda los criterios y cánones de la interpretación constitucional y, sin embargo, la jurisdicción constitucional permite su consolidación actuando ella misma como poder co-constituyente¹⁸¹¹.

A estos criterios, se le suman distintas técnicas como la de ponderación, base del principio de proporcionalidad, que sin embargo, aplicadas al ejercicio de derechos en un entorno digital, presentan el problema de dejar un amplio espacio de discrecionalidad al juzgador. Del estudio de los casos concretos analizados, no es fácil encontrar lo que se ha denominado una “*unidad de solución justa*”, en cuanto exigencia constitucional que ante un caso concreto identifique una interpretación correcta y una única respuesta jurídica.

Así, la idoneidad como requisito de la proporcionalidad, presenta la dificultad de identificar y configurar un fin determinado, legítimo y concreto, que deje sin efecto o desarticule otro interés distinto que se ha de sacrificar. Pero también la necesidad, que implica una comparación entre medidas alternativas que precisa de una valoración subjetiva, a veces compleja, cuanto mayor son los bienes o intereses afectados. Por último, el principio de proporcionalidad en sentido estricto implica un juicio de oportunidad en el que tanto las partes, como el juzgador, tienden a convertirse en legislador “*ideal*”, en

¹⁸⁰⁹ DE ASÍS ROIG, Rafael: “Los derechos y la argumentación judicial”. *Asamblea* (Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid). N.º 10. 2004. Pág. 18.

¹⁸¹⁰ ARAGÓN REYES, Manuel: “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 17. Mayo-agosto 1986. Págs. 127-133.

¹⁸¹¹ ROLLNERT LIERN, Göran: “La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 102. Mayo-agosto 2014. Pág. 152.

una sociedad cada vez más abierta, compleja y plural¹⁸¹².

Para contrarrestar esta aparente discrecionalidad, o la falta de justificación y a veces de la explicación de las premisas básicas, se ha propuesto que las técnicas de motivación satisfagan además el criterio de justificación racional. En este sentido, TARUFFO aboga por la justificación como elemento clave para definir la posición institucional del intérprete o aplicador del Derecho, donde la actuación racional constituya su principal fuente de legitimidad¹⁸¹³.

MERCADER UGUINA recoge ejemplos de razonabilidad reforzada, como principio o valor constitucional, exigiéndose a los jueces un particular esfuerzo de motivación cuando quedan afectados derechos fundamentales¹⁸¹⁴. Fruto de la razonabilidad, es que el papel de los derechos en la argumentación judicial, como afirma DE ASÍS ROIG, no es otro que el de convertirse en límite a las opciones interpretativas posibles, lo que significa que solo estarán justificadas y podrán ser utilizadas aquellas reglas cuyo significado literal no sea contradictorio de los derechos, exigencia ésta que se proyecta, por tanto, en el resultado de cualquier interpretación de un enunciado normativo¹⁸¹⁵.

Todo ello implica un esfuerzo de adaptación a la realidad social y a las circunstancias de cada caso, que bajo criterios de lógica jurídica y razonabilidad, interpreten las normas en su conjunto y acorde al marco jurídico, sin ejercer otras funciones que no correspondan a los jueces, sino a otros poderes. En palabras del TC, *“los cánones a los que hemos de atenernos en el ejercicio de nuestra función jurisdiccional no son tan laxos como para permitir una valoración en términos de oportunidad política o de bondad técnica de las decisiones sometidas a nuestro juicio. Antes bien, estamos obligados a atenernos a un control de esas decisiones que no conlleve la suplantación de funciones atribuidas a otras instancias y que garantice, al mismo tiempo, el adecuado equilibrio de poderes”* (STC 4/2014, de 16 de enero).

2. LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES A TRAVÉS DEL RECURSO DE AMPARO.

2.1. INTRODUCCIÓN.

Difícilmente un Estado constitucional puede renunciar hoy a garantizar los derechos fundamentales. Puede discutirse su aplicabilidad, su funcionamiento y jerarquía, pero no el principio de la necesidad de su protección y de su garantía jurídico-positiva¹⁸¹⁶.

¹⁸¹² PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: “La interpretación de la Constitución”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º 169. 2014. Pág. 39.

¹⁸¹³ TARUFFO, Michele: “Responsabilità politica del giudice e stile della motivazione”. *Città & Regione* N° 3. 1977. Págs. 67 y ss.

¹⁸¹⁴ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: “Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y canon reforzado de motivación en la doctrina del Tribunal Constitucional”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º 73. 2008. Págs. 127-146.

¹⁸¹⁵ DE ASÍS ROIG, Rafael: “Los derechos y la argumentación judicial”. *Asamblea* (Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid). N.º 10. 2004. Pág. 21.

¹⁸¹⁶ SCHNEIDER, Hans-Peter: “Problemática general de las instituciones de garantía. Peculiaridad y función

La CE no es la primera Constitución que en España incorpora normas materiales y establece un sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad. Ahora bien, la vigencia efectiva de sus normas, el goce de los derechos que directamente nacen de ellas, así como la eficacia y la continuidad de la jurisdicción constitucional tienen tal dimensión, que nunca antes se habían dado tales garantías. En comparación a otros regímenes anteriores, como el de la Segunda República, la diferencia pasa de lo cuantitativo a lo cualitativo. La apelación a la CE en los debates políticos y jurídicos es buena prueba de su fuerza para dar forma al poder. Sobre ella se ha construido una doctrina constitucional de una amplitud y una riqueza nunca antes conocida¹⁸¹⁷.

El control es un elemento inseparable del concepto de Constitución, si concebimos a ésta como norma. En palabras de HESSE, si queremos que la Constitución "se realice" y no sea una mera entelequia vacía, el control no debe formar parte únicamente de un concepto político de Constitución, sino de su concepto jurídico. La vigencia de la Constitución dependerá de su capacidad de realización, es decir, de su eficacia normativa, que requiere necesariamente que la cooperación, la responsabilidad y el control queden asegurados¹⁸¹⁸.

De esta forma, como sostiene ARAGÓN REYES, solo si existe control de la actividad estatal, puede la Constitución desplegar su fuerza normativa y sólo si el control forma parte del concepto de Constitución puede ser entendida ésta como norma. La creación de tribunales constitucionales y la aplicación de la Constitución por los jueces es solo una faceta, aunque es la más relevante de este sistema¹⁸¹⁹. El control jurisdiccional aparece, pues, como algo absolutamente necesario para el concepto y la existencia misma de la Constitución¹⁸²⁰.

La CE dedica fundamentalmente su art. 53 a establecer los instrumentos a través de los que se manifiesta la tutela específica prevista para los derechos constitucionales, agrupándolos, a los efectos de su tutela, en tres categorías básicas:

- Los derechos fundamentales y las libertades públicas (Sección 1.ª de Capítulo II).
- Los derechos de los ciudadanos (Sección 2.ª del Capítulo II).
- Los principios rectores de la política social y económica (Capítulo III).

El art. 53.2 CE garantiza una protección jurisdiccional íntegra de los derechos fundamentales e introduce, junto a la garantía del recurso judicial, la institución del

de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 7. Enero-febrero 1979. Pág. 7.

¹⁸¹⁷ RUBIO LLORENTE, Francisco: "Defectos de forma". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 100. Enero-abril 2014. Pág. 133.

¹⁸¹⁸ HESSE, Konrad: "*Escritos de Derecho Constitucional*". Introducción y traducción de Pedro Cruz Villalón. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983. Pág. 20.

¹⁸¹⁹ ARAGÓN REYES, Manuel: "El control como elemento inseparable del concepto de Constitución". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 19. Enero-abril 1987. Págs. 16 y 36.

¹⁸²⁰ ARAGÓN REYES, Manuel: "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 17. Mayo-agosto 1986. Pág. 136.

recurso de amparo como complemento lógico de aquella. Éste viene a cerrar el círculo de medidas y técnicas establecidas en la CE, para garantizar los derechos contemplados en el primer grupo (el art. 14 y la Sección Primera del Capítulo II del Título I CE), a los que se otorga una protección máxima: Exigencia de ley orgánica para su desarrollo (art. 81 CE), prohibición de decretos legislativos como técnica de regulación de esta materia (art. 82.1), prohibición del Decreto-ley (art. 86.1 CE), reserva de ley y, por tanto, prohibición de potestad reglamentaria autónoma sobre esta materia (art. 53.1 CE) o los requisitos para su reforma, que son los mismos que los previstos para la revisión total de la CE.

Las garantías constitucionales son los mecanismos jurídicos de seguridad que el ordenamiento establece para salvaguardar y defender la integridad de su valor normativo. Si bien los derechos fundamentales son ya en sí mismos concreción y garantía de una idea de libertad, el ámbito de las garantías constitucionales los configura como objeto de esta protección que explícita o indirectamente contiene el ordenamiento constitucional¹⁸²¹.

ARAGÓN REYES puntualiza que las garantías constitucionales no son “*subjetivas*”, sino “*objetivas*” y aseguran, no el cumplimiento de cualesquiera normas y principios, sino sólo de las normas y principios constitucionales, es decir, asegura el cumplimiento de la Constitución¹⁸²².

Este complejo sistema de garantías y medidas de protección, entre las que se encuentra el propio recurso de amparo ante el TC, permite afirmar que la CE configura un sistema de “*Leyes en el marco de los derechos fundamentales*”, en contraposición al régimen de las Leyes Fundamentales, caracterizado por prever “*derechos fundamentales en el marco de las Leyes*”¹⁸²³. ARAGÓN REYES lo plasma así: “*Entre un Estado constitucional y cualquier señor del derecho hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos*”¹⁸²⁴.

Esta tipología constitucional, común a todos los derechos contemplados en la norma suprema es también aplicable a los derechos laborales, tutelados en su aplicación por el tipo de derecho singular de que se trate. El derecho a la intimidad, incluido también el aplicable al ámbito de la intimidad del trabajador, se incluye en el primer grupo de derechos, a los que se otorga la máxima protección. Sin embargo, además de la tutela común, se verá que el trabajador dispone, a su vez, de una tutela reforzada y singular.

2.2. NATURALEZA Y REGULACIÓN DEL RECURSO DE AMPARO.

En general, los derechos fundamentales no necesitarían de una tutela jurisdiccional

¹⁸²¹ AGUIAR DE LUQUE, Luis: “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución Española”. *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 10. 1981. Pág. 109.

¹⁸²² ARAGÓN REYES, Manuel: “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 17. Mayo-agosto 1986. Pág. 99.

¹⁸²³ JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier: “Derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de ser protegidos mediante el recurso de amparo”. *Cuadernos de la Facultad de Derecho* (Palma de Mallorca), N.º 10. 1985. Pág. 144. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/CuadernosDerecho/article/view/174938>

¹⁸²⁴ ARAGÓN REYES, Manuel: “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”. *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad Autónoma de Madrid). N.º 1. 1997. Pág. 201.

específica y diferenciada a la del resto de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. No obstante, nuestro constituyente optó por incluir un precepto mediante el cual se prevé una tutela judicial específica y singularizada de algunos derechos fundamentales garantizados en nuestra Constitución¹⁸²⁵.

En este sentido, el recurso de amparo constitucional es aquel instituto procesal por el que se protegen especialmente determinados derechos y libertades, precisamente aquellos reconocidos en el art. 14 CE (derecho a la igualdad jurídica o de trato sin discriminación) y en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I CE (derechos fundamentales y libertades públicas).

El art. 53.2 CE dispone que *"Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo del Título I CE ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el TC. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30"*.

Por su parte, el art. 161.1.b) CE atribuye al TC la competencia para conocer *"Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca"*.

Ante una lesión de un derecho objeto de esta protección, el recurso de amparo pretende lograr la tutela necesaria para restablecer la situación jurídica perturbada y también el orden constitucional, pues la doble naturaleza de los derechos fundamentales, subjetiva y objetiva, implica que su vulneración afecte no sólo a situaciones jurídicas subjetivas sino también al orden constitucional en su conjunto. No es, por tanto, un recurso que se limite a proteger un interés subjetivo.

Si bien el objeto primario del recurso de amparo es restaurar a los particulares en la plenitud de sus derechos subjetivos, paralelamente desempeña una importante tarea de delimitación objetiva del texto constitucional. De esta forma, el TC concreta, de acuerdo a la norma constitucional, los aspectos definitorios de ese derecho¹⁸²⁶.

Este carácter objetivo y subjetivo ha sido puesto de manifiesto por la STC 1/1981, de 26 de enero, cuando alude a la finalidad esencial del recurso de amparo. Desde el punto de vista subjetivo, su objeto es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades susceptibles de amparo cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias. Pero *"junto a este designio, proclamado en el art. 53.2, aparece también el de la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular"* (FJ 2º).

Cabe recordar que los derechos fundamentales tienen un doble carácter: Objetivo,

¹⁸²⁵ GONZÁLEZ ALONSO, Alicia: "Algunas reflexiones sobre la protección judicial de los derechos fundamentales", en RUBIO LLORENTE, Francisco; JIMÉNEZ CAMPO, Javier; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José; BIGLINO CAMPOS, Paloma y GÓMEZ MONTORO, Ángel José (Dir.): *"La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes"*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016. Pág. 651.

¹⁸²⁶ AGUIAR DE LUQUE, Luis: "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución Española". *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 10. 1981. Pág. 126.

en cuanto a elementos esenciales del ordenamiento jurídico y como derechos subjetivos de los ciudadanos. Así lo interpreta la STC 25/1981, de 14 de julio (FJ 5º), cuando desestima el recurso de inconstitucionalidad contra la LO 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el art. 55.2 CE para la suspensión de derechos fundamentales por delitos terroristas o bandas armadas. Así, establece que *“es preciso tener en cuenta que la Constitución reserva a las Cortes Generales todo cuanto se refiere al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, que constituyen el fundamento mismo del orden político-jurídico del Estado en su conjunto, como les reserva también su posible suspensión, sobre la base del art. 55.2 CE”*.

Continúa el Tribunal, deduciendo que *“Ello resulta lógicamente del doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)”*.

La naturaleza del recurso de amparo es claramente subsidiaria. No es una instancia de revisión del derecho aplicado por los Jueces y Tribunales y ni siquiera tiene la condición de la casación. Se trata, por el contrario, de un procedimiento especial para el reconocimiento y restablecimiento de derechos fundamentales reconocidos y amparados en la CE vulnerados incluso por actos judiciales, pero dejando en este caso bien a salvo el conocimiento de los hechos que dieron lugar al proceso y en cuya consideración no puede entrar el TC (ATC 106/1980, de 26 de noviembre, FJ 4º).

Por tanto, no se trata de una instancia directa ni revisora. Es subsidiaria de la jurisdicción común. Y ello porque el restablecimiento del derecho debe primariamente tratarse de conseguir ante los tribunales ordinarios, empleando todos los medios de impugnación normal existentes en las normas procesales, y sólo cuando fracasen se puede abrir el proceso de amparo, ya que dicha norma tiene que observarse por ser imperativa, y derivarse de un fundamento atendible, al estar inspirada en la delimitación de ambos procesos y en su relación sucesiva, respetando los ámbitos de competencia de los respectivos órdenes de actividad (ATC 69/1981, de 1 de julio, FJ 1º).

Esta subsidiaridad se constata en el art. 44.1.a) de la LOTC, cuando establece que 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 siempre que *“se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial”*.

Puede distinguirse, por tanto, la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, incluida la tutela de los derechos fundamentales (art. 24.1 CE), de una protección específica y diferenciada, mediante procedimientos basados en los principios de preferencia y sumariedad, establecida en base a un mandato al legislador (art. 53.2 CE)¹⁸²⁷.

¹⁸²⁷ GONZÁLEZ ALONSO, Alicia: “Algunas reflexiones sobre la protección judicial de los derechos fundamentales”, en RUBIO LLORENTE, Francisco; JIMÉNEZ CAMPO, Javier; SOLOZÁBAL

En este sentido, es necesario en esta vía de amparo alegar ante la jurisdicción ordinaria la vulneración del derecho. Se trata de otro reflejo del principio de subsidiaridad. Para que los órganos judiciales ordinarios puedan remediar la vulneración del derecho fundamental, deben conocer que se ha producido dicha conculcación, por tanto, en cuanto la parte tenga conocimiento de la vulneración deberá hacérselo saber al órgano judicial para que una vez enterado, pueda subsanarlo¹⁸²⁸.

Sin embargo, respecto a esta limitación, se ha planteado si para la interposición del recurso, se han de haber agotado todas las “*posibles*” o todas las “*razonables*” vías de impugnación ante la jurisdicción ordinaria.

A este respecto y en relación al trámite de solicitar la nulidad de actuaciones, se refirió el Auto TC 200/2010 al exigir en estos supuestos la interposición de este incidente como condición para poder considerar cumplido el requisito del agotamiento de la vía judicial previa.

Merece la pena detenernos en esta figura creada al amparo de la LO 5/1997, de 4 de diciembre, que introdujo el incidente de nulidad de actuaciones con el objeto de revisar las resoluciones que, a juicio del interesado, hubieran vulnerado la tutela judicial efectiva por haber creado indefensión o ser incongruentes. Se trataba de establecer un sencillo incidente para tratar exclusivamente los vicios formales que generen indefensión y nulidad y que no sea posible denunciar por vía de recursos ni antes de dictar sentencia o resolución irrecurrible. Con esta reforma se planteaba en términos más razonables, la cuestión del desarrollo legal del art. 53.2 CE, acerca de la tutela judicial ordinaria, por cauces preferentes y sumarios de los derechos fundamentales¹⁸²⁹.

Posteriormente, la LO 6/2007, de 24 de mayo, lleva a cabo una reforma del amparo constitucional al tiempo que otorga a los tribunales ordinarios mayores posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales ex art. 241.1 LOPJ. Ambas medidas van encaminadas a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del TC sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria, de forma que la protección y garantía de estos derechos no es una tarea única del TC, sino que los tribunales ordinarios desempeñan un papel esencial y crucial en ella¹⁸³⁰. Esta reforma amplía el objeto del incidente de nulidad de actuaciones que podrá interponerse contra cualquier vulneración de los derechos previstos en el art. 53.2 CE siempre y cuando tal vulneración tenga su origen en una resolución judicial firme

ECHAVARRÍA, Juan José; BIGLINO CAMPOS, Paloma y GÓMEZ MONTORO, Ángel José (Dirs.): “*La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016. Pág. 653.

¹⁸²⁸ PÉREZ SÁNCHEZ, Gerardo: “Los requisitos para recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional”. *Anales de la Facultad de Derecho* (Universidad de La Laguna). N.º 16. 1999. Pág. 330.

¹⁸²⁹ De acuerdo a la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre (BOE de 5 de diciembre).

¹⁸³⁰ Conforme a la Exposición de Motivos de la LO 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE de 25 de mayo).

y, en consecuencia, irrecurrible.

La novedad reside en que se posibilita que el juez declare la nulidad de actuaciones de toda resolución judicial que sea vulneradora de cualquiera de las vertientes o proyecciones del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁸³¹.

Sin embargo, a efectos de derechos de defensa, este procedimiento no ha estado exento de críticas¹⁸³², en especial, porque la competencia para la resolución del incidente no recae en un órgano distinto, sino en el mismo juzgado o tribunal que, presuntamente, los violó. Si bien la intención era disminuir las demandas de amparo ante el TC, no se ha logrado tal propósito, al menos de forma notoria, pues éstas no han disminuido¹⁸³³.

Este requisito del art. 44.1. a) LOTC responde a la finalidad de preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo, evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca *per saltum*, es decir, sin brindar a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, remediar la lesión invocada como fundamento del recurso de amparo constitucional (por todas, las últimas SSTC 42/2010, de 26 de julio, 91/2010, de 15 de noviembre, y 12/2011, de 28 de febrero).

Compartiendo y manteniendo el carácter subsidiario, la exigencia de instar el incidente de nulidad de actuaciones ha sido corregida en la STC 176/2013, de 19 de diciembre (FJ 3º) y reiterada en la STC 216/2013, de 19 de diciembre (FJ 2º). En estos supuestos “*basta comprobar que los órganos judiciales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los derechos fundamentales luego invocados en vía de amparo constitucional, para estimar cumplido el mencionado requisito*”¹⁸³⁴.

El TC mantiene esta línea, pues, de lo contrario, se cerraría la vía de amparo constitucional con un enfoque formalista, confundiendo la lógica del carácter subsidiario de su configuración. Como ya estableció la STC 11/2011, de 28 de febrero (FJ 4), “*el presupuesto procesal del agotamiento no puede configurarse como la exigencia de interponer cuantos recursos fueren imaginables, incluso aquellos de dudosa viabilidad. El agotamiento queda cumplido con la utilización de aquéllos que razonablemente puedan ser considerados como pertinentes sin necesidad de complejos análisis jurídicos*”.

¹⁸³¹ GONZÁLEZ ALONSO, Alicia: “La protección de los derechos fundamentales del art. 24.1 de la Constitución tras la «objetivación» del recurso de amparo”. *Revista Ceflegal* (Centro de Estudios Financieros). N.º 139-140. Agosto-septiembre 2012. Pág. 93.

¹⁸³² Un estudio crítico con la actual regulación se puede consultar en CARRASCO DURÁN, Manuel: “La tutela de los derechos fundamentales a través del incidente de nulidad de actuaciones”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 95. Mayo-agosto 2012. Págs. 65-93.

¹⁸³³ ESPINOSA DÍAZ, Ana: “El recurso de amparo: Problemas antes y después de la reforma”. *In Dret. Revista para el Análisis del Derecho* (Universidad Pompeu Fabra). N.º 2. Marzo 2010. Pág. 5. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/722_es.pdf

¹⁸³⁴ En el primer caso, ante una vulneración de los derechos a la intimidad y a la propia imagen por la difusión de imágenes de naturaleza estrictamente privada no amparada por la concurrencia de un interés público constitucionalmente prevalente (Caso Álvarez Cascos-Crónicas Marcianas). En el segundo, por vulneración del derecho a la libertad de expresión, ante las críticas dirigidas contra un secretario de Ayuntamiento (al que se acusa de corrupto) en el marco de una información sobre un tema de relevancia pública.

Se aprecia, por tanto, una flexibilización del rigor formalista sobre el recurrente en amparo, pero correspondiendo resolver esta cuestión "*de legalidad ordinaria*" a los órganos de la jurisdicción ordinaria, pues son ellos quienes han de determinar qué remedios procesales son pertinentes en cada caso concreto. Así pues, "*la fiscalización por la jurisdicción constitucional del agotamiento de la vía judicial, en cuanto requisito previo a la interposición del recurso de amparo, no habilita a este Tribunal para suplantar a los órganos de la jurisdicción ordinaria en la interpretación de la legalidad procesal*". Este matiz es importante, pues en palabras del TC en la evaluación del cumplimiento del requisito del agotamiento de la vía judicial, "*no se trata de establecer con total precisión si un recurso es o no procedente, sino de decidir si era razonablemente exigible su interposición*" (STC 11/2011, de 28 de febrero, FJ 3º).

En definitiva, el requisito puede entenderse cumplido sin necesidad de llegar al incidente de nulidad de actuaciones, cuando se compruebe que los órganos judiciales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los derechos fundamentales luego invocados en vía de amparo constitucional. Es decir, cuando la vulneración de derechos fundamentales objeto de la demanda de amparo ha sido debatida en todas las instancias, debe entenderse cumplido el requisito de agotamiento de la vía judicial previa. Así, este incidente solo será exigible cuando la vulneración del derecho fundamental se produzca en la última sentencia recaída en el procedimiento.

En consonancia con el carácter subsidiario del recurso de amparo ante el TC, éste no es sino un instrumento más de protección de los derechos fundamentales, pero tampoco es el único ni el más importante¹⁸³⁵.

El legislador nos recuerda que si bien los derechos y libertades a que se refiere el art. 53.2 CE son susceptibles de amparo constitucional bajo ciertas condiciones, tal protección se prestará sin perjuicio de su tutela general encomendada a los tribunales de justicia (en paralelo con lo establecido por el art. 41.1 LOTC¹⁸³⁶). Esta atribución "*ante los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional*" confirma la excepcionalidad o especialidad de este procedimiento y nos permite diferenciar dos esferas de protección: La de los Tribunales ordinarios y la del TC, a través de un recurso extraordinario y subsidiario (dirigido contra resoluciones judiciales).

La interpretación constitucional es una modalidad de la interpretación jurídica, por lo que muchas de las características y limitaciones de ésta son predicables de aquella. Pero dadas las peculiaridades de la norma constitucional, así como la singularidad del órgano que tiene encomendado el control de constitucionalidad y su modo de ejercerlo, exigen matizaciones a la teoría general¹⁸³⁷.

¹⁸³⁵ BILBAO UBILLOS, Juan María: "*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. Pág. 65.

¹⁸³⁶ El apartado 1 del art. 44 LOTC lo dice en exactamente en los términos "*sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia*".

¹⁸³⁷ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: "La interpretación de la Constitución". *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º 169. 2014. Pág. 22.

A estos efectos, AGUIAR DE LUQUE distingue entre el amparo judicial y el amparo constitucional. El amparo judicial es un juicio de legalidad, sin que conozca límites en base al infractor del derecho fundamental (particulares y poderes públicos) y cuya función primaria es la satisfacción de un derecho subjetivo lesionado. El amparo constitucional no constituye una nueva instancia, sino una garantía distinta, en defensa de la CE¹⁸³⁸.

De hecho, los jueces ordinarios deben ser los verdaderos protagonistas de la defensa de los derechos fundamentales, aunque no sean los únicos y, por ello, siempre generará tensión el hecho de que el TC evidencie con sus sentencias a los tribunales que son ellos quienes tienen que proteger los derechos fundamentales¹⁸³⁹.

Así, es fácil encontrar sentencias del TC en las que se alude a expresiones como *“la protección de los derechos corresponde primordialmente a los Jueces y Tribunales que integran el Poder Judicial”* (STC 56/1982, de 26 de julio, FJ 2º), la tutela de los derechos y deberes fundamentales *“no está reservada al Tribunal Constitucional”* (Auto TC 498/1985, de 17 de julio, FJ 1º) o *“en cuya defensa a este Tribunal Constitucional le asiste solo la última y no la primera palabra”* (STC 188/1994, de 20 de junio, FJ 4º).

De forma clara y terminante la STC 185/1990, de 15 de noviembre (FJ 4º), destaca el carácter extraordinario y suplementario del recurso de amparo en la tutela de los derechos fundamentales, aludiendo entre sus características esenciales al *“carácter subsidiario, derivado de que la Constitución no lo contempla como una vía directa ni tampoco, necesariamente, como general y única, sino especial y extraordinaria posterior a la defensa de aquellos derechos y libertades ante los Tribunales ordinarios, a los que el art. 53.2 encomienda la tutela general (SSTC 138/985, 186/987 y 1/1988)”*.

El amparo no conduce a una declaración de inconstitucionalidad de la ley, sino respecto a un acto concreto de aplicación de la ley. Es decir, no es un amparo directo frente a leyes, ni tampoco frente a una verdadera cuestión de inconstitucionalidad, pues ni la misma es suscitada por un juez ordinario, ni su planteamiento provoca la interrupción de proceso alguno. Este planteamiento es razonable, pues abrir el camino del recurso de amparo para oponerse a una norma con rango de ley hubiera supuesto *“establecer la legitimación popular para instar la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, pero con efectos inter partes y no erga omnes”*. Además, hubiera debilitado la imperatividad de la ley al permitir de hecho atribuir a todos *“una tacha de inconstitucionalidad deprimente para la seguridad y firmeza del ordenamiento”*¹⁸⁴⁰.

En definitiva, el recurso de amparo convierte al TC en órgano revisor de lo resuelto por cualesquier órgano integrante del poder judicial. Permite obtener una declaración de nulidad de una resolución judicial, con el efecto de retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la comisión de la lesión para que sea el órgano jurisdiccional

¹⁸³⁸ AGUIAR DE LUQUE, Luis: "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución Española". *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 10. 1981. Pág. 124.

¹⁸³⁹ PÉREZ SÁNCHEZ, Gerardo: "Tribunal Constitucional y legalidad ordinaria". *Anales de la Facultad de Derecho* (Universidad de La Laguna). N.º 26. Diciembre 2009. Pág. 69.

¹⁸⁴⁰ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: "Los Derechos Fundamentales en la Constitución Española". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 105. Julio-Septiembre 1999. Págs. 22 y 23.

quien dicte una nueva resolución respetando las garantías procesales vulneradas. Pero asimismo, cuando afecta a un derecho material o sustantivo, permite que la declaración de nulidad de la decisión judicial vaya acompañada de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, lo que no ha estado exento de críticas, pues implica una confusión entre la legalidad ordinaria y la legalidad constitucional. De ello deriva la conveniencia de exigir al TC que determine de una forma más precisa los criterios que utiliza a la hora del enjuiciar determinadas cuestiones que corresponderían a la jurisdicción ordinaria y los aplicase de forma uniforme. No puede haber tanta diversidad en la jurisprudencia constitucional, la cual debe ser más uniforme y clara¹⁸⁴¹.

2.3. LEGITIMACIÓN PROCESAL Y REQUISITOS DEL RECURSO.

2.3.1 Legitimación.

En cuanto a la tramitación del recurso, están legitimados las personas físicas, nacionales y extranjeras (incluyendo, por supuesto, a los trabajadores, parte de una relación laboral), las personas jurídico-privadas, en defensa de los intereses propios que afecten a sus miembros y a las jurídico-públicas, en tanto titulares de ciertos derechos, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

Cabe advertir que si nos atenemos al art. 53.2 CE, parece que la tutela de las libertades y derechos se reserva al ciudadano, pero se trata sin duda de una referencia desafortunada o una distracción del constituyente, que corrige expresamente el art. 162. 1. b) cuando prevé que está legitimada para interponer recurso de amparo "*toda persona natural o jurídica*"¹⁸⁴². En cualquier caso, el art. 46 LOTC concreta quienes están legitimados para interponer el recurso de amparo constitucional.

En este sentido, hará falta que quien aparezca como demandante se halle en una específica relación con el objeto de la pretensión deducida, relación que provendrá de la titularidad propia del derecho o libertad presuntamente vulnerado. Ahora bien, también podrá derivarse de un mero "*interés legítimo*" en la preservación de derechos o libertades de otro. Se adecúa así a la propia naturaleza del recurso "*que no abre, como se ha advertido repetidamente, una vía impugnatoria abstracta, sino un cauce para obtener la reparación de las concretas violaciones de que hayan podido ser objeto las situaciones jurídicas subjetivas cuya tutela tiene atribuida*" (ATC 139/1985, de 27 de febrero, FJ 1º).

Por tanto, parece claro que no toda parte de un proceso judicial previo ha de poseer, por esa sola razón, un interés legítimo en el restablecimiento del derecho constitucional supuestamente vulnerado, y a la inversa, no toda persona que no haya sido parte de ese proceso judicial previo ha de entenderse que carece, por esa sola razón, de tal interés¹⁸⁴³.

¹⁸⁴¹ PÉREZ SÁNCHEZ, Gerardo: "Tribunal Constitucional y legalidad ordinaria". *Anales de la Facultad de Derecho* (Universidad de La Laguna). N.º 26. Diciembre 2009. Págs. 91.

¹⁸⁴² GUAITA MARTORELL, Aurelio: "Régimen de los Derechos Constitucionales". *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 13. 1982. Pág. 80.

¹⁸⁴³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "El recurso de amparo en España". *Revista Jurídica Brasília* (Centro de Estudos Jurídicos da Presidência. Brasil), Vol. 7, N.º 74. Agosto-septiembre 2005. Pág. 18. Disponible en: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/download/421/413

Ello choca con el tenor literal del art. 46.1.b) cuando alude a efectos de legitimación a "*quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente*". Tal y como interpretó la STC 141/1985, de 22 de octubre, este precepto no puede ser entendido de manera estrictamente literal, pues ello significaría tanto como llegar a la conclusión tautológica de que se está legitimado para demandar el amparo porque se ha demandado el amparo. (FJ 1º). Y así se reitera en la STC 25/1990, de 19 de febrero, en el sentido que cuando el recurrente en amparo ostente un interés legítimo, esa legitimación no puede rechazarse, independientemente de que haya sido o no parte en el proceso, a efectos del art. 46.1 b) LOTC (FJ 3º).

En cuanto a la persona directamente afectada, a la que legitima el art. 46.1.a) LOTC, se trata del titular del derecho subjetivo supuestamente lesionado, pero la STC 141/1985, de 22 de octubre, también especificó que por persona afectada hay que entender también, excepcionalmente, a "*quienes sin ser titulares del derecho pueden ejercitar éste, en virtud de una especial disposición de la Ley en atención a su relación con el derecho o con el titular de él*" (FJ 1º).

De ello se deduce que el TC ha interpretado favorablemente para los titulares de los derechos la legitimidad para acceder a su sede. Si una persona no fue parte en un proceso, por un acto u omisión de un órgano judicial y sin reprocharle a ese titular del derecho negligencia alguna, éste podrá acceder a la vía jurisdiccional constitucional¹⁸⁴⁴.

Respecto a la noción de "*interés legítimo*" conviene también precisar al amparo del TC su delimitación. La STC 214/1991, de 11 de noviembre, se refiere a que es suficiente que, con respecto al derecho fundamental infringido, el demandante se encuentre en una determinada situación jurídico-material que le autorice a solicitar su tutela de este Tribunal. Ahora bien, esa situación jurídico-material, exigida por la CE y la LOTC [art. 46.1 b)], no puede ser considerada en abstracto, sino que se encuentra también en función del derecho fundamental vulnerado. Tratándose, en este caso, de un derecho personalísimo, como es el honor, dicha legitimación activa corresponderá, en principio, al titular de dicho derecho fundamental (FJ 3º).

En relación al interés legítimo, como presupuesto de legitimación procesal para recurrir en amparo, no ha de referirse exclusivamente a la fase de este recurso, sino que ha de extenderse a la fase previa prevista en el art. 53.2 CE (protección jurisdiccional ordinaria en vía preferente y sumaria, también conocida como "*amparo judicial*", para diferenciarlo del "*amparo constitucional*" ante la jurisdicción constitucional). De otro modo, la restrictiva interpretación de la legitimación en la vía judicial previa ante la que se recaba la tutela, haría inoperable e impediría la amplitud de la legitimación activa con que la CE ha configurado la defensa de derechos por medio del recurso de amparo¹⁸⁴⁵.

¹⁸⁴⁴ PÉREZ SÁNCHEZ, Gerardo: "Los requisitos para recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional". *Anales de la Facultad de Derecho* (Universidad de La Laguna). N.º 16. 1999. Págs. 330.

¹⁸⁴⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "El recurso de amparo en España". *Revista Jurídica Brasília* (Centro de Estudos Jurídicos da Presidência. Brasil), Vol. 7, N.º 74. Agosto-septiembre 2005. Pág. 19. Disponible en: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/download/421/413

2.3.2 La limitación en el acceso al amparo y la concepción "*objetiva*" del recurso tras la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.

La LO 6/2007, de 24 de mayo, modificó la LOTC tratando de solventar algunos problemas derivados principalmente del crecimiento del número de recursos de amparo hasta el punto de ocupar casi todo el tiempo y los medios materiales y personales del TC. Ello implicaba una lentitud en los procedimientos que se desarrollaban ante este Alto Tribunal, fruto sobre todo del mayor desarrollo de la función de garantía de los derechos fundamentales en relación con las demás funciones del TC.

Ello ha llevado a establecer una nueva regulación de la admisión del recurso de amparo, ampliando a los tribunales ordinarios la facultad de revisar violaciones de derechos por medio de la nulidad de los actos procesales ex art. 241.1 LOPJ (incidente de nulidad de actuaciones, al que se ha hecho referencia al tratar la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo). Con ello se tiende a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del TC sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria.

La reforma parte de la base de que los intereses subjetivos del ciudadano han de ser garantizados esencialmente por la jurisdicción ordinaria, mientras que el TC ha de atender de forma principal aquellos casos novedosos que, en razón a los criterios expuestos exijan una decisión suya¹⁸⁴⁶.

Y es que la protección y garantía de los derechos fundamentales no es una tarea única del TC, sino que los tribunales ordinarios desempeñan un papel esencial y crucial en ella. De este modo se introdujo una configuración del incidente de nulidad de actuaciones mucho más amplia, porque se permite su solicitud con base en cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales referidos en el art. 53.2 CE en lugar de la alegación de indefensión o incongruencia prevista hasta el momento (Disp. Final 1ª LO 6/2007). Esta ampliación del incidente de nulidad de actuaciones previo al amparo busca otorgar a los tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico.

Por otra parte, las reformas se dirigieron a dotar al amparo de una nueva configuración más eficaz y eficiente, reforzando los requisitos de admisión, en especial, en los arts. 49.1 y 50.1.b) LOTC (la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso).

Se produce, por tanto, una inversión del juicio de inadmisibilidad. Así, frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma introdujo un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la CE¹⁸⁴⁷. Esta modificación agiliza el procedimiento al transformar el examen de admisión

¹⁸⁴⁶ CARRILLO LÓPEZ, Marc: "La objetivación del recurso de amparo: Una necesidad ineludible". *Revista Vasca de Administración Pública*. N.º 81. Agosto 2008. Pág. 91. Disponible en: <https://www6.euskadi.net/t59aWar/revistaJSP/t59aVerEjemplar.do?R01HNoPortal=true&t59aTipoEjemplar=R&t59aNumEjemplar=81>

¹⁸⁴⁷ GONZÁLEZ ALONSO, Alicia: "La protección de los derechos fundamentales del art. 24.1 de la

actual en la comprobación en las alegaciones del recurrente de la existencia de relevancia constitucional en el recurso.

El requisito de que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del TC, en razón a "*su especial trascendencia constitucional*", es de tipo sustantivo e implica la carga del recurrente de justificar esa trascendencia, sometiéndose por tanto a un filtro, que limitará de facto la llegada de recursos al TC. Esta ausencia de justificación provoca, además, por sí sola la inadmisión [(art. 50.1.a) LOTC], lo que lleva a una concepción "*exclusivamente objetiva*" del recurso, en la medida que desaparece la dimensión de tutela.

En contra de esta línea, algunos autores discrepan de esta pretensión de objetivar plenamente el amparo constitucional, ya que se trata, en esencia, de un mecanismo para la tutela subjetiva de determinados derechos fundamentales. Tal lectura podría ser incompatible con la naturaleza manifiestamente subjetiva del art. 53.2 CE que indica textualmente que "*cualquier ciudadano podrá recabar la tutela...*"¹⁸⁴⁸. También se ha dicho que el TC cuenta con un "*cauce expeditivo para depurar los recursos de amparo*", desconociendo su función garantista de carácter subjetivo consustancial al derecho¹⁸⁴⁹.

Sin embargo, otros autores entienden que esta objetivación del recurso de amparo es una opción legítima del legislador. El art. 53.2 CE no prefigura un modelo explícito de recurso de amparo, si por ello se entiende que esta garantía especial de los derechos fundamentales excluye una concepción de carácter objetivo. La función de garantía que corresponde dispensar a la jurisdicción constitucional mediante el procedimiento de amparo no obedece a la misma lógica que preside la tutela de los derechos fundamentales en la jurisdicción ordinaria¹⁸⁵⁰.

En opinión de ARAGÓN REYES, del anterior amparo-tutela, que procedería siempre que hubiese habido vulneración de derechos, se pasa a un amparo-control, que únicamente se ejercerá por el TC cuando concorra en el caso un supuesto de "*especial trascendencia constitucional*". La vulneración de derechos ya no será suficiente, por sí sola, para otorgar (y antes, admitir) el amparo, sino sólo y exclusivamente si el caso posee esa "*especial trascendencia constitucional*", cuya justificación "*expresa*" (así debe interpretarse) es carga que, en la demanda, ha de soportar el recurrente (nuevo art. 49.1 LOTC), que habrá de asumir, a partir de ahora, que no le bastará con justificar que la vulneración de derechos se ha producido, sino que su amparo sólo será admitido si

Constitución tras la «objetivación» del recurso de amparo". *Revista Ceflegal* (Centro de Estudios Financieros). N.º 139-140. Agosto-septiembre 2012. Pág. 63.

¹⁸⁴⁸ MATIA PORTILLA, Francisco Javier: "La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 86. Mayo-agosto 2009. Págs. 346 y 349.

¹⁸⁴⁹ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: "La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 81. Septiembre-diciembre 2007. Págs 11-62. Págs. 22-23.

¹⁸⁵⁰ CARRILLO LÓPEZ, Marc: "La objetivación del recurso de amparo: Una necesidad ineludible". *Revista Vasca de Administración Pública*. N.º 81. Agosto 2008. Pág. 97. Disponible en: <https://www6.euskadi.net/t59aWar/revistaJSP/t59aVerEjemplar.do?R01HNoPortal=true&t59aTipoEjemplar=R&t59aNumEjemplar=81>

justifica suficientemente en la demanda la especial trascendencia constitucional del asunto y así es apreciada por el TC¹⁸⁵¹.

Sin embargo, ha sido la doctrina del TC quien ha ido especificando este requisito.

Ha quedado claro que la falta de la alegación de la "*especial trascendencia constitucional*" supone la inadmisión *a limine* del requisito, por constituir una exigencia insubsanable. Así lo entendió el ATC 188/2008, de 21 de julio en el sentido que la justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso "*es una inexcusable exigencia argumental para el recurrente, vinculada con un requisito de orden sustantivo cuyo cabal cumplimiento se conecta con la mejor ordenación, en su conjunto, del recurso de amparo tal como resulta de la reforma introducida por LO 6/2007, por lo que no cabe admitir que el incumplimiento de esta carga en la demanda de amparo constituya un defecto subsanable, no siendo, en consecuencia, procedente la apertura del trámite de subsanación previsto en el art. 49.4 LOTC*" (FJ 3º).

Por su parte, el ATC 289/2008, de 22 de septiembre, retoma los argumentos del anterior, pero contiene un Voto Particular discrepante con la interpretación de las Salas, que tiene como consecuencia trasladar al recurrente en amparo la obligación formal, sin subsanación posible, de argumentar la especial trascendencia constitucional de su demanda. A juicio de este magistrado, la concurrencia o no de la especial trascendencia constitucional debe ser acordada por el TC y no por el recurrente¹⁸⁵².

El fondo de la cuestión es, sin embargo, saber en qué casos concretos entiende el TC que existe dicha "*especial trascendencia constitucional*" en los primeros años de vigencia de esta normativa, pues no deja de ser un concepto jurídico indeterminado¹⁸⁵³.

Ha sido la STC 155/2009, de 25 de junio, la que ha fijado, aunque sin carácter exhaustivo, en qué casos existe esa "*especial trascendencia constitucional*" (FJ 2º):

- a) Cuando se plantee un problema o una cuestión relativa a un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del TC.
- b) Cuando se dé ocasión al TC para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE;
- c) Cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general.

¹⁸⁵¹ ARAGÓN REYES, Manuel: "La Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 85. Enero-abril 2009. Pág. 35.

¹⁸⁵² Voto Particular formulado por el Magistrado D. Eugeni Gay Montalvo al ATC 289/2008, de 22 de septiembre.

¹⁸⁵³ ESPINOSA DÍAZ, Ana: "El recurso de amparo: Problemas antes y después de la reforma". *In Dret. Revista para el Análisis del Derecho* (Universidad Pompeu Fabra). N.º 2. Marzo 2010. Pág. 14. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/722_es.pdf

- d) Si la vulneración del derecho fundamental trae causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el TC considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la CE.
- e) Cuando la doctrina del TC sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros.
- f) En el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del TC (art. 5 LOPJ).
- g) Cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales.

Por otra parte, se modificó el art. 50.3 LOTC para aclarar que las providencias de inadmisión no deben estar motivadas, al tener que concretar el requisito incumplido. A este respecto, se ha señalado que el TC, al actuar en los procesos de amparo como un órgano judicial, también estaría vinculado a la obligación de motivar sus resoluciones, pues deriva del derecho a la tutela judicial de las partes y de que es uno de los elementos objetivos esenciales de todo procedimiento. Así, si en relación al cumplimiento del requisito de la "*especial trascendencia constitucional*", dado que ésta ha de tener una motivación concreta sobre la concurrencia de la misma, si se incumple este requisito, ello no sería conforme a la doctrina del propio TC, en lo relativo al deber de motivación¹⁸⁵⁴. Así, algunos autores han advertido de la posibilidad de que el TEDH considere tales providencias contrarias al derecho del recurrente a un procedimiento debido, consagrado en el art. 6.1 del CEDH.

MATIA PORTILLA entiende que la motivación es una exigencia del Estado de Derecho. El TC actúa como un órgano judicial que debe dar respuesta a las pretensiones de las partes y el demandante tiene un derecho fundamental a obtener una respuesta motivada. Recuerda este autor que el Tribunal de Estrasburgo puede enjuiciar si una providencia de inadmisión de un recurso de amparo lesiona el derecho fundamental del justiciable. Y no se trata de un caso hipotético, sino que ya ha ocurrido en el caso *Fuente Ariza contra España*¹⁸⁵⁵, siendo por tanto muy probable que el TEDH entienda que una providencia inmotivada vulnera el derecho del recurrente al proceso debido¹⁸⁵⁶.

¹⁸⁵⁴ ESPINOSA DÍAZ, Ana: "El recurso de amparo: Problemas antes y después de la reforma". In *Dret. Revista para el Análisis del Derecho* (Universidad Pompeu Fabra). N.º 2. Marzo 2010. Pág. 16. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/722_es.pdf

¹⁸⁵⁵ STEDH de 8 de noviembre de 2007, demanda 3321/04.

¹⁸⁵⁶ MATIA PORTILLA, Francisco Javier: "La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 86. Mayo-agosto 2009. Págs. 360-361.

En cuanto a la atribución de potestad resolutoria a las Secciones en relación con las demandas de amparo, incrementa sustancialmente la capacidad de trabajo del Tribunal. Así, respecto a los procesos que antes eran de exclusiva competencia del Pleno, se prevé la posibilidad de diferirlos a las Salas en la mayor parte de los supuestos.

Otra novedad significativa se encuentra en la introducción de una nueva regulación de la cuestión interna de constitucionalidad para los casos en los que la estimación del amparo traiga causa de la aplicación de una ley lesiva de derechos o libertades públicas. En tales supuestos, la nueva regulación ordena elevar la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia de amparo, de manera que la cuestión de inconstitucionalidad se resolverá por el Pleno en ulterior sentencia de conformidad con lo previsto en los arts. 35 y ss. LOTC. En este sentido, desaparece la doble sentencia a raíz del nuevo 55.2 LOTC, sin que sea discutible que si el origen de la lesión de un derecho fundamental se encuentra en la ley, la competencia para el juicio de constitucionalidad también ha de residir en el TC reunido en pleno.

Por último, la reforma de la LOTC no contempla el aspecto de la tutela de los derechos fundamentales frente a las lesiones de derechos en las relaciones entre particulares. Se pierde por tanto una oportunidad para incorporar la regulación de los supuestos de amparo en las relaciones jurídico-privadas, a fin de disponer de un parámetro útil para decidir sobre la procedencia o no del incidente de nulidad de actuaciones también en estos casos¹⁸⁵⁷.

2.4. ÁMBITO DE PROTECCIÓN. LA LESIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES.

2.4.1 La limitación "*inicial*" de la protección en amparo a las vulneraciones de derechos fundamentales por los poderes públicos.

El art. 161.1.b) CE remite al legislador la determinación de los casos en que procede una demanda de amparo frente al TC. La redacción de los arts 53.2 y 161.1.b) deja entrever que su cobertura no es general, pues la expresión "*en su caso*" determina un carácter tasado de acceso al recurso. Por tanto, es la LOTC la que debe delimitar los actos impugnables, y lo hace en el art. 41.2, restringiendo esta vía "*a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes*"¹⁸⁵⁸. Es decir, se limita a proteger al ciudadano frente a los ataques provenientes de la Administración.

El término "*violaciones*" excluye del planteamiento de amparo constitucional, las amenazas al derecho protegido. Quedan fuera, por tanto, las vulneraciones potenciales o futuras de derechos, exigiéndose un perjuicio o lesión real y efectiva en los derechos e

¹⁸⁵⁷ CARRILLO LÓPEZ, Marc: "La objetivación del recurso de amparo: Una necesidad ineludible". *Revista Vasca de Administración Pública*. N.º 81. Agosto 2008. Disponible en: <https://www6.euskadi.net/t59aWar/revistaJSP/t59aVerEjemplar.do?R01HNoPortal=true&t59aTipoEjemplar=R&t59aNumEjemplar=81>

¹⁸⁵⁸ Art. 41.2 de la LOTC en su redacción dada por Ley 6/2007, de 24 de mayo.

intereses legítimos, excluyéndose la meramente potencial o hipotética (ATC 60/1993, de 25 de febrero, FJ 2º).

La LOTC dedica los arts 42, 43 y 44 a los actos que pueden ser recurridos según provengan de cada uno de los tres poderes del Estado: Ejecutivo, legislativo y judicial, sin dejar una vía clara y abierta a los actos lesivos de particulares.

De ello se deduce que las conductas de los particulares lesivas de un derecho fundamental serán enjuiciadas por los jueces y tribunales ordinarios, no pudiendo acceder a la jurisdicción constitucional. Ahora bien, como veremos posteriormente, ello no implica excluir de protección de amparo a los derechos fundamentales cuando su vulneración provenga de los particulares. Previamente, es conveniente delimitar el concepto de "*poder público*" para entender el juego de la protección de aquellas lesiones de derechos provenientes de particulares.

Ya desde un principio se consideró que poderes públicos son todos aquellos entes que, actuando en el marco constitucional, ejercen un poder de imperio¹⁸⁵⁹. Cabe, no obstante, la ampliación del concepto de poder público, en algunos casos. Por ejemplo, a la hora de la prestación de un servicio público a través de figuras típicas del derecho privado, el TC hace las siguientes matizaciones:

Cuando el servicio queda reservado en monopolio a un establecimiento cuya creación, organización y dirección son determinadas exclusivamente por el poder público, no cabe duda de que es éste el que actúa, a través de persona interpuesta, pero en modo alguno independiente (STC 35/1983, de 11 de mayo, FJ 3º).

Los Ayuntamientos, como órganos a los que, constitucionalmente, corresponde el gobierno y administración de los Municipios son, en consecuencia, poderes públicos en el sentido del art. 53.1 CE y deben ser equiparados, a los órganos de la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas (ATC 93/1980, de 12 de noviembre, FJ 2º).

Los actos de los Colegios Profesionales permiten acudir al amparo constitucional porque como entes públicos de carácter corporativo, comprenden los eventuales sujetos de los que puede proceder una violación de aquellos derechos (ATC 93/1980, de 12 de noviembre, FJ 2º).

Pero interesa especialmente delimitar al objeto del presente trabajo, aquellos supuestos en los que se ha planteado, específicamente en el ámbito de las relaciones laborales y, por tanto, relaciones entre particulares, determinados actos de sujetos privados, que sin embargo, podrían tener atribuida una naturaleza pública, a efectos de ser objeto de recurso de amparo.

Así, se plantea la violación de los derechos fundamentales relacionados con la actividad de los sindicatos, o la impugnación directa en sede constitucional de un convenio colectivo.

El derecho a la libertad sindical o de libre sindicación ha sido interpretado de una

¹⁸⁵⁹ GALEOTTI, Sergio y ROSSI-MORI, Bruno: "El Tribunal Constitucional en la nueva Constitución Española: Medios de impugnación y legitimados para actuar". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 7. 1979. Pág. 136.

forma expansiva, al incluirse dentro de este derecho, protegible por la vía del amparo constitucional, "*la protección de la legitimación legalmente reconocida a un sindicato para negociar un convenio colectivo*". Sin embargo, el derecho a la negociación colectiva, se encuentra situado en el art. 37.1 CE, lo que en principio implica su exclusión a través del recurso de amparo, al considerar que "*esta ampliación de la tutela de la actividad sindical a la negociación colectiva, trata de asegurar la posibilidad efectiva de ejercicio de determinadas facultades legalmente reconocidas a los sindicatos, que una vez establecidas por la ley se han considerado incluidas en el contenido del derecho de libertad sindical*" (STC 184/1991, de 30 de septiembre, FJ 4º).

El convenio colectivo es fuente de Derecho en el terreno de las relaciones laborales [art. 3.1 b) E.T.] y de hecho, se le atribuye "*fuera legal obligatoria*" o incluso "*fuera de ley*". Ahora bien, ello no implica que a pesar de la eficacia normativa del convenio, éste adquiera un rango legal dentro de la jerarquía normativa. El Convenio Colectivo ocupa un puesto inferior al de la ley (art. 85.1 ET). En consecuencia, no es posible considerarlo norma con rango de ley ni, por tanto, deducir cuestión de inconstitucionalidad contra él. No quiere con ello decirse que los convenios colectivos no estén sujetos a la primacía de la CE. Pero esa sujeción no ha de ser verificada por el TC a través de la cuestión de inconstitucionalidad, sino por los órganos de la jurisdicción ordinaria a través de las vías que el ordenamiento establece para ello (ATC 313/1991, de 15 de octubre, FJ Único).

Además, la integración de los Convenios Colectivos en el sistema formal de fuentes del Derecho es resultado del principio de unidad del ordenamiento jurídico, que supone el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la Ley. Así, la superior posición que la ley ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente de forma excepcional, reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva.

Otra de las razones que distinguen el convenio colectivo de una norma con rango de ley ha sido también apuntada por el TC. No resulta posible asimilar las relaciones entre ley y Convenio a las que se instauran entre norma delegante y norma delegada. El mandato que el art. 37.1 CE formula a la Ley, en el sentido de garantizar "*la fuerza vinculante de los Convenios*" no significa que esta fuerza venga atribuida *ex lege*. Antes al contrario, la misma emana de la CE, que garantiza con carácter vinculante los Convenios, al tiempo que ordena garantizarla de manera imperativa al legislador ordinario. La facultad que poseen "*los representantes de los trabajadores y empresarios*" (art. 37.1 de la C.E.) de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva es una facultad no derivada de la Ley, sino propia, que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional" (STC 58/1985, de 30 de abril, FJ 3º, que desestima la cuestión de constitucionalidad contra la Disp. Adic. Quinta de la Ley 8/1980, del ET, al prever que la negociación colectiva pueda prever edades de jubilación forzosa).

De otra parte, la garantía constitucional de la fuerza vinculante implica, en su versión primera y esencial, la atribución a los Convenios Colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales. Por ello, resulta del todo ajeno a la configuración constitucional

de la negociación colectiva la exigencia de una aceptación individual de lo pactado, con independencia de que la práctica, como sucede en ocasiones, haga aconsejable la participación de los propios afectados en la negociación colectiva a través de las fórmulas que los negociadores decidan y sin que, en ningún caso, puedan considerarse como jurídicamente condicionantes del Convenio o se les pueda asignar efectos integrativos en lo que concierne a la eficacia propia del pacto¹⁸⁶⁰.

La posición definitiva del TC, sobre la idoneidad del recurso de amparo para impugnar un convenio colectivo, se fija en la STC 177/1988, de 10 de octubre, en la que se enjuicia este tema en concreto, decantándose el TC por la tesis negativa, no sólo por el reparto de funciones que la Constitución establece entre los órganos judiciales y la justicia constitucional, sino también porque el amparo sólo puede promoverse en relación con actuaciones concretas de los poderes públicos que vulneren los derechos fundamentales de los afectados, lo cual excluye necesariamente la posibilidad de que a través de esa vía procesal se inste un control abstracto y directo del Convenio colectivo (FJ 3º).

Ahora bien, dicho esto, cabe también precisar que no puede excluirse el recurso de amparo cuando se trata de reaccionar frente a actos de los poderes públicos que apliquen un Convenio colectivo o le reconozcan validez en puntos que se opongan a la CE; no es dicho recurso, indudablemente, un remedio procesal contra el Convenio, pero la legitimidad constitucional de éste incide en la legitimidad del acto de los poderes públicos que formalmente se impugna (STC 95/1985, de 29 de julio FJ 3º).

2.4.2 Argumentos para entender extensible el recurso de amparo a las violaciones de derechos fundamentales por particulares.

Resulta evidente que los presupuestos políticos y socio-económicos de nuestro tiempo son bien diferentes de los de fines del siglo XIX. Hoy, buen número de derechos encuentran su satisfacción en el seno de complejas relaciones sociales y económicas que enfrentan al individuo con los grandes grupos de poder (social o económico)¹⁸⁶¹. Tal y como dice BARBERA, los condicionamientos que esos poderes "*privados*"-o simplemente otros ciudadanos particulares situados en una posición dominante- pueden llegar a ejercer sobre la efectiva vigencia de ciertos derechos es de tal naturaleza que la tutela de los mismos quedaría volatilizada, convertida en algo puramente nominal o semántico, si esas relaciones "*inter privatos*" quedaran al margen de los mecanismos constitucionales de garantía de los derechos¹⁸⁶².

El planteamiento gira en torno a si la limitación a la tutela de las violaciones de los derechos fundamentales cometidas tan sólo por los poderes públicos (tras agotar todos los recursos en vía judicial ordinaria (principio de subsidiaridad del proceso constitucional

¹⁸⁶⁰ STC 58/1985, de 30 de abril, FJ 3º.

¹⁸⁶¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "El recurso de amparo en España". *Revista Jurídica Brasília* (Centro de Estudos Jurídicos da Presidência. Brasil), Vol. 7, N.º 74. Agosto-septiembre 2005. Pág. 5. Disponible en:
https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/download/421/413

¹⁸⁶² BARBERA, Augusto: "Comentario al artículo 20 de la Constitución italiana", en BRANCA, Giuseppe (coord.): "*Commentario della Costituzione*", Vol. 1º (Principi fondamentali), Nicola Zanichelli Editore-Soc. Editrice del Foro Italiano. Bologna-Roma 1975. Pág. 107.

de amparo), supone un obstáculo a la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, como en el caso de la relación laboral, frente al empresario.

Ello supondría que las violaciones de los derechos fundamentales cometidas por los particulares, quedarían fuera del amparo constitucional. En la relación entre el empresario y el trabajador, cualquier violación por un empresario de los derechos fundamentales del trabajador, quedaría excluido de esta garantía constitucional. Para remediar esta indefensión, cabe plantear si el recurso de amparo protege frente a las violaciones de derechos que tengan su origen tanto en los poderes públicos como en los particulares o en los "*poderes privados*", o si, por el contrario, limita su protección a las vulneraciones originadas por actos u omisiones de los poderes públicos. Este planteamiento es necesario por las siguientes causas o argumentos:

Las garantías constitucionales deben tutelar las lesiones de los derechos protegidos, bien de los poderes públicos, bien de los particulares. Siendo mayor la repercusión jurídica ante los primeros, no es posible desdeñar la incidencia de los restantes. La necesidad de la protección efectiva de los derechos fundamentales exige que éstos se puedan hacer valer en cualquier situación y frente a otro sujeto privado¹⁸⁶³.

No debe haber incompatibilidad entre afirmar la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y la exigencia del art. 41.2 LOTC, cuando establece que el recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos.

El art. 53.1 CE contempla que "*los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título (el Título I) vinculan a todos los poderes públicos*". En una primera impresión, parece que tales derechos no vinculan a los particulares. Ahora bien, el art. 9.1 CE, establece que "*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*". No cabe duda alguna, pues, de que los derechos, una de las partes o contenidos más relevantes, si no el que más, de la norma suprema, vinculan a los ciudadanos al igual que a los poderes públicos. Si ello es así, los mecanismos de reacción ante una violación de un derecho debieran ser iguales independientemente del sujeto del que provenga la lesión del derecho¹⁸⁶⁴.

BILBAO UBILLOS pone en evidencia la siguiente aparente contradicción: Mientras las decisiones judiciales que no remedian una violación cometida previamente por un particular son, para el Tribunal, la causa e incluso, el origen de la lesión que alega el demandante de amparo, pese a que no alteran la situación jurídica creada por el acto del particular, las resoluciones judiciales que se limitan a mantener los efectos del acto administrativo de un derecho fundamental no son causa ni origen de la violación denunciada en amparo. Y el hecho de que los tribunales ordinarios confirmen la validez del acto administrativo impugnado no convierte el recurso de amparo contra actos del

¹⁸⁶³ AGUIAR DE LUQUE, Luis: "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución Española". *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 10. 1981. Págs. 113-114.

¹⁸⁶⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "El recurso de amparo en España". *Revista Jurídica Brasília* (Centro de Estudos Jurídicos da Presidência. Brasil), Vol. 7, N.º 74. Agosto-septiembre 2005. Pág. 6. Disponible en:
https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/download/421/413

ejecutivo en un recurso contra decisiones judiciales¹⁸⁶⁵.

En este sentido, el acto u omisión que tiene su origen inmediato y directo en la actuación de un tribunal, supone la imposibilidad de recurrir una decisión judicial por el mero hecho de no haber satisfecho las pretensiones de una parte que alegaba la vulneración de un derecho fundamental por parte del Gobierno, autoridades y funcionarios. Es decir, la vulneración del derecho fundamental debe nacer en sede judicial y no de una lesión derivada de la actuación de otro poder público y que simplemente es ratificada por el tribunal ordinario¹⁸⁶⁶.

En similares términos se ha debatido la cuestión en el derecho alemán. SCHNEIDER considera que la limitación de la vinculación de los derechos fundamentales al poder público no puede conducir a una total indiferencia de la Constitución respecto a un ejercicio del poder económico o social que destruya la libertad. Si los órganos llamados a ello, fundamentalmente el legislador, no logran hacer valer los derechos fundamentales o solo lo logran de manera imperfecta, entonces éstos despliegan, como principios rectores del ordenamiento jurídico, su eficacia vinculante inmediata entre personas particulares en el campo social¹⁸⁶⁷.

Un último argumento deriva de las tesis de la racionalidad jurídica, en el sentido de que la interpretación del derecho no puede reducirse a esquemas de lógica formal, subsumible de forma mecánica en la norma, permitiendo contradicciones, aún a riesgo de sacrificar la seguridad jurídica. En este sentido, Robert ALEXY propone con carácter general un sistema de reglas que guían la actividad de la racionalidad práctica. Estas reglas responden a una doble exigencia, en el sentido de garantizar, por un lado, la corrección estructural de los argumentos que imponen su no contradicción y por otro, la imparcialidad del procedimiento argumentativo referido al reconocimiento del derecho a participar en el discurso en condiciones de libertad e igualdad¹⁸⁶⁸.

A juicio de PÉREZ LUÑO, estas tesis permiten un desplazamiento a la coherencia del ordenamiento jurídico, en términos de racionalidad discursiva, de las decisiones jurisprudenciales referidas a los derechos fundamentales. Y en esta tarea de construir una argumentación iusfundamental que responda a las exigencias de la racionalidad, corresponde un especial protagonismo a los Tribunales Constitucionales¹⁸⁶⁹.

¹⁸⁶⁵ BILBAO UBILLOS, Juan María: *“La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. Págs 193-194

¹⁸⁶⁶ PÉREZ SÁNCHEZ, Gerardo: "Los requisitos para recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional". *Anales de la Facultad de Derecho* (Universidad de La Laguna). N.º 16. 1999. Pág. 327.

¹⁸⁶⁷ SCHNEIDER, Hans-Peter: "Problemática general de las instituciones de garantía. Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 7. Enero-febrero 1979. Pág. 22.

¹⁸⁶⁸ ALEXY, Robert: *“Teoría de la argumentación jurídica”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1990. Págs. 213 y ss.

¹⁸⁶⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: “Dogmática de los Derechos Fundamentales y Transformaciones del sistema constitucional”. *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED), N.º 20, 2007. Pág. 506.

Es por ello que traído este argumento a la cuestión que se debate, la garantía de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, en cuanto a su argumentación y motivación por el TC, debe primar sobre el origen formal de la violación del derecho, en cuanto a atribuir o no la competencia del conocimiento de estas cuestiones a quien tiene precisamente la intensa labor de interpretar y homogeneizar la correcta aplicación del ordenamiento jurídico.

2.4.3 La doctrina de la asunción judicial de la violación del derecho fundamental por un particular.

2.4.3.1 Los derechos fundamentales que pueden infringir los órganos de la jurisdicción ordinaria.

El art. 44 LOTC contempla la vía para recurrir en amparo contra las violaciones de los derechos y libertades fundamentales que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial. Ello es posible si se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.
- b) 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.
- c) Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.

La primera cuestión a plantear es si los jueces pueden infringir derechos sustantivos de carácter material, además de aquellos de carácter meramente formal. ¿Pueden los órganos judiciales vulnerar un derecho fundamental sustantivo, o únicamente los derechos de naturaleza procesal consagrados en el art. 24 de la CE?¹⁸⁷⁰

Respecto a este tema, hay que distinguir la lesión de los derechos fundamentales, por otro particular, de las vulneraciones a los derechos de tutela judicial efectiva y a un proceso con las garantías reconocidas en el art. 24 CE, que sólo pueden ser lesionados por un Juez. No puede haber continuidad entre la infracción cometida por un particular, que nunca sería al art. 24 CE y la que se reprocha al órgano judicial. La infracción del órgano judicial se produciría si, demandando la protección judicial por el particular, ésta no se produce, infringiendo la tutela judicial efectiva.

Las incertidumbres planteadas en torno a la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales no se van a despejar dentro de la esfera estrictamente procesal, en función de como se configure el procedimiento extraordinario de amparo. Donde

¹⁸⁷⁰ BILBAO UBILLOS, Juan María: *“La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. Pág. 170.

realmente se juega la partida es en el terreno de la tutela general de los derechos a cargo de la jurisdicción ordinaria¹⁸⁷¹.

La LOTC omite los actos de particulares como posible objeto de recurso de amparo. Este silencio es consecuencia de la falta de consenso sobre la cuestión sustantiva de hasta que punto los derechos fundamentales deben desplegar eficacia en las relaciones entre particulares. Sin embargo, cuando el TC ha considerado que la respuesta a la cuestión sustantiva ha de ser afirmativa, no ha tenido reparos en admitir el recurso de amparo, lo que se justifica imputando la violación del derecho fundamental al órgano judicial que en su momento no otorgó la debida protección. Esta construcción, de origen alemán, señala Díez-PICAZO¹⁸⁷², es lo que a veces se ha denominado “*amparo indirecto*” contra particulares y constituye una “*palmaria ficción*” contraviniendo además el art. 44 LOTC, pues el recurso de amparo contra decisiones judiciales requiere que la lesión tenga su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial.

Frente al argumento de que la supuesta vulneración del derecho invocado no es imputable directa e inmediatamente a las resoluciones judiciales objeto del recurso de amparo - lo que es fundamental para la admisión del recurso - lo que importa es que tal imputación se haga por el demandante de modo que, al menos aparentemente, se deduzca de su exposición una relación inmediata y directa de causalidad entre la violación del derecho o libertad y la acción u omisión del órgano judicial (SSTC 9/1981, 28/1981, 2/1982, 171/1989 y 20/1992).

En estos casos, las decisiones judiciales versan de modo directo e inmediato sobre derechos y libertades fundamentales y, por lo tanto, una eventual decisión errónea del órgano judicial al aplicar la CE, determinante de una lesión de aquellos derechos, es atribuible de forma directa e inmediata, incluida la lesión, a la decisión del propio órgano judicial, “*aunque los hechos examinados tengan su origen en el momento en el que el trabajador fue despedido*” (STC 30/1992). En estos casos es imputable a la resolución judicial la lesión del derecho fundamental, precisamente por reiterar y confirmar o por no corregir la vulneración denunciada (STC 171/1989 y ATC 128/1987).

El refuerzo de la tutela constitucional sobre los derechos fundamentales es tal que cuando esta lesión no es reparada por el órgano judicial, se entiende, a efectos de la apertura de la vía extraordinaria del recurso de amparo, que ha sido el órgano, como poder público, el autor de la lesión, haciendo posible también que violaciones de derechos fundamentales producidas no directamente por poderes públicos, sino por particulares, puedan ser enjuiciadas en amparo. (SSTC 55/1983, 47/1985 y 129/1989, entre otras).

Sin embargo, sí es posible revisar en amparo este tipo de actos, aunque no directamente. La vía es la judicialización de la lesión del derecho o la incorporación a una sentencia judicial del conflicto entre particulares (empresario y trabajador, por ejemplo). Así, en el ámbito de las relaciones laborales, si el trabajador ejercita una acción frente a una lesión de un derecho fundamental por parte de su empresario y la sentencia que en

¹⁸⁷¹ BILBAO UBILLOS, Juan María: “*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. Pág. 81.

