

Derechos fundamentales y Derecho del Trabajo ante el proceso de *transformación digital*

Derechos fundamentales y Derecho del Trabajo ante el proceso de transformación digital

Director

J. Eduardo López Ahumada

Coordinación

Leopoldo Gamarra Vílchez

Fernando Varela Bohórquez

Autores

Mónica Arenas Ramiro

Diego Megino Fernández

Katty Angelica Caballero Segá

Rodrigo Méndez Filleul

Ángel Luis Delgado de la Matta

Jelio Paredes Infanzón

Fernando Díaz Vales

Alfredo Ramírez Nárdiz

Leopoldo Gamarra Vílchez

Martín Rocha Espíndola

María Victoria Jiménez Martínez

Aránzazu Roldán Martínez

J. Eduardo López Ahumada

V. Marithsabel Rodríguez Ruiz

Maria del Lujan Charrutti Garcén

Fernando Varela Bohórquez

María Olaya Martín Rodríguez

Victoria Margarita Villarreal Lesmes



INSTITUTO UNIVERSITARIO
DE INVESTIGACIÓN EN
ESTUDIOS LATINOAMERICANOS
·IELAT·



Proyecto de Investigación Labordig: "La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo". PID2020-112731RB-I00. Ministerio de Ciencia e Innovación de España. Investigador principal: J. Eduardo López Ahumada.

Primera edición

2024

© Los autores

© Lucerna Juris

Depósito Legal N°: 2024-09848

ISBN: 978-612-48991-1-9



Índice

Preámbulo

Transformación digital y su repercusión en los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, <i>J. Eduardo López Ahumada</i>	7
---	---

Estudios

En la era digital cómo proteger los derechos fundamentales de los trabajadores, <i>Leopoldo Gamarra Vélchez</i>	15
---	----

La dignidad humana en la era de la transformación digital. Su implicancia en la conceptualización de los derechos humanos desde una perspectiva iusfilosófica personalista y hermenéutica, <i>Martín Rocha Espíndola</i>	38
--	----

El acoso y la violencia en el trabajo realizado por medio de la tecnología de la información y la comunicación. Garantías y medidas preventivas. Un estudio desde la aplicación del CIT 190, <i>María del Luján Charrutti Garcén</i>	59
--	----

Las tecnologías de la información y las comunicaciones y el acoso laboral en el Perú. La defensa de la dignidad del trabajador en una nueva era de las relaciones laborales, <i>Fernando Varela Bohórquez</i>	74
---	----

Riesgos psicosociales contemporáneos y derecho constitucional a la seguridad y la salud en el trabajo: Nueva oportunidad para la reflexión, <i>Diego Megino Fernández</i>	88
---	----

La tutela de la intimidad personal del trabajador en la era digital. En particular, la reparación de los daños, <i>Fernando Díaz Vales</i>	106
--	-----

El desarrollo de los estándares de protección de la intimidad en el ámbito laboral desde la perspectiva de la tutela de los derechos fundamentales, <i>J. Eduardo López Ahumada</i>	125
---	-----

Las libertades de expresión y de información de los sindicatos en las redes sociales versus derecho al honor, <i>Aránzazu Roldán Martínez</i>	141
---	-----

Inteligencia artificial y nuevos derechos sociales (renta básica universal), <i>Alfredo Ramírez Nárdiz</i>	167
--	-----

Índice

La protección de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras frente al uso de sistemas de inteligencia artificial en el ámbito laboral. Un análisis desde el reglamento de inteligencia artificial de la Unión Europea, <i>Victoria Margarita Villarreal Lesmes</i>	183
Trabajadores y protección de datos personales: nuevos mecanismos de control. El uso de datos biométricos, <i>Mónica Arenas Ramiro</i>	202
Algunos apuntes sobre la técnica de protección de los datos personales de los trabajadores en el contexto digital, <i>Rodrigo Méndez Filleul</i>	238
Colisión entre el poder de control y vigilancia y el derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones en el trabajo a distancia, <i>María Olaya Martín Rodríguez</i>	266
Derechos fundamentales y responsabilidad civil contractual por daños provocados por la inteligencia artificial en el trabajo, <i>María Victoria Jiménez Martínez</i>	290
El fomento de la negociación colectiva frente a la organización del trabajo en las plataformas digitales, <i>Katty Angelica Caballero Segá</i>	316

Comunicaciones

La prestación de servicios en las plataformas digitales: Enfoque peruano, <i>Jelio Paredes Infanzón</i>	335
La ajenidad en los trabajos de plataformas digitales de reparto, <i>Ángel Luis Delgado de la Matta</i>	342
La protección de datos personales de los trabajadores en el proceso de transformación digital, <i>V. Marithsabel Rodríguez Ruiz</i>	352

Preámbulo

Transformación digital y su repercusión en los derechos fundamentales de las personas trabajadoras

J. Eduardo López Ahumada

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alcalá

Es para mí un placer y un honor poder iniciar con este preámbulo la apertura del estudio monográfico titulado *“Derechos fundamentales y Derecho del Trabajo ante el proceso de transformación digital”*. Ciertamente, se trata de un nuevo proyecto de investigación finalizado con sumo éxito. La monografía que tiene presente el lector es resultado de los convenios de colaboración interuniversitaria celebrados entre el Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos (IELAT) de la Universidad Alcalá y las Universidades peruanas, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Universidad de San Martín de Porres. Sin duda, son tres prestigiosas Universidades, que se han unido académicamente para potenciar aspectos académicos relacionados con el impulso de la docencia y el avance en la generación del conocimiento. En toda esta labor se ha tenido siempre muy presente la posición del estudiante y especialmente la necesidad de buscar el desarrollo personal a través de las experiencias universitarias internacionales. Esta monografía científica es el resultado de la cuarta edición del *Curso de Perfeccionamiento de Relaciones Laborales y de Protección Social*, realizado en virtud de dichos convenios de colaboración interuniversitaria. El curso realizado en el año 2023 llevó por título el mismo que ahora encabeza la presente monografía científica. De hecho, la mayor parte de los estudios fueron ponencias que expresamente se dictaron en el ámbito de dicha acción formativa. De igual modo, se trata de una experiencia desarrollada dentro de una pasantía internacional, que anualmente se viene celebrado desde el año 2019.

Este estudio se une a una larga colección de publicaciones que se han ido realizando en base a esta colaboración interuniversitaria. En concreto, me gustaría destacar los siguientes estudios: AA.VV., *OIT y América latina: trabajo y justicia social*, Marcial Pons, Madrid, 2021; AA.VV., *El Derecho del Trabajo postpandemia y el modelo de protección laboral del futuro*, Ediciones Cinca, Madrid, 2022; y, finalmente, AA.VV., *La gobernanza de los derechos digitales de las personas trabajadoras*, Ediciones Cinca, Madrid, 2023. A esta colección se une, pues, la presente monografía, cuyos estudios se caracterizan por su actualidad y por la extraordinaria difusión de las claves científico-técnicas del tema propuesto. Una vez más, y antes de comenzar con el preámbulo en sí mismo, únicamente unas palabras para agradecer a las autoridades académicas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad

de San Martín de Porres todo el apoyo a las distintas iniciativas que se han ido desarrollando en el ámbito de esta fabulosa colaboración interuniversitaria. Y, cómo no, es preciso hacer especial mención a dos académicos de referencia, que sin su trabajo y compromiso todos estos resultados serían hoy imposibles. Me estoy refiriendo a la labor siempre presente y llena de ánimo y entusiasmo de los profesores doctores Leopoldo Gamarra Vílchez y Fernando Varela Bohórquez. Del mismo modo, quisiera agradecer el excelente trabajo comprometido de cada uno de los autores que han colaborado en este número, cuya aportación honra a este estudio colectivo y es reflejo de su buen quehacer profesional.

Llegados a este punto, es preciso referirse a la importancia de los retos que presentan los derechos fundamentales en su concurrencia con el Derecho del Trabajo en un proceso acusado de transformación digital. El constante proceso de transformación digital está dando lugar a cambios en las actividades laborales y en la propia organización de las empresas. Se está produciendo una intensificación en la explotación de los datos personales mediante la utilización intensa de nuevas y potentes tecnologías digitales. Esto se une, a su vez, a la creciente explotación de los datos no personales, que provienen del uso de aplicaciones digitales y de las comunicaciones producidas de forma constante en el desarrollo de las actividades laborales. Esta situación se produce en un gran mercado global de datos, que se encuentra presidido por las reglas del libre acceso a la información y que se encuentra expuesto al proceso imparable de innovación y de crecimiento del uso de dichas tecnologías. Los datos ligados a los procesos productivos pueden tener distintas dimensiones en su tratamiento, afectando a fines laborales, comerciales, divulgativos, de investigación, etcétera. Sin duda, todo ello genera una nueva dimensión de Big Data, que bien utilizada puede tener efectos positivos, por ejemplo, en la mejora de la productividad o en el desarrollo de los procesos productivos, favoreciendo una mejor organización de las actividades laborales.

De igual modo, el recurso a la inteligencia artificial y a los algoritmos más sofisticados permiten a las empresas nuevas posibilidades en la gestión de sus recursos humanos. Asimismo, estos recursos permiten disponer a las empresas de un conjunto de datos de alto valor vinculados al proceso de producción, que pueden ser objeto de intercambio y que es preciso administrar de la forma más adecuada posible. Toda esta información obliga a las empresas a observar un estricto proceso de tratamiento y contemplar medidas de uso adecuado desde la perspectiva de la privacidad de los trabajadores. El aumento del número de dispositivos conectados a las personas trabajadoras permite monitorizar su trabajo mediante distintas aplicaciones y recursos, que proveen a la empresa información relativa a la salud, a sus hábitos y prácticas personales o, en su caso, a su geolocalización, cuando se trata de trabajadores con movilidad laboral. Junto a los datos de carácter personal, también se encuentran otro tipo de informaciones relativas a la dimensión laboral propiamente dicha, mediante la recopilación de datos que informan a la empresa sobre el rendimiento, la actividad y la ejecución del trabajo.

Está presente, pues, el interés de los trabajadores de conocer los datos que se almacenan y con qué fines pueden usarse, así como las consecuencias que se deriva de ello. Este planteamiento se centra en el problema derivado de la pérdida de control de los datos digitales de los trabajadores, que se presenta como una cuestión que cada tiene mayor importancia en el ámbito de las relaciones laborales. Este interés se protege efectivamente en el art. 88 del Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la protección de las personas físicas en relación al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de los datos (RGPD). Dicho reglamento europeo mandata a los Estados de la Unión a delimitar y especificar los derechos de protección de datos en el ámbito laboral. En esencia, esta protección jurídica se basa en un enfoque de aprovechamiento de la digitalización en las organizaciones productivas, pero con un marcado enfoque tuitivo centrado en las personas.

En España, este interés jurídico se contempla específicamente en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD). En el ordenamiento jurídico español se acoge el mandato europeo de concretar y garantizar los derechos de protección de datos en el ámbito laboral. Dicha regulación de contenido laboral se ha realizado por primera vez en la citada LOPDGDD, que define un conjunto de previsiones normativas orientadas específicamente a la garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral. En concreto, la ley contempla en beneficio de los trabajadores distintos derechos digitales, destacando especialmente el derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a disposición de los trabajadores por la empresa (art. 87 LOPDGDD). De igual modo, y desde la perspectiva del derecho a la privacidad del trabajador, se garantiza el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo (art. 89 LOPDGDD) y, por último, el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral (art. 90 LOPDGDD). Evidentemente, y aunque no esté expresamente citada la protección del derecho a la intimidad, el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral del art. 88 de la citada ley tiene igualmente una conexión directa con la intimidad. Ello se debe a que la invasión del tiempo de no trabajo es una manifestación evidente de atentado a la vida extralaboral, a la intimidad del trabajador, al respecto de la vida personal y familiar y a la garantía del descanso necesario.

Con esta regulación el legislador ha venido a reconocer la proyección de los derechos digitales en el trabajo, contemplando una especial referencia a la tutela del derecho a la intimidad, lo que supone un importante avance en la tutela de los derechos digitales. Se trata efectivamente de un nuevo enfoque en este proceso actual de intensificación de la digitalización, que supone orientar los avances hacia un futuro que garantice una experiencia flexible y segura en el seno de las organizaciones productivas. Evidentemente, esta protección se podía deducir previamente de la propia aplicación de los derechos fundamentales en el trabajo, pero las nuevas referencias a este ámbito de protección del derecho a la intimidad suponen un salto cualitativo desde el punto de vista de las garantías jurídicas.

Con todo, estamos ante una regulación que no es más que un marco de referencia frente a situaciones

expansivas de conflictividad en el trabajo. Estas reglas no vienen, pues, a agotar el tratamiento de las posibles manifestaciones de incidencia en el derecho a la intimidad de los trabajadores. En este sentido, podemos destacar la creciente problemática de la garantía de los derechos a la intimidad ante los sistemas de identificación de datos biométricos, que no se encuentran contemplados expresamente en la LOPDGDD. En efecto, se trata de distintas cuestiones que no se encuentran expresamente contempladas en el art. 87 LOPDGDD y que requiere una especial sensibilidad respecto de su protección jurídica. Con todo, la normativa de protección de datos en clave de tutela de los derechos digitales laborales contempla un evidente canon de interpretación normativa, que proporciona seguridad y ofrece un tratamiento adecuado del interés legal objeto de protección jurídica.

De igual modo, podríamos referirnos a la posible afectación al derecho a la intimidad en relación a la aplicación de los recursos de la inteligencia artificial. Esta situación se produce especialmente en sus manifestaciones de alto riesgo, que se pueden desarrollar en las actividades laborales y que especialmente repercuten en los procesos de valoración de los trabajadores en el desempeño de sus prestaciones de servicios. El tratamiento de la inteligencia artificial en el ámbito laboral necesita de una respuesta efectiva, especialmente desde la óptica de la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores. Es decir, nos encontramos ante un reto orientado a reducir los riesgos derivados del empleo de la inteligencia artificial y de los algoritmos en el trabajo. Especialmente en este ámbito la legislación y la respuesta jurisprudencial tiene que adaptarse en virtud de principios clave de protección jurídica, teniendo presente los cambios vertiginosos que se están produciendo en el trabajo digital. Sin duda, la automatización del trabajo y la aplicación de la inteligencia artificial está dando lugar a nuevos contornos del poder de dirección y de organización de la empresa, modulando las prestaciones de servicios, que se expone igualmente por esta vía a nuevas manifestaciones de control del trabajo por parte de las empresas. Dicha automatización del trabajo se produce en nuevos ámbitos, como sucede con los servicios desarrollados en virtud de plataformas digitales, así como mediante el recurso a aplicaciones y servicios digitales que tienen una evidente proyección en los derechos de los trabajadores.

Estas situaciones se manifiestan muy especialmente en el ámbito del control empresarial. La regulación de la normativa de protección de datos viene a reforzar la anterior referencia a la limitación de las potestades empresariales, que se referían genéricamente a la necesidad de tener en cuenta la consideración debida a la dignidad de la persona trabajadora (art. 20.3 ET). En este mismo sentido podemos destacar la incorporación del artículo 20 bis del Estatuto de los trabajadores, introducido por la disposición final 13ª de la LOPDGDD. En esta disposición normativa se asegura asimismo la garantía de los derechos digitales de los trabajadores, con una remisión normativa a su ejercicio en virtud de lo ahora dispuesto en la normativa general de protección de datos personales. Antes de estos cambios normativos nos encontrábamos con referencias legales ciertamente superadas por la realidad y por la casuística jurisdiccional. La regulación genérica de la protección del derecho a la intimidad daba

lugar a la sucesión de distintos pronunciamientos judiciales, en muchos casos contradictorios, que dificultaba, en muchos casos, la abstracción de criterios jurisprudenciales unívocos. La posición del Tribunal Constitucional, así como de la doctrina del Tribunal Supremo, han abordado la problemática de los derechos digitales en el entorno laboral, pero ciertamente dicha respuesta se ha producido de forma incipiente y genérica desde el punto de vista de su protección jurídica.

Por todo ello, no cabe duda de que la actual regulación de protección de datos en clave de tutela de los derechos digitales laborales ha supuesto un evidente avance en la limitación de los poderes empresariales. Los derechos digitales laborales ahora se reconocen sobre las máximas de protección de datos, primando la necesidad de controlar los mecanismos y dispositivos digitales puestos a disposición de los trabajadores. El uso de dichos dispositivos y recursos facilitados por la empresa deben garantizar en todo caso el derecho a la intimidad de los trabajadores frente a los poderes de control de los empleadores. De igual modo, la regulación de los derechos digitales laborales en clave de protección de datos permite asegurar un uso preventivo y justificado de los dispositivos digitales en el trabajo y con ello asegurar un comportamiento empresarial justificado de forma preventiva. Dicho comportamiento empresarial facilita deducir la propia razonabilidad de las decisiones adaptadas desde la perspectiva del control de las actividades laborales. La regulación de los derechos digitales permite asentar nuevas prácticas en el acceso a los contenidos y a los datos que proporcionan dichos dispositivos electrónicos. Asimismo, se fomenta el desarrollo de decisiones empresariales de control con mayores garantías desde la perspectiva de la seguridad jurídica. El actual canon jurídico de interpretación es, en suma, una regulación que reduce en la práctica los riesgos de incurrir por parte de las empresas en supuestos de vulneración del derecho fundamental a la intimidad de los trabajadores y a la garantía de sus datos personales.

La LOPDGDD realiza una referencia expresa al derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a disposición del empresario (art. 87). En este sentido, conviene plantearse si dicha previsión normativa se refiere en exclusiva a la intimidad desde una interpretación estricta, o si también dicha protección alcanza con carácter general a la privacidad. Este último planteamiento supondría incluir a efectos tuitivos al derecho al secreto de las comunicaciones y al derecho a la protección de datos personales en el ámbito objetivo de protección. Podríamos entender que dicha referencia alude exclusivamente al derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales, al igual que sucede en otros derechos reconocidos en la misma ley, en los que en ningún momento se hace referencia expresa a la privacidad. En este sentido, se podría entender que la delimitación del precepto no ha tenido la intención de abarcar de forma extensiva a la privacidad o al secreto de las comunicaciones, ya que no se encuentran expresamente referidos en el precepto. Además, podríamos entender que dicha exclusión tendría igualmente un fundamento constitucional, en la medida en que dichos derechos tienen un reconocimiento diferenciado, al encontrarse separadamente en los artículos 18.4 y 18.3 de la Constitución. Sin duda, estaríamos ante la necesidad de superar una noción estrictamente

positivista, centrada en la interpretación literal del artículo 87 LOPDGDD.

Con carácter general, es preciso indicar que la noción de intimidad ha venido transformándose y evolucionando, de modo que se ha producido un desarrollo de la protección de la intimidad. Estaríamos ante una noción de intimidad entendida con un significado amplio, que trasciende de los planteamientos reducidos de un derecho a la intimidad limitado a la esfera de la vida personal. Evidentemente, la finalidad sigue siendo la exclusión de injerencias de terceros en aspectos íntimos, pero no debemos olvidar que la intimidad también se equipara a la protección de la privacidad, incluyendo la propia protección y el control de los datos personales. Precisamente por esta razón, se debería abogar por una interpretación amplia de la protección del derecho a la intimidad. Sin duda, la gran novedad del artículo 87.1 LOPDGDD se basa en la conexión del derecho a la intimidad con la protección de datos de carácter personal. Ello supone una especial protección en las situaciones ligadas al desarrollo del trabajo digital y a la propia digitalización de las actividades productivas. Tradicionalmente, el Tribunal Constitucional venía asegurando en los supuestos de uso del ordenador por parte de los trabajadores con fines laborales, que la acumulación de información que se almacena en un ordenador se protegía como datos sobre la vida privada y profesional. Dicha acción tuitiva formaba ya parte del derecho a la intimidad protegido constitucionalmente.

En este sentido, conviene destacar que la interpretación y, en definitiva, la protección jurídica trasciende del exclusivo derecho a la intimidad. La evolución normativa ha supuesto superar la atención exclusiva a la garantía de la esfera íntima del trabajador, que se encuentra evidentemente reservada, y que tiene un especial ámbito de tutela respecto del uso de dispositivos facilitados por la empresa para la ejecución de la prestación laboral. El debate trasciende de este interés clásico, puesto que el fin es garantizar el derecho del trabajador a impedir que la empresa conozca o realice injerencias en su vida personal y familiar. Esta protección ya se realiza constitucionalmente. Actualmente, el interés de tutela se basa en la necesidad de controlar y salvaguardar el canal de información personal, que se produce por la digitalización del trabajo y que el trabajador cede inevitablemente a la empresa en virtud del contrato de trabajo.

Desde esta concepción, la garantía del derecho a la privacidad en el ámbito del trabajo digital viene a reconocer a los trabajadores un poder especial de control y de disposición respecto de los supuestos potencialmente lesivos ligados al empleo de los dispositivos digitales en el trabajo. Ello significa que nuestra legislación vendría a garantizar al trabajador un derecho subjetivo a la protección de su información de carácter personal. Efectivamente, en virtud de esta interpretación evolutiva, irremediabilmente el artículo 87 LOPDGDD vendría a asegurar una concepción más amplia de tutela de la privacidad de los trabajadores, superando la noción tradicional de protección estricta del derecho a la intimidad. En base la tesis renovada de la privacidad se entiende el alcance de la garantía de los derechos digitales. Asimismo, la jurisprudencia intenta progresar en la interpretación de un derecho de nueva generación, cuya finalidad es la protección de la intimidad del trabajador en el sentido más

amplio posible.

Finalmente, no quisiera finalizar este estudio, que da inicio a la presente monografía, sin volver a destacar la relevancia de los resultados conseguidos hasta el momento por el IELAT, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Universidad de San Martín de Porres. Realmente, en la actualidad es una auténtica heroicidad desarrollar este tipo de proyectos de colaboración interuniversitaria. Precisamente, esta es la labor de la Universidad, que no debe encerrarse en sí misma. La cooperación y el trabajo conjunto entre distintas Universidades es esencial para el propio desarrollo académico de estudiantes y profesores. Deseamos que estos vínculos y proyectos colaborativos, que se han venido desarrollando hasta el momento, no sean los últimos. Por ello, insistimos en la necesidad de avanzar en esas iniciativas e involucrar a estudiantes, profesores e investigadores de dichas instituciones académicas y de otras de América Latina para seguir avanzando en el estudio de las relaciones laborales y de la protección social. Esta colaboración es esencial para enriquecer la educación universitaria y fomentar con ello la investigación, lo que nos permitirá seguir fortaleciendo los lazos existentes entre las instituciones académicas de referencia. Ya como despedida, quisiera recomendar al lector la consulta de este libro, que aborda uno de los retos esenciales del Derecho actual. Espero que este preámbulo haya podido capturar la atención del lector y haberle dejado con ganas de seguir leyendo y profundizando en la temática general de esta obra.

Estudios

Estudio

En la era digital cómo proteger los derechos fundamentales de los trabajadores

Leopoldo Gamarra Vílchez*

Profesor titular y coordinador de la Maestría en
Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Sumario

1. Introducción
2. ¿Qué cambió tanto en estos tiempos con la era digital?
 - 2.1. La nueva relación entre espacio y tiempo
 - 2.2. “La soledad de los pulgarcitos”
 - 2.3. Los proletariados del siglo XXI
3. Los derechos fundamentales en cuestión
 - 3.1. El origen de los derechos conquistados por los trabajadores
 - 3.2. Los derechos sociales laborales reconocidos por la OIT
 - 3.3. El derecho a tener derechos de los trabajadores como seres humanos
4. Posibles soluciones desde la perspectiva laboral
 - 4.1. Planteamientos y Declaraciones de la OIT
 - 4.2. El estándar internacional para una conducta empresarial responsable
 - 4.3. La necesidad y búsqueda de la Jurisdicción Universal del Trabajo
5. Conclusión
6. Referencia bibliográfica

* Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá (España), Magíster en Economía y Relaciones Laborales por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). Profesor titular y coordinador de la Maestría en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Director de la Revista Análisis Laboral de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo. Coordinador, en representación de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, de la pasantía de Perfeccionamiento en Relaciones Laborales y Protección Social con la Universidad de Alcalá.

Resumen

El presente artículo examina los cambios más importantes en la era digital con respecto al trabajo. También, en ese contexto, se analizan los derechos fundamentales de los trabajadores que deben ser reconocidos y respetados. Finalmente, frente a los nuevos conflictos laborales actuales a nivel mundial, se desarrollan las posibles soluciones, desde la perspectiva laboral, con los planteamientos y declaraciones de la OIT, el estándar internacional para una conducta empresarial responsable y la búsqueda de la Jurisdicción Universal del Trabajo.

Palabras clave

Era digital, Tecnologías de la Información, Derechos fundamentales, OIT, estándar internacional, Jurisdicción Universal.

1. Introducción

Del 25 de septiembre al 8 de octubre de 2023 se llevó a cabo la Cuarta Edición de la pasantía académica de Perfeccionamiento en Relaciones Laborales y Protección Social, organizado por la Universidad Alcalá de España, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Universidad San Martín de Porres del Perú, para los egresados de la Maestría en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de las dos universidades peruanas, con el tema central de "Los Derechos Fundamentales y el Derecho del Trabajo ante el proceso de transformación digital", que se desarrolló en el amplio e histórico salón de grados académicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá.

En ese sentido, debemos recordar que, desde hace varias décadas, con el proceso de la era digital, las formas de trabajo y la estructura de la sociedad sufrieron una transformación profunda y por ello existe una preocupación en cuanto a cómo garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores en ese proceso, el cual determina nuevas formas de trabajo y cambios profundos en los que ya existen y que afectan los derechos de los trabajadores en general. Es decir, nos encontramos en pleno desarrollo y uso de las Tecnologías de la Comunicación e Información, que se denomina como la era digital, que cambió por completo la organización del trabajo y nuestro comportamiento social.

En el presente artículo, desarrollaremos tres puntos: en el primero, trataremos los cambios profundos que provocó la era digital con la revolución y uso de las Tecnologías de la Comunicación e Información (TIC), la nueva relación entre espacio y tiempo, especialmente el impacto en los trabajadores de la hiperconectividad que provoca el individualismo que le denominamos "la soledad de los pulgarcitos"; y la situación de los nuevos trabajadores por aplicación de la TIC, bajo el título de los proletarios del siglo XXI. Luego en el segundo, abordaremos qué entendemos por derechos fundamentales, para ello nos remontamos al origen de los derechos conquistados por los trabajadores, luego a los derechos sociales reconocidos por la OIT y al hecho histórico del derecho a tener derechos con la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Finalmente, en el tercer punto, frente a los nuevos conflictos laborales actuales a nivel mundial, se analizan las posibles soluciones, desde la perspectiva laboral, con los planteamientos y declaraciones de la OIT, el estándar internacional para una conducta empresarial responsable y la búsqueda como necesidad de la Jurisdicción Universal del Trabajo.

2. ¿Qué cambió tanto en estos tiempos con la era digital?

Para responder la pregunta planteada trataremos la era digital y la cuarta revolución industrial como explicación de los grandes cambios en la sociedad, luego el impacto profundo en las personas, llamándola la soledad de los pulgarcitos; y, finalmente, desarrollaremos la situación de los nuevos trabajadores de nuestro siglo que no gozan de derechos sociales como *los proletarios del siglo XXI*.

2.1. La nueva relación entre espacio y tiempo¹

El término era proviene del latín *aera* que significa fecha determinada de un suceso, evolución o período histórico; y digital, también del latín *digitālis*, como medida de existencia numérica y de conexión permanente. Entonces, la era digital viene a ser la nueva etapa histórica que expresa una nueva relación especial entre el espacio y el tiempo que se manifiesta en el mundo virtual. De este modo, podemos hablar del *homo numericus* frente al *homo faber* que se caracteriza, en sentido general, por su existencia y condición de global y digital lo que condiciona en la sociedad los comportamientos sociales, económicos y jurídicos. Es conocida como la revolución digital lograda por los ordenadores, el internet y la Red mundial cuyo impacto positivo es la comunicación en tiempo real a través del correo electrónico, los smartphones y las redes sociales, las actividades económicas mediante el comercio electrónico y los servicios en línea.

Desde Naciones Unidas y la CEPAL, se ha entendido que la revolución digital es uno de los mayores cambios de paradigma a nivel global, que impacta fuerte y transversalmente en las actividades de nuestras sociedades. Asistimos al crecimiento exponencial del volumen y del tipo de datos existentes; somos testigos de cómo son generados a gran velocidad y en forma continua por las personas, las máquinas y los sensores, en transacciones electrónicas y con el uso de Internet².

En el mundo con la aparición de la pandemia del Covid-19 se obligó a las personas a usar los nuevos medios de comunicación. Un ejemplo, tenemos que en el Perú el consumo de los celulares con acceso a internet de la población de 6 a 17 años ya estaba subiendo entre enero/marzo de 2014, había aumentado 62.6 puntos porcentuales y entre enero-febrero/marzo de 2020, en plena pandemia, aumentó en 75.1 puntos porcentuales³. En esa línea Hopenhayn considera que la globalización comunicacional y la nueva “sociedad de la información” alteran también las formas del ejercicio ciudadano, que ya no se restringen a un conjunto de derechos y deberes, sino que se expanden a prácticas cotidianas⁴: la interlocución a distancia, el uso de la información para el logro de conquistas personales o grupales, la redefinición del consumidor (de bienes y de símbolos) y el uso del espacio mediático frente a otros actores⁵.

¹ Este tema específico fue tomado de mi artículo “La Nueva Ley de Teletrabajo en el Perú: origen, iter legislativo y regulación actual”, que fue publicado en la Revista Jurisdicción Social de la Comisión de lo social de Juezas y Jueces para la Democracia, N.º 246, Madrid-España, julio, 2023, pp. 9-25.

² Entre otros, Cepal, “La nueva revolución digital: de la Internet del consumo a la Internet de la producción”, (LC/L.4029(CMSI.5/4)), Santiago de Chile, 2015.

³ Inei, *Informe técnico del estado de la niñez y la adolescencia*, Lima-Perú, 2020.

⁴ Hopenhayn, M., “¿Integrarse o subordinarse?” En el libro, *Cultura, política y sociedad Perspectivas latinoamericanas*, Clasco, Buenos Aires-Argentina, 2005.

⁵ Esta nueva sociedad, desde los años 90 fue incentivada por la caída del Muro de Berlín en 1989 que sigue siendo un hito en el colapso de las ideologías, crisis de los partidos políticos de Occidente; también actualmente por las amenazas de la Tercera Guerra Mundial que enmarca un escenario sombrío.

La era digital es la evidencia de una nueva sociedad que se basa en la información, en el conocimiento y la conexión permanente, lo que se denomina la existencia virtual. Por otra parte, en la era digital los conocimientos, los datos y las informaciones constituyen bienes intangibles que generan determinadas situaciones o hechos en el mundo “real”. Así, la era digital “(...) y su interactividad potencial está cambiando nuestra cultura, y lo hará para siempre”⁶. Además, la universalización de internet, que combina una enorme capacidad de almacenaje que permite localizar cualquier dato en cuestión de segundos, hace que el mercado sea inmanente por la información. “Cada vez se obtienen menos beneficios de las fuentes tradicionales: la tierra, el trabajo y el capital. Los principales productores de riqueza son la información y el conocimiento”⁷.

2.2. “La soledad de los pulgarcitos”⁸

Decíamos que la era digital se basa en la información, en el conocimiento y la conexión permanente, y representa la nueva relación entre el espacio y el tiempo: lo que se denomina la existencia virtual, gracias a la Cuarta Revolución Industrial, conocida también como la Industria 4.0, que es una nueva etapa en la historia de un salto cuantitativo y cualitativo en la organización y gestión de las cadenas de valor y del trabajo por la mayor automatización, conectividad y globalización. Este nuevo concepto fue utilizado por primera vez en la Feria de Hannover en Alemania, en el salón de la tecnología industrial en el 2011. Y lo característico de esta revolución es el uso de las TIC; es decir, se hace énfasis en la tecnología digital y lo lleva a un nivel totalmente nuevo con la ayuda de la interconectividad a través del internet, el acceso a datos en tiempo real y la introducción de los sistemas ciber físicos.

Esta revolución denominada Cuarta Revolución Industrial se asienta en la Tercera Revolución (Rifkin Jeremy, 2011), que surgió a mediados del siglo XX⁹. El elemento clave de la Cuarta Revolución Industrial son las fábricas inteligentes, cuya principal característica es una mayor adaptabilidad a las necesidades de la producción y una mejora en la eficiencia de los recursos. Esta Revolución se centra en los sistemas ciber físicos, la robótica, el internet, la conexión entre dispositivos y la coordinación de las unidades de producción de la economía; con una mayor automatización, conectividad y globalización que posibilitó el surgimiento del capitalismo digital con la hiperconectividad que lleva al mayor consumo de las nuevas tecnologías. Esto afecta el modo de producción con un fuerte impacto en el empleo y, en general, las relaciones laborales y, frontalmente, la organización sindical¹⁰.

⁶ Castells, M., La era de la Información. Economía, Sociedad y Cultura. Vol. 1. Alianza Editorial, Madrid, 1999, 361.

⁷ Gibbons, M. et al, La nueva producción del conocimiento, Ed. Pomares, Barcelona, 1997, p. 80.

⁸ Nos referimos a los dedos pulgares de la mano no al cuento clásico para niños del Pulgarcito. Cuento de Charles Perrault, publicado en París en 1697.

⁹ Hay que señalar que las dos revoluciones industriales últimas implicaron cambios profundos en las sociedades en tres aspectos fundamentales: comunicación, transporte y energía.

¹⁰ Goerlich Peset, J.M., “Economía digital y acción sindical”, en Todolí Signes Adrián y Hernández Bejarano Macarena, *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra-España, 2018.

Es decir, en estos tiempos los conocimientos, los datos y las informaciones generan determinadas situaciones o hechos en el mundo “real” cuyas relaciones sociales y las identidades son creadas por un mundo virtual que genera una identidad o “realidad” digital, que afecta el comportamiento humano, omnipresente en la sociedad y que satisface el ego de las personas y estimula permanentemente el hedonismo.

Asimismo, empiezan aparecer problemas en las relaciones de los países por la aplicación de las plataformas y redes sociales que manejan y difunden mucha información. Recientemente, el 13 de marzo de 2024, el Congreso de los EEUU, con apoyo de republicanos y demócratas, aprobó una iniciativa legal para obligar a Byte Dance, empresa china dueña de la red social TikTok, a vender sus acciones a estadounidenses. Esta red social, que apareció en el 2016, es usada por más de 170 millones en los EEUU y por más de 1,218 millones en el mundo¹¹. También tenemos que, el 20 de marzo último, la autoridad francesa multó con 250 millones de euros a Google por incumplimiento de contrato de no pagar los derechos de autor a los medios de comunicación por la utilización de sus contenidos en internet¹².

Entonces, podemos decir que el éxito de la nueva etapa del capitalismo que señalamos encaja muy bien con la naturaleza humana: somos seres sociales y necesitamos relacionarnos, y la tecnología nos permite desarrollar esa faceta (*la affectio societatis*). Vivimos permanentemente en alerta, dispuestos a responder a un nuevo estímulo, a una nueva dosis de adrenalina generada por la pantalla, llegando al extremo de considerar que “posteo y luego existo” y el *like* que sustituye permanentemente la pertenencia a un grupo o colectivo. Los estudios demuestran que cada vez somos menos capaces de tolerar el tiempo de estar a solas porque la mente ocupada nos evita enfrentarnos a la soledad. Es verdad que la conexión digital encaja muy bien con la naturaleza humana y el resultado es positivo porque existe la capacidad de conectarse en cualquier lado y en cualquier momento, pero crea estrés y se puede afirmar que la hiperconectividad es perjudicial para la salud en general y específicamente para la salud mental como es la soledad emocional.

El tema de la soledad emocional como un estado mental expresada en sentimientos de falta de apego con otras personas, actualmente a pesar de la compañía que se puede tener, se agravó con el uso de las tecnologías porque nos lleva a creer que estamos conectados con el uso permanente del móvil. En realidad, nos encontramos en medio de la soledad a pesar de estar aparentemente conectados con muchas personas, con el uso de nuestros dedos pulgares que es como el teléfono móvil o celular

¹¹ Según datos de la propia empresa, fue creciendo de forma exponencial desde el 2017 y el 2020 fue el año de mayor consumo que coincide con la pandemia Covid-19.

¹² Otro caso emblemático: el 21 de marzo de 2024, La Corte Federal de Nueva Jersey del Departamento de Justicia de los EEUU demandó a Apple por falta de competencia de los smartphones, manteniendo ilegalmente un monopolio en sus iPhone que les proporciona mayores ganancias por los altos costos que se imponen a los consumidores.

nos facilita escribir, a eso le denominamos la “soledad de los pulgarcitos”. Diríamos que la soledad y el aislamiento es estructural a la realidad virtual, porque al final del día estamos solos, cada uno por su lado, aislados por salir del propio yo, viendo las imágenes que sustituyen a la realidad. “La muerte del prójimo es la desaparición de la segunda relación fundamental del hombre. El hombre cae en una soledad profunda. Es un huérfano sin precedentes en la historia”¹³.

Decíamos que esta hiperconectividad genera psicológicamente ansiedad permanente y fomenta el individualismo como también el hedonismo que afectan frontalmente los derechos colectivos de los trabajadores porque hay un detrimento de la solidaridad y participación social que fueron los elementos clave en el desarrollo y auge del movimiento sindical y del Derecho del Trabajo. En realidad, es el desmoronamiento de lo colectivo por el aislamiento permanente de los individuos¹⁴.

2.3. Los proletarios del siglo XXI

Los proletarios nacieron con el capitalismo en sus inicios, en el siglo XVIII, conocidos así porque los trabajadores no tenían derechos sociales ni más “propiedad” que su prole.

Hoy que los contratos laborales indefinidos, por su naturaleza de tracto sucesivo, naufragan en un mundo virtual donde la inteligencia artificial verifica los datos y selecciona el perfil de los trabajadores, nos preguntamos cómo garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores reconocidos hace más de dos siglos. Es decir, con la era digital se evidencia una nueva sociedad que se basa en la información, en el conocimiento y la conexión permanente. Como mencionamos, el mundo virtual es posible por las TIC y representa la nueva intermediación entre el espacio y el tiempo.

Con el mundo virtual, la “realidad” es la resultante de un producto, un bien, un servicio, presente en la economía y sociedad. Todo se compra y se vende y es posible definir que nuestra casa es el internet, y esto se desarrolló intensamente en la pandemia del Covid-19 con la utilización masiva y sin precedente del teletrabajo, los startups, el Uber, las plataformas digitales y otros que se quedaron como nuevas formas de trabajo. Sin embargo, en esas nuevas formas de trabajo, los trabajadores se encuentran sin derechos sociales como es la jornada laboral, el descanso, las horas extras, los derechos al seguro social, etc; es decir, no tienen derechos. El capitalismo actual como sistema se aprovecha de este estado de cosas llegando a situaciones de extrema explotación. De ahí que se puede denominar los proletarios del siglo XXI. Incluso, según la OIT y la organización Walk Free Foundation¹⁵, existen personas que trabajan y viven en condiciones deplorables e inhumanas que reproducen la esclavitud

¹³ Zoja, L., *La muerte del proximo*, Einaudi, Turín, 2009, p. 13.

¹⁴ Por ello, como bien señala Scorsese, “que la tecnología no nos atemorice, no seamos esclavos de ella, sino controlémosla y pongámosla en la dirección adecuada”. Scorsese, M., en el Diario La República, Lima-Perú, 21 de febrero del 2024, p. 20.

¹⁵ La OIT y la organización Walk Free Foundation realizaron en el 2017 una investigación conjunta para conocer una estimación mundial de la “esclavitud moderna”. Se trata de medir los progresos del cumplimiento de la Meta 8.7 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (ODS).

de la época antigua que considerábamos superada. A esta situación se le conoce como los “esclavos modernos”¹⁶.

Así, con el teletrabajo se presenta el problema básico de la relación laboral que es la jornada en tanto puede realizarse desde diferentes lugares según la naturaleza de las funciones, comúnmente se realiza desde el domicilio del trabajador¹⁷. Es verdad que contribuye al ahorro de tiempo, dinero, protección de la salud y del ambiente, al fortalecimiento de la familia que tiene impacto en el desarrollo integral de los hijos. Para la empresa y para las entidades del Estado, el teletrabajo permite ahorrar gastos (infraestructura, agua, luz, refrigerio) y el cumplimiento de sus objetivos y funciones, acorde con el uso de las TIC. Pero el problema es la falta de reconocimiento y regulación de los derechos laborales y sociales de esos trabajadores.

Esto llevó, mucho antes de la pandemia, a que en Bruselas, el 16 de julio de 2002, la Comisión Europea aprobara el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo (AMET) y los que suscribieron fueron la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE), la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP), con el objeto de elaborar un marco general a escala europea para las condiciones de los teletrabajadores y compaginar las necesidades de flexibilidad y seguridad comunes a los empresarios y los trabajadores.

También, desde el 1 de enero de 2017, Francia es el primer país en aprobar una norma que protege a los teletrabajadores en cuanto al derecho a la desconexión digital; toda empresa con más de 50 trabajadores debe fijar horarios de conexión al móvil e internet acordándolos con los trabajadores. Colombia con la Ley 1221 del 16/07/2008, el Perú con la Ley 30036 del 11/09/ 2013 y el Brasil con la Ley 13467 del 13/07/2017 eran casi los únicos países latinoamericanos que contaban con la regulación del teletrabajo, ya con la pandemia del Covid-19 muchos países de la región aprobaron sus respectivas normas: Chile con la Ley 21220 del 26/03/2020, Bolivia con el Decreto Supremo 4218 del 14/04/2020, Paraguay con la Resolución N181/2020, del 23/04/2020, Argentina con la Ley 27555 del 14/08/2020, Ecuador con el Acuerdo Ministerial MDT-2020-076. En cuanto al Uber, generalmente es definido como una compañía de tecnología transportista, que desde sus comienzos buscó ser una solución a los problemas de transporte comunes en las grandes ciudades. Pero la precarización del empleo llevó a conocerse o denominarse la uberización del trabajo. También las plataformas digitales tienen como propósito gestionar las tareas de cumplimiento de jornada laboral, registro de entregables, avisos y

16 A pesar de que en general, para considerar a un trabajador como esclavo se requiere que éste haya sido coaccionado personalmente. Las presiones estructurales de pobreza, miseria y necesidad diaria, como ocurren cotidianamente con casi la mitad del planeta, no cuentan en el concepto ni en las estadísticas oficiales de los Estados e instituciones gubernamentales.

17 En cambio, en el trabajo remoto se realiza necesariamente en el domicilio del trabajador como el lugar destinado por disposición pública y/o de la empresa o institución para que sus trabajadores puedan desarrollar las actividades que previamente fueron definidas como teletrabajables con el objetivo de mantener el trabajo y enfrentar la pandemia. En realidad, el trabajo remoto se creó como una modalidad del teletrabajo por los requerimientos especiales como la obligatoriedad y el aislamiento social.

comunicaciones con el teletrabajador, entre otros. Asimismo, la gestión de usuarios, capacitación, supervisión, y aprobación de los procedimientos para su uso, la seguridad, confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información.

3. Los derechos fundamentales en cuestión

Los derechos fundamentales a considerar o en cuestión son tratados a partir del origen de los derechos conquistados en el siglo XVIII, los derechos sociales reconocidos con la creación de la OIT y el derecho a tener derecho de todo trabajador como ser humano.

3.1. El origen de los derechos conquistados por los trabajadores

La Revolución Francesa de 1789 marcó un hito en la historia de la humanidad con el reconocimiento de los derechos individuales y civiles, especialmente por la conquista de la libertad¹⁸; en ese largo desarrollo del ser humano en sociedad, como muy bien lo describe Hegel (el subrayado es nuestro): “la libertad como idealidad de lo natural es ficticia puesto que debe ser adquirida y conquistada, (...). Por lo mismo es el estado natural del hombre más bien el estado de la violencia, de la injusticia, del instinto irrefrenado y de los actos inhumanos. Por cierto, que la sociedad y el Estado procuran reprimir esos instintos brutales, así como también las manifestaciones conscientes de arbitrariedad”¹⁹.

Se quiso restaurar el orden natural, retirando todo lo inventado por la sociedad que no era otra cosa que el mundo de la hipocresía, incluso el arte como artificio (doblez) de las cosas, se alentaba el sentimiento que no se puede fingir, se enarbolaba el amor sincero como promesa de felicidad personal, se reconocieron los derechos naturales como la libertad, la igualdad, la justicia, la fraternidad²⁰. Estas ideas provenían de Rousseau que fue el ideólogo de la revolución a través de sus obras²¹: discurso sobre las ciencias y las artes, Julia o la nueva Eloísa, el contrato social, la educación o Emilio. De este modo, el reconocimiento de la igualdad como principio y derecho subjetivo significó el más importante

18 La conquista de la libertad, igualdad y fraternidad se dio en un contexto muy especial y con las vivencias de un pueblo que fueron descritas por la literatura, como en la novela Historia de dos ciudades de Dickens que describe de manera magistral los hechos que ocurrieron en París, antes y después de la revolución, a través de sus personajes como Charles Darnay, Lucie Manette y otros (Dickens Charles, 2012).

19 Hegel, *W.F., Filosofía de la Historia*, Ed. Claridad, Buenos Aires-Argentina, 2008, p. 41.

20 Puede verse el contexto de la época en Simon Schama, *Ciudadanos, una crónica de la Revolución francesa*, Penguin Random House Grupo Editorial, Barcelona, 2019.

21 Jean - Jacques Rousseau (1712-1778) es uno de los padres de la democracia con su obra El contrato social que se convirtió en doctrina de los líderes de la Revolución Francesa, especialmente con dos ideas fundamentales: la primera, “el hombre ha nacido libre y, sin embargo, vive encadenado en todas partes”; la segunda idea, la *volenté générale* (voluntad colectiva) que justificaron las consignas de libertad, igualdad y fraternidad. Además, Rousseau concibe al ser humano como una criatura moral (“el hombre es bueno por naturaleza y es la sociedad que lo corrompe”) que es tomado del cristianismo (la naturaleza es el paraíso perdido en donde se vivía con inocencia) por eso recomienda en su obra Emilio una honesta educación y la instauración de una república. Su primera obra matriz moral y política puede verse en Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Ed. Flammarion, París, 2008.

avance de la humanidad de entonces para abolir los privilegios y la sociedad estamentaria como la aristocracia, el clero y los militares. Característica del antiguo régimen absolutista que consagraba la desigualdad entre los miembros de la sociedad en función a su pertenencia a esos fueros por nacimiento y las demás clases sociales.

Así, con los acontecimientos de la revolución se reconocieron y garantizaron la libertad, la fraternidad (justicia) y la igualdad de todos ante la ley. Esta triada revolucionaria “será la causa por la que se defiende la existencia de una Declaración de derechos, que en Europa se entenderá como garantía...” (Del Valle V. José Manuel, 2018, p. 21). Según la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, texto aprobado por la Asamblea Nacional el 26 de agosto de 1789: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos” (Artículo 1), “La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los Ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o a través de sus Representantes. Debe ser la misma para todos, tanto para proteger como para sancionar. Además, puesto que todos los Ciudadanos son iguales ante la Ley, todos ellos pueden presentarse y ser elegidos para cualquier dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y aptitudes” (Artículo 6), “La sociedad debe su subsistencia a los ciudadanos infelices, ya sea proporcionándoles trabajo o proporcionándoles los medios para existir para aquellos que no pueden trabajar” (Artículo 21).

La revolución francesa al reconocer reivindicaciones civiles como los derechos de las personas significó el reconocimiento de la ciudadanía y especialmente la individualidad para la conciencia personal o interior (conciencia en sí) o ser persona en términos modernos. Con la ciudadanía el individuo es parte de una comunidad manteniendo su libertad y soberanía que supera al concepto de súbdito. En ese sentido, el individuo abandona sus intereses privados para conseguir su protección dentro de la comunidad que ejerce la voluntad colectiva en búsqueda del bien común. Antes de la revolución era impensable la conciencia personal, la identidad individual o la dignidad humana. El concepto de dignidad humana, que pasó como aporte a la historia, no es solo como *droit de l’homme*, sino como *droit de l’humanité*²².

Asimismo, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se supera para siempre la concepción de la pobreza como un mal inevitable y se reconoce la causa verdadera: “la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos...”²³. También, cabe resaltar el fin último de la Declaración: “con el fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e incontestables, se dirijan siempre al mantenimiento de la constitución y a la felicidad de todos. En

²² Benoit, J., “La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d’une règle morale dans le Droit positif”, *Revue du Droit Public*, LGDJ, 1999, 214.

²³ Preámbulo y consideraciones de los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional para aprobar la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (26/8/1789).

consecuencia, la Asamblea Nacional, reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo, los siguientes derechos ...”²⁴

De esta manera los trabajadores influenciados por la emancipación como ciudadanos empezaron a organizarse, pasando a un desarrollo mayor que fue de la conciencia individual a una conciencia colectiva, diríamos en el sentido hegeliano “el paso de la conciencia en sí a la conciencia para sí”, para enfrentar los conflictos propios del capitalismo en sus inicios que se constituyeron en la causa de cambio social, motor que impulsó la historia de la humanidad del siglo XIX. Así, tenemos la participación de los trabajadores en hechos históricos que marcaron el desarrollo del sindicalismo en el mundo: la Ley obrera aprobada por el Parlamento Británico en 1802, el Ludismo que fue un movimiento encabezado por los artesanos ingleses que protestaron entre 1811 y 1816 contra las máquinas que “destruían” el empleo, la primera “marcha de hambre” en Londres en 1817, la protesta de 80,000 trabajadores en Peterloo y la masacre de los participantes en 1819, el Manifiesto Comunista de 1848 como sistematización de las reivindicaciones de los trabajadores organizados, la Comuna de París del 18 de marzo al 28 de mayo de 1871 donde se instauró el primer gobierno de los obreros cuyo espíritu era el socialismo autogestionario. Finalmente, la posición de la Iglesia Católica con la Encíclica *Rerum Novarum* en 1891 a favor de los trabajadores.

3.2. Los derechos sociales laborales reconocidos por la OIT

Es necesario resaltar el origen de la OIT en 1919, para conocer los derechos sociales de los trabajadores a considerar como los fundamentales, que se explica por una serie de situaciones sociales y políticas de los Estados miembros y no una en particular; asimismo, reconocer su significado histórico, caracterizado en la expresión jurídica del valor social del trabajo en la realización de la persona como ser humano, cuyo ámbito en ese sentido afecta a la mayor parte de la humanidad; así, también organismo mundial que aprueba convenios de carácter tripartito²⁵. Debemos ubicarnos en 1918, específicamente en el 11 de noviembre, día en que se firmó el armisticio de la Primera Guerra Mundial en un vagón de tren estacionado en el bosque de Compiègne en los alrededores de París²⁶.

24 Los otros dos fines de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Preámbulo y consideraciones) son: “con el fin de que esta Declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, le recuerde permanentemente sus derechos y sus deberes...”.

25 De acuerdo con su origen jurídico, artículos 1 y 17 de su Constitución, puede definirse a la OIT como un organismo intergubernamental por haber sido creada por un acuerdo entre Estados; sin embargo, la participación de los representantes de los empleadores y trabajadores en sus órganos más representativos con voz y voto, juntamente con los representantes de los Estados miembros, de manera tripartita, le otorga un carácter único en el Derecho Internacional.

26 “La fecha no era casual ya que coincidía con el aniversario de proclamación en 1871 de Guillermo I como káiser de la nueva Alemania surgida de la victoria sobre Francia. En la Conferencia de la Paz participaron 32 Estados incluidos cuatro dominios británicos y la India. El 8 de enero de 1918, en un discurso ante el Congreso de los Estados Unidos, el presidente Wilson había expuesto en Catorce Puntos el programa que debía inspirar el nuevo orden de relaciones internacionales una vez hubiera finalizado la contienda...” (Casanovas Oriol, 2019, p. 17).

También recordar la declaración del presidente del gobierno francés Georges Clemenceau, en ese mismo día, “hemos ganado la guerra, ahora habrá que ganar la paz y esto seguramente será más difícil”. Esa frase fue el marco y el fundamento de los acuerdos, al finalizar la guerra para evitar otro acontecimiento de tal magnitud que terminó con la pérdida de más seis millones de personas, que empezó con la Conferencia de la Paz y terminó con el Tratado de Versalles.

La creación de la OIT²⁷, como elemento fundamental para la paz social, consideramos que la Sociedad de Naciones “constituyó un indiscutible logro del Tratado de Versalles y representó un paso decisivo en el abandono del sistema anterior. Era bastante más que un tratado de alianza entre los vencedores y dio lugar a la primera organización internacional intergubernamental con vocación universal, dotada de órganos propios, con atribución de competencias en numerosos campos”²⁸. Y con la formación y desarrollo del capitalismo hasta el momento actual, se abrió un ciclo de la centralidad del trabajo con desarrollo tecnológico y económico. Constituyó un hito en el proceso de reconocimiento de los derechos sociales de los trabajadores en el mundo²⁹, la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919.

Podemos distinguir dos períodos normativos de la OIT, con su nacimiento y configuración: “El primero, comprendería desde 1919 a 1936, aunque algunos autores han defendido que este periodo debería abarcar hasta 1944, en que se celebran las Conferencias de Filadelfia y se adopta la Recomendación 69, relativa a asistencia médica, siendo además el momento en el que surge un nuevo concepto de armonización sobre la base de una mayor concreción de los beneficiarios y de las prestaciones (...). Una segunda etapa que abarcaría de 1936 a nuestros días. La división de la actuación de la OIT en estas dos etapas no es gratuita ni está basada en una separación arbitraria de fechas, sino que, por el contrario, viene dada por un cambio en la concepción de la Seguridad Social a nivel internacional; cambio que, a su vez, influirá en la normativa interna de los Estados miembros”³⁰.

27 La OIT es la primera organización mundial intergubernamental, sobre una actividad concreta del ser humano como es el trabajo y la seguridad social, con vocación universal, dotada de órganos propios, con atribución de competencias en todos los campos del trabajo y con participación tripartita de diálogo social. No obstante, se pensó que la OIT al ser creación del Tratado de Versalles, pudo correr la misma suerte que éste. Así, el Tratado de Versalles tuvo un final dramático cuando Hitler en 1936 invadió con sus tropas la zona desmilitarizada de la ribera izquierda del Rin, la ocupación militar de Renania y la anexión de Austria; con esto se inició la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, fue todo lo contrario, la OIT el 2019 cumplió cien años con plena vigencia y perspectivas de larga existencia.

28 Casanovas, O., “El centenario del Tratado de Versalles”, *Revista de Derecho Internacional Española*, N.º 1, Vol. 7, 2019, p. 19.

29 Al respecto, ver la entrevista a Jean-Claude Javillier en donde sostiene que existe una confianza inquebrantable en los valores y las normas de la ONU y de la OIT, que se alimentan de valores compartidos tales como la justicia social, el tripartismo y el trabajo decente. “El Derecho es siempre una alquimia compleja, una respuesta delicada a los problemas más diversos que se les plantean a las sociedades humanas en todo dominio. El Derecho Internacional, especialmente el del trabajo, pretende pues responder a los problemas de la protección...” (Entrevista a Jean-Claude Javillier, en la *Revista Relaciones Laborales*, No 12, Montevideo- Uruguay, diciembre de 2006, p.25).

30 Rodríguez Ramos, M.J. et al., *Sistema de Seguridad Social*, Ed. Tecnos, Madrid, 2005, p. 57.

En ese período largo, la OIT aprobó muchos convenios que lograron la conquista y consolidación de los derechos sociales de los trabajadores a nivel mundial. Asimismo, los autores señalan que “la segunda fase trae consigo una nueva concepción de la Seguridad Social como ‘un modo de vivir libre de temor y de la miseria’ entendiéndola como ya se había señalado en el informe Beveridge; la que sería ratificado cinco años después en la Constitución de la OIT de 1944, donde marcaba como objetivo la extensión de las medidas de Seguridad Social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa”³¹.

3.3. El derecho a tener derechos de los trabajadores como seres humanos

El 10 de diciembre de 1948 se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH) por la Asamblea General de Naciones Unidas. Hace más de 75 años, es sin duda, el logro más importante de la humanidad y el compromiso por un mundo de bienestar, paz y libertad para todos³². Ahí radica su dimensión histórica y jurídica; es decir, los derechos humanos como Declaración Universal es un ideal común que nos compromete, nos involucra como algo regulativo; pero su universalidad es normativa, heterónoma, es el derecho a tener derechos de todos los seres humanos, un deber a cumplir. Entonces, podemos considerar la tridimensionalidad de la DUDH, siguiendo el trabajo de Ángel Ruiz Moreno de la siguiente forma: i) un derecho humano irrenunciable, inalienable e inextinguible, ii) un servicio público a cargo del Estado, iii) derecho exigible al Estado³³. Lo más importante prescribe, por primera vez, “el derecho de cada individuo a pertenecer a la humanidad, garantizado por la humanidad misma”³⁴.

Por ello, los derechos humanos fundamentales deben garantizarse y protegerse en el mundo para la humanización del individuo. Señalamos solo tres artículos de los derechos fundamentales más importantes, que se relacionan con los derechos de las personas: Art.1. 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”. “Art.2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio ...”. “Art.3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la

³¹ Rodríguez Ramos, M.J. et al., *Sistema de Seguridad Social*, Ed. Tecnos, Madrid, 2005, p. 57.

³² Cuatro años antes de la DUDH, Franklin Roosevelt y Winston Churchill formularon una declaración conjunta conocida como la Carta del Atlántico, cuyo objetivo era que los habitantes de la tierra pudieran vivir “libres del miedo y de la necesidad”. Roosevelt antes de la Carta del Atlántico, en su mensaje al Congreso anunció la doctrina de cuatro libertades, por las que el mundo debería luchar: “libertad de expresión, libertad de trabajo, liberarse de la necesidad y liberarse del temor”.

³³ Ruiz Moreno, A., “El paradigmático caso del Derecho de la Seguridad Social en Latinoamérica”, *Revista del Taller de Investigación José Matías Manzanilla*, de la Facultad de Derecho de la UNMSM, No 2, Año II, Lima-Perú, 2015, pp. 17-29.

³⁴ Arendt, H., *La condición humana*, Ed. Paidós, Barcelona-España, 1998, p. 248.

libertad y a la seguridad de su persona”.

Se trata de derechos mínimos para la sobrevivencia y convivencia pacífica en sociedad, como son los tres artículos centrados en el reconocimiento de la igualdad de todos los seres humanos tanto en derechos como en libertades y a la seguridad de la persona³⁵. Entonces, el compartir los valores mínimos como derechos, reconocidos en la Declaración es lo que confiere dignidad e igualdad de las personas que supone respeto mutuo a las diferencias. Es el sentido teleológico de la Declaración³⁵. En esta perspectiva es que encontramos la importancia jurídica y social de tales derechos, especialmente el reconocimiento que la dignidad de la persona es el fundamento de los Derechos Humanos. “Esto, en aparente concordancia con las corrientes filosóficas de De las Casas o de Vitoria. Sin embargo, seguramente encontraron también fuerte inspiración en los crudos hechos ocurridos en el mencionado conflicto bélico”³⁶.

Estos derechos fundamentales se encuentran reconocidos en todos los textos constitucionales del mundo y de los tratados internacionales, también desarrollados en la doctrina nacional e internacional de las normas jurídicas, manifestándose cada vez más con mayor fuerza en las jurisprudencias de los Tribunales Constitucionales de cada país y de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos. Veamos; “Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad tiene derecho a la seguridad social, y a obtener ... la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad ...”. “Artículo 23. 1) Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, (...) y a la protección contra el desempleo”³⁷. “Artículo 25. I) Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido y la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez, u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

35 En la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, celebrada del 6 al 12 de marzo de 1995 en Copenhague-Dinamarca, los gobiernos aprobaron una Declaración y un Programa de Acción. La Declaración empieza señalando que “*por primera vez* en la historia, por invitación de las Naciones Unidas, nos reunimos en calidad de jefes de Estado y de Gobierno para reconocer la importancia del desarrollo social y el bienestar de la humanidad y dar la máxima prioridad a esos objetivos en la hora actual y en el siglo XXI” (Naciones Unidas, Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, Nueva York, 1996, p.3).

36 El Secretario General de la Naciones Unidas de entonces, Kofi. A. Annan, el 2006 en la Memoria Anual sobre la labor de la organización, frente a los desafíos del mundo, dijo en una de sus conclusiones: “las instituciones de alcance mundial deben transformarse en la expresión efectiva de una comunidad mundial nueva, basada en valores comunes, unida por lazos de solidaridad humana e inspirados en el respeto (...). Si seguimos avanzando en esa dirección, la especie humana podrá no solo sobrevivir, sino incluso prosperar en este pequeño planeta. El hecho de que los destinos de todos los habitantes del mundo estén estrechamente vinculados dejará de ser una simple realidad para convertirse en una fuente de esperanza” (Naciones Unidas, Memoria Anual sobre la Labor de la Organización: Frente a los desafíos de un mundo en evolución, Nueva York, 2006, pp. 103-104).

37 De Silva Gutiérrez, G., *Derecho Fundamentales y Derechos Humanos*, Ed. Tirán lo blanch, México, 2021, p. 34.

Ese reconocimiento especial plantea concomitantemente tres desafíos: i) con el artículo 22, la atenuación de las desigualdades materiales para obtener los derechos económicos y sociales; ii) el reconocimiento de los derechos laborales en la denominación de los derechos humanos, con el artículo 23: derecho, libre elección, condiciones equitativas y satisfactorias, y la superación del viejo problema del desempleo, centrado en el reconocimiento del derecho al trabajo como categoría universal del ser humano; iii) con el artículo 25, el desafío de extender a todo ser humano el nivel de vida adecuado y la garantía que establece como condición *sine qua non* el derecho a los seguros y a la seguridad social. Además, debemos señalar que el artículo 28 de la DUDH establece la obligación inherente de todo Estado a cumplir con los derechos reconocidos.

Podemos señalar la importancia de los derechos fundamentales: por la persona, en tanto se valora la vida³⁹ y la dignidad del ser humano; y, por su ámbito y dimensión, porque su implementación es social. Social como adjetivo de pertenecer a la sociedad que se expresa en las personas, en las familias o en las naciones. “Así pues, el homo dignus vive en un sistema de relaciones y adquiere la dignidad social...”⁴⁰. Asimismo, consideramos que la DUDH logró que los trabajadores tuvieran el derecho a tener derechos que se fueron plasmando a través de los derechos colectivos que cambiaron y fortalecieron los derechos individuales⁴¹. Este concepto del derecho a tener derechos fue desarrollado por Stefano Rodotà (1933-2017), jurista y político italiano, en su obra *El derecho a tener derechos*, plantea un modo distinto de entender el universalismo, la naturaleza de la ciudadanía y los bienes comunes en una sociedad.

4. Posibles soluciones desde la perspectiva laboral

En este punto final, como posibles soluciones desde la perspectiva laboral, trataremos los planteamientos y Declaraciones de la OIT, el estándar internacional para una conducta empresarial responsable y la necesidad de contar con la Jurisdicción Universal del Trabajo.

4.1. Los planteamientos y declaraciones de la OIT

38 Cabe considerar, que el Convenio 168 de la OIT, sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo (1988), en su artículo 14 reconoce el derecho: “En caso de desempleo total, deberán abonarse indemnizaciones en forma de pagos periódicos calculados de manera que se facilite al beneficiario una indemnización parcial y transitoria por su pérdida de ganancias...”.

39 En la literatura, se puede entender mejor que estamos obligados a valorar la vida como el más importante y único propósito en este mundo; de este modo, lo describe Miguel de Cervantes en los trabajos de Persiles y Sigismunda: “El tiempo es breve, las ansias crecen, las esperanzas menguan y, con todo esto, llevo la vida sobre el deseo que tengo de vivir”.

40 Rodotà, S., *El derecho a tener derechos*, Ed. Trotta, Madrid, 2012, p. 184.

41 En tanto que entendemos que el Derecho en general y por tanto los derechos específicos son constructos sociales constantes que no provienen solo de la formalización jurídica como reconocimiento legal, sino que son derechos que nacen de la misma relación con el empleador y con el Estado, de esa permanente relación de colaboración y conflicto, en cuanto a la búsqueda de la igualdad de todos en dignidad por la propia humanidad de la persona.

Durante la vigésima sexta reunión de la Conferencia General, del 10 mayo de 1944, fue adoptada la Declaración de los fines y objetivos de la OIT, más conocida como Declaración de Filadelfia en donde se reafirmó el objetivo del bienestar social para todos a partir del concepto de la dignidad humana⁴², “que es una y la misma en todas partes y para todo ser humano, fundamenta la indivisibilidad de los derechos fundamentales”⁴³. Ahí radica la importancia de esta Declaración, como bien sostiene Habermas: “(…); pero en 1944, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) emplea ya sin abreviaturas, en un contexto similar, la retórica de la dignidad humana (...). Desde entonces solemos hablar de las distintas `generaciones´ de derechos humanos. La función heurística de la dignidad humana también es clave para entender el contexto lógico existente entre las cuatro conocidas categorías de derechos...”⁴⁴.

En Ginebra, el 18 de junio de 1998, en la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, se aprobó la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento. De dicha Declaración solo recogemos el segundo acuerdo, por los fines del artículo, que se refieren a que todos los miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad los principios relativos a los derechos fundamentales que constituyen derechos humanos⁴⁵.

El 10 de junio de 2008, se aprobó la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa, que marca la renovación más importante de la OIT desde la Declaración de Filadelfia. Es la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión. La OIT adoptó por unanimidad la mencionada declaración que es la tercera de principios y políticas desde su constitución en 1919.

La Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT, se aprobó el 2018 que responde a la Declaración de los Líderes del G7, adoptada los días 7 y 8 de junio de 2015 en Schloss Elmau, como veremos más adelante, en la que se reconoce la importancia de establecer una guía en consenso sobre la debida diligencia para las empresas. Finalmente, la

⁴² La dignidad humana tiene que ver directamente con los derechos humanos, aunque dicha expresión no figura explícitamente en la Constitución de la OIT, pero el concepto del derecho humano es la base de todas las actividades de la OIT, que a lo largo de sus cien años de vigencia ocupa un lugar especial en la lucha constante por los derechos humanos.

⁴³ Habermas, J., *La Constitución Europea*, Ed. Trotta, Madrid, 2012, p. 20.

⁴⁴ Habermas, J., *La Constitución Europea*, Ed. Trotta, Madrid, 2012, p. 19.

⁴⁵ Si bien se refiere a los convenios específicos de la OIT; es decir a: i) libertad sindical y derecho de negociación, ii) eliminación de todas formas de trabajo forzoso u obligatorio, iii) abolición efectiva del trabajo infantil; y iv) eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. También establece que estos derechos son universales para aplicarse en todos los países y reconoce en particular a los grupos con necesidades especiales como los desempleados; asimismo, advierte que el crecimiento económico por sí solo no es suficiente para asegurar la equidad y el bienestar social. Esto significa que respetando los derechos humanos es posible llegar a ese estado de bienestar.

Declaración Tripartita del 2022 sobre las empresas multinacionales y la política social que se ofrecen a los Gobiernos, a las organizaciones de empleadores y de trabajadores, son orientaciones en materia de condiciones de trabajo y de vida. Dichos principios se basan fundamentalmente en los Convenios y Recomendaciones de la OIT, los cuales han sido reconocidos universalmente como instrumentos esenciales en la consecución del objetivo del Trabajo Decente⁴⁶.

La Declaración insiste en que las empresas, incluidas las empresas multinacionales, deberían proceder con la debida diligencia para detectar, prevenir y mitigar sus consecuencias negativas sobre los derechos humanos reconocidos internacionalmente, que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, y rendir cuentas de cómo abordan dichas consecuencias. Además, se reconoce que esta debida diligencia debe tener en cuenta el papel central de la libertad sindical y la negociación colectiva, así como de las relaciones de trabajo y el diálogo social.

La OIT publicó determinados principios sobre la política de empleo⁴⁷: Principio 32, “Las empresas multinacionales, cuando prevean cambios en las operaciones (incluidos los resultantes de fusiones, adquisiciones de empresas o transferencias de producción) que puedan tener efectos importantes sobre el empleo, deberían notificar estos cambios con antelación razonable a las autoridades gubernamentales competentes y a los representantes de sus trabajadores y sus organizaciones, a fin de que las repercusiones puedan ser examinadas conjuntamente con miras a mitigar los efectos adversos en la mayor medida posible. Esto es particularmente importante en el caso del cierre de una entidad que implique suspensiones o despidos colectivos”. Principio 33, “Las empresas multinacionales, así como las empresas nacionales, deberían empeñarse, mediante una activa planificación del empleo, en asegurar un empleo estable a los trabajadores empleados por cada empresa y observar las obligaciones libremente negociadas en materia de estabilidad del empleo y seguridad social. Teniendo en cuenta la flexibilidad que pueden tener las empresas multinacionales, deberían esforzarse por asumir un papel destacado en la promoción de la seguridad del empleo, particularmente en los países en que el cese de las operaciones pueda acentuar el desempleo a largo plazo”. Principio 35, “Deberían evitarse los procedimientos de despido arbitrario”.

También se exhorta a los Gobiernos a que apliquen los principios contenidos en el artículo 5 del Convenio 87 de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación,

⁴⁶ El concepto de “trabajo decente” es un referente operativo para garantizar condiciones óptimas de trabajo y de vida, tiene su origen en la Conferencia del Trabajo del 2001 y fue la propuesta del primer director sudamericano de la OIT, Juan Somavia quien fue director de la OIT desde 1999 hasta el 2012.

⁴⁷ OIT, Declaración de Principios sobre las empresas multinacionales, Ginebra, 2022.

teniendo en cuenta la importancia, en relación con las empresas multinacionales, de permitir que las organizaciones que representen a estas empresas o a los trabajadores en ellas empleados se reconozcan y respeten a sus organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores que estimen convenientes. Igualmente se reconoce el diálogo como el elemento central de la Declaración sobre las Empresas Multinacionales. Por ello, se plantea la necesidad de apoyar el diálogo entre las empresas multinacionales y los representantes de los trabajadores afectados, en particular los sindicatos, sobre la aplicación de los principios de la Declaración. De esta manera, se puede cumplir uno de los objetivos universales reconocidos en la Agenda Laboral 2030 de la OIT para el Desarrollo Sostenible⁴⁸.

4.2. El estándar internacional para una conducta empresarial responsable

Todos los países con Estados de Derecho deben garantizar el respeto e implementación de los derechos fundamentales de los trabajadores tanto individuales como los colectivos (formar sindicatos, fomentar la negociación y reconocer el derecho a la huelga). Esto de conformidad con los tratados internacionales del Sistema de Derechos Humanos, los Convenios Internacionales del Trabajo de la OIT y los Tratados Comerciales bilaterales internacionales como los suscritos con EE. UU., la UE, Canadá y otros. Es decir, cada país actualmente debe adecuar sus normas al estándar internacional de los instrumentos jurídicos mencionados, para el cumplimiento y protección de los derechos laborales y fomentar una conducta empresarial responsable. Al respecto, solo trataremos dos: los principios rectores de Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos, y la Guía de la OCDE de la Debida Diligencia.

- Los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos

La publicación de Naciones Unidas, “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar”, fueron elaborados por el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. El Consejo de Derechos Humanos hizo suyos los Principios Rectores en su resolución 17/4, de 16 de junio de 2011.