¹⁸⁷² Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Luis M^a. “*Sistema de Derechos Fundamentales*” Ed. Thomson-Civitas. Madrid, 2005. Pág. 86.

su caso se dicte, no reparara el daño causado, ya existe, aún de forma indirecta un acto de un poder público recurrible en amparo.

Son amparables específicamente, las resoluciones, incluso por omisión, de un órgano judicial que lesione un derecho objeto de amparo, aunque se exige como requisito interponer todos los recursos procedentes y razonablemente exigibles para recabar la tutela ordinaria dentro de la vía en la que se produjo la vulneración. Además, se exige haber denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional, cuando una vez conocida, hubiera lugar para ello. Y por último, es necesario que la lesión se atribuya directa e inmediatamente a un órgano judicial, independientemente de los hechos que dieron lugar al proceso y no al recurrente o a otros sujetos que intervengan en el mismo (art. 44 LOTC).

En ocasiones la vulneración de los derechos de las partes no es el resultado de una "*total omisión*" por parte del tribunal, sino de una actuación "*viciada*" que supone una falta de diligencia en la garantía de derechos por parte del tribunal¹⁸⁷³.

Este marco estricto para la interposición del recurso de amparo plantea, en el marco de las relaciones laborales y en las situaciones de vulneración de un derecho fundamental por un sujeto privado, si la vulneración por el empresario de un derecho fundamental en origen (en la relación laboral) implica que el órgano judicial lo vulnere también por su parte, de modo directo e inmediato, si no repara la situación de partida.

A través de una interpretación muy forzada del art. 44 LOTC, se consigue abrir un resquicio a través del cual van a tener acceso, de manera indirecta, las controversias entre particulares. Ahora bien, ello va a exigir la transformación de la pretensión originaria en otra que se dirigirá frente a un poder público (el órgano judicial).

La clave se encuentra en que el recurso se entenderá procedente siempre que medie un acto de un poder público, aún cuando el demandado en la primera acción judicial como causante directo de la vulneración fuese un sujeto o una entidad privada¹⁸⁷⁴.

En la práctica, el TC ha conferido la protección a los particulares mediante esta vía cuando las violaciones alegadas no traían su verdadera causa inmediata de los actos de los jueces, sino de conductas de los particulares, constitutivas de lesiones de los derechos fundamentales y que los Tribunales no habían reparado¹⁸⁷⁵.

2.4.3.2 El origen de la asunción judicial de la lesión del derecho fundamental por un particular en la jurisprudencia del TC.

El TC se ha pronunciado en numerosos casos sobre la inadmisibilidad del recurso

¹⁸⁷³ PÉREZ SÁNCHEZ, Gerardo: "Los requisitos para recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional". *Anales de la Facultad de Derecho* (Universidad de La Laguna). N.º 16. 1999. Pág. 326

¹⁸⁷⁴ BILBAO UBILLOS, Juan María: "*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. Pág. 105.

¹⁸⁷⁵ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: "Los Derechos Fundamentales en la Constitución Española". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 105. Julio-Septiembre 1999. Pág. 24.

de amparo contra actos que no sean actos u omisiones de un poder público, en virtud del art. 41.2 LOTC, aunque se solicitara protección frente a supuestas violaciones cometidas por otro particular. Entre estos pronunciamientos caben destacar, por su exposición y motivación, los siguientes:

En el caso de un hospital que actuaba como empresario sometido a la legislación laboral, el TC explica que el amparo constitucional puede articularse a través de dos distintas vías: una, la del art. 43 LOTC, prevista para reaccionar frente a violaciones ocasionadas directamente por actos imputables a órganos integrados en alguna de las esferas en que se estructura la Administración Pública, y otra, la del art. 44 de ese mismo texto legislativo, reservada a lesiones de derechos constitucionales debidas a acciones u omisiones de órganos judiciales.

En el caso de examen, *“la violación del derecho a la igualdad dice imputarse “a un acto de un órgano de la Administración Pública”, fundamentándose el recurso por la vía del ya citado art. 43, pero el examen de los antecedentes que concurren en este caso evidencia la imposibilidad jurídica de reconducir el presente recurso a dicha vía, pues, sea cual fuere la adscripción orgánica y dependencia funcional del Hospital, su actuación fue la propia de un empresario sometido a la legislación laboral y sus actos, al igual que los de cualquier otro particular, efectuados como sujeto de relaciones interprivadas, no son en sí y por sí revisables por este Tribunal”* (ATC 162/1985, de 6 de marzo, FJ 1º).

Sobre un caso de supuesta vulneración del derecho al honor entre ciudadanos, el TC denegó el amparo constitucional porque éste se da *“contra los actos de los poderes públicos que lesionen los derechos fundamentales de los ciudadanos”*. Es por ello que *“la eventual lesión del derecho al honor que los particulares puedan cometer es tema respecto del cual este Tribunal no tiene por qué pronunciarse. Tales lesiones dan origen a los diferentes medios de defensa que el ordenamiento jurídico reconoce y que se decidirá ante los Tribunales ordinarios”* (Auto 502/1986, de 11 de junio, FJ 3º).

La STC 38/1981, de 23 de noviembre, supone un hito importante en la jurisprudencia constitucional, otorgando amparo a dos trabajadores despedidos al día siguiente de ser proclamados candidatos a las elecciones sindicales. Lo más sorprendente es, sin embargo, que no declara la nulidad de las sentencias impugnadas, sino que declara directamente la nulidad de los despidos. Tras señalar que es poder exclusivo de los jueces del orden social señalar los efectos del despido, el TC se reserva *“reconocer el derecho o libertad pública y adoptar, dentro de lo previsto en el art. 55.1 de la LOTC, las medidas precisas para restablecer a los demandantes en la integridad de su derecho”* (FJ 7º). Al declarar el TC la nulidad de un acto de un particular (empleador), cabe entender que se abre el camino para la impugnación en amparo de actos privados.

El Auto 162/1982, de 5 de mayo (FJ 2º), rechaza el recurso de amparo contra un acto de una asociación privada. El TC argumenta que *“para reaccionar contra las presuntas violaciones de los derechos fundamentales o libertades públicas que un sujeto particular (...) produzca en la esfera jurídica de otro sujeto particular éste dispone (...) de una vía judicial previa que debe agotarse antes de acudir mediante recurso de amparo constitucional ante este Tribunal, recurso que por lo demás, y como es sabido, sólo procede contra actos de los poderes públicos”* (art. 41.2 de la LOTC).

Esta jurisprudencia vacilante, en la que se conjugan las referencias al art. 41.2

LOTIC como límite infranqueable con algunas señales de apertura, no tardará en decantarse en un sentido favorable, de hecho, a la admisibilidad de los recursos de amparo frente a las lesiones causadas inicialmente por particulares. El TC se ha interesado en la defensa de los derechos fundamentales conculcados por individuos o grupos privados, asumiendo en la práctica una responsabilidad que la ley no quiso asignarles. Para ello, ha encontrado una fórmula que resuelve la aparente contradicción: Por un lado se ratifica en su rechazo al acceso directo de las demandas que no tengan otro objeto que la conducta de un particular supuestamente lesiva de un derecho fundamental, y por otro, argumenta la denominada doctrina de la asunción judicial¹⁸⁷⁶.

La asunción judicial parte de la base que desde el momento en que el juez conoce de un conflicto relativo al ejercicio de una libertad en las relaciones privadas, el problema rebasa el cuadro de esas relaciones y se plantea en el terreno de la relaciones entre particulares y la autoridad pública. Así, si el órgano judicial niega la protección que se reclama y que está obligado a prestar, incumple un mandato constitucional. Al desentenderse de esa responsabilidad de tutelar en cualquier contexto los derechos y libertades de los ciudadanos, el Juez contraviene la regla constitucional que impone a todos los órganos del Estado el respeto a los derechos fundamentales¹⁸⁷⁷.

2.4.3.3 La consolidación de la doctrina de la asunción judicial.

La STC 72/1982, de 2 de diciembre, aborda un caso de cierre patronal acordado frente a una huelga que se considera abusiva, recurriendo los demandados, no ya la decisión empresarial, sino la sentencia del TCT, entendiéndose que esta resolución vulneraba el derecho de huelga. Para valorar el caso, el Tribunal entendió, aplicando el art. 44 LOTIC, que *“El alcance limitado del recurso de amparo da lugar a que debemos circunscribir nuestra decisión a determinar si ha quedado vulnerado o no el derecho fundamental de huelga regulado por el art. 28 de la Constitución, con las consecuencias correspondientes, violación que sólo habrá podido producir la Sentencia impugnada si la actuación de los trabajadores puede encuadrarse dentro del ejercicio de tal derecho fundamental por no ser abusiva”* (FJ 2º).

Por su parte, la STC 78/1982, de 20 de diciembre, al enjuiciar un despido de un miembro del comité de empresa que fue calificado de improcedente, se pronunció en el sentido de que las sentencias del TCT y de las Magistraturas de Trabajo, aun cuando resuelvan litigios entre particulares, son actos de un poder público frente a los que cabe solicitar el amparo constitucional, que, sin embargo, no puede plantearse inmediatamente frente a actividades privadas (FJ 1º). En este caso, para decidir el contenido del fallo, el Tribunal tuvo en cuenta que la resolución judicial, en la medida en que no protege el derecho fundamental del demandante e impide su ejercicio efectivo frente a la empresa, vulnera de modo directo e inmediato el art. 28.1 CE (FJ 6º).

En las SSTC 7/1983, de 14 de febrero y 8/1983, de 18 de febrero, en materia de si

¹⁸⁷⁶ BILBAO UBILLOS, Juan María: *“La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. Pág. 144.

¹⁸⁷⁷ BILBAO UBILLOS, Juan María: *“La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. Pág. 147.

la suspensión del contrato de trabajo para el personal femenino por causa de matrimonio constituye una discriminación por razón del sexo, entiende que la lesión del derecho fundamental se imputa a una norma de naturaleza privada, como era la Reglamentación de trabajo que preveía tal efecto, por lo que si bien su origen inmediato y directo es la sentencia impugnada, la “*causa remota*” es dicha Reglamentación (FJ 1º STC 7/1983).

En la STC 55/1983, de 22 de junio, en el caso de un representante sindical que alegaba compartimentos discriminatorios de la empresa debidos a su actividad sindical, el Tribunal, sobre la cuestión de si, cuando las presuntas violaciones de derechos fundamentales son debidas a un particular, cabe recurso de amparo para su protección, entiende que cuando se ha pretendido judicialmente la corrección de los efectos de una lesión de tales derechos y la Sentencia no ha entrado a conocerla, tras la correspondiente averiguación de su existencia previo el análisis de los hechos denunciados, es la Sentencia la que entonces vulnera el derecho fundamental en cuestión (FJ 5º).

Complementan la cuestión central de la asunción judicial los razonamientos contenidos en las siguientes sentencias:

La STC 101/1983, de 18 de noviembre¹⁸⁷⁸, afirma que “*la sujeción a la Constitución es una consecuencia obligada de su carácter de norma suprema, que se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos*” Así, considera que mientras los primeros “*tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución*”, los titulares de los poderes públicos tienen además “*un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución*” (FJ 3º).

La STC 18/1984, de 7 de febrero¹⁸⁷⁹, precisa todavía más esta interpretación, al distinguir que “*existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos (como los del art. 24) y, de otra, que la sujeción de los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1) se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los Jueces y Tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas*”. En razón a ello, esta violación puede producirse “*respecto de las relaciones entre particulares cuando no cumplen su función de restablecimiento de los mismos*”, que normalmente corresponde a los Jueces y Tribunales a los que el propio art. 41.1 de la LOTC encomienda “*la tutela general de tales libertades y derechos*” (FJ 6º).

En un caso concreto de vulneración de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, la STC 170/1987, de 30 de octubre, se recurre en amparo el despido de un trabajador por negarse a afeitarse la barba. La Sala distingue entre “*las supuestas violaciones de sus derechos de defensa y de igualdad en la aplicación de la ley*” que serían imputables -de haberse producido- “*de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial*” y la violación del art. 18.1 CE, que alega por entender

¹⁸⁷⁸ Dictada a consecuencia de la falta de juramento o promesa de acatamiento de la Constitución por los Diputados de Herri Batasuna.

¹⁸⁷⁹ Ante el caso de una supuesta violación de derechos susceptibles de amparo por acto del Consejo de Administración de la Caja de Ahorros de Asturias inadmitiendo la candidatura de los recurrentes como miembros de dicho Consejo.

vulnerados los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen garantizados por dicho precepto, que no sería imputable a las resoluciones judiciales, “sino a la decisión del empresario, adoptada en el marco de un contrato de trabajo, de que el trabajador por estar en contacto directo con los clientes se afeitase la barba”.

Es, por tanto, la desprotección de tales derechos por las sentencias impugnadas lo que se recurre en amparo, para que la declaración de nulidad restablezca aquellos que entiende vulnerados. Así planteado el recurso de amparo, la Sala entendió que “*ha de examinarse si se ha producido o no la vulneración de aquellos derechos porque, en caso afirmativo, la falta de protección de los mismos por las Sentencias recurridas conduciría a su nulidad para que en las resoluciones judiciales se respetara el art. 18.1 de la C.E., sin entrar este Tribunal en la calificación del despido*” (FJ 4º).

De la evolución jurisprudencial sobre la doctrina de la asunción judicial, es oportuno reflexionar en como esta doctrina no comporta la negación de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, sino más bien todo lo contrario, ya que existe un reconocimiento de la operatividad inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas¹⁸⁸⁰.

Esta eficacia inmediata, pero sin embargo indirecta, implica que la lesión ha sido cometida por los poderes públicos. Por tanto, no cabe el recurso de amparo directamente contra los actos de los particulares, lo que no obsta a abrir la vía constitucional impugnando la resolución judicial¹⁸⁸¹.

2.4.3.4 La imputación de la lesión del derecho fundamental al órgano judicial.

Una vez que ya se ha aceptado atribuir la violación del derecho fundamental por un particular al órgano judicial, porque no hay otra forma por la que se pueda acceder a la jurisdicción constitucional, a partir de 1988 se presenta esta fórmula jurisprudencial como un ajuste técnico que es preciso seguir. Así, la lesión es relevante a efectos de amparo cuando se denuncia ante órgano judicial competente, ejercitando la correspondiente acción. Si la respuesta judicial a esta pretensión no satisface al actor, sin que la violación sea corregida en esta sede, es cuando se abre la vía del recurso de amparo. Es decir, si no se insta la protección judicial, dando oportunidad al juez ordinario a repararla, no habrá una resolución judicial frente a la que interponer el recurso.

Entre otros ejemplos, caben destacar los siguientes:

El Auto 152/1988, de 1 de febrero, en materia de una supuesta discriminación laboral, entiende que “*la lesión del derecho a la igualdad (art. 14 de la Constitución), que la actora señala como principal fundamento de su pretensión de amparo, sólo podría entenderse en el presente caso como consecuencia de una eventual discriminación empresarial constitucionalmente prohibida, que, al no haber sido oportunamente corregida*

¹⁸⁸⁰ BILBAO UBILLOS, Juan María: “*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. Pág. 159.

¹⁸⁸¹ JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier: “Derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de ser protegidos mediante el recurso de amparo”. *Cuadernos de la Facultad de Derecho* (Palma de Mallorca), N.º 10. 1985. Págs. 148. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/CuadernosDerecho/article/view/174938>

por la Sentencia judicial, habría adquirido relevancia para su reparación en esta vía de amparo constitucional” (FJ 2º).

La STC 51/1988, de 22 de marzo, en una cuestión sobre la que es una central sindical la que solicita el amparo ante el rechazo de la mesa electoral de la candidatura presentada para las elecciones sindicales, se impugna la sentencia de magistratura que confirma la resolución de la mesa de no proclamar esa candidatura.

La Sala ve necesaria “una consideración preliminar sobre cuál sea el objeto de la impugnación aquí formulada, en concreto sobre cuál es el acto del poder público frente al que se deduce el recurso de amparo”. Y ello, porque los demandados, “vienen a imputar las violaciones de derechos que se denuncian a la decisión de la mesa electoral sobre proclamación de candidaturas”. Y es aquí, donde expresamente admite que “la construcción técnico-procesal del amparo en los arts. 41 a 43 de la LOTC obliga, pues, a incluir este proceso en el marco del art. 44, excluidos, como están, directamente del recurso de amparo los actos que no proceden de poderes públicos”. Ahora bien, ello no impide considerar que estos actos de particulares supongan una lesión de derechos fundamentales, pero, por exigencias técnico-procesales, el recurso de amparo sólo es viable si, en caso de lesión de la libertad sindical por persona o entidad privada, media un acto judicial que no repare las lesiones supuestamente verificadas (FJ 1º).

En el ATC 1074/1988, de 26 de septiembre, inadmitiendo un recurso de amparo en un conflicto colectivo, se incide en la necesidad de que el órgano judicial tiene que intervenir, aunque fuera por omisión de su deber de protección, tomando así parte de la infracción, siendo presupuesto necesario para poder activar el mecanismo de la asunción judicial la complicidad de un poder público, mediante su pasividad ante una determinada lesión, que quedaría así impune.

Buen exponente de todo lo hasta ahora dicho es la STC 231/1988, de 2 de diciembre, que anula una sentencia del TS, que había desestimado la demanda presentada por Isabel Pantoja, viuda del torero “Paquirri”, contra la empresa que había comercializado una cinta de vídeo que suponía, a su juicio, una intromisión en la esfera de su intimidad personal.

Así, se reconoce en la sentencia, que “el atentado a los derechos a la imagen y a la intimidad que se dicen vulnerados procedería, de manera inmediata y directa, de la producción y difusión de una cinta de vídeo por parte de una Empresa privada”. Tras admitir que no cabría la utilización de la vía del amparo (aun admitiendo hipotéticamente la efectiva violación de los derechos aducidos), ya que esta vía procede únicamente frente a actuaciones de los poderes públicos, sin embargo, llega a plantearse que “aun cuando la alegada lesión de derechos se originó por la actuación de terceros particulares, al pretenderse por la parte afectada, la corrección de los efectos de esa lesión acudiendo a los órganos jurisdiccionales; y si bien se obtuvo inicialmente de ellos el remedio solicitado, el curso de las diversas alzas y recursos posibles en la vía judicial (en este caso, los recursos de apelación y casación) condujo a que los Tribunales ordinarios concluyeran por desestimar la pretensión ante ellos deducida para que se remediara la lesión alegada, y en consecuencia, por mantener desprotegidos los derechos fundamentales que la parte recurrente estimaba violados” (FJ 1º).

Y así, en la STC 129/1989, de 17 de julio, claramente se admite la vía del amparo

constitucional para quienes no hayan obtenido de los órganos de la jurisdicción ordinaria la tutela de sus derechos fundamentales frente a lesiones padecidas en el ámbito de relaciones jurídicas constituidas en los distintos órdenes de la vida social, y, entre ellos, en el orden de las relaciones laborales, en el que también “*la omisión de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales del trabajador puede ser impugnada a través del proceso constitucional de amparo, como si fuese la resolución judicial la que incurriese en la vulneración de aquéllos*” (FJ 2º).

2.4.3.5 La resolución judicial como origen inmediato y directo de la violación.

El art. 44.1 LOTC excluye del recurso de amparo a las resoluciones que no tengan un origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial. Además, el art. 44.1.b) exige 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.

De ello se deduce que nunca estuvo en la mente del legislador dar entrada por esta vía a las reclamaciones fundadas en supuestas lesiones por un particular de un derecho fundamental, sin embargo, al final se ha impuesto en la práctica una interpretación flexible del art. 44.1 LOTC, forzando tanto la letra y el espíritu de la ley¹⁸⁸².

Así se ha puesto de manifiesto por algunos autores, que la lesión judicial “*mediata o indirecta*”, aunque existiera, depende de los hechos que dieron lugar al proceso, de que en la controversia inicial estuviera o no en juego un derecho fundamental y de que fuera o no violado; por lo que no sería recurrible en amparo salvo que la lesión fuera autónoma y susceptible de determinarse sin examinar la controversia de fondo¹⁸⁸³.

Sin embargo, la exigencia de que un acto u omisión contrario al derecho fundamental tenga su origen inmediato y directo en la actuación del Tribunal, ha supuesto una excepción cuando tal vulneración provenga de un particular. Si el tribunal no repara el daño o lesión, cabe recurso de amparo contra esa decisión judicial. Con ello podría entenderse que se produce una especie de derogación por la vía interpretativa del requisito contenido en el art. 44.1.b) de la LOTC¹⁸⁸⁴.

El tema de la imputación judicial de la lesión encuentra dos modalidades¹⁸⁸⁵:

- Violación imputable al órgano judicial, cuando no haya interpretado conforme a la

¹⁸⁸² BILBAO UBILLOS, Juan María: “*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. Pág. 174-175.

¹⁸⁸³ GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ BLANCO, Antonio: “*Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. (La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*”. Ed. Civitas. Madrid. 1986. Págs. 76 y 77.

¹⁸⁸⁴ PÉREZ SÁNCHEZ, Gerardo: “Los requisitos para recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional”. *Anales de la Facultad de Derecho* (Universidad de La Laguna). N.º 16. 1999. Pág. 327.

¹⁸⁸⁵ BILBAO UBILLOS, Juan María: “*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. Págs 177-179.

CE y en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales una norma de las que rigen las relaciones jurídico-privadas.

- Violación imputable a un particular, en la que incide el tribunal por el hecho de mantener los efectos de ésta, ocasionando una segunda lesión del derecho sólo a él imputable. En este último caso, tiene que producirse por tanto y sobre el mismo derecho, una ratificación judicial de la violación inicial y una conexión entre ambas violaciones (la extraprocesal y la cometida con posterioridad por el órgano judicial).

Este aspecto concreto también es estudiado en algunas sentencias del TC, matizando los siguientes aspectos:

La STC 114/1984, de 29 de noviembre, que enjuicia una supuesta violación del derecho al secreto de las comunicaciones al admitir como prueba de las faltas laborales la grabación de una conversación telefónica mantenida por el actor. Éste entendía que las resoluciones judiciales que habían declarado su despido procedente, habían vulnerado su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), porque en el proceso laboral se había considerado como prueba la grabación que fue registrada sin su conocimiento. La admisión de una prueba ilícitamente obtenida habría provocado una nueva violación de ese mismo derecho fundamental.

Sin embargo, el Tribunal entiende que *“la hipotética lesión de los derechos reconocidos en el art. 18.3 CE no podría imputarse -con carácter directo e inmediato- a las resoluciones judiciales, sino, según reconoce el recurrente, a los actos extraprocesales que estuvieron en el origen de la decisión de despido”*. Incidiendo en este aspecto, sostiene que *“en ninguno de los procesos judiciales que han precedido al presente recurso de amparo se ha planteado como objeto de los mismos la petición de tutela de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución”*. Por tanto, *“al no haberse demandado ante la jurisdicción el amparo de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución, sino la anulación del despido, no puede sostenerse, que la valoración de la prueba por el juzgador o que la interpretación dada por el Tribunal Supremo al citado precepto de la norma fundamental constituyan una lesión autónoma de los derechos en él reconocidos”* (FJ 1º).

En cuanto a la vinculación entre la lesión del particular y la del órgano judicial, la STC 106/1984, de 16 de noviembre, en la que se impugna la denegación por la Magistratura de Trabajo de la legitimación activa de miembros minoritarios del comité de empresa en autos sobre conflicto colectivo promovido frente a la empresa, afirmó que el requisito procesal previsto en el art. 44.1.b) LOTC *“se satisface con el hecho de que el demandante establezca una vinculación razonable entre la consecuencia supuestamente lesiva para el derecho fundamental y la acción u omisión del órgano judicial a quien se imputa la lesión”* (FJ 2º).

Por su parte, es muy clara la STC 54/1995, de 24 de febrero, cuando en una supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (garantía de indemnidad) y a la igualdad en el ámbito laboral, dispone que *“la supuesta vulneración es imputable, tanto a la empresa, que no incorpora a los trabajadores a su plantilla por el hecho de haber dirigido acciones judiciales contra ella, como a las resoluciones judiciales que legitiman tal actuación, puesto que los trabajadores pierden sus derechos por la sola circunstancia de haber acudido a los Tribunales y resultan de peor condición que quienes*

no lo hicieron y quienes accedieron a desistir las demandas interpuestas” (FJ 1º).

Este requisito del art. 44.b) ha sido interpretado en el sentido de que con su resolución el juez o tribunal ha de causar el agravio *“de manera próxima y por decisión debida a sus facultades jurisdiccionales”* (Auto 554/1985, FJ 1º). Es el propio Tribunal quien ha aludido expresamente al origen extrajudicial de la violación alegada, lo que viene a demostrar que el verdadero origen de la lesión es la conducta del particular.

Así, la STC 177/1988, de 10 de octubre, ante el sometimiento de la legalidad de un convenio colectivo, argumenta que el recurso de amparo no es un instrumento adecuado para pronunciarse sobre la licitud del mismo, no sólo por el reparto de funciones que la CE establece entre los órganos judiciales y la justicia constitucional, sino también porque el amparo sólo puede promoverse en relación con actuaciones concretas de los poderes públicos que vulneren los derechos fundamentales de los afectados, lo cual excluye necesariamente la posibilidad de que a través de esa vía procesal se inste un control abstracto y directo del convenio colectivo.

En este sentido, alude a que la lesión que discriminaba en materia salarial a los trabajadores, vulnerando el art. 14 CE, tiene su origen en un acuerdo colectivo, sin perjuicio de que también pueda haber incurrido en ella la sentencia impugnada y, en consecuencia, confirmar la validez del pacto alcanzado en la empresa. En este sentido, la impugnación de la sentencia *“no es más que un paso obligado para plantear ante este Tribunal la discriminación que los demandantes dicen haber sufrido a resultas de aquel Acuerdo colectivo. De ahí que sea preciso plantearse, con carácter previo, si el recurso de amparo es un medio adecuado para el control de unas reglas que, como las que aquí se discuten, tienen su origen en el derecho a la negociación colectiva”* (FJ 3º).

El planteamiento de la asunción judicial de la lesión del derecho fundamental en origen por un particular, lleva a cuestionarnos si la concesión de amparo por esta vía supone un reconocimiento implícito de la operatividad entre particulares de los derechos fundamentales.

Algunos autores sostienen que el Tribunal reconoce, no la eficacia directa, pero sí una suerte de eficacia indirecta (por mediación del acto judicial) a algunos derechos fundamentales¹⁸⁸⁶, o que a través de la ficción de la imputación de la lesión al órgano judicial, lo que realmente se está haciendo es dar eficacia a ciertos derechos fundamentales en las relaciones inter-privatos¹⁸⁸⁷. El propio TC recuerda en algunos casos que el lesionado tiene siempre la puerta abierta al recurso de amparo *“no cabe duda de que el convenio colectivo, como otros actos privados... puede lesionar los derechos fundamentales, y de que en ese momento se habrá cumplido la primera condición para impetrar el amparo”*. Se trata de un trámite formal, *“un paso obligado para plantear ante este Tribunal la discriminación que los demandantes dicen haber sufrido”*

¹⁸⁸⁶ ARAGÓN REYES, Manuel: “Competencias del Tribunal Constitucional: artículo 161”, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (Dir.): “Comentarios a la Constitución española de 1978”. Cortes Generales, T. XII. 1996. Pág. 193.

¹⁸⁸⁷ Díez-Picazo Giménez, Ignacio: “Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo” en “La sentencia de amparo constitucional: Actas de las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional”. Centro de Estudios Constitucionales, 1996. Pág. 24.

(STC 177/1988, FJ 3º). Y en otros casos se dice que la desprotección de los derechos fundamentales del trabajador puede ser impugnada a través de amparo "*como si fuese la resolución judicial la que incurriese en la vulneración de aquellos*" (STC 129/1989, de 17 de julio, FJ 2º).

Si en un Estado social de derecho el titular de un derecho o libertad lo es no sólo frente al Estado, sino también en la vida social, y por lo mismo, frente a los particulares, la lógica jurídica ha de conducir de modo inexcusable al pleno reconocimiento de la eficacia jurídica inmediata de esos derechos y libertades en las relaciones jurídicas "*inter privatos*", circunstancia que es plenamente compatible con la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo¹⁸⁸⁸.

2.4.3.6 Los actos lesivos del empresario como objeto del recurso en el procedimiento de amparo a instancias del trabajador.

Solo cuando el Tribunal aprecia la existencia de una determinada violación cometida antes del proceso por un sujeto privado puede imputarse ésta al órgano judicial mediante la "*asunción judicial*". Si no se ha producido una vulneración extrajudicial de alguno de los derechos fundamentales del trabajador, no se pone en marcha el mecanismo que permite transformar esa vulneración originaria del particular en una vulneración imputable a la resolución judicial, pues no se ha podido ratificar ninguna conducta contraria a derecho que ratificar¹⁸⁸⁹.

Así se ha manifestado en alguna ocasión el TC: Se solicita en el recurso que se "*reponga al recurrente en el uso y disfrute del derecho a la intimidad y a la propia imagen y se anulen, por contrarias al art. 18.1 de la Constitución Española, las Sentencias (...) dictando otra que las sustituya por la que se declare el despido radicalmente nulo o, en su caso, improcedente*". La vulneración de los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen no sería imputable a las resoluciones judiciales, sino a la decisión del empresario, adoptada en el marco de un contrato de trabajo, "*de que el trabajador por estar en contacto directo con los clientes se afeitase la barba*". Por tanto, "*ha de examinarse si se ha producido o no la vulneración de aquellos derechos porque, en caso afirmativo, la falta de protección de los mismos por las Sentencias recurridas conduciría a su nulidad para que en las resoluciones judiciales se respetara el art. 18.1 de la C.E.*" (STC 170/1987, de 30 de octubre, FJ 4º).

Y cuando no se puede deducir la lesión por parte de la empresa, el recurso se desestima, pues "*el recurrente fue sancionado por la empresa por un hecho objetivo que la jurisdicción laboral valoró como suficientemente justificativo de sanción, sin que quepa afirmar que tal hecho no fuera la causa determinante de la referida sanción*" (STC 16/1985, de 8 de febrero, FJ 3º), o cuando se produce un despido por incumplimiento de obligaciones laborales debido a la alegada incompatibilidad de las mismas con la práctica religiosa de la recurrente, sin que se aprecie por ello vulneración a la libertad religiosa

¹⁸⁸⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "El recurso de amparo en España". *Revista Jurídica Brasília* (Centro de Estudos Jurídicos da Presidência. Brasil), Vol. 7, N.º 74. Agosto-septiembre 2005. Pág. 8. Disponible en: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/download/421/413

¹⁸⁸⁹ BILBAO UBILLOS, Juan María: "*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. Págs 211 y 212.

(STC 19/1985, de 13 de febrero).

El hecho destacable en estos y otros casos, es que para llegar a esta convicción, el Tribunal ha de entrar de lleno en el conflicto de fondo, que al fin y al cabo, es un conflicto entre particulares, para dilucidar si el derecho lesionado, despliega algún tipo de eficacia en el contexto de una relación privada, lo que no casa con el art. 44.1.b) LOTC.

De esta forma el recurso de amparo viene a articular funcionalmente al TC y al complejo orgánico del Poder Judicial, en cuanto convierte al primero en órgano revisor de lo resuelto por cualesquiera de los órganos integrantes de ese complejo, en una suerte de Juez de los órganos integrantes del Poder Judicial. Ello le posibilita, no sólo una declaración de nulidad de la resolución judicial que lleve consigo la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a la comisión de la lesión para que el órgano jurisdiccional dicte una nueva resolución respetuosa con las garantías procesales vulneradas, sino asimismo, cuando afecta a un derecho material o sustantivo, que la declaración de nulidad de la decisión judicial vaya acompañada de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto¹⁸⁹⁰.

2.4.4 Procedimiento y fallo.

En la fase de presentación y admisión de los amparos conviene resolver un problema que la reforma de la Ley 6/2007 ha introducido. Se han previsto dos plazos distintos para recurrir: Treinta días si se trata de un amparo frente a actos u omisiones judiciales (nuevo art. 44.2 LOTC) y veinte días (que era el anterior común a excepción de los amparos frente a actos parlamentarios) si se trata de un amparo frente a actos gubernamentales o administrativos (art. 43.2 LOTC, que no se reforma).

En opinión de ARAGÓN REYES, esta diferenciación plantea el problema de la determinación del plazo en los amparos llamados mixtos, en los que se imputa vulneración de derechos (habitualmente sustantivos) al acto originario, pero también, autónomamente, vulneración de derechos (del art. 24 o incluso 25 CE) al órgano judicial. Como sería absurdo entender que, en tales casos, habría obligación de presentar dos demandas de amparo, o no disfrutar de la totalidad del plazo (treinta días) que la Ley otorga para combatir la vulneración judicial, parece razonable sostener que, entonces, el plazo más largo subsume (por una especie de *vis atractiva*) al más corto¹⁸⁹¹.

El conocimiento de los recursos de amparo constitucional corresponde a las Salas del TC y, en su caso, a las Secciones, salvo que el Pleno lo recabe para sí (arts. 48 y 10 LOTC). El procedimiento se inicia con la interposición de la demanda en el registro del TC o en la oficina o servicio de registro central de los tribunales civiles de cualquier localidad (art. 85 LOTC, de acuerdo al art. 135.1 LEC) en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. En todo caso, la demanda

¹⁸⁹⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "El recurso de amparo en España". *Revista Jurídica Brasilia* (Centro de Estudos Jurídicos da Presidência. Brasil), Vol. 7, N.º 74. Agosto-septiembre 2005. Pág. 3. Disponible en: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/download/421/413

¹⁸⁹¹ ARAGÓN REYES, Manuel: "La Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 85. Enero-abril 2009. Pág. 20.

justificará la especial trascendencia constitucional del recurso (art. 49 LOTC).

La posible admisión de la demanda no supone la suspensión automática del acto o sentencia recurrido. La Sala, de oficio o a instancia de parte, resolverá sobre la misma, oídas las partes y al Ministerio Fiscal y vistos los informes de las autoridades responsables de la ejecución, ponderando, no tanto la probabilidad de que el amparo culmine en una sentencia estimatoria cuyos efectos se quieren asegurar, sino, sobre todo, si el mantenimiento del objeto del recurso genera daños de difícil o imposible reparación, a no ser que con ello se perturben intereses generales o derechos fundamentales de terceros (art. 56 LOTC).

La suspensión se podrá pedir en cualquier momento, antes de haberse pronunciado sentencia o decidirse el amparo de otro modo. Ello implica, en consonancia con el ATC 44/1983, de 2 de febrero, que no parece prudente concederla cuando la admisión del recurso de amparo está pendiente del trámite del art. 50 en función de la posible concurrencia de una causa insubsanable de inadmisibilidad, y menos todavía si respecto a las resoluciones judiciales impugnadas existe en principio un interés general en favor de su mantenimiento (FJ Único). Por otra parte, desde la perspectiva dinámica de todo proceso, tanto la denegación como la concesión de la suspensión tienen un carácter provisional (ATC 667/1984, de 7 de noviembre).

Una vez que la Sala recibe las actuaciones del órgano del que emanó el objeto del recurso o del tribunal que conoció la vía judicial, se da vista a quien promovió el amparo, a los personados en el proceso, al Abogado del Estado si procede y, en todo caso, al Ministerio Fiscal, para que realicen en 20 días sus alegaciones por escrito o en vista oral, tras las cuales el Tribunal dictará sentencia en un plazo de diez días (art. 52 LOTC).

La sentencia que otorgue el amparo es de naturaleza declarativa, en cuanto se limita a preservar o restablecer un derecho o libertad constitucionalmente reconocido. El fallo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes (art. 55 LOTC):

- a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos.

Hay que entender que el efecto es la nulidad radical, sin embargo, el TC ha mantenido la conveniencia de modular el alcance de la nulidad, cuando sea preciso salvaguardar bienes jurídicos, especialmente, derechos de terceros. Así, la STC 4/1982, de 8 de febrero, ya advertía del alcance de los pronunciamientos de la sentencia que otorgue el amparo y tenga que declarar la nulidad de una resolución judicial, por haberse impedido el pleno ejercicio de derechos y libertades protegidos por la Constitución, pues *"debe estar sometido al principio de la máxima conservación de las actuaciones procesales y de la mínima perturbación de los derechos e intereses de terceras personas, en cuanto sea compatible con la tutela del derecho fundamental violado, ya que los efectos de la declaración deben ser los absolutamente necesarios, sin extensiones no exigidas, que perjudiquen el procedimiento seguido, y los derechos y obligaciones de personas sin relación directa con tal tutela"* (FJ 8º).

Sin embargo, en los casos objeto de estudio, se suele incluir en el fallo la declaración de nulidad del acto que causó originariamente la violación, lo que no es

coherente con el alcance y contenidos de una sentencia estimatoria de amparo. Esto ocurre en los casos concretos del ámbito laboral, en los que el acto que provoca la lesión a un derecho fundamental (igualdad, intimidad, secreto de comunicaciones, etc) proviene de un particular, normalmente, el empresario, que es quien despide, sanciona, etc. Así, podemos encontrarnos con pronunciamientos que no sólo otorgan el amparo, anulando las sentencias recurridas, sino que declaran el despido nulo y ordenan la readmisión del trabajador para restablecerle en la integridad de su derecho¹⁸⁹².

En los supuestos de sanciones distintas a la de despido, impuestas por el empresario por el ejercicio de un derecho fundamental por el trabajador, además de la declaración de nulidad de la sentencia, procede la declaración de nulidad de la sanción, que no es sino una decisión cuyo origen está en un particular¹⁸⁹³.

Se observa que cuando el art. 55.1.a) LOTC se refiere a la declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, lo lógico sería que se refiriera a la resolución judicial y no a la decisión empresarial. Si la demanda se dirige exclusivamente contra esta resolución judicial, sería incongruente que sea el particular quien debe asumir las consecuencias directas del fallo. La readmisión del trabajador despedido o la nulidad de la sanción impuesta supone la imposición al empresario no demandado de una obligación que no estaría en los límites de la jurisdicción constitucional de amparo¹⁸⁹⁴.

Cabe plantearse los efectos que se producirían si la lesión viene ocasionada en origen por las disposiciones de un convenio colectivo. Así, siguiendo a GARCÍA MURCIA¹⁸⁹⁵, los efectos de la impugnación de un convenio colectivo en amparo plantea la cuestión de si el pronunciamiento del tribunal ha de delimitarse a los defectos imputados exclusivamente al acto u omisión judicial con la consiguiente declaración de nulidad de la resolución formalmente impugnada o si por el contrario puede extenderse también a la validez o nulidad del convenio.

¹⁸⁹² Podemos citar a título de ejemplo, las STC 47/1985, de 27 de marzo, en el caso del despido de una profesora por ejercicio de su actividad docente en forma no ajustada al ideario educativo del centro en que prestaba sus servicios o la STC 88/1985, de 19 de julio, que declara la nulidad radical del despido laboral por violación del derecho del trabajador a expresar libremente sus ideas. En ambas sentencias el fallo contiene cuatro declaraciones: La anulación de la sentencia que confirmó la lesión del derecho, la declaración de nulidad del despido, el reconocimiento del demandante a su derecho fundamental (libertad ideológica y a no ser objeto de discriminación por motivos ideológicos, en la primera; y libertad de expresión, en la segunda) y, por último, restablecer al demandante en la integridad de su derecho, para lo cual deberá ser readmitido en la empresa.

¹⁸⁹³ SSTC 38/1990, de 1 de marzo (en la que se declara la nulidad de la sanción a un trabajador en su ejercicio legítimo al derecho de huelga), 126/1990, de 5 de julio (en la que se declara la nulidad de la sanción a un trabajador por el ejercicio del derecho a expresar libremente sus ideas y difundir informaciones en el seno de sus reuniones y asambleas, con el límite del art. 20.4 CE) y 6/1995, de 10 de enero (en la que se declara la nulidad de la sanción a un trabajador por su ejercicio de la libertad de expresión).

¹⁸⁹⁴ BILBAO UBILLOS, Juan María: *“La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. Págs 209 y 210.

¹⁸⁹⁵ GARCÍA MURCIA, Joaquín: *“La revisión de los convenios colectivos a través del recurso de amparo”*. Ed. Tecnos. Madrid, 1992. Págs 210-213.

En este sentido, el citado autor opina que la completa reparación podría lograrse mediante la remisión de los autos al órgano judicial de procedencia para la aplicación en un nuevo proceso de los criterios establecidos por el TC. El Tribunal “*es consciente de la multiplicidad de intereses que en este contexto concurren: Por un lado, el interés del recurrente en ver restablecido su derecho con rapidez y de forma plena; por otro, la conveniencia de respetar la esfera de la autonomía colectiva y, al mismo tiempo, la competencia propia de la jurisdicción ordinaria*”.

GARCÍA MURCIA propone una regla que podría servir de pauta: Cuando la nulidad del acto originario de la lesión no requiere trámites adicionales ni se ve interferido por cuestiones de legalidad ordinaria, deberá ser adoptada por el TC directamente. Por el contrario, cuando esa decisión depende de un juicio en sus operaciones interpretativas carentes de dimensión constitucional debe dejarse en manos de la justicia ordinaria.

- b) El reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado.
- c) El restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación.

Lógicamente, se trata de la finalidad específica del recurso constitucional de amparo, y así lo ha reiterado el TC desde su inicio. Dicha finalidad es el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad, y los demás pronunciamientos que en la decisión puedan hacerse carecen de sentido si no van referidos a esa finalidad esencial (STC 56/1982, de 26 de julio, FJ 1º).

Respecto a este último pronunciamiento se ha planteado en ciertos supuestos si no tendría que resolver el TC directamente. Así, en los supuestos en que se haya vulnerado un derecho sustantivo o, incluso tratándose de derechos adjetivos o procesales, se hayan producido sentencias contradictorias, quizá la devolución del asunto al Juez ordinario no sea, o por lo menos sea en todos los casos, la medida adecuada para restablecer al amparado en su derecho. Y por ello se han alzado opiniones en el sentido de que si es el TC a quien corresponde garantizar dicho restablecimiento, quizá lo más eficaz sea que él mismo adopte las medidas encaminadas a tal fin¹⁸⁹⁶.

Sea cual sea su contenido concreto, las sentencias que otorguen el amparo tienen efecto de cosa juzgada e “*inter partes*”, limitándose por tanto a la estimación subjetiva de un derecho. Por ello, cualquiera que se encuentre en las mismas circunstancias que el demandante, no podrá beneficiarse de la sentencia estimatoria y deberá interponer nuevo recurso de amparo. Sólo cuando el amparo declare nula una disposición general lesiva de un derecho amparable, se alteraría el efecto normal de las sentencias estimativas, convirtiéndose en “*erga omnes*”. El propio TC ha entendido abiertamente improcedente una declaración de nulidad de las disposiciones en cuestión con efectos *erga omnes*, al margen y con independencia de la existencia o no de una lesión concreta y actual de un

¹⁸⁹⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "El recurso de amparo en España". *Revista Jurídica Brasília* (Centro de Estudos Jurídicos da Presidência. Brasil), Vol. 7, N.º 74. Agosto-septiembre 2005. Pág. 25. Disponible en: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/download/421/413

derecho fundamental (STC 193/1987, de 9 de diciembre, FJ 6º).

No se contemplan, por el contrario, las sentencias desestimatorias del amparo en la LOTC. Su efecto mediato, no puede ser otro que el de dar firmeza a las relaciones jurídicas que derivan del acto objeto de impugnación. Como parece lógico, estas sentencias vienen a declarar la constitucionalidad de la decisión, acto o resolución frente a la que se produjo la pretensión al no ver en ellas vulneración de derechos, denegando consecuentemente el amparo constitucional demandado.

Todas las sentencias dictadas en amparo son irrecurribles (salvo solicitud de aclaración) y tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente a su publicación en el BOE (art. 164 CE).

En cuanto a los efectos del fallo, de cara a la resolución del recurso planteado, es la del respeto por el TC de los hechos probados en el proceso de base, acerca de los cuales "*en ningún caso deberá entrar a conocer*" (respeto a la premisa de facto del proceso de instancia - STC 38/1981 - o principio de invariabilidad de los hechos - STC 21/1982). El TC ha respetado este principio, pero haciendo compatible el respeto al *factum* del proceso de instancia con la virtualidad efectiva del proceso constitucional contra actos judiciales lesivos de derechos. Un entendimiento rígido, por contra, de la vinculación o sometimiento del Alto Tribunal a los hechos probados acabaría con el ejercicio del amparo constitucional contra actos judiciales.

Por intermedio del amparo, de un modo particularizado o casuístico, el Juez constitucional no sólo controla los vicios constitucionales "*in procedendo*" en que puedan incurrir los órganos jurisdiccionales ordinarios, sino que también fiscaliza los vicios "*in iudicando*", reconduciendo al marco constitucional aquellas interpretaciones vulneradoras del contenido que constitucionalmente corresponde a cada derecho, o aquellas ponderaciones del Juez "*a quo*" en las que éste no sopesa adecuadamente el contenido constitucional de los distintos derechos en presencia¹⁸⁹⁷.

Ahora bien, la misión del TC no equivale a valorar si el acto impugnado era o no el mejor de los posibles ni el más adecuado a la CE (STC 189/1987, de 26 de diciembre, FJ 10º), ni siquiera la más beneficiosa para el titular del derecho fundamental (SSTC 287/1994, de 27 de octubre, FJ 4º; 67/1995, de 9 de mayo, FJ 5º y 160/1997, de 2 de octubre, FJ 4º). El TC debe limitarse a constatar si la interpretación del Juez o Tribunal, en su función de tutela de derechos e intereses legítimos, salvaguarda o no suficientemente el contenido del derecho fundamental (STC 122/1999, de 28 de junio, FJ 5º).

3. LA PROTECCIÓN CIVIL Y PENAL FRENTE A LAS INTROMISIONES A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

3.1 LA PROTECCIÓN CIVIL A TRAVÉS DE LA LO 1/1982, DE 5 DE MAYO.

La finalidad de esta LO es la garantía y la protección de los derechos contenidos

¹⁸⁹⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "El recurso de amparo en España". *Revista Jurídica Brasilia* (Centro de Estudos Jurídicos da Presidência. Brasil), Vol. 7, N.º 74. Agosto-septiembre 2005. Pág. 3. Disponible en: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/download/421/413

en el art. 18.1 CE frente a todo género de injerencia o intromisiones ilegítimas (art. 1.1). Sin embargo, llama la atención que la norma no hace referencia a otros derechos fundamentales, como la libertad de expresión y de información, los cuales limitan o son limitados por los que la LO recoge.

Esta circunstancia se une al hecho de que la Ley no se propone tanto tipificar conductas ilícitas civiles como proporcionar algunos criterios de justicia aplicables a los casos concretos que se presenten. En este sentido, se ha desarrollado una doctrina jurisprudencial consolidada que viene a complementar algunas carencias de la norma, pero no solo respecto a la ponderación entre los derechos que protege y las libertades mencionadas de expresión e información, sino porque la Ley tiene por objeto regular en un mismo texto tres derechos fundamentales que si bien tienen en común su naturaleza fundamental, son heterogéneos. Por otra parte, la Ley no conceptualiza, ni fija los elementos configuradores de estos derechos, dejando un espacio a su interpretación, en función al tiempo en el que se ejercen, cuestión que llevado al ámbito de la evolución tecnológica, ha supuesto un replanteamiento de los mismos¹⁸⁹⁸.

La tutela judicial, a raíz del art. 9 LO 1/1982, comprende un doble plano:

- Una reacción tendente a la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima.

Se trata del restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida (acción declarativa), el cese inmediato de la misma (acción de cesación y abstención) y la reposición del estado anterior (acción de reparación)¹⁸⁹⁹. Las medidas más frecuentes son la prohibición al infractor de continuar en la intromisión, la remoción de los elementos en los que la intromisión ilegítima se hubiese concretado o, en caso de intromisión ilegítima al derecho al honor, la publicación de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida. TOLLER incluso prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares preventivas para prevenir intromisiones ulteriores¹⁹⁰⁰.

- El reconocimiento al perjudicado del derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios causados, que incluye el lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.

3.1.1. Intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad.

La protección jurídica en el ámbito civil frente a las intromisiones ilegítimas en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se concreta en la regulación contenida en la LO 1/1982, de 5 de mayo, en cuyo Capítulo II, el art. 7 recoge

¹⁸⁹⁸ CORDERO CUTILLAS, Iciar y FAYOS GARDÓ, Antonio: "Redefiniendo los derechos de la personalidad en el Siglo XXI", en FAYOS GARDÓ, Antonio (Coord.): "Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el Siglo XXI". Ed. Dykinson. Madrid, 2015. Págs. 24 y 33.

¹⁸⁹⁹ SÁNCHEZ URRUTIA, Ana; SILVEIRA GORSKI, Héctor Claudio; NAVARRO MICHEL, Mónica: "Tecnología, intimidad y sociedad democrática". Ed. Icaria. Barcelona, 2003. Págs. 67 y 68.

¹⁹⁰⁰ TOLLER, Fernando M.: "La tutela judicial preventiva del derecho a la intimidad. Una aproximación comparatista". *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED). N.º 12-13. 2003-2004. Pág. 203.

un catálogo de actuaciones que la Ley considera como intromisiones ilegítimas en el ámbito del derecho fundamental y, cuyo común denominador, consiste en derribar de manera ilegítima el muro de privacidad de cada persona.

La intromisión ilegítima protegible es aquella que implica un perjuicio causado al titular del derecho fundamental que requiere, además, un elemento de culpabilidad. Es decir, que además del requisito de antijuricidad, en la conducta del demandado se aprecie dolo (como intención de dañar) o culpa, como imprudencia o negligencia¹⁹⁰¹.

Las intromisiones ilegítimas en la intimidad personal y familiar se contemplan en los apartados 1 a 4 del art. 7 LO 1/1982. Cabe adelantar que no se trata de una lista cerrada y que la jurisprudencia admite vulneraciones que no están previstas en la Ley, resultado de las amplias manifestaciones en que se ramifica el derecho a la intimidad¹⁹⁰².

De acuerdo con los apartados 1 y 2, son actos ilegítimos *“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”* o *“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”*.

El primer apartado declara ilícito el mero emplazamiento de los mismos, aunque éstos no lleguen a emplearse o sean utilizados por personas distintas a quienes hicieron el emplazamiento. Se trata de evitar la mera captación de la vida privada de una persona sin que ésta sea consciente de ello. Es contrario al derecho a la intimidad la utilización, por ejemplo, de cámaras camufladas o micrófonos, sin que la persona sea consciente de su existencia, comportándose como lo haría en su vida privada. Por otro lado, hay que añadir que la intimidad se vulnera con la mera intromisión en el ámbito privado de la persona, con independencia de que de dicha intromisión se derive luego un daño.

El segundo apartado amplía el campo de acción de la ilicitud, que no requiere un emplazamiento permanente de aparatos o dispositivos, sino solo que los mismos recojan datos de la vida privada de las personas, aunque sea de forma puntual o circunstancial. Además, la referencia a *“cualquier otro medio”* abre un abanico de posibilidades tan grande como permita el incesante desarrollo tecnológico (ejemplos, aparatos de GPS, móviles, radares, etc.). Reflexión parecida merece en este orden la expresión *“cartas privadas”*, que hoy debe englobar no sólo las cartas tradicionales de papel, sino también el correo electrónico. No en vano, la STC 114/1984 declaró que la acción antijurídica reside en el conocimiento ilícito del contenido de la comunicación, sin ser a estos efectos decisivo el soporte empleado para transmitir dicho contenido (STC 114/1984, FJ 7º).

El art. 7.3, califica como intromisión ilegítima *“la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos”*.

¹⁹⁰¹ HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Abelardo: *“El honor, la intimidad y la imagen como derechos fundamentales”*. Ed. Colex, Madrid, 2009. Pág. 74.

¹⁹⁰² CORDERO CUTILLAS, Iciar y FAYOS GARDÓ, Antonio: *“Redefiniendo los derechos de la personalidad en el Siglo XXI”*, en FAYOS GARDÓ, Antonio (Coord.): *“Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el Siglo XXI”*. Ed. Dykinson. Madrid, 2015. Pág. 30.

personales de carácter íntimo”.

En este caso la intromisión ilícita se produce por la acción de divulgar, revelar o publicar, con la intención de afectar la vida privada de la persona. Interesa apuntar, por otra parte, el nexo asociativo que se produce aquí entre intimidad y honor, ya que el legislador habla de divulgar hechos relativos a la vida privada que afecten a la reputación o buen nombre de la persona. Cabe recordar que estamos ante derechos que, aun teniendo contenidos propios y autónomos, frecuentemente van entrelazados, siendo inseparable el contenido de uno u otro. Ahora bien, dado que el TC ha declarado reiteradamente que los derechos al honor y a la intimidad son derechos autónomos e independientes, aun cuando estén conectados, parece que cabría flexibilizar la interpretación de esta disposición legal y considerar intromisión ilegítima aquella en la que falte alguno de ambos elementos (vida privada y reputación) pero esté presente el otro.

El art. 7.4 también califica de intromisión ilegítima *“la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela”.*

La ilicitud se conecta aquí con una transgresión de la confianza depositada en profesionales o funcionarios, pues al revelar datos privados hacen un uso de ellos muy distinto (y por supuesto ilícito) de aquel para el que fueron facilitados. Existen profesionales como, por ejemplo, médicos, abogados o sacerdotes, etc. que tienen normalmente acceso a datos o informaciones que deben mantener en secreto, especialmente cuando las mismas conciernen a la esfera de intimidad de una persona, sólo conocida por ésta o por quien ella determine¹⁹⁰³.

En cuanto a las intromisiones ilegítimas a la propia imagen, la propia LO 1/1982, si bien en un principio relaciona la propia imagen con el derecho a la intimidad, en especial, en el art. 7.5, al considerar intromisión ilegítima *“la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos”*, establece también la posibilidad de intromisión ilegítima en su ámbito exclusivo en el art. 7.6, ante *“la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”.*

Quizás, no sea adecuado el término intromisión respecto al derecho a la propia imagen, que es más propio para el derecho a la intimidad, lo que provoca confusiones entre uno y otro derecho¹⁹⁰⁴. El propio TS recalcó desde sus primeros pronunciamientos al amparo de la LO 1/1982, que como derecho de la personalidad, el interesado tiene la facultad de difundir o publicar su propia imagen y, por ende, el derecho a evitar su reproducción. Pero al mismo tiempo, sin embargo, reconoce que la reproducción indiscriminada y sin autorización de la persona a la que pertenece la imagen reproducida tendrá un derecho al resarcimiento *“por violación de un derecho a la intimidad”*¹⁹⁰⁵.

¹⁹⁰³ Véase al respecto la STS (Sala de lo Penal), de 4 de abril de 2001, rec. N.º 2338/1999.

¹⁹⁰⁴ ROMERO COLOMA, Aurelia M^a: *“Las libertades de expresión e información y sus límites”*. Ediciones Irreverentes. Madrid, 2010. Pág. 20.

¹⁹⁰⁵ STS (Sala de lo Civil), de 11 de abril de 1987 (Id Cendoj: 28079110011987100373).

Sin embargo, es preciso distinguir los tres momentos de la intromisión, ya que el legislador emplea las palabras "*captación*", "*reproducción*" y "*publicación*" para aludir a hechos diferentes, pues cada uno de esos sustantivos, a juicio del ATC 300/1989, de 5 de junio) tiene un significado autónomo y de ninguna manera cabe considerarlos sinónimos. Ahora bien, "*aun tratándose de conceptos distintos, resulta asimismo evidente que entre ellos media una relación secuencial de producción, en el sentido de que el momento de la captación es lógicamente anterior a los momentos de la reproducción y de la publicación*" (FJ 3º). Es decir, que a efectos del consentimiento, si bien puede ser otorgado para la captación (salvavarda del derecho a la intimidad), puede no abarcar a la reproducción o publicación (derecho de imagen, en cuanto vídeos o fotografías).

La distinción en dos apartados a la salvavarda del derecho a la propia imagen responde a dos factores: La frecuencia de los casos en los que la intromisión responde a esas finalidades concretas (utilización con o sin fines publicitarios o comerciales) y, por otro lado, para poner de relieve que los supuestos de exclusión de la intromisión previstos en el art. 8.2 son aplicables a los supuestos de utilización in consentida de la imagen que no sean aquellos cuya finalidad sea publicitaria o comercial¹⁹⁰⁶.

Estas exclusiones a la intromisión al derecho a la propia imagen, previstas en el art. 8.2 LO 1/1982 (solo aplicables al supuesto del art. 7.5) son las siguientes:

- a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público. Es legítima con un fin meramente informativo, pero nunca cuando se trate de su explotación para fines publicitarios o comerciales¹⁹⁰⁷.
- b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social. La jurisprudencia estima que hay intromisión ilegítima en el derecho al honor, cuando la caricatura es instrumento de escarnio o va acompañada de textos vejatorios innecesarios¹⁹⁰⁸.
- c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria. Así, es accesoria la imagen de un escolta en una fotografía tomada en la calle al vicepresidente del gobierno¹⁹⁰⁹.

Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza

¹⁹⁰⁶ GARCÍA SANZ, Javier: "La protección civil frente a la utilización in consentida de la propia imagen para fines publicitarios o comerciales. Doctrina judicial". *In Dret. Revista para el Análisis del Derecho* (Universidad Pompeu Fabra). N.º 1. Enero 2008. Pág. 7. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/77892/101747>

¹⁹⁰⁷ STS (Sala de lo Civil), de 3 de octubre de 1996, rec. N.º 4033/1992.

¹⁹⁰⁸ STS (Sala de lo Civil), de 14 de abril de 2000, rec. N.º 2039/1995.

¹⁹⁰⁹ STS (Sala de lo Civil), de 27 de marzo de 1999, rec. N.º 2716/1994.

necesiten el anonimato de la persona que las ejerza.

Sin embargo, es relativamente frecuente que los tribunales, cuando se enfrentan a supuestos de utilización de la imagen para fines publicitarios o comerciales, aluden a ambos apartados 5 y 6 indistintamente, sobre todo para destacar que es irrelevante que la imagen reproducida provenga o no de lugares o momentos de la vida privada, expresión que no consta de forma expresa en el apartado 6.

Así pues, esta LO protege separadamente, el derecho a la imagen como derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana, del derecho al valor comercial de la imagen que, respondiendo al fenómeno de su creciente patrimonialización, ha adquirido carta de naturaleza como derecho autónomo a la explotación exclusiva de los signos característicos de la personalidad con fines publicitarios o comerciales.

Sin embargo, no todas aquellas situaciones en que existe utilización de la imagen con fines comerciales o publicitarios, quedan al margen de ese ámbito constitucional, pues a través de la utilización no consentida de la imagen de un individuo, incluso cuando sea con finalidades económicas, se puede vulnerar su derecho a controlar la reproducción y difusión de su identidad como persona y su libertad para decidir que su imagen no se vea asociada a una actividad comercial. Debe analizarse en cada caso si se ha vulnerado estrictamente el derecho de la personalidad, o sólo se han visto afectados los derechos de índole patrimonial, y en el supuesto de que confluyan ambas vertientes de la propia imagen, determinar a cuál de ellas se ha dado primacía¹⁹¹⁰.

El apartado 7 prevé como una intromisión ilegítima al honor "*La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación*". Se trata de la imputación a una persona de un hecho difamante o denigratorio, que le haga desmerecer en su consideración social y sin interés general.

Esta intromisión al honor se enfrenta con las libertades de expresión e información, cuando éstas sobrepasan los límites del derecho. Así, se superan los límites de la libertad de expresión, profiriendo expresiones injuriosas, insultantes, degradantes, humillantes, que representan menoscabo a la reputación del ofendido, pudiendo provocar una minusvaloración de su autoestima a los demás. Respecto a la libertad de información, se superan los límites de este derecho mediante la imputación a una persona de un hecho difamante o denigratorio, que carece de interés general y que le haga desmerecer en su consideración social¹⁹¹¹.

Por último, el apartado 8 prevé como ilegítima la intromisión consistente en "*La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos*

¹⁹¹⁰ DE MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael: "Introducción", en CREMADES GARCÍA, Javier y GONZÁLEZ MONTES, José Luis (Coords.): "*La nueva Ley de Internet (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio Electrónico)*". Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 2003. Pág. 54.

¹⁹¹¹ LACALLE NORIEGA, María: "*La persona como sujeto del Derecho*". Ed. Dykinson. Madrid, 2014. Págs. 160-161.

delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas". Se trata de un nuevo apartado introducido por la LO 5/2010, de 22 de junio, que modificó el CP y que se sitúa en la línea de la protección a las víctimas de delitos que caracteriza la Reforma.

En este sentido, se introduce una tutela civil específica de los derechos de las víctimas, frente a los casos de condenados por sentencia firme que, generalmente a través de los medios de comunicación, llegan a hacer ostentación de la conducta criminal perpetrada, difunden datos manifiestamente falsos sobre la misma y obtienen además con ello un lucro económico injustificable.

Tales comportamientos atentan contra la dignidad de quienes han sufrido las consecuencias de esos actos y de sus allegados, que son sometidos a una nueva experiencia traumática derivada de esta invasión pública de su honor e intimidad.

La propia Exposición de Motivos de esta norma hace referencia a las limitaciones que caracterizan al Derecho penal para afrontar estos comportamientos, considerando que la vía idónea para responder adecuadamente a este fenómeno consiste en articular una acción civil eficaz que, en el marco de la LO 1/1982, permita a las víctimas actuar frente a este tipo de conductas instando su cese, el resarcimiento del daño moral causado y la evitación de todo enriquecimiento injusto derivado de esta intromisión ilegítima. Además, a fin de reforzar la tutela, se ha optado por legitimar para la acción al Ministerio Fiscal, como defensor de los derechos de los ciudadanos.

3.1.2. Intromisiones legítimas a la intimidad y a los demás derechos de la personalidad.

La intromisión deja de ser ilegítima en una serie de casos previstos por la Ley.

3.1.2.1 El consentimiento como elemento excluyente de la intromisión.

El art. 2.2 LO 1/1982, dispone que no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso. El consentimiento no se opone a la irrenunciabilidad abstracta de dichos derechos, pues no implica la absoluta abdicación de los mismos sino, tan sólo, el parcial desprendimiento de alguna de las facultades que los integran. Ahora bien, la ley exige que el consentimiento sea expreso, y dada la índole particular de estos derechos puede ser revocado en cualquier momento, aunque con indemnización de los perjuicios que de la revocación se siguieren al destinatario del mismo.

En lo que respecta al honor, resulta difícil que pueda darse el consentimiento a nadie para que vulnere su honor. Así se deduce de un supuesto en el que un conocido periodista deportivo había proferido graves insultos contra el presidente de un club de fútbol y que alegó en su defensa que había mediado consentimiento por haber comparecido posteriormente en su programa. Evidentemente ello no implica una dejación de la dignidad de la persona agraviada, no habiéndose demostrado tal consentimiento¹⁹¹².

El otorgamiento del consentimiento cuando se trate de menores o incapacitados es objeto de las prescripciones contenidas en el art. 3, de forma que podrá ser prestado por

¹⁹¹² STS (Sala de lo Civil), de 31 de julio de 1998, rec. N.º 1583/1994 (Ar. RJ 1998\6933).

ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. En este sentido, la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, prevé en su art. 4.3 como intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez.

Respecto al consentimiento, la jurisprudencia y la práctica judicial han aclarado que no es preciso que sea prestado por escrito. Puede deducirse de actos o conductas del afectado, pero es necesario que resulten de inequívoca significación, sin que sean suficientes las meras conjeturas o hipótesis. Pero aun cuando se entienda prestado el consentimiento del afectado, los tribunales rechazan que ese consentimiento pueda considerarse indefinido o indeterminado¹⁹¹³.

El consentimiento, como dispone el art. 2.3 LO 1/1982, es revocable, aunque la revocación no tiene carácter retroactivo, y por tanto, no afecta a posibles intromisiones consentidas ya consumadas. Es preciso atender a las circunstancias particulares de la revocación para determinar su concreto alcance en cada caso.

Un supuesto que en la práctica ha dado lugar a ciertos conflictos es el de la utilización del nombre, la voz o la imagen del empleado para la promoción del producto o servicio de su empresa. El conflicto surge habitualmente cuando el empleado se desvincula de la empresa y ésta sigue posteriormente utilizando el nombre, voz o imagen del empleado, sin que hubiera revocación expresa del consentimiento previamente prestado por el empleado. En estos casos habrá que estar a los términos del consentimiento prestado y de la relación entre las partes¹⁹¹⁴.

3.1.2.2 Los usos sociales y los propios actos del titular del derecho.

Conforme al art. 2.1 LO 1/1982, *“la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen 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.”*

El problema radica en que, al no disponer de un catálogo de usos sociales, la

¹⁹¹³ GARCÍA SANZ, Javier: “La protección civil frente a la utilización inconsentida de la propia imagen para fines publicitarios o comerciales. Doctrina judicial”. *In Dret. Revista para el Análisis del Derecho* (Universidad Pompeu Fabra). N.º 1. Enero 2008. Págs. 17 y 18. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/77892/101747>

¹⁹¹⁴ GARCÍA SANZ, Javier: “La protección civil frente a la utilización inconsentida de la propia imagen para fines publicitarios o comerciales. Doctrina judicial”. *In Dret. Revista para el Análisis del Derecho* (Universidad Pompeu Fabra). N.º 1. Enero 2008. Pág. 20. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/77892/101747>

protección del derecho se condiciona a un casuismo preocupante, pues exige comprobar cuando un comportamiento está suficientemente arraigado en la sociedad, como para que adquiera el rango de uso social que justifique una intromisión en los derechos¹⁹¹⁵.

Por ejemplo, las imputaciones de hechos o las manifestaciones de juicios de valor que conforme a los usos sociales dominantes no sean contrarios al honor, habrán de estimarse intromisiones legítimas en el mismo. Los usos sociales, las costumbres, patrones de comportamiento, modas, tradiciones, creencias y pensamientos, varían de unas épocas a otras. Así, lo que hace cincuenta años podía juzgarse como una conducta contraria a la moral y las buenas costumbres, hoy se contempla como algo normal.

Surge aquí el problema de saber qué es, según las costumbres vigentes en cada momento, contrario al honor de las personas, por menoscabar su consideración y estima en la sociedad. Serán los tribunales quienes en última instancia resuelvan el problema en cada caso concreto, pero es cierto que el mero sentido común nos puede indicar si hoy una determinada imputación de hechos o un juicio de valor son lesivos o no del honor.

Un buen ejemplo de cómo la jurisprudencia interpreta los usos sociales (aplicados a una persona de notoriedad o proyección pública) es una sentencia que entendió de relevancia pública el torso desnudo de una modelo fotografiada en una playa mientras hacía *top-less*, declarando que *“la licitud o ilicitud de las imágenes de una persona de notoriedad o proyección pública en una playa pública normalmente concurrida no puede depender de que tenga puesta o no la pieza superior del biquini, pues si así fuera se estaría reconociendo implícitamente que prescindir de dicha pieza no está admitido por los usos sociales”*¹⁹¹⁶.

Los propios actos del titular del derecho también pueden convertir en lícita una intromisión ilegítima. Aunque estos son más determinantes en los casos de la intimidad y la propia imagen, el comportamiento de la persona también puede condicionar su buen nombre, estima o reputación dentro de la sociedad, y por ello debe tenerse en cuenta a la hora de valorar si se ha lesionado o no su honor. Así, por ejemplo, la persona de vida disoluta, impúdica o licenciosa posiblemente habrá reducido más el ámbito de su reputación social o la persona incumplidora de sus obligaciones laborales posiblemente habrá reducido su reputación laboral.

Estos términos que identifican comportamientos, pueden igualmente hallarse en Internet, en las relaciones virtuales y redes sociales, donde la publicación del propio individuo de textos o imágenes puede comprometer la propia consideración que los demás tuvieran de él.

3.1.2.3 Las intromisiones autorizadas por Ley.

El art. 2.2 LO 1/1982, dispone que *“no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley (...)”*. Esta disposición vuelve a reiterarse en el art. 8.1, *“No se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad*

¹⁹¹⁵ HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Abelardo: *“El honor, la intimidad y la imagen como derechos fundamentales”*. Ed. Colex, Madrid, 2009. Págs. 109-110.