Podemos destacar un principio fundamental que “Los Estados deben enunciar claramente que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que respeten los derechos

⁴⁸ La Agenda Laboral 2030 para el Desarrollo Sostenible fue aprobado el 1 de enero de 2016, comprende 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y abarca tres dimensiones: económica, social y medioambiental, para abordar los enormes desafíos que enfrenta la humanidad como es el problema del desempleo, el trabajo precario y la informalidad laboral. En dichos objetivos se reconoce nuevamente la centralidad del trabajo en la sociedad para poner fin a la pobreza en todas sus formas y luchar contra el cambio climático garantizando el desarrollo para todas las personas. También se trata como objetivo recuperar el empleo en las zonas de conflicto para lograr la cohesión social y evitar nuevos conflictos.

humanos en todas sus actividades”. En ese sentido, a pesar de que las normas internacionales de derechos humanos no exigen generalmente que los Estados regulen las actividades extraterritoriales de las empresas domiciliadas en su territorio y/o su jurisdicción. Es importante que los Estados que adopten medidas para impedir los abusos en el extranjero de empresas registradas en su jurisdicción. Se trata, entre otras cosas, de asegurar que las empresas se comporten de manera previsible, transmitiéndoles mensajes coherentes, así como de preservar la reputación del Estado.

- La Guía de la OCDE de la Debida Diligencia

Se trata de una Guía de la OCDE de la Debida Diligencia para una conducta Empresarial Responsable que busca además de promover, entre los gobiernos y las partes interesadas, un consenso sobre el tema y contribuir a que las empresas implementen las recomendaciones en materia de la Debida Diligencia recogidas en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, así como en la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT, como mencionamos. Esto responde a la Declaración de los Líderes del G7, en la que se reconoce la importancia de establecer un consenso sobre la Debida Diligencia, en particular para las pequeñas y medianas empresas, alentando a las empresas activas o con sede en sus países a implementar la debida diligencia en sus cadenas de suministro.

Y en su Declaración, adoptada el 8 de julio de 2017 en Hamburgo, los Líderes del G20 se comprometieron a fomentar la aplicación de normas laborales, sociales, medioambientales y de derechos humanos, de acuerdo con los marcos reconocidos a nivel internacional, con el objetivo de que las cadenas de suministro sean sostenibles e inclusivas, subrayando la responsabilidad de las empresas de ejercer la debida diligencia.

La mencionada Guía que constituyen verdaderas líneas directrices de la OCDE de la Debida Diligencia para una conducta empresarial responsable, publicada en el 2018, en la página 43 se señalan a manera de ejemplos las conductas que tienen un impacto negativo. Veamos solo los más importantes: “No respetar el derecho de los trabajadores a establecer o afiliarse a sindicatos u organizaciones representativas de su propia elección y a que se reconozca a los sindicatos y organizaciones representativas de su elección para los fines de negociación colectiva” (OCDE, 2011, Capítulo V, Párrafo 1). “No participar en negociaciones constructivas, ya sea individualmente o a través de asociaciones de empleadores, con el objeto de llegar a acuerdos sobre los términos y condiciones del empleo” (OCDE, 2011, Capítulo V, Párrafo 1). “No adaptar la maquinaria, equipos, jornada laboral, organización del trabajo y procesos laborales a las capacidades físicas y mentales de los trabajadores” (OCDE, 2011, Capítulo V, 1 (e); OIT, 1981, N.º 155). “Pago de sueldos que no satisfagan las necesidades esenciales de los trabajadores y sus familias” (OCDE, 2011, Capítulo V, Párrafo 4, b).

En ese sentido, las empresas pueden y deben identificar los problemas teniendo en cuenta: “los puntos clave de transformación en la cadena de suministro donde puede añadirse o perderse la información

de trazabilidad o sobre la cadena de custodia” o “el punto de influencia más alto de las empresas hacia el final de la cadena de suministro”⁴⁹ (OCDE, 2018, p. 75). Por otro lado, el 8 de junio de 2023, la OCDE publicó la “actualización específica” de las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales denominada ahora como Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre la Conducta Empresarial Responsable⁵⁰. La mayoría de las modificaciones refuerzan esta norma mundial autorizada sobre la conducta empresarial responsable (CER) para las empresas. En muchas áreas, los cambios se hacen eco y, por tanto, refuerzan las normas internacionales sobre las CER, y en algunos temas los cambios avanzan normativamente.

Una de las novedades es que Las Directrices actualizadas instan a las empresas a respetar los derechos de todos los trabajadores (OCDE, 2023). Mientras que el texto de 2011 se centraba estrictamente en el respeto de los derechos de los trabajadores “empleados por la empresa multinacional”, el texto actualizado deja claro que las empresas deben respetar los derechos de todos los trabajadores de su cadena de valor. Esto incluye abstenerse de interferir en el derecho de los trabajadores a afiliarse o fundar un sindicato reconocido para la negociación colectiva. Es decir, las empresas suelen interferir o ignorar los derechos de los trabajadores en sus cadenas de valor, incluido el de formar sindicatos y negociar colectivamente. Con este texto actualizado, la sociedad civil puede exigir una mejor actuación empresarial y presentar denuncias cuando las empresas no cumplan.

4.3. La necesidad y búsqueda de la jurisdicción universal del trabajo

La jurisdicción universal que se exprese en sanciones jurídicas en materia laboral y previsional y de un Tribunal Permanente de Justicia Internacional Laboral siempre fueron necesarias. Esa constatación tiene su origen en la propuesta de Robert Owen para superar la situación de miseria que siguió a las guerras napoleónicas que supuso para él un estímulo para la acción⁵¹. En realidad, el concepto de jurisdicción universal es importante y se deriva del Derecho Penal Internacional⁵².

Por ello, es fundamental la autorización de los tribunales jurisdiccionales nacionales para conocer el caso en el que todos sus elementos se encuentren en un Estado distinto al del juez que se le ha sometido. A pesar de una idea, transmitida culturalmente, la jurisdicción universal no es solo para

⁴⁹ OCDE, *Guía de Devida Diligencia*, 2018.

⁵⁰ Puede verse en el Documento Informativo de la OCDE, junio de 2023.

⁵¹ Robert Owen en su obra *Two memorials on behalf of the working classes*, 1817, abogaba por una acción internacional para restablecer el poder adquisitivo de los trabajadores y organizar programas de educación.

⁵² Sin embargo, en materia laboral es más urgente actualmente porque la producción taylorista-fordista que era centralizada se acabó hace varias décadas surgiendo una organización de producción descentralizada por tanto global. El empleador ya no es el contratista, el criterio de subordinación se está haciendo cada vez más difuso y el personal de *coaching* local está en muchos sentidos sujeto a objetivos que lo exceden. Por lo tanto, el carácter transnacional de la relación de trabajo corresponde a la dimensión espacial que puede conducir a la adopción de una competencia universal.

determinados crímenes de la humanidad (como los juicios de Nuremberg por iniciativa de las naciones aliadas vencedoras de la Segunda Guerra Mundial) sino tan solo una técnica que puede ser utilizada por los jueces nacionales para combatir la impunidad de ciertos delitos a nivel mundial. Es decir, la competencia universal del juez es una técnica en general como en los casos de materia penal y específicamente en el ámbito laboral sería muy útil para los trabajadores, en tanto técnica operativa.

No solo sus elementos característicos coinciden con las dificultades de acceso de los trabajadores a la justicia en un contexto de globalización económica, sino que expresa la búsqueda de solución de los conflictos en el trabajo que se manifiestan en litigios sociales transnacionales⁵³. Esta realidad, cada vez más se presenta por los planes puestos en marcha en el marco de la Responsabilidad Social Corporativa de las empresas transnacionales, así como por los instrumentos regionales de derechos humanos que exigen garantizar el acceso a la justicia universal para los trabajadores.

Aquí es importante mencionar los aportes de la investigación de Baptiste Delmas⁵⁴, que hemos tomado en este artículo, quien desarrolla el origen histórico de la jurisdicción universal del juez, la jurisdicción universal del juez laboral ejercido por los tribunales nacionales. Considera que la jurisdicción universal del juez penal es ya una técnica esbozada por los tribunales nacionales que podría extrapolarse al mundo del trabajo. Esto es interesante porque permite desarrollar y aclarar el tema de las diferencias entre esa jurisdicción y la jurisdicción extraterritorial en el Derecho Laboral.

Consideramos que es posible y necesario la justicia universal laboral porque la jurisdicción universal tal como existía y como existe hoy en el Derecho Penal se adapta al contexto de la globalización en la que el Derecho Laboral y Previsional forman parte imprescindible y especial. Así, la ley positiva de ayer y hoy confirma que, como técnica, la competencia universal tiene como objetivo combatir una situación de impunidad debido al colapso de la autoridad nacional y la superación de las fronteras por parte de los individuos. "Hay dos formas de pensar sobre el internacionalismo. Se puede considerar que la hermandad de los hombres proviene de su adhesión común a un ideal, (...). Pero también podemos, basando en un punto de vista más realista, ver que el enredo de las relaciones financieras, económicas e intelectuales entre los pueblos requiere una política de acuerdos (...). El primero es más atractivo para filósofos y filántropos. El segundo está más en consonancia con las preocupaciones prácticas de los estadistas. Por lo tanto, penetra más fácilmente en la ley positiva"⁵⁵.

53 Y esto, básicamente, porque la globalización ha debilitado a las naciones. En otros campos tenemos Jurisdicciones Internacionales: Comisión Interamericana/Corte de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal de la Unión Europea, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Internacional de Justicia, Sentencias arbitrales en materia económica, etc.

54 Baptiste Delmas, *La Jurisdicción Universal del Juez en el Derecho Laboral*, Tesis defendida y aprobada el 18 de noviembre de 2020, para la obtención del doctorado en Derecho por la Universidad de Bordeaux (Francia) y Laval University (Canadá).

55 Delmas, B., *La Jurisdicción Universal del Juez en el Derecho Laboral*, Tesis doctoral en Derecho, Universidad de Bordeaux (Francia), p. 557 y Laval University (Canadá), 2020.

Podemos optar por la segunda concepción, que es técnica llamada realista. De este modo, la existencia de una serie de valores en la legislación laboral que podrían considerarse universales y cuya infracción justificaría el ejercicio de la jurisdicción de todos los jueces del mundo es tal vez sostenible: la esclavitud, la discriminación, el trabajo infantil o la libertad sindical seguramente sirven como ejemplos indiscutibles⁵⁶. Así, tenemos las normas universales clasificadas por Antonio Ojeda (2013). Pero, en tanto no se cuente con una jurisdicción universal y un Tribunal Internacional, los jueces nacionales siguen siendo los más capaces de responder a esta necesidad y, sobre todo, pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado y garantizar el respeto del Derecho Internacional del Trabajo⁵⁷.

Por otro lado, Beaudonnet considera factible que el Derecho Internacional puede ser utilizado por los jueces nacionales en cuatro formas: "i) para resolver directamente el litigio, ii) para interpretar disposiciones de derecho interno, iii) como fuente de inspiración para el reconocimiento de un principio jurisprudencial, iv) para reforzar una solución fundada en el derecho nacional"⁵⁸.

Conclusión

En conclusión, la nueva era digital, con la aplicación de las TIC, modificó completamente el sistema y el modo de trabajar; además, tiene un impacto negativo en los derechos fundamentales de los trabajadores, especialmente en los derechos colectivos porque la realidad virtual supera permanentemente la necesidad de grandes concentraciones de los trabajadores en espacios que les permiten relacionarse entre sí y lograr una conciencia colectiva; asimismo, con la hiperconectividad se fomenta el individualismo y hedonismo de los trabajadores.

Con esos dos impactos negativos, ¿cómo proteger los derechos fundamentales de los trabajadores? Para ello consideramos que se debe tener en cuenta el origen de los derechos sociales, el reconocimiento de los derechos sociales por la OIT y los derechos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en donde se reconoce el derecho a tener derecho por el solo requisito de la condición humana. También es necesario tener en cuenta los planteamientos y Declaraciones de la OIT, el estándar internacional para una conducta empresarial responsable y se propone la búsqueda de una Jurisdicción universal para la solución de los conflictos laborales mundiales.

⁵⁶ Turégano Mansilla, I., *Justicia global: los límites del constitucionalismo*, Palestra Editores, Lima-Perú, 2010.

⁵⁷ Bronstein, A., *Derecho Internacional y Comparado del Trabajo*, desafíos actuales, OIT, Ginebra, 2010.

⁵⁸ Beaudonnet, X., *Derecho Internacional del Trabajo y Derecho Interno*, Centro Internacional de Formación de la OIT, Turín-Italia, 2010, p. 17.

Estudio

La dignidad humana en la era de la transformación digital. Su implicancia en la conceptualización de los derechos humanos desde una perspectiva iusfilosófica personalista y hermenéutica

Martín Rocha Espíndola

Profesor de la Universidad Pontificia de Comillas

Sumario

1. La dignidad como posible clave de sentido que otorga unidad a la conceptualización de los Derechos Humanos
2. La dignidad de la persona, diversas reflexiones filosóficas
3. La dignidad de la persona, desde una perspectiva jurídica y política
4. Ética hermenéutica de la alteridad y los derechos humanos como los derechos del otro en relación a la dignidad humana
5. La transformación digital y el ámbito político de los derechos humanos: La democracia
6. Consideraciones finales

Resumen

La dignidad, entendida como núcleo esencial de los derechos humanos, desde una perspectiva filosófica jurídica amparada en la Hermenéutica y en la filosofía personalista permiten entender a tales derechos más allá de su dimensión normativa como un acontecimiento que reconoce en el otro a un tú. Tal reflexión se realiza en plena transformación digital, la que su vez, se vuelca en la dimensión política de la vida comunitaria que constituye la democracia y sus desafíos, provocados, entre otros, por tal transformación.

Palabras clave

Dignidad, derechos humanos, filosofía personalista, transformación, democracia.

1. La dignidad como posible clave de sentido que otorga unidad a la conceptualización de los derechos humanos

Ante la amplitud y complejidad de los interrogantes suscitados por los Derechos Humanos, merece la pena buscar una referencia de fondo común, capaz de articular entre sí todas las cuestiones relativas a los mismos. En este sentido se invoca actualmente, con frecuencia, la noción de “dignidad” con respecto a los Derechos Humanos. La dignidad humana constituye, sin duda, un eje central para éstos; así, al mismo tiempo, ofrece inicialmente un contexto global en el que situar las diversas reflexiones en este campo.

La dignidad humana ha sido considerada, en efecto, a menudo, como un cierto principio de cohesión dentro del ámbito de los Derechos Humanos. Así lo testimonian, de hecho, las referencias a la misma que se registran en los textos más célebres de Derechos Humanos.

Es evidente que la dignidad humana puede interpretarse de modos muy diversos, en el propio contexto de los Derechos Humanos, de acuerdo con la perspectiva filosófica que se adopte sobre ella. Pero parece adecuado reconocer que, al menos en estos momentos, está jugando a nivel general un determinado papel fundamentador, por lo que respecta a las cuestiones principales planteadas en este ámbito. Así lo indica, de alguna forma, la actual Constitución española al afirmar su artículo 10: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

La dignidad humana constituye uno de los valores indivisibles y universales sobre los que descansa, asimismo, el ordenamiento jurídico europeo, de hecho, la Unión Europea está fundada en él, tal como se desprende del art. 2 TUE y del Preámbulo de la Carta de los Derechos Humanos de la Unión Europea¹.

La dignidad humana no es tan sólo la base del ordenamiento, por consiguiente, fundamento de su Constitución, sino que posee una naturaleza imperativa por lo cual todo derecho fundamental debe referirse a ella, y por consiguiente al ámbito dinámico de la misma que constituye el libre desarrollo de la personalidad.

Estas reflexiones permiten adentrarse en un triple entente iusfilosófico del presente tema, por cuanto, la dignidad humana es inviolable, debe ser respetada, y por consiguiente, protegida. No cabe atentar contra ella por cualquier motivo que sea, incluso, con la justificación de proteger alguno de los

¹ Glendon, M. A. “La soportable levedad de la dignidad”, en *Revista Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, Facultad de Derecho, núm. 66, Pamplona, año 2012, p. 260.

derechos fundamentales consignados, por ejemplo, en la Carta recién mencionada. Ahora bien, el rol que desempeña en un ordenamiento jurídico y respecto a los propios derechos humanos depende en gran parte de la cultura jurídica en que se incluya al Estado de cuyo ordenamiento se trate². Sin perjuicio, si y sólo si, es un principio absoluto e inderogable, es decir, permanente, que implica que no puede justificarse el uso instrumental de un ser humano, nunca jamás, tal cual lo afirma Sobrino Heredia³.

La dignidad de la persona es, el rango de la persona como tal⁴. Definir lo que es la dignidad humana se intuye especialmente complicado, sin embargo, resulta ineludible, sin perjuicio de ser precavidos de no delimitarla en demasía.

2. La dignidad de la persona, diversas reflexiones filosóficas

Para Torralba Roselló la palabra dignidad presenta tres acepciones principales. La primera es la denominada dignidad ontológica, que sería “la determinada categoría objetiva de un ser que reclama -ante sí y ante los otros- estima, custodia y realización”⁵. Para el mencionado autor en último término se identifica con el ser de un ser, entendiendo dicho ser como algo necesariamente dado en su estructura esencial metafísica, según sus propias palabras, a la cual contempla como algo que se tiene el encargo de realizar. Afirma que: “Esta dignidad ontológica radica en el convencimiento de que el ser humano es la perfección o la excelencia y que, indistintamente de la forma concreta que pueda tener en el marco de las apariencias, en tanto que ser humano, siempre es digno de respeto y de honor por el ser que le anima y sostiene”⁶.

En segundo lugar, se encuentra la dignidad ética, esta es el ser individual que se realiza y se expresa a sí mismo en tanto que entiende, quiere y ama; posee entonces algunas características que le hacen participar de una comunidad espiritual; consciencia de sí mismo, racionalidad, capacidad de distinguir lo verdadero de lo falso y el bien del mal, etc.

La dignidad ética se dice del obrar, mientras que la ontológica se dice del ser, lo que permite reflexionar de que la ética sólo tiene sentido si nos situamos frente a un ser libre que puede obrar de modos distintos, tomar decisiones libres y responsables⁷.

² TEDH, Sección 4ª, Caso P. y S contra Polonia. Sentencia de 30 octubre 2012, (TEDH 2012/96).

³ “Art. 1. Dignidad humana.” en Mangas Martín, A. (Dir.), *Carta de os Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, año 2008, pp. 107 y 108.

⁴ González Pérez, J. *La dignidad de la persona*, Ed. Civitas, Madrid, año 1986, p. 24.

⁵ Torralba Roselló, F. ¿Qué es la dignidad humana?. *Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristram Engelhardt y John Harris*, Ed. Herder, Barcelona, Barcelona, año 2005, p. 85.

⁶ Torralba Roselló, F. Ib., p. 86.

⁷ Torralba Roselló, F. Ib., pp. 87 a 89.

La dignidad en sentido ontológico sería estática, debido a que no variará por el transcurso del tiempo, pero no así la ética, esta puede modificarse a lo largo de la vida, debido a que concierne a la conducta, la cual se supedita al libre albedrío y este puede conducir a que una persona se comporte de un modo digno en determinadas situaciones e indigno en otras⁸.

Finalmente existe la denominada dignidad teológica, por la cual la persona en su propio ser reclama un respeto incondicional, el cual es independiente de toda libre valoración y finalidad. Esta dignidad viene dada por el hecho de ser creada a imagen y semejanza de Dios⁹, por el hecho de establecer con Él una alianza que, aparentemente paradójica, sólo puede entenderse desde la perspectiva del amor y amistad y de orientarse existencialmente hacia su Creador.

En relación con esto, Grande Yáñez estima que en el Antiguo Testamento se hace hincapié en el aspecto relacional del ser humano, lo que se plasma en la expresión *sedaqa*, esto supone la justicia, pero no como administración del Estado, sino como vivencia entre hombres, la cual tiene más predicamento para el desfavorecido. La *sedaqa* alcanza la actitud de la misericordia con el sufriente, de manera que esta idea es posteriormente recogida por el cristianismo, que posteriormente, le concede plenitud al amor en la palabra de Jesús. Este amor del cristianismo es más acuciante y desbordante, impregna la idea de dignidad de una perspectiva en la que el “sí mismo” refuerza su sentido existencial, desde la otredad. El cristianismo abraza un amor para procurar dignidad en la que el sujeto se llega a negar así mismo ante el descubrimiento del prójimo como un tú que le interpela¹⁰.

Esta idea de dignidad teológica, siguiendo a Torralba Roselló, tiene íntima relación con la ontológica, pero es de suyo diversa, por cuanto la dignidad teológica tiene su raíz en Dios mismo y no en el ser humano, pero que al igual que ella se predica de todo ser humano, independiente de su constitución y desarrollo. Asimismo, el ser humano puede o no vivir conforme a su condición de hijo de Dios, dignidad ética, pero su dignidad teológica no la perderá por ello, no dejará ser hijo de Dios, porque no se predica de su propio ser, sino que de ser a imagen del mismo. Es decir, la dignidad teológica se fundamenta en el Absoluto, mientras que la dignidad ontológica se ampara en la excelencia del ser¹¹.

La historia del ser humano manifiesta el gigantesco esfuerzo intelectual a través de su devenir para encontrar una definición de la intimidad del sí mismo capaz de dar sentido, dirección y significado al dolor, sufrimiento y muerte, pero sin anclarse en la soledad del ego. La dignidad, entonces, si bien original y singular es, a su vez compartida, ya que el yo se reconoce digno al estimarse junto a otros.

⁸ Rocha Espíndola, M. “El principio del libre desarrollo de la personalidad en relación a la persona, el matrimonio y la familia”, en *Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano* Número 2 (2), Valencia, año 2016, pp. 54 y ss.

⁹ Martínez Martínez, J. *Libertad religiosa y dignidad humana*, Ed. San Pablo, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, año 2009.

¹⁰ Grande Yáñez, M. *Ampliando la dignidad humana*, Tirant humanidades, Valencia, año 2023, p. 130.

¹¹ Vid. Torralba Roselló, F. *Cit.*, p. 90 a 94.

En tal sentido, muchas han sido las definiciones filosóficas del ser humano: animal racional, político, social, de trabajo, lingüista, estructural, proletario, técnico y algunas más. Lo cierto es que ni una sola ni todas juntas dan todavía razón del ser humano, todas dejan fuera un inmenso campo de valores sin definir.

Esas definiciones son “aspectuales”, esto es, recurren a sólo un aspecto del ser humano. No es que el ser humano no quiera entrar en alguna de estas definiciones, es que para entrar en alguna tendría que renunciar a su estatus trascendental, tendría que dejar de ser integralmente persona, según Barraca Mairal.

Se puede afirmar que el ser humano es más que todas estas definiciones. Más que su biología, más que su psicología, más que sus facultades y, por tanto, más que su razón y que su voluntad: su definición trascendental es el punto de apoyo de su dignidad. Este estatus no puede dársele el ser humano a sí mismo. El ser humano se encuentra abierto al Absoluto y, por consecuencia, abierto a los demás, ya que su horizonte es ir más allá de las limitaciones que le impone su condición singular. Es esta presencia del Sujeto Absoluto en el espíritu de todo ser humano lo que constituye la conciencia, el poder del ser humano, la razón de ser de toda su dignidad¹¹.

La dignidad humana, por consiguiente, requiere del convencimiento social y de la praxis que contribuya a su protección efectiva, ya que no es sólo una fórmula para reconocer en el hombre su intimidad profunda, es también una práctica, un obrar en la realidad para vertirla y socavar las desigualdades injustas. Esta realización no es un deber heterónimo, sino un modo de acrecentar el sentido del ser.

La libertad responsable conduce fundamentalmente tal comprensión de la dignidad humana, más allá de la planificación política. No se puede estimar que tal dignidad ética del obrar está detenida, pues acrecienta sus cauces con las experiencias del tiempo compartido en la Historia y en las vidas. Sin su conexión con la dignidad ontológica, la dignidad como práctica ética podría asomarse al relativismo¹².

La dignidad constituye una excelencia para el ser. De modo que en las carencias puede esperar la fraternidad del otro que se halla en proceso de descubrir dónde encontrar la dignidad del hombre y la dignidad de su vida. La dignidad humana es también manifestación del amor fraternal, tiene que penetrar en la subjetividad ética, de modo que evite que las acciones por sí solas y en sí mismas como objetos metafísicos sin la lectura profunda de la persona y su sentido, terminen como una ética fría y calculadora, en ocasiones estratégica, a la que no se asoma lo más hondo del vivir. Precisamente las acciones indignas pueden ser objeto de reconciliación por lo indeleble de la dignidad ontológica. Las obras afectan más que al en sí de la voluntad, al sentido de la existencia. En esas obras donde

¹² https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2009000100007 (Rescatado el 03 de marzo de 2021)

¹³ Grande Yañez, M. Cit., p. 118.

se proyecta la dignidad propia y sobre todo la ajena es donde se produce un distanciamiento de la dignidad como autonomía¹⁴.

La dignidad se convierte en un canto de esperanza ante la pobreza y la deshumanización, pero que además está filosóficamente justificado, no pudiendo ser derribado por argumento contrario. Además, su grandeza está en que las actuaciones que dimanen de la misma no sean deberes heterónomos, impuestos a la voluntad, sino al desarrollo existencial y por tanto satisfacción. La dignidad y su esperanza son incondicionales y absolutos. La puesta en praxis de la misma hacia los más débiles será entonces sagrada, ya que para muchas personas desposeídas en tantas cosas su único patrimonio es filosófico, su dignidad humana¹⁵.

El diferente deja de serlo con la idea de dignidad. La diferencia no es un atentado como la desigualdad injustificada. Gracias a tal noción se puede contemplar el diferente como un ser que no es injusto, y que por lo tanto no merece admonición sino también cuidado. Es la extensión del amor que puede procurar el sentido de la dignidad. Reconocer al otro como más débil que yo es el comienzo de palpar tal valor inconmensurable. Esa debilidad del pobre permite conocer más lo adentro de la dignidad y por tanto de mi sentido existencial¹⁶.

Por tal motivo, la dignidad es además de ontología y ética, una epistemología en la que trascendiendo lo fenoménico, se puede conocer mejor y más hondamente lo humano, tanto en la faceta del mí mismo como en la del otro y en la de los demás. Es el modo que se tiene de conocer el ser y de experimentar como sentido de existencia más íntegro y convencido de sus contenidos vitales. En la dignidad humana se manifiesta el conocimiento del bien y de la justicia¹⁷.

3. La dignidad de la persona, desde una perspectiva jurídica y política

Sin embargo, debe dejarse el ámbito filosófico para adentrarnos en el jurídico. La dignidad se ha ido delimitando en una doble dirección. Por una parte, resulta ser un límite a la actuación del Estado y de otros poderes. Por otra, constituye el fundamento de la prohibición de prácticas tales como la tortura o la esclavitud y aparece aparejada a términos como Estado de Derecho, Constitución, etc. Actualmente y sin perder esta primigenia dimensión fundamental, la dignidad se vincula particularmente al libre desarrollo de la personalidad y a la vida privada¹⁸. Por tal motivo la dignidad de la persona resulta invocada cuando se analizan temas de especial actualidad, en donde identidad y libertad, personalidad

¹⁴ Grande Yañez, M. *Cit.*, p. 119.

¹⁵ Grande Yañez, M. *Cit.*, p. 120.

¹⁶ Grande Yañez, M. *Ib.*, p. 120.

¹⁷ Grande Yañez, M. *Ib.*, p. 120.

¹⁸ Jiménez García, F., "El respeto a la dignidad humana", en Beneyto Pérez, J. M^a. *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, Tomo II*, Derechos fundamentales, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, año 2009, p. 292.

y privacidad, juegan un importante rol, constituyéndose en elementos configuradores de la misma, provocando una intervención mínima del Derecho, solo para eliminar los obstáculos que impiden su plena realización o para sancionar las incursiones estatales o de terceros en este ámbito, en relación a la denominada aplicación horizontal de los derechos fundamentales.

Se estima que la dignidad constituye el magma del que se alimentan los derechos, algunas de sus manifestaciones y límites. Por esta razón, la dignidad adquiere una dimensión personalista, independiente y autónoma que trasciende el contenido y alcance de los derechos humanos, aunque están estrechamente vinculados. Puede apreciarse en palabras de Oehling De Los Reyes¹⁹ que la sociedad sólo se realiza a partir del recíproco reconocimiento de que cada hombre tiene dignidad intrínseca.

Se debe recordar y enfatizar que, cuando se gestaba la Constitución española, había que inculcar en ella la idea e importancia de unos valores consistentes en percibir, en primer lugar, la esencialidad de la dignidad de la persona y de los derechos que le son inherentes, por encima de cualquier otra circunstancia social o personal, como base previa para lograr una paz social que sostuviera el anhelado consenso que por entonces se buscaba con tanto afán²⁰.

Por ello la dignidad no se otorga a las personas por la actuación ética de otros, no se concede en virtud de la familia, de la sociedad o del mismo Estado, son su propia realidad e imperatividad las condiciones que exigen su reconocimiento y respeto irrestricto. Su carácter de fundamental es mayor que cualquier derecho humano, es ella fuente de los mismos, no es un principio moral, propiamente tal. En tal sentido Cisneros Laborda es de la opinión de que la dignidad y su reconocimiento son la base del pacto de convivencia, como concepto necesario incluso para la propia existencia de la Constitución²¹.

La dignidad de la persona quiere decir que ésta tiene un valor en sí misma, independiente de cualquier circunstancia o cualidad interna o externa. Por tanto, independientemente de su raza, credo, ideología, sexo, clase social, nacionalidad, etc. También independiente de su conducta, se prescinde en este caso de un juicio valórico de carácter moral.

En tal sentido, Robles Morchón manifiesta que: “La idea de dignidad humana es la traducción al lenguaje secularizado de la idea cristiana de que todos los hombres, independientemente de cualquier condición o circunstancia, son hijos de Dios. Con el cristianismo el hombre adquiere el máximo valor posible. Al

¹⁹ Oehling de los Reyes, A. *La dignidad de la persona*, Ed. Dykinson S. L., Madrid, año 2010, pp. 274 y siguientes.

²⁰ Fernández Segado, F. “La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español”, *RVAP*, núm. 43, Madrid, año 1995, p. 68.

²¹ Cisneros Laborda, G., “Balance y perspectiva de la Constitución” en *Revista valenciana d’ estudis autonòmics*, núm. 39 y 40, Generalitat Valenciana, año 2003, pp. 99 a 101.

ser hecho a imagen y semejanza y al estar destinado por él a la eterna bienaventuranza se sitúa por encima de cualquier voluntad humana. El ser humano deja de ser un medio para transformarse en un fin en sí mismo, no susceptible de rebajarse a la categoría de medio bajo ninguna circunstancia, ni siquiera de carácter excepcional”²². Este autor de una u otra forma logra integrar las tres dignidades, diferenciadas por Torralba Roselló, en un sólo concepto.

La dignidad de la persona es ejemplo del carácter institucional, fundacional y esencial de cada ser humano, lo cual se transmite a sus propios fines que el Derecho debe proteger. Y ello implica precisamente que en la regulación jurídica todo hombre tiene capacidad de obrar, esto es lo que da su especial sentido a las variadas formas del estado civil, marca el alcance de las reglas sobre el patrimonio, autonomía y ejercicio de los derechos de la personalidad y justifica el deber general de respeto a la persona²³.

Lo anterior implica que la dignidad constituye la esencia de la personalidad moral, no pudiéndose construir ésta sino desde la libre elección. Pero al ser el concepto de “personalidad” uno de tal naturaleza, la dignidad que es su punto de partida no podrá tener cualquier contenido sino sólo aquel que efectivamente conduzca al desarrollo moral que el ser humano como libre sujeto agente se propone²⁴.

Pero sin duda la noción de dignidad humana tiene también un sentido práctico, y este sentido se trasluce en diversas sentencias del Tribunal Constitucional²⁵. En tales casos la dignidad se manifiesta como “valor cardinal”, “marco dentro del cual debe desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales”²⁶.

Asimismo, es importante mencionar que la noción de dignidad presenta a su vez una dimensión relacional con los valores superiores y los derechos fundamentales, estos sin duda la explican de manera más detallada²⁷. En orden a los valores constitucionales esa relación está tan incardinada que en muchas ocasiones resulta dificultoso mencionar la noción de dignidad sin hacer mención de principios tales como la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político, todos ellos recogidos en el artículo 1.1. de la CE²⁸.

22 Robles Morchón, G. “El libre desarrollo de la personalidad (Artículo 10 de la Constitución española)”, en *Revista Persona y Derecho*, número 49, Universidad de Navarra, año 2003, p 47.

23 Vid. Torralba Roselló, F. *Cit.*, pp. 87 a 89.

Rocha Espíndola, M. *Cit.*

24 Rocha Espíndola, M. *Ib.*, p.49 y ss.

25 Cfr. Oehling De Los Reyes, A. *Cit.*, pp. 362 y siguientes.

26 STC, Pleno, núm. 235/2007 de 7 noviembre 2007, (RTC 2007/235).

27 Villaverde Menéndez, I. “Los límites de los derechos fundamentales”, en Bastida Freijedo, F. J. et al., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Ed. Tecnos, Madrid, año 2004.

28 <http://www.tribunalconstitucional.es/actividades/artic046.html>. Jiménez Sánchez e De La Cueva Aleu, “La dignidad humana en la jurisprudencia constitucional española”, septiembre-octubre 2007.

Por ello conviene estimar que de una u otra manera la relación del ciudadano y el Estado queda garantizada a través de la garantía de la dignidad, la cual presupone el respeto y protección de los derechos fundamentales y principios directrices estatales. Cuanto más logrados están estos objetivos y valores, tanto más se comprende de como un Estado de Derecho es respetuoso de tal dignidad, y de su necesidad de fomentarla.

4. Ética hermenéutica de la alteridad y los derechos humanos como los derechos del otro en relación a la dignidad humana

Barraca Mairal, tal como lo afirmó en su momento Levinas, procura dar a entender el importante rol que ejerce el otro, no tan sólo respecto al entendimiento que se tenga de la noción de dignidad sino también como concepto que denota el sentido del combate contra la injusticia, manifestación del anhelo por la realización progresiva y efectiva de los derechos humanos. Mas, a este fin, expresa, que esta tarea no parece corresponder a cualquier concepción de estos derechos, sino a aquella asentada sobre convicciones profundas y específicas acerca de la naturaleza de tales derechos. Ello, aunque los filósofos con frecuencia no sepan dar cuenta de estas convicciones²⁹.

La lucha por la justicia y los derechos, según este autor, está llena de amor y valor, pero en muchas ocasiones ese amor no se refiere a una idea abstracta, sino a alguien concreto, aquel singular que se torna en imprescindible. Sin embargo, cada uno, cada otro, es portador de toda la dignidad de la humanidad. No se trata de una dignidad individual, que lo haga parte de una clase o de un género, sino de la plenitud de la humanidad presente en cada otro³⁰.

Es la diferencia y no la igualdad la que posibilita, desde esta perspectiva, una preocupación auténtica por aquello que se identifica como derecho del otro³¹. Es así como, mientras el discurso tradicional de los derechos humanos remite a la fraternidad universal entre iguales, la visión levinasiana de los derechos del otro comporta en cambio la necesidad de una "fraternidad dentro de la extrema separación". Se trata de una condición que aleja a las personas en la infinita diferencia, pero que las aproxima en la inexorable responsabilidad, comprometiendo a cada uno con los derechos de cada otro³².

²⁹ Barraca Mairal, J. *Lévinas y los Derechos Humanos como deudas con el otro*. Avarigani Editores, Madrid, año 2018, p. 24.

³⁰ Antonio López, A. "Derechos humanos como derechos del otro en Lévinas" en *Cuadernos de Filosofía Latinoamericana*, Vol. 31, Nº. 103, año 2010. Ejemplar dedicado a: Metafísica, Ética y Política en Emmanuel Lévinas, p. 111.

³¹ Antonio López, A. Ib., pág. 112.

³² El otro, en palabras de Barraca Mairal, se presenta ante el yo a la luz de un misterio; por consiguiente, no puede con él; pero quien sí puede es él mismo, debido a que puede revelarse, si acaso lo quiere y el yo está abierto a esa revelación. Aunque esto siempre constatando que el yo no lo constituirá. Los derechos del otro son una exigencia que extiende las fronteras de la responsabilidad. Esto, más allá de las propias intenciones y de las acciones del yo, sumiéndolo en una culpabilidad que sólo deja abierta la posibilidad de la subjetividad como responsabilidad. Ese es el horizonte en el que aparecen ante el yo los derechos del otro, ampliamente denominados como derechos humanos.

Barraca Mairal reflexiona sobre esta idea, en el sentido de que estima que los denominados derechos humanos se orientan, tarde o temprano, hacia un mismo lugar, lugar que puede ser calificado de enigmático y arriesgado, pero pleno de profundidad. Dicho lugar consiste en la descripción del sentido de lo humano, denominado el “acontecimiento antropológico”³³.

Entender los derechos humanos como derechos del si mismo y del otro, vivencia compartida, es situar a cada persona no frente a un ente cualquiera, sino frente a un rostro, que se presenta como un enigma. Es el enigma el que funda la ética de la alteridad, porque no consta el rostro del otro como un fenómeno, sino por medio de algo extraño, de una presencia enigmática y misteriosa³⁴. La alteridad, la absoluta diferencia, no puede ser comprendida como una simple comunidad con otro, pues, de ese modo, el otro sería un alter ego y la trascendencia se habría perdido nuevamente³⁵.

La dignidad envuelve la posibilidad de un conocimiento experiencial del otro, del ser personal, más allá del saber objetivo, permitiendo en tal caso, alcanzarlo como ser personal y libre. Ese modo de conocimiento es el amor, que es una captación del ser que pone en marcha y ayuda a la creación de la individualidad propia y del ser amado³⁶.

Estos interrogantes no extraen su luz fundamental de un mero ejercicio de erudición o retórica brillante³⁷. Si no que, implican la reflexión sobre lo que el giro antropológico supone, también, una alternativa a la particular indagación sobre el significado del ser, indagación en que la clave del sentido de este se sitúa en la misma existencia, traducida en su genérico ser en el mundo, en el que el existente parece disolverse hasta perder su singularidad³⁸.

El giro antes mencionado que ha propugnado parte de la filosofía contemporánea sitúa el eje en la alteridad y el origen de la subjetividad humana, una subjetividad entendida como responsabilidad

³³ En tal sentido es señalado por González R. Arnaiz, G., por ejemplo, en su obra titulada *Emmanuel Lévinas: humanismo y ética*, Ediciones Pedagógicas, Madrid, año 1994, quien utiliza el término “acontecimiento antropológico” como clave de síntesis para la descripción de lo humano en tanto que humano en el contexto del pensamiento levinasiano.

³⁴ Cfr. Campos Salvatierra, V. “Los derechos del otro. Un proyecto de refundamentación de los derechos humanos desde la filosofía de Emmanuel Lévinas” en *Revista Pléyade*, N°. 4, Santiago de Chile, año 2009, p. 73.

³⁵ Urubayen Pérez, J. “Las relaciones interpersonales de Marcel y Lévinas: de la intersubjetividad a la alteridad” en *Pensamiento: Revista de investigación e Información filosófica*, Vol. 72, N° 270, Madrid, Enero – Abril, año 2016, p. 62. Lo anterior puede decirse también señalando que el sentido de lo humano solo se descubre como un inmenso misterio, el misterio de una voz que resuena en el corazón mismo de la persona, huella de lo Infinito, una llamada. Esta llamada representa la humanidad misma, lo humano en cuanto humano, la auténtica esencia de ese acontecimiento antropológico. La persona se sitúa, ante este acontecimiento, con reverencia, como junto a la fuente misma de la que brotará el sentido necesario, para toda la larga serie de las preocupaciones posteriores en relación con este tema. ¿Podrá ser comprendido tal enigma, podrá ser aprehendido? Pero algo más importante: ¿podrá ser amado?

³⁶ Urubayen Pérez, J. “Las relaciones interpersonales de Marcel y Lévinas: de la intersubjetividad a la alteridad”. *Ib.*, p. 63.

³⁷ Barraca Mairal, J. *Cit.*, p. 24.

³⁸ Barraca Mairal, J. *Ib.*, p. 26.

inderogable, convocada por la voz de lo infinito, responsabilidad despertada y audible desde lo humano³⁹. De esta manera, se inicia así un camino de orientación para la pregunta por el sentido lleno de interés; se trata de una vía a través de la cual se contribuye a nivel reflexivo a saldar una cuenta pendiente con la relación intersubjetiva y con la alteridad⁴⁰.

En relación con lo anterior, respecto a la iusfilosofía, se ha entendido que la Hermenéutica jurídica, en su desarrollo de la dignidad humana, invita a vivir saliéndose de la mismidad, sin de dejar de ser quien se es, pero también reconociendo al otro, leerlo e indagar comprensiblemente en su sentido. Vivir contemplando que no se está solo, que el encontrar al otro es necesario y que aporta dicha, y por eso es preciso reconocer que la realidad social está influida por la presencia del otro que he de reconocer como un ser que realiza un ejercicio espiritual de sentido y que dicho ejercicio es comparable a la búsqueda del propio sentido del yo⁴¹.

La dignidad muestra que la fuerza del alma humana no es solamente un asunto individual. Así fue entendido, desde principalmente el helenismo, en relación a la idea de Humanidad, la necesidad de alzar los ojos superando la polis con una cosmópolis universal que responsabiliza a todos pero en la que también se puede hallar la dicha. Esta posibilidad de comprender la existencia no es tan dificultosa y sirve para comprobar cómo la ayuda a los demás acrecienta el sentido vital, algo decisivo en la práctica de la dignidad humana⁴².

La dignidad humana también contribuye a iluminar la comprensión del si mismo como ser ontológico que depende espiritual y físicamente de los demás, pues se es capaz de percibir la fragilidad y vulnerabilidad de una existencia que no es la propia y que con su cuidado se acrecienta también el deseo de vivir, de concederle sentido a la existencia. Muestra que la fuerza del alma humana no es solamente un asunto individual. Esta posibilidad de comprender la existencia no es tan dificultosa y sirve para comprobar cómo la ayuda a los demás acrecienta el sentido vital, algo decisivo en la práctica de la dignidad⁴³.

El entendimiento y comprensión del valor inconmensurable de la persona, también contribuye a iluminar la comprensión del si mismo como ser ontológico que depende espiritual y físicamente de los demás, pues se es capaz de percibir la fragilidad y vulnerabilidad de una existencia que no es la propia

³⁹ Barraca Mairal, J. Ib., p. 26.

⁴⁰ Sobre la contibución lévinasiana a la fenomenología contemporánea cf. el estudio de Pintor Ramos, A. "En las fronteras de la fenomenología" en *Ética y subjetividad*, VV.AA., González R. Arnaiz, G. (coord.), Ed. Complutense, Madrid, año 1994, p. 13 a 61.

⁴¹ Grande Yáñez, M. *Cit.*, p. 96. Entonces se es capaz de comprender que se puede compartir con el otro que se reconoce su potencialidad, y en cualquier caso, aunque no surjan experiencias comunes ese otro precisa de respeto majestuoso por todo lo que se ha reconocido en su ser

⁴² Grande Yáñez, M. *Ib.*, p. 98

⁴³ Grande Yáñez, M. *Ib.*, p. 98

y que con su cuidado se acrecienta también el deseo de vivir, de concederle sentido a la existencia.

El situar la connotación ética de tal cuidado como previa y fundamental, respecto de lo ontológico, tiene como consecuencia el considerar al encuentro con la otredad del prójimo como un acontecer, acontecer que no puede ajustarse a una categorización, lógica o dialéctica, ni a los presupuestos metafísicos del tratamiento del mundo, de los entes, de la relación y conocimiento de estos. El otro, tal cual afirma Martí Soler, no podrá disolverse nunca en el marco de la ontología, y, por eso, la ética no puede ser subordinada a aquélla; el encuentro con el otro no es una parte de la ontología, es un a-parte del ser⁴⁴.

Este giro ético y antropológico fundamental de la filosofía posee una importancia cardinal. Concretamente, por lo que respecta a la cuestión de reconducir el problema de los derechos humanos, a su lugar natural, el próximo como un tú. El prójimo – la demanda inextinguible del otro hombre– constituye la voz misma que convoca los derechos humanos; y no un eco posterior, que sucedería a la proclamación política y jurídica de estos, a partir de una concepción individualista de los mismos⁴⁵.

Posiblemente, pueda estimarse que se está ante una heteronomía radical que supone una profunda crítica a la concepción del sujeto egológico y egocéntrico, propia de la filosofía moderna. La experiencia radical del prójimo cancela todas las prerrogativas del sujeto auto-fundado, apropiado y responsable de sí mismo; pues el otro desquicia al sujeto, lo arranca fuera de sí y lo obliga a responder a su reclamo⁴⁶.

Ahora bien, la pregunta por el sentido en materia de fundamentación de los derechos humanos, en primer lugar, derivará en un aspecto teórico, según se ha podido constatar; pero, en segundo lugar, será un asunto de carácter concreto, colmado de existencia singular, la persona del otro. Por consiguiente, si este próximo cobra prioridad, volcándose en un tú, entonces, ello implica que es justo darle tal prioridad para la comprensión cabal de tal fundamentación. Se trata justamente de la posibilidad jurídico-política y, antes, incluso ética de darle a ese otro el justo lugar que merece en la convivencia, darle prioridad.

En relación a lo anterior, en la Hermenéutica jurídica, alcanzar un sentido filosófico es determinante,

⁴⁴ Martí Soler, G. "Posiciones éticas: entre el cuidado de sí y el prójimo" en *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, N° 51, Madrid, año 2014, p. 801.

⁴⁵ El otro humano trae consigo la humanidad; y ambos son inseparables. La antropología debe comenzar, por lo tanto, con el "acontecimiento", en virtud de su significación capital, de lo humano, con el ser humano mismo. Precisamente un importante esfuerzo de parte del pensamiento contemporáneo ha sido el procurar recuperar hoy este horizonte, de hecho, algunos pensadores han hablado de un retorno de la Filosofía actual a la "experiencia antropológica". Este retorno conduciría asimismo a la Metafísica, a través de la fecunda senda de la persona humana, de la relación mutua del diálogo.

⁴⁶ Martí Soler, G. *Cit.*, p. 801.

pues supone la culminación del mismo⁴⁷. Esto, debido a que, tal como manifiesta Grande Yáñez, la operación filosófica de comprensión–interpretación se lanza preferentemente desde los textos hacia el logro de un sentido. Llegar al sentido implica el destino propio de un proceso que comprende diversos esfuerzos hermenéuticos, en el que se va desde una primera comprensión del texto hasta una comprensión interpretadora, total o al menos que busca aproximarse siendo consciente de carencias de diversa índole respecto a la plenitud de sentido de altura personal. Mas, tal sentido es también existencial, al hacerlo propio y ayuda a su vez a la autocomprensión del propio sujeto que interpreta.

Lograr un sentido, una verdad experiencial que implique la existencia, posiblemente no en su totalidad pero que se aproxime a la misma, con motivo de una interpretación, no puede implicar una frialdad cognitiva o una indiferencia afectiva para la persona. Ello, pues el sentido posibilita un estado espiritual–emocional, es existencia que se piensa pero que no se acaba en dicho pensar. Llegar al sentido supone una realización humana, tras el proceso emprendido de búsqueda y descubrimiento. El sentido se asume como una experiencia de la existencia filosófica. El sentido alcanzado enriquece al ser personal, pero también contribuye a su determinación, y se asume como experiencia filosófica.

El sentido es la esperanza del proceso hermenéutico, notas impresas en la melodía de una confianza que se enciende en el fuego del temor y temblor. Se puede seguir siendo sin sentido, o incluso quedar instalado en un aparente sin sentido, lo cual provoca que se debe acudir a la ruta de la perseverancia reflexiva para así encontrarlo.

El sentido es, también, la misma culminación humana de la reflexión personal que se hace de la propia existencia, como proceso vital habitado por el sí mismo y otros próximos, emocionalmente prójimos. El sentido no puede detenerse en una experiencia meramente hermenéutica, no es suficiente, la experiencia plena es personal, inmersa en la trascendencia que estalla en la inmanencia del día a día, por ello se vuelve imprescindible vivir las dimensiones personales que implica el peregrinar por esta vida, camino que, en la mayoría de los casos, es compartido y, a su vez, significa una expectativa de desvelamiento, de atrevimiento filosófico, anhelo de sabiduría; a fin de cuentas, de procurar quitar el velo a la verdad, la gratuidad caritativa del pleno sentido de la justicia existencial del tú que invoca la presencia desde las entrañas de su vulnerabilidad, a juicio de Grande Yáñez⁴⁸.

En esta búsqueda de lo justo que implica la dignidad, el sentido no se encuentra tan sólo limitado a ser una tarea meramente hermenéutica, donde se busca y descifran principios que convoquen y obliguen a un respeto irrestricto de los derechos fundamentales. El sentido de lo común es esencial debido a

⁴⁷ Grande Yáñez, M. *Filosofía del Derecho Hermenéutica*, Editorial Tecnos, Madrid, año 2018, p. 178 y ss.

⁴⁸ Grande Yáñez, M. *Ib.*, p. 285.

que el Derecho y el anhelo de Justicia son una experiencia convivencial⁴⁹.

Ahora bien, la cuestión hermenéutica fundamental plantea, también, el interrogante de si el lenguaje humano se origina desde una pura materialidad con formas consensuadas que permitan la comunicación. El problema, entonces, es cómo establecer el consenso que hace posible la comunicación, sin partir de una comunicación previa que haga posible ese consenso ¿Se requerirá acaso el velo de la ignorancia? O ¿Sera tarea del encuentro de la presencia personal en el sentido?

Efectivamente, consenso ya significa que hay sentidos comunes, es decir que ya hay comunicación. Si no hay contenidos comunes, es imposible modificarlos. Aquí, la clave reside en encontrar lo originario en la comunicación, y lo originario será el sentido de transmitir lo que se es, quién se es. La respuesta deja entrever el contenido de lo humano y su proyección hacia la inmanencia y la trascendencia.

Desde la apertura y el consentimiento del amor, la inteligencia recibe sus principios en una actitud humilde, no dominadora absoluta, sino ligada (vinculada) a lo humano.

En qué consista lo humano se advierte por la observación de aquello que es contradictorio o necesario para su existencia y para su continuidad en la existencia, así como de la consideración de aquello que mejor sirve a una mejor existencia.

Este amor es al fin y al cabo profético, y en cierto sentido supera la entidad del diálogo, haciéndose carne, como lo sugiere el pensamiento de Carlos Díaz, una carne para tiempos de eternidad, no resignándose a unos mínimos, desbordando las propias capacidades, invitando a desbordarse a sí mismo, como si provocara la catarsis del llanto, no por amargura, sino por sentirse en la bondad de saberse amado. Este amor profético provoca el pensamiento, que se origina en la profundidad del saber que se existe como una invocación, como una llamada a ser con otro⁵⁰.

Esta noción amorosa debe entenderse como aquel movimiento espiritual, siempre ascendente y creador, de apertura hacia valores cada vez más altos, en un objeto o individuo determinado. Así,

49 No se trata, en tal caso de una Ley Natural, con contenidos objetivos e ideales inexorables, sino una capacidad de posibilidad de comprensión abierta, que no necesariamente trasciende metafísicamente, sino que básicamente transita hacia la praxis. El alcance del sentido hermenéutico tiene que verse posibilitado y, también, determinado por una expectativa y potencialidad de sentido que habita en el ser. Pero que no habita de cualquier manera, se entiende entre categorías existenciales y personales, entre sentidos innatos, que la Hermenéutica desarrolla y colma, tales son entre otros: la belleza, la trascendencia y también la justicia. El proceso de la Hermenéutica en el camino de la justicia se lanza hacia la búsqueda y convencimiento de un sentido de lo justo, debiendo repensarse la justicia jurídica aplicativa, justicia en la que el proceso hermenéutico jurídico es el camino final del sentido de justicia, al menos en la praxis, muy importante por lo demás. Pero, en el comienzo del proceso y antes del proceso, existía ya un sentido de justicia, como potencialidad pre-hermenéutica, que ha sido abonado en procesos previos, tal como se enfatiza Grande Yañez.

50 VV. AA. El personalismo comunitario y anarquista de Carlos Díaz. Alios Ventos ediciones, Madrid, año 2019, p. 49.

según Solía Nova, en la estela de Scheler, el amor es creador no en el sentido de que sea el sujeto quien invente los valores, sino creador en el sentido de traer a la humanidad -que percibe sentimentalmente- los valores más altos de la realidad amada. El odio, por supuesto, es todo lo contrario, ya que es el movimiento hacia valores más bajos cada vez o el ocultamiento de esos valores más altos⁵¹.

Si el sentido de lo humano es justamente el don amoroso de su origen, entonces, se derramará inclusive sobre la presencia del prójimo, al cual también se le reconoce amorosamente como prójimo. Esto, al reconocer que el otro es un don digno.

5. La transformación digital y el ámbito político de los derechos humanos: la democracia

Al igual que está asentada en esa interioridad y singularidad de cada persona, inseparablemente, la dignidad se expresa, se manifiesta y realiza en la sociabilidad y vocación a la comunión del ser humano, en su ser comunitario. Porque lo que caracteriza por encima de todo la dignidad humana es la apertura de la persona a la trascendencia y su capacidad de comunión.

Por eso, si se limita, por ejemplo, la comprensión de la persona a las cualidades de su interioridad y se las desvincula de las relaciones concretas de solidaridad o rechazo de los otros, la dignidad humana, tal como se ha dejado entrever, pierde su razón de ser. La idea de ser humano se hace plena cuando las cualidades de su interioridad se proyectan hacia la solidaridad con los demás; es decir, cuando el individuo orienta su inteligencia, conciencia y libertad hacia la comunión y participación con los otros. Por eso, nunca existirá un desarrollo integral del ser humano que no sea solidario, comunitario.

Así pues, el reconocimiento de la dignidad humana implica y exige el respeto y la promoción de este carácter social y comunitario de la persona, el cual resulta imprescindible para la comprensión de la misma y la creación de unas condiciones sociales de vida que la hagan posible en la práctica para todos. De ahí que la acción política puede ser una fuerza humanizadora en la medida de que vaya dirigida, con todas sus limitaciones, a construir relaciones e instituciones sociales que posibiliten caminar hacia la vocación, hacia la construcción de un escenario comunitario que posibilite la realización verdaderamente humana de la sociabilidad de la persona.

La vida política necesita, pues, orientarse a fomentar la sociabilidad del ser humano y a construir el mayor grado posible de comunión en la vida social. Esto será signo del reconocimiento práctico de la dignidad de la persona, porque no hay realización personal sin realización comunitaria⁵².

⁵¹ Solis Nova, D. "La definición del amor en la filosofía de Max Scheler" en Cuadernos salmantinos de filosofía, N° 38, Salamanca, año 2011, pág. 130.

⁵² Porcar Rebollar, F (Ed.). *La dignidad de la persona y el bien común. Una aportación al diálogo desde la Doctrina Social de la Iglesia*. Ediciones Hoac, Madrid, año 2015, p. 30.

Hoy por hoy, es de sobra conocido que la democracia, como sistema político, es el que mejor contribuye a la defensa y protección de la dignidad humana, así como al ámbito proyectivo y que singulariza su riqueza conceptual, los derechos humanos, de allí que brevemente sea necesario reflexionar sobre tal sistema político y el proceso denominado transformación digital, para dilucidar si influye o no en los derechos humanos.

Si se realiza una revisión de las principales características de la democracia moderna, se pueden encontrar las siguientes: la libertad individual y la responsabilidad de determinar y dirigir sus propios asuntos; la libertad de asociación, reunión y expresión; la división de poderes o distribución equilibrada de funciones públicas, para el ejercicio de la autoridad de manera independiente y soberana; la igualdad ante la ley de todos los individuos, por su condición de ser humano dotado de dignidad (en derechos y deberes), prohibiéndose las discriminaciones arbitrarias o injustificadas; el sufragio universal plasmado en un proceso electoral, en el que la voluntad del pueblo sea expresada de manera libre de toda presión material o psicológica, secreta e informada, esto es, con conocimiento de los participantes y de sus programas, además de la existencia de dos o más candidatos.

Con el devenir del tiempo, la construcción del concepto de democracia se ha complejizado, ya que se le añaden más y más elementos, como, por ejemplo, el reconocimiento de la participación equitativa de mujeres y hombres como requisito fundamental para garantizar el desarrollo económico, político y cultural de la sociedad.

Hoy en día muchos críticos advierten que la transformación digital puede llegar a ser una amenaza para la democracia, es más, se menciona la posibilidad de una ruptura distópica, donde el empleo exacerbado de internet y la Inteligencia Artificial creen un tipo de ágora política, caracterizada por el sesgo y la discriminación⁵³.

En relación a la influencia de la tecnología en los derechos humanos, paulatinamente se ha consolidado los denominados derechos digitales. Tales derechos son una extensión de los recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y fomentan un modelo de transformación digital que procura reforzar la dimensión humana.

Éstos tienen por objetivo final garantizar el acceso a Internet a todas las personas para cerrar la brecha digital, y promover un uso correcto de la red como un bien común de toda la humanidad.

Los derechos digitales, entonces, pueden entenderse como una actualización de los derechos humanos y fundamentales, siendo en conexión con las tecnologías y sociedades digitales, numerosos y diversos. Como documento ejemplar y sustrato normativo de tales derechos existe la Declaración

⁵³ Coecklnergh, M. *La filosofía política de la Inteligencia artificial*. Una introducción, Ediciones Cátedra, Madrid, año 2023, p. 81.

Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, publicada en enero de 2022.

Ahora bien, tal como son importantes los derechos, junto a los mismos, la democracia es normalmente considerada como uno de los elementos centrales en las constituciones liberales occidentales y del pensamiento político liberal. Muchos sistemas políticos de todo el mundo apelan al ideal de democracia ¿Podría la transformación digital fortalecerla, o más bien, la debilita?

Tal como señala Fernández Mateo se está viviendo el comienzo de una revolución económica y social profunda con importantes consecuencias en la distribución del poder, la riqueza y el conocimiento. Es la mencionada cuarta revolución industrial, que se caracteriza por la existencia de máquinas y sistemas interconectados de forma permanente en todo el proceso productivo.

Mediante la creación de fábricas inteligentes, la cuarta revolución industrial podría generar un mundo en el que sistemas de fabricación virtuales y físicos cooperen entre sí de una manera flexible. Esto permitiría la personalización de los productos y la creación de nuevos modelos de conocimiento del entorno. Tecnologías como la robótica, la inteligencia artificial, el blockchain, el big data, el internet de las cosas, los vehículos autónomos, la biotecnología, etc⁵⁴, sin duda que se vinculan no tan solo a vida cotidiana de la ciudadanía, sino que también a su devenir político.

Además el alcance y la profundidad de la transformación digital y la revolución 4.0 no solo ha cambiado el funcionamiento de los procesos industriales y productivos, sino que dichos cambios afectan a la subjetividad de la persona. En este contexto tecnológico, destaca el denominado transhumanismo, el cual puede ser definido como un proyecto filosófico que ensalza el crecimiento de las capacidades, un nuevo humanismo, que trata de conducir hacia sus límites las capacidades humanas, potenciándolas con la tecnología⁵⁵.

Sin perjuicio, existe también la problemática de que los gobiernos puedan permanecer ajenos a esta convergencia tecnológica y a una sociedad digitalizada corriendo el riesgo de delegar funciones que le son propias o profundizar la distancia con sus administrados. Ello implica el compromiso de asumir un rol proactivo en pos de su propia innovación facilitando la vida de sus ciudadanos y la implementación de políticas eficientes y efectivas para la solución de los problemas. Surge perentoriamente la necesidad de diseñar una nueva agenda que contemple esta nueva realidad asegurando el fortalecimiento de la

⁵⁴ Fernández Mateo, J. "Los fundamentos epistemológicos de la transformación digital y sus efectos sobre la agenda 2030", en *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n° 108 septiembre-diciembre, año 2019, p. 5.

⁵⁵ Fernández Mateo, J. *Ib.*, p. 18. El transhumanismo localiza las raíces de su filosofía en el humanismo de la Ilustración. Sin embargo, desde el punto de vista expuesto, detrás de su filosofía está una determinada comprensión de la razón guiada por las cualidades primarias, la lógica de la identidad, los aspectos computacionales y las unidades de medida conmensurables. A partir de estos presupuestos surge una determinada idea de progreso y la esperanza en la creación de un futuro mejor mediante las fuerzas naturales de la razón, la tecnología, el método científico y la creatividad humana.

democracia en el marco de la Cuarta Revolución industrial⁵⁶.

Por otra parte, la transformación digital también genera nuevos espacios de comunicación que bien aprovechados resultan muy beneficiosos para profundizar la relación con los ciudadanos y promover su participación, todo ello en el contexto de disponibilidad de la información que brindan los datos abiertos. Las redes y plataformas que conforman el nuevo ecosistema digital fomentan el debate, la discusión y los acuerdos impactando en la adopción de líneas de acción acordes con las demandas de la población.

Tomando en consideración estas aseveraciones respecto a la democracia, el mayor reto ético en el uso de las tecnologías digitales, respecto al procurar el buen devenir de la misma, consiste en no reproducir la división de clases sociales y políticas con su consecuente inequitativa distribución del poder. La brecha digital no solo es consecuencia de la desigualdad social, sino que, a su vez, también la conserva y la provoca. Por ende, el poder de la ciudadanía decrece⁵⁷.

Si se desea evitar la despersonalización hay que hacer frente al desafío ético ante la información y la propaganda masiva que promueven la concepción de la política como una expresión de sentimientos y no como ámbito de confrontación de ideas y programas, lo que también es aprovechado para nutrir al populismo y anular la deliberación. De este modo, un gran reto social estriba en regular la veracidad y las incidencias psicológicas en uso de las tecnologías digitales.

Por consiguiente, existe el desafío de humanizar, en definitiva, la transformación digital, situando a la persona, sus derechos y libertades, en el centro de toda tecnología o proceso de cambio en clave digital⁵⁸. Lo anterior denota la elección por la priorización de la persona ante cualquier tipo de desarrollo tecnológico o digital, incluso si eso supone un menor ritmo de avance o cierta paralización del avance.

Debe pensarse que se trata de herramientas, es decir, la digitalización es un instrumento que puede contribuir a luchar contra el cambio climático o no, la tecnología puede generar barreras y desigualdades sociales, lo cual incluye la posible conversión en seres encerrados en los diversos dispositivos, o tiene el potencial de conectar a las personas cercanas, aunque vivan en diferentes latitudes.

La comprensión en torno a la importancia del humanismo digital provoca que la transformación en este ámbito se deba al talento y a la capacidad de las personas. Por consiguiente, es fundamental el procurar que la ciudadanía participe en el diseño de esta nueva realidad, lo cual no se conseguiría si tal

⁵⁶ Toscano, S. Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Política,

⁵⁷ Aguirre Sala, J. F. "Los desafíos de la transformación digital de la democracia", en *RECERCA, Revista de pensament i anàlisi*, Núm. 2, Universitat Jaume I, Castellón, año 2021, p. 8

⁵⁸ Vid. Sevilla, J. *Manifiesto por una democracia radical*, Deusto, Bilbao, año 2024.

dimensión se entiende como un riesgo.

Lo anterior deja entrever la importancia de contribuir a que los derechos y libertades de los que disfruta la ciudadanía en la vida fuera de la virtualidad queden también garantizadas en la misma. Se hace mención entonces a la importancia de reconocer retos de aplicación e interpretación del derecho a la nueva realidad virtual.

Cuidar la democracia es contribuir a la protección efectiva de los derechos humanos que constituye un elemento fundamental que le da vida.

Recapitulando, los derechos humanos en su vertiente positiva son esenciales para la vida política en democracia, en su formulación o determinación normativa, son, ante todo, un esfuerzo humano encaminado a traducir lo intraducible, a alcanzar lo inalcanzable en un escenario de reconocimiento mutuo y deliberación en torno a los requerimientos de las diversas personas que constituyen la comunidad. Esfuerzo, sin embargo, a pesar o gracias a ello, fructuoso, necesario, imprescindible.

La esencialidad de los derechos humanos no queda, por tanto, reducida a los textos positivos que los recogen, ni al contexto histórico político-jurídico que los asume y redacta, en un momento histórico concreto, ni siquiera a las referencias o indicaciones éticas de cada democracia, que una pura moral racionalista señale, en un instante definido con respecto a ellos⁵⁹, son el fundamento irreductible de la vida política misma inclusive si dicha vida acaece en los espacios digitales, cambiara el ámbito más no el protagonista.

Para la democracia implícita en una etapa de profundas transformaciones digitales, los derechos humanos son el fruto de una revelación, de una locución, apelación o llamada, de un fenómeno trascendente al ser humano. Proceden, en su nivel fundamental, de una fuente que desborda lo humano desde dentro de lo humano, es el hilo de vida que recorre al singular personal. Se trata de una luz original sobre lo humano radicada en lo humano mismo (conciencia, de algún modo) que ilumina su más propio sentido. Los derechos humanos tienen así su origen en algo inefable, pero profundamente íntimo, algo propio, aunque también distinto, algo propio y a la par diferente y próximo, realidad del tú en cuanto presencia justa. La transformación digital no puede dejar de lado el respeto y fomento de quien la fundamenta, la persona.

⁵⁹ Entiéndase aquí “moral racionalista” como una cierta restricción del significado de la “moral racional”, restricción propiciada por algunos enciclopedistas, ilustrados y pensadores modernos que conciben la investigación moral de forma muy concreta. Ello a causa de su comprensión de lo racional de un modo limitado, inspirado en las metodologías científicas de las escuelas racionalista y empirista. Cf. McIntyre, A. *Tres versiones rivales de la Ética*, Ed. Rialp, Madrid, año 1992.

6. Consideraciones finales

La dignidad de la persona es un pilar fundamental de la sociedad moderna desde el cual se erige el reconocimiento y la valoración integral de todos los individuos (con sus derechos y deberes) por el hecho de ser personas. Así, ninguna persona por sí misma puede imponer su voluntad sobre las demás y solo un gobierno que ampare la defensa irrestricta de tal dignidad puede considerarse como un gobierno legítimo.

El reconocimiento y promoción de los derechos humanos, los derechos de toda persona por el hecho de ser persona, es expresión fundamental del reconocimiento de la dignidad humana.

La raíz y fundamento de estos derechos está, precisamente, en la dignidad humana. No son derechos otorgados sino reconocidos. Todo ser humano nace con derechos. Su origen no está ni en la voluntad humana, ni en las leyes, ni en el Estado, sino en el hecho de que cada ser humano es persona y a cada persona, por su dignidad, en su dimensión individual y comunitaria – social, le corresponde ser sujeto de derechos en los que se concreta y expresa el reconocimiento de ese valor inconmensurable. Son, por consiguiente, derechos que pertenecen a la naturaleza del ser humano. El reconocimiento teórico y práctico de tales derechos humanos inherentes a la dignidad humana de toda persona y de cada persona es siempre un avance en humanidad. Ese reconocimiento práctico es tarea esencial de la actividad política⁶⁰.

Estos derechos son universales: están presentes en todos los seres humanos, sin excepción de tiempo, lugar o sujeto; son inviolables, porque al ser inherentes a la persona y a su dignidad no deben ser sólo proclamados, sino sobre todo reconocidos y promovidos prácticamente para todos y en todas las esferas de la vida social; y son inalienables, escapan del comercio.

Por todo ello, el reconocimiento de los derechos humanos exige, en primer lugar, dar prioridad al reconocimiento práctico y efectivo de los derechos de aquellos que se encuentran en situaciones de desventaja, que son aquellas personas a las que se les ha privado del ejercicio de los derechos fundamentales en su vida. Esta desventaja, actualmente, incluye la no educación en las diversas competencias digitales y en el acceso a las redes con sus diversos canales de comunicación.

La dignidad humana es sobre todo un compromiso con la vida y su existencia enriquecida por ser compartida. También implica exigencia, pero al mismo tiempo satisfacción, y precisa la comprensión mutua del proyecto de vida, sin perjuicio de la carencia de las necesidades.

La dignidad humana tiene que trascender la concepción individualista, además no puede estar sujeta a

60 Porcar Rebollar, F (Ed.). *Cit.*, p. 31.

la instrumentalización que proceda de un cierto afán de considerar al ser humano sólo en lo referente a su capacidad de empleo de las diversas tecnologías.

Si así fuera la idea de dignidad del sujeto receptor de derechos es insuficiente. La dignidad es prioritariamente más una transformación del mundo que de un ámbito particular que eleva exigencias propias, pero una transformación que provoque acentuar la humanidad de tal mundo, mediante el reconocimiento de lo imprescindible y lo original del otro, para ello es fundamental que los asuntos públicos se gestionen políticamente en un marco deliberativo humanista que si bien contemple el empleo de tecnologías estas contribuyan a dicha humanización no a desvirtuar la condición humana.

Sin duda que los avances tecnológicos crean muchas expectativas pero también resulta ser un desafío inclusive para la democracia, en tal sentido se afirma por ejemplo que en la misma, su necesidad de deliberación, puede ser degradada por la vigilancia y la violación de la privacidad digital a través de los registros individuales o masivos que las tecnologías digitales efectúan⁶¹.

La instrumentalización de la persona, la pérdida de sentido de su corporeidad, debido a la distancia que brindan el acceso a las redes, por una parte, y el afán de homogeneidad extraído de un empleo meramente mercantilista de los datos, sin apreciar la integridad que posibilita ser un alguien, un ser humano, por otra, debilita la garantía de cualquier derecho fundamental y socavan la democracia, entendida esta no únicamente como la normativización de procedimientos al servicio de mayorías legislativas, sino la gestión política de lo social hacia su telos, el bien común.

⁶¹ Aguirre Sala, J. F. *Cit.*, p. 6.

Estudio

El acoso y la violencia en el trabajo realizado por medio de la tecnología de la información y la comunicación. Garantías y medidas preventivas. Un estudio desde la aplicación del CIT 190

María del Luján Charrutti Garcén*

Profesora Adjunta de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Facultad de Derecho Universidad de la República Uruguay

Sumario

1. Introducción
2. Límites jurídicos al poder de dirección del empleador en el uso de las nuevas tecnologías
3. Obligaciones del empleador
4. Violencia digital y ciberacoso

Resumen

El presente estudio se focaliza en las garantías al cumplimiento de la normativa protectora a través de políticas institucionales (públicas y privadas) y empresariales de prevención, como freno a la vulneración de los derechos fundamentales en su abordaje desde la gestión en salud y seguridad en el trabajo, considerando los riesgos psicosociales que puedan ocasionar en el trabajador los casos de acoso y violencia en trabajo a través de las TIC.

Palabras clave

Acoso y violencia, digitalización, Tics, CIT 190, políticas públicas, políticas privadas.

* Doctora en Derecho Universidad de Castilla La Mancha, España. Profesora Adjunta de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Facultad de Derecho Universidad de la República Uruguay.

1. Introducción

En una mirada hacia nuestra realidad la reglamentación que contenga la prohibición de uso del correo electrónico de la empresa u otro tipo de comunicación e información o regímenes unilaterales de contratación como es el caso de trabajadores de plataformas donde se pactan cláusulas que lindan con los derechos fundamentales del trabajador, no consideran la protección de la intimidad y vida privada del trabajador. Esta concepción contractualista ha sido superada desde una óptica diferente que entra en la valoración de los derechos fundamentales entrando en conflicto con el poder de control del empleador. Desde este enfoque en su dimensión positiva, asume relevancia el poder de control del trabajador, entendido este como la libertad del trabajador de disposición de sus propios datos, como lo ha afirmado la jurisprudencia y doctrina europea. La idea de la libertad del trabajador de disposición y cuidados de sus datos, con la información que deberá proporcionar el empleador sobre sus políticas de control y seguridad dan la entrada a nuevas limitaciones del poder de control empresarial, conformando así un nuevo enfoque de medidas preventivas. La obligación de cumplimiento de la normativa e intimación desde la Inspección de Trabajo (CIT 81 y 190) de medidas de prevención, y difusión de políticas empresariales son fundamentales para delimitar el poder de control del empleador en el uso de las nuevas tecnologías. La conformación de medidas preventivas (protocolos, difusión, formación) a fines de erradicar el acoso y la violencia en el trabajo realizado a través de TIC, desde una concepción más amplia de vida privada del trabajador y derecho fundamental a la protección de datos conlleva el dilema planteado objeto de estudio.