¹⁹¹⁶ STS (Sala de lo Civil), de 12 de junio de 2009, rec. N.º 2451/2005. FJ 3º. (Ar. RJ 2009\3392).

competente de acuerdo con la ley (...)”.

La Ley utiliza la fórmula "*no se apreciará la existencia*" o "*no se reputará*" para designar las causas de exclusión de la ilicitud. Parece más correcto denominarlas "*intromisiones autorizadas*", pues la intromisión existe, perdiendo el carácter de "*ilícita*" por prescripción legal o por la actuación de la autoridad facultada por Ley.

El legislador puede considerar que determinados bienes e intereses tienen primacía frente a los protegidos por los derechos de la personalidad y eximir de ilicitud a ciertas manifestaciones o actuaciones que constituyen intromisiones en los derechos de la personalidad. Obviamente, las decisiones que el legislador adopte en este sentido pueden ser sometidas al juicio del TC, que de hecho, ya ha tenido la oportunidad de declarar que una intromisión en el honor es legítima si, además de estar prevista por la ley, se ajusta al principio de proporcionalidad, es decir, si "*se revela como idónea y necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, proporcionada para lograrlo y se lleva a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho fundamental*" (STC 244/2007, FJ 3º).

La tutela del interés público exige que las autoridades puedan limitar los derechos de los ciudadanos si la Ley les autoriza a hacerlo. Por ejemplo, un registro domiciliario practicado por la policía y previamente acordado por la autoridad judicial o la difusión de fotografías de miembros de bandas terroristas.

Un ejemplo de intromisión legítima autorizada por la ley nos lo facilita el art. 23 de la LO General Penitenciaria¹⁹¹⁷, por el que "*Los registros y cacheos en las personas de los internos, sus pertenencias y locales que ocupen, los recuentos, así como las requisas de las instalaciones del establecimiento, se efectuarán en los casos con las garantías y periodicidad que reglamentariamente se determinen y dentro del respeto a la dignidad de la persona*".

3.1.2.4 El interés histórico, científico o cultural relevante.

Según el art. 8.1 LO 1/1982, tampoco se reputará, con carácter general, intromisión ilegítima "*cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante*".

Como se ha venido insistiendo, los derechos de la personalidad (como en general todos los derechos fundamentales), han de ser ponderados con otros bienes y derechos constitucionales con los que pueden entrar en conflicto. De ello se deriva una posible restricción o modulación de los derechos de la personalidad en ciertas situaciones en las que entran en conflicto con intereses generales de la sociedad, como son los de carácter histórico, científico o cultural.

Son ejemplos de ello, el art. 20.1.b) y c) CE, cuando reconoce y protege el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica o técnica, y a la libertad de cátedra. El art. 20.4 CE limita el ejercicio de estos derechos en el respeto al honor, la intimidad y la propia imagen. Cuando se trata de la divulgación de trabajos de carácter histórico, científico o cultural, éstos han de ser relevantes. Relevante quiere decir de interés general, de manera que una información intrascendente o meramente curiosa no exime

¹⁹¹⁷ Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (BOE de 5 de octubre).

de la intromisión. El interés general juega aquí como en el caso del derecho a la información: Si no hay interés general, prevalecerán los derechos de la personalidad.

La investigación histórica puede requerir en ocasiones que se desvelen parcelas de la intimidad de personas en muchos casos ya fallecidas. En lo que concierne al honor, el TS ha declarado que las consideraciones vertidas en el libro *“Las fosas de Franco”* pueden *“constituir un error o una falacia, (...) pero nunca pueden significar una ofensa, sino simplemente una opinión más o menos fundamentada desde un punto de vista particular y que desde luego puede ser rebatida en el área de la discusión científica y doctrinal, pero nunca puede ser estimada, como ofensa. Las opiniones se combaten mediante otras opiniones y no mediante demandas judiciales. La crítica (...) no está sometida a juicio del Derecho, sino al juicio o parecer de otros investigadores y ensayistas, puesto que los criterios de interpelación histórica no pueden ser conocidos en términos judiciales, ya que forman parte del amplio campo reservado al devenir científico histórico y a la libre expresión del pensamiento”*¹⁹¹⁸.

La investigación científica genera aún más conflictos con los derechos de la personalidad, sobre todo cuando hablamos de la publicación de investigaciones médicas o biológicas realizadas sobre personas, con la consiguiente difusión de imágenes o datos de las mismas. El TS considera imprescindible la diligencia profesional, el deber de secreto y el tratamiento de datos personales, a fin de preservar los derechos de la personalidad. Así, se explica la condena a un médico por publicar fotografías en una intervención mamaria, incluyendo la cara de la paciente¹⁹¹⁹.

El interés cultural ha sido interpretado en nuestro Derecho de forma amplia, incluyendo en él las manifestaciones dirigidas a crear una opinión pública responsable en materia política, económica y cultural. Pero llama la atención que la jurisprudencia haya abierto el interés cultural, si bien a través de la expresión *“interés público”*, a lo que suele denominarse *“prensa rosa o del corazón”*. De acuerdo con el TS, no toda información tiene que ser necesariamente política, económica, científica o cultural sino que también existe el género más frívolo de la información de espectáculo o de entretenimiento *“de suerte que sí, como no puede ser menos, se admite la existencia de una información frívola o de entretenimiento, forzoso será admitir también la licitud de la publicación de imágenes inconsentidas de personajes cuya notoriedad o proyección pública deriva precisamente de su aparición en programas televisivos o revistas del género frívolo o de entretenimiento y no de su dedicación a la política ni de su reconocimiento científico, cultural o artístico”*¹⁹²⁰.

En este sentido, no puede haber interés cultural ante fenómenos como la *“telebasura”*, género que a pesar de su audiencia, solo incide en el desprecio a la dignidad de la persona o en la intromisión de su intimidad¹⁹²¹.

¹⁹¹⁸ STS (Sala de lo Civil), de 4 de diciembre de 2009, rec. N.º 1984/2006.

¹⁹¹⁹ STS (Sala de lo Civil), de 29 de septiembre de 1992, rec. N.º 1665/1990.

¹⁹²⁰ STS (Sala de lo Civil), de 9 de junio de 2009, rec. N.º 2292/2005.

¹⁹²¹ LÓPEZ TALAVERA, M.^a del Mar y BORDONADO BERMEJO, Julia: “Telebasura, ética y derecho: Límites a la información de sociedad en televisión”, en AA.VV.: *“La ética y el derecho de la información en los tiempos del postperiodismo”*. Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad. Valencia, 2007. Pág. 313.

3.1.2.5 La inviolabilidad de diputados y senadores por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.

El art. 2.2 LO 1/1982 añade un último supuesto general de intromisión legítima en los derechos de la personalidad. Se trata de la inviolabilidad de diputados y senadores prevista en el art. 71 CE, en virtud del cual los diputados y senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones. Durante el período de su mandato gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito, sin que puedan ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la cámara respectiva.

Esta inviolabilidad protege la libertad de expresión y votación de los parlamentarios, que no podrán sufrir consecuencias jurídicas negativas por lo que expresen en el ejercicio de sus funciones o por el sentido de su voto. En este sentido, el TC ha limitado la inviolabilidad parlamentaria a aquellas expresadas en uso de la condición de parlamentario, se produzcan dentro o fuera de las Cámaras (por ejemplo en una entrevista periodística realizada *al "parlamentario"*). En cambio, las opiniones manifestadas en actos no formalmente parlamentarios (por ejemplo en un mitin) carecen del amparo establecido en el art. 71.1 CE (STC 51/1985, FJ 6º).

3.1.2.6 Otras intromisiones legítimas en el derecho a la intimidad.

El derecho a la intimidad, como todos los derechos fundamentales, debe ser ponderado con otros derechos y bienes constitucionales cuando entran en conflicto. Se ha planteado en este sentido la posible colisión entre el derecho a la intimidad y el deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos establecido en el art. 31 CE. De acuerdo con el TC, el acceso por la Inspección Fiscal a las cuentas bancarias *"puede ser necesario para proteger el bien constitucionalmente protegido que es la distribución equitativa del sostenimiento de las cargas públicas (...) no suponiendo en sí vulneración del derecho a la intimidad"* (STC 110/1984, FJ 5º).

Otra colisión frecuente es la que se produce entre el derecho a la intimidad y los derechos y bienes que pretende satisfacer la práctica de pruebas de paternidad. En este caso, y también de acuerdo con el TC, *"prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego derechos de alimentos y sucesorios de los hijos"* (STC 7/1994, FJ 2º).

3.1.3. Aspectos procesales.

La protección de estos derechos se articula a través del art. 9 de la Ley, que prevé la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la norma a través de las vías procesales ordinarias (acción declarativa, acción de cesación y abstención, en previsión de intromisiones inminentes o posteriores y la acción de reparación por los daños y perjuicios causados)¹⁹²². Además, la Ley prevé el cauce del

¹⁹²² BRU CUADRADA, Elisenda: "La protección de datos en España y en la Unión Europea. Especial referencia a los mecanismos jurídicos de reacción frente a la vulneración del derecho a la intimidad". *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 5. 2007. Pág. 84.

procedimiento previsto en el art. 53.2 CE¹⁹²³, pudiendo acudirse también, cuando proceda, al recurso de amparo ante el TC.

No obstante, cabe plantearse si las intromisiones producidas por el tratamiento automatizado de datos de carácter personal deben someterse a un régimen distinto, al tratarse del nuevo derecho fundamental a la autodeterminación informativa¹⁹²⁴.

No cabe duda que será de aplicación en estos casos la LOPD, pero si apelamos al art. 19 de esta norma, tras reconocer que “*los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados*”, distingue entre ficheros de titularidad pública, respecto a los que la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones públicas, y de los de titularidad privada, en los que la acción se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria.

Una especialidad importante, cuando la intromisión a estos derechos fundamentales pudiera ser constitutiva de delito, radica en que ello no impedirá la tutela civil prevista en la LO 1/1982, lo que permite aplicar los criterios de esta norma para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito (art. 1.2). De esta forma es el perjudicado el que tiene la opción de elegir entre la vía más adecuada.

Siendo el objeto de la tutela judicial la adopción de las medidas necesarias que pongan fin a la intromisión ilegítima, cabe la adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda o coetáneo al proceso, a fin de procurar el cese inmediato en el comportamiento lesivo. Estas medidas procederán en el caso de infracción actual y también potencial, ante el temor racional y fundado de sufrir una intromisión ilegítima¹⁹²⁵.

El art. 9.5 dispone además un plazo de caducidad frente a las intromisiones ilegítimas, no susceptible de interrupción y apreciable de oficio, de 4 años, transcurridos desde que el perjudicado pudo ejercitarlas.

En cuanto a la legitimación activa, para ejercer las acciones previstas, es preciso distinguir entre dos situaciones de hecho: El ejercicio de acciones en vida del titular y tras su fallecimiento.

¹⁹²³ Las previsiones del art. 53.2 CE se vieron satisfechas con la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona que instauró lo que en la misma se denominaron tres garantías jurisdiccionales que no eran otra cosa que procedimientos especiales, penal, contencioso-administrativo y civil, para la protección de una serie de derechos fundamentales. Las distintas reformas sustantivas y procesales han dejado apenas sin contenido esta Ley, lo cual no significa que hayan desaparecido dichas garantías, sino simplemente, que éstas han sido desplazadas a otros contextos normativos, como la LEC en el ámbito civil, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, o las sucesivas reformas de la LECr, en el ámbito penal.

¹⁹²⁴ ROVIRA SUEIRO, María Esther: “La protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales de la persona en la nueva LEC”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. N.º 6. 2002. Pág. 649.

¹⁹²⁵ ROVIRA SUEIRO, María Esther: “La protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales de la persona en la nueva LEC”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. N.º 6. 2002. Pág. 652.

Cuando la intromisión ilegítima se produce en vida del titular del derecho, la legitimación es del agraviado. Tratándose de menores e incapacitados el ejercicio de la acción corresponderá a sus representantes legales y en todo caso al Ministerio Fiscal, pues así se desprende del art. 4.4 LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor que establece al respecto que *"sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada física, jurídica o entidad pública"*.

En caso de que el agraviado hubiera fallecido, el art. 4 LO 1/1982 prevé que el ejercicio de estas acciones corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento, pudiendo recaer la designación en una persona jurídica. Si no existiera designación estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio a instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento.

Por último, se prevé que en los supuestos de intromisión ilegítima en los derechos de las víctimas de un delito, cuando el condenado persiga la notoriedad pública u obtener provecho económico, a costa de la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, o el menoscabo de la dignidad de las víctimas, estará legitimado para ejercer las acciones de protección el ofendido o perjudicado por el delito cometido, haya o no ejercido la acción penal o civil en el proceso penal precedente. También estará legitimado en todo caso el Ministerio Fiscal.

El legitimado pasivamente será, en principio, la persona que realice la conducta constitutiva de la intromisión ilegítima en los derechos protegidos en la LO 1/1982, y en el caso de ser varias estaremos ante una responsabilidad solidaria por hecho propio.

Las normas para la protección civil de estos derechos se contienen en la LEC, que prevé los siguientes parámetros procesales:

El fuero es el del domicilio del demandante, a tenor del art. 52.1.6º LEC que prevé que *"En materia de derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y, en general, en materia de protección civil de derechos fundamentales, será competente el tribunal del domicilio del demandante, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se hubiera producido el hecho que vulnere el derecho fundamental de que se trate"*. La competencia objetiva será pues del juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio del demandante, salvo que no lo tuviera en España.

El tipo de juicio es el ordinario, con intervención del Ministerio Fiscal y con el carácter de preferente (art. 249.1.2º LEC).

Existen también reglas especiales, respecto a la ejecución provisional de las sentencias que se dicten, que tendrá carácter preferente (art. 524.5 LEC). No procederá la ejecución provisional de los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las

sentencias que declaren la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 525.3 LEC).

3.1.4. Las consecuencias de la intromisión. Alcance y parámetros de cálculo para la cuantificación del daño e indemnización.

La vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, podrá generar una indemnización siempre que se acredite la intromisión ilegítima. Para valorar dicha indemnización el órgano judicial tendrá en cuenta el daño moral, la gravedad de la lesión y el beneficio obtenido por el causante.

De acuerdo al art. 9.3 LO 1/1982, la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. El alcance de la indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

La dificultad de determinar el *quantum* indemnizatorio radica en el daño moral o *pretium doloris*, al ser una valoración subjetiva que hace compleja su capitalización. Ante la lesión cierta y relevante del daño moral, se ha de asumir el reto de reparar conforme al principio de la *restitutio in integrum*, de forma que la indemnización esperada coincida con el daño causado¹⁹²⁶.

Sin embargo, en el ámbito de Internet y las redes sociales, cabe la existencia de intromisiones ilegítimas que no provoquen daño, o que incluso, impliquen un beneficio para el afectado, mayor que el perjuicio (por ejemplo, el hecho de darse a conocer pública o profesionalmente). Otro de los elementos típicos para la fijación de una indemnización derivada de la divulgación de información privada, como es el criterio de la difusión o audiencia, resulta de gran dificultad en las lesiones a estos derechos producidas a través de Internet, ya que se puede dar una difusión prácticamente infinita, de una fotografía, por ejemplo, sin poder controlar el envío de la misma a una pluralidad de personas.

Estas circunstancias conducen necesariamente a un considerable margen de discrecionalidad judicial, sin que exista una línea uniforme en la fijación de las indemnizaciones. Sin embargo, cabe apuntar algunas pautas comunes que pueden servir de referencia a la hora de plantear la acción¹⁹²⁷:

- La consideración de que el art. 9.3 LO 1/1982 contiene una presunción “*iuris et de iure*”, que descarta las pretensiones sin contenido económico o meramente simbólico. Ello conlleva a que el tribunal se vea conducido en la práctica a fijar una indemnización que supere lo testimonial, con los elementos de cálculo,

¹⁹²⁶ DE LA TORRE OLID, Francisco y CONDE COLMENERO, Pilar: “Consideraciones críticas en torno a la autogestión y preservación de la intimidad en un escenario de riesgo”, en FAYOS GARDÓ, Antonio (Coord.): “*Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el Siglo XXI*”. Ed. Dykinson. Madrid, 2015. Pág. 49.

¹⁹²⁷ GARCÍA SANZ, Javier: “La protección civil frente a la utilización in consentida de la propia imagen para fines publicitarios o comerciales. Doctrina judicial”. In *Dret. Revista para el Análisis del Derecho* (Universidad Pompeu Fabra). N.º 1. Enero 2008. Págs. 21 y 22. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/77892/101747>

normalmente escasos, que las partes le hayan proporcionado¹⁹²⁸. Aunque, lógicamente y por aplicación del principio de congruencia, todo ello con el límite máximo de la cantidad que haya sido reclamada por el actor.

- El apoyo de las resoluciones de los tribunales en algún parámetro objetivo que justifique la indemnización concedida, aun cuando éste no se refiera exactamente a la valoración del daño producido o no coincida con toda precisión con los criterios legalmente establecidos para la fijación de la indemnización. Entre esos criterios objetivos se encuentra el beneficio obtenido en la comercialización del producto o servicio publicitado, la retribución percibida por otras personas por la cesión de su imagen en supuestos similares o las cantidades cobradas por el mismo afectado en campañas publicitarias o comerciales consentidas, análogas a aquélla en la que se hubiese producido la intromisión ilegítima.
- De conformidad con lo establecido en el art. 219 LEC no se permite la simple remisión del cálculo indemnizatorio a la fase de ejecución, salvo que se fijen claramente las bases de cálculo en los términos del precepto citado.
- En aras del principio de congruencia (art. 218 LEC), no puede concederse en la sentencia algo superior o distinto de lo pedido, lo que obliga a consignar en las demandas tanto la cifra pedida como a las bases para su cálculo.
- La cuantificación del daño moral también se ha ido delimitando por la jurisprudencia de forma negativa, a modo de exclusión. Así, nunca han de tener en cuenta los tribunales para valorar el daño moral “*la no ausencia de recursos económicos*”¹⁹²⁹.

En cuanto a la cuantía de las indemnizaciones, si bien es cierto que la vía judicial no debería convertirse en un medio para obtener ingresos, no se debe excluir la compensación por los daños, especialmente el daño moral, por quien sufre una intromisión ilegítima. Las indemnizaciones de mayor cuantía que se han dictado en los últimos pronunciamientos han sido los siguientes¹⁹³⁰:

- La intromisión ilegítima en el honor e intimidad de una popular cantante y de su hija por las informaciones que emitieron varios programas sobre las supuestas irregularidades en la adopción de la menor, supuso una indemnización de 310.000 euros (60.000 euros para la madre y 250.000 para la menor, por su inocencia y la consecuente “*superpotección*” que merece)¹⁹³¹.
- La intromisión ilegítima en el honor, intimidad y propia imagen consistente en la difusión de una conversación telefónica mantenida entre los demandantes hecha

¹⁹²⁸ STS (Sala de lo Civil), de 7 de marzo de 2003, rec. N.º 2142/1997 (Ar. RJ 2003\2900).

¹⁹²⁹ STS (Sala de lo Civil), de 30 de abril, rec. N.º 2041/2006 (Ar. RJ 2014\2468).

¹⁹³⁰ LORENTE LÓPEZ, M.ª Cristina: “Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, en FAYOS GARDÓ, Antonio (Coord.): “*Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el Siglo XX*”. Ed. Dykinson. Madrid, 2015. Págs. 153-154.

¹⁹³¹ STS (Sala de lo Civil), de 29 de julio de 2011, rec. N.º 1062/2009 (Ar. RJ 2011\6287).

pública en el transcurso de un programa de televisión en el que se hicieron comentarios jocosos y sarcásticos sobre su contenido supuso una indemnización de 300.000 euros. La utilización de expresiones por los contertulios fueron altamente hirientes, burlescas y vejatorias, poniendo de manifiesto la intención de ridiculizar y ofender la relación de pareja de aquéllos. La grabación carecía de interés general y trascendencia pública, fue efectuada sin conocimiento ni consentimiento de los afectados, persiguiendo el malsano interés de un público morbosos por conocer las intimidades de un personaje famoso¹⁹³².

- La intromisión a los derechos al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen de un conocido periodista sobre el que se hicieron comentarios en varios programas de televisión sobre su vida sentimental, derivó en una indemnización de 270.000 euros. En esos programas se revelaron sus infidelidades, paternidades hasta el momento no conocidas, acoso sexual en el ámbito laboral y amenazas de despido, con emisión de imágenes en diferentes escenarios de su vida privada y a través del sistema de “voz en off” junto a “sketchs” de entrevistas concedidas por personas que aparentemente estuvieron vinculadas a él. El Tribunal determinó que la información que incide exclusivamente en el ámbito de su vida personal a pesar de ser una persona de proyección pública por su actividad profesional, no abarca a los hechos no noticiables en el momento de su difusión al constituir una revisión de su vida privada en los últimos diez años¹⁹³³.
- La intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de un personaje público que trae su causa en la difusión de una información relativa a la identidad de su padre, originó una indemnización de 200.000 euros. Se trató de la segunda sentencia de la Sala tras ser anulada por el TC la primera¹⁹³⁴, que había estimado los motivos que impugnaban la apreciación de intromisión ilegítima en la intimidad¹⁹³⁵.

3.2 LA PROTECCIÓN PENAL DE LA INTIMIDAD EN EL ENTORNO DIGITAL.

La universalización del acceso a la información por parte de los ciudadanos aparece como una necesidad, un servicio y un derecho que los poderes públicos deben garantizar, auspiciar y proteger. El derecho penal debe plantearse en el ámbito de la informática como un instrumento para garantizar que el progreso tecnológico no se realice a costa de la libertad y los demás derechos fundamentales de los ciudadanos. Por ello, la política criminal deberá servir de correctivo para aquellas situaciones en las que la lógica de las nuevas tecnologías implique un sacrificio de los bienes jurídicos. Por ello, conviene no perder de vista la sugerente observación de Jürgen HABERMAS de que “*al desafío de la técnica, no se le puede responder solo con la técnica*”¹⁹³⁶.

¹⁹³² STS (Sala de lo Civil), de 31 de enero de 2014, rec. N.º 2009/2011 (Ar. RJ 2014\809).

¹⁹³³ STS (Sala de lo Civil), de 30 de diciembre de 2010, rec. N.º 240/2008 (Ar. RJ 2011\1793).

¹⁹³⁴ STC 190/2013, de 18 de noviembre.

¹⁹³⁵ STS (Sala de lo Civil), de 5 de junio de 2014, rec. N.º 2122/2007 (Ar. RJ 2014\3014).

¹⁹³⁶ GONZÁLEZ-TABLAS SASTRE, Rafael: “El Derecho y las nuevas tecnologías”. *Anuario Jurídico de La Rioja*. N.º 6-7, 2000-2001. Págs. 280-281.

3.2.1. Los delitos contra la intimidad en el ámbito de la informática.

El desarrollo de Internet y de las nuevas tecnologías asociadas a la red hacen del ciberespacio un nuevo lugar para la perpetración de distintos ataques a bienes jurídicos tan importantes como la intimidad, el honor, la propiedad, la libertad sexual y hasta la integridad física y la vida. Aunque la mayoría de las conductas no son, en esencia, algo nuevo en sí mismas, la extraordinaria particularidad del medio con el que se cometen, o sobre el que actúan, confiere a estas conductas una especial configuración que obliga a romper los esquemas clásicos para su investigación y enjuiciamiento. Afortunadamente el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal han evolucionado para enfrentarse a ese nuevo cauce de ejecución delictiva que se desarrolla en un ámbito virtual y tecnológico, diferente al modelo tradicional de criminalidad física, individual e interpersonal, ya que cuestiona los axiomas vigentes¹⁹³⁷.

Los arts. 197 a 200 del CP de 1995, aprobado por la LO 10/1995, de 23 de noviembre¹⁹³⁸ regulan los delitos denominados “*contra la libertad informática*”, en el Capítulo I “*Del descubrimiento y revelación de secretos*” del Título X, denominado “*Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*”. Sin embargo, la constante evolución de la tecnología y el empleo de ésta para llevar a cabo diversas conductas reprobables, ha obligado al legislador a incorporar nuevas figuras delictivas o adecuar los tipos penales existentes, con el fin de ofrecer una respuesta más adecuada a las nuevas formas de delincuencia.

De esta forma, la LO 5/2010, de 22 de junio¹⁹³⁹ y la LO 1/2015, de 30 marzo¹⁹⁴⁰, han modificado y actualizado diversos artículos del CP en consonancia a los adelantos tecnológicos que permiten la vulneración de los derechos a la intimidad y protección de datos mediante el acceso o manipulación de sistemas o equipos informáticos.

La protección penal del “*habeas data*” se realiza en desarrollo del mandato constitucional del art. 18.4 CE, que establece la limitación ex lege del uso de la informática para garantizar la intimidad personal y familiar de los ciudadanos, con un contenido positivo que se concreta en el derecho activo de control sobre los propios datos informáticos. Bajo la rúbrica del descubrimiento y revelación de secretos se han tipificado una serie de delitos contra la intimidad.

Estos tipos penales castigan la interceptación de las comunicaciones electrónicas, independientemente de su contenido. También su difusión contra el consentimiento del agraviado, independientemente de la obtención de información, imagen o grabación. Abarca también la defensa penal de la autodeterminación informática y del *habeas data*, entendido como el haz de derechos que constituyen la identidad informática.

¹⁹³⁷ RAYÓN BALLESTEROS, María Concepción y GÓMEZ HERNÁNDEZ, José Antonio: “Cibercrimen: Particularidades en su investigación y enjuiciamiento”. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. N.º 47, 2014. Pág. 211.

¹⁹³⁸ BOE de 24 de noviembre de 1995.

¹⁹³⁹ BOE de 23 de junio.

¹⁹⁴⁰ BOE de 31 de marzo de 2015.

La técnica legislativa dista de ser perfecta, ya que en este título se introducen numerosos elementos normativos, que deben ser completados por otras normas, entre ellas, la LOPD. La alternativa entre haber establecido un tipo penal en blanco, o por otro lado, haber intentado una tipificación de mayor claridad, ha sido desterrada por un supuesto mixto, en el que la remisión normativa se hace inevitable¹⁹⁴¹.

Las intromisiones de la informática afectan a la llamada privacidad. El anonimato en Internet es el resultado del derecho fundamental a la intimidad y al secreto de las telecomunicaciones. La noción de privacidad en un sentido informático, concepto desarrollado por MORALES PRATS en el ámbito penal, no consiste sólo en el derecho a que determinados datos no sean conocidos por otros sujetos distintos a su titular, pues está integrado también por el derecho de decisión sobre esta información, con la facultad adicional de impedir que se empleen para fines no autorizados. El derecho fundamental a la protección de datos tiende a garantizar el control de los mismos, sobre su uso y destino, a efectos de obstaculizar su transmisión ilícita¹⁹⁴².

Estos delitos presentan un requisito de procedibilidad, al ser necesaria denuncia de la persona agraviada o su representante legal (art. 201 CP). Solo se excluye la exigencia de denuncia en los supuestos de ilícitos agravados por estar cometidos por funcionario público o autoridad, dada la naturaleza pública de esta infracción, exclusión del requisito de denuncia que también se extiende a los supuestos delictivos en los que queden afectados los intereses generales o una pluralidad de personas. Del mismo modo, se prevé la eficacia del perdón del agraviado o su representante legal, lo que *de lege data*, con una no muy correcta técnica procesal que subsana la jurisprudencia, también se aplicaría para los supuestos en los que no exige denuncia.

Se prevé además una pena agravada para los delitos previstos en este Capítulo, en función de que el sujeto activo cometiera el delito en el seno de una organización o grupo criminal, aplicándose respectivamente las penas superiores en grado.

El sujeto pasivo puede ser cualquier persona, física o jurídica, en función del carácter abierto que, salvo excepciones, tienen estos delitos¹⁹⁴³. Respecto a la revelación de datos de las personas jurídicas, el art. 200 CP prevé que los delitos cometidos en este Capítulo serán de aplicación a quien descubriere, revelare o cediere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes. El problema es interpretar qué datos son reservados en una persona jurídica. Parece que entrarían en esta información reservada los concernientes a su organización o estructura, particularidades de financiación, desarrollo y estrategias de su actividad que se quieran resguardar del conocimiento ajeno¹⁹⁴⁴.

¹⁹⁴¹ SÁNCHEZ MAGRO, Andrés: "El ciberdelito y sus implicaciones procesales", en GARCÍA MEXÍA, Pablo (Dir.): *Principios de Derecho de Internet*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2005. Págs. 307-311.

¹⁹⁴² Véase MORALES PRATS, Fermín: "La intervención penal en la red. La represión penal del tráfico de pornografía infantil: Estudio particular", en AA.VV.: *Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías*. Ed. Colex. Madrid. 2001. Págs. 111-133.

¹⁹⁴³ BRU CUADRADA, Elisenda: "La protección de datos en España y en la Unión Europea. Especial referencia a los mecanismos jurídicos de reacción frente a la vulneración del derecho a la intimidad". *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 5. 2007. Pág. 85.

¹⁹⁴⁴ DOVAL PAIS, Antonio: "La intimidad y los secretos de empresa como objetos de ataque por medios

No cabe olvidar, si quiera, una referencia a la dificultad para la persecución de estos delitos tal y como se ha puesto de manifiesto en los Capítulos anteriores y que se podrían resumir en tres aspectos: En principio, la legislación siempre va por detrás de la tecnología; en segundo lugar, la gran dificultad que presenta la transnacionalidad y localización tanto de la víctima como del delincuente, pues nos encontramos ante una criminalidad globalizada, en la que cada país tiene una legislación; y tercero, los sistemas rígidos de persecución previa denuncia o autorización judicial¹⁹⁴⁵.

Como conclusión, la regulación de las distintas conductas delictivas introducidas en el ámbito penal responde a la incontestable necesidad de acceso a Internet, así como a las distintas prestaciones que permiten realizar todo tipo de transacciones y servicios. Ello precisa un régimen de garantías para que el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones sean realmente eficaces en un entorno digital, abriendo la posibilidad de que la limitación del uso de la informática garantice además el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

3.2.2. El delito de revelación de secretos y vulneración de la intimidad.

La figura del delito de revelación de secretos y de vulneración de la intimidad, agrupa las siguientes conductas, que exigen la falta de consentimiento de la víctima y se castigan con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses (art. 197 CP):

Por un lado, el apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos de naturaleza personal de la víctima. El apoderamiento no implica la simple lectura, sino que exige quebrantar algún resguardo del sistema para llegar al mensaje¹⁹⁴⁶, sirviendo para el descubrimiento de secretos o vulnerar la intimidad de otro¹⁹⁴⁷.

Por otro lado, la interceptación de cualquier tipo de comunicación de la víctima, sea cual fuere la naturaleza y la vía de dicha comunicación interceptada (utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación). La amplitud de las vías de interceptación es coherente al potencial de los medios digitales, rapidez y alcance, pues hoy día, cualquiera puede con un teléfono móvil captar en imagen o vídeo un hecho y difundirlo al instante por Internet.

El apoderamiento de telecomunicaciones y el de mensajes de correo electrónico

informáticos". *Eguzkilore* (Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología). N.º 22. 2008. Pág. 105.

¹⁹⁴⁵ RAYÓN BALLESTEROS, María Concepción y GÓMEZ HERNÁNDEZ, José Antonio: "Cibercrimen: Particularidades en su investigación y enjuiciamiento". *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. N.º 47, 2014. Pág. 215.

¹⁹⁴⁶ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel: "La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías". *Revista Penal* (La Ley). N.º 18. Julio 2006. Pág. 224.

¹⁹⁴⁷ DOVAL PAIS, Antonio: "La intimidad y los secretos de empresa como objetos de ataque por medios informáticos". *Eguzkilore* (Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología). N.º 22. 2008. Pág. 94.

son conductas tipificadas en este artículo (que debe incluir mensajes SMS, *chat* o medios técnicos como *Skype*). Resulta indiferente que dicho apoderamiento se produzca antes o después de que el mensaje llegue a su lugar de su destino. A partir de los términos del art. 197, que penaliza el acceso no consentido al correo electrónico, esta acción se podrá sancionar por cualquiera de las conductas tipificadas¹⁹⁴⁸.

El elemento subjetivo determina que la violación de la intimidad lo sea con el propósito de descubrir una información a la que no se tiene acceso. De este modo y en términos de culpabilidad, se exige el dolo directo para apreciar la existencia de este delito.

Otra conducta que se ha querido distinguir de las anteriores, consiste en el acceso a otros datos o informaciones que pueden afectar a la privacidad, pero que no están referidos directamente a la intimidad personal. De esta forma, el art. 197.2 CP prevé las mismas penas al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Esta conducta abarca también a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

En cuanto a los datos reservados de carácter personal o familiar, parece entenderse cualquier información concerniente a personas físicas, identificadas o identificables, cuando estos datos estén registrados en el momento de la comisión del delito y han de estar referidos a la intimidad¹⁹⁴⁹.

Es un delito de resultado, ya que exige que las conductas tipificadas se hayan consumado. Los datos de carácter personal tutelados lo son en cuanto sean considerados sensibles por afectar al ámbito más restringido y estricto de la intimidad. El derecho jurídico indeterminado que significa proteger datos reservados debe interpretarse de modo que serán penalmente irrelevantes aquellas intromisiones sobre datos individuales de naturaleza personal, pero que no se afecten a la intimidad esencial de la persona.

El tipo penal establece una serie de conductas que se diferencian según se protejan datos o ficheros, soportes o archivos. Lo único relevante que justifica el casuismo de este tipo es la diferente forma de obtención de los datos. Estas conductas de acceso informático no consentido requieren el elemento subjetivo del injusto consistente en su realización en perjuicio de tercero o del titular de los datos. Debe existir una intención específica de invasión de la intimidad¹⁹⁵⁰.

Los delitos contra la intimidad prevén una serie de tipos cualificados por las siguientes circunstancias:

- Por la divulgación. El art. 197.3 castiga de manera agravada a quienes con

¹⁹⁴⁸ SÁNCHEZ MAGRO, Andrés: “El ciberdelito y sus implicaciones procesales”, en GARCÍA MEXÍA, Pablo (Dir.): “*Principios de Derecho de Internet*”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2005. Págs. 307-311.

¹⁹⁴⁹ DOVAL PAIS, Antonio: “La intimidad y los secretos de empresa como objetos de ataque por medios informáticos”. *Eguzkilo* (Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología). N.º 22. 2008. Pág. 101.

¹⁹⁵⁰ Véase, en este sentido, ORTS BERENGUER, Enrique y ROIG TORRES, Margarita: “*Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2001.

conocimiento del origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento difundan, revelen o cedan a terceros datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas.

- Por la condición del sujeto activo. El art. 197.4 sanciona de manera cualificada estas conductas cuando se cometan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros; o se lleven a cabo mediante la utilización no autorizada de datos personales de la víctima.
- Por la relevancia de los datos. El art. 197.5 aplica la agravación cuando se trate de datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencia, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuera un menor de edad o incapacidad necesitada de especial protección.
- Por los fines lucrativos. El art. 197.6 establece un tipo agravado dada la finalidad lucrativa en la realización de los ilícitos contra la intimidad.
- Por el status de autoridad o funcionario público. El art. 198 establece una sanción agravada en razón de la infracción del especial deber de cuidado y custodia que debe exigirse a una autoridad o funcionario público, para lo que se exigirá la prevalencia del cargo de dicho ilícito.

Cabe advertir que no solo se castiga la obtención o interceptación, sino que el art. 197.7 prevé expresamente la divulgación de datos, imágenes o grabaciones de otras personas, que pueden haber sido obtenidas con su consentimiento, pero que luego son divulgados contra su voluntad, hecho que se castiga con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses. El lugar en el que se hayan obtenido las grabaciones resulta indiferente, ya sea en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de terceros, siempre que menoscabe gravemente la intimidad de esa persona.

Son los supuestos que fácilmente se pueden dar hoy en día, a través, por ejemplo, de las grabaciones desde un teléfono móvil, que pueden incluso ser consentidas, pero que luego se difunden a través de Internet sin consentimiento de la persona, lesionando gravemente su intimidad, que es el bien jurídico protegido por este artículo.

Son circunstancias que agravan la pena, cuando estos hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, cuando la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

Especial importancia reviste la revelación de secretos por razón del oficio o las relaciones laborales. Así, el art. 199 CP castiga la revelación de secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales. El contenido de este tipo penal radica en la puesta en conocimiento de tercero de una serie de datos de carácter secreto. No obstante, no se considera delito por revelación de secretos la utilización por un trabajador, para su defensa, de datos e informaciones de la empresa, de carácter confidencial, en un proceso laboral ante un despido basado en causas

económicas que no se ajustaban a la realidad¹⁹⁵¹.

3.2.3. El delito de intrusión informática.

El CP ha querido distinguir aquellos supuestos de revelación de datos que afectan directamente a la intimidad personal del acceso a otras informaciones que pueden afectar a la privacidad, pero que no están referidos directamente a la intimidad personal. Se trata de conductas que pretenden la intrusión en un sistema informático sin autorización.

El art. 197 bis.1. CP castiga a quien por cualquier medio o procedimiento, vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y sin estar debidamente autorizado, acceda o facilite a otro el acceso al conjunto o una parte de un sistema de información o se mantenga en él en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo. La pena prevista es la de prisión de seis meses a dos años.

Los requisitos típicos de este delito de intrusión informática son: El acceso in consentido, la vulneración de las medidas de seguridad informáticas y el acceso a sistemas, datos y programas informáticos privados.

El bien que se protege es la libertad informática entendida como derecho del ciudadano a disponer y controlar la información personal y familiar que se encuentra recogida en los ficheros de datos, lo que constituye una dimensión positiva de la intimidad que constituye el bien jurídico protegido.

Además, dado el carácter reservado de los datos, los ficheros o registros han de ser de acceso y utilización limitada a personas concretas y con finalidades específicas, siendo indiferente, su naturaleza (personal, académica o laboral, médica, económica, etc.). Se trata, en realidad, de informaciones de carácter personal relacionadas más con la privacidad que con la intimidad.

Por otra parte, se incluye la tipificación de la interceptación de transmisiones entre sistemas, cuando no se trata de transmisiones personales. Es decir, se trata de tipificar las transmisiones automáticas (no personales) entre equipos. El objeto no es conocer la intimidad de las comunicaciones personales, que continúan amparadas por otros preceptos anteriores, sino se trata, por ejemplo, de acceder a conocer la “*versión de software empleado*” o la “*situación de los puertos de entrada a un sistema*”, según aclara a modo de ejemplo la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de reforma del CP.

Para ello, el art. 197 bis.2. CP castiga a quien mediante la utilización de artificios o instrumentos técnicos, y sin estar debidamente autorizado, intercepte transmisiones no públicas de datos informáticos que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información, incluidas las emisiones electromagnéticas de los mismos, con una pena de prisión de tres meses a dos años o multa de tres a doce meses.

Además de estas conductas, el art. 197.ter prevé la intrusión ilícita a un sistema informático, para cometer los delitos anteriormente analizados, incluyendo la revelación de secretos que vulneren la intimidad, a través de:

¹⁹⁵¹ SAP de Madrid (Sala de lo Penal), de 27 de abril de 2015, rec. N.º 1419/2014 (Ar. ARP 2015\559).

- Un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer dichos delitos.
- Una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información.

El sujeto activo es la persona que sin estar debidamente autorizado, produzca, adquiera para su uso, importe o, de cualquier modo, facilite a terceros estos programas o contraseñas, con la intención de facilitar la comisión de alguno de los delitos de revelación de secretos, o de aquellos que vulneran la intimidad o la protección de datos. La pena prevista es de prisión de seis meses a dos años o multa de tres a dieciocho meses.

3.2.4. El delito de daños informáticos.

El concepto tradicional de daños se centra en la perspectiva patrimonial, en cuanto a la destrucción de una cosa que desaparece, queda afectada o pierde su utilidad o valor de uso. Sin embargo, cuando hablamos de daños informáticos, el daño en sí no es propiamente la destrucción o alteración de un fichero, por ejemplo, sino el derivado de lo que un extraño pueda hacer, básicamente, acceder y disponer a los datos existentes. En este sentido, no se trata de proteger la información contenida en soportes informáticos porque tenga más valor en sí misma que en otros soportes, sino de salvaguardarla en su integridad, por la importancia personal y social que representa.

Básicamente, se pueden agrupar las amenazas a la información en cuatro grandes categorías: Factores humanos (accidentales, errores); fallas en los sistemas de procesamiento de información; desastres naturales; y actos maliciosos o malintencionados. La protección penal contra estas amenazas cobra sentido en éste último supuesto.

Las amenazas que se pueden perpetrar a través de las conductas delictivas previstas para los daños informáticos son las siguientes: Virus informáticos o código malicioso, uso no autorizado de sistemas informáticos, robo de información, fraudes basados en el uso de computadores, suplantación de identidad, denegación de servicios (DoS), alteración o divulgación de información, sabotaje, vandalismo y espionaje¹⁹⁵².

El concepto de lo que se entiende por daño informático debe incluir tanto la destrucción de sistemas informáticos completos como la de sus componentes concretos, ya sean equipos, datos, documentos o programas. Es por ello que concentrar todas las conductas lleva a problemas de tipificación, pues es preciso abarcar tanto lo que es en sí la destrucción de tales elementos, o su inutilización, como la simple perturbación del funcionamiento del sistema completo o de alguno de sus componentes funcionales¹⁹⁵³.

¹⁹⁵² TARAZONA TARAZONA, César Hernando: "Amenazas informáticas y seguridad de la información". *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*. Vol. 28, N.º 84, 2007. Pág. 138.

¹⁹⁵³ DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier y HERNÁNDEZ DÍAZ, Leyre: "El delito de daños informáticos: Una tipificación defectuosa". *Estudios Penales y Criminológicos* (Universidad de Santiago de Compostela). N.º 29, 2009. Págs. 316-317.

Entre las características de esta delincuencia, cabe destacar que se trata normalmente de “*delitos en masa*”, por la gran cantidad de potenciales víctimas y la dificultad de poder acoger las denuncias de los miles o millones de afectados. Este tipo de infracciones coinciden con delitos continuados ya que se alargan en el tiempo y, en los que es relativamente normal la suplantación de identidad para delinquir.

La investigación de estos delitos requiere denuncia del afectado, para que por orden judicial se pueden investigar los hechos de los que se ha tenido conocimiento. La investigación puede llevarse a cabo a través de la red o de la vida *off-line*, porque al final el delito *on-line* se refleja en la vida real. La investigación se centra principalmente en los proveedores y operadoras de Internet; los servicios electrónicos de redes (servidores); los usuarios, clientes o administradores; y en la IP como el origen de una conexión a Internet que aporta los datos del cliente. Son también importantes los llamados “*datos del tráfico*” y “*datos de navegación*”, que aportan información fundamental sobre el origen de una comunicación y las idas y venidas de la misma entre los dispositivos a través de la red¹⁹⁵⁴.

El CP tipifica en el Capítulo IX, referido a los daños, el delito denominado de daños informáticos (art. 264 CP), o vulgarmente conocido también como “*amenaza fantasma*”, distinto de los previstos anteriormente, previendo su comisión por personas jurídicas y específicamente, por los sujetos activos que a continuación se relacionan:

- El que por cualquier medio, sin autorización y de manera grave borrase, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese o hiciese inaccesibles datos informáticos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, cuando el resultado producido fuera grave, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años (art. 264 CP).

La expresión “*por cualquier medio*” abre la posibilidad de comisión del delito a cualquier clase de acción idónea para causar el daño que refiere el precepto. Por tanto, cabe incluir los ataques físicos a los soportes lógicos en que esté contenida la información afectada, como a los procedimientos de naturaleza informática que permiten el acceso físico o a través de la red al sistema para, directamente, causar el daño referido¹⁹⁵⁵.

Son circunstancias que agravan la pena, las que se encuadran en las siguientes características:

Por las características del sujeto activo: Cuando se hubiese cometido en el marco de una organización criminal.

Por la gravedad de los daños causados: Daños de especial gravedad o que afecten a un número elevado de sistemas informáticos; cuando hubiera perjudicado gravemente el funcionamiento de servicios públicos esenciales o la provisión de bienes de primera necesidad; o cuando haya afectado al sistema informático de una infraestructura crítica o

¹⁹⁵⁴ RAYÓN BALLESTEROS, María Concepción y GÓMEZ HERNÁNDEZ, José Antonio: “Ciberdelitos: Particularidades en su investigación y enjuiciamiento”. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. N.º 47, 2014. Pág. 217.

¹⁹⁵⁵ DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier y HERNÁNDEZ DÍAZ, Leyre: “El delito de daños informáticos: Una tipificación defectuosa”. *Estudios Penales y Criminológicos* (Universidad de Santiago de Compostela). N.º 29, 2009. Págs. 333-334.

se hubiera creado una situación de peligro grave para la seguridad del Estado, de la UE o de alguno de sus Estados miembros. Se considera “*infraestructura crítica*” un elemento, sistema o parte de éste que sea esencial para el mantenimiento de funciones vitales de la sociedad, la salud, la seguridad, la protección y el bienestar económico y social de la población cuya perturbación o destrucción tendría un impacto significativo al no poder mantener sus funciones.

Por los medios utilizados: Cuando se utilice, sin autorización, un programa informático, concebido o adaptado para este propósito, o una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a todo o parte de un sistema de información. También es una circunstancia agravatoria de la pena, cuando los hechos se hubieran cometido mediante la utilización ilícita de datos personales de otra persona para facilitar el acceso al sistema informático o para ganarse la confianza de un tercero.

- El que, sin estar autorizado y de manera grave, obstaculizara o interrumpiera el funcionamiento de un sistema informático ajeno, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, cuando se lleve a cabo alguna de las conductas descritas anteriormente, se introduzcan o transmitan datos o se lleve a cabo destruyendo, dañando, inutilizando, eliminando o sustituyendo un sistema informático, telemático o de almacenamiento de información electrónica (art. 264 bis CP):

En este caso, son circunstancias que agravan la pena:

Si los hechos hubieran perjudicado de forma relevante la actividad normal de una empresa, negocio o de una Administración pública.

Cuando en los hechos hubiera concurrido alguna de las siguientes circunstancias: Haberse cometido en el marco de una organización criminal, haya ocasionado daños de especial gravedad o afectado a un número elevado de sistemas informáticos; perjuicio grave en el funcionamiento de servicios públicos esenciales o la provisión de bienes de primera necesidad o los hechos hayan afectado al sistema informático de una infraestructura crítica o se hubiera creado una situación de peligro grave para la seguridad del Estado, de la UE o de alguno de sus Estados miembros.

De igual forma que en el caso anterior, se agrava la pena cuando los hechos se hubieran cometido mediante la utilización ilícita de datos personales de otra persona para facilitarse el acceso al sistema informático o para ganarse la confianza de un tercero.

- El que, sin estar debidamente autorizado, produzca, adquiera para su uso, importe o, de cualquier modo, facilite a terceros, con la intención de favorecer la comisión de alguno de los delitos anteriores (es el llamado “*delito de adelantamiento de barreras*”, previsto en el art. 264 ter CP):
 - a) Un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer alguno de los delitos a que se refieren los dos artículos anteriores; o
 - b) Una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información.

La pena prevista es la de prisión de seis meses a dos años o multa de tres a dieciocho meses

Por último, cabe referirse al art. 560 CP, que establece penas para quienes causaren daños que interrumpan, obstaculicen o destruyan líneas o instalaciones de telecomunicaciones y al art. 574, que hace una previsión para el caso de que los autores del delito sean banda terrorista u organización criminal.

3.2.5. La prueba electrónica en el proceso penal.

El carácter anónimo y descentralizado de la red es aprovechado por los delincuentes para comunicarse y cometer delitos en los que se hace difícil la identificación de los responsables. Para contrarrestar estas prácticas la policía judicial ha de contar con los medios necesarios para garantizar la eficacia de la actividad probatoria, respetando los derechos fundamentales, como la intervención judicial para la intervención de las comunicaciones, impidiendo que su secreto se convierta en un resguardo para actividades delictivas. La intervención de la información ubicada en ordenadores o dispositivos de almacenamiento masivo, para su posterior almacenaje y utilización, exige también unas pautas que permitan, respetando los derechos del delincuente, hacer valer las pruebas obtenidas¹⁹⁵⁶.

La práctica de la prueba en el proceso penal se regula en la LECr, en el Capítulo Tercero del Título III del Libro III, en sus arts. 688 a 731. La amplitud de la prueba documental ha facilitado la incorporación de las nuevas técnicas de reproducción (el art. 726 se refiere a libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad).

En los delitos cometidos a través de medios informáticos la principal prueba tendrá por objeto la presentación de documentos electrónicos, guardando las debidas cautelas para que no quede desvirtuada. La prueba en formato electrónico se convierte en la mayoría de las ocasiones en la forma de evidenciar la comisión delictiva y consiste en llevar a cabo un análisis de los dispositivos aprehendidos, para examinar a fondo su contenido y llegar a acreditar la perpetración de los respectivos hechos.

RAYÓN BALLESTEROS y GÓMEZ HERNÁNDEZ, definen la prueba electrónica como "*cualquier información obtenida a partir de un dispositivo electrónico, o medio digital, que sirve para adquirir convencimiento de la certeza de un hecho*". La volatilidad es una característica de la prueba electrónica, por lo que es necesario acompañarla de unos protocolos seguros de actuación que garanticen su inalterabilidad o no manipulación contra hechos fortuitos o intencionados para ocultar la autoría del delito¹⁹⁵⁷.

¹⁹⁵⁶ LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada: "La privacidad de las comunicaciones en la investigación penal: Uno de los retos de la justicia en una sociedad globalizada", en CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí; PEGUERA POCH, Miquel; PEÑA LÓPEZ, Ismael y VILASAU SOLANA, Mónica (Coords.): "*Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet*". Ed. UOC-Huygens (Actas del VII Congreso Internacional: Internet, Derecho y Política). Barcelona, 2011. Pág. 343. Disponible en: <http://edcp.uoc.edu/symposia/idp2011/proceedings/>

¹⁹⁵⁷ RAYÓN BALLESTEROS, María Concepción y GÓMEZ HERNÁNDEZ, José Antonio: "Cibercrimen: Particularidades en su investigación y enjuiciamiento". *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. N.º 47, 2014. Pág. 225.

Dentro del concepto de prueba electrónica, cabe distinguir dos modalidades básicas: Los datos o informaciones almacenados en un dispositivo electrónico y, por otra parte, los que son transmitidos por cualesquiera redes de comunicación abiertas o restringidas como Internet, telefonía fija y móvil u otras¹⁹⁵⁸.

La regla general es que la prueba se practica en el acto del juicio oral, siempre respetando los principios consagrados de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción, garantizando los derechos fundamentales que el art. 24.2 CE reconoce al imputado, en particular el derecho a no declarar contra sí mismo y el derecho a no confesarse culpable. No obstante, la prueba anticipada y la prueba preconstituida son excepciones que permiten practicar prueba válida con anterioridad a la celebración de la vista, lo que cobra especial importancia desde el propósito de garantizar una prueba tecnológica que puede ser manipulada o destruida.

La prueba anticipada tiene lugar cuando por cualquier causa fuera de temer que no se pueda practicar en el juicio oral, o que pudieran motivar su suspensión (art. 657 LECr).

La prueba preconstituida es aquella que se realiza antes en la instrucción sumarial por no poder esperar al acto del juicio, al basarse en hechos irrepetibles que no pueden trasladarse al juicio oral a través de los medios de prueba ordinarios. Estas pruebas se pueden sistematizar en: Prueba preconstituida de las diligencias policiales de prevención, como las grabaciones de videovigilancia; prueba preconstituida de la policía judicial con control judicial, como las escuchas telefónicas; y prueba preconstituida del juez de instrucción, como la intervención de las comunicaciones¹⁹⁵⁹.

De esta forma, las nuevas tecnologías se han dejado sentir notablemente en la prueba documental que ahora se suele contener en soportes magnéticos e informáticos varios (cintas de vídeo y audio, CDs, DVDs, e-mails, etc.) que se llevan a juicio, donde son reproducidos. Esta práctica de prueba a través de soportes informáticos exige, además, la intervención en el proceso de técnicos que autentiquen la procedencia y el contenido de los soportes informáticos aportados a autos, dando lugar una nueva prueba pericial que, si bien no deja de ser una pericial clásica, procesalmente hablando, ha de adaptarse a las exigencias derivadas de las TICs que obligan a la modernización y especialización de los peritajes¹⁹⁶⁰.

Los peritos informáticos especializados en este ámbito deben aportar los conocimientos y las garantías para asegurar la neutralidad e imparcialidad (han de ser distintos de los que han efectuado la intervención del material o del equipo informático), de forma que llevarán a cabo un informe pericial de acuerdo a las formalidades y

¹⁹⁵⁸ DELGADO MARTÍN, Joaquín: "La prueba electrónica en el proceso penal". *Diario La Ley* (edición digital), N.º 8167. Octubre 2013. Pág. 1.

¹⁹⁵⁹ GIMENO SENDRA, Vicente: "La prueba preconstituida de la policía judicial". *Revista Catalana de Seguretat Pública* (Institut de Seguretat Pública de Catalunya). N.º 22. Mayo 2010. Pág. 38. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194212>

¹⁹⁶⁰ ABA CATORIA, Ana: "La tecnologización de la prueba en el proceso penal. La videoconferencia: objeciones y ventajas (realidad y futuro de la Administración de Justicia. La aplicación de las TICs)". *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. N.º 13, 2009. Pág. 17.

procedimiento de los arts. 723 a 725 de la LECr.

La prueba pericial intentará poner de manifiesto la existencia de archivos con material delictivo para lo cual debe acreditarse el movimiento de entrada y salida de esta información del ordenador intervenido, así como la existencia de intercambios de ese tipo de material delictivo. Para ello es útil determinar la existencia en el sistema intervenido de carpetas de intercambiadores de ficheros (*download*) que sirvan para recibir y enviar correos electrónicos, o el intercambio de esta información en la *web*.

En este sentido, en caso de ratificarse este informe a presencia judicial será conveniente que el perito utilice un lenguaje claro y conciso tratando de responder a las preguntas: Qué ha pasado, quién lo ha hecho, cómo ha sucedido, cuándo ha pasado y por qué ha pasado¹⁹⁶¹.

Uno de los retos más complejos al que se enfrentan los Tribunales, especialmente en materia penal, es el de comprender y valorar la prueba tecnológica, asegurando además su autenticidad y respetando los derechos fundamentales en su obtención, especialmente, los relativos a la intimidad, secreto de comunicaciones y protección de datos. La obtención de la prueba ya no es solo el equipo ubicado en un lugar (afectando incluso a la inviolabilidad domiciliaria), sino que abarca a lugares no físicos, como el *cloud computing*, o almacenamiento en la nube, donde pueden verse implicados derechos de terceros, ubicados en varios Estados.

En otras ocasiones, la obtención de la prueba se realiza mediante el registro de un ordenador bajo sospecha de contener material ilícito, para aclarar la comisión de una conducta delictiva. Han de seguirse los principios de legalidad, finalidad legítima y necesidad en una sociedad democrática, lo que lleva a aplicar, también en el orden penal, el principio de proporcionalidad. La necesidad ha de ser imperiosa y la respuesta proporcionada a la finalidad perseguida¹⁹⁶².

Así ocurrió en el caso enjuiciado por la STC 173/2011, de 7 de noviembre, en el que se impugnaba una sentencia de condena a cuatro años de prisión por la comisión de un delito de distribución de pornografía infantil. El material de naturaleza pedófila, contenido en numerosos ficheros del ordenador personal portátil, fue descubierto por un informático encargado de repararlo, quien puso la situación en conocimiento de la policía. El portátil fue intervenido y su contenido examinado, sin la pertinente autorización judicial, por parte de la policía. Sin embargo, a pesar de reconocer que los soportes informáticos quedan protegidos por el derecho a la intimidad, se justificó el acceso policial a la información contenida en el portátil personal, ya que, pese a no contar con la autorización judicial correspondiente, dicha injerencia supera el juicio de proporcionalidad. Se trataba de un supuesto de urgente necesidad, para esclarecer un delito de distribución pornografía infantil. Además, con ello, se intentaba evitar la posibilidad de hacer desaparecer las pruebas borrando los ficheros ilícitos de ese ordenador (FJ 7º).

¹⁹⁶¹ RAYÓN BALLESTEROS, María Concepción y GÓMEZ HERNÁNDEZ, José Antonio: "Ciberdelitos: Particularidades en su investigación y enjuiciamiento". *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. N.º 47, 2014. Pág. 228.

¹⁹⁶² RUIZ LEGAZPI, Ana: "Derecho a la intimidad y obtención de pruebas: El registro de ordenadores (Incoming de EMULE) en la STC 207/2011". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 100. Enero-abril 2014. Pág. 373.

Otro de los problemas radica en asegurar la autenticidad e integridad de la prueba, tal y como estipula el art. 230 LOPJ: *“Los documentos emitidos por los medios anteriores, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales”*.

En este sentido, la cadena de custodia presenta singularidades cuando hablamos de prueba electrónica, pues respecto a la autenticidad, cabe la realización de copias o clonado de la información de un dispositivo (volcado), para el que debería estar presente el Secretario Judicial en la práctica de la diligencia. Es por ello que la jurisprudencia ha flexibilizado esta exigencia al entender que *“lo que no se puede pretender es que el fedatario público esté presente durante todo el proceso, extremadamente complejo e incomprensible para un profano, que supone el análisis y desentrañamiento de los datos incorporados a un sistema informático. Ninguna garantía podría añadirse con la presencia del Secretario judicial al que no se le puede exigir que permanezca inmovilizado durante la extracción y ordenación de los datos, identificando su origen y procedencia”*¹⁹⁶³.

Si bien el volcado ante el Secretario Judicial resulta conveniente para garantizar la preservación de la información, han de admitirse otras vías, como la declaración de los agentes que realizaron el volcado o la existencia de medios tecnológicos que permiten al Secretario Judicial garantizar la autenticidad e integridad de la fuente de prueba. Uno de estos medios es el denominado *“hash”*, un algoritmo que permite afirmar que los datos que se encontraban en el dispositivo en el momento de su ocupación no han sido objeto de manipulación posterior. Por último, los agentes que realicen el volcado usarán elementos técnicos para garantizar la autenticidad e integridad de los datos, que habrán de documentarse para su incorporación al proceso, por lo que cobra relevancia la homologación de equipos y programas¹⁹⁶⁴.

3.2.6 Los medios para la lucha contra la delincuencia y para obtención de pruebas a través de las comunicaciones telefónicas y telemáticas previstas en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Se han examinado ya en los capítulos I y III las medidas que la LO 13/2015, de 5 de octubre, introduce en la LECr para la investigación tecnológica, especialmente, las que habilitan la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, así como regulación del agente encubierto para la obtención de imágenes y grabación de conversaciones. También se ha hecho referencia a la previsión legal que permite introducir *“troyanos”* en los ordenadores, móviles o cualquier otro *hardware* de un sospechoso que permitan, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador o dispositivo electrónico, informático, de almacenamiento masivo de datos informáticos.

¹⁹⁶³ STS (Sala de lo Penal), de 22 de mayo de 2009, rec. N.º 10084/2008 (Ar. RJ 2010\662). Reitera doctrina contenida en las SSTS (Sala de lo Penal) de 15 de noviembre de 1999, rec. N.º 3831/1998 (Ar. RJ 1999\8712) y de 14 de mayo de 2008, rec. N.º 10669/2007 (Ar. RJ 2008\4073).

¹⁹⁶⁴ DELGADO MARTÍN, Joaquín: “La prueba electrónica en el proceso penal”. *Diario La Ley* (edición digital), N.º 8167. Octubre 2013. Pág. 10.

Todos estos elementos, podrán dar lugar a pruebas válidas utilizables en el proceso penal. Para ello, se deberán respetar los principios de especialidad, en relación a determinados delitos, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, así como el respeto a los derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad o el secreto de las comunicaciones.

Además de ello, la LECr prevé las condiciones para llevar a cabo el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información o la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización. Todo ello con la finalidad de obtener pruebas que permitan la investigación de hechos delictivos.

En relación a los registros, se exigirá resolución judicial razonada para la aprehensión de ordenadores¹⁹⁶⁵, instrumentos de comunicación telefónica o telemática, o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital, o el acceso a repositorios telemáticos de datos, aprehendidos en el domicilio del sujeto investigado o fuera del mismo, ante razones fundadas que legitimen esta actuación. La mera aprehensión no legitima su contenido, pero éste podrá ser examinado tras la oportuna autorización judicial, así como la obtención de copias de datos (art. 588 sexties LECr).

En cuanto al uso de dispositivos para obtener pruebas por cualquier medio técnico (grabaciones de imagen y sonido), podrá llevarse a cabo por la policía judicial para facilitar la identificación del sujeto investigado, localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos. Incluso, podrá utilizarse esta medida cuando afecte a personas distintas del investigado, para asegurar la utilidad de la vigilancia, o existan indicios fundados de la relación de dichas personas con el investigado y los hechos objeto de la investigación.

En los casos de los dispositivos de seguimiento y localización, podrán utilizarse previa autorización judicial, cuando concurren acreditadas razones de necesidad y la medida resulte proporcionada, especificándose el medio técnico utilizado. Incluso, en casos de urgencia, cuando sea razonable prever que se pueda frustrar la investigación, la Policía Judicial podrá proceder a su colocación, dando cuenta a la mayor brevedad posible, y en todo caso en el plazo máximo de 24 horas, a la autoridad judicial, quien podrá ratificar la medida adoptada o acordar su inmediato cese en el mismo plazo. En este último supuesto, la información obtenida a partir del dispositivo colocado carecerá de efectos en el proceso (art. 588 *quinques* LECr).

En materia de redes sociales y mensajería instantánea, se ha advertido de las cautelas a adoptar ante la posibilidad manipular los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas. El anonimato y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo.

Así, ha sido objeto de valoración de prueba la conversación mantenida en la red “*Tuenti*”, para corroborar el testimonio de una menor objeto de abusos sexuales. La

¹⁹⁶⁵ Sobre la motivación de la resolución judicial en la utilización de estas medidas de investigación, véase ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos: “*La investigación del delito en la era digital. Los derechos fundamentales frente a las nuevas medidas tecnológicas de investigación*”. Fundación Alternativas. Estudios de progreso 74/2013. Madrid. 2013. Págs. 38 y ss.

impugnación de la autenticidad de las conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Por ello se hace necesario una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido¹⁹⁶⁶.

4. LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO DE LA RELACIÓN LABORAL.

4.1. ANTECEDENTES Y REGULACIÓN.

4.1.1 Hitos normativos y normas de competencia.

La Ley 62/1978, de 26 de diciembre, estableció para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, específicas vías de garantía para los órdenes penal, contencioso-administrativo y civil, pero omitió cualquier referencia al orden social. De esta forma, cuando la lesión del derecho o libertad tenía lugar en el marco de las relaciones jurídicas de carácter laboral, se reconocía la competencia residual de los tribunales civiles para la resolución de la controversia.

Sin embargo, el conocimiento y resolución de los conflictos de trabajo ya sean individuales o colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado, cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral (art. 9.5 LOPJ), exige una especialización separada del orden jurisdiccional civil. La complejidad y proliferación de conflictos laborales demandaron una mayor especialización de los órganos jurisdiccionales, objetivo que aún se mantiene. No es de extrañar que con ocasión de la puesta en marcha de la LRJS de 2011, se haya defendido que los Juzgados de lo Social están “*especializados y preparados*” para asumir todas las materias laborales, adjudicándose competencias que incluso venían siendo compartidas con los órganos jurisdiccionales de los órdenes civil y contencioso-administrativo¹⁹⁶⁷.

En la LPL de 1990¹⁹⁶⁸, en cumplimiento del derecho que el art. 53.2 CE otorga a cualquier ciudadano para recabar la tutela de las libertades y derechos contenidos en el art. 14 y la sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios, se reguló por primer vez un proceso especial para la tutela de los derechos de libertad sindical, que no impidió dar cobertura a pretensiones referidas a la vulneración de otros derechos fundamentales y libertades públicas.

¹⁹⁶⁶ STS (Sala de lo Penal), de 19 de mayo de 2015, rec. N.º 2387/2014.

¹⁹⁶⁷ CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, Ana M^a: "La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en el proceso laboral, a propósito de la reforma de la jurisdicción social". Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional): "*Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada*". A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011. Pág. 373.

¹⁹⁶⁸ RD Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral (BOE de 2 de mayo), en virtud de la autorización prevista en el art. 1 de la Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral.

La LPL de 1995¹⁹⁶⁹, mantuvo la denominación del Cap IX del Título II del Libro II, "*De la tutela de los derechos de libertad sindical*", pero sin embargo siguió extendiendo su conocimiento a los demás derechos fundamentales. La LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, modificó el art. 181 LPL para indicar que "*Las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo*"¹⁹⁷⁰.

Fue la Ley 13/2009, de 10 de octubre¹⁹⁷¹, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, la que por fin modificó la rúbrica del Capítulo XI de la LPL que pasó a denominarse "*De la tutela de los derechos fundamentales*", comprendiendo en su ámbito de aplicación la lesión de la libertad sindical y la tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas.

El cambio más importante ha sido sin duda la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, que en línea con la anterior, dispone de una modalidad procesal regulada en el Cap. XI del Título II del Libro II, denominada "*De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas*". La propia Ley destaca en su Exposición de motivos las características de mejora respecto a sus antecesoras al tiempo de su ajuste a la doctrina constitucional, con una regulación más completa y estructurada.

En particular, se refiere expresamente a la ampliación del ámbito de la modalidad procesal más allá de la invocación principal de derechos fundamentales laborales específicos, como la libertad sindical. Comprende por tanto, toda posible vulneración de tales derechos y libertades fundamentales en el ámbito de las relaciones de trabajo, sean genéricos o específicamente laborales. Sólo se excluirán de esta vía procesal cuando sea necesario seguir otra modalidad procesal especial, sin perjuicio de que al alegar la vulneración de derechos, se apliquen las garantías propias contempladas en el proceso específico de tutela de derechos fundamentales.

Una de las novedades más importantes de la LRJS es la unificación de la materia laboral en el orden social, lo que convierte también a éste en el garante ordinario de los derechos fundamentales y libertades públicas de empresarios y trabajadores en el ámbito de la relación de trabajo, sea quien sea el autor material de la lesión y siempre que exista vinculación a la prestación de servicios¹⁹⁷².

Es decir, el orden social es el único competente para conocer de cualquier vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas que tenga lugar en el seno de la relación laboral, de acuerdo a las normas de competencia. Conviene recordar que

¹⁹⁶⁹ RD Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (BOE de 11 de abril).

¹⁹⁷⁰ Redacción dada por la Disposición Adicional 13.7 de la LO 3/2007, 22 de marzo (BOE de 23 de marzo).

¹⁹⁷¹ Redacción dada por el art. 10.96 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre (BOE de 4 de noviembre).

¹⁹⁷² TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo: "La renovación de la justicia social (Valoración crítica de la reforma procesal que culmina con la inminente nueva Ley de procedimiento Laboral)". *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros), N.º 341-342. Agosto-septiembre de 2011. Pág. 31.

hasta la LRJS de 2011, existía una disgregación del conocimiento de determinadas materias sociales entre órdenes jurisdiccionales distintos al civil o al social, provocando lo que se denominaba "*peregrinaje de jurisdicciones*", con graves disfunciones y una merma en la efectiva protección de derechos¹⁹⁷³.

La competencia del orden social, respecto a la salvaguarda de los derechos fundamentales, se prevé en el art. 2. f) de la LRJS, que le atribuye el conocimiento sobre la tutela de los derechos de libertad sindical, huelga y demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de la discriminación y el acoso, contra el empresario o terceros vinculados a éste por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios. Asimismo, conocerá sobre las reclamaciones en materia de libertad sindical y del derecho de huelga frente a actuaciones de las Administraciones públicas sobre el personal laboral; las controversias entre dos o más sindicatos, o entre éstos y las asociaciones empresariales (en litigios de la competencia del orden jurisdiccional social), incluyendo la responsabilidad por daños; y sobre las demás actuaciones previstas en esta Ley conforme al art. 117.4 CE en garantía de cualquier derecho¹⁹⁷⁴.