Con fecha 21 de junio de 2019 la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo adoptó el CIT 190 sobre violencia y acoso en el trabajo. Su finalidad se encuentra implícita en su título, “Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, como también en su preámbulo al señalar: “...Reconociendo que la violencia y el acoso en el mundo del trabajo pueden constituir una violación o un abuso de los derechos humanos, y que la violencia y el acoso son una amenaza para la igualdad de oportunidades, y son inaceptables e incompatibles con el trabajo decente”...; el Convenio vino a reforzar las garantías ya existentes sobre derechos fundamentales en el trabajo.

En cuanto al tema de estudio el artículo 3ro que establece el ámbito de aplicación, ha contemplado el acoso y la violencia a través de medios tecnológicos, así es que señala: “El presente Convenio se aplica a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo: ..d) en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación; ..” Sabemos que constituye una realidad en constante evolución el acoso y la violencia perpetrado a través de medios tecnológicos, también llamado por algunos autores “ciberacoso”. La legislación mundialmente va avanzando y varios son los países que ya cuentan con normativa sobre protección

y derecho a la desconexión. No obstante, el avance tecnológico avanza y las particularidades de las relaciones laborales son infinitas dando lugar a vulneraciones de derechos fundamentales que merecen una normativa que ampare y garantice los derechos digitales de los trabajadores. Atento a ello los países deberían focalizar su normativa hacia la prevención en materia de salud y seguridad atendiendo los riesgos psicosociales que implica para los trabajadores, en especial como se ha podido constatar el trabajo en plataformas entre otros, y todos aquellos que requieren apoyo y contralor tecnológico para preservar su fuente laboral y hasta para poder ser mejor calificado en su labor.

En el CIT 190 importa destacar que el art. 9 señala: “Todo Miembro deberá adoptar una legislación que exija a los empleadores tomar medidas apropiadas y acordes con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluidos la violencia y el acoso por razón de género, en particular, en la medida en que sea razonable y factible: a) adoptar y aplicar, en consulta con los trabajadores y sus representantes, una política del lugar de trabajo relativa a la violencia y el acoso; b) tener en cuenta la violencia y el acoso, así como los riesgos psicosociales asociados, en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo; c) identificar los peligros y evaluar los riesgos de violencia y acoso, con participación de los trabajadores y sus representantes, y adoptar medidas para prevenir y controlar dichos peligros y riesgos, y d) proporcionar a los trabajadores y otras personas concernidas, en forma accesible, según proceda, información y capacitación acerca de los peligros y riesgos de violencia y acoso identificados, y sobre las medidas de prevención y protección correspondientes, inclusive sobre los derechos y responsabilidades de los trabajadores y otras personas concernidas en relación con la aplicación de la política mencionada en el apartado a) del presente artículo.”

La OIT vuelve a insistir en los riesgos psicosociales que genera el acoso y violencia en el trabajo, exigiendo políticas de prevención en la materia, así como su abordaje en comisiones bipartitas de higiene y salubridad en el trabajo como fue previsto en el CIT 155 y posteriormente en el CIT 161 con los servicios de salud en el trabajo. Por cuanto las nuevas tecnologías aplicables a las relaciones laborales no se encuentran ajenas, sino que el CIT 190 lo ha indicado dentro de su ámbito de aplicación. Las innovaciones tecnológicas favorecen la continua vigilancia de la actividad de los trabajadores sea dentro como fuera de la organización¹. Es así, que, aunque el trabajador se encuentre fuera de la organización éste podrá ser vigilado, y aún fueras de las fronteras del país donde desempeña su tarea.

2. Límites jurídicos al poder de dirección del empleador en el uso de

¹ Marín Alonso, Inmaculada *“El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa”*. Ed Tirant. Valencia 2005 p. 44. La autora ha manifestado: “La innovación tecnológica permite y favorece mediante instrumentos como las videocámaras o la monitorización de computadores la continua y centralizada vigilancia de la actividad del trabajador transformando así por un lado una de las máximas básicas del taylorismo y de la dirección científica de la empresa a cuyo tenor la supervisión y control del trabajo se atribuye a la cúspide de la misma mediante la observación del comportamiento laboral del trabajador del forma inmediata y personal”.

las nuevas tecnologías

Es posible admitir entonces que estamos frente a un poder de dirección y control del trabajo diferente al que estábamos acostumbrados a estudiar y a definir, de aquel de la empresa clásica donde el empleador o un grupo de empleadores organizaban y dirigían la empresa con escasa intermediación de jefaturas de personal. Las innovaciones tecnológicas favorecen la continua vigilancia de la actividad de los trabajadores sea dentro como fuera de la organización. No obstante, el poder de dirección sigue siendo un concepto jurídico a pesar de los cambios tecnológicos, pero es indudable que al mismo tiempo se encuentra enmarcado en relaciones sociales y económicas, que incidirán en la toma de decisiones del empleador. Sin embargo, no olvidemos que este poder jurídico cuyo ejercicio se encuentra legitimado por el contrato de trabajo para algunos autores, no es absoluto, sino que tanto la doctrina y como jurisprudencia se han encargado de construir los límites a su ejercicio, conforme a los preceptos normativos consagrados especialmente por las constituciones de los regímenes democráticos.

Tanto es así que la doctrina española ya lo había afirmado al sostener que “el proceso de desregulación ha acentuado la necesidad de protección de los derechos fundamentales del trabajador, tanto por la mayor peligrosidad de las nuevas tecnologías que permiten hoy formas de control de los trabajadores especialmente intensas, como por la creciente importancia de valores como la igualdad, la no discriminación, el pluralismo etc...”.²

No obstante, cabe recordar que en el derecho latinoamericano se ha señalado la existencia de un bloque de constitucionalidad que sigue vigente aún con los cambios tecnológicos. Los derechos fundamentales del trabajador en tanto persona forman parte de este bloque el cual se encuentra integrado por los derechos humanos y garantías expresamente reconocidos en las cartas constitucionales y por los derechos humanos implícitamente reconocidos por ser inherentes a la persona humana o a la forma republicana de gobierno y los reconocidos de fuente internacional. Así un ejemplo de ello lo constituye el orden jurídico uruguayo donde adquirió trascendencia en el último siglo el art. 72 de la Constitución de la República, “en consecuencia la jurisprudencia comenzó a aplicar el régimen de los derechos humanos fundamentales a algunos que no aparecen expresamente mencionados en el señalarse el principio de igual salario para hombres y mujeres, el derecho a la negociación colectiva que no aparece claramente reconocido en la constitución y la protección de los derechos personalísimos del trabajador (derecho al nombre, derecho a la imagen etc.) ante el empleador”³. Norma constitucional que hoy en día es de fundamental importancia por su aplicación a los efectos de la protección de los

² Rodríguez-Piñero, Miguel y Bravo Ferrer. “El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas”. Prólogo. Ricardo Escudero Rodríguez Coordinador. Colección Relaciones Laborales. Ed. La ley España 2005.

³ Mantero, Osvaldo “Derecho del trabajo y derechos humanos fundamentales”. XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Montevideo, 2003.

derechos fundamentales inespecíficos del trabajador.

Continuando con este concepto se afirma como lo ha referenciado la doctrina que el trabajador es titular de derechos fundamentales en tanto persona y por tanto “lleva a la relación laboral derechos inherentes a su persona que son previos al contrato de trabajo que concierne y de superior rango y valor a los que en él puedan haberse acordado, pero cuyo ejercicio va a repercutir ineludiblemente en el propio contrato de trabajo y en la organización de empresa en la que éste se inserta, instituciones éstas la contractual y la empresarial, que responden a unas lógicas inicialmente poco favorables para esas pretensiones.”⁴ Estas pretensiones serán más o menos favorables conforme a la estructura organizacional donde se encuentre el trabajador y el contexto político, social y económico del momento en que se produzca el menoscabo de sus derechos fundamentales como persona, a decir de Valdés dal Re “cada contratante aporta a la relación laboral este conjunto de derechos con diferente peso específico”⁵.

En cuanto al derecho a la dignidad dentro del contrato de trabajo consecuentemente con lo afirmado por la doctrina, el fundamento constitucional de todos los demás límites al poder de dirección es el respeto a la dignidad de los trabajadores y sus derechos inviolables, parámetro para la aplicación de todo el ordenamiento, desde los valores superiores a la última norma jurídica; por tanto el ejercicio de los derechos del empresario se ve limitado por el respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador⁶. El respeto a la dignidad del trabajador y a la intimidad posee hoy claro fundamento constitucional, como se hizo referencia antes (los artículos 72 y 332 de la Constitución Uruguay con aplicación en la esfera pública y privada). Dentro del ordenamiento jurídico se contempla la dignidad de la persona como valor axiológico último, unido al libre desarrollo de la personalidad. Estos dos aspectos impregnan todo el ordenamiento irradiando sus efectos a cualquier relación jurídica incluida la laboral⁷.

La dignidad del individuo se conecta con todos aquellos aspectos que atañen a la persona, sea la intimidad, la integridad física o el desarrollo de la personalidad. Todo aquello que es propio del individuo compromete su dignidad, siendo especialmente delicado si se produce en un contexto de subordinación. El reconocimiento por un texto, constitucional de los derechos vinculados a la persona del trabajador –derecho a la dignidad personal, a la no discriminación, a la libertad de pensamiento, a la libertad sindical, a mantener pleno dominio sobre su esfera privada, es desde luego la condición

⁴ Valdés dal Ré, Fernando “*Los derechos fundamentales de la persona del trabajador*”. XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Montevideo 2003 p. 89.

⁵ Valdés dal Ré, Fernando en ob cit...p. 97.

⁶ Palomeque Lopez, Manuel Carlos y Alvarez de la Rosa, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Decimosexta Edición. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid 2008 p. 531.

⁷ Valdes, Berta en La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral. Ed. Trotta Madrid, 1997p.23.

necesaria para el disfrute de los mismos en el concreto ámbito de la empresa⁸.

Debemos estudiar nuevos límites al poder de dirección del empleador, los avances tecnológicos hacen que esta visión distanciada en el tiempo, pero presente en las nuevas formas de dirigir y organizar el trabajo nos lleven a repensar las fronteras que deberán estudiar los operadores jurídicos para evitar la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador y más aún cuando pensamos que la dirección de la empresa puede estar en manos de un soporte tecnológico.

Focalizando en una primera aproximación el concepto de poder de dirección del empleador, diremos que es la facultad de dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de ejecución del trabajo, así lo ha expresado la doctrina española⁹.

Por lo cual el contrato de trabajo aún con los avances tecnológicos existe, y por tanto la facultad de dar órdenes empresariales continua, no obstante, las decisiones del empleador pueden provenir de una máquina inteligente, el trabajador puede tener un compañero robot, a su vez su trabajo puede que se encuentre videovigilado por sistemas de inteligencia artificial, asistentes virtuales, la inserción subcutánea de microchips, o drones de vigilancia. Estos medios neotecnológicos nos obligan a comenzar a pensar en una respuesta jurídica y ética, frente a los derechos fundamentales de los trabajadores que puedan verse afectados.

Así también la fase de contratación reviste cada vez mayor importancia a la hora de concientizarnos de las repercusiones de los avances tecnológicos en lo que refiere a la dignidad del trabajador. Sabido es que el fluido de información a través de las redes sociales hace que la contratación del trabajador pueda contener sesgos discriminatorios. Quien selecciona personal recolecta información íntima del candidato tales como domicilio (barrio en donde vive o donde vive su familia), creencias religiosas, políticas, orientación sexual, gustos, aficiones, círculos de amigos, comentarios, opiniones, características de su personalidad y comportamiento. Hoy las redes sociales contribuyen a que esta información sea obtenida con mayor facilidad.

Por tanto, el desarrollo tecnológico conduce a repensar nuevas formas de control del empleador que no son ilimitadas, sino que contienen límites determinados por los derechos fundamentales del trabajador. Esto nos lleva a abordar el tema también del derecho a la intimidad del trabajador, el poder de dirección del empresario y sus limitantes, el estudio de un derecho a la protección de datos que tiene el trabajador, así como también conceptos desarrollados por la jurisprudencia internacional

⁸ Valdés Dal -Ré, Fernando. Los Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador, en *Autoridad y Democracia en la empresa*. VVAA Coords. Joaquín Aparicio y Antonio Baylos. Ed. Trotta, Madrid, 1992 p. 27.

⁹ Palomeque Lopez, Manuel Carlos y Alvarez de la Rosa, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Decimosexta Edición. Ob cit, pag. 530 y ss.

como vida privada del trabajador, expectativa de confidencialidad, test de proporcionalidad.

En este escenario se obliga al trabajador a enfrentar nuevas realidades, que van desde la observación de su tarea, la utilización de su imagen por la empresa con fines publicitarios o comerciales, la revisión de su ordenador o computador, así como también su teléfono. Su herramienta de trabajo cuenta con vigilancia tecnológica y hasta en algunos casos ya viene incorporada desde su origen de fábrica, pensemos en el caso de los medios transporte que cuentan con cámaras incrustadas, o las empresas de seguridad que ponen al alcance de la empleador -su cliente- todos los medios tecnológicos para ofrecer en el mercado la mejor seguridad en la empresa, o los computadores del mismo trabajador donde se les debe incorporar sistemas de conexión de redes privadas a los efectos de que pueda ser realizado el trabajo desde su hogar. No obstante, hoy no sabemos hasta donde llegará el avance tecnológico, ¿puede el monitoreo permanente ser el medio adecuado y eficaz para obtener mayor productividad? O, por el contrario, podemos estar expuestos a riesgos psicosociales generando problemas de ansiedad, pánico, violencia en el trabajo o enfermedades derivadas del estrés, lo que conllevaría a repercutir en el sistema de seguridad social, y en toda la sociedad sin duda. Esta respuesta ética y jurídica se debe a toda la sociedad, por ello se deberán encontrar nuevos límites a este nuevo poder de dirección tal cual se presente hoy en el mundo laboral.

La doctrina ha estudiado los diferentes algoritmos laborales que las empresas aplican con total normalidad, así tenemos algoritmos laborales que seleccionan personal, algoritmos laborales que extinguen la relación laboral, algoritmos que modifican condiciones sustanciales de trabajo previstas en un convenio colectivo. Debido al desarrollo de la inteligencia artificial y concretamente a la gestión algorítmica en las empresas, se están tomando decisiones automáticas que organizan las relaciones laborales de forma unilateral. Uno de los principales problemas que plantea la sustitución del empresario por el algoritmo es la determinación de la responsabilidad en la toma de decisiones, contrarias a la Constitución y a las leyes. Los algoritmos laborales no tienen capacidad jurídica para ser responsables, la digitalización de las relaciones laborales favorece la fragmentación e individualización del trabajo dando lugar a la erosión de la intervención sindical. La doctrina llega a profundizar sobre la necesidad de la formación de los representantes sindicales en materia de derechos digitales¹⁰.

Al tenor de lo expuesto nos preguntamos, ¿es suficiente el conocimiento del trabajador o del sindicato?, ¿es un elemento importante para determinar si hubo o no vulneración del derecho a la vida privada, intimidad del trabajador el hecho que sean conocidos por el trabajador los medios de contralor dispuestos para supervisar su trabajo?, ¿los derechos fundamentales inespecíficos operan como freno ante los excesos de vigilancia y control por el empleo de las nuevas tecnologías?, es necesaria la

¹⁰ Melian Chinae, Laura María. Algoritmos laborales y negociación colectiva. RDS 99, Bomarzo, Albacete año 2022, p. 43, 44 y 45.

formación en materia de derechos digitales de los representantes de los trabajadores? Una vez más se plantea la necesidad de formación como un bien necesario para fortalecer la negociación colectiva. La temática planteada nos obliga a considerar los conceptos de trabajo decente todo lo cual se conecta con las obligaciones del empleador de generar condiciones laborales adecuadas para erradicar la violencia y el acoso laboral en el trabajo.

3. Obligaciones del empleador

El CIT 190 les ha dado especial importancia a las obligaciones del empleador de ahí que el art. 9 como se ha referido antes señala “Todo Miembro deberá adoptar una legislación que exija a los empleadores tomar medidas apropiadas y acordes con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo...”.

La legislación consecuente que establezca obligaciones para el empleador a título de medidas preventivas conduce a prevenir conductas y eliminarlas a los efectos de proteger a los trabajadores. Un ejemplo de ello antes de la adopción del CIT 190 lo podemos ver en la normativa de Uruguay con la ley de 18561 (2009) que establece normas para la prevención y sanción del acoso sexual laboral. Así el art. 6 señala: (Obligaciones del empleador).- Todo empleador o jerarca estará obligado a: A) Adoptar las medidas que prevengan, desalienten y sancionen las conductas de acoso sexual. B) Proteger la intimidad de las personas denunciantes o víctimas, debiendo mantener en reserva las actuaciones que se cumplan, así como la identidad del o la víctima y de quienes sean convocados a prestar testimonio en las investigaciones. C) Instrumentar las medidas que protejan la integridad psico-física del o la víctima, y su contención desde la denuncia, durante las investigaciones y una vez que éstas culminen adoptar acciones acordes a la decisión emitida. D) Comunicar y difundir a los supervisores, representantes, trabajadores/as, clientes y proveedores, así como al personal docente y no docente y a los alumnos/as la existencia de una política institucional consecuente contra el acoso sexual.

El artículo aplicable por analogía a las situaciones de acoso moral laboral y violencia en el trabajo, como lo ha sostenido el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en Uruguay, conduce a que las medidas preventivas contribuyan a una eficaz herramienta para eliminar las situaciones de abuso y acoso en el trabajo¹¹.

En cuanto a las nuevas tecnologías y su utilización por parte del empleador, el conocimiento del

¹¹ Sentencia No. 261 “...demanda de nulidad contra la Resolución dictada por la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social, el día 5 de mayo de 2019, en el Expediente No. 2015-13- 4-0000370, que dispuso: “Intimar a la firma ... el dictado de un curso sobre género, destinado a los mandos medios y titulares de la firma, otorgándose un plazo de 90 días para el cumplimiento de la intimación, que deberá ser acreditado mediante la presentación del programa del curso y la planilla de asistencia” ...La Resolución señaló en sus fundamentos, concretamente el en Considerando IV: “La intimación de una medida preventiva no importa la imposición de una sanción”... Con ello, cabe concluir que el acto impugnado en obrados no resulta procesable ante la jurisdicción del Tribunal”.

trabajador pasa a tener un lugar preponderante sin embargo este conocimiento dista de ser una mera comunicación tal cual lo plantea el Tribunal Constitucional español no siendo suficiente por ende la colocación de carteles, avisos, notificaciones a través de reglamentos de empresa, así como tampoco el hecho de acordarlo por convenio colectivo. Será conveniente un examen exhaustivo sobre si el empleador cuenta con otros medios menos invasivos de la intimidad del trabajador para ejercer el control. No es suficiente con que la empresa tenga protocolos o reglas internas que prohíban el uso de los medios técnicos para fines personales, será necesario además que la empresa previamente avise sobre los controles que pudiera llevar a cabo, así como los medios que piensa utilizar para ello. Se deberá informar la política de uso de los medios informáticos, esto es la obligación de comunicar a los trabajadores la forma de uso profesional o personal de internet y en general de los instrumentos de comunicación electrónica¹². Importa como medida preventiva la confección de un protocolo o reglamento que contenga la política adoptada por la empresa en la regulación de los sistemas de seguridad, siendo indispensable el conocimiento del trabajador de que el empleador está recolectando sus datos, la finalidad, así toda información que concierne al uso de la comunicación electrónica, acceso a los archivos, lectura de documentos, contando con reglas claras a fin de tener derecho de acceso, cancelación o rectificación. Todo lo cual podría contenerse perfectamente en convenios colectivos, la vía del acuerdo de las partes profesionales llevara a evitar abusos y vulneraciones de derechos, actuando como limitante de los poderes empresariales.

La doctrina diferencia entre el derecho a la intimidad y el derecho fundamental a la protección de datos, la función del derecho a la intimidad es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros, en cambio el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. Pero ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que poseen los terceros, quiénes los poseen y con qué finalidad. Las medidas de vigilancia que lleve a cabo el empleador deberán tener proporcionalidad con dichos derechos fundamentales, deben superar el test de proporcionalidad, dependiendo de las reglas que la empresa

12 Goñi Sein, José Luis. *Las nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: Análisis desde la perspectiva del reglamento Europeo de protección de datos de 2016*. RDS 78, Bomarzo, Albacete, 2017, p. 35. "Al respecto el autor señala: Hay que tener en cuenta que la información previa posee una relevancia decisiva por cuanto, como indica el propio TC en la Sentencia 29/2013 "este deber permite al afectado ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y conocer la dirección del responsable del tratamiento o en su caso, del representante (art. 5 LOPD)". El art. 5.1 de la LOPD exige que se informe de "modo expreso, preciso e inequívoco". Y en una línea más contundente, el nuevo Reglamento establece que a la persona física le "debe quedar totalmente claro que se están recogiendo, utilizando, consultando o tratando de otra manera datos personales que les conciernen, así como la medida en que dichos datos son o serán tratados".

haya establecido y comunicado¹³. Se impone este deber previo de información como se hizo referencia antes, que protegerá al trabajador frente a las intromisiones en su ámbito privado. Así el TEDH -Gran Sala- confirma la vertiente positiva de la intimidad o el derecho a mantener el control sobre los datos personales que le atañen al trabajador, afirmando que “las instrucciones de un empleador no pueden reducir la vida social privada en el lugar de trabajo a cero, el respeto de la vida privada y de la confidencialidad de la correspondencia sigue existiendo, aun cuando pudieran estar restringidas en la medida de lo necesario”, debiendo por ende valorar el alcance de la medida de control atendiendo al principio de proporcionalidad. El TEDH recupera el principio de proporcionalidad para evaluar la licitud del control empresarial empleado y con ello un canon de enjuiciamiento más equilibrado, para ponderar el conflicto entre los derechos fundamentales del trabajador y las facultades del poder empresarial¹⁴. Ante lo expuesto por la doctrina consideramos que el rol fundamental en política de prevención la tienen los organismos de contralor sean que pertenezcan al Estado, sindicatos u otras organizaciones como puede ser la Organización Internacional de Trabajo. El diseño de política empresariales (tanto para empresas públicas como privadas) de prevención, capacitación y difusión sobre respeto de los derechos fundamentales del trabajador, lleva a una sensibilizar sobre la temática y sus consecuencias que no solo dañan al trabajador sino a toda la sociedad en su conjunto.

Una adecuada difusión y sensibilización sobre los derechos fundamentales del trabajador es un punto de partida obligatorio para toda organización que pretenda instrumentar reglamentos o acuerdos sobre la protección de los derechos digitales en lo que refiere de intimidad, vida privada, a fin de evitar su afectación por el uso de las nuevas tecnologías. No solo será suficiente confeccionar directivas a fin de garantizar al trabajador un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado, sino que deberá preceder indefectiblemente el conocimiento por todos los colectivos, trabajadores y empleadores de los derechos fundamentales que posee el trabajador en tanto persona. Estos protocolos deberían focalizarse en primer lugar a los efectos de su confección en la prevención de los riesgos psicosociales que conllevan la vulneración de los derechos referidos.

La Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales par al Década Digital afirma la necesidad de que la transformación digital se aborde de manera plenamente conforme con los derechos fundamentales, puesto que las personas constituyen el núcleo de la transformación digital de la Unión Europea¹⁵.

13 Toscani Gimenez, Daniel “La vulneración del derecho a la intimidad por delatores, detectives privados y medios tecnológicos. RDS 71, Bomarzo, 2015.

14 Gallardo Moya Rosario. “Un límite a los límites de la vida privada y de la correspondencia en los lugares de trabajo. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 5 de setiembre de 2017 en el caso *Barbulescu c. Rumania*.” Análisis de Jurisprudencia. RDS 79 Bomarzo, Albacete, 2017, p. cit pag. 79.

15 HHRodríguez Piñero Royo, Miguel. El nuevo Derecho Digital y los problemas de la discriminación. www.cielolaboral.com, 2022.

Los países miembros de la Organización del Trabajo deberían tener presente a los efectos de la aplicación de los CIT 155, 161 y 190 la vulneración de derechos fundamentales del trabajador como lo son la dignidad, igualdad, no discriminación, intimidad, la vida privada, la protección de datos, el secreto de correspondencia, a efectos de implementar mecanismos de prevención, y difusión a fin del control del poder de dirección del empleador, atendiendo a los riesgos psicosociales que conlleva su vulneración. En cuanto al contralor del cumplimiento de las medidas preventivas es fundamental el rol de la Inspección del Trabajo (CIT 81), a los efectos de su establecimiento, contralor de cumplimiento e intimación de las mismas.

A tales efectos cabe preguntarse cómo se instrumentaría el protocolo a los efectos de que el trabajador puede ejercer el control sobre sus datos personales, sin lugar a duda la formación y capacitación sobre la materia sin distinciones será un elemento fundamental, así como tener presente reglas a la hora de investigar los hechos denunciados tales como formación debida en la temática de los operadores jurídicos que deben valorar las distintas situaciones. Una debida formación en protección de derechos fundamentales, prevención de acoso y violencia en el trabajo será un punto de partida eficaz. La perspectiva de género en las resoluciones a adoptar por los operadores jurídicos es significativa a la hora de dictaminar, un ejemplo de ello lo tenemos la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do para” el Tratado multilateral para América Latina de 1994 en la que establece: *“.....la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades”*;

Pero cabe preguntarse cómo pueden ocasionarse las situaciones de acoso, violencia, discriminación a través de las tecnologías de la comunicación y la información. La doctrina laboral europea ha estudiado la diferente casuística ocasionada por los algoritmos. Se ha señalado que la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2021 (ECLI: ES: AN: 2021: 1855), detecta discriminación indirecta en el sistema de control de la jornada. Ese algoritmo exigía del trabajador el estar continuamente conectado y solo podía realizar las pausas cuando la empresa las tenía programadas. Así también un algoritmo creado por la plataforma Deliveroo llamado Frank introduce el tema de los derechos fundamentales y las TIC. El sistema de asignación de trabajo lo llevaba a cabo Frank a través de las conductas previas del trabajador. El repartidor elegía de entre todas las franjas horarias existentes, un lapso 3 concreto en el que llevar a cabo su prestación de servicios; si finalmente no podía o no quería trabajar en ese horario reservado, podía negarse, pero este rechazo conllevaba que la próxima vez que accediera a la plataforma tendría menos probabilidades de elegir el horario en el que prestar sus servicios, porque el algoritmo otorgaba preferencia a los empleados que no habían cambiado de opinión en la reserva horaria. Pero, y aquí es donde surge el conflicto, el sistema no distinguía entre la razón del rechazo del repartidor, tratando por igual a todas las causas con la consiguiente lesión que para los derechos de

los trabajadores (Sentencia del Tribunal de Bolonia de 31 de diciembre de 2020, 2949/20)¹⁶.

Los conflictos ocasionados por la lectura de la plataforma pueden llegar a ser infinitos, el algoritmo no podía diferenciar si los trabajadores estaban haciendo uso de su derecho de huelga por ejemplo o haciendo uso de su descanso.

En Uruguay la sentencia del Tribunal de Apelaciones de 2do turno 151/2022, sobre el caso de trabajadores de plataformas en el caso Uber pone énfasis en las características de la relación contractual, que es suficiente en no llegar a determinada calificación que elabore la plataforma en base a los comentarios de sus clientes, para proceder a dar de baja de la misma al conductor, es decir una auténtico despido, así se señala: “Establece la cláusula 2.6.2 “... cada Conductor debe mantener una calificación promedio por los Usuarios que exceda la calificación promedio mínima aceptable establecida por Uber a su exclusiva discreción (“Calificación Promedio Mínima”). Si la calificación promedio del Conductor desciende por debajo de la Calificación Promedio Mínima, Uber se pondrá en contacto con el Cliente y/o Conductor para informarle al respecto y podrá darle al Conductor, a discreción de Uber, un plazo límite de tiempo para aumentar su calificación promedio por encima de la Calificación Promedio Mínima dentro del plazo establecido (si procede), Uber se reserva el derecho a desactivar el acceso de dicho Conductor de la Drive App y los Servicios Uber.” (fs. 88). Conexo con el punto, resulta convocable lo señalado en la sentencia dictada respecto de UBER en California, en la que se destacó que lo importante no es cuánto control ejerce la empresa en la prestación del servicio, sino cuanto control se reserva el derecho a ejercer (Sande, Bruno Plataformas y relación de trabajo. Análisis desde la perspectiva del Derecho del Trabajo uruguayo, publicado en las XXX Jornadas Uruguayas del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, AUDTSS-FCU, p. 52). Y en el caso UBER se reserva el derecho de bloqueo a la app y consecuentemente de rescisión unilateral del vínculo en casos como el relatado, pero también en otras situaciones (véase cláusulas 2.2, 2.6.2) a su “única razonable discreción”. Cabe hacer referencia a las formas de desvinculación del trabajador que si bien es un poder del empresario la figura jurídica en determinadas situaciones se enmarca en un abuso del mismo, el cual es considerado un acto de violencia por la doctrina laboral¹⁷.

No en vano el CIT 190 ha puesto dentro de su ámbito de aplicación de acoso y violencia a las tecnologías de la comunicación y la información, enfatizando en su artículo 9 sobre los riesgos psicosociales

¹⁶ Asquerino Lamparero, Maria José. Algoritmo y discriminación. Publicación www.cielolaboral.com

¹⁷ Baylos Grau, Antonio; Perez Rey Joaquín. El despido o la violencia del poder privado. Madrid Trotta 2009. Donde los autores estudian el despido “como un acto de violencia del poder privado empresarial que tiene que ser regulado y limitado en su potencialidad lesiva del trabajo como status de ciudadanía social. Es una figura que tiene que reconducirse al lenguaje de los derechos sin que por el contrario pueda defenderse su deslizamiento hacia el lenguaje del dinero y de la imposición del poder privado que éste materializa, un lugar en donde sin embargo se obstina en mantenerlo una interpretación jurisprudencial cuyo discurso es mayoritariamente neoliberal y una doctrina que acepta sin apenas contraste estas tendencias”.

asociados a la misma y las políticas empresariales que deberán estar focalizadas hacia la gestión en seguridad y salud en el trabajo; así como identificar los peligros y evaluar los riesgos de violencia y acoso, adoptando medidas para prevenir y controlar dichos peligros y riesgos, sin olvidar la definición del artículo 1 en cuanto define: “la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género”. Sin lugar a dudas la presión psicológica ejercida a través de las plataformas sobre cada trabajador constituye un riesgo no solo para el trabajador, dado que estamos frente a un servicio público, el transporte de pasajeros, con lo cual los riesgos que implica en general para los usuarios y la población en general deberían tener no solo garantía a nivel laboral sino normativa en general a fin de regular las condiciones del mismo. Ya en la Estrategia Comunitaria de Seguridad y Salud en el Trabajo para el período 2002-2006 el acoso psicológico y la violencia en el trabajo son considerados riesgos sociales, ante ello se sostiene que debe reforzarse la cultura de la prevención de modo de anticipar y controlar los riesgos. La Estrategia Comunitaria de Salud y Seguridad en el Trabajo 2007-2012 reitera la necesidad de identificar y hacer frente a los nuevos riesgos relativos a la salud y seguridad en el trabajo señalando además que deber ser investigados. Destaca la necesidad de acentuar la prevención de la violencia y el acoso laboral. En la denominación riesgo psicosocial quedan comprendidos el estrés el acoso y la violencia en el trabajo¹⁸.

4. Violencia digital y ciberacoso

La violencia digital y ciberacoso no deja de ser una forma de cometer acoso y violencia en el trabajo, no obstante pensar si es una extensión del mismo concepto o debe tener un tratamiento diferente dadas las características de presentación de la misma, lleva a un análisis desde otra perspectiva. Puede darse la figura de la reiteración de la conducta en forma repetitiva en el tiempo, puede darse un daño mayor considerando el tiempo transcurrido y las circunstancias en que se encuentre la víctima al momento del daño. O también puede pensarse que más de una persona puede ser la denunciada en distintas oportunidades, el mismo video, grabación, fotografía o documentación digital puede ser repetida por infinidad de personas con distintas intenciones y fuera de frontera de residencia de la víctima. Todo lo cual deberá resolver la normativa internacional con cada avance tecnológico, así como también la normativa de cada país, considerando el riesgo psicosocial del trabajador que se encuentra en esta situación.

Las innovaciones empresariales en materia de organización atendiendo el mercado de una clientela cada vez más exigente, pensada en el consumo inmediato, hace que pueda llegar a tener número

¹⁸ Mangarelli, Cristina. Acoso y violencia en el trabajo. Enfoque jurídico 2da Edición. FCU, Montevideo, 2021, pag. 32

significativo de situaciones y además de múltiples formas de manifestarse conforme el uso de las tecnologías avanza y llega a nuestras vidas y formas de trabajar. Para algunos autores la violencia digital y el ciberacoso laboral sería una expresión más de la violencia y acoso laboral. No obstante, debemos pensar en las diferencias que suelen haber en estas formas de cometer actos violentos y/o acoso laboral, y las consecuencias, así como los daños y perjuicios que pueden perdurar en el tiempo. No es lo mismo manifestaciones de acoso en forma presencial que puede estar sufriendo la víctima, o manifestaciones de violencia verbal o física, que su expresión digital. Un video, grabación, divulgación de datos personales colgados en las redes pueden llegar a manifestarse en cualquier etapa de la vida, incluso el ofensor puede hasta esperar el momento oportuno, u otro ofensor aprovecharse del material guardado y llegar a la vida de la víctima cuando menos esta lo espera. A su vez quien tiene conocimiento que su imagen circula en forma inesperada o puede circular sus datos en cualquier momento de su vida, vivirá atemorizado en forma prácticamente perpetua. Es decir, la interrogante planteada sería como medimos el daño ocasionado con violencia digital y ciberacoso, puesto que la figura nos revela gran diferencia, siendo pasible concluir que la violencia y acoso laboral llevado a cabo a través de las TIC, debe tener un tratamiento normativo mucho más protector y preventivo sin lugar a dudas.

Así en la doctrina laboral española, Molina Navarrete señala que el CIT 190 tipifica dos nuevas manifestaciones del riesgo (psicosocial) de violencia en los entornos (digitalizados) del trabajo: la violencia digital (forma general de conducta inapropiada ligada a los canales de información y comunicación digitales) y el ciberacoso en el trabajo (acoso en red u online, como forma específica y agravada de aquella). No hay una definición, precisa el autor: “Deberemos deducirlo de la lectura sistemática con el art.1 de aquel Convenio Internacional, si bien tampoco aporta una definición específica. “Entonces, ¿sería correcto entender que la violencia digital en el trabajo es “solo” la violencia producida por canales tecnológicos (se diferenciaría solo por el canal seguido para realizar esta forma de comunicación hostil) y el ciberacoso laboral sería únicamente el mismo tipo general de acoso solo que realizado mediante herramientas digitales? ¿No hay diferencia cualitativa entre la violencia digital y el ciberacoso en el trabajo, ya que se acepta que se definan en la legislación nacional como un concepto unitario? Para un gran número de analistas, la “violencia en línea” y el “acosodigital” o “ciberacoso” no serían propiamente nuevos tipos de violencia y acoso, sino únicamente los nuevos canales (tecnológicos) de expresión de las viejas conductas de violencia y acoso...” Molina Navarrete señala que esa comprensión no es precisa y relativiza los varios aspectos de especificidad que supone la violencia digital y, en particular, el ciberacoso en el trabajo respecto de las modalidades “físicas”, tradicionales. “El ciberacoso laboral no se debe reducir a un mero apéndice digital del fenómeno general del acoso, replicado y trasladado al plano digital.”¹⁹

19 Cristóbal Molina Navarrete. La violencia digital y el ciberacoso en el trabajo: regulación internacional y desarrollos legislativos y convencionales. Violencia y acoso en el trabajo Abordaje Interdisciplinario. Congreso Internacional sobre Violencia y Acoso institucional. Udelar. FCU Montevideo agosto 2023.

Siguiendo este enfoque en consonancia con lo dispuesto por el CIT 190, en primer lugar, cada miembro debería ratificar el mismo y aprobar una normativa acorde que contemple el acoso y violencia digital, desde dos perspectivas una preventiva considerando los riesgos psicosociales y otra sancionatoria, considerando los incumplimientos del empleador como lo describe el Convenio Internacional de trabajo.