Cabe observar la gran amplitud de la norma de competencia, que extiende el conocimiento de las lesiones de derechos fundamentales de los que conoce la jurisdicción social, a las causadas por otros trabajadores u otros empresarios vinculados por cualquier relación jurídica. Entre estos derechos y libertades, figuran también aquellos que no tienen una naturaleza laboral, pero son invocados a menudo en los conflictos de trabajo: El derecho a la intimidad y consideración debida a la dignidad, derecho a la propia imagen, la libertad ideológica, libertades de expresión e información, secreto de las comunicaciones o la protección de datos¹⁹⁷⁵.

El TC ya había contemplado esta extensión en la STC 250/2007, de 17 de diciembre, dictada en un caso de acoso sexual de una trabajadora por el trabajador de otra empresa, superior jerárquico de la acosada¹⁹⁷⁶. Anteriormente, la STC 126/1990, de 5

¹⁹⁷³ CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, Ana M^a: "*El proceso laboral de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas en la Ley reguladora de la jurisdicción social*". Boletín del Ministerio de Justicia. Mayo 2012. Pág. 6.

¹⁹⁷⁴ De acuerdo al art. 117.3 de la CE, los juzgados y tribunales ejercerán la potestad jurisdiccional atendiendo a las normas de competencia que las leyes establezcan sin que, de acuerdo al art. 117.4 CE, puedan ejercer más funciones que las señaladas y las que expresamente le sean atribuidas en garantía de cualquier derecho.

¹⁹⁷⁵ ROLDÁN MARTÍNEZ, Aránzazu y HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel: "La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas a través de las modalidades procesales del art. 184 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social". *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 362 . Mayo 2013. Pág. 62.

¹⁹⁷⁶ La recurrente sufrió, durante el desempeño de su actividad profesional, el acoso sexual de un compañero que pertenecía a una empresa distinta, pero con el que compartía tareas y lugar de trabajo. Por ello, la trabajadora presentó una demanda ante el Juzgado de lo social, que condenó al trabajador y a las empresas codemandadas. Dicha condena se recurrió ante el TSJ que, en grado de suplicación, revocó la sentencia de instancia declarando la falta de competencia del orden jurisdiccional social y el desconocimiento de los hechos por parte de las empresas codemandadas. En consecuencia, la trabajadora recurrió ante el TS, que inadmitió a trámite su recurso de casación apoyándose en la motivación expuesta por el TSJ. Finalmente, la trabajadora interpuso recurso de amparo contra este Auto y contra la Sentencia dictada por el TSJ. El Tribunal declara la vulneración parcial del derecho a la

de julio, había anticipado este criterio en un caso sobre el ejercicio por un trabajador de sus derechos fundamentales de libre información y expresión frente a otro trabajador.

Ya con posterioridad a la LRJS, las SSTC 75 y 76/2010, de 19 de octubre, así como las SSTC 98 a 112/2010, de 16 de noviembre, otorgaron amparo constitucional a trabajadores de una empresa contratista frente a las vulneraciones de sus derechos fundamentales de huelga y garantía de indemnidad por la empresa principal o comitente.

El acogimiento expreso de esta solución extensiva cumple la doctrina del TC, ya que la contraria sería "*constitucionalmente inaceptable*"- y posibilita la plena efectividad de los derechos fundamentales (principio del "*favor libertatis*") de los trabajadores en las relaciones laborales, también en los supuestos complejos de descentralización empresarial, a través de los mismos instrumentos de garantía y tutela que la jurisdicción social aplica a las actuaciones empresariales lesivas de esos derechos, consistan en decisiones organizativas, sancionadoras o extintivas: La nulidad "*radical*" de las medidas, su cese inmediato, la reposición a la situación anterior con la recuperación del empleo en su caso, y la reparación de sus consecuencias, incluida la indemnización que proceda (art. 182)¹⁹⁷⁷.

A pesar de esta previsión expansiva, la unificación competencial no es completa, si nos referimos a las materias litigiosas que afecten al personal laboral, funcional y estatutario al servicio de las Administraciones públicas. En efecto, el art. 3 LRJS, excluye del conocimiento de los órganos judiciales del orden social:

- La tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho de huelga relativa a los funcionarios públicos, personal estatutario de los servicios de salud y al personal a que se refiere el art. 3.1.a) del ET [(art. 3.c) LRJS)].
- Las disposiciones que establezcan las garantías para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales en caso de huelga y de los servicios o dependencias y los porcentajes mínimos de personal necesarios a tal fin. Todo ello, sin perjuicio de la competencia del orden social sobre las impugnaciones exclusivamente referidas a los actos de designación concreta del personal laboral incluido en dichos mínimos, así como para el conocimiento de los restantes actos dictados por la autoridad laboral en situaciones de conflicto laboral conforme al RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo.

Por tanto, se excluyen de la jurisdicción social la tutela a los trabajadores, sindicatos, empresarios y sus asociaciones frente a las limitaciones gubernativas del derecho de huelga en los servicios esenciales para la comunidad. Es la jurisdicción

tutela judicial efectiva (24.1 CE) derivada de la interpretación excesivamente restrictiva de las normas de competencia y del razonamiento incoherente con los hechos probados. Además, aclara que el orden jurisdiccional social es competente para conocer de los hechos que se susciten entre compañeros de trabajo, entendiéndose por tal aquellos individuos que se hallen relacionados por razón de sus funciones en el ámbito profesional. Esta Sentencia, al igual que la STC 74/2007, de 16 de abril, incide sobre la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de aquellos asuntos que se susciten entre compañeros de trabajo.

¹⁹⁷⁷ CASAS BAAMONDE, M^a Emilia: "La nueva jurisdicción social. ¿Una jurisdicción auténticamente social?". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 8. Abril 2012. Págs. 18-19.

contencioso-administrativa la que sigue conociendo de "*las disposiciones que establezcan las garantías tendentes a asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga y, en su caso, de los servicios o dependencias y los porcentajes mínimos de personal necesarios a tal fin*" [art. 3.d)]¹⁹⁷⁸. La competencia del orden social se limita al conocimiento "*de las impugnaciones exclusivamente referidas a los actos de designación concreta del personal laboral incluido en dichos mínimos, así como [...] de los restantes actos dictados por la autoridad laboral en situaciones de conflicto laboral conforme al Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo*" [art. 3.d)].

Delimitada la competencia del orden social, conviene distinguir entre el proceso ordinario y las modalidades procesales. El proceso ordinario, con carácter general, tiene por objeto el enjuiciamiento de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho que no dispongan de una tramitación específica. La tramitación específica se halla en las denominadas "*modalidades procesales*", que se mantienen en la nueva Ley para dar acomodo a pretensiones laborales de muy diversa índole. Es más, el nuevo escenario jurídico se aparta en este punto de la tendencia seguida por el legislador civil que redujo considerablemente el número de procesos civiles especiales limitándose a regular aquéllos que presentaban inequívocas e indiscutibles particularidades¹⁹⁷⁹.

Este esquema afecta de forma importante a la tutela de derechos fundamentales, pues si bien existe una modalidad procesal cuyo objeto es verificar si se ha producido o no la vulneración a estos efectos invocada (art. 178 LRJS), quedan fuera de esta modalidad aquellas lesiones anudadas a la materia objeto de litigio que cuenten con una modalidad procesal propia. Expresamente, se excluyen las demandas por despido, suspensión y extinción del contrato, así como por modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y movilidad geográfica, vacaciones, impugnación de sanciones, y las que versen sobre los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, todo ello en el plano individual. También, en el plano colectivo, se excluyen las relativas a materia electoral e impugnación de convenios colectivos y de estatutos de los sindicatos o de su modificación (art. 184 LRJS).

Con el fin de asegurar las garantías precisas a las presuntas vulneraciones de derechos, se dota a estos procesos de carácter preferente, acumulando las pretensiones de tutela de derechos fundamentales con las propias de la modalidad procesal respectiva.

Sin duda, ha influido en esta regulación la STC 257/2000, de 30 de octubre, cuando afirma que la remisión por el legislador a las modalidades procesales correspondientes para el conocimiento de las demandas que allí se citan "*lo hace en función justamente de la materia en litigio para una mejor atención de aquélla y por diversas razones que justifican la propia existencia de una distinta modalidad procesal o la extensión del objeto de conocimiento, pero no, desde luego, porque pueda otorgarse a un*

¹⁹⁷⁸ Una referencia general en CARA FUENTES, Elena Isabel: "*El amparo judicial de los Derechos Fundamentales ante los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo*". Ed. Fundación Asesores Locales. Málaga, 2016.

¹⁹⁷⁹ CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, Ana M^a: "La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en el proceso laboral, a propósito de la reforma de la jurisdicción social". Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional): "*Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada*". A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011. Pág. 375.

mismo derecho fundamental una menor garantía jurisdiccional en función de cuál sea el acto o conducta del que pueda haberse derivado la lesión que se alega" (FJ 6º).

Esta jurisprudencia ha sido recogida en el art. 178.2 LRJS, al prever que cuando la tutela del derecho deba necesariamente realizarse a través de las modalidades procesales a que se refiere el art. 184, "se aplicarán en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas las reglas y garantías previstas en este Capítulo, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal".

El hecho de acudir al procedimiento específico de tutela de los derechos fundamentales sólo cuando se trate de materias que no tengan prevista una específica modalidad procesal, o teniéndola, no sea ninguna de las previstas en art. 184 LRJS, impide por completo el carácter optativo de este procedimiento, lo que anteriormente ya había suscitado un debate sobre la posible inconstitucionalidad de este precepto¹⁹⁸⁰. Ante esta sombra de duda, se ha aclarado lo siguiente:

El TC ha venido manteniendo una doctrina en la que básicamente sostiene que si bien el mandato contenido en el art. 24.1 CE encierra el derecho a escoger la vía judicial que se estime más conveniente, es imprescindible que el cauce procesal elegido sea el jurídicamente correcto. El art. 24 CE no incluye un derecho fundamental a procesos determinados; son los órganos judiciales los que aplicando las normas competenciales o de otra índole, han de encauzar cada pretensión por el procedimiento adecuado, sea o no el elegido por la parte actora, lo que es en principio una cuestión de legalidad ordinaria.

Así, no hay un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino un derecho a obtenerla siempre que se ejerza por las vías procesales establecidas por el legislador (STC 160/1998, de 14 de julio, FJ 4º). Por ello, este derecho fundamental "se satisface no sólo cuando el Juez o Tribunal resuelve sobre las pretensiones de las partes, sino también cuando inadmite una acción en virtud de la aplicación, razonada en Derecho y no arbitraria, de una causa legal" (STC 194/1992, FJ 3º).

De todas formas, la doctrina ha interpretado que para salvar la tacha de inconstitucionalidad de la remisión hecha en el art. 184 LRJS a las modalidades procesales, se ha previsto aplicar las garantías y especialidades previstas en el proceso de tutela, las cuales se acumularán a las ya específicas de cada modalidad procesal¹⁹⁸¹.

Las razones de tan notoria segregación procesal deben hallarse en el riesgo de generalización y uso abusivo que, sin duda, podría haber supuesto el establecimiento de un trámite preferente y sumario como el que se contempla en este proceso especial¹⁹⁸².

¹⁹⁸⁰ En este sentido, respecto al anterior art. 182 LPL, pueden verse de forma muy completa las posiciones doctrinales en torno a este debate en MONEREO PÉREZ, José Luis y FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio: "Artículo 182", en MONEREO PÉREZ, José Luis (Dir.): "El nuevo proceso laboral. Estudio técnico-jurídico de la Ley de Procedimiento Laboral". Ed. Comares. Granada, 2011. Págs. 182 y ss.

¹⁹⁸¹ GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: "El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en la Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social: Garantías del procedimiento y contenido de la sentencia". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 8. Abril 2012. Pág. 101.

¹⁹⁸² MERCADER UGUINA, Jesús Rafael y MUÑOZ RUÍZ, Ana Belén: "Comentario al artículo 182", en DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (Dir): "Ley de Procedimiento Laboral comentada y con jurisprudencia". Ed. La Ley. Madrid. 2006. Pág. 1295. Téngase en cuenta que el comentario es a la LPL de 1995, en la que el

En cualquier caso, pese a la cognición limitada que caracteriza este proceso, el mismo ha sufrido por otras vías un evidente desbordamiento¹⁹⁸³.

En definitiva, esta remisión a otras modalidades procesales que realiza el art. 184 LRJS, debe entenderse en el sentido de que a través del mismo no se restringe el acceso a la tutela preferente en los casos de lesión de derechos fundamentales¹⁹⁸⁴. Dicha tutela se otorgará a través de su específica modalidad procesal, pero en la que igualmente se deberá entrar a realizar declaración de la existencia o no de la vulneración alegada, y participando dicho trámite de las preferencias y peculiaridades del de tutela de derechos fundamentales¹⁹⁸⁵.

Por consiguiente, la tutela de derechos fundamentales en el proceso laboral no se circunscribe solo a la modalidad procesal específica "*de cognición limitada*", es decir, ajustada al examen de las alegaciones de la lesión al derecho, sin entrar en las vulneraciones indirectas o remotas¹⁹⁸⁶. Existe también la tutela a través de la modalidad procesal correspondiente a cada una de las materias en litigio (por ejemplo, de despido), otorgando carácter preferente a dichos procesos en los que se acumulen las pretensiones de protección de un derecho fundamental. En este caso, se aplicarían las mismas garantías previstas en el proceso de tutela, incluyendo incluso la citación como parte del Ministerio Fiscal (arts. 178.2 y 184 de la LRJS).

Incluso, cabe una tercera vía, a través del proceso laboral ordinario, cuando la tutela del derecho fundamental derive del objeto de la pretensión. Esta vía permite plantear reclamaciones respecto a otros derechos, vinculadas a la lesión de un derecho fundamental, que no serían viables en el cauce "*opcional*" de la acción de tutela¹⁹⁸⁷.

En todo caso, la LRJS consagra como regla general la adaptación del proceso a la modalidad apropiada evitando con ello pronunciamientos absolutorios. Si bien el juez o

actual art. 184 LRJS era el 182.

¹⁹⁸³ DESDENTADO BONETE, Aurelio: "¿Es necesario un proceso especial para la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito laboral? Una reflexión sobre la jurisprudencia reciente". *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (La Ley). N.º 2. 1996. Págs. 1528-1529.

¹⁹⁸⁴ FOLGUERA CRESPO, José Ángel: "Artículo 184", en FOLGUERA CRESPO, José Ángel; SALINAS MOLINA, Fernando y SEGOVIANO ASTABUROAGA, M.ª Luisa (Dirs.): "*Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*". Ed. Lex Nova-Thompson Reuters. Valladolid, 2012 (3ª ed.). Pág. 758.

¹⁹⁸⁵ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael y MUÑOZ RUÍZ, Ana Belén: "Comentario al artículo 182", en DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (Dir): "*Ley de Procedimiento Laboral comentada y con jurisprudencia*". Ed. La Ley. Madrid. 2006. Págs. 1296. Téngase en cuenta que el comentario es a la LPL de 1995, en la que el actual art. 184 LRJS era el 182.

¹⁹⁸⁶ DESDENTADO BONETE, Aurelio: "¿Es necesario un proceso especial para la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito laboral? Una reflexión sobre la jurisprudencia reciente". *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (La Ley). N.º 2. 1996. Pág. 1528.

¹⁹⁸⁷ CASTRO ARGÜELLES, Mª Antonia: "Derechos fundamentales en el proceso laboral". Cuarta ponencia temática "Los derechos fundamentales inespecíficos en el proceso laboral" en XXIV Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: "*Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*", celebrado en Pamplona, 29 y 30 de mayo de 2014. Pág. 22.

tribunal rechazará de plano las demandas que no sean susceptibles de tramitarse por el cauce elegido, advertirá al demandante de su derecho a promover la acción a través del procedimiento oportuno, e incluso, el tribunal dará a la demanda la tramitación ordinaria o especial si para el procedimiento adecuado fuese competente y la demanda reuniese los requisitos exigidos por la ley para tal clase de procedimiento (art. 179.4 LRJS).

4.1.2 La aplicación judicial de la Constitución en el Orden Jurisdiccional Social.

El orden jurisdiccional social o la llamada "*jurisdicción de trabajo*" es uno de los órganos jurisdiccionales especializados que se integran en la unidad jurisdiccional "*única*", prevista en el art. 117 CE. Ello ha supuesto la "*normalización*" de nuestros jueces y tribunales de trabajo, con alcance muy positivo en la garantía de su independencia. Difícilmente los tribunales ordinarios y el proceso común podrían enfrentarse con los problemas derivados de las propias controversias de trabajo, principalmente, el conflicto subyacente en las mismas (reconocido incluso en los arts. 28.2 y 37.2 CE), la función mediadora del juez laboral y el carácter inacabado del Derecho del Trabajo¹⁹⁸⁸.

Así se ha destacado que el orden jurisdiccional social es un escenario privilegiado para constatar la presencia de la CE en el discurso judicial. Una presencia que es tanto difusa como directa, ya sea por la interiorización de valores constitucionales, como por alegación y aplicación directa de los mismos al caso concreto¹⁹⁸⁹.

En cuanto a la diferente aplicabilidad de las normas laborales y constitucionales, éstas últimas, en la medida que contienen regulaciones determinadas de instituciones civiles, penales, administrativas o laborales, no son diferentes por la materia a las restantes normas. La diferencia solo puede venir de ser distintos los destinatarios. Las normas que integran la parte dogmática de la CE se dirigen fundamentalmente al legislador. Ahora bien, nuestro sistema de control constitucional atribuye competencias exclusivas al TC, pero si por jurisdicción constitucional ha de entenderse la aplicación judicial de las normas constitucionales, la jurisdicción constitucional corresponde en España a todos los órganos judiciales y no solo al TC¹⁹⁹⁰.

El juez ordinario es considerado así como juez constitucional, en la medida en que incorpora valores y derechos constitucionales que impregnan su discurso, determinan su decisión y forman parte esencial de la fundamentación jurídica de sus fallos. La aplicación judicial de la norma fundamental es así "*difusa*" en cuanto difundida: Es normal, cotidiana, y habitualmente presente en los conflictos que se suscitan ante la jurisdicción ordinaria que se trate. Ahora bien, siendo de aplicación la CE al Orden Social de la jurisdicción, ésta es directa y no difusa. El juez laboral es juez constitucional de primera línea y esta

¹⁹⁸⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: "Proceso de trabajo y justicia constitucional", en AA.VV.: "*El proceso laboral. Estudios en Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil*". Ed. Lex Nova. Valladolid. 2001. Pág. 726 y 729.

¹⁹⁸⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago: "La aplicación judicial difusa de la Constitución en el orden jurisdiccional social". *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 7. Mayo-agosto 1999. Pág. 220.

¹⁹⁹⁰ RUBIO LLORENTE, Francisco: "Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la Jurisdicción Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 4. Enero-abril 1982. Págs. 38-42.

función ha sido asumida de forma generalizada¹⁹⁹¹.

Al juez ordinario se le demanda una "*unidad de solución justa*", en el sentido de interpretar correctamente una solución para el caso concreto que salvaguarde el contenido de los derechos fundamentales en juego, mientras que la misión del TC no consiste en precisar la mejor respuesta posible, sino la de indicar qué interpretaciones de la CE resultan intolerables¹⁹⁹².

GONZÁLEZ ORTEGA apunta a varias razones que explican la "*naturalidad y presteza*" con la que el razonamiento constitucional se ha incorporado al acervo y a la práctica cotidiana de los jueces y tribunales de lo Social¹⁹⁹³.

La primera y más importante razón ha sido la constitucionalización del Derecho del Trabajo. La CE ha significado el reconocimiento al máximo nivel de los derechos colectivos como derechos fundamentales (libertad sindical y derecho de huelga). Pero no solo estos derechos, sino también los de dimensión individual merecen la máxima garantía y tutela, sobre todo, en las relaciones entre particulares.

Estos derechos fundamentales que le corresponden al trabajador como persona, han sido objeto de desarrollos normativos que han ido conformando el bloque de constitucionalidad, aplicándose no solo como expresión de la exigencia constitucional, sino como la ley ordinaria de desarrollo de la normativa constitucional. La constitucionalización de los derechos laborales ha provocado una intensa labor del legislador ordinario tendente a la determinación o precisión de los denominados "*derechos constitucionales de configuración legal*" (derechos como la protección social, la seguridad y salud en el trabajo, el derecho al trabajo, al descanso o a un salario digno).

Este activismo de los jueces en la reconstrucción de los derechos fundamentales no debe ser entendido como una injerencia o usurpación al legislador, sino como una inevitable participación para resolver los conflictos entre empresa y trabajador de forma que se garantice la vigencia de los derechos inespecíficos en la relación laboral. Se ha pasado así, de una concepción contractualista a una constitucionalista, donde ya no es el interés contractual el que delimita el ejercicio del derecho fundamental, sino el juicio de ponderación de intereses¹⁹⁹⁴.

Conviene recordar que la relación laboral se caracteriza por una peculiar subordinación inserta en la organización productiva, atribuyendo al empresario poderes

¹⁹⁹¹ GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago: "La aplicación judicial difusa de la Constitución en el orden jurisdiccional social". *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 7. Mayo-agosto 1999. Pág. 208.

¹⁹⁹² PRIETO SANCHÍS, Luis: "Notas sobre la interpretación constitucional". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. N.º 9. Mayo-agosto 1991. Pág. 177.

¹⁹⁹³ GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago: "La aplicación judicial difusa de la Constitución en el orden jurisdiccional social". *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 7. Mayo-agosto 1999. Págs. 209-210.

¹⁹⁹⁴ GOÑI SEIN, José Luis: "Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿Necesidad de una reformulación?". Primera ponencia temática "Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación individual de trabajo" en XXIV Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: "*Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*", celebrado en Pamplona, 29 y 30 de mayo de 2014. Págs. 28 y 29.

muy relevantes, incluso “*extravagantes*”, respecto a una relación común entre iguales. En este espacio sensible, los derechos fundamentales pueden quedar sometidos a lesión, atentado o restricción en beneficio de los intereses económicos del empresario. Y no solo los estrictamente laborales, sino también los “*inespecíficos*”. La garantía y protección de estos derechos se ha convertido en tarea habitual del juez laboral, obligado a enfrentarse a lesiones de derechos fundamentales en una relación entre privados. La postura del TC de aceptar la eficacia de tales derechos en las relaciones interprivadas ha empujado al juez laboral ordinario a aceptar esa aplicación y a tutelarlos frente a posibles agresiones derivadas del medio laboral¹⁹⁹⁵.

Incluso, la protección del derecho constitucional vulnerado ha de actuar con carácter prioritario sobre cualquier otra garantía de rango legal. La STS de 17 de julio de 2013 contempló un supuesto de despido objetivo declarado nulo en la instancia por no haberse puesto a disposición del trabajador la indemnización procedente, cuando la nulidad se solicitaba por vulneración de la garantía de indemnidad. Prevalece la afectación de un derecho fundamental a los efectos que la ley atribuya a la falta de formalidad, sin que los efectos sean los mismos: Si el trabajador obtiene una sentencia en la que se declare que el despido obedecía a una intención anticonstitucional, la readmisión lleva implícita la restauración del derecho lesionado. En el caso del despido nulo por incumplimientos de índole formal, al no prejuzgarse la causa misma de la extinción, queda abierta la posibilidad de un nuevo despido en que se efectúa una acomodación de la forma a la legalidad correspondiente¹⁹⁹⁶.

4.1.3 Legitimación procesal.

4.1.3.1. Legitimación activa.

El sujeto que en una relación laboral puede invocar una lesión a un derecho fundamental (incluyendo expresamente “*la prohibición de tratamiento discriminatorio*”) es, sin duda, el trabajador, en el plano individual. En el plano colectivo la legitimación activa corresponde al sindicato. Cualquiera de estos sujetos pueden acceder a este proceso específico invocando un derecho o interés legítimo, a tenor de los arts. 2.f) y 177.1 LRJS.

La intervención del trabajador, como sujeto legitimado a título individual, no impide la intervención del sindicato al que éste pertenezca, o de aquel que ostente la condición de más representativo para personarse como coadyuvante. Incluso, el art. 177.2 LRJS amplía esta condición para los supuestos de discriminación, a “*las entidades públicas o privadas, entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados*”. Esta condición, sin embargo, impide personarse a estos sujetos, recurrir o continuar el proceso contra la voluntad del trabajador perjudicado.

Sin embargo, una visión más amplia permite ampliar esta legitimación a otras personas que no ostentan la condición de trabajadores asalariados, pero que pueden ser víctimas de acoso o de la lesión de sus derechos fundamentales con independencia del vínculo que le una al empresario, a quienes además se otorga la facultad de decidir la

¹⁹⁹⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago: “La aplicación judicial difusa de la Constitución en el orden jurisdiccional social”. *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 7. Mayo-agosto 1999. Pág. 215.

¹⁹⁹⁶ STS (Sala de lo Social), de 17 de julio de 2013, rec. N.º 2350/2012 (Normacef, NSJ047385).

clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la Ley. Se configura así un estatuto de garantías procesales de la víctima, que será la única legitimada en caso de acoso¹⁹⁹⁷. Además, estas personas, podrán dirigir pretensiones de tutela contra el empresario, o contra cualquier otro sujeto que resulte responsable (art. 177.4 LRJS).

Esta previsión hace pensar en otros sujetos legitimados activamente, siempre que la lesión se haya producido con motivo u ocasión de las relaciones jurídicas que son competencia del orden social. En este escenario, parece claro que se incluye a los trabajadores autónomos económicamente dependientes, cuando la vulneración se haya producido a raíz del ejercicio de su actividad profesional. El art. 6.3 del Estatuto del Trabajador Autónomo contempla expresamente que cualquier trabajador autónomo que considere lesionados sus derechos fundamentales o la concurrencia de un tratamiento discriminatorio podrá recabar la tutela del derecho ante el orden jurisdiccional competente por razón de la materia, mediante un procedimiento sumario y preferente. A este respecto, no cabe duda que el orden competente es el social, al serlo para conocer de todas las cuestiones litigiosas en relación a su régimen profesional (art. 2.d LRJS).

Llevado al extremo, cabe plantearse si el propio empresario podría ser víctima de una lesión de sus derechos fundamentales por el trabajador, tema que no debe sorprender cuando en el catálogo de las infracciones que son causa de despido, se prevén las ofensas físicas y verbales al propio empleador (art. 54. 2.c del ET) o el acoso al empresario por origen racial o étnico, religión, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario (art. 54.2.g del ET). Aunque podría pensarse que la supremacía del empresario y, en concreto, de su poder disciplinario y sancionador a la hora de responder frente a conductas del trabajador no necesita la tutela de los tribunales¹⁹⁹⁸, sin embargo, existen ya precedentes para utilizar esta vía procesal por parte de la empresa. Así, por ejemplo, la admisión de la demanda de una empresa para salvaguardar su derecho al honor, ante las expresiones formuladas por tres trabajadores y su sindicato que, en ejercicio de su libertad de expresión y en defensa de sus intereses, profirieron públicamente expresiones en pancartas y octavillas, con la acusación de “terrorismo patronal”.¹⁹⁹⁹

Desde la perspectiva colectiva, la lesión de derechos fundamentales otorga la legitimación activa al sindicato que invoque un derecho o interés legítimo. En estos casos, el papel de los sindicatos no se limita a ser meros coadyuvantes, sino que están legitimados para recabar la tutela del derecho lesionado, actuando y defendiéndose en juicio para la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio que no necesariamente han de revestir un contenido patrimonial²⁰⁰⁰. Tiene que existir un vínculo

¹⁹⁹⁷ ROLDÁN MARTÍNEZ, Aránzazu y HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel: “La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas a través de las modalidades procesales del art. 184 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 362 . Mayo 2013. Pág. 67.

¹⁹⁹⁸ CASTRO ARGÜELLES, Mª Antonia: "Derechos fundamentales en el proceso laboral". Cuarta ponencia temática "Los derechos fundamentales inespecíficos en el proceso laboral" en XXIV Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: "*Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*", celebrado en Pamplona, 29 y 30 de mayo de 2014. Pág. 73.

¹⁹⁹⁹ SAN (Sala de lo Social), de 15 de diciembre de 2015, N.º 220/2015 (Ar. JUR\2016\15446).

²⁰⁰⁰ STS (Sala de lo Social), de 28 de octubre de 2004, rec. N.º 1943/2003 (Normacef, NSJ016734).

especial y concreto entre el sindicato (sus fines y actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trate (STC 89/2003, de 19 de mayo, FJ 4º).

Incluso, pueden existir junto a las pretensiones de tutela a nivel individual o colectivo, supuestos de lesión múltiple en los que puede existir una situación de legitimación activa plural que desemboque en situaciones consorciales²⁰⁰¹. El resultado será entonces la constitución de un litisconsorcio activo entre trabajador y sindicato, compartiendo ambos la misma posición procesal, con identidad de derechos y facultades, pero persiguiendo intereses distintos²⁰⁰².

4.1.3.2 Legitimación pasiva.

Si bien el sujeto pasivo debiera ser el empresario, surge la cuestión de si la vulneración ha de provenir del empresario frente al trabajador, o cabe la proveniente de cualquier otro empleado de la empresa con independencia de su categoría o situación laboral, o incluso de un tercero. La única referencia expresa a la legitimación pasiva en el proceso de tutela se contiene en el art. 182.1.b), cuando al regular el contenido de la sentencia establece que ésta declarará la nulidad radical de la actuación del empleador, asociación patronal, administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada.

La novedad que se produce en la LRJS, es que ya en su art. 2.f), en materia de atribución competencial, reconoce la legitimación pasiva al autor de la lesión del derecho fundamental que el art. 177.4 de la misma norma se refiere tanto al empresario como a cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del vínculo que le une al empresario, atribuyendo a la víctima la decisión acerca de constituir un eventual litisconsorcio pasivo necesario en esta modalidad de tutela.

En este sentido, el art. 177.1 LRJS delimita este procedimiento al ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden social, o en conexión directa con las mismas, incluso las formuladas contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios, siendo tal amplitud una novedad incluso, entre los países de nuestro entorno²⁰⁰³.

Respecto a la constitución del litisconsorcio pasivo necesario, que queda a voluntad de la víctima, a tenor del art. 177.4 LRJS, se trata de llamar al proceso a todos aquellos que puedan resultar afectados, en sus derechos e intereses, por el proceso

²⁰⁰¹ CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, Ana M^a: "El proceso laboral de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas en la Ley reguladora de la jurisdicción social". Boletín del Ministerio de Justicia. Mayo 2012. Pág. 13.

²⁰⁰² CAVAS MARTÍNEZ, Faustino: "El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales". Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2004. Pág. 223.

²⁰⁰³ Una referencia al derecho comparado, en FOLGUERA CRESPO, José Ángel: "Artículo 177", en FOLGUERA CRESPO, José Ángel; SALINAS MOLINA, Fernando y SEGOVIANO ASTABUROAGA, M.^a Luisa (Dirs.): "Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social". Ed. Lex Nova-Thompson Reuters. Valladolid, 2012 (3ª ed.). Págs. 733-734.

judicial seguido, bien porque así lo imponga la Ley o porque vengan vinculados con el objeto de la controversia²⁰⁰⁴.

Por esta razón el legislador social se ha visto en la obligación de matizar que si la víctima pretende la condena del autor directo de la lesión o pudiera resultar directamente afectado por la resolución que se dictase, necesariamente deberá constituir litisconsorcio pasivo²⁰⁰⁵. Es decir, es necesario codemandar junto al empresario, al causante directo de la lesión, en la medida que resulte directamente afectado por la resolución que se dicte.

Las consecuencias prácticas en esta materia son muy importantes y ya venían avaladas por el TS antes de la LRJS, aplicándose sobre todo a supuestos de acoso, cuya conducta puede tener origen en el empresario, pero también en otro trabajador o en un tercero, siempre en el ámbito de la relación laboral. Salvo en los casos de responsabilidad penal, no tendría sentido que ante un supuesto de acoso o lesión de un derecho fundamental, el trabajador tuviera que acudir a Orden Social cuando demanda al empresario y al Orden Civil, cuando la acción por la lesión cometida va dirigida a un tercero (compañero de trabajo, superior, trabajador de otra empresa, etc.)²⁰⁰⁶.

Como referente y antecedente de la actual regulación, la STS de 30 de enero de 2008 unificó doctrina en un proceso de tutela de derechos fundamentales en el que se alegaba haber sufrido acoso laboral por parte del superior jerárquico. En este sentido, se estableció que era preciso demandar no solo a la empresa, sino también al acosador, para no estimar defectuosa la constitución de la relación jurídico-procesal por existencia de litisconsorcio pasivo necesario. El fundamento, ante un caso de acoso, es que todas las conductas y actuaciones relativas al mismo, sea quien sea el autor de las mismas, forman un todo unitario y constituyen una realidad claramente cohesionada. *"Este carácter unitario exige también un tratamiento procesal unificado; la unidad y conexión de las situaciones y conductas acontecidas obliga a que su enjuiciamiento se lleve cabo en un mismo proceso. Parece contrario a razón y carente de sentido dar un tratamiento procesal separado y distinto a las responsabilidades y consecuencias derivadas de una misma actividad acosadora"*²⁰⁰⁷.

4.1.4 La intervención del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal ha de ser siempre parte en estos procesos, a tenor del art. 177.3 LRJS. Su presencia se justifica en el papel de garante del orden público procesal, reforzada por la necesidad de velar por el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas que le atribuye el art. 124 de la CE y su Estatuto orgánico²⁰⁰⁸.

²⁰⁰⁴ STS (Sala de lo Social), de 19 de junio de 2007, rec. N.º 543/2006 (Ar. RJ 2007\6119).

²⁰⁰⁵ CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, Ana M^a: *"El proceso laboral de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas en la Ley reguladora de la jurisdicción social"*. Boletín del Ministerio de Justicia. Mayo 2012. Pág. 17.

²⁰⁰⁶ Véase, sobre el antiguo art. 175 LPL (actual art. 177 LRJS), el comentario y la jurisprudencia en MONEREO PÉREZ, José Luis y FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio: "Artículo 175", en MONEREO PÉREZ, José Luis (Dir.): *"El nuevo proceso laboral. Estudio técnico-jurídico de la Ley de Procedimiento Laboral"*. Ed. Comares. Granada, 2011. Págs. 798 y ss.

²⁰⁰⁷ STS (Sala de lo Social), de 30 de enero de 2008, rec. N.º 2543/2006 (Normacef, NSJ025754).

²⁰⁰⁸ El art. 124.1 de la CE encomienda al Ministerio Fiscal la misión de *"promover la acción de la justicia en*

En el terreno laboral y especialmente en el proceso de tutela de derechos fundamentales, la LRJS le encomienda la defensa de estos derechos y libertades, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas e interesando la adopción, en su caso, de las medidas necesarias para depurar las conductas delictivas.

Su intervención lo es en concepto de parte principal, debiendo ser emplazado y citado al acto del juicio e interviniendo en todas las actuaciones procesales. Sin embargo, no parece que pueda iniciar el proceso, pues el art. 177.1 LRJS (sujetos legitimados) no le reconoce legitimación para interponer la demanda inicial de tutela²⁰⁰⁹. A pesar de ello, el Ministerio Fiscal sí podrá continuar por sí mismo el proceso, oponiéndose a los actos de disposición de la acción (renuncia, desistimiento, transacción y allanamiento), o recurrir la sentencia que se dicte, pese a la conformidad o no del resto de las partes, o bien, si el recurso lo presentaran las partes, se le dará traslado a efectos de su eventual impugnación, actuando con independencia de los litigantes²⁰¹⁰.

La normativa procesal omite cualquier referencia a la posición procesal que, iniciado el juicio, ocupa el Ministerio Fiscal. Ello permite afirmar que, en función de las circunstancias concurrentes en el caso, podrá actuar como legitimado activo y/o pasivo, teniendo en cuenta que, desde ambas perspectivas, puede cumplir su función de garante de los derechos fundamentales²⁰¹¹.

DE LA PUEBLA PINILLA, califica la intervención del Ministerio Fiscal de "*amicus curiae*", informando con parcialidad sobre lo que proceda en cada asunto concreto, de acuerdo al ordenamiento jurídico. Su intervención es una quiebra al principio dispositivo sobre el objeto del proceso, que aproxima al proceso especial de tutela de derechos fundamentales al principio de oficialidad. Su condición de parte, similar a la que ostentan el resto de sujetos procesales (salvo iniciar el procedimiento y ser condenado en sentencia), le faculta para adoptar la posición típica de demandado, pero también, si al interés jurídico que defiende le conviniera, la de demandante²⁰¹².

Al intervenir el Ministerio Fiscal como parte, el demandante le ha de presentar copia de la demanda y de los demás documentos que la acompañan, procediéndose a

defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley". En este sentido, el art. 3.3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, le atribuye la función de "*velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa*".

²⁰⁰⁹ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino: "*El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2004. Pág. 260.

²⁰¹⁰ GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: "El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en la Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social: Garantías del procedimiento y contenido de la sentencia". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 8. Abril 2012. Págs 79-80.

²⁰¹¹ TUDELA CAMBRONERO, Gregorio: "En torno al proceso de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales" en AA.VV.: "*El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*". Ed. Lex Nova. Valladolid. 2001. Pág. 826.

²⁰¹² DE LA PUEBLA PINILLA, Ana: "Comentario al artículo 175", en DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (Dir.): "*Ley de Procedimiento Laboral comentada y con jurisprudencia*". Ed. La Ley. Madrid. 2006. Pág. 1252. Téngase en cuenta que el comentario es a la LPL de 1995, en la que el actual art. 177 LRJS era el 175.

realizar la citación en tiempo y forma, con entrega al mismo de la copia de dichos documentos (arts. 80.2 y 82.2 LRJS), debiendo el órgano judicial emplazarle y permitirle su intervención en el proceso. El efecto que se produce en caso de no llevarse a cabo la citación al Ministerio Fiscal es la nulidad de las actuaciones a partir de la presentación de la demanda. Esta nulidad es fruto de la exigencia de orden público, apreciable incluso de oficio, sin la que no puede constituirse válidamente la relación jurídico-procesal²⁰¹³.

A pesar de que su actuación es un elemento esencial del procedimiento, hasta el punto de que su ausencia determina la nulidad de pleno derecho de los actos judiciales seguidos sin su intervención, cabe matizar esta categórica afirmación. Es preciso llevar a cabo una precisa y ponderada valoración de las circunstancias concurrentes antes de determinar categóricamente la nulidad de actuaciones. Si bien es cierto que la falta de notificación al Ministerio Fiscal para su intervención en juicio puede provocar una situación de indefensión material, que debe ser sancionada con la nulidad de actuaciones, deben valorarse las circunstancias concurrentes: La actitud de las partes y su falta de invocación por ninguna de ellas, la formulación o no de protesta, el hecho de causar o no indefensión y la propia decisión del Ministerio Fiscal de intervenir, pues su actuación es potestativa para él²⁰¹⁴. En estos casos y ante su ausencia, no se podrá suspender el proceso, ni se podrá dudar de la validez de lo actuado por las partes²⁰¹⁵.

Sobre la previsión del art. 177.3 LRJS, que prevé la adopción por el Ministerio Fiscal de las medidas necesarias para la depuración de eventuales responsabilidades delictivas, se alude a la posibilidad que tiene de actuar en vía penal contra quienes pudieran aparecer como autores de cualquier delito contra los derechos fundamentales tipificado en el CP. Tampoco hemos de entender que su actuación quede reducida a este ámbito penal, pues ello supondría olvidar la verdadera dimensión del Ministerio Fiscal, que va más allá, en cuanto garante y defensor de los derechos fundamentales de los ciudadanos²⁰¹⁶.

4.1.5 Principios del proceso especial de tutela de los derechos fundamentales en el Orden Social.

4.1.5.1 Principios generales y específicos de esta modalidad procesal.

Son aplicables a la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales los principios informadores del proceso laboral previstos en el art. 74 LRJS: Inmediación, oralidad, concentración y celeridad. Estos principios "*orientarán la interpretación y*

²⁰¹³ GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: "El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en la Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social: Garantías del procedimiento y contenido de la sentencia". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 8. Abril 2012. Págs. 80-81.

²⁰¹⁴ DE LA PUEBLA PINILLA, Ana: "Comentario al artículo 175", en DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (Dir): "*Ley de Procedimiento Laboral comentada y con jurisprudencia*". Ed. La Ley. Madrid. 2006. Pág. 1253. Téngase en cuenta que el comentario es a la LPL de 1995, en la que el actual art. 177 LRJS era el 175.

²⁰¹⁵ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino: "*El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2004. Pág. 263.

²⁰¹⁶ GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: "El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en la Ley 36/2011, de la Jurisdicción Social: Garantías del procedimiento y contenido de la sentencia". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 8. Abril 2012. Pág. 81.

aplicación de las normas procesales propias de las modalidades procesales reguladas en la presente Ley" (art. 74.2 LRJS).

Además, cabe encontrar a lo largo de la propia LRJS, en la CE o en la LOPJ, otros principios inspiradores del proceso laboral, como son los de publicidad (arts. 120.1 CE, 232.1 LOPJ), gratuidad (art. 119 CE), impulso de oficio (art. 237 LOPJ y 43.2 LRJS), la garantía del derecho a la defensa, la evitación de formalismos innecesarios o el respeto debido a las exigencias de la buena fe procesal. Asimismo, comparte con el proceso civil, los principios de contradicción, dualidad de partes, justicia rogada e igualdad²⁰¹⁷. A ello, se añaden, como principios específicos característicos de esta modalidad procesal, impuestos a raíz de lo previsto en el art. 53.2 CE, los de preferencia y sumariedad, que diferencian la sustanciación del procedimiento con el proceso común.

4.1.5.2 El principio de preferencia.

El art. 179.1 LRJS otorga un carácter urgente a la tramitación de este proceso, siendo preferente respecto a todos los que se sigan en el juzgado o tribunal. Incluso, la interposición de los recursos, gozarán de igual preferencia. Supone, por tanto, una excepción legal a la norma general del art. 249 LOPJ: "*Las vistas de los asuntos se señalarán por el orden de su conclusión, salvo que en la ley se disponga otra cosa*".

En consonancia con la interpretación del TC sobre la preferencia, como "*prioridad absoluta por parte de las normas que regulan la competencia funcional o despacho de los asuntos*" (STC 81/1992, de 28 de mayo, FJ 4º), este principio implica una prioridad absoluta en el reparto, celebración del juicio y fallo de estos asuntos, que pasan por delante de cualquier otro proceso pendiente en el Juzgado o Tribunal. Esto es, permite alterar el orden regular de la tramitación y/o decisión de los asuntos, debiendo ser incoados aquellos referentes a la tutela de derechos fundamentales, inmediatamente después de que se presente el escrito en el que se plantee dicha pretensión, sin esperar el turno que le corresponda, postergándose el conocimiento de los restantes litigios, aunque hayan sido instados con anterioridad²⁰¹⁸.

Cabe apuntar, sin embargo, a raíz de la reflexión de MERCADER UGUINA, la escasez endémica de medios personales y materiales de la Administración de justicia, que puede conllevar un postergamiento excesivo incluso de los procesos considerados como preferentes, correspondiendo la decisión final al propio órgano judicial. Será el propio juez o tribunal, quien haya de evaluar, de acuerdo a los medios con los que cuente, la urgencia real de la resolución²⁰¹⁹. En contra de dotar de un carácter facultativo a una garantía procesal, GUTIÉRREZ PÉREZ apunta a que no cabe desobedecer una exigencia

²⁰¹⁷ GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: "El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en la Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social: Garantías del procedimiento y contenido de la sentencia". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 8. Abril 2012. Pág. 82.

²⁰¹⁸ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino: "*El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2004. Pág. 267.

²⁰¹⁹ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: "Comentario al artículo 177", en DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (Dir.): "*Ley de Procedimiento Laboral comentada y con jurisprudencia*". Ed. La Ley. Madrid. 2006. Pág. 1262. Téngase en cuenta que el comentario se refiere a la LPL de 1995, en la que el actual art. 179 LRJS era el 177.

impuesta desde el art. 53.2 CE, con la única finalidad de salvar las deficiencias de organización y funcionamiento que presentan nuestros órganos judiciales²⁰²⁰.

Esta especial preferencia se aplica incluso sobre otras modalidades procesales que también tienen este carácter, como los procesos de vacaciones (art. 126 LRJS), de movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 138.5 LRJS) y de los procedimientos para la concreción horaria y la determinación del periodo de lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares (art. 139 LRJS); así como en los procesos de conflictos colectivos, por lo que ha venido a calificarse de "superpreferencia"²⁰²¹.

4.1.5.3 El principio de sumariedad.

La sumariedad procesal puede ser interpretada en un sentido cuantitativo (en el sentido de rapidez y celeridad) o en un sentido cualitativo (limitación del conocimiento judicial a la lesión producida, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza, aspecto este ya comentado anteriormente).

Por sumariedad, entendida como celeridad o rapidez en la tramitación, o en palabras del TC, "proceso sumario" tan solo cabe entender la exigencia constitucional de que los procesos de protección jurisdiccional sean sustancialmente rápidos o acelerados (STC 81/1992, de 28 de mayo, FJ 4º). Ello conlleva la supresión de algunas formalidades, acortamiento de los plazos procesales, agilización de trámites y, en general, acentuación de la celeridad en la actuación judicial²⁰²².

Son manifestaciones concretas de la sumariedad, entendida como un plus de urgencia en la tramitación de estos procedimientos, los siguientes²⁰²³:

- La declaración del mes de agosto como hábil para realizar actuaciones judiciales comprendidas en esta modalidad procesal (art. 43.4 LRJS).
- La eliminación de los trámites de conciliación preprocesal o reclamación administrativa previa (arts. 64 y 70 LRJS). Si bien, en este sentido, nada impide que las partes puedan llegar a un acuerdo que evite el proceso judicial, dado que la LRJS otorga carácter potestativo u opcional a estas vías en este procedimiento²⁰²⁴.

²⁰²⁰ GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: "El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en la Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social: Garantías del procedimiento y contenido de la sentencia". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 8. Abril 2012. Pág. 84.

²⁰²¹ MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael: "Tutela de la libertad sindical", en AA.VV.: "Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral". CGPJ. Madrid, 1991. Pág. 250.

²⁰²² CAVAS MARTÍNEZ, Faustino: "El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales". Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2004. Pág. 269.

²⁰²³ TUDELA CAMBRONERO, Gregorio: "En torno al proceso de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales" en AA.VV.: "El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil". Ed. Lex Nova. Valladolid. 2001. Pág. 830.

²⁰²⁴ CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, Ana Ma: "El proceso laboral de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas en la Ley reguladora de la jurisdicción social". Boletín del Ministerio de Justicia. Mayo 2012. Pág. 18.

- La declaración de ejecutividad de las sentencias condenatorias dictadas en el proceso, sin perjuicio del recurso que contra ellas se interponga (art. 303 LRJS).
- La reducción general de los plazos que afectan a todas las actuaciones llevadas a cabo en este procedimiento (art. 181 LRJS).

4.2. PROCEDIMIENTO Y TRAMITACIÓN.

4.2.1 La interposición de la demanda.

El inicio del procedimiento tiene lugar con la interposición de la demanda, que habrá de realizarse dentro del plazo general de prescripción o caducidad de la acción previsto para las conductas o actos sobre los que se concrete la lesión del derecho fundamental o libertad pública (art. 179.2. LRJS).

El plazo dentro del cual pueda interponerse la demanda depende, por tanto, de la específica naturaleza de la lesión o de la situación jurídica en que se materializa aquella. Si bien los derechos fundamentales son permanentes e imprescriptibles, ello es perfectamente compatible con el establecimiento de límites temporales dentro del ordenamiento para el ejercicio de las correspondientes acciones (STC 7/1983, de 14 de febrero, FJ 3º). Si la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales no es un obstáculo al carácter temporal de las acciones para su defensa, la irrenunciabilidad de tales derechos no impide tampoco la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones (STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 7º).

Si la lesión es de tracto único y sus efectos ya se agotaron, el inicio del plazo de caducidad es fácilmente deducible. En estos casos y aunque estos efectos quedaran ya reparados, la pérdida sobrevenida del objeto del proceso no niega la estimación de la lesión, aunque en este supuesto, sus efectos sean meramente declarativos y deban limitarse a la anulación de la resolución impugnada visto el desarrollo posterior del proceso (STC 257/2000, de 30 octubre, FJ 2º).

Cuando, por el contrario, los efectos de la lesión no se agotan en un solo acto, sino que son de tracto sucesivo, la caducidad no deja de operar si no se ha solicitado la tutela dentro del plazo previsto para la acción, y cuyo inicio coincide con la efectividad de la conducta lesiva, sin perjuicio de que, en la lesión mediante conductas sucesivas, quepa interponer la correspondiente acción de tutela contra cada una de ellas²⁰²⁵.

En cuanto a los requisitos de la demanda, además de los generales previstos en el art. 80.1 LRJS (exigencia de forma escrita, el órgano al que se presenta, la designación del demandante, demandado e interesados, los hechos sobre los que versa la pretensión, la súplica correspondiente, fecha y firma), el art. 179.3 LRJS exige que se expresen con claridad los hechos constitutivos de la vulneración alegada, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida. Se trata de exigencias esenciales

²⁰²⁵ TUDELA CAMBRONERO, Gregorio: "En torno al proceso de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales" en AA.VV.: *"El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil"*. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2001. Págs 835-836.

para la tramitación del procedimiento, por lo que su incumplimiento, sin perjuicio de la subsanación al amparo del art. 81.1 LRJS, provocaría el archivo de la demanda.

El requisito de la cuantía de la indemnización pretendida ha de ponerse en relación con el contenido de la sentencia previsto en el art. 183.1 LRJS, a tenor del cual, cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que corresponda a la parte demandante, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

La jurisprudencia del TS viene imponiendo al demandante la carga de alegar adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización pretendida, así como a desplegar una actividad tendente a acreditar en el proceso indicios o puntos de apoyo suficientes en los que pueda asentar la condena indemnizatoria. Así, se establece que *“el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión; y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase”*²⁰²⁶.

Por último, con el fin de prevenir el enriquecimiento injusto, el art. 183.4 LRJS prevé que no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social cuando se haya ejercido la acción civil derivada del delito en vía penal, mientras no se desista del ejercicio de aquella o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social.

En el plano procesal, una vez admitida la demanda, el secretario judicial citará a las partes para los actos de conciliación y juicio, que habrán de tener lugar dentro del plazo improrrogable de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. En todo caso, habrá de mediar un mínimo de dos días entre la citación y la efectiva celebración de aquellos actos (art. 181.1 LRJS).

4.2.2 La adopción de medidas cautelares.

En el mismo escrito de interposición de la demanda el actor podrá solicitar la suspensión de los efectos del acto impugnado y las medidas necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en sentencia (art. 180.1 LRJS). La novedad más importante es la regulación extensiva, abierta y flexible de la posibilidad de solicitar medidas cautelares, antes solo previstas para la tutela de la libertad sindical²⁰²⁷.

Se trata de un incidente procesal brevísimo (en el día siguiente a la solicitud, el Secretario cita a las partes y al Ministerio Fiscal en 48 horas) reducido a una

²⁰²⁶ STS (Sala de lo Social), de 6 de abril de 2009, rec. N.º 191/2008 (Normacef, NSJ029950).

²⁰²⁷ TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo: “La renovación de la justicia social (Valoración crítica de la reforma procesal que culmina con la inminente nueva Ley de procedimiento Laboral). *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros), N.º 341-342. Agosto-septiembre de 2011. Pág. 45.

comparecencia en la que solo se admiten alegaciones y pruebas sobre la suspensión solicitada. El órgano judicial resolverá en el acto mediante auto dictado de viva voz, adoptando las medidas oportunas para reparar la situación (art. 180.5 y 6 LRJS).

Cabe tener en cuenta que solo la solicitud expresa del demandante puede dar lugar a la apertura del incidente de suspensión, tendente a resolver sobre el particular, no siendo posible, por tanto, que el órgano judicial acuerde de oficio la suspensión. Esta solicitud, a tenor del art. 180.1 LRJS debe realizarse en el mismo escrito de interposición de la demanda. No queda claro, sin embargo, si la suspensión del acto cabe tanto para acciones como para omisiones, cuando unas y otras vulneren derechos fundamentales. La suspensión es adecuada para actos o decisiones que implican un comportamiento activo o positivo. Por el contrario, las conductas omisivas puras encuentran más difícil acomodo a esta garantía de la suspensión, como por ejemplo, la decisión empresarial de no contratar a alguien por motivos ideológicos o religiosos, en el que no se podría solicitar del juez que obligue al empresario a contratar cautelarmente²⁰²⁸.

Se acordará la suspensión del acto impugnado cuando su ejecución produzca al demandante perjuicios que pudieran hacer perder a la pretensión de tutela su finalidad, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave y desproporcionada a otros derechos y libertades o intereses superiores constitucionalmente protegidos. Sin embargo, se establecen las siguientes particularidades, en función del objeto de tutela:

Cuando se invoque vulneración de la libertad sindical, sólo se podrá deducir la suspensión de efectos del acto impugnado cuando las presuntas lesiones impidan la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas o cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación (art. 180.2 LRJS).

En los casos de huelga, podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares cuando se impugnen exclusivamente los actos de determinación del personal laboral adscrito a los mínimos necesarios para garantizar los servicios esenciales de la comunidad, así como cuando se impugnen los actos de designación del personal laboral adscrito a los servicios de seguridad y mantenimiento precisos para la reanudación ulterior de las tareas. El órgano jurisdiccional resolverá manteniendo, modificando o revocando la designación de personal adscrito a dichos servicios conforme a las propuestas que, en su caso, formulen al respecto las partes (art. 180.3 LRJS).

Cuando la demanda se refiera a la protección frente al acoso, o en los procedimientos a instancia de la trabajadora víctima de violencia de género, podrán solicitarse, además, la suspensión de la relación o la exoneración de prestación de servicios, el traslado de puesto o de centro de trabajo, la reordenación o reducción del tiempo de trabajo y cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse, incluidas, en su caso, aquéllas que pudieran afectar al presunto acosador o vulnerador de los derechos o libertades objeto de la tutela pretendida, en cuyo supuesto deberá ser oído éste (art. 180.4 LRJS).

²⁰²⁸ GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: "El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en la Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social: Garantías del procedimiento y contenido de la sentencia". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 8. Abril 2012. Págs. 89 y 90.

El órgano judicial resolverá, al término de la audiencia, sobre las medidas cautelares solicitadas mediante auto dictado de viva voz, adoptando, en su caso, las medidas oportunas para reparar la situación (art. 180.4 LRJS).

4.2.3 Especialidades en materia de prueba: La inversión de la carga de la prueba.

El art. 181.2 LRJS prevé que en el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Se produce así una inversión de la carga de la prueba, donde al demandante se le exige la aportación de un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental. No se exige pues una prueba cumplida y concluyente, sino la aportación o concurrencia de indicios.

El TC ha validado la concurrencia de indicios como principio de prueba, (por todas, SSTC 90/1997, de 6 de mayo, 66/2002, de 21 de marzo, y 17/2003, de 30 de enero). El trabajador ha de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia (STC 207/2001, de 22 de octubre). El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe revelar la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha de la lesión denunciada (SSTC 87/1998, de 21 de abril; 293/1993, de 18 de octubre; 140/1999, de 22 de julio; 29/2000, de 31 de enero; 207/2001, de 22 de octubre; 214/2001, de 29 de octubre; 14/2002, de 28 de enero; 29/2002, de 11 de febrero, y 30/2002, de 11 de febrero).

En este sentido, cobra importancia el tipo de conexión necesaria para apreciar la concurrencia del indicio. No cabe exigir al trabajador la aportación de una prueba plena relacionando la decisión empresarial con el ejercicio del derecho fundamental, “pues tal exigencia nos situaría fuera del esquema de distribución de cargas probatorias al que responde la denominada prueba indiciaria en el proceso laboral”. El trabajador cumplirá su carga probatoria aportando hechos a partir de los cuales “*surja razonablemente un panorama indicativo de la posible restricción en el derecho fundamental*” (STC 66/2002, de 21 de marzo, FJ 5).

Si existen indicios de lesión de derechos fundamentales, atañe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a toda vulneración del derecho fundamental de que se trate. La finalidad de la inversión de la carga probatoria no es otro que evitar la ocultación de los verdaderos motivos empresariales que son contrarios a los derechos fundamentales²⁰²⁹. Así, se ha puesto de relieve “*la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial, dificultad de prueba que explica la*

²⁰²⁹ FOLGUERA CRESPO, José Ángel: “Artículo 181”, en FOLGUERA CRESPO, José Ángel; SALINAS MOLINA, Fernando y SEGOVIANO ASTABUROAGA, M.^a Luisa (Dirs.): “*Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*”. Ed. Lex Nova-Thompson Reuters. Valladolid, 2012 (3^a ed.). Pág. 750.

jurisprudencia del TC sobre la prueba indiciaria en el proceso laboral desde sus primeros pronunciamientos y que ha tenido concreciones en la propia legislación procesal" (STC 171/2003, de 29 de septiembre de 2003, FJ 3º).

Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite qué causas explican objetiva, razonable y proporcionalmente su decisión, eliminando toda sospecha de lesión de un derecho fundamental o libertad pública del trabajador. Ahora, bien, otra cuestión es la del reparto de la carga probatoria en la parte en quien concurre mayor disponibilidad de medios y proximidad a las fuentes de prueba (art. 217.7 LEC). En palabras del TS, "*debe recaer la carga de probar sobre la parte a la que le sea posible hacerlo si a la contraria le es imposible o existe una dificultad sobresaliente de orden objetivo*"²⁰³⁰.

Desde la perspectiva constitucional, ambas partes deben asumir cargas probatorias (SSTC 171/2003, de 29 de diciembre y 138/2006, de 8 de mayo): El trabajador, mediante la acreditación de indicios razonables de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, de 21 de marzo, FJ 2º); principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 114/1989, de 22 de junio, FJ 5, y 85/1995, de 6 de junio, FJ 4º). El empresario debe acreditar que las causas por él alegadas explican objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 3, y 136/1996, de 23 de julio, FJ 6º).

A pesar de que procesalmente cabe hablar de inversión de la carga de la prueba, sin embargo, realmente no concurre esta inversión, en la medida de que las exigencias probatorias no se modifican. El demandante no queda relevado de la carga de probar pasando ésta al contrario, ya que debe desplegar una primera e ineludible tarea probatoria y no meramente alegatoria²⁰³¹.

Se trata, en definitiva, de la garantía más característica de cuantas posee este proceso, en aras a obtener la tutela de cualquiera de los derechos fundamentales en el seno de la empresa, habida cuenta de las ventajas que la misma comporta para el trabajador en su posición de demandante, que lo colocan en una posición de privilegio respecto al empresario, aunque solo desde la perspectiva procesal²⁰³².

²⁰³⁰ STS (Sala de lo Civil), de 4 de mayo de 2000, rec. N.º 2276/1995 (Ar. RJ 2000\3385).

²⁰³¹ CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana M^a: "La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en el proceso laboral, a propósito de la reforma de la jurisdicción social". Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional): "*Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada*". A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011. Pág. 384. En el mismo sentido, GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: "El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en la Ley 36/2011, de la Jurisdicción Social: Garantías del procedimiento y contenido de la sentencia". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 8. Abril 2012. Pág. 91.

²⁰³² GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: "El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en la Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social: Garantías del procedimiento y contenido de la sentencia". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 8. Abril 2012. Pág. 94.

4.2.4 El contenido de la sentencia.

El art. 182.1 se refiere a la sentencia, como a la "*declaración de haber lugar o no al amparo solicitado*". En este sentido, el órgano judicial solo tiene dos opciones: Declarar la existencia o no de la vulneración denunciada, sin que pueda una vez admitida a trámite la demanda evitar pronunciarse sobre el fondo del asunto, salvo que la admisión a trámite hubiera sido un error del propio órgano judicial, que éste deberá solucionar en la sentencia, declarando la inadecuación de procedimiento²⁰³³.

Esta sentencia tendrá lugar en el plazo de tres días desde la celebración del juicio, publicándose y notificándose inmediatamente a las partes o a sus representantes (art. 181.3 LRJS). Estos plazos, no son más que el reflejo del principio de urgencia o sumariedad que rige toda la regulación normativa de este procedimiento²⁰³⁴.

Dicha sentencia habrá de plasmarse siempre por escrito, a tenor de lo dispuesto por el art. 50.2 LRJS, que establece que no podrán pronunciarse sentencias de viva voz, entre otros, en los procesos de tutela de derechos fundamentales. Dicha afirmación viene justificada, por un lado, por la trascendencia de la materia que es objeto de conflicto, esto es, los derechos fundamentales y, por otro lado, por la posibilidad de interponer recurso de suplicación contra la citada sentencia²⁰³⁵.

Si la sentencia estimara la vulneración denunciada, es decir, declarase "*haber lugar al amparo solicitado*", dicha sentencia será mixta, declarativa y de condena²⁰³⁶.

En cuanto al contenido declarativo, se incluirán dos pronunciamientos: La declaración de la existencia de vulneración, indicando el derecho o libertad infringidos y la declaración de nulidad radical de la conducta del empresario (asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada).

La nulidad radical implica dejar sin efectos, incluso con carácter retroactivo, la conducta lesiva, obligando al sujeto infractor a restituir al demandante en su derecho, lo que lleva consigo a su vez, los siguientes pronunciamientos de condena: 1) Ordenar el cese inmediato del comportamiento lesivo; 2) la reposición de la situación al momento anterior a producirse dicha vulneración y 3) obligará a la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable (art. 182.1 LRJS).

²⁰³³ CASTRO ARGÜELLES, M^a Antonia: "Derechos fundamentales en el proceso laboral". Cuarta ponencia temática "Los derechos fundamentales inespecíficos en el proceso laboral" en XXIV Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: "*Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*", celebrado en Pamplona, 29 y 30 de mayo de 2014. Págs. 26 y 27.

²⁰³⁴ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino: "*El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2004. Pág. 367.

²⁰³⁵ GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: "El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en la Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social: Garantías del procedimiento y contenido de la sentencia". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 8. Abril 2012. Pág. 104.

²⁰³⁶ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino: "*El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2004. Pág. 370.

El cese inmediato del comportamiento lesivo pretende detener los efectos negativos sobre el derecho fundamental protegido. Ahora bien, la orden judicial de cese solo será eficaz, si a la fecha de la sentencia se mantienen los efectos antijurídicos. En los demás casos, la declaración del cese inmediato del comportamiento carecerá de contenido real ejecutable²⁰³⁷.

La reposición al momento anterior a producirse la conducta lesiva, se dirige a asegurar una remoción de la situación antijurídica creada por el acto impugnado, aunque, en casos de lesiones instantáneas o sufridas en un periodo o momento concreto, resultará imposible o muy difícil. Cuando se trate de comportamientos activos del empresario, la eliminación retroactiva de las consecuencias que se derivan del mismo, se verá satisfecha con el solo cese de esta conducta; sin embargo, en el caso de comportamiento omisivo, se impone la realización forzosa del acto omitido o, al menos, de los actos necesarios para salvaguardar el derecho. En este sentido, el art. 182.1.d) ha venido a incorporar la reparación de los efectos derivados de la acción u omisión del sujeto responsable²⁰³⁸.

Respecto a la reparación de las consecuencias provocadas por la lesión, ésta se producirá en todo caso, sin que implique siempre una indemnización. Ésta solo procederá si se acreditan los daños y perjuicios que no puedan repararse de otra forma. Cuando el art. 183.1 LRJS alude a la indemnización que, "*en su caso corresponda*", hay que entender que no siempre corresponde, sino solo, "*en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados*".

El daño puede ser, por tanto, de carácter moral, siempre que sea indemnizable, o de carácter material, en función de los daños sufridos. Estos daños deberán constar en la demanda junto a las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador (art. 179.3 LRJS).

Esta redacción ha llevado a interpretar que procede el daño moral en toda lesión del derecho fundamental, al ser distinto de los daños materiales. Sin embargo, no cabe defender esta versión, porque lo que hace el legislador es distinguir la indemnización por daños y perjuicios de la indemnización por daños morales, pero a efectos de su estimación y cuantificación, no a efectos de la procedencia de la indemnización que solo tendrá lugar en función de la existencia de daños reales cuya realidad y justificación es preciso acreditar, sin que por tanto, se pueda considerar automática²⁰³⁹.

Ello es compatible con la determinación de la cuantía del daño, que el órgano

²⁰³⁷ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino: "*El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2004.. Pág. 373.

²⁰³⁸ GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: "El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en la Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social: Garantías del procedimiento y contenido de la sentencia". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 8. Abril 2012. Pág. 111.

²⁰³⁹ CASTRO ARGÜELLES, M^a Antonia: "Derechos fundamentales en el proceso laboral". Cuarta ponencia temática "Los derechos fundamentales inespecíficos en el proceso laboral" en XXIV Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: "*Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*", celebrado en Pamplona, 29 y 30 de mayo de 2014. Pág. 30.

judicial llevará a cabo "*prudencialmente*" cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño (art. 183.2 LRJS).

Esta indemnización será compatible con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el ET y demás normas laborales (art. 183.3 LRJS).

Además, con la finalidad de evitar el enriquecimiento injusto, no cabe admitir el ejercicio de una acción resarcitoria de los perjuicios sufridos por los mismos hechos, en dos procedimientos distintos y ante órdenes jurisdiccionales diferentes, cuando en ambos casos se persigue reparar el daño causado por la vulneración de un derecho fundamental. En este sentido, el art. 183.4 impide reiterar la pretensión indemnizatoria ante el Orden Social cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en el Orden Penal, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social.

En cuanto al contenido de la sentencia desestimatoria, implicará la declaración de inexistencia de la lesión del derecho fundamental que se hubiese invocado. Ahora bien, si el órgano judicial desestima la pretensión del demandante, no debe limitarse a afirmar que no son suficientes las pruebas aportadas por aquel, sino que ha de expresar los motivos por los cuales entiende que no existe la aparente vulneración del derecho fundamental invocado. En este sentido, el TC en un supuesto de discriminación, entendió que "*el art. 14 de la Constitución, al prohibir toda discriminación por razón de sexo, obliga a que el Juzgador, ante una situación como la presente que pueda suponer razonablemente una discriminación de ese tipo, no se limite a afirmar que no son suficientes las pruebas aportadas por el actor sino que ha de expresar los motivos por los cuales entiende que no existe la aparente discriminación*". (STC 38/1986, de 21 de marzo, FJ 4º).

Por último, en cuanto a las medidas cautelares que se hubieran adoptado, la sentencia se pronunciará expresamente, sobre lo que proceda sobre las mismas (art. 182.2 LRJS).

5. LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS TECNOLÓGICAS EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA Y SUS EFECTOS SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Una vez que se ha valorado la eficacia de los derechos fundamentales como límite a las relaciones entre sujetos particulares (eficacia horizontal), especialmente en la relación laboral, procede dar continuidad a la eficacia de la prueba obtenida a través de medios tecnológicos, para fundamentar un incumplimiento del vínculo entre las partes, al efecto de atribuir efectos jurídicos a una infracción cometida por una de ellas, en este caso del trabajador, que puede llegar incluso al despido.

Si la intromisión en el ámbito de la privacidad es ilegítima, resultarán vulnerados los derechos a la intimidad, secreto de las comunicaciones o a la protección de datos, por lo que la prueba ilícitamente obtenida para fundamentar un incumplimiento resultará nula, y con ella, cualquiera de los efectos que se deriven de dicho incumplimiento.

5.1. PLANTEAMIENTO Y FUNDAMENTOS LEGALES.

El acceso a los equipos informáticos que son propiedad de la empresa, pero utilizados por los trabajadores como herramienta de trabajo debe respetar los derechos fundamentales de los usuarios (trabajadores), tanto cuando se lleva a cabo por el empleador, como por un tercero.

El empleador accederá a los equipos (ordenador, correo electrónico, Internet o red social de la propia empresa, sistemas de mensajería y similares), con la finalidad de control y vigilancia del trabajo realizado. El art. 20 ET le otorga un poder de dirección a través del cual le legitima para comprobar que el trabajo objeto de las prestación del contrato se lleva a cabo según lo convenido. Estas medidas de vigilancia se convierten al mismo tiempo en medio de prueba de un incumplimiento laboral, pero, sin embargo, ello no legitima siempre al empresario para acceder a espacios que pueden estar blindados por alguno de los derechos fundamentales del trabajador.

El acceso a dichos equipos dependerá de varios factores para que pueda considerarse legítimo, lo que determinará que la información obtenida como prueba pueda ser válida. Pero el derecho a la intimidad tampoco ha de ser un obstáculo para el control empresarial. Entre estos factores, figuran básicamente la expectativa de privacidad del trabajador, previa información adecuada, sobre todo de la prohibición expresa, así como su conocimiento y consentimiento en el control.

De la misma forma, el acceso de un tercero, sea otro trabajador o bien una persona distinta y ajena al vínculo laboral, debe considerarse igualmente ilegítimo, si se realiza sin el consentimiento del usuario cuando éste es el único legitimado para utilizar el equipo puesto a su disposición, aunque fuera para fines profesionales. Por tanto, el resultado de la intervención y acopio de información no podrá servir de prueba para demostrar hechos que, en principio, pertenezcan a la intimidad del trabajador.

Las pruebas obtenidas y sometidas por las partes a un juez o tribunal tienen por objeto constatar los hechos cometidos que puedan desplegar efectos o consecuencias jurídicas. La prueba se dirige, por tanto, a formar la convicción del juzgador sobre la realidad de los hechos objeto del proceso y que son alegados por las partes en los escritos de calificación. Por lo tanto, esta actividad probatoria necesita de tres requisitos: La legalidad, o sumisión a una ordenación que afecta y condiciona su procedencia y eficacia; su licitud, o idoneidad, en el sentido de que las pruebas se obtengan con medios lícitos y sin vulneración de derechos fundamentales; y suficiencia, en el sentido de exigir una mínima actividad probatoria con todas las garantías judiciales²⁰⁴⁰.

A estos efectos, cabe distinguir el principio de legalidad de la prueba y el principio de licitud de la prueba. La legalidad de la prueba significa que los elementos de prueba deben obtenerse e incorporarse al proceso conforme a los principios y normas previstos en la Ley. Si no se respeta la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio la prueba será considerada "*irregular*", admitiéndose en determinados casos su subsanación y/o convalidación. La licitud presupone que la prueba debe obtenerse y practicarse con

²⁰⁴⁰ COSTA TORNÉ, M^a Cinta: "La prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales y sus excepciones". *Revista de Derecho* (Facultad de Derecho de la UNED). N.º 11. 2012. Págs. 138-139.

respeto a los derechos fundamentales, bajo pena de nulidad²⁰⁴¹.

La vulneración de derechos fundamentales en el acceso a los archivos almacenados en un equipo informático, determinará que los materiales probatorios obtenidos mediante dicho acceso habrán de ser considerados prueba ilícita y, por tanto, de acuerdo con lo previsto en art. 11 LOPJ, quedarán desprovistos de eficacia probatoria. En este sentido, no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. Se consagra así la llamada regla de exclusión, cuyos destinatarios últimos son los jueces y magistrados, e implica que éstos no podrán tomar en consideración cualquier elemento obtenido, directa o indirectamente, violando algún derecho fundamental²⁰⁴².

En esta línea, el art. 90.2 LRJS prevé en el ámbito del proceso laboral, que la consecuencia prevista por nuestro ordenamiento para las pruebas obtenidas directamente violentando los derechos fundamentales, es su exclusión del proceso al disponer que "*no se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas*".

Resulta así indiferente quien haya obtenido la prueba quedando vedada su admisión, práctica y valoración. Además, y de acuerdo con esta regla de exclusión, la ineficacia de la prueba ilícita provoca efectos reflejos o indirectos en otras pruebas derivadas, arrastrando a todas las restantes aunque hayan sido obtenidas o practicadas de forma lícita siempre que tengan su origen en la primera. Esta consecuencia se ha denominado "*doctrina del árbol envenenado*" (o también, en España, "*efecto dominó*"), originaria del derecho anglosajón ("*fruit of the poisonous tree*"). No obstante, la evolución jurisprudencial ha determinado la aplicación de algunas excepciones a esta regla general, que matiza la inicial ineficacia de la prueba practicada, cuando se produce el llamado "*descubrimiento inevitable*" o "*el hallazgo casual*"²⁰⁴³.

Por tanto, conviene aclarar que pueden existir pruebas derivadas o reflejas de la principal, en cuyo caso la vulneración de derechos fundamentales en la práctica de la primera vicia y anula todas las demás. Pero también pueden aparecer pruebas independientes o autónomas, aparte de aquella que es en sí misma ilícita y que tampoco tiene conexión causal con aquella violación inicial de los derechos fundamentales.

Esta distinción inicial tiene su importancia por cuanto únicamente la prueba independiente escapa a la regla de exclusión, deviniendo una prueba perfectamente

²⁰⁴¹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: "La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones". *Revista Catalana de Seguretat Pública* (Institut de Seguretat Pública de Catalunya). N.º 22. Mayo 2010. Págs 131-151. Págs. 132-133.
Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215/260389>

²⁰⁴² BAVIERA PUIG, Inmaculada: "Sobre la calificación del despido basado en pruebas ilícitas". *Revista Doctrinal Aranzadi Social* 12/2008. BIB 2008\2159. 2008. Pág. 8.

²⁰⁴³ Véase MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: "La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones". *Revista Catalana de Seguretat Pública* (Institut de Seguretat Pública de Catalunya). N.º 22. Mayo 2010. Págs 131-151. Págs. 131-151.
Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215/260389>

válida y eficaz en el proceso. El problema es el de su valoración, pues si bien debería hacerse de forma autónoma, las pruebas contaminadas podrían preconstituir un juicio de valor por parte del juzgador, aun de forma inconsciente, a partir de los hechos conocidos.

Se aprecia así la influencia del proceso penal, en la valoración de la eficacia y legalidad de la prueba, sobre todo respecto a la fase de instrucción y obtención de fuentes probatorias. Sin embargo, ha sido también en el orden social, donde más se ha debatido sobre ello, especialmente a partir de la implantación progresiva de las nuevas tecnologías. En este nuevo marco, la exclusión de los instrumentos de prueba, obtenidos con violación de derechos fundamentales, puede considerarse un punto de partida adecuado para lograr el equilibrio necesario con los principios esenciales del Derecho del Trabajo²⁰⁴⁴.

Con carácter general, la obtención de materiales probatorios solo puede ser considerada constitucionalmente lícita por no implicar vulneración de derechos fundamentales si concurre una de las dos circunstancias siguientes: La prueba se ha obtenido mediante una actividad que no comporta sacrificio de derechos fundamentales, o bien, la prueba se obtiene con sacrificio de derechos fundamentales, si se cumplen los requisitos exigidos para que tal sacrificio sea constitucionalmente admisible²⁰⁴⁵.

En este sentido, la prueba procesal puede tener por objeto la constatación de hechos o máximas de la experiencia (la que consiste en informes o dictámenes de expertos y que constituyen la prueba pericial), o la prueba de las actividades que un usuario realiza en un ordenador personal y que se basa en los materiales digitales generados por un ordenador, que quedan almacenados en éste y que permiten conocer la actividad desarrollada. En este último caso, es necesario el acceso al equipo informático, lo que conlleva una intromisión en un ámbito que puede resultar reservado, si no existe consentimiento del trabajador, o si no se ha implantado una política que anule la expectativa del usuario a mantener su privacidad en el equipo.

5.2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.

El art. 24.1 CE determina la prohibición de indefensión y su conexión con la bilateralidad, la contradicción y la igualdad de armas en el proceso. Un proceso que debe estar rodeado de todas las garantías, entre las que se encuentra la utilización de las pruebas pertinentes para la defensa y la presunción de inocencia²⁰⁴⁶.

La admisión de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales afecta al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la igualdad de partes en el juicio, pues una de ellas se ha provisto de instrumentos probatorios en contra de los derechos fundamentales de otro (art. 14 CE). Así, el concepto de medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) incorpora sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse "*pertinente*"

²⁰⁴⁴ GIL PLANA, Juan: "*La prueba en el proceso laboral: Disposiciones generales*". Ed. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor, 2005. Págs 191-192.

²⁰⁴⁵ VEGAS TORRES, Jaime: "*Obtención de pruebas en ordenadores personales y derechos fundamentales en el ámbito de la empresa*". Universidad Rey Juan Carlos. Madrid. 2011. Pág. 19.

²⁰⁴⁶ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: "Prueba y proceso laboral". *Derecho privado y Constitución*. N.º 4. Septiembre-Diciembre 1994. Págs. 163-221.

un instrumento probatorio así obtenido (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 5º).

Al valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, puede resultar lesionado, no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia. Ello sucederá si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas; pero si existen otras de cargo válidas e independientes, podrá suceder que, habiéndose vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte, finalmente, infringida (STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3º).

Ahora bien, esta invocación al derecho a la presunción de inocencia se restringe al procedimiento penal y, por extensión, al derecho administrativo sancionador. Es decir, las diferencias con el derecho laboral impiden aplicar la presunción de inocencia en los mismos términos que en el orden penal. Así, por ejemplo, la resolución contractual que implica el despido no conlleva la aplicación del derecho penal o administrativo. Por otro lado, un incumplimiento contractual o falta laboral, no incluye juicio alguno sobre la culpabilidad o inocencia del recurrente, cuyo derecho a ser presumido inocente no puede, en consecuencia, haberse vulnerado en este sentido. Además, como se ha dicho también reiteradamente por el TC, dicho procedimiento laboral se rige por el principio dispositivo y, en él, no se ejerce el *ius puniendi* del Estado (STC 30/1992, de 18 de marzo, FJ 7º).

En el proceso laboral, y más concretamente en los procesos por despido, la presunción de inocencia juega como una obligación para el empresario, en cuanto parte acusadora. Debe aportar el material probatorio suficiente para verificar los hechos imputados al trabajador, en su pretensión de evitar la condena o la procedencia del despido. Una aplicación estricta de la presunción de inocencia en el ámbito laboral llevaría a la imposibilidad de que el trabajador fuera condenado, por lo que el despido debería declararse nulo por vulneración de un derecho fundamental. La declaración de nulidad vendría entonces por la irradiación de la ilicitud en la obtención de la fuente de prueba a la calificación del despido disciplinario. Sin embargo, la ineficacia de la prueba ilícita debe acarrear la improcedencia del despido, al no poder acreditar la causa del mismo, calificándose de improcedente²⁰⁴⁷.

No obstante, existen algunos pronunciamientos que superan la declaración de improcedencia llegando hasta la declaración de nulidad del despido realizado sobre pruebas atentatorias de derechos fundamentales. Así, la STC 196/2004, de 15 de noviembre, calificó nulo el despido ante las pruebas deducidas en un reconocimiento médico donde se detectó el uso de drogas, no justificado por riesgos laborales ni por el consentimiento de la trabajadora.

Se ha dicho que el derecho a utilizar los medios pertinentes de prueba contenido en el art. 24 CE es de contenido complejo, pero sin embargo, no cabe olvidar que todas las normas procesales que rigen la prueba deben respetar dicho precepto²⁰⁴⁸.

La conjunción del derecho a no sufrir indefensión (art. 24.1 CE), y del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), se traduce en la exigencia de observar una

²⁰⁴⁷ BAVIERA PUIG, Inmaculada: "Sobre la calificación del despido basado en pruebas ilícitas". *Revista Doctrinal Aranzadi Social* 12/2008. BIB 2008\2159. 2008. Págs. 12-13.

²⁰⁴⁸ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: "Prueba y proceso laboral". *Derecho privado y Constitución*. N.º 4. Septiembre-Diciembre 1994. Págs. 176.

serie de principios que han sido desgranados por la jurisprudencia del TC (STC 14/1992, de 10 de febrero, FJ 6º), entre los que asumen especial importancia los de audiencia, contradicción e igualdad de armas procesales (entre otras, SSTC 4/1982, FJ 5º, 191/1987, FJ 1º, 226/1988, FJ 3º, 180/1991, FJ 4º y 227/1991, FJ 5º).

Todos estos derechos están al servicio de la defensa de los derechos e intereses legítimos. Derecho de defensa que reclama *"un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional"* (STC 226/1988, de 28 de noviembre, FJ 3º), que debe hacerlo posible sin que pueda desatenderse el mismo. El interesado ha de poder acceder a los Tribunales y defender su pretensión ante ellos en condiciones de *"igualdad de partes"* (STC 191/1987, de 1 de diciembre, FJ 1º). Igualdad de las partes en el proceso o *"igualdad de armas en él"* (STC 226/1988, de noviembre, FJ 3º), que se integra, al igual que el principio de contradicción, en el art. 24 CE, antes que en el art. 14 CE, si bien el propio TC ha entendido que los llamados *"privilegios probatorios"* son contrarios a este último precepto constitucional (STC 14/1992, de 10 de febrero, FJ 3º).

El principio procesal de igualdad de partes ha de estar presente en la fase probatoria como una de las garantías del art. 24.2 CE. Ello implica que el órgano judicial debe evitar *"situaciones de supremacía o de privilegio de alguna de las partes"* impidiendo que ninguna adquiera una *"situación hegemónica en la fase probatoria"*, pues ha de garantizar, por el contrario *"la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del actor y del demandante en la alegación y prueba de los hechos controvertidos para lograr la plenitud del resultado probatorio"* (STC 227/1991, de 28 de noviembre, FJ 5º).

En el mismo sentido, si las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes, la necesaria colaboración con los Jueces y Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) determina que, en materia probatoria, la parte emisora del informe esté especialmente obligada a aportar al proceso con fidelidad, exactitud y exhaustividad la totalidad de los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, pues en otro caso se vulneraría el principio de igualdad de armas en la administración o ejecución de la prueba (STC 227/1991, de 28 de noviembre, FJ 5º).

5.3. LA PRUEBA OBTENIDA A TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS.

5.3.1 La presentación de la prueba en el proceso.

5.3.1.1 Formato de la prueba.

La prueba directamente obtenida de un equipo informático suele ser un archivo en formato de texto, vídeo, imagen, voz o mixto. Como prueba que es, debe mostrar una manifestación de hechos y evidencias, algunos de los cuales pueden estar protegidos por un derecho fundamental. Estos hechos y evidencias pueden demostrar y acreditar una acción u omisión que prueba un incumplimiento, pero puede revelar también información protegida por los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, a la propia imagen o a la protección de datos personales.

Para que estas pruebas puedan formar parte de un proceso, han de ser respetuosas con la legalidad, cumpliendo el cauce procesal oportuno en tiempo y forma, pero sobre todo, han de ser lícitas, de forma que no afecten a derechos fundamentales.

A tenor de los arts. 299.2 y 384 LEC es posible presentar "*instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, que, por ser relevantes para el proceso, hayan sido admitidos como prueba*".

El art. 90.1 LRJS dispone que las partes, previa justificación de la utilidad y pertinencia de las diligencias propuestas, podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba, incluidos los "*procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos*".

La reproducción del contenido del soporte que contiene los archivos, que son los que realmente constituyen la prueba, se hará, bien por los medios que aporte el proponente, o bien los que el tribunal disponga utilizar, sin perjuicio de que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga. Por tanto, no cabe excluir ningún soporte o medio a priori, por lo que cabe presentar cualquier sistema de almacenamiento de datos, como dispositivos magnéticos y ópticos, tarjetas de memoria, CDs, DVDs, USBs, etc²⁰⁴⁹.

A estos efectos, hay que entender que cuando se trata de mensajes a través de teléfono móvil, *whatsapp* o cualquier otro medio de mensajería instantánea, su consideración como medio de prueba ha de ser similar a la de un correo electrónico o a una conversación telefónica. Son medios que reproducen palabras, imágenes o sonido a través de comunicaciones electrónicas, compuestas de un soporte material (el teléfono móvil) y la información que contiene el soporte.

La documentación en autos se hará del modo más apropiado a la naturaleza del instrumento, bajo la fe del Secretario Judicial, que, en su caso, adoptará también las medidas de custodia precisas. El tribunal valorará estos instrumentos conforme a las reglas de sana crítica aplicables a aquéllos según su naturaleza. (art. 384.2 y 3 LEC).

Tampoco se excluye la admisión de un soporte en papel, por ejemplo, de lo aportado en el dispositivo presentado, que puede consistir en la transcripción de la grabación de una conversación, una fotografía o la impresión de un texto, siendo una mera facultad de la parte que presenta la prueba²⁰⁵⁰. En estos casos, se aplica el régimen general de la prueba documental, incluyéndose las posibles pruebas instrumentales sobre la autenticidad de la fuente. No se llega a entender por qué no se ha establecido para estos instrumentos las previsiones del art. 382 LEC que prevé acompañar la transcripción escrita para que resulte más cómoda la prueba, pero solo para los "*instrumentos de filmación, grabación o semejantes*"²⁰⁵¹.

²⁰⁴⁹ FOLGUERA CRESPO, José Ángel: "Artículo 90", en FOLGUERA CRESPO, José Ángel; SALINAS MOLINA, Fernando y SEGOVIANO ASTABUROAGA, M.ª Luisa (Dir.): "*Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*". Ed. Lex Nova-Thompson Reuters. Valladolid, 2012 (3ª ed.). Pág. 431.

²⁰⁵⁰ STSJ de Castilla y León/Valladolid (Sala de lo Social), de 23 de enero de 2006, rec. N.º 2376/2005. (Ar. AS 2006\92).

²⁰⁵¹ ROLDÁN MARTÍNEZ, Aránzazu: "Prueba mediante documentos informáticos de las faltas cometidas por

En cuanto a la prueba electrónica consistente en aportar los testimonios, imágenes e incluso sonido en formato digital, una vez protocolizados y presentados como prueba documental, ha venido siendo admitida como prueba indiciaria, con un valor relativo y la eficacia jurídica que corresponda a su naturaleza²⁰⁵². Será el juez, ante cada caso concreto, quien pondere los elementos de juicio aportados en el proceso y, al hacerlo, ha de tener en cuenta que este tipo de información no siempre se ajusta a la realidad²⁰⁵³.

No queda clara la consideración de estos elementos como medios de prueba de carácter autónomo o simplemente, como fuentes de prueba, que, por tanto, han de incorporarse al proceso a través de documentos. En un buen número de casos lo más fácil o incluso lo único posible para una de las partes, el trabajador, es aportar un soporte en papel (por ejemplo, la correspondencia electrónica cruzada con el empresario), que, a todas luces, es un documento convencional, aunque materialice una operación o comunicación llevada a cabo por conexión electrónica. En este sentido, por ejemplo, un correo electrónico impreso tendría la condición de documento privado, siendo su valor probatorio el que el Tribunal le atribuya conforme a las reglas de la sana crítica. Pero hará "*prueba plena*", lo mismo que los documentos públicos, si su autenticidad no es impugnada por la parte a quien perjudiquen²⁰⁵⁴.

Entre los aspectos de formato, resulta en este tipo de pruebas indiferente la distinción entre original y copia, al tratarse de materiales probatorios digitales²⁰⁵⁵. Sin embargo, cobra interés la distinción entre aportar en el proceso el soporte mismo en el que quedó registrada la actividad informática investigada y aquellos casos en que los archivos hayan sido copiados en otros medios.

Ahora bien, el art. 273 LEC prevé que cada parte debe acompañar copias de los documentos que aporte o presente para las demás partes. La expresión "*documentos*", en principio no incluye soportes digitales (cuyo objeto, no son solo documentos, sino imágenes, voz, etc.), pero sin embargo, debe articularse la conveniencia de aportar copia en soporte electrónico siempre que sea posible y no se convierta en una carga desproporcionada que podría obstaculizar injustificadamente el acceso a la justicia, vulnerando el art. 24 CE. De ahí la conveniencia de presentar reproducido en papel, el contenido de los soportes²⁰⁵⁶.

el trabajador: El problemático valor jurídico". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. N.º 274 (Centro de Estudios Financieros). Enero 2006. Pág. 118.

²⁰⁵² STSJ de La Rioja (Sala de lo Social), de 30 de mayo de 2006, rec. N.º 193/2006. (Ar. JUR 2007\33541).

²⁰⁵³ SELMA PENALVA, Alejandra: "La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso laboral. Análisis de los últimos criterios jurisprudenciales". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel). N.º 39. 2014. Pág. 371.

²⁰⁵⁴ ROLDÁN MARTÍNEZ, Aránzazu: "Prueba mediante documentos informáticos de las faltas cometidas por el trabajador: El problemático valor jurídico". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. N.º 274 (Centro de Estudios Financieros). Enero 2006. Pág. 119.

²⁰⁵⁵ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo: "*La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*". Ed. La Ley. Madrid, 2000. Pág. 178.

²⁰⁵⁶ VEGAS TORRES, Jaime: "*Obtención de pruebas en ordenadores personales y derechos fundamentales en el ámbito de la empresa*". Universidad Rey Juan Carlos. Madrid. 2011. Págs. 137 y 138.

5.3.1.2 Momento procesal de presentación de la prueba.

En el proceso laboral, a diferencia del proceso civil, donde la prueba por soportes informáticos debe proponerse con la presentación de la demanda, tanto el demandado como el demandante pueden esperar hasta el acto del juicio para presentar los medios de almacenamiento de datos que pretendan emplear como prueba. Se realiza de forma oral y en el momento del juicio, incluyendo todas las actuaciones de petición de recibimiento a prueba, recibimiento del pleito a prueba y proposición de la prueba.

Ello dificulta, sin duda alguna, la capacidad de reacción de la contraparte, quien no conocerá la estrategia del demandante hasta el momento del juicio, salvo que la parte que propone la demanda estime oportuno advertir la prueba y adjuntar la transcripción con la presentación de la demanda. Las carencias de la ley procesal podrían repararse mediante la solicitud por la parte afectada de la práctica anticipada de la prueba.

A pesar de que lo habitual en el proceso laboral es la plena reproducción en el momento de la vista oral, exigida por el principio de inmediación, cabe utilizar la declaración testifical o pericial de la persona que revisó los medios de reproducción. O bien, la reproducción con la presencia de testigo, a fin de que declare si reconoce una determinada voz²⁰⁵⁷. En tal caso, no se precisa la aportación del medio probatorio concreto ni su reproducción en la vista oral²⁰⁵⁸. Los soportes admitidos como prueba serán examinados por el tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar, de modo que las demás partes puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga (art. 384.1 LEC).

Llama la atención que siendo los soportes informáticos propiedad de la empresa, la parte perjudicada es, normalmente el trabajador²⁰⁵⁹. Conforme al art. 90.2 LRJS, deberá solicitar el requerimiento al empresario con al menos tres días de antelación a la fecha del juicio. Admitida la práctica de la prueba, y salvo causa justificada, la parte que tiene en su poder los documentos o archivos requeridos (en este caso el empresario) deberá aportarlos so pena de que puedan estimarse probadas las alegaciones efectuadas por la parte contraria (el trabajador) en relación con la prueba acordada (art. 94.2 LRJS).

5.3.1.3 Autenticidad de la prueba y su valoración.

Al ser tecnológicamente manipulables, ante posibles dudas, es necesario asegurar la autenticidad de estas pruebas, siendo recomendable acompañar informes periciales

²⁰⁵⁷ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo: "La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos". Ed. La Ley. Madrid, 2000. Pág. 189.

²⁰⁵⁸ ROQUETA BUJ, Remedios: "Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa". Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2005. Pág. 107.

²⁰⁵⁹ FERRANDO GARCÍA, Francisca María: "Los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos relevantes para el proceso", en RÍOS SALMERÓN, Bartolomé y SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente (Coords.): "Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Procedimiento Laboral". Ed. Aranzadi. Elcano. 2001. Pág. 304.

que demuestren que los materiales digitales aportados son auténticos, así como toda la información que constata la relación entre éstos y los hechos relevantes para la decisión sobre el objeto del proceso. A tenor del art. 382.2 LEC, la parte que proponga este medio de prueba podrá aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. De la misma forma, las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido.

Aparentemente, deja de ser relevante el art. 267 LEC relativo a autenticar la copia presentada con el original, si fuera impugnada, en los casos de documento público. De la misma forma, el art. 334 LEC prevé para los documentos privados que se han presentado como copia, el cotejo con el original. Para las pruebas digitales, no hay una regulación expresa en cuanto a la autenticidad, si bien se podrán presentar dictámenes y otras pruebas instrumentales que las pruebas estimen oportunas²⁰⁶⁰.

La autenticidad y exactitud de los soportes presentados a prueba puede ser impugnada por la contraparte. Si no se impugna, el juez no estará autorizado para rechazar la prueba por considerarla no auténtica o inexacta. Ello se deriva de la regulación contenida para los documentos presentados, que harán prueba plena en el proceso cuando "*su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen*" (art. 326.1 LEC) y, si se presentan mediante copia simple, ésta surtirá los mismos efectos que el original, siempre que la conformidad de aquélla con éste no sea cuestionada por cualquiera de las demás partes (art. 268.2 LEC).

Ahora bien, la impugnación rompe la vinculación del juez a lo que resulte de la prueba no impugnada, abriendo la valoración del juzgador, según las reglas de la sana crítica. Esta libre valoración del juez tendrá en cuenta las pericias y demás pruebas instrumentales que hubieran aportado tanto la parte que presentó el medio o soporte de datos, como la que impugnó su autenticidad y exactitud²⁰⁶¹. Por ello, en este tipo de pruebas, existe un interés en aportar dictámenes y medios de prueba instrumentales (pericial) para la interpretación y valoración (lo que permite el párrafo segundo del art. 384 LEC). También las otras partes pueden aportar dictámenes y otros medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido.

Estas reglas de la sana crítica abarcarían la comprobación de la autoría del documento o archivo, asegurando la identidad de la persona que tenía acceso al equipo (y las contraseñas), disponiendo, en su caso, de expertos que aseguren la autenticidad e integridad de los datos obtenidos. Si el soporte de almacenamiento contiene información que pueda ser relevante, el hecho de que dicha información se tenga o no por cierta dependerá de la fiabilidad que pueda atribuirse a la fuente de prueba.

En las investigaciones sobre los equipos informáticos de la empresa, la confianza en su veracidad dependerá de que los datos contenidos en los medios que se aporten al proceso reflejen realmente la actividad informática de los sujetos frente a quienes se pretenda hacer valer la prueba. A la correspondencia entre los datos aportados y su

²⁰⁶⁰ VEGAS TORRES, Jaime: "*Obtención de pruebas en ordenadores personales y derechos fundamentales en el ámbito de la empresa*". Universidad Rey Juan Carlos. Madrid. 2011. Pág. 137.

²⁰⁶¹ STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social), de 4 de junio de 2007, rec. N.º 320/2006 (Ar. JUR 2007\286605).

atribución a un determinado sujeto cabe entender referida la posibilidad de cuestionar "*la autenticidad y exactitud de lo reproducido*" a que se refiere el art. 382.2 LEC²⁰⁶².

De este modo, la impugnación de la autoría o autenticidad de la prueba ha de aportar evidencias que permitan constatar la inseguridad o la falta de certeza respecto a lo contenido en los soportes y de su autor. Se trata de aplicar los mismos criterios que a los documentos que pueden ser objeto de prueba. Para ello, son de utilidad algunas normas que permiten autenticar determinados documentos:

La Ley 34/2002, de 11 de julio (LSSICE), dispone en su art. 24.2 relativo a la prueba de los contratos celebrados por vía electrónica que "*en todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental*".

Por su parte, el art. 3.8 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, señala que "*el soporte en el que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio*".

El art. 24 LSSICE habla de documentos electrónicos en general, sin necesidad de que vayan firmados electrónicamente, mientras que el art. 3.8 de la LFE se aplica a todo tipo de documentos firmados electrónicamente con independencia de que sirvan o no de respaldo a una relación contractual. Al amparo de esta normativa, además, el TS ha reconocido la validez de las notificaciones y comunicaciones entre particulares en forma telemática certificadas por un prestador de servicios de certificación²⁰⁶³. Estas empresas certifican todo tipo de comunicación, como el correo electrónico, mensajes SMS y, en general, las comunicaciones a través de Internet.

Además, el art. 3.8 LFE contiene reglas especiales para la valoración de la prueba en atención a cada tipo de firma electrónica, de forma que el soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio.

Si se impugnase la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se comprobará si se trata de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido, que cumple todos los requisitos y condiciones establecidos, así como que la firma se ha generado mediante un dispositivo seguro de creación de firma electrónica.

La carga de realizar las citadas comprobaciones corresponderá a quien haya presentado el documento electrónico firmado con firma electrónica reconocida. Si dichas comprobaciones obtienen un resultado positivo, se presumirá la autenticidad de la firma electrónica reconocida siendo las costas, gastos y derechos que origine la comprobación exclusivamente a cargo de quien hubiese formulado la impugnación.

Si se impugna la autenticidad de la firma electrónica avanzada, con la que se hayan autenticado los datos incorporados al documento electrónico, se estará a lo establecido en el art. 326.2 LEC, que establece los criterios a tener en cuenta ante la

²⁰⁶² VEGAS TORRES, Jaime: "*Obtención de pruebas en ordenadores personales y derechos fundamentales en el ámbito de la empresa*". Universidad Rey Juan Carlos. Madrid. 2011. Madrid. 2011. Pág. 139.

²⁰⁶³ ATS (Sala de lo Civil), de 21 de marzo de 2013, rec. N.º 855/2010. Id Cendoj: 28079110012013200915.

impugnación de un documento privado y se regula la posibilidad de que se solicite un cotejo pericial de letras o cualquier otro medio de prueba pertinente. En el caso de la firma electrónica avanzada tal cotejo resulta irrelevante por razones obvias, por lo que deberán presentarse otros medios adecuados. En este caso, los extremos a probar se referirán principalmente a aquellos que le confieren a ésta la capacidad de garantizar la identificación del firmante (como la confidencialidad de los datos de creación de firma) y la integridad del documento firmado (como la capacidad del sistema o algoritmo utilizado para crear la firma, de detectar manipulaciones en el mismo).

5.3.1.4 La prueba pericial informática en el proceso laboral.

En el ámbito laboral, las pruebas de la utilización de un equipo informático para llevar a cabo una determinada conducta, ya sea ésta prohibida, o que implique y demuestre un incumplimiento de las obligaciones laborales, sirven para fundamentar una falta laboral sancionable que puede llevar incluso al despido.

Por ello, existe un cierto interés del empresario en que la prueba obtenida, en principio legítimamente, fruto de soportes o medios de almacenamiento de datos, sea avalada por un informe pericial que determine que no han sido objeto de alteración o manipulación. Incluso, debido a la especialidad de la materia, es posible que el perito emita un dictamen sobre los hechos y circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos (conforme al art. 335.1 LEC).

La prueba pericial adquiere una gran importancia a la hora de imputar una acción o hecho realizado en el entorno digital. Conviene tener en cuenta que el problema fundamental de las pruebas relacionadas con el acceso y utilización de equipos informáticos es el de poder imputar la conducta al autor de la acción. En el ámbito laboral, no se puede olvidar que la propiedad de los medios y, a menudo, su control, es del empresario y que incluso estableciendo un sistema de claves de acceso o contraseñas, no asegura la utilización del equipo por un tercero. Además, dada la naturaleza abierta de Internet, es frecuente la interceptación y alteración de los mensajes, la falsificación de la identidad del emisor u obtener un nombre de usuario y contraseña²⁰⁶⁴.

En virtud del principio de igualdad de partes, o igualdad de armas en el proceso, la parte que impugne la autenticidad y exactitud de los medios o soportes de almacenamiento de datos aportados por la contraria, puede apoyarla en el informe de peritos. Éstos pueden identificar y explicar manipulaciones o alteraciones de datos y deficiencias en el procedimiento para su obtención.

Cabe distinguir, por tanto, dos clases de informes periciales relacionados con la prueba obtenida mediante la investigación del uso de equipos informáticos²⁰⁶⁵: Por una parte, los informes que resultan de una investigación, explicando cómo se ha llevado a cabo y presentando los resultados obtenidos. Por otra, los informes que cuestionan la prueba resultante de la investigación, aportados o solicitados, de ordinario, por la parte

²⁰⁶⁴ ROQUETA BUJ, Remedios: "*Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa*". Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2005. Pág. 108.

²⁰⁶⁵ VEGAS TORRES, Jaime: "*Obtención de pruebas en ordenadores personales y derechos fundamentales en el ámbito de la empresa*". Universidad Rey Juan Carlos. Madrid. 2011. Págs 143-145.

contraria a la que se pretenda hacer valer la prueba cuestionada.

Estas últimas pruebas periciales no siempre tienen por objeto contradecir una de las primeras. Es posible que una parte se haya limitado a aportar medios o soportes de almacenamiento de datos, o incluso datos simplemente impresos en papel, y la parte contraria presente o solicite un informe pericial informático para impugnar la autenticidad y exactitud de dichas pruebas.

El art. 93 LRJS dispone que la práctica de la prueba pericial se llevará a cabo en el acto del juicio, presentando los peritos su informe y ratificándolo. No será necesaria la ratificación de los informes, de las actuaciones obrantes en expedientes y demás documentación administrativa cuya aportación sea preceptiva según la modalidad procesal de que se trate.

A esta regulación, le es de aplicación supletoria la LEC, en base a la Disp. Adic. Primera de la LRJS, en lo referente a la prueba pericial. Así, el demandante podrá presentar la prueba consistente en informes periciales con la demanda, o bien, sin aportar justificación alguna, en el momento del juicio. El perito, de libre elección por el demandante, ha de comparecer en juicio para ratificar su informe. El demandado, puede también presentar los informes periciales que le interesen en el acto del juicio, sin que tampoco sea exigible presentarlos con antelación.

Pero tampoco se excluye que el perito sea solicitado al tribunal. Así, el demandante puede hacerlo en su propia demanda. Cualquiera de las partes puede solicitar la designación judicial de perito informático en el propio acto del juicio, cuando la necesidad o conveniencia de la pericia resulte de lo que se alegue en dicho acto. En tal caso, dado que no será posible normalmente hacer la designación y que el perito informe en el acto, la práctica de la pericia quedará condicionada a que el tribunal la acordase, como diligencia final, una vez terminado el juicio y ya dentro del plazo para dictar sentencia (art. 88.1 LPL). En el proceso laboral cualquier prueba que no se haya practicado antes, puede llevarse a cabo como diligencia final cuando el juez lo estime necesario y con independencia de si se propuso o no en tiempo y forma por las partes o, en su caso, de cuáles hayan sido las causas de que no haya podido practicarse en el juicio²⁰⁶⁶.

5.4. CASOS PLANTEADOS SOBRE LA PRUEBA "ELECTRÓNICA" Y SU INCIDENCIA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

La protección de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones y a los datos personales se han configurado, en las relaciones entre particulares, en un marco de convivencia y equilibrio, configurado por una serie de principios que determinan cual es prevalente o cual debe ser sacrificado, respetando su contenido esencial.

Sin embargo, en este epígrafe se trata de afrontar la visión de los derechos fundamentales desde la problemática de la prueba, cuando la misma se obtiene para evidenciar hechos u obtener la certeza de un incumplimiento determinante para la continuidad de la relación que existe entre particulares.

²⁰⁶⁶ VEGAS TORRES, Jaime: "Obtención de pruebas en ordenadores personales y derechos fundamentales en el ámbito de la empresa". Universidad Rey Juan Carlos. Madrid. 2011. Pág. 147.

Si bien el derecho a la prueba deriva del derecho a la tutela judicial efectiva en la vertiente de presentar los medios pertinentes para la defensa, existen límites a este derecho, a tenor del art. 11.1 LOPJ, que impiden la obtención de pruebas vulnerando los derechos fundamentales, especialmente, el derecho a la intimidad y a la propia imagen, el derecho al secreto de las comunicaciones o al de protección de datos personales.

Para ilustrar a modo ejemplificativo los problemas de la prueba obtenida a través de medios o dispositivos electrónicos o informáticos, se han elegido algunos casos, en su mayoría de la jurisprudencia y doctrina de suplicación, que muestran los hechos y la forma de obtención de la prueba, unas veces respetando los derechos fundamentales, y en otros casos, declarándose nula la prueba obtenida y, por tanto, las evidencias que presenta y que no servirán para argumentar la defensa en juicio.

5.4.1 La valoración general de la prueba electrónica

La valoración de la prueba es competencia exclusiva del juez o tribunal que presidió el juicio, debiendo determinar los hechos que han quedado acreditados a fin de declararlos probados, de acuerdo a su propio convencimiento, pero sin llegar a conclusiones ilógicas o absurdas²⁰⁶⁷.

La expresa prohibición empresarial o convencional del uso extralaboral de los equipos electrónicos lleva implícita la facultad de su control, ya que elimina la expectativa de privacidad. Fruto del control, son admisibles las pruebas obtenidas, siempre que además, sean proporcionales al fin perseguido y en ejercicio del deber de buena fe²⁰⁶⁸.

La ausencia del informe de la representación legal de los trabajadores, con infracción de sus derechos de información y consulta en materia de *“implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo”* (art. 64.5.f ET), no es obstáculo para la admisión de la prueba obtenida mediante dichos sistemas²⁰⁶⁹. La concurrencia de su falta y calificación corresponde a la autoridad laboral.

Para preservar la integridad de la prueba se deberá garantizar la cadena de custodia, que se extiende desde la identificación y recolección de la prueba, pasando por su registro y almacenamiento, su posterior traslado y el análisis final de la misma, hasta la entrega a las autoridades si procediera²⁰⁷⁰.

En virtud del principio de intervención indiciaria, cabe justificar la adopción de medidas de control y fiscalización por el empresario, cuando se acrediten indicios

²⁰⁶⁷ SSTS (Sala de lo Social), de 19 de mayo de 2015, rec. N.º 286/2014; de 24 de septiembre de 2014, rec. N.º 271/2013; de 5 de noviembre de 2008, rec. N.º 130/2007 y de 12 de mayo de 2008, rec. N.º 81/2007.

²⁰⁶⁸ STS (Sala de lo Social), de 26 de septiembre de 2007, rec. N.º 966/2007.

²⁰⁶⁹ SSTSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social), de 22 de diciembre de 2005, rec. N.º 3503/2005 (Ar. AS 2006\1278) y de 19 de julio de 2005, rec. N.º 1343/2005 (Ar. AS 2005\3205).

²⁰⁷⁰ SSTSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 13 de enero de 2014, rec. N.º 1283/2013 (Ar. JUR 2014\40740); de 3 de marzo de 2014, rec. N.º 1753/2013 (Ar. JUR 2014\109778) y de 13 de abril de 2015, rec. N.º 62/2015 (Ar. JUR 2015\161554).

reveladores de una actuación irregular por parte del trabajador²⁰⁷¹.

5.4.2 Acceso a los equipos informáticos para la obtención de pruebas.

5.4.2.1 La imputación del acceso al equipo al trabajador que supuestamente comete un ilícito.

Uno de los problemas de demostrar la comisión de un ilícito o falta laboral a través de medios informáticos es asegurar la autoría sobre los hechos consignados en las pruebas obtenidas. A tenor de las normas de valoración de la "sana crítica", se han rechazado aquellas pruebas que no aseguran que es la persona del trabajador, en el ámbito laboral, quien ha accedido al equipo o aplicación, en la que se sostiene la prueba.

Son circunstancias que determinan la eficacia probatoria:

- La necesidad de acceso al equipo o a la red a través de una contraseña o clave de acceso. Así, por ejemplo, al no constar *"que el ordenador de la trabajadora dispusiera de una clave de acceso personal que impidiera su utilización por otras personas"*, así como el hecho de *"haberse conectado la demandante a alguna página web no relacionada con el trabajo, sin constancia del número de veces y el tiempo invertido en tales conexiones (...) con una cuenta de correo instalada en que la contraseña coincidía con la fecha de nacimiento de su hija (...) no son conductas que revelen una grave trasgresión de la buena fe contractual"*²⁰⁷².
- Si la contraseña, en caso de existir, es conocida por el resto de compañeros de trabajo o por otras personas que puedan acceder al equipo. *"Los compañeros de trabajo tenían acceso al «password» del ordenador de la demandante, en la medida en que éste era público (...). En dichas circunstancias, correspondía a la demandada –cosa que no se ha hecho– probar que la trabajadora se encontraba en el horario de la navegación que se le imputa en su puesto de trabajo"*²⁰⁷³.
- Si el ordenador o equipo está sujeto a un uso común, o a la manipulación de determinadas personas capaces de suplantar la personalidad del trabajador. *"No existe acreditación de que fuera el actor quien realizara determinadas manipulaciones y tráfico de internet en el ordenador que usaba en la empresa (...) en cuanto que era posible su utilización también por parte de otro personal de la empresa, incluida la encargada del propio establecimiento empresarial"*²⁰⁷⁴. El hecho de que las visitas a páginas web llevaran asociadas cookies, no supone imputar al trabajador dicha conducta, ya que dichos enlaces van asociados al

²⁰⁷¹ SSTSJ de Andalucía/Granada (Sala de lo Social), de 4 de septiembre de 2014, rec. N.º 1330/2014 (Ar. AS 2014\3148) y Comunidad Valenciana (Sala de lo Social), de 22 de diciembre de 2005, rec. N.º 3503/2005 (Ar. AS 2006\1278) y de 19 de julio de 2005, rec. N.º 1343/2005 (Ar. AS 2005\3205).

²⁰⁷² STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 28 de enero de 2005, rec. N.º 8294/2004 (Ar. JUR 2005/81636).

²⁰⁷³ SJS N.º 32 de Barcelona, de 16 de septiembre de 2002, N.º 432/2002 (AS 2002\2637).

²⁰⁷⁴ STSJ de Castilla La Mancha (Sala de lo Social), de 15 de julio de 2003, rec. N.º 973/2003 (AS 2004\341).

ordenador al que puede haber accedido cualquiera²⁰⁷⁵.

- Si la empresa cuenta con sistemas de seguridad añadidos, tales como criptografía, firma electrónica, etc, que permitan asegurar la autoría de la acción realizada, o bien, un sistema de vigilancia informática que asegure la manipulación del trabajador de su propio ordenador. Así, por ejemplo, se estimó válida la prueba pericial en la que el propio servicio de informática, a través de un programa de control instalado en el ordenador del trabajador, comprueba que ha sido este sujeto quien ha realizado un acceso inadecuado a Internet, intento de cambio de la dirección IP para ocultar su conducta, deshabilitación de programas y formateo del disco duro, con la consiguiente pérdida de información de la empresa²⁰⁷⁶.
- En algunos casos, previamente al examen de la vía de acceso, se ha atribuido al trabajador la conducta reprochable de estar conectado a páginas de Internet ajenas al trabajo, cuando *“el acceso tuvo lugar durante el periodo en que se encontraba solo en la empresa”*²⁰⁷⁷.

5.4.2.2 Acceso a los equipos ante la prohibición absoluta de uso particular.

Cuando el empresario ha dispuesto e informado de la prohibición absoluta de uso particular de los equipos, resulta más fácil la práctica de la prueba que acredite no solo la indisciplina o desobediencia del trabajador, sino otras faltas derivadas de ese uso que pueden fundamentar un despido ante lo descubierto en la inspección de los equipos.

El argumento principal es que si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, 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 controlarlo²⁰⁷⁸.

En un supuesto de prohibición absoluta de uso de los equipos para uso particular, la inspección del ordenador se hizo por el servicio de informática de la empresa, que además, se sometió a acta notarial. La constatación no solo del acceso a Internet de forma desproporcionada (con más de 26.000 accesos al mes), así como la impresión de más de 14.000 copias que servían para distribuir una revista por él realizada, que nada tenía que ver nada con el trabajo, determinaron la procedencia del despido, sin vulneración de derechos fundamentales en la obtención de la prueba²⁰⁷⁹.

²⁰⁷⁵ STSJ del País Vasco (Sala de lo Social), de 14 de septiembre de 2004, rec. N.º 960/2004 (AS 2004\3984).

²⁰⁷⁶ STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social), de 5 de octubre de 2010, rec. N.º 2195/2010 (AS 2011\251).

²⁰⁷⁷ STSJ de Andalucía/Granada (Sala de lo Social), de 22 de abril de 2003, rec. N.º 3311/2002 (Ar. JUR 2003\159912).

²⁰⁷⁸ STS (Sala de lo Social), de 6 de octubre de 2011, rec. N.º 4053/2010.

²⁰⁷⁹ STSJ de Andalucía/Granada (Sala de lo Social), de 26 de enero de 2012, rec. N.º 2868/2011 (Ar. JUR/2012/130898).

En otro supuesto de abuso en el acceso a Internet para fines particulares existiendo prohibición expresa, se recurre a una empresa externa especializada para recabar e interpretar los datos obtenidos de las conexiones a Internet de los empleados. El hecho de que el trabajador accediera a contenidos de índole privado no excluye el control empresarial al haber una prohibición previa en ese sentido, lo que lleva a admitir como prueba la información que acredita un uso abusivo a Internet que contraviene el protocolo instaurado en la empresa²⁰⁸⁰.

La conducta del trabajador que trata de burlar los dispositivos que impiden cautelarmente el acceso libre a Internet, como medida complementaria a la prohibición expresa de utilización de equipos para fines particulares, no puede implicar una expectativa de intimidad, por lo que no impide una investigación a efectos de comprobar si el acceso fue meramente accidental. Por tanto, es válida la prueba consistente en el acceso a través de un técnico informático que acredita una conducta deliberada e intencionada, dirigida a burlar los dispositivos de la empresa y la seguridad de la propia red, accediendo para ello a las claves de seguridad de la red inalámbrica *wifi* de la empresa y que tiene ubicada en el lugar de trabajo para otra finalidad distinta, o incluso, utilizando redes de terceras personas²⁰⁸¹.

5.4.2.3 Acceso y hallazgo casual de irregularidades no buscadas que pretenden servir como prueba.

Un caso que puede presentar dudas sobre si la prueba vulnera el derecho fundamental a la intimidad y al secreto de las comunicaciones se plantea cuando a resultas de un "*hallazgo casual*", se interceptan comunicaciones que contienen comentarios lesivos hacia el empresario o hacia otros compañeros de trabajo. Es decir, no hay una intromisión ilegítima, pero a raíz de una revisión del equipo para recuperar información, se revisa el contenido de correos electrónicos entre dos personas.

El contenido de los correos almacenados entre dos personas que contienen información privada, no debe ser abierto y utilizado por la empresa, a pesar de la necesidad de abrir la cuenta de un trabajador que ya no está en la empresa. Si bien la revisión del correo "*borrado*" por la trabajadora que ya no estaba en la empresa era necesaria para comprobar si tenía tareas pendientes, los correos de la cuenta privada con otra trabajadora a la que ahora se imputan los hechos motivadores del despido, debieron ser eliminados o silenciados, respetando su confidencialidad.

El objeto de la prueba consistente en los correos interceptados a través de la búsqueda de otra información que no era la finalidad del registro, vulnera el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones frente a cualquier forma de interceptación o captación del proceso de comunicación por terceros ajenos, y con independencia de que el contenido del mensaje transmitido pertenezca o no al ámbito de lo personal, lo íntimo o

²⁰⁸⁰ STSJ del País Vasco (Sala de lo Social), de 13 de octubre de 2010, rec. N.º 1877/2010 (Ar. AS/2014/1520).

²⁰⁸¹ STSJ de Asturias (Sala de lo Social), de 15 de noviembre de 2013, rec. N.º 1480/2013 (Ar. JUR/2014/5069).

lo reservado. Por tanto, la prueba obtenida lo ha sido con vulneración de derechos fundamentales y por tanto, ha de reputarse nula²⁰⁸².

5.4.3 La monitorización mediante programas espía.

La utilización de programas espía, ante sospechas fundadas de incumplimientos de los trabajadores ha sido considerada como prueba legítima, valorando el principio de proporcionalidad, en cuanto a la idoneidad, necesidad y ponderación, de acuerdo a los hechos concurrentes.

Incluso el desconocimiento del trabajador no determina “*per se*” la vulneración del derecho a la intimidad, cuando exista una previa y absoluta prohibición de usar el ordenador y ante una sospecha razonable de un grave incumplimiento laboral.

Así, es legítimo instalar un programa espía, cuando ante una prohibición expresa sobre el uso personal de ordenadores, el recurrente utilizó sus conocimientos informáticos para crear un enlace externo que le permitiera el uso del ordenador con fines propios eludiendo el control empresarial²⁰⁸³; cuando la empresa detectó que su sistema informático era inestable, la velocidad de funcionamiento era lenta y con frecuencia entraban virus y *spam*, atribuible al mal uso que se hacía de los ordenadores y la posible navegación por páginas *web* no seguras²⁰⁸⁴; sospecha de visitas a páginas *web* durante la jornada no relacionadas con el trabajo²⁰⁸⁵ o para constatar una conducta de concurrencia desleal al haber realizado actividades en colaboración con otra empresa dedicada a la misma actividad que su empleadora²⁰⁸⁶.

Destaca el hecho de que ante una prohibición expresa para utilizar los equipos para fines particulares, la trabajadora accediera a su red social de *Facebook* para dejar un comentario en el *chat* en el que decía a un interlocutor que si la empresa la “*pillaba*” en *Facebook* la despedirían, lo que denota el conocimiento y la conciencia de la trabajadora sobre los efectos de realizar el hecho ilícito y, por ende, la legitimidad de la empresa para instalar un programa *espía* que, cada diez segundos, captaba y archivaba el número de páginas de Internet consultadas por los trabajadores, hecho para el que, dadas las circunstancias, la empresa no tenía que informar a sus empleados²⁰⁸⁷.

5.4.4. Casos planteados sobre la prueba que tiene por objeto la grabación de las comunicaciones.

La generalización del *smartphone* y la facilidad para captar, grabar y difundir vídeos

²⁰⁸² STSJ de Asturias (Sala de lo Social), de 30 de noviembre de 2012, rec. N.º 2301/2012 (Ar. AS/2013/620).

²⁰⁸³ STSJ de Andalucía/Sevilla (Sala de lo Social), de 14 de mayo de 2015, rec. N.º 802/2014 (Ar. JUR 2015\187582).

²⁰⁸⁴ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 14 de febrero de 2014, rec. N.º 5124/2013 (Ar. JUR 2014\89905).

²⁰⁸⁵ STSJ del País Vasco (Sala de lo Social), de 17 de abril de 2012, rec. N.º 831/2012 (Ar. AS 2012\1676).

²⁰⁸⁶ STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social), de 4 de julio de 2007, rec. N.º 1846/2007 (Ar. AS 2007\2879).

²⁰⁸⁷ STSJ de Andalucía/Granada (Sala de lo Social), de 14 de noviembre de 2013, rec. N.º 1632/2013 (AS 2013/2935).

y audio con nuestros interlocutores suponen la posibilidad para obtener pruebas de los hechos relacionados con los interlocutores, incluso sin conocimiento del otro.

En el ámbito laboral, la grabación de una conversación puede tener por objeto, fundamentalmente, dos conductas: Por una parte, la del trabajador, cuyas conversaciones son grabadas por un empresario y fruto de las cuales se advierte un incumplimiento sancionable, contra el que se acciona por vulneración del secreto de las comunicaciones o de la intimidad. Por otra parte, la del empresario que es grabado por el trabajador, para acreditar conductas que exceden del deber de control y vigilancia.

En ambos casos, la doctrina constitucional que parte de la STC 114/1984, establece que el derecho al secreto de las comunicaciones, no puede oponerse frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida. Por tanto, no hay secreto para aquel a quien la comunicación se dirige ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 CE la retención por cualquier medio del contenido del mensaje. Dicha retención (la grabación) podrá permitir la difusión de la comunicación, afectando al derecho a la intimidad, pero no al secreto de las comunicaciones.

Así, por ejemplo, quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera "*íntima*" del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el art. 18.1 de la CE.

Esta doctrina permite, por tanto, la admisión a prueba de la conversación grabada, tanto por el empresario, como por el trabajador, cuando sea aportada por cualquiera de ellos. No existe vulneración alguna cuando el propio recurrente exterioriza sus pensamientos sin coacción alguna, sin que la grabación de palabras con el propósito de su posterior revelación sea contraria a la discreción ni a la intimidad del afectado²⁰⁸⁸.

Así, por ejemplo, se admitió como prueba la conversación mantenida por la trabajadora con su empleador, quien aportó una grabación en la que se evidencia que estaba encubriendo a un trabajador que se apropiaba de dinero de la compañía. El despido se estimó procedente, ante la inexistencia de vulneración de derecho fundamental, pues en la conversación grabada no hubo nada que pudiera entenderse como concerniente a su vida íntima o personal por lo que no puede considerarse como grabación ilegítima, al no existir injerencia exterior de tercero en la comunicación²⁰⁸⁹.

En otro caso, se enjuicia la grabación realizada por la trabajadora al responsable de la empresa que la sanciona. En vía civil, se exigía por el superior de la trabajadora una indemnización por vulneración de su derecho a la intimidad, pues la grabación se hizo sin su consentimiento. Si bien es cierto que la vulneración de un derecho fundamental no se puede determinar a priori por este tipo de conductas, lo cierto es que la grabación tuvo por

²⁰⁸⁸ SSTSJ de Baleares (Sala de lo Social), de 18 de junio de 2008, rec. N.º 209/2008 (Ar. JUR 2008\363241) y de 24 de enero de 2008, rec. N.º 594/2007 (Ar. JUR 2008\132278).

²⁰⁸⁹ STSJ de Andalucía/Sevilla (Sala de lo Social), de 16 de enero de 2014, rec. N.º 125/2013 (Normacef, NSJ 049131).

objeto un hecho exclusivamente profesional, fuera del ámbito de lo personal: La comunicación y entrega de una carta por la que se amonestaba formalmente a la trabajadora y se la imponía una sanción de empleo y sueldo²⁰⁹⁰.

Estas actuaciones que consisten en la grabación de conversaciones entre personas que no prestan su consentimiento no están exentas de límites. Si la conversación desvela aspectos de la vida privada de la otra parte, su difusión podría constituir una intromisión ilegítima, que solo quedaría enervada si resultase justificada, idónea, necesaria y proporcionada. Además, si la grabación incluyera datos personales, deberían respetarse los condicionamientos de la LOPD.

En cuanto al tipo de prueba que constituye una grabación telefónica, en principio tiene el carácter de prueba documental (documento fonográfico), por lo que puede incorporarse al proceso como prueba de tal naturaleza, bien por la audición directa de las grabaciones, bien por la lectura de las transcripciones literales de las mismas, si hubieran sido cotejadas por el Secretario Judicial. También se pueden hacer valer a través de la prueba testifical de quienes participaron de manera directa en la grabación y escucha de dichas intervenciones telefónicas²⁰⁹¹.

En esta línea, se valoró la validez de una prueba presentada por un trabajador consistente en un CD que recogía una conversación mantenida con el representante de la empresa, grabada con un teléfono móvil. El tribunal identificó los medios de grabación de voz con los documentos privados, poniendo de relieve los problemas de autenticidad y veracidad que plantean y exigiendo no solo la transcripción de la grabación, sino que ésta se acompañe de otras pruebas, como la pericial²⁰⁹².

5.4.5. Casos planteados sobre la prueba que tiene por objeto la grabación videográfica.

La admisión de la prueba videográfica exige el respeto a los derechos fundamentales, impidiéndose, en general, grabaciones en ámbitos que no se puedan considerar públicos, así como grabaciones ocultas en las que no se informe al interesado o éste no preste su consentimiento. Sin embargo, queda un espacio difuso, en algunas situaciones en las que se persigue la obtención de una prueba acreditativa de un hecho que servirá para aportar en juicio.

Uno de los casos más complejos, es la grabación por detective, en el ejercicio de una investigación dirigida a obtener información o pruebas sobre hechos privados. En este sentido, la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, en su art. 48, incluye entre los servicios de investigación prestados por el detective, los relativos al ámbito económico, laboral, mercantil, financiero y, en general, a la vida personal, familiar o social, exceptuada la que se desarrolle en los domicilios o lugares reservados. Ahora bien,

²⁰⁹⁰ STS (Sala de lo Civil), de 20 de noviembre de 2014, rec. N.º 3402/2012.

²⁰⁹¹ STS (Sala de lo Penal), de 17 de julio de 2014, rec. N.º 2133/2013 (Ar. RJ 2014\3804).

²⁰⁹² STSJ de Andalucía/Granada (Sala de lo Social), de 25 de junio de 2008, rec. N.º 1357/2008 (Ar. AS 2008\2816). Véase el comentario de esta sentencia en: ROLDÁN MARTÍNEZ, Aránzazu: "Validez como prueba de la grabación de una conversación efectuada mediante teléfono móvil". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. N.º 315 (Centro de Estudios Financieros). Junio 2009. Págs. 191-208.

establece unos límites: Acreditar un interés legítimo por el solicitante del servicio, del que quedará constancia en el contrato, así como el respeto a la inviolabilidad del domicilio o el empleo de medios personales, materiales o técnicos que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones o a la protección de datos. Además, el ejercicio de estos servicios de investigación privada se ejecutarán con respeto a los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad (art. 48.4).

Respecto a la grabación efectuada por un detective, aunque en el ámbito civil, cabe destacar la STEDH de 27 de mayo de 2014, “*De La Flor Cabrera contra España*”²⁰⁹³, en la que se asientan los límites a la obtención de una prueba legítima a través de la filmación de unos hechos, precisamente por un detective. El Sr. De la Flor Cabrera sufrió un atropello a raíz del cual reclamó una indemnización por las lesiones sufridas, entre las que se encontraba una neurosis postraumática que le provocaba un miedo intenso a conducir vehículos. La compañía aseguradora del causante del accidente presentó como prueba en el juicio unas imágenes del Sr. De la Flor Cabrera, grabadas en vídeo, en el que conducía una motocicleta. Los Tribunales españoles admitieron la grabación, entendiendo que no vulneraba derecho fundamental alguno y redujeron la indemnización.

El TEDH consideró que no hubo lesión de derecho fundamental alguno, ya que el lugar y modo de obtención de las imágenes, tomadas en la vía pública, no afectan a la vida privada o familiar ni a la dignidad del sujeto grabado. Además, la finalidad de la grabación es legítima en cuanto tenía como destino servir como medio de prueba ante un juez, desmintiendo afirmaciones del accidentado y llevada a cabo por una agencia de detectives autorizada para ejercer esta actividad²⁰⁹⁴.

En el ámbito laboral, la mayoría de los pronunciamientos sobre la admisión de la prueba videográfica a juicio tienen su origen en la instalación de sistemas de videovigilancia, como ya se ha tratado en el Capítulo correspondiente a la videovigilancia. En este sentido, la doctrina constitucional fijó los criterios para la admisión de estas pruebas a juicio en las SSTC 98/2000 y 186/2000. En la primera de ellas, se declara la intromisión en el derecho a la intimidad por la instalación en un casino de un sistema de grabación de imágenes y sonido, que recogía las conversaciones entre trabajadores y clientes, entendiendo que la medida excede del criterio de indispensabilidad o estricta necesidad para satisfacer el interés empresarial digno de tutela. En la STC 186/2000, se declara equilibrada y proporcionada la instalación de un circuito cerrado de televisión en un economato, ante las sospechas de comportamiento irregular de las trabajadoras de caja. En este sentido, en aplicación del principio de proporcionalidad, se entendió que la medida no resultaba caprichosa ni arbitraria, pues tenía como fin comprobar las irregularidades detectadas.

Posteriormente, la STC 29/2013, de 11 de febrero, añadió un elemento más que actúa como límite a la prueba obtenida mediante una grabación videográfica. Este límite se vincula al principio de finalidad de los datos personales obtenidos, que fueron utilizados

²⁰⁹³ Demanda N.º 10764/09.

²⁰⁹⁴ ÁLVAREZ OLALLA, Pilar: “La grabación de imágenes y de sonido en el proceso civil y los derechos a la intimidad, propia imagen y secreto de las comunicaciones. Nuevas resoluciones jurisprudenciales al hilo de las sentencias del TEDH, de 27 de mayo de 2014 (TEDH 2014/34) y del TS, de 20 de noviembre de 2014 (JUR 2015, 3597). *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. N.º 10/2005. BIB 2015\106. Pág. 5.

con fines de supervisión laboral, cuando realmente la prueba videográfica obedecía a una finalidad de seguridad, sin haber informado al trabajador de dicho tratamiento, vulnerando, por tanto, el derecho a la protección de datos de carácter personal del trabajador.

Sin embargo, la cuestión no acaba de ser pacífica, pues la STC 39/2016, de 3 de marzo, admite la prueba de una grabación oculta y no informada, aplicando el principio de proporcionalidad, ante la gravedad de la sospecha de apropiación indebida de dinero por parte del trabajador. La cuestión es si el derecho fundamental a la protección de datos debe ceder ante el principio de proporcionalidad. El TC entendió que se respeta el contenido esencial del derecho, del que forma parte el derecho a ser informado de la captación, advirtiendo con un distintivo de videovigilancia en los términos de la Instrucción 1/2006 de la AEPD.

En este ámbito, marcado por la doctrina constitucional, se han desarrollado los pronunciamientos de los tribunales laborales ante los distintos supuestos, que por otra parte han trascendido al exclusivo ámbito de la videovigilancia en el lugar de trabajo. Cualquier persona dispone de un dispositivo (teléfono móvil, por ejemplo), capaz de realizar grabaciones de vídeo y sonido, lo que amplía el abanico de la prueba más allá de las instalaciones de videovigilancia con una finalidad de seguridad.

Las grabaciones de audio y vídeo no son una simple manifestación de lo que dicen haber oído o visto las partes o los testigos, sino una constatación fehaciente y absolutamente neutra e imparcial de lo dicho o acontecido, con independencia de quien haya podido ser el autor de las mismas y el mayor o menor interés que pueda tener en el litigio, lo que las convierte en un medio de prueba perfectamente equiparable a cualquier otro documento privado²⁰⁹⁵.

Entre los casos más representativos, se encuentra el de una grabación en vídeo realizado por un particular en un recinto privado, pero de uso público. La grabación presentada como prueba demostraba que una trabajadora en IT, se encontraba impartiendo clases de danza oriental, incompatible con la cervicalgia que supuestamente padecía. El Tribunal estimó que la grabación fue un instrumento necesario, el único medio, para justificar la simulación de la enfermedad que padecía la trabajadora y la consideró proporcional al fin perseguido, sin alterar su ámbito personal y reservado, pues ni siquiera se ocultó la acción de la grabación²⁰⁹⁶.

Sin embargo, en el ámbito de la videovigilancia, donde no existe norma alguna que contemple su utilización en el lugar de trabajo, la valoración de la prueba por parte del juez ha adquirido una importancia decisiva, en especial, por la aplicación del principio de proporcionalidad.

Es fácil advertir que la intromisión de la videovigilancia en el derecho a la intimidad está revestido de un carácter totalizador respecto a las imágenes e incluso sonidos que recoge, siendo por tanto una medida que debe estar en consonancia con el interés empresarial a defender. Sin embargo, resulta tremendamente sencillo admitir un interés empresarial en controlar minuciosamente la actividad del trabajador. Siempre se pueden

²⁰⁹⁵ STSJ de Asturias (Sala de lo Social), de 25 de marzo de 2011, rec. N.º 285/2011 (Ar. JUR 2011\177857).

²⁰⁹⁶ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 10 de abril de 2015, rec. N.º 531/2015.

invocar razones de seguridad, de riesgo para el patrimonio empresarial, o sospechas pobremente fundadas de la comisión de un acto de deslealtad o de transgresión de la buena fe, lo que induce al juzgador en muchas ocasiones a admitir la prueba, en función de la gravedad del resultado, sin atender realmente a la necesidad o idoneidad de la medida, cuando no a la legítima finalidad de la misma. Por ello, algunos autores, derivan la protección de la intimidad hacia la protección de datos personales, que cuenta con un régimen jurídico mejor armado para la defensa de los derechos de los afectados, en la línea marcada por la STC 29/2013, de 11 de febrero²⁰⁹⁷.

Por su parte, el criterio de la Sala de lo Social del TS aplica el principio de finalidad, quedando vinculada ésta a la información que previamente se haya dado a los trabajadores o a sus representantes. En el supuesto de una cajera de un supermercado a la que se imputaba no haber escaneado debidamente determinados productos en beneficio de su pareja al realizar unas compras, basado en la captación videográfica de dicha acción por unas cámaras destinadas a prevenir robos por parte de los clientes, se declara la nulidad de la prueba y, por tanto, del despido. La razón esgrimida por el TS fue la utilización no consentida ni previamente informada de las grabaciones para el control laboral, pues se informó a los representantes de los trabajadores que la finalidad exclusiva era la de evitar robos por parte de los clientes²⁰⁹⁸.

Pero no queda resuelto el problema por aceptar la condición de que los datos obtenidos por dispositivos de videovigilancia han de ser adecuados a la finalidad inicial con arreglo a la cual se instalaron, para que la prueba obtenida sea válida. Cabe aceptar que el principio de finalidad ha de ir unido al de proporcionalidad y que en ocasiones especialmente graves, cuando se detecta una conducta que no podría haber sido conocida de otra forma, cuando además implica la transgresión de los deberes del trabajador basados en la buena fe y lealtad a la empresa, ocasionando un daño importante a la misma, la grabación debe admitirse como prueba en razón a las circunstancias, a pesar de que la finalidad no fuera el control laboral.

Además de múltiples ejemplos de grabaciones en la línea de cajas en establecimientos comerciales, admitidas como prueba ante la gravedad de los hechos²⁰⁹⁹, cabe destacar otros ejemplos, como el caso del despido de dos trabajadores captados consumiendo en público y durante su jornada laboral durante tres días consecutivos un polvo que inhalaban por vía nasal y que el magistrado de instancia razonablemente consideró que debía tratarse de una sustancia tóxica estupefaciente. A pesar de que la finalidad de las grabaciones era otra distinta a la vigilancia laboral, el hecho de no haber podido ser constatada de otra forma y ante la gravedad del comportamiento, se admitió la prueba para fundamentar la procedencia del despido²¹⁰⁰.

²⁰⁹⁷ GOÑI SEIN, José Luis: "Videovigilancia y nuevas formas de control del empleador: La perspectiva de la protección de datos". *Anuario de conferencias del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*, 2008. Pág. 155.

²⁰⁹⁸ STS (Sala de lo Social), de 13 de mayo de 2014, rec. N.º 1685/2013 (Id. Cendoj 28079140012014100286).

²⁰⁹⁹ SSTSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 5 de marzo de 2012, rec. N.º 6643/2010 (AS 2011\1722) y de 23 de febrero de 2012, rec. N.º 7657/2011 (AS 2012\2421).

²¹⁰⁰ STSJ de Andalucía/Málaga (Sala de lo Social), de 9 de enero de 2003, rec. N.º 1853/2002 (AS 2003\1373).

5.4.6. Mensajería instantánea tipo "*WhatsApp*", como medio de prueba.

Los sistemas de mensajería instantánea constituyen un medio de comunicación que a priori es cerrado y por tanto, la información se transmite por un canal entre un emisor y un receptor. Los mensajes tradicionales de texto enviados a través de teléfonos móviles fueron evolucionando hacia mensajes multimedia y hacia aplicaciones donde además de textos se pueden incluir imágenes, vídeos, e incluso realizar videollamadas.

Las aplicaciones de mensajería utilizadas desde cualquier ordenador conectado a Internet o en cualquier *smartphone*, permiten una comunicación rápida, en la que se puede incluir a grupos, donde cualquiera de los participantes pueden enviar información y recibir todo lo enviado al resto del grupo. Surge así una multi-comunicación, donde cabe el secreto de las comunicaciones por el canal cerrado del medio, pero donde cualquiera de las personas tiene libertad de transmitir la información recibida a un tercero. Al ser una parte de los comunicantes (emisor o receptores), cualquiera que estuviera en el grupo, podría difundir la información sin afectar al secreto de las comunicaciones. De igual forma si solo hay un emisor y un receptor, cualquiera de ellos que han sido parte en el mensaje pueden difundirlo sin menoscabar el secreto de la comunicación. Otra cuestión radicaría en comprobar si queda afectado el derecho a la intimidad por la información o datos transmitidos sin consentimiento de su titular a un tercero.

El hecho de que el canal sea cerrado no implica la seguridad de la comunicación. Al contrario, en este tipo de aplicaciones, es recomendable no enviar información personal, pues las fotos, vídeos o textos pueden ser interceptados, por ejemplo a través del sistema *wi-fi*, o a través de otras aplicaciones.

Ahora bien, se ha admitido el uso como prueba de estas aplicaciones, en cuanto pueden servir para atribuir una comunicación a la persona que accede a la mensajería instantánea, bien sea como emisor o receptor, a la vez que consta el contenido de lo comunicado, normalmente con fecha y hora. Si bien puede existir manipulación, cabe también aportar pruebas que demuestren si ha habido fraude en la aportación de una prueba falsa o manipulada. Los puntos débiles de este tipo de pruebas de mensajería instantánea o mensajes SMS son los relativos a la comprobación de la lectura de confirmación del mensaje por quien realmente sea el destinatario.