Un abordaje desde la protección de los derechos fundamentales del trabajador sería el adecuado, a fin de erradicar estas conductas que avanzan y se disparan en impensables formas de manifestarse. Los hechos ocurren dentro de una relación laboral donde se deben respetar los derechos fundamentales del trabajador, como límite fundamental. Dentro de ellos la vida privada del trabajador, su derecho a la intimidad, a conocer la finalidad con que son recabados sus datos y con qué fin son utilizados, como se van a destruir y cuando, serán los abordajes que deberá desafiar la norma tanto heterónoma como la realizada a través de la negociación colectiva.

Sin lugar a duda los protocolos o reglamentos de conducta deberán considerar este aspecto cuando se redactan a los efectos de erradicar la violencia y acoso en el trabajo, siendo también materia de los talleres de sensibilización y capacitación. La Inspección de Trabajo de cada país y/o organismos en materia de control y sanción ante incumplimientos de normas laborales, no deben descuidar este aspecto, sea para actuar en materia preventiva, o sancionatoria al considerar la vulneración al CIT 190.

Estudio

Las tecnologías de la información y las comunicaciones y el acoso laboral en el Perú. La defensa de la dignidad del trabajador en una nueva era de las relaciones laborales

Fernando Varela Bohórquez

Profesor ordinario de la Universidad de San Martín de Porres

Sumario

1. Introducción
2. El acoso laboral en la legislación peruana y comparada
3. Acoso Laboral vertical (Hostigamiento Laboral)
4. Acoso Laboral Horizontal (mobbing y hostigamiento sexual)
5. Acoso laboral en la legislación española
6. Retos y desafíos del acoso laboral mediante la utilización de las TIC's
7. Conclusiones

Resumen

Una gran cantidad de relaciones laborales hoy en día se desarrollan mediante la utilización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), llegándose incluso a sostener que aquellas empresas o instituciones que no utilizan las mismas no se encuentran a la vanguardia del mercado. Como consecuencia de ello, nos encontramos ante una nueva realidad en las relaciones laborales, la misma que parte por entender que una gran mayoría de trabajadores se ven en la obligación de utilizar las TIC, siendo prácticamente un requisito indispensable para la prestación personal de su servicio, por lo que el no estar en sintonía con ello podría generar que el mismo mercado laboral los desplace. Un punto muy importante para tener en cuenta es que la utilización de las TIC ha generado gran ventaja en el dinamismo del mercado, siendo una pieza importante en el desarrollo de las relaciones laborales y la productividad laboral; sin embargo, también ha sido una herramienta que ha sido muchas veces mal utilizada para la realización de actos en perjuicio de los trabajadores.

En efecto, un claro ejemplo de la mala utilización de las TIC, fue la desnaturalización de la jornada

laboral durante la reciente pandemia. Muchos trabajadores se vieron en la obligación de laborar de manera remota o teletrabajar, situación que en un primer momento resultaba favorable para los trabajadores, ya que evitaban el traslado físico a las instalaciones del centro de trabajo y reducían la posibilidad de ser contagiados, pero con el pasar del tiempo y superada los momentos más críticos de la pandemia y con la seguridad que otorgaba los procesos de vacunación masiva, la dinámica de conciliar la vida familiar con la vida laboral generó una distorsión de la jornada laboral, teniendo como resultado un escenario a todos luces negativo, con trabajadores que laboraban excediendo el plazo de la jornada legal y vulnerándose su derecho al descanso y a la desconexión digital. Ahora bien, en lo que se refiere al acoso laboral, el Perú hasta el momento no cuenta con una norma sustantiva que sancione tal conducta. Por lo que a la ausencia de una normativa que determine un procedimiento contra el acoso laboral debemos agregar que la utilización de las TIC ha desarrollado todo un universo en el que las relaciones laborales se han intensificado, por ende, han aparecido nuevos supuestos de acoso que hace muchos años no imaginábamos que podrían desarrollarse y que intensifican el escenario de desprotección de un grupo importante de trabajadores.

Palabras clave

Acoso laboral, mobbing laboral, tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), redes sociales.

1. Introducción

Como se ha indicado, las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) ha generado una revolución en las relaciones laborales, movimiento que ha venido cambiando paulatinamente en el tiempo la dimensión del trabajo, más aún, si el mundo paso por el tránsito de una pandemia como consecuencia del Covid-19, que obligó a los sujetos de la relación laboral a aprender a utilizar las TIC, ya sea en la vida cotidiana, como en la vida laboral.

Ahora, si bien se pueden resaltar las ventajas y aspectos positivos que han generado las TIC en el desarrollo de la relación laboral, también es importante destacar que la utilización de esas herramientas también ha sido un conducto para excesos por parte del empleador y entre los mismos trabajadores. Lamentablemente durante pandemia, los casos de acoso laboral registraron altos índices, según la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil) desde el inicio del estado de emergencia se registraron 939 denuncias sobre acoso y hostigamiento laboral en los centros de trabajo (El Peruano, s.f.).

Para Piñuel y Zabala lo definen como “mobbing, traducido de manera correcta al castellano como acoso psicológico y no acoso moral (deberíamos decir inmoral en todo caso), posee un sustrato ético esencial que se refiere a la falta de respeto y de consideración del derecho a la dignidad del trabajador como un elemento relevante o sustancial de la relación laboral”¹.

Según Mana Claudia Peralta en su texto acoso laboral-mobbing-perspectiva psicológica, hace mención de que “el mobbing es una conducta hostil y sin ética y es dirigida de manera sistemática, por uno o varios individuos contra otro”.

Considerando dicho primer concepto, se puede entender que toda conducta que genere una afectación psicológica al trabajador y afecte su dignidad configuraría un acoso laboral; tal situación no solo se evidencia dentro de la jornada laboral, sino que a través de la utilización de las TIC dichas conductas se han producido, inclusive, fuera de la jornada, lo cual afecta la estabilidad emocional de cualquier trabajador, vulnerado su derecho a la dignidad.

En el año 2023, una noticia tomo fuerza al haberse difundido un video de una reunión virtual, en la cual una supervisora del área de ventas de la empresa Global Sales Solutions (GSS) maltrato a trabajadores que se encontraban a su cargo, al señalar lo siguiente: “Quiero mis ventas. Nadie se va de break hasta que me empiecen a pasar sus ventas. Todo el mundo me deja sus ventas y mientras que van dejando se van yendo a break. [...] Yo como aquí sentada, no tengo un comedor para irme a comer [...] no me

¹ Piñuel y Zabala, I. (2002). La Incidencia del Mobbing o Acoso Psicológico en el Trabajo en España. Lan Harremank, 38 - 39.

muevo me quedo hasta las 8 de la noche" [...] "Si ustedes están pensando que ya van a sacar su grati 'oh sí, que ya tengo', equivocados. Yo podré estimarlos, pero me están haciendo los números más desastrosos. No quiero una venta, tu venta no me sirve, más de la mitad del equipo tiene dos meses en la campaña" [...] "Mayra, o sea tú tienes corona, eres reina, eres la princesa, qué esperas para ingresar al Meet. Yo estoy siendo clara. Tu única venta no me sirve"².

Dichas conductas califican como actos de acoso laboral, en la medida que un trabajador de mayor jerarquía maltrata a sus subalternos, con la finalidad de alcanzar las metas institucionales, pero como se puede apreciar dicho acto se realizó mediante la utilización de una plataforma virtual (Meet).

Como se dijera, la utilización de las TIC ha facilitado la dinámica de las relaciones labores; sin embargo, también ha sido un mecanismo para actos de acoso laboral, por ejemplo, mensajes amenazantes y denigrantes vía mensajería instantánea, reuniones virtuales, correos electrónicos y demás herramientas que han servido para la configuración de actos de acoso laboral.

Ante esto se desprende la interrogante si la prevención contra el acoso laboral mediante la utilización de las TIC es responsabilidad exclusiva del empleador o también existe un grado de responsabilidad por parte del trabajador agresor; así como también, si los trabajadores agredidos se encuentran desprotegidos ante una ausencia de reglamentación procedimental.

2. El acoso laboral en la legislación peruana y comparada

En la actualidad, no existe en el ámbito jurídico peruano una definición aceptada universalmente de lo que es el mobbing, ya que tanto la jurisprudencia como la legislación y doctrina comparadas difieren en los elementos que deben conformarlo y en los supuestos a los que debe referirse.

Para el caso del Perú, se debe establecer el alcance de la protección contra las conductas que configuran un acoso u hostigamiento laboral, previamente se debe señalar que, el primero, se suscita comúnmente entre pares que ocupan un mismo nivel dentro de la estructura orgánica de sus empleadores, por otro lado, el hostigamiento laboral se efectúa desde un nivel más alto en el esquema jerárquico contra alguien posicionado en un nivel inferior de la misma estructura.

En ambos casos se configuran conductas que afectan la dignidad del trabajador, si bien es cierto en la legislación peruana no existe norma específica que reglamente un procedimiento que determine cómo adoptar las medidas necesarias para realizar los actos de investigación, el procedimiento o evaluación de las conductas, su resolución, y posteriormente exista un registro o medida complementaria disuasora para desincentivar el acoso laboral, también es cierto que en lo que respecta a temas afines como el

² Fuente: <https://www.infobae.com/peru/2023/10/10/sunafil-gss-denuncian-a-supervisora-de-call-center-que-amenazaba-a-trabajadores-nadie-se-va-de-break-hasta-que-pasen-sus-ventas/>

hostigamiento sexual o la sanción del hostigamiento laboral, ayudan a supletoriamente determinar procesos análogos mediante los cuales se pueda atender esta necesidad de establecer mecanismos de sanción y prevención siempre con observancia obligatoria de los principios fundamentales que rigen cualquier procedimiento disciplinario o actos de investigación llevados con la finalidad de sancionar los actos de acoso laboral.

Cabe mencionar que en nuestra legislación la protección constitucional se desprende del artículo 1 del título 1 del capítulo 1 de la Constitución Política del Perú, el cual señala que el fin supremo del estado peruano es “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Adicionalmente, existen una serie de dispositivos legales avocados a regular estas conductas sancionándolas y procurando su desincentivo, normas como la Ley N°27942 Ley de prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, el Decreto Supremo N°003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral y desarrollo doctrinario respecto al MOBBING el cual es la denominación otorgada al acoso laboral.

Ahora bien, en el ámbito internacional el Convenio 190 de la OIT, ratificado por el Perú, concibe un concepto integrado de violencia y acoso en el trabajo, y lo define como: “Un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género. (art. 1)”

3. Acoso laboral vertical (hostigamiento laboral)

Tal y como fue señalado, el hostigamiento laboral es la conducta que se manifiesta desde un nivel superior hacia un nivel inferior dentro del sistema jerárquico del empleador, misma conducta que trae como consecuencia la vulneración de la dignidad del trabajador, Blancas Bustamante manifiesta que “(...) cuando es el empleador quien incumple sus obligaciones, la normativa laboral faculta al trabajador a extinguir la relación de trabajo, imputando al empleador la responsabilidad jurídica ´por dicho evento(...)”³, también Tovalino Castro afirma “se entiende como actos de hostilidad a todos aquellos actos del empleador que exceden sus facultades de dirección y que tienen como única finalidad la extinción de la relación laboral del trabajador(...)”⁴.

Dichas conductas se encuentran establecidas en El Decreto Supremo N°003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral la cual califica como hostigamiento laboral conductas hostiles del empleador o sus representantes (trabajadores de dirección o confianza). Estos actos, además de calificar como

³ Blancas Bustamante, C. (2013). El despido en el Derecho Laboral peruano. Lima - Perú: Jurista Editores.

⁴ Tovalino Castro, F. (2014). El despido, análisis con base en criterios jurisprudenciales. Lima - Perú: Gaceta Jurídica.

hostigamiento laboral, califican como actos de hostilidad que pueden ser equiparables al despido (despido indirecto). Así, de acuerdo con el artículo 30 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, los actos de hostilidad del empleador o sus representantes (trabajadores de dirección o confianza) son los siguientes:

1. La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador.
2. La reducción de la categoría y de la remuneración. Asimismo, el incumplimiento de requisitos objetivos para el ascenso del trabajador.
3. El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio.
4. La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador.
5. El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia.
6. Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole.
7. Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador.
8. La negativa injustificada de realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo para los trabajadores con discapacidad.

4. Acoso laboral horizontal (mobbing y hostigamiento sexual)

La figura del hostigamiento laboral no solo es ejercida por el empleador o sus representantes, sino también por los trabajadores respecto de los cuales el trabajador no tiene ninguna relación jerárquica. En estos casos, se configurará un caso de hostigamiento laboral “horizontal”. Típicamente, este tipo de hostigamiento puede presentarse en dos figuras, el acoso laboral psicológico (mobbing).

Para Leymann, el mobbing mal llamado acoso moral, se conceptúa como “forma de interacción social mediante la cual un individuo (raramente más) es atacado por uno o más (raramente más de cuatro) individuos de forma sistemática y durante varios meses, dejando a la persona en una situación de indefensión y con un alto riesgo de expulsión”⁵.

Se puede definir el acoso laboral o mobbing como los actos o conductas realizados por uno o más

⁵ Leymann, H. (1990). Mobbing and psychological terror at workplaces. *Violence and Victims Review*, 123.

personas, mediante las cuales se molesta, agravia u hostiliza a otro individuo de manera reiterada y continua, lo cual provoca un estado indefensión en el sujeto pasivo y los efectos subyacentes de someterlo a un estado de incertidumbre, aflicción y angustia, acciones contra la reputación personal o autoestima del trabajador.

1. Actos denigrantes en contra de sus convicciones.
2. Actuaciones contra su dignidad profesional.
3. Actuaciones orientadas a romper las relaciones comunicativas en la empresa.
4. Injerencias que traspasan incluso a la vida privada.
5. Actitudes caracterizadas por su efecto insultante o vejatorio.

Las consecuencias del mobbing pueden ir desde un aumento de enfermedades e incremento de absentismo laboral por problemas de salud e inclusive puede llevar al suicidio. Se debe señalar que la legislación laboral actual no hace referencia expresa a esta figura. No obstante, debe tenerse presente que, en el Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, se reconoce en su inciso e) del artículo 77 a los factores psicosociales como un riesgo en el trabajo, al mismo nivel que los riesgos físicos, biológicos o ergonómicos. Por ello, el empleador debería brindar los mecanismos para que en el ambiente de trabajo el personal puede laborar libre de hostigamiento, previniendo y sancionando efectivamente este, en caso se presente.

Otra de las figuras a considerar es el hostigamiento sexual laboral, la cual es aquella conducta de naturaleza sexual o sexista, realizada por uno o más individuos que aprovechando su posición de autoridad, jerarquía o cualquier otro tipo de posición ventajosa, no necesariamente reiterada, y no deseada por la víctima y que crea un clima de intimidación, humillación y hostilidad, conforme a su definición legal establecida en la ley N°27942 y su reglamento. Esta conducta puede ser manifestada de distintas maneras:

1. La promesa (implícita o expresa) de un trato preferente o beneficioso a su situación actual o futura, a cambio de favores sexuales.
2. Las amenazas cuya finalidad es exigir (implícita o expresa) una conducta no deseada por la víctima, que atente o agrave su dignidad.
3. El uso de términos de naturaleza o connotación sexual o sexista (escritos o verbales), las insinuaciones sexuales, proposiciones sexuales, gestos obscenos o exhibición (a través de cualquier medio) de imágenes de contenido sexual, que sean insoportables, hostiles, humillantes u ofensivos para la víctima.

4. Los acercamientos corporales, roces, tocamientos u otras conductas físicas de naturaleza sexual que resulten ofensivas y no deseadas por la víctima.
5. Trato ofensivo u hostil a causa del rechazo a todas las conductas señaladas.

En estos casos, el empleador debe realizar el procedimiento de investigación y sanción del acto de hostigamiento, así como proporcionar las medidas necesarias para la protección de la víctima, así como las demás establecidas por la legislación aplicable a estos procedimientos. Cabe recalcar que, a diferencia del hostigamiento sexual cometido por el empleador o sus representantes (trabajadores de dirección o confianza), en estos casos el acto de hostigamiento no califica como equiparable al despido, sin perjuicio de que las particularidades de un caso concreto puedan evidenciar lo contrario, además se debe tener en cuenta la necesaria aplicación de las presunciones establecidas en la propia norma, como que no es necesaria la reiterancia de los actos constitutivos del acto de hostigamiento, la no revictimización de la víctima en la etapa de investigación, basta que la víctima del acto manifieste su rechazo una vez para configurarse el supuesto ilícito de la conducta.

Adicionalmente, en estos casos la implementación de las normas que sancionan este tipo de conductas tiene a su favor la implementación de la tecnología en las comunicaciones la cual está íntimamente ligada en muchas ocasiones al desempeño de las funciones de los trabajadores, por lo cual existe una tendencia a que en la actualidad sancionar por estas conductas resulta expedito a causa del uso de las redes sociales y su transversalidad con muchas de las actividades laborales de los trabajadores.

5. Acoso laboral en la legislación española

Antes de pasar a señalar el tratamiento normativo de la figura del acoso laboral por parte de la legislación española, se debe hacer mención de la definición del mobbing concepto que comúnmente se encuentra relacionado al acoso laboral, Piñuel y Zavala y Oñate Cantero definen el mobbing como “el continuado y deliberado maltrato verbal y modal que recibe un trabajador por parte de otro u otros, que se comportan con él cruelmente con el objeto de lograr su aniquilación o destrucción psicológica y obtener su salida de la organización a través de diferentes procedimientos ilegales, ilícitos, o ajenos a un trato respetuoso o humanitario y que atentan contra la dignidad del trabajador”⁶.

Sobre el particular al realizar un análisis comparado del tratamiento del acoso laboral en la legislación Española, lo primero que salta a la vista es su tratamiento más estricto debido a que dicho país cuenta con la inclusión de la figura del acoso laboral como un delito articulado en el 173.1 del Código Penal Español dentro de los delitos contra la integridad moral del ciudadano, dada la relevancia penal establecida por la legislatura española, su Tribunal Supremo desarrollo en términos jurisprudenciales

⁶ Piñuel y Zabala, I. (2002). La Incidencia del Mobbing o Acoso Psicológico en el Trabajo en España. Lan Harremank, 38 - 39.

las conductas que configuran acoso laboral que puede ser sancionado hasta con una pena de 5 años de prisión, los siguientes actos:

1. Realizar contra otra persona actos hostiles o humillantes, sin llegar a constituir trato degradante.
2. Que tales actos sean realizados de forma reiterada.
3. Que se ejecuten en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional.
4. Que el sujeto activo se prevalega de su relación de superioridad.
5. Que tales actos tengan la caracterización de graves.

Asimismo, mediante el Boletín Oficial del Estado de fecha 1 de junio de 2011, el Ministerio de Política Territorial y Administración Pública tipifica como Conductas consideradas como acoso laboral, las siguientes:

- Dejar al trabajador de forma continuada sin ocupación efectiva, o incomunicado, sin causa alguna que lo justifique.
- Dictar órdenes de imposible cumplimiento con los medios que al trabajador se le asignan.
- Ocupación en tareas inútiles o que no tienen valor productivo.
- Acciones de represalia frente a trabajadores que han planteado quejas, denuncias o demandas frente a la organización, o frente a los que han colaborado con los reclamantes.
- Insultar o menospreciar repetidamente a un trabajador.
- Reprenderlo reiteradamente delante de otras personas.
- Difundir rumores falsos sobre su trabajo o vida privada.

6. Retos y desafíos del acoso laboral mediante la utilización de las TIC'S

En primer lugar, debemos analizar lo que contempla el artículo 1 de la Constitución Política del Perú, que señala: "Artículo 1. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". [...] Asimismo, el artículo 23 de la Constitución Política del Perú, contempla lo siguiente: "Artículo 23. (...) Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador".

De lo expuesto, se puede determinar como un precepto constitucional que la dignidad de los trabajadores tiene dos aspectos de protección:

1) La defensa de la dignidad como ser humano.

La Constitución ha establecido que el derecho a la dignidad humana es universal para todo ser humano, debiendo el Estado velar por el respeto del mismo; esto quiere decir, que ninguna persona puede transgredir el derecho a la dignidad sea cual fuera las circunstancias.

2) La defensa de la dignidad como trabajador.

La Constitución ha determinado que todo trabajador en su calidad de ser humano tiene el derecho a la dignidad, no pudiendo ninguna relación laboral desconocer el mismo.

Ahora este supuesto abarca no solo la relación entre trabajador y empleador, sino también la relación entre trabajadores o compañeros de trabajo, debiendo el empleador garantizar que sea cual fuera la circunstancia, siempre se debe respetar el derecho a la dignidad.

En efecto, este supuesto podría abarcar, por ejemplo, la obligación del empleador de brindar a los trabajadores condiciones adecuadas de salubridad y seguridad para el desempeño de sus funciones; sin embargo, también podría considerarse dentro del mismo, las relaciones interpersonales entre trabajadores, por ejemplo, un clima laboral basado en la cordialidad, estableciendo políticas para erradicar la violencia o actos de acoso laboral.

Ahora bien, en la parte introductoria del presente artículo, se desprendieron algunas interrogantes, la prevención contra el acoso laboral mediante la utilización de las TIC es responsabilidad exclusiva del empleador o también existe un grado de responsabilidad por parte del trabajador agresor; así como también, si los trabajadores agredidos se encuentran desprotegidos ante una ausencia de reglamentación procedimental.

Sobre el primer punto, debemos recordar que la Ley N° 29783–Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 005-2012-TR, establece como obligación del empleador la identificación y prevención de riesgos psicosociales, debiendo ofrecer a sus trabajadores un ambiente laboral libre de cualquier agente o factor que pudiera poner en riesgo la salud psicológica del trabajador.

En efecto, la Ley N° 29783–Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, regula lo siguiente: “Artículo 56. Exposición en zonas de riesgo. El empleador prevé que la exposición a los agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales concurrentes en el centro de trabajo no generen daños en la salud de los trabajadores”.

Esto quiere decir que el empleador tiene la obligación de prever cualquier situación que genere exposición a agentes psicosociales a sus trabajadores, entre los cuales se puede considerar cualquier acto de acoso laboral, ya que estos afectan a la salud mental de los trabajadores.

Asimismo, el Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 005-2012-TR, contempla lo siguiente: “Artículo 33.- Los registros obligatorios del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo son: (...) c) Registro del monitoreo de agentes físicos, químicos, biológicos, psicosociales y factores de riesgo disergonómicos”. [...] “Artículo 77.- De conformidad con lo previsto en el artículo 57 de la Ley, la identificación de peligros, evaluación de riesgos y determinación de controles (IPERC) es elaborada y actualizada periódicamente, sin exceder el plazo de un año, por el/la empleador/a; se realiza en cada puesto de trabajo, con participación del personal competente, en consulta con las y los trabajadores, así como con sus representantes ante el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo, el Subcomité de Seguridad y Salud en el Trabajo o la o el Supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo, de ser el caso. Son requisitos mínimos para la elaboración o actualización de la IPERC: (...) e) Los resultados de las evaluaciones de los factores de riesgo físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales”.

De lo expuesto, se puede colegir que el empleador no tiene solo la obligación de prever la exposición a riesgos psicosociales, sino también contemplarlos dentro de su Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, así como, incorporarlos dentro de las herramientas para dicha gestión, por ejemplo, en el IPERC.

Asimismo, el glosario de términos del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo se establece lo siguiente: “Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo: Son aquellos elementos, agentes o factores que tienen influencia en la generación de riesgos que afectan la seguridad y salud de los trabajadores. Quedan específicamente incluidos en esta definición: (...)–La organización y ordenamiento de las labores y las relaciones laborales, incluidos los factores ergonómicos y psicosociales”.

El propio glosario de términos del Reglamento establece que las buenas condiciones y medio ambiente del trabajo, constituye la consideración de factores psicosociales en las relaciones laborales.

En esa misma línea, el Reglamento de la Ley N° 30947, Ley de Salud Mental, aprobado por el Decreto Supremo N° 007-2020-SA, señala lo siguiente: “14.1.2. Promoción del clima organizacional al más alto nivel institucional: (...) c. Norma organizacional para prevenir el acoso laboral y sexual, de obligatorio conocimiento y aplicación, que integre las disposiciones correspondientes de la Ley N° 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 014-2019-MIMP o normativa vigente. [...] 14.1.4. Desarrollo de programas que incluyan medidas de identificación, evaluación, atención y protección ante el estrés laboral, acoso, hostigamiento sexual, malestar, desmotivación, desconfianza, agotamiento laboral, violencia institucional, entre otros factores que afecten la salud mental de los(as) trabajadores(as)”.

De lo expuesto, se puede concluir que el empleador debe desarrollar políticas, programas o directivas para la prevención del acoso laboral, esto quiere decir, que legalmente existe obligación por parte del empleador de prevenir el acoso laboral, ya sea a través de un control directo (políticas o directivas), así como también, mediante el seguimiento para la prevención.

No obstante, es preciso señalar que, si bien la norma ha dispuesto que la prevención del acoso laboral es deber del empleador, esto no significa que no pueda ser trasladada dicha responsabilidad también a los trabajadores.

Cabe recordar que conforme lo regulado en el artículo 9 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR: "Artículo 9.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador".

Esto quiere decir que, el empleador en virtud a su facultad de dirección podrá establecer políticas o directivas internas que, si bien se salvaguarde el derecho a la dignidad de los trabajadores y se garantice la prevención del acoso laboral, también se puede establecer la obligación de los trabajadores a cumplir la normativa interna y evitar cometer cualquier acto que vulnere dicho derecho, pudiendo establecer hasta sanciones por el incumplimiento.

En ese sentido, resulta claro que, como agente principal, el empleador tiene la responsabilidad por mandato imperativo que prevenir cualquier acto que configure un acoso laboral, debiendo establecer mecanismos que habiliten al trabajador a tener canales de atención o denuncia de posibles casos de acoso laboral.

Continuando con el análisis, también se propuso como interrogante si los trabajadores agredidos se encuentran desprotegidos ante una ausencia de reglamentación procedimental.

Como se ha indicado en los párrafos precedentes, existe la obligación de los empleadores de prevenir el acoso laboral, ofreciendo a los trabajadores un ambiente laboral que garantice el respeto de su derecho a la dignidad como trabajador.

Asimismo, se ha indicado que, dentro del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, el empleador tiene el deber de garantizar la prevención de riesgos psicosociales.

Todo ello, genera la obligación del empleador de establecer políticas o directivas dirigidas a lo siguiente:

1. Identificación de casos de acoso laboral.
2. Canales de atención de reclamos o denuncias frente a casos de acoso laboral.

3. Un procedimiento de atención a denuncias, investigación y determinación de posibles casos de acoso laboral; esto involucra, medidas de protección para la supuesta víctima y sanciones para el agresor.

Si bien la norma no establece un procedimiento claro para el acoso laboral, a diferencia del acoso sexual, se puede desarrollar un procedimiento similar que garantice el derecho a la dignidad de la persona, así como, el derecho de defensa y debido proceso.

Ahora bien, resulta evidente que el empleador tiene la obligación de prevenir el acoso laboral; sin embargo, como podría protegerse al trabajador de aquellos eventos que se realizan dentro y fuera de la jornada a través de la utilización de las TIC.

En efecto, hoy en día vivimos conectados en todo momento, las TIC han generado esa situación de dependencia tanto en la vida laboral, como en la vida familiar de los trabajadores. Este estado conectividad ha generado que muchos trabajadores sufran de acoso laboral, inclusive, superada su jornada, ya que en algunas oportunidades son sus propios compañeros, sean de inferior, igual o superior jerarquía, no respetan sus horarios de trabajo.

Considerando ello, como podría prevenirse dicha situación, pues el empleador tendría dos supuestos de acción:

Con herramientas proporcionadas por el empleador. Si las herramientas (celular, correo, laptop, etc.) son proporcionadas por el empleador, este tiene la facultad de establecer políticas para su uso, por ejemplo:

- Disponer que solo se utilizaran exclusivamente para las funciones encomendadas.
- Existirá la posibilidad de fiscalización.
- Entre otras medidas.

Con herramientas que no proporcionadas por el empleador. Si las herramientas (celular, laptop, etc.) no son proporcionadas por el empleador, esto no significa que existiría un estado de indefensión para la supuesta víctima, ya que los canales de atención del empleador servirían para determinar algún posible caso de acoso laboral, debiendo investigar y de ser el caso sancionar al trabajador.

7. Conclusiones

1. En primer lugar, debemos señalar que resulta claro que existe responsabilidad del empleador para prevenir el acoso laboral, ya sea mediante el desarrollo de políticas o directivas que garanticen la atención de denuncias, un procedimiento de investigación, medidas de protección y sanción en caso de configurarse el acto de acoso laboral. Así como también, concientizando y capacitando a

sus trabajadores para evitar los actos de acoso laboral.

2. Asimismo, se puede establecer que dicha tarea no solo involucra una participación exclusiva del empleador, también se puede establecer la obligación del trabajador a cumplir con las políticas de prevención de acoso laboral, siendo los sindicatos aliados importantes para tal fin.
3. El acoso laboral mediante la utilización de las TIC hoy en día es cada vez más frecuente, siendo obligación del empleador el establecer las medidas para prevenirlo, sin que la ausencia de una norma sustantiva sea un impedimento, ya que la homologación con procedimientos como el de hostigamiento sexual (de origen legal) pueden ser la ruta a seguir para defender la dignidad de los trabajadores afectados.

Estudio

Riesgos psicosociales contemporáneos y derecho constitucional a la seguridad y la salud en el trabajo: nueva oportunidad para la reflexión

Diego Megino Fernández

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de Burgos

Sumario

1. Introducción
2. El vigente protagonismo de los factores de índole psicosocial dentro de un modelo normativo objetable
3. El sinuoso contorno dentro del que se despliega la tutela del derecho a la seguridad y la salud en el trabajo

Resumen

Representa un lugar común para el análisis por los especialistas el relativo a la adecuada configuración del derecho a la salud (general y laboral) como un canon esencial, en idénticos términos a otras garantías tan básicas como las de la vida o la integridad física y moral de la persona. En este sentido, los intensivos procesos de digitalización y automatización característicos de la sociedad contemporánea abren una nueva oportunidad para deliberar al respecto, tomando especialmente como referencia la incidencia de los factores de riesgo psicosocial, algunos novedosos y otros no tanto, asociados al fenómeno de la industria 4.0. Más aún en supuestos como el español, cuyo texto constitucional opta por atribuir a la prerrogativa un menor rango, como mero principio rector que ha de orientar las políticas económicas y sociales de los poderes públicos, en comparación con el cualificado reconocimiento del que hace gala en múltiples textos de referencia a nivel internacional.

Palabras clave

Riesgos psicosociales, seguridad y salud en el trabajo, digitalización, protección constitucional, derechos fundamentales.

1. Introducción

Con relativa frecuencia, el perenne debate acerca de la posible (y apropiada) catalogación como fundamental del derecho a la salud (tanto en general como dentro de los márgenes de la relación laboral) reaparece en el foro académico. Inclusive, los oportunos razonamientos doctrinales se antojan imprescindibles a la vista del constante flujo de cuestiones controvertidas que van requiriendo la atención de los especialistas. A título meramente ilustrativo, entre las más cercanas en el tiempo cabe aludir al convulso escenario generado por el infausto coronavirus¹; las siempre desasosegantes manifestaciones de violencia en el trabajo²; la especial tutela brindada a la enfermedad en el plano de la igualdad de trato y la no discriminación³; la laudable centralidad adquirida por la perspectiva de género en la prevención frente a los riesgos profesionales⁴; o, por cuanto aquí atañe, las significativas

1 En profundidad, Pérez Guerrero, M.^a L.: “La discriminación por razones sanitarias: el impacto del Covid-19 en las relaciones laborales”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, núm. 5, 2022, págs. 67-98.

2 Asunto donde ha de ser sacado a colación el notable Convenio número 190 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre la violencia y el acoso, publicado en el año 2019. Texto minuciosamente analizado por diversos autores como, verbi gratia, Altés Tárrega, J. A.: “El Convenio 190 OIT y la tutela administrativa de la violencia y el acoso en el trabajo”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 4, 2022, págs. 97-121; Moreno Márquez, A. M.^a: “El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo y sus implicaciones en el ordenamiento laboral español”, *Temas Laborales*, núm. 166, 2023, págs. 93-137; Pons Carmena, M.^a: “Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190”, *Labos*, Vol. 1, núm. 2, 2020, págs. 30-60; Rojas Rivero, G. P.: “Una regulación “auténtica” del acoso laboral a la vista del Convenio 190 OIT”, en *Monografías de Temas Laborales. Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Homenaje al Profesor Santiago González Ortega* (Barcelona Cobedo, S.; Carrero Domínguez, C. y Soto Rioja, S. de, Coord.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2022, págs. 403-413; Sanguinetti Raymond, W.: “El Convenio 190 de la OIT sobre la violencia y el acoso y los desafíos de su aplicación por los Estados”, *Trabajo y Derecho*, núm. 95, 2022, págs. 1-6; o VV. AA.: *Violencia y acoso en el trabajo. Significado y alcance del Convenio n.º 190 OIT en el marco del trabajo decente* (ODS 3, 5, 8 de la agenda 2030) (Correa Carrasco, M. y Quintero Lima, M.^a G., Dir.), Dykinson, Madrid, 2021.

3 Merecedora de un renovado interés al calor de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE núm. 167, de 13 de julio), conforme evidencian los múltiples estudios elaborados a su estela, como los de Cordero Gordillo, V.: “El despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, *Lex Social*, Vol. 13, núm. 1, 2023, págs. 1-27; Galán Gutiérrez, C. J.: “Aspectos laborales de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. En particular, el despido en situación de enfermedad: nuevos criterios legales y primeros pronunciamientos judiciales”, e-Revista Internacional de la Protección Social, núm. extra 1, 2023, págs. 289-303; García Murcia, J.: «La Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y la no discriminación», *Foro*, Vol. 25, núm. 2, 2022, págs. 11-22; Gordo González, L.: “Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo”, *Labos*, Vol. 4, núm. extra 0, 2023, págs. 103-121; Menéndez Sebastián, P. y Rodríguez Cardo, I. A.: “La calificación del despido del trabajador en incapacidad temporal tras la Ley 15/2022: mitos y realidades a la luz del derecho fundamental a la no discriminación”, *Trabajo y Derecho*, núm. 110, 2024, págs. 1-47; o Moreno Gené, J.: “La calificación del despido del trabajador enfermo tras la Ley 15/2022: valoración de los primeros pronunciamientos judiciales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 64, 2023, págs. 1-36.

4 A modo de muestra, Mancheño Potenciano, C.: “La salud en el trabajo como derecho fundamental y la Estrategia española de salud laboral 2023-2027”, *Revista de Derecho Social*, núm. 103, 2023, págs. 252 a 256.

amenazas que se ciernen sobre el bienestar físico y mental⁵ como consecuencia de ciertos factores inherentes a las imperantes digitalización y automatización de los procesos productivos⁶, fenómenos, sin duda, con “una especial repercusión sobre el reconocimiento y [...] la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales”⁷.

Indiscutiblemente, la conjunción de diversas variables económicas, medioambientales y sociales están redefiniendo las empresas, las formas de estructurar y ejecutar el trabajo y, en definitiva, las relaciones laborales actuales y futuras. Entre ellas ha de ser sacada a escena la comúnmente denominada como “cuarta revolución industrial” o “industria 4.0”, la cual, además, se despliega dentro del marco configurado por la globalización y la sociedad digital, electrónica o del conocimiento⁸.

Como en diferentes foros se ha puesto de manifiesto⁹, el ritmo vertiginoso que desde hace décadas viene distinguiendo al desarrollo técnico y científico [en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), la cibernética y la robótica evolucionadas y colaborativas, la inteligencia artificial y los algoritmos, las realidades virtual y aumentada, el internet de las cosas, las impresiones 3D y 4D, la nano-ciencia, el *blockchain*, el *big data*, el *cloud computing*, las futuribles interfaces directas cerebro-máquina, etc.] presenta una capacidad disruptiva sin precedentes¹⁰, la cual, de un modo u otro, se deja sentir sobre la morfología de las actividades laborales y la forma en que estas han de gestionarse.