Un supuesto en el que la prueba de un mensaje de "*WhatsApp*" constituyó el fundamento para despedir a una enfermera que confundió la medicación de dos pacientes, tuvo lugar cuando la conversación mantenida entre la enfermera y su encargada contiene el relato de lo sucedido y el riesgo al que estuvieron expuestos los pacientes. La prueba fue transcrita en papel, siendo presentada como prueba documental, que sirvió, junto a la grabación de una cámara, para acreditar los incumplimientos del deber de cuidado imputables a la enfermera despedida. El hecho de la validez de la prueba de "*WhatsApp*" sin que se vulnere el secreto de las comunicaciones, tiene su razonamiento en que no fue la empresa quien interceptó el mensaje, sino la encargada (parte en la conversación), quien lo puso de manifiesto a la empresa²¹⁰¹.

²¹⁰¹ STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 25 de abril de 2014, rec. N.º 4347/2013 (Ar. AS/2014/2364).

En otro supuesto, ha sido admitido como medio de prueba la confirmación de una trabajadora que tras anunciar que no quería trabajar más para la empresa, despidiéndose de sus compañeros, comunicó a través de “WhatsApp” a su encargada que no iba a volver al trabajo²¹⁰². A pesar de que la trabajadora posteriormente y a través de burofax comunica que no tiene intención de dejar su trabajo, la empresa entiende que ha existido una dimisión. El Tribunal valoró la comunicación por “WhatsApp” como reveladora de una terminante, clara e inequívoca voluntad de la actora de romper la relación laboral, sin que su consentimiento estuviera viciado por un supuesto estado de ansiedad²¹⁰³.

5.4.7. El GPS como medio de prueba.

La utilización de dispositivos de localización a través de geolocalizadores instalados en un vehículo o en el teléfono móvil de la empresa a disposición del trabajador son una fuente de información concreta del lugar en el que éste se haya en cada momento. Sin perjuicio de entrar a valorar si el control empresarial es legítimo cuando utiliza este tipo de instrumentos y en qué circunstancias, se trata de valorar si la constatación de un hecho a través de este dispositivo puede constituir una prueba válida.

Así, en un supuesto de seguimiento llevado a cabo todos los días, tanto durante la jornada laboral como fuera de ella, mediante la instalación, no autorizada, de un GPS en el teléfono móvil facilitado al trabajador, se valoraba la licitud de la prueba así obtenida, por supuesta intromisión a la intimidad personal, con el fin de acreditar los hechos imputados, motivadores del despido disciplinario.

Las circunstancias del caso implicaban falta de información suficiente, al no haber existido consentimiento del trabajador ni autorización para su utilización. Ello impedía el conocimiento del trabajador a la hora de evitar actuaciones sorpresivas, entendiéndose además que no puede ser objeto de seguimiento durante todos los días de su vida laboral, y tanto durante la jornada como fuera de ella (al no tener prohibida la utilización del teléfono móvil fuera del tiempo de actividad laboral). Además, existían otros posibles medios de prueba que no fueron utilizados. Por tanto, al no tomar en cuenta el medio de prueba contaminado, y toda vez que se obtuvo la prueba de modo ilegítimo, no se consideró acreditada la conducta, por lo que el despido se declaró improcedente, al no acreditarse la imputación realizada²¹⁰⁴.

En este sentido, la prueba consistente en los datos obtenidos a través de un GPS instalado por un detective en el vehículo de un trabajador en IT, para verificar si realizaba actividades incompatibles con su estado, es contrario al derecho a la intimidad. El derecho a que los demás no sepan dónde se está en cada momento y cuáles son los movimientos

²¹⁰² GONZÁLEZ COBALEDA, Estefanía: “Dimisión laboral en la red: Un «Watsapp» sin «guasa». Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de junio de 2015, rec. N.º 817/2014”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. N.º 393 (Centro de Estudios Financieros). Diciembre 2015. Págs. 182-187.

²¹⁰³ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 10 de junio de 2015, rec. N.º 817/2014 (Ar. JUR 2015\178247).

²¹⁰⁴ STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social), de 17 de junio de 2014, rec. N.º 1162/2013 (Normacef, NSJ051171). En términos similares, SSTSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social), de 28 de abril de 2015, rec. N.º 134/2015 (Ar. JUR 2015\137206) y Madrid (Sala de lo Social), de 21 de marzo de 2014, rec. N.º 1952/2013 (Ar. AS 2014\823).

de cada uno forma parte del derecho a la intimidad del trabajador, sobre todo si además no se encuentra trabajando al estar en IT. Cuando, además, se trata de medios electrónicos colocados en los bienes del trabajador contra su voluntad, no se respeta el principio de proporcionalidad. En este caso, la nulidad no puede limitarse a los efectos de la aplicación del medio de prueba controvertido, sino que el Tribunal entendió que se extiende al propio despido realizado, pues éste, al efectuarse empleando el medio indicado, ha vulnerado un derecho fundamental²¹⁰⁵.

Por contra, el hecho de que el trabajador hubiera sido advertido, existiendo conocimiento de la transmisión permanente de datos sobre la posición del vehículo de la empresa, hace que la prueba obtenida a través del GPS sea lícita a efectos de demostrar el incumplimiento de horarios establecido por la empresa²¹⁰⁶.

Tampoco se consideró ilícita la prueba aportada por los datos de un GPS que en ningún momento captaría imágenes íntimas, sino cuya finalidad era la de facilitar la propia seguridad de los trabajadores, así como garantizar la seguridad de las mercancías²¹⁰⁷.

5.4.8. Casos planteados sobre la prueba practicada en redes sociales.

Las redes sociales pueden dar lugar a testimonios e incluso grabaciones de imagen y sonido en las que el propio trabajador aparece voluntariamente mostrando una actitud, comportamiento o conducta contrarios a los intereses empresariales e incluso, incurriendo en algún tipo de incumplimiento contractual²¹⁰⁸.

La privacidad en estos casos queda reducida a la mínima expresión, ante el potente flujo de información que se transmite en cada momento, y la propia vocación de las redes para compartir con terceros información y contenidos de diverso tipo²¹⁰⁹.

Estas pruebas podrían ser utilizadas por el empresario en juicio, siempre que acrediten un incumplimiento laboral, incurriendo en alguna de las conductas sancionables disciplinariamente, como pueden ser las ofensas verbales al empleador o a otros compañeros de trabajo, la transgresión de la buena fe o abuso de confianza derivadas, por ejemplo, de la realización de conductas incompatibles con la situación de IT, la competencia desleal o la revelación de secretos de empresa.

Son factores que se tienen en cuenta para la trascendencia jurídica de un supuesto incumplimiento, el tiempo en el que permanecen colgadas las imágenes o los

²¹⁰⁵ STS (Sala de lo Social), de 21 de junio de 2012, rec. N.º 2194/2011 (Id Cendoj: 28079140012012100544).

²¹⁰⁶ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 24 de abril de 2015, rec. N.º 715/2015 (Ar. AS 2015\1371).

²¹⁰⁷ STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 6 de junio de 2014, rec. N.º 903/2014 (Ar. AS 2014\1782).

²¹⁰⁸ CARDONA RUBERT, M.^a Belén: "Redes sociales en el contrato de trabajo", en RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Dirs.): "*Derechos y redes sociales*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2013. Pág. 293.

²¹⁰⁹ TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel y CALVO MORALES, David: "El uso de Internet y el correo electrónico en la empresa: Límites y garantías". *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, N.º 165. Junio 2014. Pág. 222.

comentarios, la efectiva repercusión que tienen sobre el público en general y el impacto de la red social, sus características técnicas y aplicaciones²¹¹⁰.

Ahora bien, sobre el valor probatorio de la información reflejada en las redes sociales y, en concreto, de la admisión como prueba de datos, hechos, fotografías, vídeos o consideraciones, es preciso además, determinar si este tipo de información se ha obtenido con vulneración o no del derecho a la intimidad del trabajador²¹¹¹.

La información obrante en una red social puede ser privada y solo accesible si se altera la configuración de la privacidad de la cuenta, por ejemplo, de otra persona, con el único fin de acceder subrepticamente a la información allí reflejada. En este caso, la obtención de la prueba puede chocar con el art. 90.2 LRJS al invadir el derecho a la intimidad del trabajador.

Más discutible es el caso de la información obtenida utilizando el acceso directo al perfil del trabajador, existente en el ordenador de la empresa y cuyo uso estuviera asignado al trabajador. En este caso, al ser el ordenador propiedad de la empresa, habrá que dilucidar si de la información facilitada al trabajador, existen advertencias sobre la prohibición de uso privado de las herramientas de trabajo, anulando la posible expectativa de privacidad, o si se contaba con el consentimiento del empleado para la vigilancia de los equipos.

Sí parece más claro el supuesto de acceso a la información obrante en una red social con un perfil o acceso abierto, así configurado por el propio trabajador, o por otra persona que fuera depositaria de dicha información. A pesar de los problemas que pueden existir entre el titular de la información y la persona que publica o difunde esa misma información (a quien el titular podría exigir responsabilidad civil, e incluso penal), a los efectos de su obtención por la empresa, debe ser lícita, pues no hay intromisión alguna al derecho a la intimidad en aquello que está a disposición general y es público.

La obtención de esta información por parte de la empresa corre el riesgo de servir a otros fines distintos a los de constatar un incumplimiento. Cabe advertir que dicha información que el propio trabajador hace pública, puede inducir al empleador a adoptar decisiones en base a cuestiones que nada tienen que ver con el trabajo. De la misma forma, es discutible si el empresario puede utilizar esta información para imputar al trabajador una conducta contraria a los intereses de la empresa, cuando sin existir un incumplimiento de las obligaciones laborales, la conducta pública del trabajador es contraria a la imagen corporativa que pretende dar la empresa en sociedad (comentarios, fotografías o vídeos que muestran actitudes, expresiones o críticas). Ello puede llevar a una reacción contra el trabajador, cuando afecte a los intereses empresariales, en forma de represalia, decisiones discriminatorias, etc., situación que incluso puede ser más palmaria en las denominadas empresas de tendencia.

²¹¹⁰ FERNÁNDEZ VILLARINO, Roberto: "El Derecho del trabajo ha abandonado el grupo?" *El Laboralista*. Mayo 2015. Pág. 3.

²¹¹¹ SELMA PENALVA, Alejandra: "La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso laboral. Análisis de los últimos criterios jurisprudenciales". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel). N.º 39. 2014. Pág. 368.

Las redes sociales están mutando, convirtiéndose en un arma de doble filo. De un lado abren un espacio mayor y más dinámico de comunicación y crítica, pero de otro constituyen medios de prueba. Estas pruebas se aceptan como válidas, a pesar de ser manifestaciones de la vida personal, pero que al compartirse en perfiles públicos, hace que pueda presumirse el consentimiento para su conocimiento y difusión pública, reproduciendo imágenes o comentarios reveladores de ilícitos laborales²¹¹².

Podría plantearse incluso, qué ocurriría si fuera el empleador quien en su propia red social, en su perfil o en el de la empresa, incluyera críticas despectivas a sus trabajadores poniendo en entredicho, por ejemplo, su profesionalidad y competencia. Los daños a estos trabajadores pueden ir más allá de una mera vulneración de su derecho a la dignidad o al honor, para los que evidentemente, cabría una acción en el ámbito laboral. Estas expresiones podrían provocar un descrédito profesional al trabajador en cuanto a sus opciones para encontrar nuevo empleo, pues es frecuente que los empresarios recurran a las redes sociales para comprobar la aptitud profesional del trabajador.

5.4.8.1 Insultos vertidos en redes sociales hacia la empresa o a otro trabajador.

Los comentarios y fotografías publicados en redes sociales de acceso público, donde es posible compartir información en abierto, estarían en principio protegidos por el derecho a la libertad de expresión. No obstante, es preciso valorar los distintos derechos que entran en conflicto, pues sin negar la libertad de expresión del trabajador, no se puede obviar tampoco el derecho a la dignidad y al honor del empresario o de otros trabajadores. Para ello es imprescindible recurrir al parámetro de la buena fe, como límite a la libertad de expresión, para valorar si realmente las expresiones proferidas atentan contra la dignidad de otra persona, convirtiéndose en ofensa²¹¹³.

De esta forma, los Tribunales han ido interpretando la libertad de expresión atendiendo a criterios tales como que no basta la sola consideración de la empresa para estimar que existe una ofensa, sino que estas expresiones consideradas en abstracto, tengan realmente un carácter ofensivo, entendiendo éste como la capacidad objetiva de atentar contra el honor y la dignidad de otras personas vinculadas a la empresa.

En el ámbito de las redes sociales es motivo de valoración la propia manifestación del trabajador, acompañada de las circunstancias que rodean las expresiones vertidas, pues es admisible en este tipo de medios un tono jocoso, de recelo, o simplemente de narrar lo sucedido en la empresa, sin ánimo de ofender y dañar la reputación de la misma, o de otras personas a ella vinculadas.

Atendiendo al criterio de proporcionalidad y gravedad de las faltas, solo los

²¹¹² GONZÁLEZ COBALEDA, Estefanía: “Dimisión laboral en la red: Un «Watsapp» sin «guasa». Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de junio de 2015, rec. N.º 817/2014”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. N.º 393 (Centro de Estudios Financieros). Diciembre 2015. Pág. 186.

²¹¹³ CALVO GALLEGO, Francisco Javier: “TIC y poder de control empresarial: Reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales. STSJ de La Rioja de 23 de mayo de 2011”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* (edición digital). N.º 71/20129/2012. BIB 2012\56. Págs. 22 y ss.

comentarios de especial gravedad deben ser constitutivos de una sanción como la del despido, para lo que habrá que determinar, mediante las pruebas aportadas, cuál era realmente la intención del trabajador y el daño causado.

Sin embargo, a nivel de prueba para la imputación de un hecho que puede implicar consecuencias jurídicas (como el despido), lo publicado en las redes sociales puede constituir material probatorio válido, sobre todo si la información es pública e imputable a su autor, o cuando es reconocida por éste.

Cabe plantearse si los comentarios en redes sociales entran en la tipificación de la infracción por despido que establece el art. 54.2 c) del ET y donde solo se refiere a "*las ofensas verbales o físicas*". Lógicamente cuando se promulgó el ET, no existían las redes sociales como medio de comunicación y, si bien es cierto que se podría haber actualizado su redacción en las distintas reformas que ha sufrido la norma, también es cierto que las normas han de interpretarse atendiendo a la realidad social del momento, como establece el art. 3 del Código Civil y, que hay que entender que cabe este canal de comunicación para llevar a cabo este tipo de ofensas²¹¹⁴.

Los mensajes insultantes publicados en una red social (*Facebook*) que permitía a cualquiera acceder a su contenido, "*no pueden catalogarse como comentarios privados o dirigidos a permanecer en la esfera personal del actor*". Estos mensajes resultan hechos probados constatados y reconocidos por el trabajador despedido, que basó su argumentación en calificar los comentarios como "*personales*", lo que debido a la naturaleza del tipo de red social utilizada, de público acceso, no puede considerarse como "*privado*". En este caso, fue indistinto que el equipo utilizado fuera o no de la empresa, ni que se realizara dentro o fuera de las horas de trabajo, siendo lo determinante que se trató de "*ofensas de altísimo calado y expresiones de contenido amenazante, todas ellas íntimamente relacionadas con la actividad laboral del trabajador y con la actitud hacia diversos compañeros de trabajo*"²¹¹⁵.

En la misma línea, la publicación en *Facebook* de comentarios del trabajador, despectivos y negativos hacia la empresa, injuriosos e imputando falsas conductas de apropiación indebida y acoso, son prueba suficiente para la procedencia del despido²¹¹⁶.

En otro caso muy similar que tiene como protagonista la red social *Facebook*, la empresa defiende la procedencia del despido en base a una fotografía publicada por una trabajadora, en la que lanza comentarios jocosos y despectivos hacia otra persona del ámbito de trabajo. Sin embargo, la trabajadora afirma su autoría en dicha publicación, pero al mismo tiempo, defiende su libertad de expresión, que ahora entiende vulnerado por la empresa con su actuación de despido. Si bien se entendió que la naturaleza de las expresiones no constituyeron un insulto con la suficiente gravedad para fundar un despido, tampoco se declaró la nulidad del mismo por vulneración de derechos fundamentales, pues no por ello la actuación de la empresa infringió el derecho a la

²¹¹⁴ SELMA PENALVA, Alejandra: "La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso laboral. Análisis de los últimos criterios jurisprudenciales". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel). N.º 39. 2014. Pág. 382.

²¹¹⁵ STSJ de Andalucía/Málaga (Sala de lo Social), de 22 de mayo de 2014, rec. N.º 509/2014 (Ar. JUR 2014/196729).

²¹¹⁶ STSJ de Murcia (Sala de lo Social) de 31 de marzo de 2014, rec. N.º 1091/2013 (JUR/2014/120143).

libertad de expresión, siendo reparado el despido con la declaración de improcedencia²¹¹⁷.

La amplia utilización de las redes sociales, como vehículo de la libertad de expresión del trabajador, choca en ocasiones con políticas de empresas en las que por su actividad en Internet pueden ser más proclives a sufrir daños a causa de las opiniones, o en su caso insultos, vertidos por el trabajador. La misma constancia en *Facebook* de los comentarios, avalados por acta notarial, arman la prueba contra el trabajador. Ahora bien, la existencia de prueba no es por sí mismo argumento para despedir como sanción a un incumplimiento contractual consistente en no respetar la política de empresa que impone a sus empleados respeto en sus declaraciones a través de Internet. Al estimarse que no existe causa suficiente para despedir disciplinariamente ante unos comentarios libremente realizados en una red social, sin que ello tampoco comporte vulneración a la libertad de expresión, ni atentado contra su intimidad, el despido se estima improcedente²¹¹⁸.

Resulta llamativo en algún pronunciamiento la valoración de la prueba, consistente en un comentario del trabajador a través de la red social *Twitter*, donde se tiene en cuenta a la hora de medir la gravedad de las expresiones difundidas, como el Tribunal alude a que "*no parece que los comentarios del trabajador hayan llegado a tener la publicidad y extensión suficiente para haber llegado a ser conocidos por el gran público y llegar a dañar la imagen de la compañía ante proveedores y clientes*". Es decir, que en aplicación de la teoría gradualista, no se mide solo el contenido del comentario, que bien puede corresponder a un trabajador indignado, sino que también se tiene en cuenta, la red social utilizada, los días que estuvo publicado el "*tweet*" y la difusión o repercusión que pudo tener ante el resto de internautas²¹¹⁹.

Respecto a las expresiones que no han sido consideradas atentatorias contra la dignidad o el honor de la empresa o de otras personas a ella vinculadas, se ha considerado que no constituyen causa de despido los comentarios jocosos del trabajador respecto a los clientes de una tienda de fotos bajo el título genérico "*Señoras que van a Fotoprix a revelar las afotos*", pues ni se puede identificar a los agraviados, ni las expresiones van más allá de narrar anécdotas de trabajo con una finalidad lúdica²¹²⁰.

5.4.8.2 Suplantación de la personalidad en una red social.

El tema de la autoría de los comentarios vertidos en una red social no es ocioso, sobre todo cuando una persona suplanta la personalidad de otra con la finalidad de atribuirle expresiones que no corresponden a la persona "*logada*" en una red social.

En el ámbito laboral, se ha declarado el despido de un trabajador por transgresión de la buena fe y abuso de confianza, ante la creación de un perfil y una cuenta de usuario en la red *Facebook* a nombre del director de la empresa, sin su conocimiento ni su consentimiento, utilizando sus datos personales y, emitiendo en su nombre, expresiones

²¹¹⁷ STSJ de Andalucía/Málaga (Sala de lo Social), de 15 de noviembre de 2012, rec. N.º 1331/2012 (Ar. AS/2013/2257).

²¹¹⁸ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 25 de mayo de 2011, rec. N.º 5016/2010 (Ar. JUR/2011/237900).

²¹¹⁹ STSJ de Navarra (Sala de lo Social), de 21 de febrero de 2014, rec. N.º 44/2014 (Ar. JUR/2014/101739).

²¹²⁰ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 30 de marzo de 2012, rec. N.º 798/2012 (Ar. JUR/2012/322079).

objetivamente injuriosas sobre la empresa con intención de difundirlas. Este tipo de conductas necesitan de una prueba que determine la autoría de la conducta, que en el caso en cuestión fue por "*convicción del juzgador*", unido a la prueba documental aportada por las partes y los interrogatorios a testigos²¹²¹.

En otras ocasiones la suplantación de la personalidad sirve para realizar actos de competencia desleal, como en el caso de un trabajador que creó y registró páginas *web* ofreciendo venta on-line de productos comercializados por la empresa para la que trabaja. La única prueba aportada es el propio portal creado por el trabajador, donde se puede comprobar que los datos y la dirección postal es coincidente con la del empleado²¹²².

5.4.8.3 Despido basado en el propio incumplimiento del trabajador en relación a la privacidad de un tercero.

En las redes sociales pueden publicarse todo tipo de contenidos, unas veces relacionados con el ámbito de la empresa, que puede verse afectada por los mismos, y otras veces es el propio trabajador, quien publica contenidos de terceros, que a su vez pueden tener relación con la empresa.

El tema aquí planteado radica en delimitar hasta donde puede llegar la empresa para pedir responsabilidad al trabajador, basándose la prueba en que publica contenidos de terceros relacionados con la empresa, pero sin su autorización. Evidentemente la relación de la empresa con el trabajador puede llevar a aquella a exigir responsabilidad por los daños causados al tercero, quien podría accionar contra ella y no solo contra el trabajador, por lo que en principio ese tipo de prueba podría servir de base a un despido.

Sin embargo, la magnitud de las circunstancias concurrentes en los distintos casos, exigen investigar no solo la prueba, sino los motivos que puede haber detrás de la misma, así como la reacción del afectado. En un supuesto en que el trabajador asistió a un parto, procediendo a colgar la foto de la recién nacida en su portal de *Facebook*, sin autorización de los padres, fue la propia empresa quien insta a denunciar al trabajador incluso por la vía penal, denuncia que luego es retirada. Es patente en el caso, que el empresario buscaba enmascarar un despido injustificado, a raíz de una actitud que no afectaba realmente a la empresa, pues ni suponía un incumplimiento respecto a ella, ni los terceros exigieron responsabilidad a la misma. En este caso la prueba no era en sí la propia fotografía colgada en *Facebook*, sino la maniobra del empresario para tratar de que el tercero denunciara al trabajador, cuando no existía esa intención²¹²³.

En otro supuesto, la empresa presenta como prueba dos vídeos que han sido extraídos de la cuenta de *Facebook* de la trabajadora y en la que aparecen otras personas. La circunstancia de que los vídeos fueran propiedad de la empresa y no de la trabajadora, quien los extrajo de las grabaciones de las cámaras de seguridad de la empresa, siendo ella la que procedió a su difusión en su cuenta de la red social, haciendo comentarios jocosos sobre las personas que allí aparecían y que eran también

²¹²¹ SJS de Cartagena (Murcia) N.º 1, de 6 de julio de 2011, sent. N.º 517/2011 (Ar. AS/2011/1167).

²¹²² STSJ de Murcia (Sala de lo Social), de 16 de julio de 2012, rec. N.º 481/2012). (Ar. JUR/2012/276040).

²¹²³ STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 20 de febrero de 2012, rec. N.º 4905/2011 (Ar. AS/2012/657).

trabajadoras de la empresa, implica que difícilmente puede ser violada la intimidad de la trabajadora despedida a la hora de obtener la prueba. Esta conducta afectó no solo a la seguridad de la empresa, sino al derecho a la protección de datos (imágenes) de las trabajadoras que aparecían grabadas, con el consiguiente perjuicio para su imagen²¹²⁴.

5.4.8.4 Comprobación de realización de actividades incompatibles con la incapacidad temporal a través de redes sociales.

La IT es causa de suspensión del contrato de trabajo, lo que provoca el cese de las obligaciones de trabajar y de abonar el salario, manteniéndose el resto de obligaciones de la relación laboral, como el deber de buena fe, no competencia con la actividad de la empresa y, en particular, que el trabajador no debe realizar actividades incompatibles con su estado, siguiendo el tratamiento médico prescrito en vistas a una pronta recuperación. Para ello, el art. 20.4 ET habilita al empresario a verificar el estado de enfermedad o accidente, mediante reconocimiento a cargo de personal médico. Sin embargo, el empresario puede recurrir a los medios de prueba admitidos en Derecho para demostrar una situación ficticia o simulada respecto al supuesto estado de salud del trabajador, que no responde a la situación objetiva causante de la IT. Es cuando entonces, el empresario debe informar a los servicios sanitarios al objeto de revisar la baja médica²¹²⁵.

Si bien, tradicionalmente se han venido aportando pruebas de detectives, que en ocasiones vulneraban la intimidad del trabajador por ser obtenidas, por ejemplo, en el propio domicilio, en la actualidad es posible obtener dichas pruebas a través de testimonios y fotografías del propio trabajador, cuando han sido publicadas en Internet o en una red social²¹²⁶. El hecho de que voluntariamente se hagan públicas informaciones acerca de las actividades del trabajador, aún fuera de la jornada y del lugar de trabajo, no presenta problema alguno a la empresa que pretende hacer valer esa misma información como prueba que acredite la simulación o el incumplimiento del tratamiento.

Los siguientes ejemplos muestran la facilidad con la que la empresa conoce, sin vulnerar la intimidad, los actos del trabajador en una situación claramente fraudulenta en cuanto a la baja médica prescrita:

En un supuesto de despido por vulneración de la transgresión de la buena fe de una trabajadora en IT, se admitió como prueba documental plenamente válida la página *web* que mostraba un negocio clandestino regentado por la trabajadora, creando y publicitando diademas y tocados de fiesta, que luego vendía a través de un comercio *on-line* del que era titular, exponiendo en *Facebook* sus creaciones. Estas pruebas son las que determinaron la constatación de una actividad fraudulenta, dando lugar a la procedencia del despido²¹²⁷.

²¹²⁴ STSJ de Castilla y León/Valladolid (Sala de lo Social), de 30 de abril de 2014, rec. N.º 491/2014.

²¹²⁵ DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (Dir.), en AA.VV.: “*Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*” Ed. Iustel. Madrid 2010. Pág. 453.

²¹²⁶ Sobre las pruebas obtenidas por detectives, véase los trabajos de RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio: “Pruebas obtenidas a través de detectives privados y derecho a la intimidad del trabajador”. *Actualidad Laboral*. N.º 12. Diciembre 2014. Págs. 1397-1410 y de SÁIZ DE MARCO, Isidro: “La prueba de detectives en la doctrina judicial”. *Actualidad Laboral*. N.º 12. Diciembre 2014. Págs. 1411-1417.

²¹²⁷ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 28 de mayo de 2011, rec. N.º 966/2012. (Ar. JUR/2012/226324).

En otro caso similar, la empresa tiene conocimiento de unas imágenes en las que el trabajador aparece en varias salidas nocturnas, "*tomando copas*", mientras se encontraba de baja médica por un trastorno ansioso depresivo sujeto a medicación. Esas imágenes, junto con los comentarios, fueron obtenidas de la red social *Facebook* que compartía con otros compañeros de trabajo e incluso, con la hija del empresario. Una vez que estas pruebas fueron protocolizadas notarialmente fueron admitidas en el juicio y sirvieron para declarar la procedencia del despido²¹²⁸.

Más claro resulta el carácter fraudulento de una baja (parte de reposo) por un solo día, coincidente con la publicación en *Facebook* de imágenes que delatan a la trabajadora que acudió a un concierto en día, lugar y hora coincidente con el periodo de reposo indicado en el justificante médico²¹²⁹.

Es frecuente que la prueba recabada en una red social no sea solo una fotografía o un comentario, sino numerosas "*piezas*" que, ordenadas, permitan recomponer, por ejemplo, que el trabajador que estaba de baja en situación de IT estuvo en el mismo periodo en las fiestas de un pueblo, posando en varios bares, realizando otro viaje acompañado de expresiones como "*estoy de vacaciones*" e incluso manifestando el día de su vuelta para "*arreglar papeles*". Es la construcción día por día de la vida del trabajador, que él mismo publica en la red social efectuando una "*descripción minuciosa de sus viajes*", colgando fotografías suyas y aportando comentarios explicativos, lo que constituye fuente de prueba suficiente para acreditar que esa conducta es del todo incompatible con la situación de IT y con las afecciones que supuestamente padecía²¹³⁰.

5.4.8.5 Otros incumplimientos laborales constatados por la publicación en redes sociales de imágenes o vídeos admitidos como prueba.

La publicación reflejada en una red social que constata un incumplimiento laboral, generalmente por transgresión de la buena fe o abuso de confianza, sirve para acreditar la comisión de una infracción del trabajador, que la empresa utiliza como elemento de prueba. Por tanto, la variedad de los incumplimientos que el propio trabajador, o alguien de su círculo puede publicar en la red social abarca prácticamente cualquier hecho constatable por testimonios, imágenes o vídeos. En ocasiones, constituye, incluso, la única prueba que respalda el incumplimiento advertido.

Un ejemplo de ello es la fotografía que un concesionario de vehículos descubre en el *facebook* de la trabajadora, vendedora, que sin autorización hace uso de un vehículo de la exposición, de alta gama, para sacarlo fuera con el consiguiente riesgo, para dar un paseo con su novio. Probablemente, el abuso de confianza no habría sido advertido, de no ser por las fotos colgadas en la red social, en las que aparece en distintos lugares, acompañada de su novio. El hecho de hacer públicas estas imágenes, impide considerar que el acceso de la empresa a la red social para obtener las fotografías como prueba,

²¹²⁸ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 23 de enero de 2012, rec. N.º 3803/2011 (Ar. JUR/2012/1065651).

²¹²⁹ STSJ de Asturias (Sala de lo Social), de 19 de abril de 2013, rec. N.º 528/2013 (AS/2013/1595).

²¹³⁰ STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 16 de noviembre de 2012, rec. N.º 4213/2012 (AS/2013/574).

suponga una vulneración del derecho a la intimidad²¹³¹.

Ahora bien, estas pruebas extraídas de las redes sociales también pueden ser utilizadas por el propio trabajador y en su defensa, en casos de atentados contra sus derechos, por parte del empresario o de otro empleado. El ejemplo más claro, son los comentarios ofensivos, incluso el acoso laboral o sexual, reflejados en este tipo de redes. Así ocurrió en un supuesto de acoso sexual de un superior jerárquico ante una trabajadora, sin que la empresa pusiera remedio a dicha situación, siendo el canal a través del cual se intercambiaban los mensajes, la red social *Facebook*. En dichos mensajes, se puede constatar las intenciones y propuestas del superior a la trabajadora, lo que sirve de prueba para acreditar la existencia de acoso laboral y sexual²¹³².

²¹³¹ STSJ de Castilla y León/Valladolid (Sala de lo Social), de 28 de noviembre de 2013, rec. N.º 1446/2013 (Ar. JUR/2013/382081).

²¹³² STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 17 de julio de 2010, rec. N.º 2811/2012 (Ar. JUR/2012/297124).

VIII. CONCLUSIONES

I. La evolución y delimitación de los derechos fundamentales, en especial, aquellos referidos a la personalidad, nos ha permitido acotar la significación y eficacia de los mismos a lo largo del tiempo. Estos derechos se incorporan en un ámbito social y dinámico, provocado por el carácter relacional del individuo y han de amoldarse a la cultura de la persona y al tiempo en el que vive. Es precisamente el ejercicio de estos derechos un medio de defensa frente al carácter invasivo de las tecnologías de la información y de las comunicaciones que amenazan la privacidad. En este sentido, la sociedad de la información que tiene como centro vital el espacio virtual de Internet, no puede considerarse un espacio de libertad absoluto que impida el ejercicio de los derechos fundamentales de los usuarios.

II. La innovación y el desarrollo tecnológico impulsan nuevos hábitos sociales que a su vez promueven nuevos modelos de negocio en el entorno digital. Resulta obvio que la tecnología y el desarrollo no van acompañados al ritmo del legislador. Pero ni ello puede causar un efecto paralizante en el desarrollo tecnológico, ni tampoco se puede innovar sin verificar las posibles consecuencias que puedan afectar negativamente a los derechos fundamentales del individuo. Cualquier actividad que se desenvuelve en la sociedad debe estar regida por el Derecho, sin que la ausencia de un desarrollo legislativo específico implique una falta de cobertura o de garantía, pues los criterios jurídicos que derivan del marco normativo constitucional son directa y plenamente aplicables.

Es necesario armonizar la privacidad con el desarrollo tecnológico, sin sacrificar ninguno de estos valores, a pesar de que puedan parecer términos contradictorios y sin negar que los derechos de las personas están por encima de los avances de la tecnología. Sin esta armonización a través de un adecuado marco legal de desarrollo e innovación, por un lado, y de garantía y protección de derechos, por otro, bien se corre el riesgo de sacrificar la intimidad y la dignidad de las personas, bien seremos menos eficientes y competitivos. A esta idea trata de responder el nuevo Reglamento (UE) 2016/679, tratando de evitar que la actual regulación de la protección de datos personales suponga un freno a la innovación y desarrollo, pero evitando, al tiempo, una restricción de derechos. La base de esta nueva normativa radica en garantizar un equilibrio entre la tecnología y el ejercicio de derechos que confluyen, y de éstos entre sí, lo que exigirá aplicar técnicas de ponderación teniendo en cuenta el conjunto del marco normativo de aplicación.

III. Los derechos no son absolutos y, en determinadas circunstancias, deben ceder en beneficio de la salvaguarda de otros derechos o bienes públicos protegidos. Incluso, en algunos casos, los derechos están sometidos a límites, unas veces internos, fruto de su propia delimitación, o por el condicionamiento que en su propia descripción impuso el constituyente, y otras veces externos, impuestos por el legislador en su potestad normadora, o por la necesaria garantía de otros bienes y derechos. El equilibrio de derechos que parte de la delimitación de su contenido esencial y los límites internos y externos depende por tanto de una serie de factores que han de ser estudiados en cada caso concreto y ser resueltos por el intérprete del derecho. Para ello, se postula una concepción armonizadora, que permita el ajuste y pervivencia de unos derechos con otros y con el resto del ordenamiento jurídico, por encima de una concepción estática y conflictivista, que tiende a resolver situaciones de conflicto mediante la prevalencia de

unos derechos sobre otros.

IV. En materia de resolución de los conflictos entre derechos, la sociedad de la información y el espacio virtual de Internet exigen aplicar principios de interpretación ante el nuevo fenómeno cambiante y dinámico que ha de ajustarse a una indeterminación y fragmentariedad de los preceptos constitucionales. Las normas constitucionales resultan esquemáticas, abstractas, indeterminadas y elásticas, lo que a su vez permite su aplicación a nuevas situaciones que, más que una demanda de nuevos derechos, permite delimitar los derechos existentes a la situación actual y futura. Pero para ello y, ante una nueva realidad social que afecta al mismo tiempo a varios derechos y los enfrenta con otros, es necesario llevar a cabo una interpretación sistemática sobre la base de que el Derecho es una totalidad. Por ello, es necesario aplicar los principios de unidad de Constitución, evitando cualquier interpretación de un precepto constitucional que lo sitúe en contradicción con otros, y de concordancia práctica, lo que lleva a una optimización y armonización de las normas entre las que pueda darse una relación de tensión.

V. En el Estado democrático y social de derecho, los derechos fundamentales son eficaces en las relaciones entre particulares y han de ser protegidos por el Estado y los poderes públicos ante cualquier vulneración o intromisión tanto de éstos, como de otros particulares. Ello conduce a afirmar que los derechos fundamentales son plenamente eficaces en las relaciones laborales, si bien, con algunas matizaciones en función de la propia naturaleza del contrato de trabajo. En este sentido, los derechos fundamentales de los trabajadores se miden al derecho fundamental a la libertad de empresa en el ámbito de la relación laboral. La técnica de la ponderación de derechos no resuelve el conflicto de derechos sino “*ad casum*”, de forma que un nuevo caso ante distintas circunstancias exigirá una ponderación distinta.

VI. La relación laboral es un espacio en el que necesariamente han de convivir los derechos fundamentales del trabajador con el poder de dirección del empresario, manifestación del derecho a la libertad de empresa, que permite al empleador la dirección, control y vigilancia de la actividad laboral objeto del contrato de trabajo, respetando en todo caso los derechos de la personalidad y, específicamente la dignidad del trabajador, mediante el respeto a la intimidad, a la propia imagen, el secreto de las comunicaciones y el derecho a la protección de los datos personales. La propia relación laboral pone de relieve con especial intensidad el carácter sistémico de los derechos fundamentales y la relevancia de su teoría general en lo que se refiere a la preferencia por la vigencia debilitada de las libertades sobre la supresión de alguna de ellas.

VII. La generalización de los dispositivos electrónicos y la conexión a Internet, ha supuesto un desarrollo exponencial de las libertades de expresión e información al alcance de cualquier individuo, en detrimento de los derechos a la intimidad, secreto de las comunicaciones, propia imagen y protección de datos. Para evitar y solventar los conflictos entre derechos, se hace necesario en primer lugar la adopción de medidas preventivas que garanticen el consentimiento informado del afectado, así como las políticas de privacidad en el diseño, que dificulten facilitar información privada de forma inconsciente al usuario de Internet. En esta línea actúa el Reglamento (UE) 2016/679 que sustituirá la normativa actual de protección de datos personales.

VIII. La vida digital está presente en todos los ámbitos de la sociedad. Desde las relaciones sociales a las profesionales, en el comercio electrónico, en la educación, en la

empresa y en el mundo de los negocios. Una visita a una página *web* queda registrada en el ordenador desde el que se accede a Internet. Los mensajes transmitidos desde el correo electrónico o desde los sistemas de la mensajería instantánea, a pesar de ser canales cerrados, no están a salvo del conocimiento ajeno. Desde los poderes públicos, se justifica la vigilancia digital, con el pretexto de la seguridad. Las redes sociales que se enmarcan en un ámbito específico de comunicación, profesional, de contactos o de noticias, admiten a usuarios que publican su fotografía, datos sobre su identidad, gustos y aficiones. Estos datos, sin embargo, no solo son accesibles desde los buscadores de Internet, sino que también pueden ser utilizados y divulgados por otros usuarios, perdiéndose así el control de la información.

IX. El sistema de derechos fundamentales ha de propiciar en lo esencial un equilibrio entre la libertad de expresión y de información en el entorno digital, con el derecho a la privacidad. El ejercicio de estos derechos en el entorno digital puede afectar al derecho al honor, ante las difamaciones falsas sobre una persona, física o jurídica. Puede afectar al derecho a la intimidad, ante la revelación de información privada, que también puede afectar a la propia imagen, ya que cualquier dispositivo móvil está preparado para grabar un vídeo o una fotografía que puede ser inmediatamente subido a Internet. La captación de información escrita, gráfica o publicada, incluso de las direcciones electrónicas o páginas *web* visitadas, constituyen datos personales a través de los que se puede reconstruir el perfil de una persona.

X. Si bien el espacio de Internet promueve como bien común la libre accesibilidad a la información, surge también la necesidad de salvaguardar del conocimiento ajeno ciertos datos que por distintas causas figuran en la red. Unas veces, ante la falta de consentimiento del afectado, otras, al ser un hecho noticiable o de relevancia pública e, incluso, en ocasiones, por tratarse de una publicación en edictos de la Administración en un medio de comunicación, cuando no en el propio BOE, como es el caso de los indultos, donde se identifica al delincuente con el delito que cometió. La información permanece en Internet indefinidamente, de forma que a pesar del cambio en las circunstancias, cualquier persona puede conocer hechos pasados y actuar en consecuencia, en perjuicio del afectado. Surge así el denominado “*derecho al olvido*”, que no debe ser considerado un derecho autónomo, sino una parte del derecho a la protección de datos, consistente en la cancelación de dichos datos y el derecho de rectificación, mediante su eliminación de los motores de búsqueda de Internet. El asunto Mario Costeja resuelto por el TJUE ha sido un exponente de esta problemática, pero no ha solucionado el problema, ante el gran poder que ostentan los gigantes de las telecomunicaciones en Internet, en este caso, *Google*. Por ello ha de proponerse un marco normativo que resuelva estas situaciones, sin olvidar el respeto a la libertad de información, que en caso de ser relevante, habrá de permanecer a disposición del público, a modo de como hoy día puede funcionar una hemeroteca.

XI. En el marco digital, se plantea la incidencia de la tecnología en el ámbito de las relaciones laborales. Si bien hasta ahora ha prevalecido una línea doctrinal y jurisprudencial en la que prácticamente el trabajador se somete al poder dirección del empresario, quedando menguados sus derechos fundamentales por razón del contrato de trabajo, hoy día existen razones para equilibrar el derecho a la libertad de empresa con el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador.

El trabajador como parte de la empresa, e incluso como imagen de la misma,

presta servicios de cara al público en Internet, e incluso a través de redes sociales, de forma que si no trabaja con estas premisas, no está capacitado para desempeñar el trabajo requerido. En el objeto del contrato puede estar pactado la necesaria identificación del trabajador en su proyección externa a la empresa, lo que puede incluir datos profesionales, pero también personales, como por ejemplo, una fotografía en el perfil. Además, se ponen a disposición del trabajador canales de comunicación, que son accesibles, no ya desde la empresa y en la jornada de trabajo, sino fuera de los locales y del tiempo de trabajo. En estos casos, es evidente que se produce una flexibilización de la relación laboral, concretamente en lo relativo a la dependencia y sometimiento al poder de dirección. Debe primar la relación de confianza, frente al control permanente del trabajador.

La tecnología como herramienta de trabajo se ha convertido también en instrumento de vigilancia y control, donde todos los riesgos relativos a la privacidad que antes hemos apuntado del individuo como persona, se vuelcan ahora sobre el individuo en su calidad de trabajador. El empresario puede conocer información sobre la vida extralaboral del trabajador a través de los motores de búsqueda que le permite Internet. Puede acceder a redes sociales, donde el propio trabajador o personas allegadas al mismo dan cuenta de toda la información que circula sobre un empleado. Pero también puede someter al trabajador a una monitorización permanente, amparado en el poder de dirección, para comprobar la correcta realización de su trabajo. Es el supuesto contrario a la flexibilidad, lo que además realza el riesgo de adoptar medidas arbitrarias o discriminatorias frente al trabajador, alejando la relación de confianza por una especie de estado policia.

La puesta a disposición y utilización de los trabajadores de medios tecnológicos propiedad de la empresa destinados a fines profesionales ha abierto un debate sobre el uso privado de estas herramientas de trabajo y, sobre todo, sobre el ejercicio del control y vigilancia empresarial en un ámbito en el que coinciden el ámbito profesional con el ámbito privado. Resulta necesario, por tanto, establecer los criterios que garanticen la eficacia de los derechos fundamentales del trabajador en relación con el uso adecuado y racional de estos medios de titularidad empresarial. La falta de normativa específica ha promovido la negociación de unas condiciones y, en su defecto, la regulación unilateral de unas pautas de conducta. Estas pautas prácticamente prohíben la utilización particular de los medios tecnológicos a disposición del trabajador. Ahora bien, como ya se ha analizado, el problema actual no es el acceso a través de los recursos de la empresa a Internet, al correo electrónico o a las redes sociales en detrimento de su trabajo. Es que el trabajador, a través de sus propios medios, puede igualmente acceder a estos recursos. Si bien, podría considerarse legítima la prohibición empresarial absoluta, no se considera lógica, desde el punto de vista de la flexibilidad que las nuevas tecnologías promueven y facilitan a ambas partes del contrato de trabajo.

En la práctica, deja de tener sentido un control invasivo de la intimidad con exclusión completa de cualquier expectativa de privacidad a través de los recursos de la empresa, cuando el propio trabajador dispone de su propio teléfono móvil, conexión a Internet y acceso a la mensajería instantánea o a las redes sociales. El control de las páginas *web* visitadas por el trabajador, puede suponer una invasión del empresario a su intimidad. El acceso empresarial al correo electrónico del trabajador, como medio de comunicación cerrado a través del cual es posible el envío y recepción de mensajes privados, puede suponer una lesión al secreto de las comunicaciones. La captación de

datos a través de dispositivos de vigilancia, en el uso de los recursos tecnológicos de la empresa, sin el consentimiento del trabajador, vulnera además el derecho a la protección de datos personales.

La distinción entre un uso profesional y particular de los medios telemáticos de la empresa aporta nuevos matices al problema de delimitar hasta dónde abarca la vigilancia de un uso mixto, donde incluso se hace difícil distinguir las barreras entre lo personal y lo profesional. ¿Es posible mantener conversaciones privadas con clientes, a través del correo electrónico, para interesarse por el estado de salud, conocer hábitos y costumbres de los interlocutores o compartir gustos y aficiones? Es decir, una vigilancia omnímoda, incluso sobre los hábitos de navegación o de las conversaciones privadas, incluso en el entorno de la empresa, constituye una potencial vulneración de los derechos fundamentales del trabajador.

XII. La videovigilancia u otros dispositivos de control exhaustivo, por ejemplo a través de la geolocalización del trabajador, deben considerarse invasivos de los derechos fundamentales del trabajador a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de datos, en la medida que no exista una justificación, finalidad e información al trabajador. Sin embargo, son recursos que se utilizan bajo el amparo de la seguridad o la protección del patrimonio empresarial, pero que exigen especiales cautelas en la salvaguarda de los derechos del trabajador.

XIII. De la vigilancia y control empresarial surge la necesidad de garantizar la libertad informática, que en su vertiente positiva se ha entendido como el derecho a la protección de los datos personales del trabajador, recabados en la propia relación laboral, o fruto de la vigilancia de los medios empresariales utilizados por el trabajador, para fines profesionales o privados. La disponibilidad, tratamiento o cesión de esta información debe contar con el consentimiento del trabajador, salvo que se trate de datos derivados de la propia relación laboral.

XIV. Debe reflexionarse en relación a la siguiente pregunta ¿Qué derechos deben prevalecer frente a otros, sin que dicha prevalencia implique la negación de uno de los derechos implicados? El ordenamiento constitucional ha de garantizar la eficacia de los derechos fundamentales aún en situaciones de conflicto. Para ello, aplica la técnica de la ponderación que comprende el análisis minucioso del caso concreto, tanto en sus aspectos fácticos como jurídicos, con el fin de evitar el sacrificio de un valor a costa del otro. Si esto no es posible, habría que determinar cuál de los dos valores es más digno de protección en el caso concreto, evitando así la interpretación subjetiva y, finalmente, puesto que uno de los valores no tiene por qué quedar anulado en su totalidad, se puede acudir al principio de proporcionalidad que exige entre otras cosas, que el valor o bien jurídico sacrificado lo sea únicamente en la medida necesaria para dar efectividad a aquél que goza de prioridad; y por tanto, a igual efectividad, debe preferirse siempre la solución menos gravosa. Para aplicar esta técnica, hemos de recurrir a una serie de principios que justifiquen, en su caso, la adopción de una medida restrictiva de derechos provocada por la intromisión del empresario al amparo de su poder de dirección, en los derechos del trabajador con repercusión en su intimidad, mediante la adopción de medidas de vigilancia y control.

El principio de legitimidad

El control y vigilancia empresarial serán legítimos si se vinculan a un objeto a su vez legítimo y que produzca la menor intromisión posible en la esfera privada del trabajador. Es decir, el control ha de estar justificado y debe tener una finalidad relacionada con la actividad laboral y no para otros fines, salvo que excepcionalmente se trate de delitos o faltas que supongan incumplimientos laborales o incluso sujetos a responsabilidad penal.

Debe existir por tanto un interés legítimo que justifique el control empresarial en ámbitos en los que el trabajador puede compatibilizar el ejercicio profesional con actividades que pertenezcan al ámbito de su intimidad. Fuera de los casos justificados, no habría ninguna legitimidad empresarial en invadir espacios reservados a la vida privada.

El principio de transparencia: La información al trabajador sobre el alcance de la prohibición y de las medidas de vigilancia. y control.

El principio de transparencia significa que el empresario debe indicar de forma clara y abierta sus actividades de vigilancia, en el sentido de que el trabajador conozca cual es realmente su espacio para la salvaguarda de su intimidad. Los medios pueden ser desde el establecimiento de un Protocolo de actuación, o de un Código de conducta, bien unilateral, por parte del empresario, en ejercicio de su poder de dirección, ya negociado o acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Ha de destacarse como buena práctica la actividad de los empleadores consistente en informar y/o consultar a los representantes de los trabajadores antes de introducir políticas que les conciernan y que puedan afectar a sus derechos.

El principio del respeto a la expectativa de privacidad

La expectativa de intimidad es un factor a tener en cuenta directamente relacionado con la capacidad de control empresarial. Es lógico pensar que si en la relación de trabajo el empresario ha hecho todo lo posible por advertir que ejercerá su legítimo control de sus propios medios, eliminará toda expectativa de privacidad. Y al contrario, el desconocimiento del trabajador, siempre y cuando no exista una reglamentación, podrá impulsar el mantenimiento de un espacio de uso privado en un clima de confianza, que estaría vedado al empresario.

Uno de los motivos por los que puede existir la expectativa de privacidad es por el uso consentido o permisivo de determinadas prácticas que implican una voluntad de respetar la intimidad del trabajador. Si se permite un determinado comportamiento generalizado, no cabe arbitrariamente actuar en contra de esa permisividad, pues afectaría a la expectativa de intimidad.

El consentimiento prestado o pactado por el trabajador permitiendo el control empresarial.

La irrenunciabilidad es una característica de la titularidad de los derechos fundamentales, que sin embargo no obsta a que en determinadas situaciones, el sujeto pueda renunciar parcialmente a su ejercicio, prestando su consentimiento.

Ahora bien, el hecho de firmar una cláusula de autorización para el registro de los equipos del trabajador, no debe legitimar un control absoluto por parte del empleador. Incluso, cabe que al firmar la cláusula, el trabajador no se sienta en unas condiciones adecuadas para que el consentimiento sea libre, siendo realmente una adhesión forzada, más que una decisión libre.

El consentimiento ha de dejar claro el objeto de lo que el empresario puede fiscalizar, estando relacionado con los sistemas de control empleado, ya que de lo contrario, cabría la arbitrariedad de las medidas y la consiguiente inseguridad del trabajador.

El principio de la buena fe.

El principio de la buena fe actúa como criterio ordenador e inspirador de las relaciones jurídicas. Se superpone al propio comportamiento de las partes y modaliza el contenido y los efectos del contrato de trabajo de acuerdo a las reglas de conducta socialmente consideradas como dignas de respeto. Esta labor integradora alcanza tanto al ejercicio del poder de dirección del empresario, como al trabajador.

Para que exista transgresión por parte del trabajador se requiere que éste actúe con plena conciencia de que su conducta elimina los valores éticos que inspiran el cumplimiento de sus obligaciones, o bien que abusa en exceso de la confianza recibida de la empresa. No es necesario acreditar un daño, si bien la existencia de un perjuicio es uno de los factores a considerar en la ponderación de la gravedad de la transgresión.

La buena fe debe presidir la vigilancia y control empresarial, así como el respeto del trabajador a las normas y a las órdenes e instrucciones del empleador.

El principio de proporcionalidad.

El juicio de proporcionalidad resulta un procedimiento idóneo para resolver casos concretos donde entran en juego principios tendencialmente contradictorios que en abstracto pueden convivir sin dificultad. Es por ello que en la confrontación de intereses que se produce en la relación laboral, resulta de gran utilidad a efectos de justificar y ponderar la restricción de derechos del trabajador frente al poder de dirección y, específicamente, frente a las medidas de control y vigilancia empresarial, sobre todo cuando no hay una regulación legal concreta y aplicable.

El TC aplica el juicio de proporcionalidad por la posición preeminente que ocupan en el ordenamiento jurídico los derechos fundamentales, lo que motiva que las eventuales limitaciones que deban soportar aquéllos sean excepcionales y restrictivas. No es suficiente un interés empresarial para restringir derechos, sino que implica que la medida restrictiva sea la única forma de alcanzar un legítimo interés empresarial.

El juicio de proporcionalidad debe superar los siguientes subprincipios:

El juicio de idoneidad, que consiste en determinar si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, es decir, comprobar el correcto cumplimiento de la prestación laboral, y en su caso, adoptar las medidas para que ésta se desarrolle de la

forma más organizada, eficiente, productiva, rentable o segura posible. Implica que los medios de vigilancia y control utilizados han de ser ajustados a un fin determinado, y que éste, sea explícito y legítimo. Las medidas de control han de tener por única finalidad verificar el cumplimiento de los deberes laborales y guardar la consideración debida a la intimidad y a la dignidad del trabajador.

El juicio de necesidad pretende aclarar si una vez que se ha demostrado que la medida de control es idónea, es también necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia. Este principio significa que la limitación del derecho fundamental del trabajador, cualquiera que sea, sólo puede tener lugar y está justificada si es estrictamente necesaria o indispensable para satisfacer el interés empresarial, o en otros términos, si no hay otra forma de satisfacer este interés, pues si así fuera habría que optar por esa forma alternativa que no restringe en absoluto, o restringe menos, el derecho del trabajador.

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto o "*juicio de ponderación*", que tiende a sopesar si la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. Para esta ponderación, se utilizan distintos elementos de juicio, como por ejemplo, si los controles son conocidos por los trabajadores o han sido instalados subrepticamente, si la interceptación de las comunicaciones se hace o no indiscriminada y masivamente, si se controlan sólo las llamadas de entrada que realizan los clientes a los trabajadores o también las de salida, o si los trabajadores disponen o no de teléfonos no intervenidos para efectuar y recibir llamadas particulares.

Sin embargo, el principio de proporcionalidad cae indefectiblemente en cierta subjetividad, tanto en el momento en el que se produce la tensión entre los titulares de los derechos fundamentales en conflicto, como en el momento aplicativo por el juzgador. Aquí, más que nunca es preciso tener en cuenta todos los principios anteriores, para no caer en la arbitrariedad. Del estudio de los casos concretos analizados, no es fácil encontrar lo que se ha denominado una "*unidad de solución justa*", en cuanto exigencia constitucional que ante un caso concreto identifique una interpretación correcta y una única respuesta jurídica. Las razones son las siguientes:

- El principio de idoneidad presenta la dificultad de identificar y configurar un fin determinado, legítimo y concreto, que deje sin efecto o desarticule otro interés distinto que se ha de sacrificar.
- El principio de necesidad implica una comparación entre medidas alternativas que precisa de una valoración subjetiva, a veces compleja, cuanto mayor son los bienes o intereses afectados.
- El principio de proporcionalidad en sentido estricto implica un juicio de oportunidad en el que tanto las partes, como el juzgador, tienden a convertirse en legislador "*ideal*", en una sociedad cada vez más abierta, compleja y plural.

A lo anterior ha de añadirse que no se puede olvidar el necesario respeto al contenido esencial del derecho que se pretende restringir. El riesgo deriva en que el operador jurídico tienda a aplicar inmediatamente el principio de proporcionalidad, sin reparar si la concreta posición afectada se halla protegida por el contenido esencial del

derecho fundamental y cual es el alcance de la protección que éste le brinda. Un ejemplo de ello, es la STC 39/2016, de 3 de marzo, que en aplicación del juicio de proporcionalidad, sacrifica el derecho a la protección de datos de un trabajador al que no se informó de la instalación de una cámara oculta, ante las sospechas de apropiación de dinero. El problema reside en que el derecho de información forma parte del contenido esencial de este derecho.

El tratamiento del derecho a la intimidad en el entorno digital requiere una visión global de los intereses en juego, donde las pautas del ejercicio de los derechos vayan presididas, en primer lugar, por el respeto a la dignidad de la persona, unido a la protección de su propia identidad, tanto en el plano real, como en el entorno digital. Pero a partir de este momento, respetando la libre prestación del consentimiento y la libre voluntad de la persona, todo acto del individuo habrá de someterse al entorno en el que se relaciona con los demás. El contrato de trabajo no es más que un espacio de sumisión voluntaria y limitada a un fin. La prestación laboral no puede ir más allá de lo que es razonable en ese espacio, cada vez más atemporal y supraespacial, de forma que facilite la intromisión en la privacidad del trabajador o le exija renunciar al control de su propia identidad digital. Tampoco los derechos del trabajador son absolutos, debiendo igualmente ejercerlos de forma razonable y de buena fe, de modo que no impida o destruya el libre desarrollo de la empresa en un mercado competitivo.

En el estudio de la relación laboral en el entorno digital ha de ponerse en valor la transparencia, la información y motivación de aquello que está en la intersección de los derechos del empresario y trabajador, el respeto al fin común, la continuidad y la reciprocidad en el cumplimiento de lo pactado. Nada de esto es posible si no existe una alianza y una complicidad en el respeto de los intereses personales y empresariales presidida por la buena fe, que permita la razonabilidad y equilibrio de la relación en un clima de flexibilidad y seguridad garante del ejercicio de los derechos. Para ello, la tecnología no ha de suponer un freno al desarrollo de los derechos vinculados a la personalidad, a la vez que no puede emplearse como ventaja competitiva en el desarrollo de la libertad de empresa, sino que ha de ser una herramienta de progreso y de utilidad al servicio de los derechos.

XV. La protección de los derechos fundamentales ha de contar con la garantía jurisdiccional adecuada, por la que el juez ordinario actúa aplicando las normas sobre la base de que el Derecho es una totalidad, pero también teniendo en cuenta valores extrajurídicos que existen en nuestra sociedad. Por su parte, la garantía del amparo constitucional implica un control externo y limitado a impedir que la incongruencia, arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente del juzgador obvie el contenido del derecho fundamental vulnerado, de forma que el juicio de constitucionalidad no se convierta en un mero control de la legalidad ordinaria. Es decir, la conformidad constitucional de un acto impugnado no equivale a entender que dicho acto sea el mejor de los posibles ni el más adecuado, ni siquiera el más beneficioso para el titular del derecho fundamental, sino solo que la interpretación llevada a cabo por el juzgador respeta el contenido del derecho fundamental. De esta forma, la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares se somete a un juicio de constitucionalidad a través del recurso de amparo, a pesar de que la violación del propio derecho alegado tenga su origen en actos u omisiones de una de las partes y, en concreto y claramente, en el curso de la relación laboral.

El ejercicio de los derechos en un entorno virtual no debe alterar este equilibrio, si

bien, la mayor incidencia y virulencia de los efectos que provoca su vulneración o impide su ejercicio, deben adecuarse a una ponderación acorde a los tiempos y a los medios empleados, atendiendo a los distintos intereses en juego.

La evolución tecnológica no se detiene, mutando constantemente a través de nuevos espacios, dispositivos y, en general, nuevas formas de comunicación y acceso a la información controlada, no ya por personas, sino por máquinas. La próxima etapa, según predicen los expertos, tendrá como protagonista la robótica, sustituyendo el trabajo humano por máquinas programadas para un fin concreto. Sin perjuicio del estudio de la responsabilidad de los programadores y usuarios de estos dispositivos que, por ejemplo, permitirán conducir, hacer tareas domésticas, regular el tráfico de las ciudades o realizar las funciones típicas de determinadas relaciones laborales, el desarrollo de la inteligencia artificial lleva a plantear en un futuro próximo el aprendizaje y comportamiento “*lógico*” de los robots, creados para optimizar decisiones que cada vez son menos humanas.

Es posible que en cuanto llegue este momento, quepa plantearnos de nuevo la eficacia de los derechos fundamentales, pero ya no solo entre el Estado y los particulares, o entre los particulares entre sí, sino además, entre el hombre y la máquina o entre éstas entre sí, en cuanto deriven de su funcionamiento actos lesivos de unos derechos pensados para su ejercicio y defensa por y frente a personas y no ante otras formas de inteligencia artificial.

BIBLIOGRAFÍA

- ABA CATORIA, Ana: “La tecnologización de la prueba en el proceso penal. La videoconferencia: objeciones y ventajas (realidad y futuro de la Administración de Justicia. La aplicación de las TICs)”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. N.º 13, 2009. Págs. 9-38.
- ABBAGNANO Nicola: “*Dizionario di Filosofia*”. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1961.
- ACED FÉLEZ, Emilio, FERNÁNDEZ ROMÁN, Urko, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard, NÚÑEZ GARCÍA, José Leandro y SUÁREZ LORENZO, Fernando: “Privacidad y vigilancia”, en SERRANO CALLE, Silvia (Coord.): “*La Gobernanza de Internet en España 2015*”. Foro de Gobernanza de Internet en España (IGF Spain). 2015. Págs. 94-126. Disponible en: <http://www.igfspan.com/>
- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD): “*Guía sobre seguridad y privacidad de la Tecnología RFID*”. AEPD. Madrid, 2011. Disponible en: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/revista_prensa/revista_prensa/2010/notas_prensa/common/julio/Guia_RFID.pdf
- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD): “*Guía para clientes que contraten servicios de Cloud Computing*”. 2013. Disponible en: https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/GUIA_Cloud.pdf
- AGUIAR DE LUQUE, Luis: “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución Española”. *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 10. 1981. Págs. 107-129.
- AGUIAR DE LUQUE, Luis: “Dogmática y Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional español”. *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 18-19. 1983. Págs. 17-30.
- AGUIAR DE LUQUE, Luis: “Los límites de los Derechos Fundamentales”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. N.º 14. Enero-Abril 1993. Págs. 9-34.
- AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón: “Prevención del delito en la empresa. Límites ético-jurídicos en la implementación de sistemas de videovigilancia”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N.º 11. 2009. Págs. 1-48. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/11/recpc11.html>
- AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón: “¿Cómo prevenir conductas abusivas y delitos tecnológicos en la empresa? Estudio interdisciplinar sobre políticas de uso de las TIC, prevención y gestión de conflictos en una muestra de empresas españolas”. *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). Junio 2013. Págs. 7-26. Disponible en: <http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n16-agustina>
- AGUT GARCÍA, Carmen: “Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre útiles y herramientas de trabajo y otros efectos de la empresa”. *Tribuna Social*. N.º 163. Valencia, 2004. Págs. 24-36.
- ALAMILLO DOMINGO, Ignacio: “Las políticas públicas en materia de seguridad en la sociedad de la información”. En el V Congreso Internet, Derecho y Política. “Cara y cruz de las redes sociales”. *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 9. Noviembre 2009. Págs. 13-24. Disponible en: http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n9_peguera.
- ALAMILLO DOMINGO, Ignacio: “El control de localización de los datos e informaciones en el Cloud”, en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Dir.): “*Derecho y Cloud Computing*”. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2012. Págs. 63-86.

- ALAMILLO DOMINGO, Ignacio: “La identidad digital en la Red”, en RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Dir.): “*Derechos y redes sociales*”. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2013. Págs. 39-64.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: “*Instituciones de Derecho Civil*”, 2ª ed., Ed. Bosch. Barcelona, 1972. Tomo I.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: “*Derecho Civil*”. Ed. Bosch. Barcelona. 1985. Tomo I. Vol. 2º.
- ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel: “*La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento Constitucional español*”. Universidad de León. 1996.
- ALEXY, Robert: “*Teoría de la argumentación jurídica*”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1990.
- ALEXY, Robert: “*Teoría de los Derechos Fundamentales*”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.
- ALEXY, Robert: “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 66. Septiembre-diciembre 2002. Págs. 13-64.
- ALEXY, Robert: “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 91. Enero-abril 2011. Págs. 11-29.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: “Autonomía privada y derechos fundamentales”. *Anuario de Derecho Civil*, Vol 46. N.º 1. 1993. Págs. 57-122. Disponible en: http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1993-10005700122 ANUARIO DE DERECHO CIVIL Autonom%EDa privada y derechos fundamentales
- ALFARO DE PRADO SAGRERA, Ana: “Estrés tecnológico: medidas preventivas para potenciar la calidad de vida laboral”. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 102. 2009. Págs 123-155. Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_1146_3.pdf
- ALFONSO MELLADO, Carlos Luis: “La aplicación en el ámbito interno de los tratados internacionales en materia social”. *Trabajo y Derecho*. N.º 12. Diciembre 2015. Págs. 1-21.
- ALONSO GARCÍA, Manuel: “Las doctrinas de la relación jurídica y del derecho subjetivo en el Derecho del Trabajo”. *Revista de Política Social*. N.º 30, 1956. Págs. 7-73.
- ALONSO GARCÍA, Manuel: “Peligros de disolución del Derecho del Trabajo”. *Revista de Política Social*. N.º 35, 1957. Págs. 47-82.
- ALONSO OLEA, Manuel: “*Introducción el Derecho del Trabajo*”. Ed. Civitas. Madrid, 1994.
- ÁLVAREZ CARO, María: “*Derecho al olvido en Internet: El nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*”. Ed. Reus. Madrid, 2015.
- ÁLVAREZ OLALLA, Pilar: “La grabación de imágenes y de sonido en el proceso civil y los derechos a la intimidad, propia imagen y secreto de las comunicaciones. Nuevas resoluciones jurisprudenciales al hilo de las sentencias del TEDH de 27 de mayo de 2014 (TEDH 2014/34) y del TS de 20 de noviembre de 2014 (JUR 2015, 3597). *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. N.º 10/2005. BIB 2015\106. Págs. 1-10.

- ÁLVAREZ RIGAUDIAS, Cecilia: “Condiciones para las transferencias internacionales de datos personales en servicios de Cloud”, en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Dir.): “*Derecho y Cloud Computing*”. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2012. Págs. 109-147.
- ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José María: “*La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática*”. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1999.
- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier: “Derechos Fundamentales y dignidad humana”. *Papeles El Tiempo de los Derechos*. N.º 10, 2011. Págs. 1-17.
- APARICIO ALDANA, Rebeca Karina: “*Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones jurídico-laborales*”. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2016.
- APARICIO SALOM, Javier: “*Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*”. Ed. Aranzadi. Pamplona. 2002 (2ª ed.).
- APARICIO VAQUERO, Juan Pablo: “Cuestiones de derecho aplicable y responsabilidad de los prestadores de servicios de red social y de sus usuarios”, en APARICIO VAQUERO, Juan Pablo y BATUECAS CALETRÍO, Alfredo (Coords.): “*En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*”. Ed. Comares. Granada, 2015. Págs. 187-231.
- APILLUELO MARTÍN, Margarita: “Contornos de control empresarial de la intimidad del trabajador ante las nuevas tecnologías y a la luz de la doctrina judicial”. *Aranzadi Social* 4/2003 (Estudio). Pamplona, 2003.
- ARAGÓN REYES, Manuel: “Constitución y Estado de Derecho”, en AA.VV.: “*España, un presente para el futuro*”. Ed. Instituto de Estudios Económicos. Madrid, 1984. Vol II. Págs. 77-98.
- ARAGÓN REYES, Manuel: “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional”. *Revista de Estudios Políticos*, N.º 50. Marzo-abril 1986. Págs. 9-30.
- ARAGÓN REYES, Manuel: “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 17. Mayo-agosto 1986. Págs. 85-136.
- ARAGÓN REYES, Manuel: “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 19. Enero-abril 1987. Págs. 15-52.
- ARAGÓN REYES, Manuel: “Constitución y Derechos Fundamentales”. *Quaderns de Treball*. N.º 2. 1994.
- ARAGÓN REYES, Manuel: “Competencias del Tribunal Constitucional: artículo 161”, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (Dir.): “*Comentarios a la Constitución española de 1978*”. Cortes Generales, T. XII. 1996. Págs. 189-253.
- ARAGÓN REYES, Manuel: “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”. *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad Autónoma de Madrid). N.º 1. 1997. Págs. 179-202.
- ARAGÓN REYES, Manuel: “El Derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de Información”. *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. 1999. Págs. 13-36.
- ARAGÓN REYES, Manuel: “El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa”, en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: “*Libertad de empresa y relaciones laborales en España*”. Ed. Instituto de Estudios Económicos. Madrid. 2005. Págs. 23-56.