En particular, aunque la digitalización y la automatización traen consigo innegables ventajas y

⁵ De extraordinario valor para las instancias legislativas de la Unión Europea, según revela la *Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, sobre la salud mental en el mundo laboral digital [2021/2098(INI)]*.

⁶ Vega Ruiz, M.^a L.: “La salud como derecho fundamental en el trabajo de la era digital”, en *Tecnología y trabajo: el impacto de la revolución digital en los derechos laborales y la protección social* (Rodríguez Fernández, M.^a L., Dir.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, págs. 57 a 63.

⁷ Cruz Villalón, J.: “El impacto de la digitalización sobre los derechos fundamentales laborales. Una visión desde el ordenamiento europeo y español”, en *Derechos fundamentales de la persona del trabajador. Vida privada, honra, inviolabilidad de las comunicaciones y protección de datos* (Severín Concha, J. P., Ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 25.

⁸ Dado que la pandemia provocada por la Covid-19 reveló la conveniencia de, como mínimo, replantear los métodos de trabajo existentes para adaptarlos a las nuevas realidades, de un tiempo a esta parte ha ido ganando terreno el concepto complementario de “industria 5.0”, donde el acento no solo recae en la innovación, sino también sobre las personas y el entorno. En concreto, el término fue acuñado a principios del año 2021 por la Comisión Europea, que trató de resaltar con él la necesidad de reorientar el desarrollo hacia un modelo de producción donde la tecnología no busque únicamente fortalecer la competitividad empresarial. Además, debe dejar una impronta positiva dentro de la sociedad. Así, la sostenibilidad, el protagonismo del ser humano y la resiliencia se han de convertir en los tres principales ejes de la industria moderna. Abriendo el paso a esta noción más integral, European Commission: *Industry 5.0. Towards a sustainable, human-centric and resilient European industry*, European Commission, Brussels, 2021.

⁹ Señaladamente, OIT: *Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia*, OIT, Ginebra, 2019, pág. 29.

¹⁰ Molina Navarrete, C.: “La “gran transformación” digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas”, *RTSS. CEF*, núm. extraordinario, 2019, pág. 15.

beneficios para las empresas y las personas trabajadoras¹¹, al mismo tiempo suponen fuentes de potenciales amenazas, de extraordinario calibre en el contexto de la seguridad y la salud laborales, a causa básicamente de una serie de específicos factores de riesgo de índole psicosocial¹², algunos incluso de nuevo cuño.

A este respecto, entre los principales elementos sobre los que reparar afloran circunstancias tan cotidianas en el día a día de muchas personas trabajadoras (y quizás por ello indebidamente soslayadas o subestimadas) como la sobrecarga de información o de funciones; los superiores requerimientos emocionales o cognitivos (por la exigencia de una permanente capacidad de adaptación a las transformaciones, la mayor complejidad de algunos cometidos...); la intensificación del ritmo de ejecución de las tareas (por ejemplo, ante la presión de querer o tener que dar una rápida respuesta a las comunicaciones recibidas, la conexión persistente propiciada por las TIC, la disminución de los tiempos de descanso, la necesidad de realizar varios quehaceres de manera simultánea...); la por lo común conflictiva difuminación de fronteras entre las parcelas familiar y profesional fruto de la usual extensión del horario laboral por encima de la pertinente jornada; las restringidas opciones de interacción social (usual cuando la actividad se ejecuta a distancia o en régimen de teletrabajo); o, por no seguir, la eventual incertidumbre generada por las significativas mutabilidad e inestabilidad de los mercados laborales contemporáneos (no solo en cuanto al mantenimiento del empleo, sino también en relación con la promoción, el reconocimiento, la capacidad para efectuar las funciones asignadas...).

Conjunto de eventualidades que, a la postre, pueden suponer la antesala de severos episodios de tecnoestrés laboral (por tecnoansiedad, tecnofobia, tecnoagotamiento o tecnoadicción), fatiga (señaladamente, informática), burnout, trastornos adaptativos o, sin agotar todo el listado, acoso cibernético y violencia digital¹³.

10 En el lado bueno de la balanza corresponde situar que los avances experimentados están acelerando la generación, difusión y almacenamiento del saber; propiciando innovadoras oportunidades de empleo; enriqueciendo las condiciones de trabajo y la calidad de los bienes y servicios; aumentando los niveles de autonomía y creatividad; o, sin ánimo de exhaustividad, proporcionando mayores facilidades para conciliar las vidas familiar y profesional [BusinessEurope, Smeunited, Ceep y Ces: *Acuerdo marco europeo de los interlocutores sociales sobre digitalización*, 2020]. Es más, si la mirada se centra en el campo de la seguridad y el bienestar en los entornos productivos, su implementación está ayudando a eliminar o, cuanto menos, reducir de forma drástica los riesgos asociados a determinadas tareas; posibilitando el acceso a mejores medios, equipos y herramientas; permitiendo inspecciones y monitorizaciones más eficaces; etc. [European Commission: *Industry 5.0. Towards a sustainable, human-centric and resilient European industry*, cit., págs. 7 y 8].

12 Esto es, aquellos “vinculados a una determinada situación laboral relacionada con la organización del trabajo, el contenido del mismo y la realización de las tareas encomendadas; y que se presentan con capacidad para afectar a su desarrollo y la salud (física, psíquica o social) del trabajador” (STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 1664/2018, de 13 de marzo). Riesgos que “deben ser también protegidos” (STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, núm. 58/2021, de 12 de enero).

13 González Cobaleda, E.: “Digitalización, factores y riesgos laborales: estado de situación y propuestas de mejora”, RTSS. CEF, núm. extraordinario, 2019, pág. 101; Sandoval Reyes, J.; Duque Oliva, E. J. y Revuelto Taboada, L.: “Modalidad de trabajo remoto. Factores psicológicos que impulsan el balance vida-trabajo”, en *La dirección de Recursos Humanos frente a los retos de la sostenibilidad y la sociedad de la información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 131; o Urzú Brancati, M.; Curtarelli, M.; Riso, S. y Baiocco, S.: *How digital technology is reshaping the art of management*, European Commission, Brussels, 2022, pág. 4.

Precisamente, la problemática bosquejada sirve de base y de pretexto para intentar ofrecer una serena exposición acerca de la intrincada configuración legal y constitucional de la que, hoy y al menos en España, hace gala la garantía relativa a la seguridad y la salud laborales. Máxime si esa distintiva ordenación es confrontada con los términos más rotundos (por concluirse o al menos desprenderse su palmaria condición de derecho primordial o fundamental)¹⁴ en los que se expresan hitos tan emblemáticos, valiosos e influyentes como la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948)¹⁵, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC) (1966)¹⁶ y los *Objetivos de Desarrollo Sostenible* (ODS) (2015) de las Naciones Unidas¹⁷, la Constitución de la Organización Mundial

14 A resultas de ello, el derecho fundamental a la salud parece estar en disposición de incorporarse al ordenamiento si quiera sea por vía supranacional, gracias a “un mecanismo múltiple de reconocimiento y tutela, que se interrelaciona en la fase interpretativa y aplicativa, con marcado enriquecimiento mutuo y claros procesos de retroalimentación tanto de los textos jurídicos que los recogen como de la actuación judicial que actúa en la fase jurisdiccional”. Defendiéndolo, Cruz Villalón, J.: “El impacto de la digitalización sobre los derechos fundamentales laborales. Una visión desde el ordenamiento europeo y español”, cit., págs. 26 y 27.

15 «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar» (art. 25).

16 Organización de las Naciones Unidas: *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966*. Según su artículo 12, los Estados parte “reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (apdo. 1), a efectos de lo cual deberán adoptar, entre otras, aquellas medidas tendentes al “mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente” [apdo. 2.b)]. Dentro de los posteriores trabajos de supervisión efectuados en el seno del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano específico de seguimiento del PIDESC, sobresale el documento de “Observaciones Generales” número 14 [Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general N.º 14 (2000). *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*], donde se explicita que “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente” (apdo. 1). Y si bien “no debe entenderse como un derecho a estar sano [...] [sí] entraña libertades y derechos [...] que brinde[n] a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud” (apdo. 8), como, por ejemplo, “el mejoramiento de todos los aspectos de la higiene ambiental e industrial [...] [lo cual] entraña, en particular, la adopción de medidas preventivas en lo que respecta a los accidentes laborales y enfermedades profesionales [...] la prevención y reducción de la exposición de la población a sustancias nocivas [...] u otros factores ambientales perjudiciales que afectan directa o indirectamente a la salud de los seres humanos” (apdo. 15).

17 <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/> (fecha de la consulta: 29 de febrero de 2024).

Por ejemplo, a tenor del ODS 8, “Trabajo decente y crecimiento económico”, se aspira a “proteger los derechos laborales y promover un entorno de trabajo seguro y sin riesgos para todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, en particular las mujeres migrantes y las personas con empleos precarios” (meta 8.8). Algo que de inmediato se relaciona con principios de acción tan expresivos como los consistentes en que las empresas “deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales, reconocidos internacionalmente, dentro de su ámbito de influencia” o “asegurarse de que [...] no son cómplices en la vulneración de los Derechos Humanos” (Pacto Mundial de las Naciones Unidas-Red española: <https://www.pactomundial.org/ods/8-trabajo-decente-y-crecimiento-economico/>; fecha de la consulta: 29 de febrero de 2024).

de la Salud (1946)¹⁸, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000)¹⁹, el Pilar Europeo de Derechos Sociales (2017)²⁰, el Marco Estratégico Europeo para la Seguridad y Salud en el Trabajo 2021-2027²¹ o la Declaración de la OIT sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), en su versión enmendada en 2022²².

Paradójicamente, ese cualificado reconocimiento en el plano internacional choca de manera frontal con el tratamiento recibido por la salud (general y laboral) a nivel interno²³, pues, *per se*, no merece el tratamiento de genuino derecho fundamental, sino de simple principio rector de las políticas social y económica de los poderes públicos, aun cuando, cumplidos determinados requisitos, pueda terminar conectándose con garantías esenciales como las de la vida y a la integridad física y moral del artículo 15 de la Constitución (CE)²⁴.

De hecho, “uno de los problemas más debatidos por la doctrina científica viene siendo el relativo a establecer las conexiones entre los derechos enunciados [...] [en tal precepto y el de] la salud”²⁵.

18 Según su preámbulo, “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano”.

19 Cuyo artículo 31.1 dispone que «todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad».

20 Parlamento Europeo, Consejo de la Unión europea y Comisión Europea: *Pilar Europeo de Derechos Sociales*, 2017. Según la letra a) de su apartado número 10 (titulado “Entorno de trabajo saludable, seguro y adaptado y protección de datos”), todas las personas “tienen derecho a un elevado nivel de protección de la salud y la seguridad en el trabajo”.

21 Comisión Europea: *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027. La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación* [COM(2021) 323 final], Bruselas, 2021.

22 OIT: Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 1998.

Destacadamente, tras la 110.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en junio de 2022, se han incorporado entre las garantías del más alto rango las condiciones laborales seguras y saludables, situándolas al mismo nivel que la libertad de asociación, la negociación colectiva, la abolición de los trabajos forzoso e infantil, y la ausencia de discriminación en y para el empleo. De manera adicional, se dispone que los Convenios núm. 155, sobre seguridad y salud de las personas trabajadoras (1981), y 187, sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo (2006), deben ser considerados como fundamentales. OIT: *Resolución sobre la inclusión de un entorno de trabajo seguro y saludable en el marco de la OIT relativo a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. 110.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2022, pág. 2.

23 Abundando en esta llamativa disparidad, Gil y Gil, J. L.: “La seguridad y salud laboral como principio y derecho fundamental en el trabajo”, Noticias CIELO, núm. 11, 2020, pág. 1.

24 Constitución Española de 1978 (BOE núm. 311, de 29 de diciembre).

25 Valdés Dal-ré, F.: “Derecho Constitucional y violencia en el trabajo en España”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 1, núm. 4, 2013, pág. 20.

2. El vigente protagonismo de los factores de índole psicosocial dentro de un modelo normativo objetable

Gracias en buena medida al profundo punto de inflexión que comportó la reciente pandemia mundial provocada por la COVID-19, tanto las considerables sinergias entre la salud y el trabajo²⁶ como la crucial dimensión adquirida por este último²⁷ han calado profundamente en el ideario colectivo. Por ello, como resulta legítimo esperar, se confía en que cualquier tipo de cometido laboral se va a desenvolver en condiciones apropiadas de integridad²⁸ y de seguridad²⁹, premisa indispensable para hacer desaparecer o, cuanto menos, disminuir a los niveles más bajos posibles los riesgos de sufrir un accidente o de contraer una enfermedad en los entornos productivos o profesionales³⁰.

Pretensión, la anterior, que sirve de sustrato a la hora de defender que la salud, en sus diversas dimensiones, ha de ser elevada al pináculo de las garantías, confirmándose, así como «un derecho humano fundamental [...] inherente a la persona en razón a su dignidad humana»³¹.

Esto se torna inexcusable a la vista de las negativas cifras de morbilidad y siniestralidad laborales³² tan

26 Vega Ruiz, M.^a L.: “La salud como derecho fundamental en el trabajo de la era digital”, cit. pág. 58.

27 Hasta el punto de que “nuestro ordenamiento jurídico se asienta en el derecho de los trabajadores a la salud en el trabajo”. El inciso, en López Ahumada, J. E.: “La relevancia jurídica del derecho a la salud en el trabajo en el sistema normativo de prevención de riesgos laborales: función garantista y mecanismos de protección”, *Lan Harremanak*, núm. 44, 2020, pág. 108. Por su parte, insistiendo en que para cualquier sujeto el trabajo “determina no solo su sustento diario, grado de influencia social y nivel de vida, sino también su salud”, Mancheño Potenciano, C.: “La salud en el trabajo como derecho fundamental y la Estrategia española de salud laboral 2023-2027”, cit., pág. 235.

28 Vega Ruiz, M.^a L.: “La salud como derecho fundamental en el trabajo de la era digital”, cit., pág. 67.

29 Subrayando que «la protección de la salud y la seguridad en el trabajo representan un elemento total para el desarrollo integral de un individuo [...] [pues] el trabajo [...] debe realizarse en las máximas condiciones de garantía de protección de la vida y de la salud de los trabajadores», Trejo Sánchez, K.: “La protección de la salud y la seguridad en el trabajo como derechos humanos”, *El Cotidiano*, núm. 181, 2013, pág. 86.

30 Valdeolivas García, Y. y Tudela Cambroner, G.: “La protección de la seguridad y salud laboral en la historia de la OIT”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 27, 2018, pág. 279.

31 Poniendo el acento en que también se erige como «un derecho habilitante por cuanto permite el disfrute y el acceso a otros derechos», Vega Ruiz, M.^a L.: “La salud como derecho fundamental en el trabajo de la era digital”, cit., pág. 67. Lo cual es tanto como afirmar que, en razón a su transversalidad y naturaleza expansiva, se está ante una garantía de «contenido complejo», conforme resalta Pemán Gavín, J.: “Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud”, *Derecho y Salud*, Vol. 16, núm. extra. 2, 2008, pág. 34.

32 Para poder hacerse una idea más exacta de la realidad perfilada por los datos, cabe remitir a las siguientes fuentes principales de información: las estadísticas sobre accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y patologías no traumáticas [disponibles en la página web del Ministerio de Trabajo y Economía Social (<https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/anuarios/2022/index.htm>)] y los informes periódicos sobre seguridad y salud laborales [a cargo del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST) (<https://www.insst.es/documentacion/material-tecnico/documentos-tecnicos/informe-sobre-estado-seguridad-y-salud-laboral-en-espana-2020-ano-2022>)], accidentes de trabajo [elaborados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) (https://www.mites.gob.es/itss/web/Que_hacemos/Estadisticas/index.html)] o enfermedades profesionales y causadas o agravadas por el trabajo [accesibles desde el portal de la Seguridad Social (<https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST231/2052>)].

habituales en la práctica, pues dejan a las claras un más que presumible «deterioro de las condiciones de trabajo y [...] una pérdida de valor de la prevención en las empresas»³³. Quizás en esta reveladora realidad tengan algo que ver los términos en los que actualmente se expresa el ordenamiento jurídico español. En él no cabe hablar de un genuino derecho fundamental a la salud (general o laboral). Es más, aquel ni siquiera asegura a las personas la garantía a estar sanas, sino que se conforma con enarbolar el estandarte de la protección del estado de salud³⁴. También en el trabajo, presupuesto elemental para el sistema de prevención frente a los riesgos profesionales en último extremo configurado³⁵.

A modo de significativo ejemplo de lo apuntado, basta con atender a los desiderativos términos en los que se expresa el artículo 32 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP)³⁶. En su virtud, «la salud laboral tiene por objeto conseguir el más alto grado de bienestar físico, psíquico y social de los trabajadores en relación con las características y riesgos derivados del lugar de trabajo, el ambiente laboral y la influencia de este en su entorno, promoviendo aspectos preventivos, de diagnóstico, de tratamiento, de adaptación y rehabilitación de la patología producida o relacionada con el trabajo»³⁷.

Desde este prisma más bien voluntarioso se construye el derecho a la seguridad y la salud laborales,

³³ Mancheño Potenciano, C.: “La salud en el trabajo como derecho fundamental y la Estrategia española de salud laboral 2023-2027”, cit., pág. 242.

³⁴ Bombillar Sáenz, F. M. y Pérez Miras, A.: “El derecho a la protección de la salud desde una perspectiva multinivel y de derecho comparado”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 25, 2015, pág. 300. Como voces autorizadas ya precisaron, «a pesar del término utilizado, y coherentemente con el ámbito de los principios en el que se encuentra el artículo 43 CE, no estamos ante un verdadero derecho subjetivo, al menos en el sentido utilizado por la Constitución en otros preceptos. No obstante, [...] lo cierto es que estamos ante un principio “subjetivizado” frente a aquellos otros más objetivizados en los que, excluyendo el término “derecho”, hacen una estricta apelación a una actuación de los poderes públicos». En adición, «se trata de un derecho a la protección de la salud, no un “derecho a la salud” [...] [por lo que] fuera del ámbito de configuración del ordenamiento jurídico la alteración en sí de la salud, respecto a la cual, por más que se establezcan medios preventivos y reparadores, no es posible su exclusión. Sería un derecho irrealizable, en tanto que los factores que alteran la salud escapan en gran medida al control humano». El literal, en Rey Guanter, S. del: “El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional”, *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, núm. 6, 1998, págs. 162 y 163.

³⁵ López Ahumada, J. E.: “La relevancia jurídica del derecho a la salud en el trabajo en el sistema normativo de prevención de riesgos laborales: función garantista y mecanismos de protección”, cit., pág. 129.

³⁶ Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (BOE núm. 240, de 5 de octubre).

³⁷ A mayor abundamiento, en el primer apartado de su precepto número 33 la norma dispone que “la actuación sanitaria en el ámbito de la salud laboral se desarrollará de forma coordinada con los empresarios y los representantes de los trabajadores y comprenderá los siguientes aspectos: a) Promoción, con carácter general, de la salud integral de los trabajadores. b) Vigilancia de la salud de los trabajadores, individual y colectivamente, para detectar precozmente los efectos de los riesgos para la salud a los que están expuestas. c) Desarrollo y actuación en los aspectos sanitarios de la prevención de los riesgos laborales. d) Promoción de la información, formación, consulta y participación de los profesionales sanitarios, de los trabajadores y sus representantes legales y de los empresarios en los planes, programas y actuaciones sanitarias en el campo de la salud laboral”.

con recepción en textos tan señeros como, *verbi gratia*, la CE³⁸, el Estatuto de los Trabajadores (ET)³⁹ y la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)⁴⁰. A esta apreciación no obsta que, en paralelo, terminen por consagrar el correlativo deber (o deuda) de seguridad, “de ‘resultado’ y no de medios”⁴¹, impuesto a las empresas⁴², responsables de proteger adecuadamente al personal a su servicio frente a los peligros ínsitos a cualquier actividad productiva.

De todas maneras, en el bien entendido sentido de que “el mero acaecimiento del accidente [...] [lejos está de implicar] necesariamente violación de medidas de seguridad”⁴³, los “términos ambiciosos”⁴⁴ en los que se plantea y el rigor exigible en el cumplimiento de dicha responsabilidad patronal han conducido a los órganos judiciales “a afirmar que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado y que por ende han de adoptarse todas las medidas que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran”⁴⁵. Estas, por descontado, “no se constriñen a las reglamentariamente establecidas, sino que deben adoptarse las que sean necesarias, con el único límite de su futilidad, irracionalidad o desmesura”⁴⁶.

Por consiguiente, se han de evaluar y combatir “todos los riesgos no eliminados y no solo aquellos que las disposiciones específicas hubiesen podido contemplar expresamente [...], máxime cuando la generalidad de tales normas imposibilita prever todas las situaciones de riesgo que comporta el proceso productivo”⁴⁷.

38 Aunque se profundizará más adelante en el alcance y las implicaciones de este precepto, según su artículo 40.2, con la condición de principio rector de las respectivas políticas sociales y económicas, «los poderes públicos [...] velarán por la seguridad e higiene en el trabajo».

39 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 núm. 255, de 24 de octubre). «En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho [...] A su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales» [art. 4.2.d)].

40 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE núm. 269, de 10 de noviembre). “Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo” (art. 14.1).

41 STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 7527/2003, de 27 de noviembre.

42 STSJ de Asturias, Sala de lo Social, núm. 2819/2008, de 26 de septiembre.

43 STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, núm. 2240/2018, de 13 de noviembre.

44 Con todo, el completo y efectivo cumplimiento de este deber se torna cada vez más “complejo, en la medida en que las cambiantes condiciones económicas y sociales [...] repercuten en una evolución constante de los lugares de trabajo”. Advirtiéndolo, Mella Méndez, L.: “Los retos de la prevención de riesgos laborales ante la digitalización de la empresa y las nuevas formas de trabajo: puntos críticos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 229, 2020, págs. 2 y 3 (formato electrónico).

45 SJS de Zaragoza núm. 140/2020, de 27 de julio.

46 STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, núm. 2240/2018, de 13 de noviembre.

47 STSJ de Aragón, Sala de lo Social, núm. 481/2020, de 20 de octubre.

Más aún de “atender a la variable tecnológica, sus limitaciones y posibilidades”⁴⁸.

En este punto, emergen con un elevado nivel de protagonismo aquellas cuestiones relativas al conjunto de agentes o elementos nocivos de naturaleza psicosocial anudados a la digitalización y la automatización de los procesos productivos, genuinas amenazas específicas en el área de la seguridad y la salud laborales⁴⁹. Con otras palabras, deviene “obligatoria [...] [su] evaluación [...] antes incluso de que el empresario tenga conocimiento del riesgo, pero en todo caso inexcusable si se tiene información sobre una eventual presencia de los factores que inciden en él”⁵⁰.

A este respecto, los potenciales peligros de ese tipo “se encuentran entre los problemas que más dificultades plantean en el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo”⁵¹. Sin embargo, ello “no se ha trasladado a los centros de trabajo, aunque sí ocupan un puesto entre las preocupaciones de instituciones y organismos con competencias en seguridad y salud en los países industrializados”⁵².

En resumidas cuentas, el impacto sobre la salud física y, destacadamente, mental de los factores psicosociales enlazados al amplio y heterogéneo proceso de la industria 4.0, a la sazón uno de los principales retos en el terreno preventivo⁵³, deja patente la conveniencia de siquiera reflexionar sobre el actual orden de las cosas. También por mor de la dimensión de sus efectos derivados, tanto directos como indirectos⁵⁴. Entre los primeros, su influencia transversal sobre las patologías o trastornos cardiovasculares, alimenticios, mentales, musculoesqueléticos, oculares o cancerígenos⁵⁵. Dentro de los segundos, la disminución en la atención o la vigilancia mientras se desarrolla una actividad laboral, la demora en el tiempo de reacción, la merma en la capacidad memorística, las mayores dificultades para procesar información o tomar decisiones, la reducción del nivel de energía, satisfacción o interés,

48 De ahí el mayor realce que debe darse a la configuración de la obligación patronal como una responsabilidad “dinámica y en continua evolución [...] [con] una acción de seguimiento de la actividad preventiva con carácter permanente, con el fin de perfeccionar continuamente las actividades de eliminación de riesgos y de evaluación y control de estos (cuando no se han podido evitar), así como de mantenimiento y mejora de los niveles de protección existentes”, según defiende Mella Méndez, L.: “Los retos de la prevención de riesgos laborales ante la digitalización de la empresa y las nuevas formas de trabajo: puntos críticos”, cit., págs. 2 y 3 (formato electrónico).

49 Algo que ya confirmó la STC núm. 160/2007, de 2 de julio.

50 Molina Navarrete, C.: “El recargo de prestaciones por infracción del deber de evaluar los riesgos psicosociales: la doctrina judicial ante la justicia disuasoria”, *Aranzadi Social*, Vol. 3, núm. 22, 2011 (recurso electrónico).

51 Jaén Arenas, D.: “Tendencias en gestión de recursos humanos en una empresa saludable y digitalizada”, *International Journal of Information Systems and Software Engineering for Big Companies*, Vol. 6, núm. 2, 2019, pág. 64.

52 Mancheño Potenciano, C.: “La salud en el trabajo como derecho fundamental y la Estrategia española de salud laboral 2023-2027”, cit., pág. 259.

53 *Parlamento Europeo*: Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, sobre la salud mental en el mundo laboral digital [2021/2098(INI)], pág. 8.

54 Insst: *El efecto sobre la salud de los riesgos psicosociales en el trabajo. Una visión general*, Insst, Madrid, 2018, pág. 13.

55 González Cobaleda, E.: “Digitalización, factores y riesgos laborales: estado de situación y propuestas de mejora”, cit., pág. 88.

los problemas para desconectar, la superior irritabilidad o frustración, el recurso al consumo de ciertas sustancias para evadirse o mejorar el rendimiento (alcohol, medicamentos, drogas...), la adicción al trabajo, etcétera⁵⁶.

De ahí lo crucial que resulta «contribuir activamente a mejorar los entornos laborales con intervenciones que tengan un triple enfoque: 1) Proteger la salud [física y] mental reduciendo los factores de riesgo relacionados con el trabajo. 2) Promover[las] [...] desarrollando los aspectos positivos del trabajo y las cualidades y capacidades de las personas trabajadoras. 3) Tratar de solucionar los problemas de salud [...] con independencia de su causa»⁵⁷.

Sin solución de continuidad, emergen como argumentos decisivos para adherirse a tales planteamientos las sustanciales y sustanciosas consecuencias negativas atribuibles a las TIC⁵⁸, el teletrabajo⁵⁹, la conectividad permanente⁶⁰, la inteligencia artificial⁶¹, la automatización y la robótica⁶², o la supervisión

56 Trujillo Pons, F.: La fatiga informática en el trabajo. Un riesgo nuevo y emergente: su tratamiento jurídico y preventivo, Bomarzo, Albacete, 2022, pág. 112.

57 Aunque enfocándose solo hacia la vertiente psíquica, Ministerio de Sanidad: *Estrategia de salud mental del Sistema Nacional de Salud. Período 2022-2026*, Ministerio de Sanidad, Madrid, 2022, pág. 62.

58 Tecnoestrés, síndrome de burnout, ciberacoso, problemas de salud visuales [trastornos oculares (sensación de picor, ardor, quemazón, pinchazos, enrojecimiento, arenilla, dificultad para enfocar los objetos, visión borrosa o doble, fotofobia...) y extraoculares (dolor de cabeza, vértigos o mareos...)], musculoesqueléticos (fatiga física, contracturas, hormigueos, cervicalgias, dorsalgias, lumbalgias, astenia, síndrome del túnel carpiano, tendinitis, tenosinovitis, epicondilitis, epitrocleitis...) y de otra índole (en esencia, alteraciones reproductivas, dermatológicas o del sueño), etcétera. Con superior detalle, Insst: *Trabajo con PVD: Riesgos derivados del avance de las TIC. Trabajo líquido y riesgo emergente en las sociedades de la información*, Insst, Madrid, 2020, págs. 39 y ss.

59 Episodios de tecnoestrés, ciberacoso, depresión, soledad, frustración, irritabilidad, preocupación, inactividad física, mala alimentación, sueño deficiente, pérdida de la identidad profesional y del factor socializador que supone el trabajo, etcétera. Reflejándolo, Insst: *Trabajo con PVD: Riesgos derivados del avance de las TIC. Trabajo líquido y riesgo emergente en las sociedades de la información*, cit., págs. 39 y ss.; o Villaplana García, M.ª D.: "Riesgos psicosociales emergentes y teletrabajo", en *Relaciones laborales e industria digital: redes sociales, prevención de riesgos laborales, desconexión y trabajo a distancia en Europa* (Fernández Collados, M.ª B., Dir.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2022, págs. 117 a 122.

60 Hiperconectividad, estrés, ansiedad, miedo irracional (a permanecer desconectado, perder información u oportunidades, no responder a tiempo, fallar...), conflictos familiares, dolores musculares o de cabeza, trastornos del sueño o gastrointestinales, aislamiento social, dificultad para concentrarse, irritabilidad, síndrome de burnout, etcétera. El listado completo, en Insst: *Trabajo con PVD: Riesgos derivados del avance de las TIC. Trabajo líquido y riesgo emergente en las sociedades de la información*, cit., págs. 49 y 50.

61 Agotamiento y fatiga profesional, ansiedad, depresión, estrés tecnológico, sobrecarga psicológica, desánimo, frustración, alteraciones en la conducta o forma de ser, reducción de la autoestima, síndrome de *burnout*, etcétera. Al respecto, EU-OSHA: *Cognitive automation: implications for occupational safety and health*, EU-OSHA, 2022, págs. 20 a 32.

62 Estrés, ansiedad, depresión, tensión mental, pérdida de motivación, otros desajustes emocionales, etcétera. Ahondando sobre ello, EU-OSHA: *Advanced Robotics and automation: What is it and what is the impact on workers?*, EU-OSHA, 2022, pág. 4; y OIT: *Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia*, cit., pág. 39.

electrónica⁶³. Las cuales, dicho sea de paso, no solo van a repercutir sobre la persona trabajadora singularmente afectada, sino que también podrán extenderse a la familia (deterioro de las relaciones en su seno; aparición o acentuación de problemas de pareja...), la sociedad (incremento del gasto público en materia sanitaria y de prestaciones; pérdida de competitividad del tejido productivo...) y las empresas (mayores índices de ausencias, jornadas perdidas, rotación dentro de la plantilla o siniestralidad; incremento de los costes directos e indirectos; disminución de la productividad; daño reputacional sobre la imagen corporativa; aumento de la conflictividad, la insatisfacción laboral o la degradación del ambiente de trabajo...) ⁶⁴.

3. El sinuoso contorno dentro del que se despliega la tutela del derecho a la seguridad y la salud en el trabajo

De acuerdo con una consolidada línea doctrinal, desde en el momento en el cual una ley incorpora en el marco de la relación laboral cualquier derecho o deber con una vocación tuitiva y preventiva, aquel requiere «una lectura a la luz de la Constitución, pues no cabe desconectar el nivel jurídico constitucional y el infraconstitucional en estas materias»⁶⁵. De cara a la cuestión objeto de estudio, esta máxima judicial atesora una enorme significación, más de la que a simple vista pueda parecer.

Desde luego, la Carta Magna española contempla el derecho de las personas trabajadoras a su seguridad y salud laborales. Sin embargo, lo hace desde una óptica un tanto particular, pues lo liga a una necesaria regulación previa y expresa desde la normativa sustantiva. Esta tesis deriva tanto de la ubicación (entre los principios rectores de las políticas social y económica⁶⁶) como del contenido real de su artículo 40.2, única mención explícita que desde el texto se hace a la materia, a tenor del cual “los poderes públicos [...] velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el

63 Sensaciones, emociones y condiciones psicosociales adversas, determinantes de un clima organizacional de marcada desconfianza hacia la entidad (empeorando a la par la comunicación y la cooperación); inferior nivel de implicación, compromiso, motivación o satisfacción con y en el trabajo; menor autoestima; alteraciones en la salud a raíz de la ansiedad y la tensión mental ocasionadas por una observación constante, intrusiva y generalizada; reducción de la autonomía; incremento de la carga laboral y la presión del tiempo, etcétera. En profundidad, OIT: *Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia*, cit., pág. 31; y URZÍ Brancati, c. y Curtarelli, M.: *Digital tools for worker management and psy-chosocial risks in the workplace: evidence from the ESENER survey*, European Commission, Brussels, 2021, pág. 6.

64 Insst: *Directrices básicas para la gestión de los riesgos psicosociales*, Insst, Madrid, 2022, pág. 72; ITSS: *Criterio técnico 104/2021, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en riesgos psicosociales*, 2021, págs. 33 y 34; y Osalan: *Guía: Cómo gestionar los riesgos psicosociales en tu empresa*, Osalan, 2022, pág. 16.

65 STC núm. 62/2007, de 27 de marzo.

66 Con evidentes implicaciones en la práctica según la categoría de preferencia, dentro del texto constitucional procede diferenciar entre los dispares rangos de los derechos, fundamentales (arts. 14 a 29) y constitucionales (arts. 30 a 38), y los principios rectores de las políticas social y económica de los poderes públicos (arts. 39 a 52).

descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados". Es decir, se trata de un reconocimiento mediato, llamado a inspirar el modelo legal de intervención frente a los riesgos laborales estructurado a su abrigo⁶⁷.

A mayor abundamiento, lo mismo corresponde indicar de los, en buena medida conexos⁶⁸, artículos 41, relativo al régimen público de Seguridad Social⁶⁹, y, señaladamente, 43 de la CE, receptor del genérico derecho a "la protección de la salud" (apdo. 1) y de la responsabilidad atribuida a las autoridades competentes de "organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios" (apdo. 2).

En último extremo, esa distintiva configuración implica dos rasgos de gran trascendencia. Por un lado, que "la tutela del derecho [...] se encomienda a los poderes públicos a través de [las] medidas preventivas [...] las prestaciones y [los] servicios necesarios, [...] [Por otro, que se atribuya] al legislador el establecimiento de los derechos y deberes de todos al respecto [...] [sabiendo que] su reconocimiento, respeto y protección informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos⁷⁰.

Empero, aun cuando la prerrogativa a la seguridad y la salud en el trabajo se consagra en la CE a través de una fórmula concisa y supeditada a una ulterior plasmación legal, ello no impide que, en paralelo, se haga merecedora de una interpretación gradual, progresiva y adaptable a la evolución de las circunstancias. Sin embargo, en sus específicos márgenes no se está ante un derecho subjetivo en sentido estricto⁷¹, susceptible de una acción o ejercicio inmediato ante, por ejemplo, los órganos jurisdiccionales. En realidad, se trata de una garantía de diferente naturaleza, cuya exigibilidad precisa de un determinado encauzamiento por vía de la normativa ordinaria⁷². En otros términos, "es la ley

67 López Ahumada, J. E.: "La relevancia jurídica del derecho a la salud en el trabajo en el sistema normativo de prevención de riesgos laborales: función garantista y mecanismos de protección", cit., págs. 104 y 105.

68 Dado que "la protección a la salud se desarrolla esencialmente en dos planos: el preventivo y el reparador. Estas dos perspectivas son importantes para comprender los distintos planos en los que se relaciona el artículo 43 con otros preceptos constitucionales, tales como el artículo 41 y el artículo 40.2". La precisión, en Rey Guanter, S. del: "El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional", cit., pág. 163.

69 "Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres".

70 STC núm. 118/2019, de 16 de octubre.

71 «Que no son derechos subjetivos significa, entre otras cosas, que no se puede pretender la aplicación de los mismos por la jurisdicción ordinaria fundando la pretensión exclusiva y directamente en ellos, sin que medie legislación de desarrollo o conexión con otro precepto constitucional». Insistiendo en ello, Tenorio Sánchez, P.: "Naturaleza y contenido del derecho constitucional a la protección de la salud y jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional relativa al mismo", Revista General de Derecho Constitucional, núm. 27, 2018, pág. 7.

72 Pemán Gavín, J.: "Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud", cit., pág. 61.

vigente en cada momento la que dibuja el completo arco de las prevenciones, las prestaciones y los servicios en los que se traduce ese abstracto derecho”⁷³.