- ARAGÓN REYES, Manuel y FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.^a Luisa: "Incidencia de Internet en los Derechos Fundamentales", en SALA ARQUER, José Manuel y MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, Julián (Coords): *"Derecho sobre Internet"*. Ed. Banco de Santander Central Hispano. Madrid, 2008. Págs. 11-42.
- ARAGÓN REYES, Manuel: "La Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 85. Enero-abril 2009. Págs. 11-43.
- ARAGÓN REYES, Manuel: "Intervenciones telefónicas y postales (Examen de la jurisprudencia constitucional)". *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED). N.º 25. 2010. Págs. 473-495.
- ARAGÓN REYES, Manuel: *"Estudios de derecho constitucional"*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2013 (3ª edic.).
- ARAGÓN REYES, Manuel: "La libertad de empresa". *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. N.º 108. 2014. Págs. 17-40.
- ARENAS RAMIRO, Monica: "La validez del consentimiento en las redes sociales on-line", en RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Dir.): *"Derechos y redes sociales"*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2013. Págs. 159-201.
- ARROYAL ESPIGARES, Pedro y MARTÍN PALMA, M.^a Teresa: "Humanismo, Escritura e Imprenta". *Baética. Estudios de Arte, Geografía e Historia* (Univ. de Málaga). N.º 15. 1993. Págs. 227-245.
- ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier: "La relevancia del derecho de la Unión Europea para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 74. Mayo-agosto 2005. Págs. 63-110.
- ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier: "Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar", en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Dir.): *"Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático"*. Ed. Cívitas. Madrid, 2009 (2ª ed.). Págs. 293-389.
- AUBY, Jean-Bernard, *"La Globalisation, le Droit et l'Etat"*. Ed. Monchrestien. París, 2003.
- AZNAR LÓPEZ, Manuel: "Libertad de empresa y otros fundamentos constitucionales de la acción voluntaria". *Cuadernos de Derecho Público*. N.º 9. Enero-abril 2000. Págs. 109-129.
- BAETHGE, Martin y OBERBECK, Herbert: *"El futuro de los empleados. Nuevas tecnologías y perspectivas profesionales de la gerencia empresarial"*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1995.
- BAQUERO CRUZ, Julio: "Free movement and private autonomy". *European Law Review*, 1999. Págs. 603-620.
- BARBERA, Augusto: "Comentario al artículo 20 de la Constitución italiana", en BRANCA, Giuseppe (Coord.): *"Commentario della Costituzione"*, Vol. 1º (Principi fondamentali), Nicola Zanichelli Editore-Soc. Editrice del Foro Italiano. Bologna-Roma 1975. Págs. 50 y ss.
- BARNES VÁZQUEZ, Javier: "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar". *Cuadernos de Derecho Público*. N.º 5. Septiembre-diciembre 1998. Págs. 15-49.
- BARRAL VIÑALS, Inmaculada: "La dignidad en el momento de la muerte: La autodeterminación del paciente acerca de la propia vida". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. N.º 61-62. Mayo-Junio 2016. Págs. 58-67.

- BARRANCO AVILÉS, M.^a del Carmen: “*Teoría del Derecho y derechos fundamentales*”. Ed. Palestra. Lima, 2009.
- BARRERO ORTEGA, Abraham: “La transformación de la Constitución Española a la luz del Derecho Constitucional Europeo”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. N.º 10. Julio-Diciembre 2008. Págs. 365-384.
- BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de: “*Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2002.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco José; VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio; REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma; PRESNO LINERA, Miguel Ángel; ALÁEZ CORRAL, Benito; FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio: “*Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española*”. Ed. Tecnos. Madrid, 2005.
- BAVIERA PUIG, Inmaculada: “Sobre la calificación del despido basado en pruebas ilícitas”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* 12/2008. BIB 2008\2159. 2008. Págs. 1-19.
- BAYÓN CHACÓN, Gaspar: “*La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo*”. Ed. Tecnos, Madrid, 1955.
- BAYÓN CHACÓN, Gaspar: “El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo. ¿Comienza una evolución jurisprudencial?”, *Revista de Derecho Privado*. Junio 1961. Págs. 451-467.
- BELLOVIN Steven M., HUTCHINS Renée M. JEBARA, Tony y ZIMMECK, Sebastian: “When Enough is Enough: Location Tracking, Mosaic Theory, and Machine Learning”. *Journal of Law & Liberty (New York University)*. N.º 555, 2014. Disponible en: http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2379&context=fac_pubs
- BENDA, Ernst: “Dignidad humana y derechos de la personalidad”. En BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad y HEYDE, Wolfgang: “*Manual de Derecho Constitucional*”. Ed. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales. Madrid, 2001. Págs. 117-144.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: “Principio de Igualdad y Derecho Privado”. *Anuario de Derecho Civil*. 1990. Vol. 2. Págs 369-427. Disponible en BOE: http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1990-20036900428 ANUARIO DE DERECHO CIVIL Principio de igualdad y Derecho privado.
- BERNAL, Paul: “A Right to Delete?”, *European Journal of Law and Technology*. Vol. 2. N.º 2, 2011. Págs. 1-18. Disponible en: <http://ejlt.org/article/view/75/144>
- BESSON, Samantha: “Comment humaniser le droit privé sans commodifier les droits de l’homme”, en WERRO, Franz (ed.): “*Droit civil et Convention européenne des droits de l’homme*”, Schulthess, Zürich, 2006. Págs. 1 a 51.
- BILBAO UBILLOS, Juan María: “*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997.
- BING Jon: “Privacy and surveillance systems: Balancing competing interests”. *The International Computer Lawyer*. Vol. 1. N.º 10. Septiembre 1993. Págs. 17-23.
- BLACKSTONE, William: “*Commentaries on the Laws of England*”. Oxford, 1765. Versión digital disponible en: <http://www.gutenberg.org/files/30802/30802-h/30802-h.htm>
- BLASCO PELLICER, Ángel: “Los derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones colectivas

- de trabajo". Segunda ponencia temática en el XXIV Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: "*Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*", celebrado en Pamplona, 29 y 30 de mayo de 2014.
- BLAT GIMENO, Francisco: "*Relaciones Laborales en Empresas Ideológicas*". Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986.
 - BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang: "*Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*". Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1976.
 - BOIX PALOP, Andrés: "Libertad de expresión y pluralismo en la red". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 65. Mayo-agosto 2002. Págs. 13-64.
 - BOIX PALOP, Andrés: "Creación, mercado, cambio tecnológico y Derecho". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. N.º 6. Junio 2009. Págs. 62-71.
 - BONILLA SÁNCHEZ, Juan José: "*Personas y derechos de la personalidad*". Ed. Reus. Madrid. 2010.
 - BOONE, Keith: "Privacy and Community". *Social Theory and Practise* (Florida State University). Vol. N.º 9. 1983. Págs. 1-30.
 - BORKING, John y RAAB, Charles D. "Laws, PETs, and other technologies for privacy protection". *Journal of Information, Law, and Technology* (JILT - University of Warwick). N.º 1. 2001 (versión electrónica). Disponible en: https://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2001_1/borking/
 - BOROWSKI, Martin: "La restricción de los derechos fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 59. Mayo-agosto 2000. Págs. 29-56.
 - BORRAJO DACRUZ, Efrén: "Presupuestos críticos para el estudio del Derecho del Trabajo". *Revista de Política Social*. N.º 33, 1957. Págs. 7-26.
 - BORRAJO DACRUZ, Efrén: "Protección de los derechos fundamentales y casuismo". *Actualidad Laboral*. N.º 29. 2000. Págs. 2885-2893.
 - BRIGGS, Asa y BURKE, Peter: "*De Gutenberg a Internet. Una historia social de los medios de comunicación*". Ed. Taurus. Madrid. 2002.
 - BRU CUADRADA, Elisenda: "La protección de datos en España y en la Unión Europea. Especial referencia a los mecanismos jurídicos de reacción frente a la vulneración del derecho a la intimidad". *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 5. 2007. Págs. 78-92.
 - BRUGGER, Winfried: "*Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte*". Baden-Baden, 1997.
 - BUTTARELLI, Giovanni: "*Restricciones legales – Vigilancia y derechos fundamentales*". Discurso en calidad de Supervisor Adjunto Europeo de Protección de Datos, en el Palacio de Justicia, Viena, 19 de junio de 2009. Disponible en: https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2009/09-06-19_Vienna_surveillance_EN.pdf
 - CABEZUDO BAJO, María José: "La restricción de los Derechos Fundamentales". *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 62. 2005. Págs. 187-227.
 - CABEZUDO BAJO, María José: "La restricción de los Derechos Fundamentales: Un concepto en evolución y su fundamento constitucional". *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 77. Enero-abril 2010. Págs. 143-182.

- CALVO GALLEGO, Francisco Javier: "*Contrato de trabajo y libertad ideológica: derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*". Consejo Económico y Social de España. Madrid. 1995.
- CALVO GALLEGO, Francisco Javier: "Algunas notas sobre la jurisprudencia constitucional y el derecho a la cláusula de conciencia". *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 69. 2003. Págs. 85-96.
- CALVO GALLEGO, Francisco Javier: "Test genéticos y vigilancia de la salud del trabajador". *Revista Digital de Seguridad y Salud en el Trabajo*. N.º 1. 2008. Págs. 1-18.
- CALVO GALLEGO, Francisco Javier: "TIC y poder de control empresarial: Reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales. STSJ de La Rioja de 23 de mayo de 2011". *Revista Doctrinal Aranzadi Social* (edición digital). N.º 71/20129/2012. BIB 2012\56. Págs. 1-7.
- CAMAS RODA, Ferrán: "Correo electrónico e Internet en las relaciones laborales". *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 224. Noviembre 2001. Págs. 139-162.
- CAMPAL MARTÍNEZ, Ángel Mariano: "La libertad sindical y el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el ejercicio de las libertades de expresión e información por los representantes de los trabajadores". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel). N.º 27. 2011. Págs. 1-40.
- CAMPS CERVERA, Victoria: "*Virtudes públicas*". Ed. Espasa-Calpe. Madrid, 1996.
- CANARIS, Claus-Wilhelm: "*Grundrechte und Privatrecht: eine Zwischenbilanz*". Ed. Walter de Gruyter. Berlín, 1999.
- CANOSA USERA, Raúl: "*Interpretación constitucional y fórmula política*". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1988.
- CANOSA USERA, Raúl: "Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales", en CARPIZO MAC GREGOR, Jorge y ASTUDILLO REYES, César Iván (Coords.): "*Constitucionalismo: Dos siglos de su nacimiento en América Latina*". Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, DF, 2013. Págs. 141-167.
- CAPURRO, Rafael: "La libertad en la era digital". *Informatio* (Revista del Instituto de Información de la Facultad de Información y Comunicación. Universidad de la República, Montevideo, Uruguay). Vol. 19. N.º 1. 2014. Págs. 5-23.
Disponible en: <http://informatio.eubca.edu.uy/ojs/index.php/Infor/article/view/145/223>
- CARA FUENTES, Elena Isabel: "*El amparo judicial de los Derechos Fundamentales ante los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo*". Ed. Fundación Asesores Locales. Málaga, 2016.
- CARDONA RUBERT, María Belén: "El Derecho a la Intimidad en la relación laboral. Información relativa al trabajador". *Ius et Praxis* (Talca, Chile). N.º 2. 1998. Págs. 107-134.
- CARDONA RUBERT, María Belén: "Control del correo electrónico de los empleados. Transgresión de la buena fe contractual". *Aranzadi Social* 17/2000. BIB 2000\1903.
- CARDONA RUBERT, M^a Belén: "Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas". *Lan Harremanak* (Universidad del País Vasco). N.º Extraordinario 1. 2003. Págs. 157-173.

- CARDONA RUBERT, M.^a Belén: “Redes sociales en el contrato de trabajo”, en RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Dir.): “*Derechos y redes sociales*”. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2013. Págs. 287-300.
- CARPIO CÁMARA, Manuel; LEÓN ALCALDE, Angel; CANO CARRILLO, Jesús y JIMÉNEZ GÓMEZ, Carlos: “Regulación y ciberseguridad: Contribuciones al modelo de Gobernanza”, en SERRANO CALLE, Silvia (Coord.): “*La Gobernanza de Internet en España 2015*”. Foro de Gobernanza de Internet en España (IGF Spain). 2015. Págs. 59-93. Disponible en: <http://www.igfspan.com/>
- CARPIZO MAC GREGOR, Jorge y ASTUDILLO REYES, César Iván (Coords.): “*Constitucionalismo: Dos siglos de su nacimiento en América Latina*”. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, DF, 2013.
- CARRASCO DURÁN, Manuel: “La tutela de los derechos fundamentales a través del incidente de nulidad de actuaciones”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 95. Mayo-agosto 2012. Págs. 65-93.
- CARRASCO DURÁN, Manuel: “El Tribunal Constitucional y el uso del correo electrónico y los programas de mensajería en la empresa”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* (edición digital) N.º 9/2014 . BIB 2013\2695. Págs. 1-7.
- CARRILLO LÓPEZ, Marc: “*El Derecho a no ser molestado: derecho a la información y vida privada*”. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- CARRILLO LÓPEZ, Marc: “*El derecho a no ser espiado*”. Artículo publicado en “El País” de 29-12-2014.
- CARRILLO LÓPEZ, Marc: “La objetivación del recurso de amparo: Una necesidad ineludible”. *Revista Vasca de Administración Pública*. N.º 81. Agosto 2008. Págs. 87-109. Disponible en: <https://www.euskadi.eus/t59aWar/revistaJSP/t59abusqrevistas.do?t59aIndiceMin=81>
- CARRILLO LÓPEZ, Marc: “Los ámbitos del derecho a la intimidad en la sociedad de la comunicación”, en AA.VV.: “*El derecho a la privacidad en el nuevo entorno tecnológico*”. XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016. Págs. 11-70.
- CARRIZOSA PRIETO, Esther: “El control empresarial sobre el uso de los equipos informáticos y la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores”. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 116. 2012. Págs. 251-267. Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_1359_3.pdf
- CASADEVALL MEDRANO, Josep: “*El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.
- CASAS BAAMONDE, M^a Emilia: “La nueva jurisdicción social. ¿Una jurisdicción auténticamente social?”. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 8. Abril 2012. Págs. 1-28.
- CASAS BAAMONDE, M^a Emilia: “El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en: AA.VV.: “*20 años de protección de datos en España*”. AEPD. Madrid, 2015. Págs. 91-126.
- CASSESE, Sabino, “*La Globalización Jurídica*”. Ed. INAP-Marcial Pons. Madrid, 2006.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: “*Derecho civil español, común y foral*”, Ed. Reus. Madrid, 1971. Tomo I, vol. 2º (11ª ed.).

- CASTELLS ARTECHE, José Manuel. "La limitación Informática", en *"Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría"*. Ed. Civitas. Madrid, 1991. Tomo II. Págs. 907-942.
- CASTILLO JIMÉNEZ, Cinta: "Protección del derecho a la intimidad y uso de las nuevas tecnologías de la información". *Derecho y Conocimiento* (Universidad de Huelva), 2001. Págs. 35-48.
- CASTRO ARGÜELLES, M^a Antonia: "Derechos fundamentales en el proceso laboral". Cuarta ponencia temática "Los derechos fundamentales inespecíficos en el proceso laboral" en XXIV Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: "*Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*", celebrado en Pamplona, 29 y 30 de mayo de 2014.
- CATALÁ RUÍZ, Marcelo: "Concepto de la política social". *Revista de Política Social*, N.º 11, 1951. Págs. 21-46.
- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino: "*El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2004.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí: "Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en el debate del derecho público contemporáneo". *Revista Catalana de Dret Públic*. N.º 35. 2007. Págs. 1-15.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí: "Privacidad y redes sociales". *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 9. Noviembre 2009. Págs. 1-3.
Disponible en: http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n9_editorial/n9_editorial_esp
- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí; PEGUERA POCH, Miquel; PEÑA LÓPEZ, Ismael y VILASAU SOLANA, Mónica. (Coords.): "*Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet*". Ed. UOC-Huygens (Actas del VII Congreso Internacional: Internet, Derecho y Política). Barcelona, 2011. Disponible en: <http://edcp.uoc.edu/symposia/idp2011/proceedings/>
- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí: "Web 2.0 y la participación ciudadana en la transparencia administrativa en la sociedad de la información" en COTINO HUESO, Lorenzo (editor): "*Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*". PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia). Valencia, 2011. Págs. 131-148. Disponible en: <http://www.derechotics.com/congresos/2010-libertades-y-20/e-libro-e-libertades-2010>
- CERVERA NAVAS, Leonardo: "El modelo europeo de protección de datos de carácter personal". *Cuadernos de Derecho Público*. N.º 19-20. Mayo-diciembre 2003. Págs 131-143.
- CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, Ana M^a: "La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en el proceso laboral, a propósito de la reforma de la jurisdicción social". Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional): "*Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada*". A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011. Págs. 373-386.
- CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, Ana M^a: "*El proceso laboral de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas en la Ley reguladora de la jurisdicción social*". Boletín del Ministerio de Justicia. Mayo 2012. Págs. 1-30.
- CIACCI, Gianluigi: "Problemi e iniziative in tema di tutela dei dati personali, con particolare riguardo ai dati sanitari". *Politica del Diritto*, Vol XXII, N.º 4, 1991. Págs. 669-702.
- CIDONCHA MARTÍN, Antonio: "*La libertad de empresa*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2006.
- CIDONCHA MARTÍN, Antonio: "Garantía institucional, dimensión inistitucional y derecho fundamental: Balance jurisprudencial". *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED). N.º 23. 2009. Págs. 149-188.

- COCA GARCÍA, César: "Códigos éticos y deontológicos en el periodismo español". *Revista de Estudios de Comunicación* (Universidad del País Vasco). N.º 2. 1997.
- COLÀS NEILA, Eusebi: "*Derechos Fundamentales del trabajador en la era digital: Una propuesta metodológica para su eficacia*". Ed. Bomarzo. Albacete. 2012.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis: "*Honor, intimidación e imagen. Un análisis jurisprudencial de la LO 1/1982*". Ed. Bosh, Barcelona. 1996.
- CONDE MARÍN, Emilia: "*La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contenido del contrato de trabajo*". Ed. La Ley. Madrid, 2007.
- CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA: "*Informe sobre la utilización del Cloud Computing por los despachos de abogados y el derecho a la protección de datos de carácter personal*". 2012. Disponible en: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/revista_prensa/revista_prensa/2012/notas_prensa/common/junio/informe_CLOUD.pdf
- CONTRERAS MAZARÍO, José M^a: "Derecho a la intimidad, pruebas biomédicas y relaciones laborales. Especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas". *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (Universidad Carlos III), N.º 9, Julio-Diciembre 2000. Págs. 189-224.
- CONTRERAS NAVIDAD, Salvador: "*La Protección del Honor, la Intimidación y la Propia Imagen en Internet*". Cuadernos de Aranzadi del Tribunal Constitucional. Ed. Thomson Reuters. Cizur Menor, 2012.
- COOLEY, Thomas M.: "*A Treatise on the Constitutional Limitations which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*". Boston, Little, Brown and Co., 1868. Págs. 299-300.
- CORCHETE MARTÍN, M.^a José: "Los nuevos derechos". *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED). N.º 20. 2007. Págs. 535-556.
- CORDERO CUTILLAS, Iciar y FAYOS GARDÓ, Antonio: "Redefiniendo los derechos de la personalidad en el Siglo XXI", en FAYOS GARDÓ, Antonio (Coord.): "*Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el Siglo XXI*". Ed. Dykinson. Madrid, 2015.
- CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: "Reflexiones sobre los retos de la protección de la privacidad en un entorno tecnológico", en AA.VV.: "*El derecho a la privacidad en el nuevo entorno tecnológico*". XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016. Págs. 99-122.
- CÓRDOBA GARCÍA, Francisco: "La privacidad genética: Concepto, fundamentos y consecuencias", en ANARTE BORRALLO, Enrique; MORENO MORENO, Fernando y GARCÍA RUIZ, Carmen Rocío (Coords.): "*Nuevos conflictos sociales. El papel de la privacidad*". Ed. Iustel, Madrid, 2015. Págs. 21-45.
- CORRIPIO GIL-DELGADO, M.^a de los Reyes: "*Regulación jurídica de los tratamientos de datos personales realizados por el sector privado en Internet*". Agencia de Protección de Datos. Madrid. 2000.
- COSTA TORNÉ, M^a Cinta: "La prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales y sus excepciones". *Revista de Derecho* (Facultad de Derecho de la UNED). N.º 11. 2012. Págs 137-161.
- COTINO HUESO, Lorenzo: "Datos personales y libertades informativas. Medios de comunicación social como fuente accesibles al público. Título I. Disposiciones Generales. Artículo 3", en

- TRONCOSO REIGADA, Antonio (Dir.): "Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales". Ed. Thomson-Civitas. Madrid, 2010. Págs. 295-321.
- COTINO HUESO, Lorenzo (editor): "Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías", PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia, 2011. Disponible en: <http://www.derechotics.com/congresos/2010-libertades-y-20-e-libro-e-libertades-2010>
 - CREMADES GARCÍA, Javier y GONZÁLEZ MONTES, José Luis: "La Nueva Ley de Internet (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)". La Ley. Madrid. 2003.
 - CRUZ VILLALÓN, Pedro: "Formación y evolución de los Derechos Fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 25. Enero-abril 1989. Págs. 35-62.
 - CUBERO MARCOS, José Ignacio y ABERASTURI GORRIÑO, Unai: "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*. N.º 83. Mayo-agosto 2008. Págs. 175-197.
 - CUENCA ALARCÓN, Miguel: "La recepción de información sindical a través de medios informáticos de la empresa". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 5-6. Marzo 2009. Págs. 79-100.
 - CULLELL MARCH, Cristina: "La neutralidad de red y las libertades en la reforma de las comunicaciones electrónicas de la Unión Europea: ¿Están presentes en toda Europa?", en CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí; PEGUERA POCH, Miquel; PEÑA LÓPEZ, Ismael y VILASAU SOLANA, Mónica (Coords.): "Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet". Ed. UOC-Huygens (Actas del VII Congreso Internacional: Internet, Derecho y Política). Barcelona, 2011. Págs. 68-77. Disponible en: <http://edcp.uoc.edu/symposia/idp2011/proceedings/>
 - CUÑAT COSSONÍS, Roberto: "Algunas consideraciones sobre la participación activa de los trabajadores en la empresa moderna". *Revista de Política Social*. N.º 7. 1950. Págs. 144-162.
 - CUÑAT COSSONÍS, Roberto: "La disciplina en la empresa". *Revista de Política Social*. N.º 11. 1951. Págs. 76-87.
 - CUÑAT COSSONÍS, Roberto: "Productividad y moral de trabajo". *Revista de Política Social*. N.º 17, 1953. Págs. 65-77.
 - DA CUNHA LOPES, Teresa: "La creación de una política europea de protección de datos personales". *Revista de Derecho Informático (Alfa-Redi)*. N.º 140. Marzo 2010. Págs. 1-25. Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/node/8833>.
 - DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel: "Libertades e intimidad frente a las tecnologías de la información". *Cuadernos de Pensamiento*. N.º 11. 1997. Págs. 159-168.
 - DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel: "Manual de derecho informático". Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
 - DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel: "La protección de datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas". Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003.
 - DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel: "La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno". *Actualidad Administrativa*. N.º 7-8. Julio-agosto 2014. Págs. 883-889.

- DE ASÍS ROIG, Rafael: "Los derechos y la argumentación judicial". *Asamblea* (Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid). N.º 10. 2004. Págs. 13-33.
- DE CARRERAS SERRA, Lluís: "*Régimen jurídico de la información -periodistas y medios de comunicación-*" Ed. Ariel. Barcelona, 1996.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: "*El negocio jurídico*". Ed. Civitas. Madrid. 1985.
- DE DOMINGO PÉREZ, Tomás: "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* (Universidad Carlos III), N.º 11, 2002. Págs. 251-289.
- DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, Javier: "Internet como entorno de la opinión pública: Envolviendo los derechos fundamentales en derechos ordinarios". *Revista Internacional de Pensamiento Político*. N.º 7. 2012. Págs. 93-115.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier y HERNÁNDEZ DÍAZ, Leyre: "El delito de daños informáticos: Una tipificación defectuosa". *Estudios Penales y Criminológicos* (Universidad de Santiago de Compostela). N.º 29, 2009. Págs. 311-362.
- DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás: "La primera Ley española de Protección de Datos (LORTAD) y el proceso de su elaboración", en: AA.VV.: "*20 años de protección de datos en España*". AEPD. Madrid, 2015. Págs. 27-39.
- DE LA PUEBLA PINILLA, Ana: "Comentario al artículo 175", en DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (Dir): "*Ley de Procedimiento Laboral comentada y con jurisprudencia*". Ed. La Ley. Madrid. 2006. Págs. 1248-1254.
- DE LA TORRE OLID, Francisco y GARCÍA RUIZ, Francisco: "Tecnología de geolocalización y seguimiento al servicio de la investigación policial. Incidencias sobre el derecho a la intimidad", *Revista Derecho & Criminología* (Tirant Lo Blanch). N.º 2/2012. Enero-diciembre. Págs. 51-100.
- DE LA TORRE OLID, Francisco y CONDE COLMENERO, Pilar: "Consideraciones críticas en torno a la autogestión y preservación de la intimidad en un escenario de riesgo", en FAYOS GARDÓ, Antonio (Coord.): "*Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el Siglo XXI*". Ed. Dykinson. Madrid, 2015. Págs. 39-60.
- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique: "*El trabajo a domicilio*". Ed. Aranzadi. Pamplona, 1966.
- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos: "*Lecciones de Derecho del Trabajo*". Ministerio de Trabajo. Instituto de Estudios Laborales y Seguridad Social. Madrid. 1977.
- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique: "La Ley 2/1991: De los principios a los detalles". *Revista de Trabajo* (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social). N.º 100 extraordinario. Octubre-diciembre 1990. Págs. 79-91.
- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique: "El concepto de trabajador en torno al artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores". *Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º 100. 2000. Vol. I. Págs. 37-60.
- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique: "*La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*". Ed. Comares. Granada, 2003.
- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (Dirs.): "*Los principios del Derecho del Trabajo*". Ed. Centro de Estudios Financieros. Madrid, 2003.

- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique: “*Esquemas de Derecho del Trabajo. Curso 1971-1972*”. Universitat de Valencia. Valencia, 2007.
- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique: "Acerca de la Responsabilidad Social Corporativa. Algunas consideraciones críticas desde la perspectiva de las relaciones laborales". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel). N.º 16. Febrero 2008. Págs. 1-14.
- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (Director), en AA.VV.:“*Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*” Ed. Iustel. Madrid 2010.
- DE LAS HERAS GARCÍA, ARÁNZAZU: “Responsabilidad del empresario en la relación del teletrabajo”, en MONTERROSO CASADO, Esther (Dir.): “*Responsabilidad empresarial*”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016. Págs. 437-471.
- DE LORZA GONZÁLEZ, José Ramón: “La Videovigilancia en el ámbito de la empresa”. *El Graduado* (Boletín Informativo del Colegio de Graduados Sociales de Madrid), N.º 63. Abril 2011. Págs. 43-54. Disponible en: <http://www.elgraduado.es/noticias/2011/05/la-videovigilancia-en-el-ambito-de-la-empresa/>
- DE MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael: "Introducción", en CREMADES GARCÍA, Javier y GONZÁLEZ MONTES, José Luis (Coords.): “*La nueva Ley de Internet (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio Electrónico)*”. Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 2003.
- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto: "El tratamiento de datos personales por buscadores de Internet tras la sentencia Google Spain del Tribunal de Justicia". *La Ley Unión Europea*, N.º 17, 2014, Págs. 5-10.
- DE NIEVES NIETO, Nuria: “El uso del correo electrónico e internet en la negociación colectiva”. *Relaciones Laborales: Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 5-6. Marzo 2009. Págs. 101-124.
- DE OTTO Y PARDO, Ignacio: “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio: “*Derechos fundamentales y Constitución*”. Ed. Civitas. Madrid. 1988.
- DE TERWANGNE, Cécile. "Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido". En: “VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet” [monográfico en línea]. *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 13. Pág. 53-66. Disponible en: http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n13-terwangne_esp/n13-terwangne_esp
- DE VAL ARNAL, José Jesús: “Protección de datos de los trabajadores y abandono de documentos de la empresa”. *Aranzadi Social* 28/2007. BIB 2007/999. Págs. 1-11.
- DE VAL TENA, Ángel Luis: "Las empresas de tendencia ante el Derecho del Trabajo. Libertad ideológica y contrato de trabajo". *Proyecto Social: Revista de relaciones laborales* (Universidad de Zaragoza). N.º 2. 1994. Págs. 177-198.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (Coord.): “*Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la propia imagen*”. Ed. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor, 2007.
- DE VICENTE PACHÉS, Fernando: “*El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*”. Centro Económico y Social, Madrid, 1998.
- DE VICENTE PACHÉS, Fernando: "Protección de datos personales y agentes intermediarios de

colocación: la tutela de la libertad informática-intimidad del demandante de empleo". *Revista de Treball, Economia i Societat* (Comité Econòmic i Social de la Comunitat Valenciana). N.º 64. Abril 2012. Págs. 1-21. Disponible en: <http://repositori.uji.es/xmlui/handle/10234/62869>

- DEL CASTILLO VERA, Pilar: "Un modelo de protección de datos para un Mercado Único Digital", en PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y BADÍA Y LIBERAL, Enrique (Coords): "*El debate sobre la privacidad y seguridad en la red: Regulación y mercados*". Colección Fundación Telefónica. Ed. Ariel. Barcelona. 2012. Págs. 99-104.
- DEL REY GUANTER, Salvador: "*Libertad de expresión e información y contrato de trabajo. Un análisis jurisprudencial*". Ed. Civitas. Madrid, 1994.
- DEL REY GUANTER, Salvador: "Notas sobre los derechos fundamentales inespecíficos y el contrato de trabajo en la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional". *Revista andaluza de relaciones laborales*. N.º 4/1998. Págs. 9-23.
- DEL REY GUANTER, Salvador (Director): "*Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*". Ed. La Ley. Madrid. 2007.
- DELGADO DEL RINCÓN, Luis Esteban: "Algunas consideraciones sobre el derecho a la intimidad personal y familiar de los presos en los centros penitenciarios". *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED). N.º 18. 2006. Págs. 191-221.
- DELGADO MARTÍN, Joaquín: "La prueba electrónica en el proceso penal". *Diario La Ley* (edición digital), N.º 8167. Octubre 2013. Págs. 1-21.
- DESDENTADO BONETE, Aurelio: "¿Es necesario un proceso especial para la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito laboral? Una reflexión sobre la jurisprudencia reciente". *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (La Ley). N.º 2. 1996. Págs. 1528-1529.
- DESDENTADO BONETE, Aurelio y MUÑOZ RUIZ, Ana Belén: "Trabajo, videovigilancia y controles informáticos. Un recorrido por la jurisprudencia". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel). N.º 39. Diciembre 2014. Págs. 1-24.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier: "El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones". *Revista de Pensamiento Constitucional* (Pontificia Universidad Católica de Perú). N.º 59. 2006. Págs. 159-175.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier: "Tecnologías de la Información y de la Comunicación y nuevas dimensiones de los derechos fundamentales". *Revista de Pensamiento Constitucional* (Pontificia Universidad Católica de Perú). Vol. 14, N.º 4. 2010. Págs. 33-67.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: "Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo" en "*La sentencia de amparo constitucional: Actas de las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*". Centro de Estudios Constitucionales, 1996. Págs. 17-74.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis M^a. "*Sistema de Derechos Fundamentales*" Ed. Thomson-Civitas. Madrid, 2005.
- DOVAL PAIS, Antonio: "La intimidad y los secretos de empresa como objetos de ataque por medios informáticos". *Eguzkilore* (Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología). N.º 22. 2008. Págs. 89-115.
- DUMORTIER, Franck: "Facebook y los riesgos de la "descontextualización" de la información". En el V Congreso Internet, Derecho y Política. "Cara y cruz de las redes sociales". *Revista de Internet*,

Derecho y Política (UOC). N.º 9. Noviembre 2009. Págs. 25-40. Disponible en: http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n9_peguera.

- DÜRIG, Gunter: "Grundrechte und Zivilrechtsprechung", en MAUNZ, Theodor: "*Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift fuer Hans Nawiasky*". Ed. Isar Verlag. München, 1956. Págs. 157-190.
- DÜRR, Daniel: "La muerte digna". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. N.º 61-62. Mayo-Junio 2016. Págs. 54-57.
- DWORKIN, Ronald: "*Los derechos en serio*". Ed. Ariel. Barcelona. 1989.
- ECO, Umberto: "La pérdida de la privacidad", en ECO, Umberto: "*A paso de cangrejo*". Ed. Debate. México, 2007. Págs. 98-109.
- ECO, Umberto: "Ciencia, tecnología y magia", en ECO, Umberto: "*A paso de cangrejo*". Ed. Debate. México, 2007. Págs. 123-131.
- ELSTER, Jon: "*La democracia deliberativa*". Ed. Gedisa. Barcelona, 2001.
- ELVIRA PERALES, Ascensión: "¿Qué hay de nuevo en torno al derecho al secreto de las comunicaciones?", en RUBIO LLORENTE, Francisco; JIMÉNEZ CAMPO, Javier; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José; BIGLINO CAMPOS, Paloma y GÓMEZ MONTORO, Ángel José (Dirs.): "*La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016. Págs. 601-615.
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan: "El derecho a la intimidad del trabajador. A propósito de la STC 186/2000, de 10 de julio". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 1. 2001. Págs. 85-92.
- ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia: "Derecho al honor vs Derecho a la libertad de expresión en la red", en CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí; PEGUERA POCH, Miquel; PEÑA LÓPEZ, Ismael y VILASAU SOLANA, Mónica (Coords.): "*Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet*". Ed. UOC-Huygens (Actas del VII Congreso Internacional: Internet, Derecho y Política). Barcelona, 2011. Págs. 227-242. Disponible en: <http://edcp.uoc.edu/symposia/idp2011/proceedings/>
- ESPINAR VICENTE, José María: "La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor", en GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (Coord.): "*Estudios sobre el derecho a la intimidad*". Ed. Tecnos, Madrid. 1992. Págs. 46-67.
- ESPINOSA DÍAZ, Ana: "El recurso de amparo: Problemas antes y después de la reforma". *In Dret. Revista para el Análisis del Derecho* (Universidad Pompeu Fabra). N.º 2. Marzo 2010. Págs. 1-21. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/722_es.pdf
- ESTEVA FRABEGAT, Claudio: "La máquina y la deshumanización del trabajo". *Revista de Política Social*. N.º 47, 1960. Págs. 43-77.
- FABREGAT MONFORT, Gemma: "El control empresarial de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías: Algunas ideas claves". *Trabajo y Derecho*. N.º 5. Mayo 2015. Págs. 76-83.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: "El habeas data y su protección actual surgida en la Ley española de informática". *Revista de Derecho Procesal*. N.º 3. 1996. Págs. 523-558.
- FALGUERA I BARÓ, Miguel Angel: "Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 22. Noviembre 2000. Págs. 85-92.

- FARRIOLS I SOLÁ, Antoni: “Introducción”, en FARRIOLS I SOLÁ, Antoni (Dir.): “*La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*”. Ed. Cinca. Madrid, 2006. Págs. 15-35.
- FASSBENDER, Bardo: “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 5. Septiembre-diciembre 1998. Págs. 51-73.
- FERNÁNDEZ ALLES, José Joaquín y PIÑERO JIMÉNEZ, Adrián: “Derechos fundamentales y uso extralaboral de internet en la relación de trabajo. A propósito de las SSTC 241/2012 y 170/2013”. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 12. Diciembre 2014. Págs. 151-168.
- FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa: “Límites constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en Internet (Comentario de la sentencia 96-511 del Tribunal Supremo Norteamericano de 26 de junio de 1997 que declara la inconstitucionalidad de la Ley de Decencia en las Telecomunicaciones del Congreso de los Estados Unidos”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 53. Mayo-agosto 1998. Págs. 283-311.
- FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.ª Luisa: “*Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*”. Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa: “El impacto de las nuevas tecnologías e Internet en los derechos del art. 18 de la Constitución”. *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Extremadura). N.º 17. 1999. Págs. 523-544.
- FERNÁNDEZ ESTEBAN, Mª Luisa: "Internet y los derechos fundamentales". *Anuario jurídico de La Rioja* (Universidad de La Rioja). N.º 6-7. 2000-2001. Págs. 321-356.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: "La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 81. Septiembre-diciembre 2007. Págs. 11-62.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto; TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo; ÁLVAREZ CUESTA, Henar y QUIRÓS HIDALGO, José Gustavo: "Credo religioso y prestación laboral: ora et labora?". *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 284. Noviembre 2006. Págs. 3-58.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto; ABRIL LARRAÍNZA, M.ª del Puy y MEGINO FERNÁNDEZ, Diego: “*La reforma laboral de 2010: Un análisis teórico-práctico*”. Ed. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2010.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA HEVIA, Torcuato: “*El hombre y la sociedad*”. Ed. Doncel. Madrid, 1960.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: “*Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*”. Ed. Thomson-Civitas. Madrid, 2004.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: “*Lo público y lo privado en Internet. Intimidad y libertad de expresión en la Red*”. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, DF, 2004.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: Los Derechos Fundamentales y la acción de los poderes públicos. *Revista de Derecho Político* (UNED), N.º 15. 1982. Págs. 21-34.
- FERNANDEZ SEGADO, Francisco: “La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos y de los intereses difusos en el Estado Social”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (UNAM) N.º 83. Mayo-agosto 1995. Págs. 563-628.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "El recurso de amparo en España". *Revista Jurídica Brasilia*

(Centro de Estudos Jurídicos da Presidência. Brasil), Vol. 7, N.º 74. Agosto-septiembre 2005. Págs. 1-30. Disponible en:

https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/download/421/413

- FERNÁNDEZ VILLARINO, Roberto: "El Derecho del trabajo ha abandonado el grupo?" *El Laboralista*. Mayo 2015. Págs. 1-5.
- FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio: "Las facultades empresariales de control de la actividad laboral". Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi: "Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción", en CARPIZO MAC GREGOR, Jorge y ASTUDILLO REYES, César Iván (Coords.): "Constitucionalismo: Dos siglos de su nacimiento en América Latina". Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, DF, 2013. Págs. 169-184.
- FERRANDO GARCÍA, Francisca María: "Los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos relevantes para el proceso", en RÍOS SALMERÓN, Bartolomé y SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente (Coords.): "Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Procedimiento Laboral". Ed. Aranzadi. Elcano. 2001. Págs. 303-318.
- FERRARESE, Maria Rosaria: "Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni". il Mulino. Bologna. 2002.
- FINN, Rachel L.; WRIGHT, David; FRIEDEWALD, Michael: "Seven types of privacy", en GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul y POULLET, Yves: "European Data Protection: Coming of Age". Ed. Springer, Dordrecht, 2013. Págs. 3-32.
- FIORITO, Jack y BASS, William: "The use of information technology by national trade unions: an exploratory analysis". *Industrial Relations*, Vol. 41. N.º 1. 2002. Págs. 34-47.
- FOLGUERA CRESPO, José Ángel: "Artículo 90", en FOLGUERA CRESPO, José Ángel; SALINAS MOLINA, Fernando y SEGOVIANO ASTABUROAGA, M.ª Luisa (Dirs.): "Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social". Ed. Lex Nova-Thompson Reuters. Valladolid, 2012 (3ª ed.). Págs. 430-435.
- FOLGUERA CRESPO, José Ángel: "Artículo 177", en FOLGUERA CRESPO, José Ángel; SALINAS MOLINA, Fernando y SEGOVIANO ASTABUROAGA, M.ª Luisa (Dirs.): "Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social". Ed. Lex Nova-Thompson Reuters. Valladolid, 2012 (3ª ed.). Págs. 733-734.
- FOLGUERA CRESPO, José Ángel: "Artículo 181", en FOLGUERA CRESPO, José Ángel; SALINAS MOLINA, Fernando y SEGOVIANO ASTABUROAGA, M.ª Luisa (Dirs.): "Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social". Ed. Lex Nova-Thompson Reuters. Valladolid, 2012 (3ª ed.). Págs. 749-751.
- FOLGUERA CRESPO, José Ángel: "Artículo 184", en FOLGUERA CRESPO, José Ángel; SALINAS MOLINA, Fernando y SEGOVIANO ASTABUROAGA, M.ª Luisa (Dirs.): "Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social". Ed. Lex Nova-Thompson Reuters. Valladolid, 2012 (3ª ed.). Págs. 755-758.
- FRANKLIN, Benjamin: "An Historical Review of the Constitution and Government of Pennsylvania". R. Griffiths, in Paternoster-Row. Londres, 1759.
- FRIGOLS I BRINES, Eliseu: "La protección constitucional de los datos de las comunicaciones: Delimitación de los ámbitos de protección del secreto de las comunicaciones y del derecho a la intimidad a la luz del uso de las nuevas tecnologías", en BOIX REIG, Javier y JAREÑO LEAL,

- Ángeles (Coords.): "*La protección jurídica de la intimidad*". Ed. Iustel. Madrid, 2010. Págs. 37-90.
- FROMENT, Jean-Charles: "Las nuevas tecnologías de seguridad y la sociedad de control". *Revista Catalana de Seguretat Pública* (Institut de Seguretat Pública de Catalunya). N.º 10. Junio 2002. Págs. 25-39. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/240932/324782>
 - FROSINI, Tommaso Edoardo: "Nuevas tecnologías y constitucionalismo". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 124. Abril-Junio 2004. Págs. 129-147.
 - FROSINI, Vittorio: "*Il diritto nella società tecnologica*". Ed. Giuffrè, Milán. 1981.
 - FROSINI, Vittorio: "L'orizzonte giuridico di Internet". *Il diritto dell'informazione e dell'informatica* (Giuffrè). N.º 2. 2000. Págs. 271-280.
 - FUERTES LÓPEZ, Mercedes: "Internet: La paz del camino". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. N.º 37. Mayo 2013. Págs. 62-72.
 - FUKUYAMA, Francis: "*La construcción del Estado: hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*". Ediciones B. Barcelona. 2004.
 - FUNDACIÓN TELEFÓNICA: "*La Sociedad de la Información en España 2013*". Ed. Ariel. Barcelona. 2014.
 - GALA DURÁN, Carolina y PASTOR MARTÍNEZ, Alberto: "La incidencia de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en la negociación colectiva", en DEL REY GUANTER, Salvador (Director) y LUQUE PARRA, Manuel (Coord.): "*Relaciones laborales y nuevas tecnologías*". Ed. La Ley. Madrid. 2005. Págs. 253-344.
 - GALA DURÁN, Carolina y ROIG BATALLA, Antoni: "El uso de las etiquetas de identificación por radiofrecuencia en las empresas: ¿Un nuevo riesgo para los derechos de los trabajadores?" *Actualidad Laboral*. N.º 8, abril 2010. Tomo I. Págs. 852-866.
 - GALEOTTI, Sergio y ROSSI-MORI, Bruno: "El Tribunal Constitucional en la nueva Constitución Española: Medios de impugnación y legitimados para actuar". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 7. 1979. Págs. 119-143.
 - GALETTA, Diana-Urania: "El principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario". *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 5. Septiembre-diciembre 1998. Págs. 75-118.
 - GARCÍA COSTA, Francisco Manuel: "El Gobierno de Internet como reto del Derecho Constitucional". *Anales del Derecho* (Universidad de Murcia). N.º 24. 2006. Págs. 267-289.
 - GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo: "*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*". Ed. Civitas. Madrid. 1981.
 - GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo: "La democracia y el lugar de la Ley". *Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º 92. Octubre-Diciembre 1996. Págs. 609-622.
 - GARCÍA DEL POYO VIZCAYA, Rafael: "La contratación empresarial de servicios de Cloud Computing", en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Dir.): "*Derecho y Cloud Computing*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2012. Págs. 179-200.
 - GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: "Jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE)". *Revista de Trabajo* (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social). N.º 100 extraordinario. Octubre-diciembre 1990. Págs. 125-137.

- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: "Prueba y proceso laboral". *Derecho privado y Constitución*. N.º 4. Septiembre-Diciembre 1994. Págs. 163-221.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: "Ley, convenio colectivo y derechos fundamentales del trabajador". *Revista de Derecho Social*. N.º 4. 1998. Pág. 9-52.
- GARCÍA GARCÍA, Clemente: "*El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*". Universidad de Murcia. 2003.
- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo: "¿Es útil el concepto de dignidad humana? *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*". N.º 61-62. Mayo-Junio 2016. Págs. 14-19.
- GARCÍA MURCIA, Joaquín: "*La revisión de los convenios colectivos a través del recurso de amparo*". Ed. Tecnos. Madrid, 1992.
- GARCÍA PELAYO, Manuel: "Auctoritas", en GARCÍA PELAYO, Manuel: "*Idea de la política y otros escritos*". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983. Págs. 135-180.
- GARCÍA PELAYO, Manuel: "Contribución a la teoría de los órdenes", en GARCÍA PELAYO, Manuel: "*Idea de la política y otros escritos*". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983. Págs. 43-105.
- GARCÍA RUÍZ, Carmen Rocío: "Las derivas de la lucha contra el terrorismo global: Acuerdo PNR 2007", en BOIX REIG, Javier y JAREÑO LEAL, Ángeles (Coords.): "*La protección jurídica de la intimidad*". Ed. Iustel. Madrid, 2010. Págs. 475-511.
- GARCÍA RUÍZ, Carmen Rocío: "La protección de la intimidad frente a los ataques de la lucha antiterrorista", en ANARTE BORRALLA, Enrique; MORENO MORENO, Fernando y GARCÍA RUÍZ, Carmen Rocío (Coords.): "*Nuevos conflictos sociales. El papel de la privacidad*". Ed. Iustel, Madrid, 2015. Págs. 145-167.
- GARCÍA SANZ, Javier: "La protección civil frente a la utilización in consentida de la propia imagen para fines publicitarios o comerciales. Doctrina judicial". *In Dret. Revista para el Análisis del Derecho* (Universidad Pompeu Fabra). N.º 1. Enero 2008. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/77892/101747>
- GARCÍA SANZ, Rosa María: "Redes sociales on-line: Fuentes de acceso público o ficheros de datos personales privados (Aplicación de las directivas de protección de datos y privacidad en las comunicaciones electrónicas)". *Revista de Derecho Político* (UNED), N.º 81. 2011. Págs. 101-154.
- GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ BLANCO, Antonio: "*Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. (La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*". Ed. Civitas. Madrid. 1986.
- GARCÍA VIÑA, Jordi: "Relaciones Laborales e Internet". *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 223. Octubre 2001. Págs. 3-78.
- GARRIDO FALLA, Fernando: "Artículo 10", en GARRIDO FALLA, Fernando (Dir.) "*Comentarios a la Constitución*". Ed. Civitas. Madrid, 1985. Págs. 185-194.
- GIL GONZÁLEZ, Elena: "*Big data, privacidad y protección de datos*". Ed. BOE. Madrid, 2016.
- GIL MEMBRADO, Cristina: "El consentimiento en las redes sociales", en APARICIO VAQUERO, Juan Pablo y BATUECAS CALETRÍO, Alfredo (Coords.): "*En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*". Ed. Comares. Granada, 2015. Págs. 105-135.

- GIL PLANA, Juan: "La prueba en el proceso laboral: Disposiciones generales". Ed. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor, 2005.
- GIL PLANA, Juan: "El uso particular por los trabajadores de las nuevas tecnologías empresariales en los códigos de conducta". *Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º 155. 2012. Págs. 125-194.
- GIL Y GIL, José Luis: "El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador". *Revista Doctrinal Aranzadi Social* (edición digital) N.º 13/2003 . BIB 2003\1246. Págs. 1-19.
- GILLIOM, John: "Surveillance, Privacy, and the Law: Employee Drug Testing and the Politics of Social Control (Law, Meaning, and Violence)". University of Michigan Press, 1994.
- GIMENO SENDRA, Vicente: "La prueba preconstituida de la policía judicial". *Revista Catalana de Seguretat Pública* (Institut de Seguretat Pública de Catalunya). N.º 22. Mayo 2010. Págs. 37-67. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194212>
- GIUZIO, GRACIELA: "La protección de la intimidad del trabajador en el Derecho Laboral Uruguayo". *Revista del Colegio de Abogados de Uruguay*. Tomo XXXII. 1995.
- GOERLICH PESSET, José María: "Protección de la privacidad de los trabajadores en el nuevo entorno tecnológico: Inquietudes y paradojas", en AA.VV.: "El derecho a la privacidad en el nuevo entorno tecnológico". XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016. Págs. 123-150.
- GÓMEZ MILLÁN-HERENCIA, M^a José: "Extinción del contrato de trabajo. El despido por razones ideológicas en la Administración Pública". *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. N.º 108. 2011. Págs. 267-279.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel José: "Vida privada y autonomía personal o una interpretación passe-partout del art. 8 CEDH", en RUBIO LLORENTE, Francisco; JIMÉNEZ CAMPO, Javier; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José; BIGLINO CAMPOS, Paloma y GÓMEZ MONTORO, Ángel José (Dirs.): "La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016. Págs. 617-649.
- GONZÁLEZ ALONSO, Alicia: "La protección de los derechos fundamentales del art. 24.1 de la Constitución tras la «objetivación» del recurso de amparo". *Revista Ceflegal* (Centro de Estudios Financieros). N.º 139-140. Agosto-septiembre 2012. Págs. 59-106.
- GONZÁLEZ ALONSO, Alicia: "Algunas reflexiones sobre la protección judicial de los derechos fundamentales", en RUBIO LLORENTE, Francisco; JIMÉNEZ CAMPO, Javier; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José; BIGLINO CAMPOS, Paloma y GÓMEZ MONTORO, Ángel José (Dirs.): "La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016. Págs. 651-668.
- GONZÁLEZ COBALEDA, Estefanía: "Riesgos psicosociales, derechos fundamentales y NTIC: Una perspectiva de protección diferente". *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 387. Junio 2015. Págs. 17-42.
- GONZÁLEZ COBALEDA, Estefanía: "Dimisión laboral en la red: Un «Watsapp» sin «guasa». Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de junio de 2015, rec. Núm. 817/2014". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. N.º 393 (Centro de Estudios Financieros). Diciembre 2015. Págs. 182-187.
- GONZÁLEZ FUSTER, Gloria: "Equilibrio entre propiedad intelectual y protección de datos. El peso

oscilante de un nuevo derecho". *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 14. Mayo 2014. Disponible en: <http://idp.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n14-gonzalez>

- GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago: "La informática en el seno de la empresa. Poderes del empresario y condiciones de trabajo", en ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón y ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo (Coords.): "*Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo*". Ed. Bomarzo. Albacete. 2004.
- GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago: "La aplicación judicial difusa de la Constitución en el orden jurisdiccional social". *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 7. Mayo-agosto 1999. Págs. 207-221.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: "La dignidad de la persona en la Jurisprudencia constitucional". *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*. N.º 62. 1985. Págs. 133-148.
- GONZÁLEZ QUINZÁ, Arturo: "El «caso Olaverri» recurso de amparo sobre el acceso a ficheros públicos automatizados de carácter personal". *Revista Actualidad Informática*. N.º 10, Enero 1994.
- GONZÁLEZ PASCUAL, Alberto: "El desarrollo de Internet. Democracia y trabajo en el siglo XXI". *Revista Internacional de Pensamiento Político*. N.º 10. 2015. Págs. 27-45.
- GONZÁLEZ-TABLAS SASTRE, Rafael: "El Derecho y las nuevas tecnologías". *Anuario Jurídico de La Rioja*. N.º 6-7, 2000-2001. Págs. 271-286.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: "El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español". *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 5. Septiembre-diciembre 1998. Págs. 191-215.
- GOÑI SEIN, José Luis: "*El respeto a la esfera privada del trabajador*". Ed. Civitas. Madrid, 1988.
- GOÑI SEIN, José Luis: "*La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*". Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- GOÑI SEIN, José Luis: "Videovigilancia y nuevas formas de control del empleador: La perspectiva de la protección de datos". *Anuario de conferencias del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*, 2008. Págs. 11-57.
- GOÑI SEIN, José Luis: "Controles empresariales: Geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos". *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. N.º 39. Agosto 2009. Págs. 11-57.
- GOÑI SEIN, José Luis: "Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿Necesidad de una reformulación?". Primera ponencia temática "Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación individual de trabajo" en XXIV Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: "*Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*", celebrado en Pamplona, 29 y 30 de mayo de 2014.
- GOÑI SEIN, José Luis: "Los derechos de imagen de los toreros subalternos". *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º 165. Junio 2014. Págs. 317-325.
- GOOLD, Benjamin: "Videovigilancia y derechos humanos" en AA.VV.: "*Ciudadanos, ciudades y videovigilancia. Hacia una utilización democrática y responsable de la videovigilancia*". Foro Europeo para la Seguridad Urbana. París. 2010. Págs. 27-36. Disponible en: http://efus.eu/files/2013/05/CCTV_ESPAGNOL.pdf
- GRABENWARTER, Christoph: "*European Convention for the Protection of Human Rights. Commentary*". Ed. C.H. Beck-Hart-Nomos. Munich, 2014. Págs. 183-233.

- GRAU PINEDA, Carmen: “La transgresión de la buena fe contractual en el uso personal del ordenador de la empresa: La legitimidad del control empresarial”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* 11/2008. BIB 2008\2115. Págs. 1-11.
- GRAUX, Hans; AUSLOOS, Jef y VALCKE, Peggy: "El derecho al olvido en la era de Internet", en PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y BADÍA Y LIBERAL, Enrique (Coords.): "*El debate sobre la privacidad y seguridad en la red: Regulación y mercados*". Colección Fundación Telefónica. Ed. Ariel. Barcelona. 2012. Págs. 107-122.
- GREENWALD, Glenn: “*Snowden. Sin un lugar donde esconderse*”. Ed. Ediciones B. Barcelona, 2014.
- GREPPI, Andrea: “Los nuevos y los viejos derechos fundamentales”, en CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (Dir): “*Teoría constitucional y derechos fundamentales*”. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México D.F., 2002. Págs. 179-202.
- GRIMALT SERVERA, Pedro: “El Derecho a controlar los datos personales: Algunas consideraciones jurídico-constitucionales”. En DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel (Coord.): "*X Encuentros sobre informática y derecho (1996-1997)*". Ed. Aranzadi. Pamplona. 1997. Págs. 151-172.
- GUAITA MARTORELL, Aurelio: “Régimen de los Derechos Constitucionales”. *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 13. 1982. Págs. 75-93.
- GUDE FERNÁNDEZ, Ana: “La videovigilancia laboral y el derecho a la protección de datos de carácter personal”. *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 91. Septiembre-diciembre 2014. Págs. 43 a 90.
- GUERRERO PICÓ, María del Carmen: “El Derecho Fundamental a la protección de los datos de carácter personal en la Constitución Europea”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. N.º 4. 2005. Págs. 293-332.
- GUERRERO PICÓ, M.^a del Carmen: “*El impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal*”. Ed. Thomson-Civitas. Cizur Menor, 2006.
- GUICHOT REINA, Emilio: “La publicidad de datos personales en internet por parte de las administraciones públicas y el derecho al olvido”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º 154. Mayo-agosto 2008. Págs. 125-169.
- GUILLÉN I LASIERRA, Francesc: “Breve resumen y comentario de la Ley orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares públicos”. *Revista Catalana de Seguretat Pública* (Institut de Seguretat Pública de Catalunya). N.º 1. Octubre 1997. Págs. 177-188.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio: “Criterios de eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares”. *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED). N.º 3. 1999. Págs. 193-211.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio: "*Dignidad de la persona y Derechos Fundamentales*". Ed. Marcial Pons. Madrid, 2005.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: “*Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*”. Ediciones Laborum. Murcia, 2011.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: "El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en la Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social: Garantías del procedimiento y contenido de la sentencia". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 8. Abril 2012. Págs. 77-113.

- GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: "Prohibición expresa del uso privado del ordenador de la empresa como fundamento para su control". *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º 165. Junio 2014. Págs. 343-349.
- HAURIOU, Maurice: "*Précis élémentaire de Droit Constitutionnel*". Ed. Bordeaux, París, 1933 (3ª ed.).
- HABÈRLE, Peter: "*Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz – Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre des Gesetzesvorbehalts*". Ed. C.F. Müller. Heidelberg, 1983 (3ª ed.).
- HABÈRLE, Peter: "*El Estado Constitucional*". Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, DF, 2003.
- HECCLO, Hugh: "*Pensar institucionalmente*". Ed. Paidós Ibérica. Barcelona, 2010.
- HEREDERO CAMPO, M.ª Teresa: "Evolución tecnológica y derecho al olvido digital, desde sus inicios a la actualidad", en APARICIO VAQUERO, Juan Pablo y BATUECAS CALETRÍO, Alfredo (Coords.): "*En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*". Ed. Comares. Granada, 2015. Págs. 69-103.
- HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José y MARTÍNEZ MARTÍN, José Israel: "*Secreto de las comunicaciones. Alcance de protección constitucional de su interceptación y casuística*". Ed. Dilex, Madrid, 2015.
- HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Abelardo: "*El honor, la intimidad y la imagen como derechos fundamentales*". Ed. Colex, Madrid, 2009.
- HERNÁNDEZ MARTÍN, Miguel Ángel: "La privacidad: Una mirada desde la Economía", en APARICIO VAQUERO, Juan Pablo y BATUECAS CALETRÍO, Alfredo (Coords.): "*En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*". Ed. Comares. Granada, 2015. Págs. 1-25.
- HERNÁNDEZ RAMOS, Mario: "*El derecho al olvido digital en la web 2.0*". Cuaderno Red de cátedras Telefónica N.º 11. Cátedra Telefónica Universidad de Salamanca. Mayo 2013. Disponible en: http://catedraseguridad.usal.es/sites/default/files/files/CUADERNO_11_DERECHO%20OLVIDO.pdf
- HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel: "*El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*". Ed. Dykinson. Madrid. 2002.
- HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel: "*El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información*". Universidad de Deusto. Bilbao, 2003.
- HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel: "Las tecnologías de la información y comunicación en la empresa al servicio de la libertad sindical", en MONTERROSO CASADO, Esther (Dir.): "*Responsabilidad empresarial*". Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016. Págs. 533-556.
- HESSE, Konrad: "*Escritos de Derecho Constitucional*". Introducción y traducción de Pedro Cruz Villalón. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983.
- HESSE, Konrad: "*Derecho Constitucional y Derecho Privado*". Cuadernos Civitas. Madrid. 1995.
- HESSE, Konrad: "Significado de los derechos Fundamentales". En BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad y HEYDE, Wolfgang: "*Manual de Derecho Constitucional*", Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales. Madrid, 2001.

- HINDMAN, Matthew: *"The myth of Digital Democracy"*. Princeton University Press. New Jersey, 2009.
- HOERSTER, Norbert: *"En defensa del positivismo jurídico"*. Ed. Gedisa, Barcelona, 1992.
- HUECK Alfred y NIPPERDEY Hans Carl: *"Lehrbuch des Arbeitsrechts"*. Franz Vahlen Verlag. Berlin/Frankfurt 1957, vol. I.
- INSA MÉRIDA, Fredesvinda: "La empresa y su regulación del uso de los dispositivos electrónicos: Protocolo informático". *El Laboralista*. Abril 2011. Págs. 1-6.
Disponible en: <http://www.elaboralista.com/articulo/la-empresa-y-su-regulacion-del-uso-de-los-dispositivos-electronicos-protocolo-informatico/>
- INSA MÉRIDA, Fredesvinda: "La prueba electrónica en el entorno laboral". *El Laboralista*. Febrero 2011. Págs. 1-3. Disponible en <http://www.elaboralista.com/articulo/la-prueba-electronica-en-el-entorno-laboral>
- INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGÍAS DE LA COMUNICACIÓN (INTECO): *"Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online"*. Ed. INTECO y AEPD. Febrero 2009.
- ISENSEE, Josef: "Staat und Verfassung", en ISENSEE y KIRCHOF (eds.): *"Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland"*. Ed. CF Müller. Heidelberg, 1987. Vol. II.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier: "La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 20. Mayo-agosto 1987. Págs. 35-82.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier: "Prólogo", en BILBAO UBILLOS, Juan María: *"La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional"*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. Págs. 17-25.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier: *"Derechos Fundamentales. Concepto y garantías"*. Ed. Trotta. Madrid, 1999.
- JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier: "Derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de ser protegidos mediante el recurso de amparo". *Cuadernos de la Facultad de Derecho* (Palma de Mallorca), N.º 10. 1985. Pág. 143-163. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/CuadernosDerecho/article/view/174938>
- KAHALE CARRILLO, Dajmil Tony: "El derecho a la intimidad de los trabajadores: Vigilancia con cámaras de seguridad. Comentario a la STSJ de Castilla y León/Valladolid, Sala de lo Social, de 18 de septiembre de 2006, rec. N.º 1479/2006". *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 291. Junio 2007. Págs. 223-230.
- KLOEPFER, Michael: *"Festgabe für das Bundesverfassungsgericht"*. Tübingen, 1976. Vol II.
- LACALLE NORIEGA, María: *"La persona como sujeto del Derecho"*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos, "Internet: Aspectos de su régimen jurídico-público". *Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º 113. 2002. Págs. 5-30.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos: "Internet en un cruce de caminos: ¿Neutralidad o gestión razonable de las infraestructuras?". *Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º 141. 2009. Págs. 43-62.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos: "Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación". *Revista de Administración Pública*. N.º 185. Mayo-agosto 2011. Págs. 89-112.

- LAMBERT, Edouard: “*Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L’expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*”. Ed. Marcel Giard. París, 1921. Nueva edición en Ed. Dalloz. París, 2005. Pág. 213.
- LANZADERA ARENCIBIA, Eugenio: “El uso de medios informáticos de la empresa por los trabajadores y su control por el empresario”. *CEFGESTION* (Centro de Estudios Financieros). N.º 45. Mayo 2002. Págs. 61-74.
- LANZADERA ARENCIBIA, Eugenio: “El derecho a la intimidad del trabajador frente al control y vigilancia empresarial a través de las TICs”, en MONTERROSO CASADO, Esther (Dir.): “*Responsabilidad empresarial*”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016. Págs. 473-531.
- LAPIEDRA GUTIÉRREZ, Eva: “Privacidad e intimidad en el Islam, espacios, miradas y perspectivas”, en ANARTE BORRALLO, Enrique; MORENO MORENO, Fernando y GARCÍA RUIZ, Carmen Rocío (Coords.): “*Nuevos conflictos sociales. El papel de la privacidad*”. Ed. Iustel, Madrid, 2015. Págs. 47-74.
- LASTRA LASTRA, José Manuel: “Paradojas de la autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo”. *Revista de Derecho Privado* (UNAM). N.º 5. Mayo-agosto 2003. Págs. 109-136.
- LEENES, Ronald: “¿Quién controla la nube?” En VI Congreso Internet, Derecho y Política. “Cloud Computing: El Derecho y la Política suben a la nube”. *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 11. 2010. Págs. 2-12. Disponible en: <http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n11-VI-congreso-idp-cloud-computing>
- LEISNER, Walter: “*Grundrechte und Privatrecht*”. Ed. C.H. Beck’sche Verlagbuchhandlung, München 1960.
- LESSIG, Lawrence: “*El Código 2.0*”. Ed. Traficantes de sueños. Madrid. 2009.
- LEWIS, James Andrew: “Privacidad y ciberseguridad en transición”, en PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y BADÍA Y LIBERAL, Enrique (Coords.): “*El debate sobre la privacidad y seguridad en la red: Regulación y mercados*”. Colección Fundación Telefónica. Ed. Ariel. Barcelona. 2012. Págs. 47-56.
- LIM, Laurent: “Marco jurídico de la videovigilancia en Europa” en AA.VV.: “*Ciudadanos, ciudades y videovigilancia. Hacia una utilización democrática y responsable de la videovigilancia*”. Foro Europeo para la Seguridad Urbana. París. 2010. Págs. 88-103. Disponible en: http://efus.eu/files/2013/05/CCTV_ESPAGNOL.pdf
- LINOWES, David F., y SPENCER, Ray C.: “Privacy the workplaces issues of the 90’s”. *Marshall Law Review*. Vol. 23, 1990.
- LLAMOSAS TRÁPAGA, Aida: “El uso del correo electrónico de la empresa para fines sindicales”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º 174. Marzo 2015. Págs. 73-90.
- LLORIA GARCÍA, Paz: “El secreto de las comunicaciones: Su interpretación en el ámbito de los delitos cometidos a través de Internet. Algunas consideraciones”, en BOIX REIG, Javier y JAREÑO LEAL, Ángeles (Coords.): “*La protección jurídica de la intimidad*”. Ed. Iustel. Madrid, 2010. Págs. 172-198.
- LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando: “*Derechos fundamentales y libertad negocial. Sobre el espacio constitucional para la autonomía de la voluntad entre particulares*”. Ministerio de Justicia. 1990.
- LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo: “La tutela del derecho a la intimidad del trabajador y el control audiovisual de su actividad laboral”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad*

Social (Iustel). N.º 14. Mayo 2007. Págs. 1-20.

- LÓPEZ ALARCÓN, Mariano: "Contenido esencial del derecho a la libertad religiosa". *Anales del Derecho* (Universidad de Murcia). N.º 15. 1997. Págs. 25-40.
- LÓPEZ ALBA, Gonzalo: "*El cambio de era en los medios de comunicación*". Fundación Alternativas. Colección Zoom político. N.º 2014/24. Madrid 2014. Disponible en: <http://www.falternativas.org/laboratorio/libros-e-informes/zoom-politico/el-cambio-de-era-en-los-medios-de-comunicacion>.
- LÓPEZ BOFILL, Héctor: "Hacia una concepción formal del derecho a la intimidad y sus consecuencias (Reciente jurisprudencia del TC en materia del derecho a comunicar libremente información veraz y derecho a la intimidad personal y familiar como límite al mismo: SSTC 115/2000, de 5 de mayo; 187/1999, de 25 de octubre y 134/1999, de 15 de julio)". *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia Constitucional*. N.º 2. 2000. Págs. 1885-1898.
- LÓPEZ GARCÍA, Mabel: "*La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico*". Ed. eumed.net. 2004. Disponible en: <http://www.eumed.net/cursecon/libreria/2004/mlg/>
- LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis y MÓNDEJAR PEÑA, María Isabel: "Los reconocimientos médicos de empresa y la protección del derecho a la intimidad personal de los trabajadores". *El Derecho Editores* (Base de datos de bibliografía), EDB 2006/117006. Agosto 2006.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis y VOZMEDIANO MUÑOZ, Francisco: "Los Derechos Fundamentales ante las Tecnologías de la Información: Tratamiento de Datos y Derecho a la Intimidad". *Iustitia et Securitas. Revista de Estudios Jurídicos y Sociales* (Universidad Autónoma del Estado de México). N.º 2 Enero-junio 2006. Págs. 143-166.
- LÓPEZ ORTEGA, Juan José: "Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en Internet". *Cuadernos de derecho judicial*. N.º 10. 2001. Págs. 83-126.
- LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada: "La privacidad de las comunicaciones en la investigación penal: Uno de los retos de la justicia en una sociedad globalizada", en CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí; PEGUERA POCH, Miquel; PEÑA LÓPEZ, Ismael y VILASAU SOLANA, Mónica (Coords.): "*Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet*". Ed. UOC-Huygens (Actas del VII Congreso Internacional: Internet, Derecho y Política). Barcelona, 2011. Págs. 342-357. Disponible en: <http://edcp.uoc.edu/symposia/idp2011/proceedings/>
- LÓPEZ PINA, Antonio: "*La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*". Ed. Civitas. Madrid, 1991.
- LÓPEZ PINA, Antonio: "La autonomía privada y los Derechos Fundamentales. Los intereses generales, mandato constitucional". *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED). N.º 20. 2007. Págs. 145-173.
- LÓPEZ TALAVERA, M.ª del Mar y BORDONADO BERMEJO, Julia: "Telebasura, ética y derecho: Límites a la información de sociedad en televisión", en AA.VV.: "*La ética y el derecho de la información en los tiempos del postperiodismo*". Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad. Valencia, 2007. Págs. 307-323.
- LORENTE LÓPEZ, M.ª Cristina: "Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", en FAYOS GARDÓ, Antonio (Coord.): "*Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el Siglo XXI*". Ed. Dykinson. Madrid, 2015. Págs. 131-155.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: "*Informática y Protección de Datos Personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)*". Colección Cuadernos y Debates. N.º 23. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.

1993.

- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: "La construcción del derecho a la autodeterminación informativa". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 104. Abril-junio, 1999. Págs. 35-60.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: "La Constitución y el derecho a la autodeterminación informativa". *Cuadernos de Derecho Público*. N.º 19-20. Mayo-diciembre 2003. Págs. 27-43.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: "Derechos fundamentales y avances tecnológicos. Los riesgos del progreso". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Núm 109. Enero-abril 2004. Págs. 71-110.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: "La construcción del derecho a la autodeterminación informativa y las garantías para su efectividad", en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo y PIÑAR MAÑAS, José Luis: "El derecho a la autodeterminación informativa". Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009. Págs. 11-80.
- LUCENA CID, Isabel Victoria: "La protección de la intimidad en la era tecnológica: Hacia una reconceptualización". *Revista Internacional de Pensamiento Político*. N.º 7. 2012. Págs. 117-144.
- LUJÁN ALCARAZ, José: "Uso y control en la empresa de los medios informáticos de comunicación". *Revista Doctrinal Aranzadi Social* (edición digital). N.º 3/2001. BIB 2001\602. Págs. 1-11.
- LUQUE PARRA, Manuel: "La (re)definición del concepto de «trabajador» en el ámbito de las nuevas tecnologías a la luz del derecho de propiedad industrial y de propiedad intelectual", en DEL REY GUANTER, Salvador (Director) y LUQUE PARRA, Manuel (Coord.): "Relaciones laborales y nuevas tecnologías". Ed. La Ley. Madrid. 2005. Págs. 77-104.
- LUTHER, Jörg: "Razonabilidad y dignidad humana". *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. N.º 7. Enero-junio 2007. Págs. 295-326.
- MAC SÍTHIGH, Daithí: "Legisladores y políticos en el punto de mira". En el V Congreso Internet, Derecho y Política. "Cara y cruz de las redes sociales". *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 9. Noviembre 2009. Págs 5-11. Disponible en: http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n9_peguera.
- MADRID CONESA, Fulgencio: "Derecho a la Intimidad, Informática y Estado de Derecho". Universidad de Valencia. 1984.
- MAESTRO BUELGA, Gonzalo: "Los derechos públicos subjetivos en la historia del constitucionalismo español del siglo XIX". *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 41. Págs. 119-175.
- MAGDALENO ALEGRÍA, Antonio: "La utilización de la cámara oculta en el periodismo de investigación: ¿El fin justifica los medios?" *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED). N.º 30, 2012. Págs. 515-532.
- MANTECA VALDELANDE, Víctor: "Control del empresario sobre el uso del ordenador por los trabajadores: Alcance, contenido y límites". *Actualidad Jurídica Aranzadi* (edición digital), N.º 749/2008. BIB 2008\456. Págs. 1-9.
- MARAVALL CASESNOVES, Héctor: "Evolución del poder reglamentario en la empresa". *Cuadernos de Política Social*. N.º 3. 1949. Págs. 9-31.
- MARCUS, Michael: Introducción y editorial a la obra de AA.VV.: "Ciudadanos, ciudades y videovigilancia. Hacia una utilización democrática y responsable de la videovigilancia". Foro Europeo para la Seguridad Urbana. París. 2010. Págs. 9-24. Disponible en:

- MARENCO, Giuliano: “Competition between national economies and competition between businesses – a response to Judge Pescatore”, *Fordham International Law Journal*, Vol.10. 1987. Págs. 420-443.
- MARÍAS AGUILERA, Julián: “*Cara y cruz de la electrónica*”. Ed. Espasa Calpe. Madrid, 1985.
- MARÍN ALONSO, Inmaculada: “La facultad fiscalizadora del empresario sobre el uso del correo electrónico en la empresa: Su limitación en base al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 75. 2004. Págs 95-122. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1031863>
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio: “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades” en “*Derechos fundamentales y Constitución*”. Ed. Civitas. Madrid. 1988.
- MARTÍN MORALES, Ricardo: “*Régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*”. Ed. Civitas. Madrid, 1995.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio: “Uso extralaboral del correo electrónico empleando medios informáticos de la empresa. Control empresarial, requisitos. Comentario a la STC (Sala 1.ª) 170/2013, de 7 de octubre de 2013”. *Actualidad Laboral*. N.º 2. Febrero 2014. Págs. 184-192.
- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José: “La configuración constitucional del Derecho a la Intimidad”. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (Universidad Carlos III), N.º 3. Mayo-Diciembre 1994. Págs. 313-340.
- MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael: "Tutela de la libertad sindical", en AA.VV.: "*Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral*". CGPJ. Madrid, 1991.
- MARTÍNEZ FALERO, Eugenio: "*Gestión de conocimiento y toma de decisiones*". Ed. Fucovasa. Madrid, 2014.
- MARTÍNEZ FONS, Daniel: “*El poder de control del empresario en la relación laboral*”. CES, Madrid, 2002.
- MARTÍNEZ FONS, Daniel: “El control de la correspondencia electrónica personal en el lugar de trabajo”. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 9. 2003. Págs. 35-51.
- MARTÍNEZ FONS, Daniel: “El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa”, en DEL REY GUANTER, Salvador, Dir. y LUQUE PARRA, Manuel (Coord.): "*Relaciones laborales y nuevas tecnologías*". Ed. La Ley. Madrid. 2005. Págs. 185-238.
- MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, Antonio Luis: "*La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*". Centro de Estudios Constitucionales. 1997.
- MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, Antonio Luis: “El art 9.2 CE y su significación en el sistema constitucional de derechos fundamentales”. *Revista de las Cortes Generales*. N.º 40. 1997. Págs. 111-128.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: “Secreto de las comunicaciones y protección de datos en el ámbito laboral. A propósito de la sentencia 281/2005 del Tribunal Constitucional español y del Informe 101/2008 de la Agencia Española de Protección de Datos”. *Aranzadi Social* (edición digital), N.º 13/2008. BIB 2008\2396. Págs. 1-25.

- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: "El derecho a la vida privada en España", en PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y BADÍA Y LIBERAL, Enrique (Coords.): *"El debate sobre la privacidad y seguridad en la red: Regulación y mercados"*. Colección Fundación Telefónica. Ed. Ariel. Barcelona. 2012. Págs 125-138.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: "El Derecho y el Cloud Computing", en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Dir.): *"Derecho y Cloud Computing"*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2012. Págs. 15-36.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: "Protección de datos personales y redes sociales: Un cambio de paradigma", en RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Dirs.): *"Derechos y redes sociales"*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2013. Págs. 85-118.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier: "Libertad de expresión y lenguaje ofensivo: Algunos criterios prácticos de análisis jurídico". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. N.º 60. Abril 2016. Págs. 26-33.
- MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel: "La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías". *Revista Penal (La Ley)*. N.º 18. Julio 2006. Págs. 217-235.
- MATIA PORTILLA, Francisco Javier: "La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 86. Mayo-agosto 2009. Págs. 343-368.
- MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor: *"Delete. The virtue of forgetting in the digital age"*. Princeton University Press. Princeton, 2009.
- McLUHAN, Marshall: *"La Galaxia Gutenberg (Génesis del Homo Typographicus)"*. Ed. Aguilar. Madrid, 1972.
- McLUHAN, Marshall y FIORE, Quentin: *"El medio en el mensaje"*. Ediciones Paidós, Ibérica S.A. Barcelona 1987.
- MEDINA GUERRERO, Manuel: "El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales". *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 5. Septiembre-diciembre 1998. Págs. 119-141.
- MEGÍAS QUIRÓS, José Juanjo: "Dignidad del hombre ante la muerte". *Humana lura* (Universidad de Navarra), N.º 4. 1994. Págs. 99-132.
- MEGÍAS TEROL, Javier: "Privacy by design, construcción de redes sociales garantes de la privacidad", en RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Dirs.): *"Derechos y redes sociales"*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2013. Págs. 65-81.
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes: "Reflexiones acerca de la legitimidad de las medidas de vigilancia y control del empresario". En particular sobre el test de honestidad". *Aranzadi Social* 84/2012. BIB 2012\290.
- MENZOZA ESCALANTE, Mijail: "La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares". *Revista de Pensamiento Constitucional* (Pontificia Universidad Católica de Perú). N.º 11. 2005. Págs. 219-271.
- MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: "Derechos Fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿Hacia una empresa panóptica?" *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 10, 2001. Págs. 11-31.

- MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: “*Derecho del Trabajo, Nuevas Tecnologías y Sociedad de la Información*”. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2002.
- MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: "Algunas reflexiones sobre el modelo social de la constitución española, 25 años después". *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*. (Universidad de Valencia). N.º 40, 2002. Págs. 167-176.
- MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: “Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º 57. 2005. Págs. 281-302.
- MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: "Comentario al artículo 177", en DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (Dir): "*Ley de Procedimiento Laboral comentada y con jurisprudencia*". Ed. La Ley. Madrid. 2006. Págs. 1261-1268.
- MERCADER UGUINA, Jesús Rafael y MUÑOZ RUÍZ, Ana Belén: "Comentario al artículo 182", en DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (Dir): "*Ley de Procedimiento Laboral comentada y con jurisprudencia*". Ed. La Ley. Madrid. 2006. Págs. 1294-1300.
- MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: “*El derecho a la intimidad del trabajador en el ámbito laboral*”. II Congreso de Actualidad Laboral del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Madrid. 2008.
- MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: “Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y canon reforzado de motivación en la doctrina del Tribunal Constitucional”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º 73. 2008. Págs. 127-146.
- MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: “La aplicación del Derecho del Trabajo por el Tribunal Constitucional”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º 88. 2010. Págs. 151-180.
- MIERES MIERES, Luis Javier: “La protección constitucional de los derechos a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones laborales. Una visión desde la jurisprudencia constitucional”. *Revista Vasca de Administración Pública*. N.º 99-100. 2014. Págs. 2083-2105.
- MIERES MIERES, Luis Javier: "*El derecho al olvido digital*". Fundación Alternativas. Documento de trabajo 186/2014. Madrid. 2014.
- MIRALLES LÓPEZ, Ramón Martín: “Cloud Computing y Protección de datos” En VI Congreso Internet, Derecho y Política. “Cloud Computing: El Derecho y la Política suben a la nube”. *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 11. 2010. Págs 14-23. Disponible en: <http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n11-VI-congreso-idp-cloud-computing>
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: “La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones”. *Revista Catalana de Seguretat Pública* (Institut de Seguretat Pública de Catalunya). N.º 22. Mayo 2010. Págs. 131-151. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215/260389>
- MOLERO MANGLANO, Carlos: "Inviolabilidad de la persona del trabajador (en torno al artículo 18)". *Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º 100. Tomo I. 2000. Págs. 543-553.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: “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* (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social) N.º 3. 1991. Págs. 63-106.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal y OLARTE ENCABO, Sofía: “Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Relaciones laborales: Revista Crítica de*

Teoría y Práctica. 1999 (Tomo II). Págs. 359-386.

- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: *"Empresas de comunicación y "cláusula de conciencia" de los periodistas"*. Ed. Comares. Granada, 2000.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: "Autotutela empresarial, secreto de comunicaciones y control judicial: La Sala Social pierde el paso con la Sala Penal". *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 381. Diciembre 2014. Págs. 157-162.
- MONEREO PÉREZ, José Luis y FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio: "Artículo 175", en MONEREO PÉREZ, José Luis (Dir.): *"El nuevo proceso laboral. Estudio técnico-jurídico de la Ley de Procedimiento Laboral"*. Ed. Comares. Granada, 2011. Págs. 798-799.
- MONEREO PÉREZ, José Luis y FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio: "Artículo 182", en MONEREO PÉREZ, José Luis (Dir.): *"El nuevo proceso laboral. Estudio técnico-jurídico de la Ley de Procedimiento Laboral"*. Ed. Comares. Granada, 2011. Págs. 858-869.
- MONEREO PÉREZ, José Luis y LÓPEZ INSUA, Belén del Mar: "El control empresarial del correo electrónico tras la STC 170/2013". *Revista Doctrinal Aranzadi Social* (edición digital) N.º 11/2014. BIB 2014\122. Págs. 1-40.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo: "Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral". *Revista de Política Social*. N.º 121. Enero-Marzo 1979. Págs. 315-345.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo; GALIANA MORENO, Jesús María; SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y RÍOS SALMERÓN, Bartolomé: *"Comentarios al Estatuto de los Trabajadores"*. Ed. Aranzadi. Elcano. 2000.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo: *"La buena fe en el Derecho del Trabajo"*. Ed. Tecnos. Madrid, 2001.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo: "Nuevas tecnologías y buena fe contractual (Buenos y malos usos del ordenador en la empresa)". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 5-6. Marzo 2009. Págs. 37-52.
- MORALES PRATS, Fermín: *"La tutela penal de la intimidad: Privacy e informática"*. Ed. Destino. Barcelona, 1984.
- MORALES PRATS, Fermín: "La intervención penal en la red. La represión penal del tráfico de pornografía infantil: Estudio particular", en AA.VV.: *"Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías"*. Ed. Colex. Madrid. 2001. Págs. 111-133.
- MORENO DEL TORO, Carmen: "Los medios informáticos y la doctrina constitucional. Sentencia del Tribunal Constitucional 281/2005, de 7 de noviembre". *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 87. 2006. Págs. 209-220.
Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_862_3.pdf
- MORENO DÍAZ, Juan Manuel: "Extinción del contrato e ideología política". *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 72. 2003. Págs. 249-254. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=802113>
- MORENO GARCÍA, Antonio: "Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 38. Mayo-agosto 1993. Págs. 263-295.
- MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel: "Aspectos jurídico-privados de las tecnologías Web 2.0 y su repercusión en el derecho a la intimidad", en BOIX REIG, Javier y JAREÑO LEAL, Ángeles

(Coords.): "*La protección jurídica de la intimidad*". Ed. Iustel. Madrid, 2010. Págs. 335-360.

- MORETÓN TOQUERO, M.^a Aránzazu: "El secreto profesional de los periodistas y la empresa de comunicación: ¿Un conflicto de lealtades? *Revista jurídica de Castilla y León* (Junta de Castilla y León). N.º 4. Septiembre 2004. Págs. 99-145.
- MOYA IZQUIERDO, Sara y CRESPO VITORIQUE, Isabela: "Los motores de búsqueda y el derecho al olvido: Cuando la tecnología avanza más rápido que el Derecho". *Revista Aranzadi Unión Europea*. N.º 10/2014 (edición digital). BIB 2014\3604. Págs. 1-9.
- MUÑOZ CAMPOS, Juan y CEREZO CARRASCO, Enrique: "Integración del trabajador en la empresa". *Revista de Política Social*. N.º 13. 1952. Págs. 21-50.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: "*La Regulación de la Red. Poder y Derecho en Internet*". Ed. Taurus. Madrid, 2000.
- NIPPERDEY, Hans Carl: "*Grundrechte und Privatrecht*". Ed. Krefeld, Scherpe, 1961.
- NONNO, Francesco y TAGLIABUE, Stefano: "Telecom Italia: El cloud computing exige un nuevo enfoque legislativo", en PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y BADÍA Y LIBERAL, Enrique (Coords): "*El debate sobre la privacidad y seguridad en la red: Regulación y mercados*". Colección Fundación Telefónica. Ed. Ariel. Barcelona. 2012. Págs. 179-183.
- NOVOA MONREAL, Eduardo: "*El Derecho a la vida y a la libertad de información: Un conflicto de derechos*". Ed. Siglo XXI (6º ed.), México, 2001.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: "*La libertad de expresión y sus límites: Honor, Intimidad y Propia Imagen*". Ed. EDESA (Editoriales de Derecho Reunidas). Madrid 1991.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: "Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen", en AAVV: "*Los derechos fundamentales y libertades públicas*". XII Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Servicio de publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid. 1992. Vol. I. Págs. 543-625.
- OJEDA AVILÉS, Antonio e IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa: "La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º 73. 2008. Págs. 147-169.
- OLIVER, Hazel: "Email and Internet Monitoring in the Workplace: Information Privacy and Contracting- Out". *Industrial Law Journal*. Vol. 31, N.º 4, 2002. Págs. 321-352.
- OLLERO TASSARA, Andrés: "*De la protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales. Exigencias jurídico-naturales e historicidad en la jurisprudencia constitucional*". Discurso de recepción de académico de número. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 2008.
- OLMOS SANZ, Ana: "Recursos críticos. Avances destacados en la Gobernanza de Internet", en SERRANO CALLE, Silvia (Coord.): "*La Gobernanza de Internet en España 2015*". Foro de Gobernanza de Internet en España (IGF Spain). 2015. Págs. 48-58. Disponible en: <http://www.igfspan.com/>
- ONG, Walter: "*The presence of the world*". Yale University Press, 1967.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David: "*La protección judicial de los derechos en Internet en la jurisprudencia europea*". Ed. Reus. Madrid, 2014.

- ORENES RUIZ, Juan Carlos: “La responsabilidad de los medios digitales, a propósito de la sentencia Delfi contra Estonia”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N.º 877. Enero 2014. Pág. 2.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo: “*La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*”. Ed. La Ley. Madrid, 2000.
- OROZCO GONZÁLEZ, Margarita: “Redes sociales e intimidad: «El país de las maravillas 2.0»”, en ANARTE BORRALLO, Enrique; MORENO MORENO, Fernando y GARCÍA RUÍZ, Carmen Rocío (Coords.): “*Nuevos conflictos sociales. El papel de la privacidad*”. Ed. Iustel, Madrid, 2015.
- OROZCO PARDO, Guillermo: “La Protección de Datos en Derecho español a la luz de la reciente jurisprudencia constitucional”. *Actualidad Civil*. N.º 1, 2002. Págs. 173-237.
- OROZCO PARDO, Guillermo: “Protección de datos relativos a la salud y derecho a la información clínica”, en ANARTE BORRALLO, Enrique; MORENO MORENO, Fernando y GARCÍA RUÍZ, Carmen Rocío (Coords.): “*Nuevos conflictos sociales. El papel de la privacidad*”. Ed. Iustel, Madrid, 2015. Págs. 119-144.
- ORTEGA Y GASSET, José: “*Meditación de la técnica*”. Ed. Espasa Calpe. Madrid, 1965.
- ORTÍ VALLEJO, Antonio: “*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)*”. Ed. Comares. Granada. 1994.
- ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos: “*La investigación del delito en la era digital. Los derechos fundamentales frente a las nuevas medidas tecnológicas de investigación*”. Fundación Alternativas. Estudios de progreso 74/2013. Madrid. 2013.
- ORTS BERENGUER, Enrique y ROIG TORRES, Margarita: “*Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2001.
- ORZA LINARES, Ramón M.^a y RUÍZ TARRÍAS, Susana: “El derecho al olvido en Internet”, en CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí; PEGUERA POCH, Miquel; PEÑA LÓPEZ, Ismael y VILASAU SOLANA, Mónica (Coords.): “*Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet*”. Ed. UOC-Huygens (Actas del VII Congreso Internacional: Internet, Derecho y Política). Barcelona, 2011. Disponible en: <http://edcp.uoc.edu/symposia/idp2011/proceedings/>
- ORZA LINARES, Ramón M.^a: “Derechos Fundamentales e internet: Nuevos problemas, nuevos retos”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. N.º 18, 2012. Págs. 275-336.
- PACE, ALESSANDRO: “El derecho a la propia imagen en la sociedad de los mass media”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 52. Enero-abril 1998. Págs. 33-52.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos: “*Los derechos laborales en la Constitución Española*”. Centro de Estudios Constitucionales. 1991.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel: “*Derecho del Trabajo*”. Ed. Ceura. Madrid. 2000.
- PANIZA FULLANA, Antonia: “El alcance de la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”. *Aranzadi Civil* N.º 4/2010 (comentario). BIB 2010\1259 (on line).
- PARDO ALBIACH, Juan: “Ciberacoso: Cyberbullying, grooming, redes sociales y otros peligros”, en GARCÍA GONZÁLEZ, Javier (Coord.): “*Ciberacoso: La tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2010. Págs. 51-85.

- PARDO FALCÓN, Pedro: “Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 34. Enero-abril 1992. Págs. 141-178.
- PARDO FALCÓN, Pedro: “Los derechos fundamentales como límites de los poderes jurídicos del empresario (Un comentario de las SSTC 99/1994, de 11 de abril y 6/1995, de 10 de enero)”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 49. Enero-abril 1997. Págs. 299-309.
- PARDO FALCÓN, Javier: “El juicio de indispensabilidad: Un avance de los derechos fundamentales en el ámbito laboral”. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 39. 1996. Págs. 57-70. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=103525>
- PAREJO ALFONSO, Luciano: “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*. Vol.I. N.º 3. Septiembre-diciembre 1981. Págs. 169-190.
- PAZOS CASTRO, Ricardo: “El funcionamiento de los motores de búsqueda en Internet y la política de protección de datos personales, ¿una relación imposible?” *In Dret. Revista para el Análisis del Derecho* (Universidad Pompeu Fabra). N.º 1. Enero 2015. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/1118_es.pdf
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: “Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general”. Univ. Carlos III-BOE. Madrid. 1995.
- PEDRAJAS MORENO, Abdón: “Despido y derechos fundamentales”. Ed. Trota. Madrid, 1992.
- PENDÁS GARCÍA, Benigno: “Las formas de la democracia”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. N.º 60. Abril 2016. Págs. 18-25.
- PÉREZ AGULLA, Sira: “Derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. N.º 108. 2014. Págs. 41-64.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Salvador: “La generación @ como paradigma de ciudadanía”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N.º 877. Enero 2014. Pág. 5.
- PÉREZ BOTIJA, Eugenio: “Contrato de trabajo y derecho público”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Tomo I76. 1944 (Separata).
- PÉREZ BOTIJA, Eugenio: “Curso de Derecho del Trabajo”. Ed. Tecnos, Madrid, 1948.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: “Sobre el derecho a la propia imagen. (A propósito de la STC 170/1987, de 30 de octubre)”. *Revista Poder Judicial*. N.º 10. Junio 1988. Págs. 75-82.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco (Dir): “Libertad de empresa y relaciones laborales en España”. Ed. Instituto de Estudios Económicos. Madrid. 2005.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco y THIBAUT ARANDA, Javier: “El uso laboral del ordenador y la buena fe (A propósito de la STS de 26 de septiembre de 2007, rec. 966/2006). *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 6. 2008. Págs. 51-59.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: “El uso sindical de los medios informáticos de la empresa”. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 5-6. Marzo 2009. Págs. 53-66.

- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: "Internet en el trabajo". *Revista Justicia Laboral*. N.º 51. 2012. Págs. 17-34.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: "La interpretación de la Constitución". *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º 169. 2014. Págs. 21-54.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: "Informática y Libertad. Comentario al artículo 18.4 de la Constitución". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 24. Noviembre-diciembre 1981. Págs. 31-53.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: "*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*". Ed. Tecnos. Madrid. 1984.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: "El concepto de los Derechos Humanos y su problemática actual". *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (Universidad Carlos III), N.º 1. Febrero-Octubre 1993. Págs. 179-198.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: "Internet y los Derechos Humanos". *Anuario Jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento* (Universidad de Huelva). N.º 2. 2002. Págs. 101-121.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: "Dogmática de los Derechos Fundamentales y Transformaciones del sistema constitucional". *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED), N.º 20, 2007. Págs. 495-511.
- PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y BADÍA Y LIBERAL, Enrique (Coords.): "*El debate sobre la privacidad y seguridad en la red: Regulación y mercados*". Colección Fundación Telefónica. Ed. Ariel. Barcelona. 2012.
- PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y VERGARA PARDILLO, Arturo: "El impacto de la regulación de los nuevos servicios", en PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y BADÍA Y LIBERAL, Enrique (Coords.): "*El debate sobre la privacidad y seguridad en la red: Regulación y mercados*". Colección Fundación Telefónica. Ed. Ariel. Barcelona. 2012. Págs. 141-161.
- PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y VERGARA PARDILLO, Arturo: "Modelos reguladores de protección global de datos para una era global", en PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y BADÍA Y LIBERAL, Enrique (Coords.): "*El debate sobre la privacidad y seguridad en la red: Regulación y mercados*". Colección Fundación Telefónica. Ed. Ariel. Barcelona. 2012. Págs. 23-45.
- PÉREZ SÁNCHEZ, Carmen: "El teletrabajo: ¿Más libertad o una nueva forma de esclavitud para los trabajadores?" En VI Congreso Internet, Derecho y Política. "Cloud Computing: El Derecho y la Política suben a la nube". *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 11. 2010. Págs. 24-34. Disponible en: <http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n11-VI-congreso-idp-cloud-computing>
- PÉREZ SÁNCHEZ, Gerardo: "Los requisitos para recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional". *Anales de la Facultad de Derecho* (Universidad de La Laguna). N.º 16. 1999. Págs. 311-331.
- PÉREZ SÁNCHEZ, Gerardo: "Tribunal Constitucional y legalidad ordinaria". *Anales de la Facultad de Derecho* (Universidad de La Laguna). N.º 26. Diciembre 2009. Págs. 67-71.
- PÉREZ SAN JOSÉ, Pablo (Dir.), GUTIÉRREZ BORGE, Cristina (Coord.), ÁLVAREZ ALONSO, Eduardo, DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Susana y GARCÍA PÉREZ, Laura: "*Guía sobre seguridad y privacidad de las herramientas de geolocalización*". Observatorio de la Seguridad de la Información. Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO). Marzo 2011.
- PÉREZ-UGENA COROMINA, María y PÉREZ-UGENA COROMINA, Álvaro: "Implicaciones constitucionales de las nuevas tecnologías". *Revista de Derecho Político* (UNED), N.º 54. 2002. Págs. 153 a 195.

- PÉREZ SERRANO, José: “Problemas en torno al rendimiento del trabajo”. *Revista de Política Social*. N.º 5, 1950. Págs. 29-61.
- PESCATORE, Pierre: “Public and Private Aspects of European Community Law”. *Fordham International Law Journal*, Vol.10. 1987. Págs. 373-419.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis: “El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 19-20. Mayo-diciembre 2003. Págs. 45-90.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis: “Protección de datos y relaciones laborales”, en FARRIOLS I SOLÁ, Antoni (Dir.): “*La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*”. Ed. Cinca. Madrid, 2006. Págs. 139-151.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis: "Protección de datos: Origen, situación actual y retos de futuro", en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo y PIÑAR MAÑAS, José Luis: "*El derecho a la autodeterminación informativa*". Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009. Págs. 81-179.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis: "Concepto de datos de carácter personal. Título I. Disposiciones Generales. Artículo 3", en TRONCOSO REIGADA, Antonio (Dir.): "*Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*". Ed. Civitas Thompson Reuters. Cizur Menor, 2010. Págs. 183-213
- PIÑAR MAÑAS, José Luis: "Caso Google: ¿una mejor privacidad?". Diario "El País" de 15 de mayo de 2014.
- PISARELLO PRADOS, Gerardo: “Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: Por una protección compleja de los derechos sociales”, en CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (Dir): “*Teoría constitucional y derechos fundamentales*”. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México D.F., 2002. Págs. 115-135.
- POMARES CINTAS, Esther: “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N.º 13-15, 2011. Págs. 1-31. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-15.pdf>
- POQUET CATALÁ, Raquel: “*El actual poder de dirección y control del empresario*”. Cuadernos de Aranzadi Social. Ed. Aranzadi. Cizur Menor. 2013.
- PRIETO SANCHÍS, Luis: “*Estudios sobre derechos fundamentales*”. Ed. Debate. Madrid, 1990.
- PRIETO SANCHÍS, Luis: “Notas sobre la interpretación constitucional”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. N.º 9. Mayo-agosto 1991. Págs. 175-198.
- PRIETO SANCHÍS, Luis: “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (Universidad Carlos III), N.º 8. Enero-Junio 2000. Págs. 429-468.
- PUERTO MENDOZA, Alejandro: "*Introducción al derecho de Internet. Régimen jurídico básico de los contenidos digitales*". Ed. Centro de Estudios Financieros. Madrid, 2015.
- QUERALT JIMÉNEZ, JOAN JOSEP: “(Tele)Comunicaciones e intimidad: Aproximación a su intervención judicial en la instrucción penal”, en AA.VV.:“*El derecho a la privacidad en el nuevo entorno tecnológico*”. XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016. Págs. 151-167.
- RALLO LOMBARTE, Artemi: “Hacia un nuevo sistema europeo de protección de datos: Las claves

- de la reforma". *Revista de Derecho Político*. N.º 85. Septiembre-diciembre 2012. Págs. 13-56.
- RALLO LOMBARTE, Artemi: "La protección de la privacidad en las redes sociales de Internet: La experiencia canadiense con Facebook, Google y Otros", en RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Dir.): "*Derechos y redes sociales*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2013. Págs. 257-284.
 - RALLO LOMBARTE, Artemi: "*El derecho al olvido en Internet. Google versus España*". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales". Madrid, 2014.
 - RALLO LOMBARTE, Artemi: "La garantía del derecho al olvido en Internet". *Actualidad Jurídica Aranzadi* (edición digital), N.º 886/2014. BIB 2014\1761. Págs. 1-5.
 - RALLO LOMBARTE, Artemi: "Estudios sobre la evolución del régimen sancionador en la legislación de protección de datos". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 166. Octubre-diciembre 2014. Págs. 95-121.
 - RALLO LOMBARTE, Artemi: "Veinte años de actividad sancionadora de la AEPD (1992-2012): De la pedagogía de la sanción a la accountability como estrategia proactiva", en: AA.VV.: "*20 años de protección de datos en España*". AEPD. Madrid, 2015. Págs. 183-210.
 - RAMÍREZ BERASATEGUI, Javier: "La protección de datos como un derecho fundamental de todo ser humano", en FARRIOLS I SOLÁ, Antoni (Dir.): "*La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*". Ed. Cinca. Madrid, 2006. Págs. 37-47.
 - RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: "La red social como ejemplo de participación: Casos y cuestiones" en COTINO HUESO, Lorenzo (editor): "*Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*". PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia). Valencia, 2011. Págs. 160-175. Disponible en: <http://www.derechotics.com/congresos/2010-libertades-y-20/e-libro-e-libertades-2010>
 - RAYÓN BALLESTEROS, María Concepción y GÓMEZ HERNÁNDEZ, José Antonio: "Ciberdelitos: Particularidades en su investigación y enjuiciamiento". *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. N.º 47, 2014. Págs. 209-234.
 - REBOLLO DELGADO, Lucrecio: "Derechos de la Personalidad y Datos personales". *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 44. 1998. Págs. 143-206.
 - REBOLLO DELGADO, Lucrecio: "El secreto de las comunicaciones: Problemas actuales". *Revista de Derecho Político* (UNED), N.º 48-49. 2000. Págs. 351-382.
 - REBOLLO DELGADO, Lucrecio: "Veinticinco años de relación entre la informática y los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar". *Revista de Derecho Político* (UNED). Núms. 58-59. 2003-2004. Págs. 215-239.
 - REBOLLO DELGADO, Lucrecio: "*El Derecho Fundamental a la Intimidad*". Ed. Dykinson. Madrid. 2005.
 - REDING Viviane: "*Privacy matters – Why the EU needs new personal data protection rules*". Discurso pronunciado el 30 de noviembre de 2010, en calidad de Vicepresidenta de la Comisión Europea, responsable de Justicia derechos fundamentales y Ciudadanía. Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-700_en.htm
 - REDING, Viviane: "Protección de la privacidad en un mundo conectado. Un marco europeo de protección de datos para el siglo XXI", en PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge y BADÍA Y LIBERAL, Enrique (Coords): "*El debate sobre la privacidad y seguridad en la red: Regulación y mercados*". Colección Fundación Telefónica. Ed. Ariel. Barcelona. 2012. Págs. XVII-XXV.

- REIDENBERG, Joel R.: “Lex informatica: the formulation of information policy rules through Technology”. *Texas Law Review*, Vol. 76. N.º 3. Febrero 1998. Págs. 553-593.
- REVENGA SÁNCHEZ, Miguel: “Servicios de inteligencia y derecho a la intimidad”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 61. Enero-abril 2001. Págs. 29-56.
- REVENGA SÁNCHEZ, Miguel: “El derecho a la intimidad: un derecho en demolición (y necesitado de reconstrucción)”, en AA.VV.: “*El derecho a la privacidad en el nuevo entorno tecnológico*”. XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016. Págs. 71-98.
- RIBAS ALEJANDRO, Javier: “Actos desleales de trabajadores usando sistemas informáticos e Internet”. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 21. 2004. Págs. 104-119.
- RODOTÀ, Stefano: “Democracia y protección de datos”. *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 19-20. Mayo-diciembre 2003. Págs. 15-26.
- RODOTÀ, Stefano: “*Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*”. Editori Laterza. Roma. 2004.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, José Luis: “Los retos actuales de la protección de datos”, en: AA.VV.: “*20 años de protección de datos en España*”. AEPD. Madrid, 2015. Págs. 453-470.
- RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio: “*Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*”. Consejo Económico y Social del Principado de Asturias. Oviedo. 2009.
- RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio: “Pruebas obtenidas a través de detectives privados y derecho a la intimidad del trabajador”. *Actualidad Laboral*. N.º 12. Diciembre 2014. Págs. 1397-1410.
- RODRÍGUEZ COARASA, Cristina: “Algunas proyecciones del Derecho Constitucional a la intimidad en el ámbito laboral”. *Revista de Derecho Político (UNED)*, N.º 51. 2001. Págs. 183 a 222.
- RODRÍGUEZ COPÉ, María Luisa: “Facultades de control empresarial y circuito cerrado de televisión”. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 121. 2013. Págs. 189-200. Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_1427_3.pdf
- RODRÍGUEZ COPÉ, María Luisa: “El derecho a la intimidad del trabajador como límite al poder de dirección empresarial. SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de febrero de 2000 y de Asturias de 17 de noviembre de 2000”. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 62. 2001. Págs. 213-228. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=233996>
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana: “Vigilancia y control en la relación de trabajo: La incidencia de las nuevas tecnologías”, en FARRIOLS I SOLÁ, Antoni (Dir.): “*La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*”. Ed. Cinca. Madrid, 2006. Págs. 86-102.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana: “*Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2015.
- RODRÍGUEZ LEAL, Luis Germán y CARNOTA, Raúl: “*Historias de las TIC en América Latina y el Caribe*”. Fundación Telefónica y Ed. Ariel. Madrid y Barcelona, 2015.
- RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel Jesús: “La regulación de Internet y la teoría jurídica”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. N.º 24. 2007. Págs. 441-464.

- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Federico: "Sobre la participación en beneficios". *Revista de Política Social*. N.º 8, 1950. Págs. 93-115.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel: "*Nuevas actividades y sectores emergentes: El papel de la negociación colectiva*". Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. 2001.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel y LÁZARO SÁNCHEZ, José Luis: "Los derechos on-line en el ordenamiento laboral español: Estado de la Cuestión". *Derecho y Conocimiento* (Universidad de Huelva), Vól. 2, 2002. Págs. 151-173.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel y LÁZARO SÁNCHEZ, José Luis: "Hacia un tratamiento integrado de la comunicación electrónica no profesional", en DEL REY GUANTER, Salvador, Dir. y LUQUE PARRA, Manuel Coord.: "*Relaciones laborales y nuevas tecnologías*". Ed. La Ley. Madrid. 2005. Págs. 9-47.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: "El principio de igualdad y las relaciones laborales". *Revista de Política Social*. N.º 121. 1979. Págs. 381-414.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: "Proceso de trabajo y justicia constitucional", en AA.VV.: "*El proceso laboral. Estudios en Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil*". Ed. Lex Nova. Valladolid. 2001. Págs. 723-754.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: Presentación de la obra en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Coord.): "*El poder de dirección del empresario: Nuevas perspectivas*". Ed. La Ley. Wolters Kluwer. 2005. Págs. 1-4.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: "*Derecho a la intimidad y relaciones laborales*". Forointimidad. Seminario sobre tendencias de la protección jurídica de la intimidad (Privacidad y relaciones laborales). Universidad de Huelva. 2006.
- ROGEL VIDE, Carlos: "*Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*". Studia Albornotiana, XLVI (Publicaciones del Real Colegio España), Bolonia. 1985.
- ROGEL VIDE, Carlos: "Origen y actualidad de los derechos de la personalidad". *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas* (México). Otoño/Invierno 2007. N.º 20. Págs. 260-282.
- ROIG BATALLA, Antoni: "Derecho Público y Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC)". *Revista Catalana de Dret Públic*. N.º 35, 2007. Págs. 1-12.
- ROIG BATALLA, Antoni: "*Derechos Fundamentales y Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones*". Ed. Bosh. Barcelona, 2010.
- ROIG BATALLA, Antoni: "Tecnología, libertad y privacidad", en COTINO HUESO, Lorenzo (editor): "*Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*". PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia, 2011. Págs. 44-51. Disponible en: <http://www.derechotics.com/congresos/2010-libertades-y-20/e-libro-e-libertades-2010>
- ROIG BATALLA, Antoni: "E-privacidad y redes sociales", en el V Congreso Internet, Derecho y Política. "Cara y cruz de las redes sociales". *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 9. Noviembre 2009. Págs. 42-52. Disponible en: http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n9_peguera.
- ROJAS RIVERO, Gloria Pilar "*La Libertad de Expresión del Trabajador*". Ed. Trotta. Madrid. 1991.
- ROLDÁN MARTÍNEZ, Aránzazu: "Prueba mediante documentos informáticos de las faltas cometidas por el trabajador: El problemático valor jurídico". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*.

- N.º 274 (Centro de Estudios Financieros). Enero 2006. Págs. 115-134.
- ROLDÁN MARTÍNEZ, Aránzazu y HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel: “El ejercicio de las libertades de expresión e información de los representantes de los trabajadores en la era de Internet”. *Actualidad Laboral*. N.º 12. La Ley. Junio 2009. Págs. 1383-1395.
 - ROLDÁN MARTÍNEZ, Aránzazu: “Validez como prueba de la grabación de una conversación efectuada mediante teléfono móvil”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. N.º 315 (Centro de Estudios Financieros). Junio 2009. Págs. 191-208.
 - ROLDÁN MARTÍNEZ, Aránzazu y HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel: “La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas a través de las modalidades procesales del art. 184 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 362. Mayo 2013. Págs. 51 a 82.
 - ROLLNERT LIERN, Göran: “La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 102. Mayo-agosto 2014. Págs. 125-155.
 - ROMERO COLOMA, Aurelia M^a: “Reflexiones políticas a la luz del derecho”. *Revista de Estudios Políticos*. N.º 66. Octubre-diciembre 1989. Págs. 235-239.
 - ROMERO COLOMA, Aurelia M^a: “Las libertades de expresión e información y sus límites”. Ediciones Irreverentes. Madrid, 2010.
 - ROQUETA BUJ, Remedios: “Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2005.
 - ROQUETA BUJ, Remedios: “El derecho a la Intimidad de los trabajadores y el control audiovisual del empresario”, en BOIX REIG, Javier y JAREÑO LEAL, Ángeles (Coords.): “La protección jurídica de la intimidad”. Ed. Iustel. Madrid, 2010. Págs. 405-462.
 - ROSSANVALLON, Pierre: “La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad”. Ed. Paidós. Barcelona, 2010.
 - ROVIRA SUEIRO, María Esther: “La protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales de la persona en la nueva LEC”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. N.º 6. 2002. Págs. 643-662.
 - ROVIRA VIÑAS, Antonio: “Reflexiones sobre el derecho a la intimidad en relación a la informática, la medicina y los medios de comunicación”. *Revista de Estudios Políticos*. N.º 77. Julio-Septiembre 1992. Págs. 259-265.
 - RUBENFELD, Jed: “The right to privacy”. *Harvard Law Review*. Vol. 102. N.º 4. Febrero 1989. Págs. 737-807.
 - RUBÍ NAVARRETE, Jesús: “Tratamiento de datos en el sector de las telecomunicaciones”. *Cuadernos de Derecho Público*. N.º 19-20. Mayo-diciembre 2003. Págs. 335-354.
 - RUBIO LLORENTE, Francisco: “La Constitución como fuente del Derecho”, en AAVV: “*Constitución Española y fuentes del Derecho*”. Ed. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid. 1979. Vol. I. Págs. 53-74.
 - RUBIO LLORENTE, Francisco: “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la Jurisdicción Constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 4. Enero-abril 1982. Págs. 35-68.

- RUBIO LLORENTE, Francisco: "Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho", en REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (Coord.): *"La rebelión de las leyes. Demos y nomos: La agonía de la justicia constitucional"*. Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, derecho público e historia constitucional (Junta General del Principado de Asturias). N.º 4. 2006. Págs. 203-233.
- RUBIO LLORENTE, Francisco: "Defectos de forma". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 100. Enero-abril 2014. Págs. 133-165.
- RUBIO NÚÑEZ, Rafael: "Las redes sociales en las administraciones ¿Periodo de pruebas?" en COTINO HUESO, Lorenzo (editor): *"Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías"*, PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia, 2011. Págs. 149-159. Disponible en: <http://www.derechotics.com/congresos/2010-libertades-y-20/e-libro-e-libertades-2010>
- RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín: "El derecho a la intimidad", *Diario Ya*, Madrid, 14.01.1969. Reed. *Cuadernos para el Diálogo*. N.º 66. 1969. Págs. 9-12.
- RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín y RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA, Itziar: "Artículo 10: Derechos fundamentales de la persona", en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (Dir.) *"Comentarios a la Constitución Española de 1978"*. Cortes Generales-EDERSA (Editoriales de Derecho Reunidas), Tomo II. 1996. Págs. 37-103.
- RUIZ LEGAZPI, Ana: "Derecho a la intimidad y obtención de pruebas: El registro de ordenadores (Incoming de EMULE) en la STC 207/2011". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 100. Enero-abril 2014. Págs. 365-390.
- RUIZ MIGUEL, Carlos: *"La configuración constitucional del derecho a la intimidad"*. Universidad Complutense de Madrid. 1992.
- RUIZ MIGUEL, Carlos: "En torno a la protección de los datos personales automatizados". *Revista de Estudios Políticos*, N.º 84. Abril-junio 1994. Págs. 237-264.
- RUIZ MIGUEL, Carlos: *"El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos"*. Ed. Civitas. Madrid. 1994.
- RUIZ RUIZ, Ramón: "Sobre la pertinencia del control jurisdiccional de constitucionalidad: Algunos comentarios críticos". *Anuario de Filosofía del Derecho*. N.º 30. 2014. Págs. 341-359.
- SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio y GIL Y GIL, José Luis: "Derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación". *Revista de Trabajo* (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social). N.º 100 extraordinario. Octubre-diciembre 1990. Págs. 21-52.
- SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio: "Tiempos convulsos". *Diario "ABC"* de 24 de agosto de 2015.
- SAGÜES, Néstor Pedro: "Habeas Data: Su desarrollo constitucional", en AAVV. (Comisión Andina de Juristas). *Lecturas Andinas Constitucionales*, N.º 3, Lima (Perú), 1994. Págs. 859-872.
- SÁIZ DE MARCO, Isidro: "La prueba de detectives en la doctrina judicial". *Actualidad Laboral*. N.º 12. Diciembre 2014. Págs. 1411-1417.
- SALAS PORRAS, María: "Trabajador esclavo y contrato de esclavo: configuración jurídica". *Revista Crítica de Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social*. N.º 8. Mayo 2014. Págs. 29-44. Disponible en: <http://www.eumed.net/rev/historia/08/contrato-esclavo.pdf>

- SALDAÑA DÍAZ, María Nieves: "El Derecho a la privacidad en los Estados Unidos: Aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego". *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED) N.º 28. 2011. Págs. 279-312.
- SALDAÑA DÍAZ, María Nieves: "The right to privacy. La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: El centenario legado de Warren y Brandeis". *Revista de Derecho Político* (UNED). N.º 85. 2012. Págs. 195 a 240.
- SALGADO SEGUIN, Víctor: "Nuestros derechos en riesgo. Intimidad, privacidad y honor en Internet". *Revista Telos* (Fundación Telefónica). Octubre-diciembre 2010. Págs. 1-12.
- SALMERÓN Y GARCÍA, Nicolás: "*El contrato colectivo de trabajo*". Ed. Fortanet. Madrid, 1914.
- SALMON, Christian: "*Storytelling: La máquina de fabricar historias y formatear las mentes*". Ed. Península. Barcelona, 2008.
- SAMPEDRO BURGOS, Guadalupe: "Reflexiones sobre la aplicación de la normativa de protección de datos en el ámbito del control del empresario y sistemas de denuncias internas". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel). N.º 26. 2011. Págs. 127-145.
- SAN MARTÍN MAZZUCONI, Carolina: "Navegar por Internet en horas de trabajo...¿Quién? ¿Yo?". *Aranzadi Social* 70/2010. BIB 2010\147.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago: "Comentario a la STC N.º 192/2003". *Teoría y realidad constitucional* (UNED). N.º 14. 2004. Págs. 479-482.
- SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio: "Las libertades públicas y su ejercicio en Internet", en COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.): "*Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información*". Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007. Págs. 75-114.
- SÁNCHEZ MAGRO, Andrés: "El ciberdelito y sus implicaciones procesales", en GARCÍA MEXÍA, Pablo (Dir.): "*Principios de Derecho de Internet*". Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2005. Págs. 293-324.
- SÁNCHEZ MOLERO, José y SOLER MATUTES, Pedro: "El Derecho del Trabajo ante el proyecto genoma humano: Obtención, acceso y utilización de la información genética en las relaciones laborales". *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 212. Noviembre 2000. Págs. 3 a 82.
- SÁNCHEZ PEDROCHE, José Andrés: "Inspección, entradas domiciliarias o la fractura en la Sala Tercera del Tribunal Supremo". *Revista Impuestos* (La Ley). N.º 8, abril 2011. Págs. 13-38.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina: "Videocámaras y poder de vigilancia". *Revista Doctrinal Aranzadi Social* (Edición electrónica). 1999. Págs. 1-17.
- SÁNCHEZ TORRES, Esther: "El ejercicio de la libertad de expresión de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías", en: DEL REY GUANTER, Salvador (Director) y LUQUE PARRA, Manuel (Coord.): "*Relaciones laborales y nuevas tecnologías*". Ed. La Ley. Madrid. 2005. Págs. 105-152.
- SÁNCHEZ URRUTIA, Ana; SILVEIRA GORSKI, Héctor Claudio; NAVARRO MICHEL, Mónica: "*Tecnología, intimidación y sociedad democrática*". Ed. Icaria. Barcelona, 2003.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: "Derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 21-22. Noviembre 2012. Págs. 15-22.

- SANTOLAYA MACHETTI, Pablo: "El derecho a la vida privada y familiar (un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad)", en GARCÍA ROCA, Francisco Javier y SANTOLAYA MACHETTI, Pablo (Coords.): "*La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2014 (3ª ed.). Págs. 545-566.
- SANTOS GARCÍA, Daniel: "*Nociones generales de la Ley Orgánica de Protección de Datos y su Reglamento*". Ed. Tecnos. Madrid, 2012.
- SANTOS PASCUAL, Efrén y LÓPEZ-VIDRIERO TEJEDOR, Iciar: "*Protección de datos personales: Manual práctico para empresas*". Fundación Confemetal, Madrid, 2005.
- SAR, Omar: "Límites de la facultad de fiscalización del empleador cuando entra en conflicto con el derecho al secreto de las comunicaciones de los trabajadores". *Revista General de Derecho Constitucional* (Iustel). N.º 22. Abril 2016. Págs. 1-16.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von: "*Sistema de Derecho Romano Actual*". F. Góngora y Compañía, Editores. Tomo II. Madrid. 1879.
- SCHNEIDER, Hans-Peter: "Problemática general de las instituciones de garantía. Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 7. Enero-febrero 1979. Págs. 7-35.
- SCHNEIDER, Hans-Peter: "*Democracia y Constitución*". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991.
- SCHWABE, Jürgen: "Bundesverfassungsgericht und "Drittwirkung" der Grundrechte", en *Archiv für öffentlichen Recht*, N.º 100. 1975. Págs. 442-470.
- SCHWARTZ, Bernard: "*Algunos artifices del Derecho norteamericano*". Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1989.
- SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa: "El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores". *Revista jurídica de Castilla y León* (Junta de Castilla y León). N.º 2. 2004. Págs. 145-187.
- SELMA PENALVA, Alejandra: "El control de accesos por medio de huella digital y sus repercusiones prácticas sobre el derecho a la intimidad de los trabajadores". *Aranzadi Social* 3/2010. BIB 2010\735. Págs. 1-9.
- SELMA PENALVA, Alejandra: "La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso laboral. Análisis de los últimos criterios jurisprudenciales". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel). N.º 39. 2014. Págs. 355-394.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y SAN MARTIN MAZZUCCONI, Carolina: "*Nuevas tecnologías y relaciones laborales*". Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2002.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina: "Escuchas telefónicas a teleoperadoras". *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* (edición digital) N.º 4/2004. BIB 2004\322. Págs. 1-11.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y SAN MARTIN MAZZUCCONI, Carolina: "¿Puede la empresa controlar el ordenador usado por su trabajador?". *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* (edición digital) N.º 21/2007. BIB 2007\1868. Págs. 1-15.
- SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio: "Ética, Derecho y datos personales". *Cuadernos de Derecho Público*. N.º 19-20. Mayo-diciembre 2003. Págs. 91-130.

- SEPÚLVEDA GÓMEZ, María: “Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el uso del correo electrónico en la relación laboral. Límites y contra límites. Sentencia del Tribunal Constitucional 170/2013, de 7 de octubre de 2013”. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 122. 2013. Págs. 197-214. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4595486>
- SERNA CALVO, M^a del Mar: “*Derecho social y nuevas tecnologías*”. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2005.
- SERRA CRISTÓBAL, Rosario: “Intimidación de la víctima en el proceso. Un ejemplo en la mujer víctima de la trata”, en BOIX REIG, Javier y JAREÑO LEAL, Ángeles (Coords.): “*La protección jurídica de la intimidación*”. Ed. Iustel. Madrid, 2010. Págs. 231-259.
- SERRA JIMÉNEZ, Francisco: “La transformación de los derechos humanos”. *Cuadernos de Relaciones Laborales* (Universidad Complutense). N.º 3. 1993. Págs. 299-309.
- SERRA RUÍZ, Rafael: “Honor, honra e injuria en el Derecho medieval español”. *Anales de la Universidad de Murcia* (Derecho). Vol XXIII. Núms. 3-4. 1965. Págs. 55-155.
- SERRANO ALONSO, Eduardo: “*Derecho de la persona*”. Ed. La Ley. Madrid. 1992.
- SERRANO CALLE, Silvia (Coord.): “*La Gobernanza de Internet en España 2015*”. Foro de Gobernanza de Internet en España (IGF Spain). 2015. Disponible en: <http://www.igfspan.com/>
- SHAPIRO, Martin y STONE SWEET, Alec: “*On Law, Politics & Judicialization*”. Oxford University Press, Oxford, 2002.
- SIMÓN CASTELLANO, Pere: “El régimen constitucional del derecho al olvido en Internet”, en CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí; PEGUERA POCH, Miquel; PEÑA LÓPEZ, Ismael y VILASAU SOLANA, Mónica (Coords.): “*Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet*”. Ed. UOC-Huygens (Actas del VII Congreso Internacional: Internet, Derecho y Política). Barcelona, 2011. Págs. 392-406. Disponible en: <http://edcp.uoc.edu/symposia/idp2011/proceedings/>
- SIMÓN CASTELLANO, Pere: “*El régimen constitucional del derecho al olvido digital*”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.
- SIMÓN CASTELLANO, Pere: “*El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE*”. Ed. Bosch. Barcelona, 2015.
- SOLER MASOTA, Paz: “Tratamiento jurídico del software desarrollado en régimen asalariado”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 209-210. Agosto-septiembre 2000. Pág. 131-162.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: “Libertad de expresión, información y relaciones laborales (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 6/1988, de 21 de enero, caso señor Crespo, asunto filtraciones a El País)”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 26. Mayo-agosto 1989. Págs. 165-179.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”. *Revista de Estudios Políticos*. N.º 71. Enero-marzo 1991. Págs. 87-109.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: “La libertad de expresión desde la teoría de los Derechos Fundamentales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 32. Mayo-agosto 1991. Págs. 75-113.

- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: “Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión”. *Revista de Estudios Políticos*. N.º 77. Julio-Septiembre 1992. Págs. 237-248.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: “Los Derechos Fundamentales en la Constitución Española”. *Revista de Estudios Políticos*. N.º 105. Julio-Septiembre 1999. Págs. 9-28.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: “Los derechos colectivos desde la perspectiva constitucional española”. *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 12. Enero-abril 2001. Págs. 79-115.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: “Una revisión de la Teoría de los Derechos Fundamentales”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. N.º 4, 2001. Págs. 105-121.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: “Los límites de los derechos y el sistema normativo”. *Derecho Privado y Constitución*. N.º 17. Enero-Diciembre 2003. Págs. 449-478.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: “Garantías institucionales”, en ARAGÓN REYES, Manuel (Dir.) y AGUADO RENEDO, César (Coord.): “*Temas básicos de Derecho Constitucional. Derechos Fundamentales y su protección*”. Ed. Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2011. Vol. III. Págs. 110-113.
- SORIA BARTOLOMÉ, Bruno: “Internet: ¿Anarquía contemporánea u orden medieval?”. *REDETI* (Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en red). N.º 3 (Extraordinario). 2000. Págs. 173-176.
- SPIELMANN, Dean: “*L’effet potentiel de la Convention européenne des droits de l’homme entre personnes privées*”. Ed. Nemesis/Bruylant. Bruselas, 1995.
- SQUIRES, Peter: “Los sistemas de videovigilancia: Lecciones útiles de una cultura de la vigilancia” en AA.VV.: “*Ciudadanos, ciudades y videovigilancia. Hacia una utilización democrática y responsable de la videovigilancia*”. Foro Europeo para la Seguridad Urbana. París. 2010. Págs. 37-60. Disponible en: http://efus.eu/files/2013/05/CCTV_ESPAGNOL.pdf
- STARCK, Christian: “Derechos fundamentales y derecho privado”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 66. Septiembre-diciembre 2002. Págs. 65-89.
- STEWART, Richard: “Il diritto amministrativo globale”. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. N.º 3. 2005. Págs. 633-640.
- SUNSTEIN, Cass: “State Action is Always Present”. *Chicago Journal of International Law*, Vol 3, N.º 2. 2002. Págs. 465-469.
- SUPIOT, Alain: “*Crítica del derecho del trabajo*”. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996.
- TALENS VISCONTI, Eduardo Enrique y CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: “Colisión de los derechos del artículo 18 CE con los modernos métodos de control empresarial: Especial referencia a la jurisprudencia. Comparación con el derecho francés y el derecho alemán”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 311. Febrero 2009 (Formato digital, págs. 1-28).
- TAPIA HERMIDA, Antonio: “La protección de los derechos fundamentales en el Derecho comunitario. Sus funciones. La «dignidad humana» como principio general del derecho y norma jurídica”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 265. Abril 2005. Págs. 115-142.

- TAPIA HERMIDA, Antonio: “Libertades fundamentales (libre prestación de servicios y libertad de establecimiento) y medidas de conflicto colectivo (la comunidad no solo tiene una finalidad económica, sino también social). [Comentario a las SSTJCE de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05 (International Transport Workers’ Federation, Finnish Seamen’s Union y Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti), y de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05 (Laval un Partneri Ltd y Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet)]”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 301. Abril 2008. Págs 79-116.
- TAPIA HERMIDA, Antonio: “Entre la libertad de contratación del empresario y el derecho del candidato al puesto de trabajo. [Comentario a la STJUE de 19 de abril de 2012, asunto C-415/10, Galina Meister y Speech Design Carrier Systems GMBH]”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 351. Junio 2012. Págs. 191-232.
- TARAZONA TARAZONA, César Hernando: “Amenazas informáticas y seguridad de la información”. *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*. Vol. 28, N.º 84, 2007. Págs. 137-146.
- TARUFFO, Michele: “Responsabilità politica del giudice e stile della motivazione”. *Città & Regione* N.º 3. 1977. Págs. 67 y ss.
- TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo: “El poder de control empresarial en la era tecnológica. Visión panorámica de una cuestión inacabada”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 267. Junio 2005. Págs. 19-54.
- TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo: “La protección de datos personales de los trabajadores”. *Revista Jurídica de Castilla y León* (Junta de Castilla y León). N.º 16. 2008. Págs. 447-499.
- TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo: “El trabajo humano (y su derecho) ante el imparable fenómeno de las redes sociales de Internet”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros), N.º 340. Julio de 2011. Págs. 125-164.
- TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo: “La renovación de la justicia social (Valoración crítica de la reforma procesal que culmina con la inminente nueva Ley de procedimiento Laboral). *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros), N.º 341-342. Agosto-septiembre de 2011. Págs. 5-52.
- TERUEL LOZANO, Germán Manuel: “El legislador y los riesgos para la libertad de expresión en Internet: Notas sobre las garantías constitucionales de la libertad de expresión en la LSSICE y en la Disposición Final segunda del proyecto de Ley de Economía Sostenible”, en COTINO HUESO, Lorenzo (editor): “*Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*”. PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia). Valencia, 2011. Págs 52-87. Disponible en: <http://www.derechotics.com/congresos/2010-libertades-y-20/e-libro-e-libertades-2010>
- THIBAUT ARANDA, Javier: “*El Teletrabajo: Análisis jurídico-laboral*”. Consejo Económico y Social. Madrid. 2000.
- THIBAUT ARANDA, Javier: “El papel de los representantes de los trabajadores”. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*. N.º 1, 2003. Págs. 357-375.
- THIBAUT ARANDA, Javier: “Relaciones laborales e Internet”, en GARCÍA MEXÍA, Pablo (Coord.): “*Principios de Derecho en Internet*”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2005. Págs. 546-590.
- THIBAUT ARANDA, Javier: “*Control multimedia de la actividad laboral*”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2006.

- THIBAUT ARANDA, Javier: “La vigilancia del uso de Internet en la empresa y la protección de datos personales”. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 5-6. Marzo 2009. Págs. 67-77.
- TOLEDO BÁEZ, María Cristina: “La protección de datos personales y las relaciones laborales en España y Francia: análisis de las recomendaciones de la Agencia Española de Protección de Datos y la Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés como ejercicio de Derecho comparado previo a una traducción jurídica”. *Revista Crítica de Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social*. N.º 1-2. Diciembre/2010-Enero/2011. Págs. 36-56.
Disponible en: www.eumed.net/rev/historia/01/mctb.htm
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen: “La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿Un concepto útil?”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 102. Septiembre-diciembre 2014. Págs. 167-208.
- TOLLER, Fernando M.: “La tutela judicial preventiva del derecho a la intimidad. Una aproximación comparatista”. *Teoría y Realidad Constitucional (UNED)*. N.º 12-13. 2003-2004. Págs. 181-221.
- TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel y CALVO MORALES, David: “El uso de Internet y el correo electrónico en la empresa: Límites y garantías”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, N.º 165. Junio 2014. Págs. 197-224.
- TOURIÑO PEÑA, Alejandro: “*El derecho al olvido y a la intimidad en Internet*”. Ed. Catarata. Madrid. 2014.
- TRONCOSO REIGADA, Antonio: “La protección de datos personales. Una reflexión crítica de la jurisprudencia constitucional”. *Cuadernos de Derecho Público*. N.º 19-20. Mayo-diciembre 2003. Págs. 231-334.
- TRONCOSO REIGADA, Antonio: “Libertad sindical, libertad de empresa y autodeterminación informativa de los trabajadores”, en FARRIOLS I SOLÀ, Antoni (Dir.): “*La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*”. Ed. Cinca. Madrid, 2006. Págs. 104-138.
- TRONCOSO REIGADA, Antonio: “*La protección de datos personales. En búsqueda del equilibrio*”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2011.
- TRONCOSO REIGADA, Antonio: “Las redes sociales a la luz de la propuesta de reglamento general de protección de datos personales. Parte una”. *Revista de Internet, Derecho y Política (UOC)*. N.º 15. Noviembre 2012. Págs. 61-75. Disponible en: <http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n15-troncoso/n15-troncoso-es>
- TRUJILLO PONS, Francisco: “Revelación de secretos empresariales a terceros por medio del correo electrónico. Posición del Tribunal Constitucional ante una supuesta vulneración a los derechos a la intimidad y al secreto de comunicaciones. Sentencia comentada: Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional 170/2013, de 7 de octubre de 2013. resolviendo recurso de amparo 2907-2011 (BOE 7 noviembre 2013)”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Iustel)*. N.º 36. 2014. Págs. 292-320.
- TUDELA CAMBRONERO, Gregorio y VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda: “En torno a la Ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación”. *Revista de Trabajo (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social)*. N.º 100 extraordinario. Octubre-diciembre 1990. Págs.139-171.
- TUDELA CAMBRONERO, Gregorio: “En torno al proceso de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales” en AA.VV.: “*El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*”. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2001. Págs. 797-853.

- TULLINI, Patrizia: "Medios de comunicación electrónica y control empresarial". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 5-6. Marzo 2009. Págs. 9-24.
- UGARTE CATALDO, JOSE LUIS: "El derecho a la intimidad y la relación laboral". *Boletín Oficial Dirección del Trabajo* (Chile). N.º 139/2000. Agosto, 2000. Págs. 1-23.
- UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio: "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Reflexiones sobre su influencia en el ámbito penal". *Revista Vasca de Administración Pública*. N.º 82 (II). 2008. Págs. 275-298.
- ULL SALCEDO, María Victoria: "El Derecho a la Intimidad como límite de la videovigilancia". *Revista de Derecho Político* (UNED), N.º 63. 2005. Págs. 179 a 203.
- VACAS AGUILAR, Francisco: "*La nueva normalidad: Evolución tecnológica, comunicación y empleo*". Ed. Centro de Estudios Financieros. Madrid, 2014.
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: "Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador". *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*. 1990 (Tomo I). Págs. 277-294.
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: "Presentación". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 5-6. Marzo 2009. Págs. 1-7.
- VALVERDE ASECIO, Antonio José: "El derecho a la protección de datos en la relación laboral", en DEL REY GUANTER, Salvador (Director) y LUQUE PARRA, Manuel (Coord.): "*Relaciones laborales y nuevas tecnologías*". Ed. La Ley. Madrid. 2005. Págs. 345-410.
- VALVERDE ASECIO, Antonio José: "Protección de datos de carácter personal y derechos de información de los representantes de los trabajadores". *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 118. 2013. Págs. 13-54. Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_1392_3.pdf
- VAN DEN HOVEN, Jeroen: "Privacy by design o la protección de datos personales desde el diseño: El caso de la videovigilancia" en AA.VV.: "*Ciudadanos, ciudades y videovigilancia. Hacia una utilización democrática y responsable de la videovigilancia*". Foro Europeo para la Seguridad Urbana. París. 2010. Págs. 61-70. Disponible en: http://efus.eu/files/2013/05/CCTV_ESPAGNOL.pdf
- VAN DIJK, Pieter; VAN HOOFF, Fried; VAN RIJN, Arjen, ZWAAK, Leo: "*Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*". Ed. Intersentia. Antwerpen-Oxford, 2006 (4ª ed.). Págs. 663-750.
- VEGAS TORRES, Jaime: "*Obtención de pruebas en ordenadores personales y derechos fundamentales en el ámbito de la empresa*". Universidad Rey Juan Carlos. Madrid. 2011.
- VERA SANTOS, José Manuel: "Derechos Fundamentales, Internet y Nuevas Tecnologías", en GARCÍA MEXÍA, Pablo (Director): "*Principios de Derecho de Internet*". Tirant Lo Blanch. Valencia. 2005. Págs. 189-246.
- VERDEJO ESPINOSA, Mª Angeles (Coord.): "*Ciberacoso y violencia de género en redes sociales: Análisis y herramientas de prevención*". Ed. Universidad Internacional de Andalucía. Sevilla, 2015.
- VICENTE Y GUERRERO, Guillermo: "El derecho a la privacidad frente al uso justificado de los sistemas de vigilancia". *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (Universidad Carlos III). N.º 6. 1998. Págs. 517-545.
- VIDAL FUEYO, María del Camino: "Nuevas tecnologías, derechos fundamentales y juez ordinario", en: MURILLO VILLAR, Alfonso y BELLO PAREDES, Santiago (Coords.): "*Estudios jurídicos sobre la*

sociedad de la información y nuevas tecnologías, con motivo del XX Aniversario de la Facultad de Derecho de Burgos. Universidad de Burgos, 2005. Págs. 621-639.

- VIDAL FUEYO, María del Camino: “Libertades públicas y nuevas tecnologías”, en GALINDO AYUDA, Fernando (Coord.): “*Gobierno, Derecho y Tecnología: Las actividades de los poderes públicos*”. Thomson Civitas, Madrid, 2006. Págs. 315-342.
- VIDAL FUEYO, María del Camino: “La constitucionalidad de determinadas diligencias de investigación policial que afectan a la intimidad”, en RUBIO LLORENTE, Francisco; JIMÉNEZ CAMPO, Javier; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José; BIGLINO CAMPOS, Paloma y GÓMEZ MONTORO, Ángel José (Dirs.): “*La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016. Págs. 947-965. Este trabajo puede localizarse también en la Revista *Ceflegal* (Centro de Estudios Financieros), N.º 177. Octubre 2015. Págs. 99-124.
- VIDAL MARÍN, TOMÁS: “Derecho al honor, personas jurídicas y Tribunal Constitucional”. *In Dret. Revista para el Análisis del Derecho* (Universidad Pompeu Fabra). N.º 1/2007. Enero 2007. Págs. 1-18. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/397_es.pdf
- VIDAL MARTÍNEZ, Jaime: “*El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982*”. Ed. Montecorvo. Madrid. 1984.
- VIERA ÁLVAREZ, Christian: “La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado Social”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. N.º 21. 2010. Págs. 197-224.
- VIGNEAU, Christophe: “El control judicial de la utilización del correo electrónico y del acceso a Internet en las empresas en Francia”. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. N.º 5-6. Marzo 2009. Págs. 25-35.
- VILASAU SOLANA, Mónica: “Redes sociales y usuarios: Cuestiones sobre su regulación”, en RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Dirs.): “*Derechos y redes sociales*”. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2013. Págs. 119-157.
- VILASAU SOLANA, Mónica: “Derecho al olvido: la discrepancia entre el TJUE y el abogado general en el caso Google Spain (STJUE de 13 de mayo de 2014) en un contexto de reforma normativa”. *Revista de Internet, Derecho y Política* (UOC). N.º 18. Junio 2014. Págs. 16-31. Disponible en: <http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n18-vilasau/n18-vilasau-es>
- VILLAR PALASÍ, José Luis, “Implicaciones jurídicas de Internet”. *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*. Vol. 1. 2003. Págs. 1-31.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: “Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 41. Mayo-agosto 1994. Págs. 187-224.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental a la protección de datos personales”, en FARRIOLS I SOLÁ, Antoni (Dir.): “*La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*”. Ed. Cinca. Madrid, 2006. Págs. 48-63.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: “Nuevas tecnologías, videovigilancia, derecho a la protección de datos y ficheros policiales”. *Revista Catalana de Seguretat Pública* (Institut de Seguretat Pública de Catalunya). N.º 17. Diciembre 2006. Págs. 177-202. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/130221/179659>
- VINDEL LÓPEZ, Rosa: “20 años de debates parlamentarios a propósito de la protección de datos”,

- en AA.VV.: "20 años de protección de datos en España". AEPD. Madrid, 2015. Págs. 49-53.
- VIZCAÍNO CALDERÓN, Miguel: "Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal". Ed. Civitas. Madrid, 2001.
 - VON MÜNCH, Ingo: "La dignidad del hombre en el Derecho constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 5. Mayo-agosto 1982. Págs. 9-33.
 - WAELBROECK, Michel: "Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE", en F. CAPOTORTI, Francesco: "*Du droit international au droit de l'intégration: Liber amicorum Pierre Pescatore*". Ed. Nomos, Baden-Baden, 1987. Págs. 781 a 803.
 - WARREN, Samuel Dennis y BRANDEIS, Louis Dembitz: "The Right to Privacy". Edición original en "*Harvard Law Review*", vol. IV, N.º 5. 1890. Edición en español "*El Derecho a la Intimidad*". Introducción de Benigno Pendás y traducción de Pilar Baselga. Ed. Civitas. Madrid. 1995.
 - WINDSCHEID, Bernard: "*Diritto delle pandette*". Traducc. de Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa. Unione Tipografico-Editrice Torinese, Vol. 1º. Turín, 1925.
 - ZACHERT, Ulrich: "Los Derechos Fundamentales de los trabajadores en la Carta Europea de Derechos Fundamentales". *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 65. 2002. Págs. 9-27. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=299478>
 - ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde María: "*Derecho a la intimidad*". Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1982.