Tomando como referente dicho postulado, cabe colegir que su clasificación como principio rector no implica que se esté en presencia de una previsión “únicamente programática, vacía de contenido, sin referencias que lo informen, [...] [pues existe una llamada al] legislador [para que] regule las condiciones y términos [...] respetando el contenido del mandato constitucional”⁷⁴.

No solo eso. Avanzando un paso más allá, deviene preciso reparar en una importante posibilidad, la de analizarlo o valorarlo desde una perspectiva “horizontal, [con la que] poner de relieve [...] [su] relación [directa o indirecta] [...] con otros preceptos del texto constitucional”⁷⁵. Es en este punto donde adquiere un rol preponderante, si bien no exclusivo, el artículo 15 de la CE, susceptible de ser sacado a escena en aquellos supuestos, incluso de inicio dentro de los límites de la legalidad ordinaria, de “tal gravedad que realmente [...] [pongan] en peligro cierto, grave e inminente la vida o la integridad física o moral de la persona”⁷⁶.

Con todo, conviene insistir en que esta última garantía y la relativa a la seguridad y la salud en el trabajo aparecen nítidamente separadas y diferenciadas en la Carta Magna⁷⁷. A pesar de que convivan y puedan llegar a concurrir en algunos casos, no han de ser tratadas como figuras equivalentes ni susceptibles de ser fusionadas en un mismo tipo⁷⁸. Ahora bien, esto tampoco se traduce en una segregación rígida o estanca. Por el contrario, y afortunadamente, “cada vez son más los pronunciamientos que conectan [...] [un] derecho de “importancia singular” [...] con otros que sí tienen [...] naturaleza fundamental”⁷⁹, imbuyendo al primero con los rasgos definitorios del segundo.

En este sentido, si bien los respectivos “conceptos constitucionales [...] son lo suficientemente estrictos como para impedir la banalización del derecho fundamental reconocido [...] al propio tiempo [resultan] lo suficientemente flexibles como para ajustarse a los problemas y condiciones de la vida actual”⁸⁰. De hecho, “gracias [...] [al] carácter suficientemente abierto de estos conceptos, [...] [se ha podido]

73 STSJ de Madrid, Sala de lo Social, núm. 462/2003, de 27 de marzo.

74 Centrándose en el derecho a la salud, la STC núm. 118/2019, de 16 de octubre.

75 Rey Guanter, S. del: “El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional”, cit., págs. 161 y 162.

76 SJS de Salamanca núm. 105/2020, de 8 de junio.

77 Se trata de garantías de diferente rango y naturaleza, como recalca la STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, núm. 92/2023, de 15 de febrero.

78 Refiriéndose exactamente a los derechos previstos en los artículos 15 y 43.1 de la Carta Magna, la STC núm. 118/2019, de 16 de octubre.

79 Bombillar Sáenz, F. M. y Pérez Miras, A.: “El derecho a la protección de la salud desde una perspectiva multinivel y de derecho comparado”, cit., págs. 324 y 325.

80 STC núm. 56/2019, de 6 de mayo.

proyectar el art. 15 CE sobre el ámbito de las relaciones laborales⁸¹.

Por lo tanto, a pesar de que solo sea de manera refleja, el derecho a la seguridad y la salud laborales se encuentra en disposición de traspasar los límites y acabar mostrando ciertos tintes de garantía esencial. Por ejemplo, cuando la vulneración, por acción u omisión⁸², de las normas sobre prevención frente a los riesgos profesionales amenace la vida o a la integridad física o moral⁸³ de la persona trabajadora, quien no se ve despojada de esta indeclinable prerrogativa en el entorno productivo.

Para ese tratamiento reforzado, no devendrá ineludible una afectación tangible, un daño real y efectivo, bastando en cambio con que ello pueda ocurrir dada la presencia de “un riesgo constatado de producción cierta o potencial, pero justificado *ad casum*»⁸⁴. Con otras palabras, “para apreciar la vulneración del art. 15 CE en esos casos no será [...] preciso que la lesión [...] se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz ex post, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse”⁸⁵. En resumidas cuentas, “el derecho constitucional de referencia no se vulnera solo cuando se produce un daño cierto, sino también cuando la vida y la integridad física [o moral] se ponen en riesgo por acciones y/u omisiones de quien tiene, como la empresa [...] la obligación de velar por ello”⁸⁶.

En este orden de ideas, aun cuando lo normal sea la mediación de una actuación, material o inmaterial⁸⁷, “deliberada y no consentida”⁸⁸, no “se descarta la vulneración del derecho fundamental [...] ni por

81 STC núm. 56/2019, de 6 de mayo.

82 Refrendando que “el derecho a la integridad física podría verse lesionado no solo por acciones, sino también por omisiones”, la STC núm. 118/2019, de 16 de octubre. En el mismo sentido, la STS, Sala de lo Social, núm. 329/2021, de 17 de marzo.

83 Explicando que, “sin perjuicio del reconocimiento de una estrecha conexión, estamos ante dos derechos, cada uno de los cuales cuenta con una caracterización propia y autónoma”, por cuanto “la integridad física tiende a configurarse por la jurisprudencia constitucional como una suerte de incolumidad corporal, traducida en el “derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o apariencia externa sin su conocimiento” [...] [mientras que la] integridad moral [...] protege la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria igual a todo ser humano [...] se concibe como integridad psíquica [...] [y] tutela la indemnidad o inviolabilidad de la propia personalidad”, Valdés Dal-Ré, F.: “Derecho Constitucional y violencia en el trabajo en España”, cit., págs. 18 y 19.

84 SSTC núm. 62/2007, de 27 de marzo, o 118/2019, de 16 de octubre; SSTSJ del País Vasco, Sala de lo Social, núm. 754/2020, de 10 de junio, y 592/2022, de 24 de marzo; o SJS de Salamanca núm. 105/2020, de 8 de junio.

85 SSTC núm. 62/2007, de 27 de marzo, o 118/2019, de 16 de octubre; STS, Sala de lo Social, núm. 329/2021, de 17 de marzo; SSTSJ del País Vasco, Sala de lo Social, núm. 754/2020, de 10 de junio, y 592/2022, de 24 de marzo; o SJS de Salamanca núm. 105/2020, de 8 de junio.

86 STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, núm. 754/2020, de 10 de junio.

87 Aclarando que la tutela no se limita únicamente a las “actuaciones materiales sobre el cuerpo humano, [...] [sino también] frente a las actuaciones no materiales [...] que incumplan las obligaciones legalmente impuestas al empleador en materia de prevención de riesgos laborales, poniendo en peligro la salud de los trabajadores”, la STC núm. 118/2019, de 16 de octubre.

88 STC núm. 56/2019, de 6 de mayo.

la circunstancia de que la conducta sea no deliberada (pues basta con que esté adecuadamente conectada al resultado lesivo), ni por la circunstancia de que no haya resultado lesivo (pues basta la potencialidad -riesgo- de que el mismo se produzca)⁸⁹.

Sea como fuere, no cualquier “infracción de la normativa sobre prevención de riesgos laborales conduce inexorablemente a la vulneración del derecho a la salud o a la integridad física [o moral] del artículo 15 CE”⁹⁰, pues “no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica [...] [tal resultado], sino tan solo aquel que genere un peligro grave y cierto”⁹¹. Se insiste, esto solo ocurrirá “cuando se acredite que [...] [los] incumplimientos pueden provocar riesgos graves y ciertos para la vida e integridad física y psíquica de los trabajadores”⁹², condición sine qua non a pesar de, verbi gratia, “esta tendencia expansiva que experimenta la doctrina constitucional en la protección del derecho a la integridad física”⁹³.

A la postre, corresponderá “acreditar que los incumplimientos [...] [atribuidos] a la entidad empleadora generaron riesgos material y objetivamente identificables como graves y ciertos para la vida [...] [o la] integridad física [o moral] [...] de forma tal que pudiera concretarse en efectos dañosos que pudieran relacionarse con la previa situación de riesgo, sino de manera segura, sí al menos con un grado de probabilidad suficiente”⁹⁴. Esto tanto en la hipótesis de genuinos “padecimientos físicos, psíquicos o morales [...] [como del] sometimiento al ‘riesgo relevante’ de sufrirlos”⁹⁵. Matiz de singular magnitud “en una sociedad tecnológicamente avanzada”⁹⁶, que “demanda acciones positivas para asegurar la plena efectividad del derecho fundamental, entre las cuales están las derivadas de la normativa de prevención de riesgos laborales”⁹⁷.

89 Es más, “solo podrá descartarse la vulneración del artículo 15 de la CE si la conducta enjuiciada halla cobertura legal (legalidad), responde a un fin constitucionalmente legítimo (adecuación), constituye la alternativa menos restrictiva (necesidad) y produce más beneficios sobre otros bienes o valores que perjuicios en el derecho fundamental a la integridad moral (proporcionalidad en sentido estricto)”. Indicándolo, la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, núm. 4797/2022, de 20 de octubre.

90 STS, Sala de lo Social, núm. 217/2021, de 17 de febrero.

91 SSTC núm. 119/2001, de 24 de mayo, o 5/2002, de 14 de febrero.

92 STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, núm. 1876/2022, de 29 de noviembre.

93 Tal es así que “el derecho a la integridad física protege inicialmente frente a actuaciones materiales sobre el cuerpo humano, que dañen la integridad corporal, que supongan un peligro grave y cierto para la salud, o que se produzcan sin consentimiento del afectado y sin deber jurídico de soportarlas. Con posterioridad se ha ampliado la protección frente a actuaciones no materiales (órdenes empresariales) que incumplan las obligaciones legalmente impuestas al empleador en materia de prevención de riesgos laborales poniendo en peligro la salud de la [persona] trabajadora al destinarla a determinados puestos”. Argumento clave en la fundamentación de la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, núm. 110/2014, de 17 de febrero.

94 STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, núm. 1876/2022, de 29 de noviembre.

95 “Esto es, [...] un ‘peligro grave y cierto’ para la integridad personal [...] pudiendo bastar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma”. La matización, en la STC núm. 56/2019, de 6 de mayo.

96 SSTC núm. 62/2007, de 27 de marzo, 160/2007, de 2 de julio, o 56/2019, de 6 de mayo.

97 STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, núm. 92/2023, de 15 de febrero.

No en vano, la CE contempla los derechos a la vida y a la integridad física o moral no desde una perspectiva restitutiva o reparadora (una vez producida la transgresión), sino precautoria, similar a la definitiva de la seguridad y la salud laborales⁹⁸. En razón a este planteamiento, en el marco de las relaciones laborales se tiene derecho a una protección eficaz, de donde deriva tanto la exigencia de que se adopten cuantas medidas la aseguren o procuren⁹⁹, como que tales intervenciones hayan de resultar válidas e idóneas “en todos los aspectos, circunstancias o condiciones de trabajo”¹⁰⁰. Pero sin que esto signifique “situar en el ámbito del art. 15 CE una suerte de cobertura constitucional frente a cualquier orden de trabajo que, en abstracto, apriorística o hipotéticamente, pudiera estar contraindicada para la salud. Supone únicamente admitir que una determinada actuación u omisión de la empleadora, en aplicación de sus facultades de especificación de la actividad laboral, podría comportar en ciertas circunstancias un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora, cuya desatención conllevará la vulneración del derecho fundamental citado”¹⁰¹.

Desde luego, cuanto precede resulta también predicable, en idénticas condiciones, en relación con los riesgos psicosociales, cuya prevalencia parece claro que “se va a ir incrementando a medida que el trabajo digitalizado va impulsando cambios”¹⁰². Sin duda, este tipo de contingencias forman parte de “la deuda genérica de seguridad” a cargo de la empleadora¹⁰³ y, en consecuencia, están sometidas a la normativa preventiva, “la cual describe la necesidad de una implicación y una actuación positiva de la empresa hacia [...] [su] evitación [...] de tal forma que una pasividad, dejadez o incluso retraso por [su] parte [...] en activar los mecanismos para su protección son constitutivos de un incumplimiento”¹⁰⁴.

98 De este modo, «la vida y la integridad física de las personas, en cuanto derecho fundamental, exigen la eliminación máxima de los factores que pueden producir la alteración de la salud laboral, de forma que la regulación de los riesgos laborales se ha de hacer en la línea netamente preventiva y de reducción al máximo de las fuentes de tales riesgos por encima de otras consideraciones». Certera reflexión de Rey Guanter, S. del: “El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional”, cit., pág. 167.

99 SJS de Teruel núm. 60/2020, de 3 de junio.

100 STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, núm. 205/2022, de 1 de febrero.

101 SSTC núm. 62/2007, de 27 de marzo, o 118/2019, de 16 de octubre; STS, Sala de lo Social, núm. 329/2021, de 17 de marzo; SSTSJ del País Vasco, Sala de lo Social, núm. 754/2020, de 10 de junio, y 592/2022, de 24 de marzo; o SJS de Salamanca núm. 105/2020, de 8 de junio.

102 Mancheño Potenciano, C.: “La salud en el trabajo como derecho fundamental y la Estrategia española de salud laboral 2023-2027” cit., págs. 258 y 259.

103 STSJ de Galicia, Sala de lo Social, núm. 4797/2022, de 20 de octubre.

Como es sabido, la consabida deuda de seguridad empresarial “se introduce en el contrato de trabajo como una medida para proteger la integridad del trabajador, removiendo los obstáculos que tradicionalmente habían configurado la relación laboral en un subsistema económico que escapaba a los parámetros de la configuración jurídica social. De aquí que, una vez que se amplía el ámbito de la producción y el trabajo deja de ser un simple factor [...] [aquella] se configure al margen de la propia protección que inicialmente había realizado el sistema de Seguridad Social [...] [avalando así que] los riesgos afectantes a las relaciones de las personas, denominados psicosociales, deben ser también protegidos”. Subrayándolo, la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, núm. 1589/2022, de 19 de julio.

104 STSJ de Galicia, Sala de lo Social, núm. 4797/2022, de 20 de octubre.

En razón a lo expuesto, la actualización del clásico modelo preventivo, basado en la presencialidad y un inventario de riesgos obsoleto, se antoja irremediable. Aquel ha de evolucionar al compás de los cambios (incluidos los derivados de los avances tecnológicos) que afecten a los procesos productivos y a las relaciones laborales. Se ha de adoptar una visión más moderna respecto de la gestión de la seguridad y la salud en el trabajo, que además preste una atención particular a la tutela frente a los riesgos psicosociales nuevos o emergentes.

Para ello, se ha de avanzar hacia perspectivas más integrales, no circunscritas al entorno físico, sino que tengan también presentes las esferas de lo emocional y los hábitos saludables (profesionales y personales).

Esto implica ir más allá de la seguridad en el trabajo (evitar daños) para enfocarse en la salud y el bienestar globales del personal, respecto del cual han de ocupar un “lugar destacado” los riesgos de naturaleza psicosocial.

Se trata de una primera e indispensable piedra en el camino dentro de una sociedad y unos contextos productivos cada vez más digitalizados y automatizados. Y no solo en orden a brindar una mejor tutela, sino también a fin de un deseable replanteamiento, coherente a la par con esos textos e iniciativas de referencia páginas atrás mencionados, de la concepción de la salud (y la seguridad) en el trabajo, que abandone su consideración como un mero principio rector de las políticas social y económica, y deje abierta la puerta a su consideración como genuino derecho, fundamental o siquiera constitucional, de la ciudadanía.

Estudio

La tutela de la intimidad personal del trabajador en la era digital. En particular, la reparación de los daños

Fernando Díaz Vales

Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil.
Universidad de Alcalá

Sumario

1. Introducción. El derecho a la intimidad como derecho fundamental del trabajador: reconocimiento y regulación normativa
2. La vulneración del derecho en el ámbito laboral:
 - 2.1. Intromisión ilegítima
 - 2.1.1. Mecanismos de control
 - 2.1.2. Ilícitud del control
 - 2.2. Medidas de tutela
3. El daño indemnizable:
 - 3.1. Amplitud
 - 3.2. Prueba y presunciones
4. Cuantificación del daño. Criterios

Resumen

El art. 18.1 CE consagra el derecho fundamental a la intimidad de las personas, el cual es reconocido de forma expresa al trabajador por cuenta ajena por los arts. 4 y 20 bis ET y 87, 88 y 90 LOPDGDD, como límite al ejercicio de las facultades de control y dirección otorgadas al empresario por el art. 20.3 ET. Cuando aquél es vulnerado por éste con extralimitación de tales facultades, el ordenamiento jurídico (singularmente, la LOPH y la LRJS) concede al trabajador una serie de medidas de amparo, entre las que se encuentra el resarcimiento de los daños derivados de dicha intromisión ilegítima, de forma que pueda reclamar su íntegra reparación. Sin embargo, ésta plantea una serie de problemas prácticos a los tribunales, especialmente en lo referente a la determinación los daños morales, ante la ausencia de

unos precisos criterios normativos para su cuantificación, que ha llevado a los tribunales (dentro de la discrecionalidad que les es reconocida) a acudir a reglas orientativas de fijación establecidas en otras normas, fundamentalmente la LISOS.

Palabras clave

Derecho a la intimidad, derechos fundamentales, vigilancia y control del trabajo, compensación del daño, protección constitucional.

1. Introducción. El derecho a la intimidad como derecho fundamental del trabajador: reconocimiento y regulación normativa

En el presente trabajo se lleva a cabo un conciso análisis sobre las diferentes medidas protectoras con las que cuenta el trabajador en caso de vulneración de su derecho a la intimidad por parte del empresario, y más específicamente una de ellas, como es el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos.

El derecho a la intimidad puede definirse como la protección frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad¹.

En el ámbito europeo, el derecho se encuentra reconocido por el Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (CEDH) ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, cuyo art. 8.1 dispone que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”².

A nivel estatal, la Constitución española (CE) reconoce con carácter universal a todos los ciudadanos el derecho fundamental –gozando de la protección superior concedida por el recurso de amparo, art. 53.2- a la intimidad personal y familiar en su art. 18, conforme al cual “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” (nº 1), con una explícita mención en su nº 4 a la salvaguardia respecto de las vulneraciones procedentes de los medios informáticos.

En desarrollo del precepto constitucional se promulgó inicialmente 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 –LOPH-, con el objeto de proteger en la esfera civil dicho derecho (*vid.* art. 1.1), que podrá ser impetrada aun cuando tenga carácter delictivo la intromisión ilegítima en el mismo, siendo de aplicación los criterios de esta Ley para la determinación de la responsabilidad civil *ex delicto* (art. 1.2).

Asimismo, en el marco de la normativa de protección de datos personales, la intimidad es reconocida

¹ SSTC 144/1999, de 22 de julio (RTC 1999\144), y 292/2000, de 30 de noviembre (RTC 2000\292).

² El apartado 2 del precepto establece los límites al mismo al declarar 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”. El art. 8 CEDH encuentra su trasunto en el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007, el cual, conforme a su art. 52.3, tiene el mismo sentido y alcance que el precepto del CEDH.

(y desarrollada brevemente) de forma expresa como derecho fundamental del trabajador por cuenta ajena en los arts. 87, 89 y 90 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD).

El derecho a la intimidad del trabajador en su relación laboral encuentra a su vez plasmación en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (ET), si bien a través de la genérica declaración de su art. 4 y de la escueta remisión a los mencionados preceptos de la normativa sobre protección de datos que efectúa su art. 20 bis³.

Para concluir con la normativa laboral, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), contiene en sus arts. 177 a 184 una expresa regulación -con fundamento en el art. 53.2 CE- de la tutela de los derechos fundamentales (más allá de la intimidad) del trabajador, dentro del procedimiento urgente y preferente previsto en el Capítulo XI del Título II de la Ley⁴⁵.

2. La vulneración del derecho en el ámbito laboral

2.1. Intromisión ilegítima

El *prius* para acudir a la tutela del derecho a la intimidad del trabajador (o de su familia, si bien esto último mucho más infrecuente), obviamente, es la realización de una intromisión en aquélla por parte del empresario (o de otra persona vinculada a éste por cualquier título, conforme al art. 177.1 y 4 LRJS) cuando en su facultad de control y dirección (reconocidas por el art. 20.3 ET) se fiscalizan, y en su caso

3 Introducido justamente por la DF 13ª de la LOPDGDD.

Las previsiones anteriores son censurables por cuanto la intimidad, con un objeto autónomo más amplio, trasciende el ámbito estricto de la protección de datos -derecho fundamental autónomo con regulación propia en el art. 18.4 CE-, aparte de por mezclar cuestiones laborales relativas a la intimidad de los trabajadores en el entorno digital con materias relativas al derecho de acceso a Internet, la seguridad digital, el derecho a la educación digital, el derecho de portabilidad en servicios de redes sociales... Comparten las críticas por la técnica legislativa empleada, Arrúe Mendizábal, M., "Los derechos a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de datos de los empleados públicos vs el control por parte de la Administración. Un estudio a partir de la regulación del sector privado/similitudes y (pocas) diferencias en comparación con los trabajadores por cuenta ajena", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 54, 2019, y Quílez Moreno, J. M., "La garantía de Derechos Digitales en el ámbito laboral: el nuevo artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 217, 2019, págs. 127 y ss.

4 Como los que dieron lugar a las SSTSSJ Cataluña 1 junio 2021 (AS 2021\1817) y 12 abril 2022 (JUR 2022\194496).

5 En la Unión Europea, la Resolución de 5 de julio de 2022 del Parlamento europeo, sobre la salud mental en el mundo laboral digital, muestra su preocupación por las repercusiones de la implementación de los sistemas de inteligencia artificial en los derechos y el bienestar de los trabajadores, y en particular en su derecho a la intimidad (Considerando F y apartado 13), por lo que pide a la Comisión y a los Estados miembros la elaboración de una propuesta legislativa en la materia para garantizar la protección adecuada de los mismos (cfr. apartado 35).

se difunden los datos personales (y otras facetas)⁶, con carácter rutinario (sistemático) u ocasional (*ad hoc*) -ya sea de forma directa/"intencional" o indirecta/difusa-, para satisfacer exigencias organizativas o de seguridad, dentro de las cuales puede incluirse el denominado control defensivo, que tiene por finalidad disuasoria y probatoria averiguar, en caso de que existan indicios, si se ha cometido algún ilícito laboral (ej. ataque contra las personas o bienes), si se ha incumplido la prestación por parte de los trabajadores⁷ o si se ha creado una situación de peligro por éstos o por cualquier otra persona. En el caso resuelto por la STSJ Canarias 16 septiembre 2022 (JUR 2022\392818) no se estimó acreditada por el juzgador dicha intromisión.

2.1.1. Mecanismos de control

Tradicionalmente, la intrusión en el derecho a la intimidad se producía fundamentalmente a través del control/revisión de las taquillas y de los documentos y materiales propios del trabajador situados en el mobiliario de las dependencias de la empresa (en el ejemplo característico de una oficina) y en general de sus bienes y efectos personales, frente a la que el trabajador se encuentra amparado en los términos del art. 18 ET, si bien en la primigenia normativa civil protectora del derecho a la intimidad ya se contempla una evolución en las muestras de invasión del mismo.

Así, el art. 7 LOPH enumera de manera abierta y en los términos más amplios una serie de intromisiones ilegítimas en la intimidad (aplicables en nuestro caso), como 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 la utilización de tales aparatos de escucha, de dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción⁸.

6 En el supuesto que dio lugar a la STSJ Asturias 16 mayo 2003 (AS 2003\3299), se publicaron en el tablón de anuncios ciertos datos sobre procesos de baja laboral del trabajador, detallando algunos diagnósticos como como depresión o síndrome diarreico.

7 A efectos principalmente de prueba en un proceso por despido disciplinario, como aconteció en los casos abordados por las SSTS 8 febrero 2018 (RJ 2018\666) y 17 abril 2023 (RJ 2023\1609) o las SSJJS nº 1 Éibar 30 mayo 2006 (AS 2007\1029) y nº 3 Gijón 16 octubre 2020 (JUR 2021\110080). De acuerdo con el art. 55.5 ET, la intromisión determinará la nulidad del despido si es la única prueba en que se basa, pero no si existen otras pruebas, una vez que ha sido desechada la teoría del árbol emponzoñado, impeditiva en todo caso de la nulidad del despido de haber existido vulneración de la intimidad. Vid. STC 61/2021, de 15 de marzo (RTC 2021\61).

8 A los que añade la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo, la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela, y 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.

Pero, evidentemente, la aparición y el desarrollo de las nuevas tecnologías (en algunos casos ya no tan nuevas) que permiten hacer mucho más incisivo el control empresarial sobre el desarrollo de la prestación laboral ha desbordado tales hipótesis, multiplicando las posibilidades de intromisión en la intimidad, que se han intensificado en la era digital en la que nos encontramos inmersos.

Así ocurre con el tratamiento de datos de los trabajadores a través del uso de dispositivos digitales móviles o situados fuera de los lugares de trabajo (el denominado “entorno laboral ubicuo”, integrado por el teletrabajo y el trabajo remoto), de manera que el empleo de sistemas de manejo o gestión remota de los dispositivos digitales (“Mobile Device Management” –MDM-) permite al empleador no solamente la obtención y tratamiento de datos de localización, sino también, de manera adicional, el despliegue de configuraciones de los dispositivos y/o aplicaciones que permiten el bloqueo de los dispositivos, o bien el borrado de informaciones y datos albergados en los mismos a demanda.

O piénsese en el recurso a técnicas de tratamiento de datos biométricos muy vinculado en la práctica al funcionamiento de sistemas de control de entrada de los trabajadores a determinadas áreas de acceso restringido dentro de las organizaciones productivas (acceso físico a instalaciones, servicios, facilidades, etc.)⁹, o de acceso electrónico restringido igualmente a determinados dispositivos (v. gr., un ordenador portátil), secciones, servicios o áreas virtuales donde permanecen recursos o informaciones protegidos¹⁰.

En definitiva, el horizonte es inimaginable, puesto que las eventuales herramientas de control y vigilancia empresarial (y correlativamente las intromisiones ilegítimas) se verán ampliadas y superadas, más pronto que tarde, al hilo de las nuevas tecnologías, señaladamente la Inteligencia Artificial. Como señala la STS 22 abril 2021 (RJ 2021\1901), la capacidad de injerencia que permite la utilización de

9 Vid. ATC 57/2007, de 26 febrero (RTC 2007\57), SSTTSSJ Murcia 25 enero 2010 (AS\2010\165), y Canarias 10 diciembre 2021 (AS 2022\839), y SJS nº 2 Alicante 15 septiembre 2023 (JUR\2023\392380).

10 Repárese también en el control de las manifestaciones del trabajador en redes sociales. Desde la perspectiva del control empresarial, la información existente en la red social funciona en muchos casos como medio de prueba de conductas que suponen incumplimientos por el trabajador de sus obligaciones, como actividades que impliquen concurrencia o competencia desleal o incompatibles con la situación de incapacidad temporal en que se encuentra el trabajador; asimismo, la propia utilización de la red constituye propiamente una conducta ilícita cuando se lleva a cabo en tiempo de trabajo. No obstante, aunque cabrían posturas más matizadas que valoraran las condiciones de uso de la red social que tiene el titular de la cuenta (o, en otras palabras, cómo ha configurado la misma, si es de acceso público, de acceso limitado, de acceso restringido, etc., así como el modo en el que ha accedido la empresa a ella, por medios lícitos o no), se parte de la sensación u opinión “general” de que, al tratarse de redes “públicas” o, mejor, de acceso público, no entraría en juego la protección de la intimidad. Así, Nores Torres, L. E. y Goerlich Peset, J. M., “Protección de la privacidad digital: derecho a la desconexión e investigación en redes sociales”, en *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral. Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba* (Drs. Taléns Visconti, E.E. y Valls Genovard, M. A.), Bosch, Barcelona, 2020. Vid. al respecto las SSTTSSJ Andalucía 29 octubre 2015 (AS 2016\655), Aragón 18 mayo 2016 (AS 2016\1172) y 26 junio 2018 (JUR 2019\114897), o Galicia 14 febrero 2018 (AS 2018\1481).

las nuevas tecnologías ha redimensionado los términos en los que históricamente se suscitaba el problema¹¹.

En este punto, los citados arts. 87, 89 y 90 LOPDGGD enuncian de forma explícita únicamente tres conductas a través de las cuales puede vulnerar el empresario la intimidad del trabajador en virtud de su poder de control:

- El ya clásico tratamiento de las imágenes obtenidas a través de los mecanismos audiovisuales o sistemas de videovigilancia y grabación de sonidos en el centro laboral.
- El acceso en el lugar de trabajo (con interceptación y la monitorización de su uso) a las comunicaciones electrónicas y dispositivos informáticos o digitales (telefonía, internet, correo electrónico, mensajería instantánea, voz sobre IP, etc.) puestos a su disposición por la empresa titular de los mismos para el desempeño de la actividad laboral.
- Los sistemas de geolocalización, mediante los que la facultad de control empresarial se muestra eficaz, especialmente respecto de aquellos trabajadores cuya prestación laboral requiere del desplazamiento fuera del centro de trabajo, ora instalándolos en las flotas de vehículos de la empresa, ora entregando teléfonos móviles u otros dispositivos móviles (v. gr. ordenadores portátiles, relojes u otros “wearable devices”) dotados de aplicaciones que permiten la geolocalización¹².

En un cotejo de los supuestos de hecho planteados a los juzgados y tribunales por vulneración del derecho a la intimidad del trabajador, pueden apreciarse como más frecuentes los efectuados a través de videovigilancia¹³, si bien abundan igualmente, a pesar de su carácter más novedoso, aquellos

11 En el mismo sentido, Rodríguez Escanciano, S., “Videovigilancia empresarial: límites a la luz de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, en *Diario La Ley*, nº 9328, 2 de enero de 2019. No sería extraño que, en un futuro relativamente cercano, podamos asistir a nuevos problemas de invasión de la intimidad si evoluciona la implantación de chips subcutáneos en humanos que permitan la geolocalización del portador o en los ya incorporados a la indumentaria o revestimiento del trabajador (“wearable devices”).

12 Como apuntan Alegre Nueno, M., “Los sistemas de geolocalización como medio de prueba en el proceso por despido”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 75, 2021, y VALLE MUÑOZ, F. A., “Control tecnológico empresarial y licitud de la prueba en el proceso laboral”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 87, 2022, debe matizarse al respecto que el riesgo de afectación al derecho a la intimidad no es el mismo cuando el seguimiento de un trabajador se realiza con sistemas de posicionamiento global (GPS) instalados en un vehículo de empresa, que cuando se lleva a cabo a través de los datos electrónicos asociados a sistemas de comunicación telefónica (GMS). En el primer caso, la afectación a la intimidad es menor, pues sólo habilita para conocer la ubicación geográfica del dispositivo y, en su caso, la identidad de su usuario. La STEDH 13 diciembre 2022 (TEDH 2022\178, caso Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo), declaró en el caso resuelto -con voto disidente común de tres jueces- que el concreto tratamiento de los datos de geolocalización obtenidos a través de GPS y el despido subsiguiente no vulneraban el art. 8 CEDH.

13 Como los resueltos por la STC 61/2021, de 15 de marzo, la STS 17 abril 2023, las SSTSSJ Cataluña 1 junio 2021 y 12 abril 2022, y Canarias 10 diciembre 2021, o las SSJS nº 3 Gijón 16 octubre 2020 y nº 3 Albacete 2 marzo 2023 (AS 2023\790).

derivados del control y fiscalización del correo de empresa y los dispositivos informáticos puestos a su disposición¹⁴ y los realizados a través de los sistemas de geolocalización¹⁵.

2.1.2. Ilícitud del control

La intromisión podrá considerarse ilegítima cuando el empresario en ejercicio de esa facultad de control y dirección reconocida por el art. 20.3 ET, sobrepasa los límites establecidos en las normas legales, pero también de los usos sociales (según se desprende del art. 2.1 LOPH).

Para concretar estos límites legales, ha de acudirse a los arts. 87, 89 y 90 LOPDGDD, que delimitan el carácter ilícito de la fiscalización.

Esencialmente, estos preceptos han plasmado, de forma más o menos exacta, la anterior doctrina jurisprudencial recaída sobre la materia acerca de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad (*cfr.* art. 89 LOPDGDD) del control empresarial tanto española -social¹⁶ y constitucional¹⁷-, como europea emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del art. 8 CEDH, en sus Sentencias 5 septiembre 2017 (TEDH 2017\61, caso Barbulescu I) y 9 enero 2018 (TEDH 2018\1, caso López

¹⁴ Recayeron sobre ellos la STSJ Madrid 17 marzo 2017 (AS 2018\2002) y la SJS nº 1 Éibar 30 mayo 2006; en ambos casos, los ordenadores de la empresa fueron utilizados por los trabajadores parcialmente para un uso privado, lúdico o profesional ajeno. Por su parte, en el caso enjuiciado por la STSJ Madrid 30 marzo 2022 (AS 2022\947), tras la extinción del contrato de trabajo, la empresa obtuvo de los ordenadores utilizados durante la relación laboral una serie de correos electrónicos intercambiados por los trabajadores entre sí y con clientes mientras prestaban servicio. En el ámbito civil, la SJPI nº 46 Barcelona 24 abril 2014 (JUR 2014\119577), se ocupó de la difusión de correos electrónicos por la empresa en diversos medios de comunicación en el caso *Urdangarín*.

¹⁵ Ya se ocuparon de ellos la STS 21 junio 2012 (RJ 2012\7627), y las SSTSSJ Cataluña 5 marzo 2012 (AS 2012\996), Madrid 21 marzo (AS 2014\823) y 29 septiembre 2014 (AS 2014\2981), y 11 septiembre 2017 (JUR 2017\243918), Castilla-La Mancha 10 junio 2014 (AS 2014\1619), Galicia 26 abril 2017 (JUR 2017\125997), Asturias 27 diciembre 2017 (AS 2018\296), Canarias 26 enero 2018 (AS 2019\822), y País Vasco 12 junio 2018 (JUR 2018\217692).

¹⁶ Así, SSTS 2 febrero 2017 (RJ 2017\1628) y 8 febrero 2018. En el ámbito de los Tribunales Superiores de Justicia, *vid.*, entre otras, las SSTSSJ Andalucía 11 octubre 2017 (JUR 2017\303468) y 17 enero 2018 (AS 2018\919) y Madrid 4 junio 2018 (AS 2018\1821).

¹⁷ Siguiendo la STC 170/2013, de 7 de octubre (RTC 2013\170), conforme al esencial principio de proporcionalidad, el control empresarial solo será constitucional cuando tal medida sea idónea para conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad), cuando sea necesaria por no existir otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad), y, finalmente, cuando sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Para un recorrido por la jurisprudencia social y constitucional, entre otros, Monereo Pérez, J.L. y Guindo Morales, S., "El control empresarial sobre los trabajadores mediante la monitorización del email corporativo y la instalación de cámaras de videovigilancia y de Sistemas de Posicionamiento Global (GPS) (Un recorrido jurisprudencial a propósito de la Sentencia del TEDH, Sección 4ª, de 13 de diciembre de 2022 (LA LEY 455431/2022))", en *La Ley Unión Europea*, nº 120, 2023. desarrollo actual del teletrabajo. En el mismo sentido, Arrúe Mendizábal, M., *loc. cit.*

Ribalda II)¹⁸. A su vez, la misma, aparte de representar un auxiliar exegetico de gran interés, será de aplicación en aquellos supuestos no previstos de forma expresa por los anteriores artículos¹⁹.

En primer lugar, de acuerdo con el art. 87, el acceso a los contenidos de medios digitales facilitados a los trabajadores debe efectuarse “a los solos efectos” de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales y garantizar la integridad de dichos dispositivos (nº 2).

En este punto, debe fijar el empresario criterios de utilización de los dispositivos digitales, respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. Según el nº 3, en su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores y ser informados éstos de los criterios de utilización, consagrando así el principio de transparencia.

El término “dispositivos digitales” utilizado por la norma aparece formulado de forma suficientemente amplia y genérica como para considerar englobados en él, sin excepción, tanto aquellos acordes con el desarrollo tecnológico actual como ordenadores, teléfonos móviles con sus diversos contenidos digitales, etc., como aquellos similares más complejos y sofisticados que puedan desarrollarse, como hemos indicado con anterioridad, en un futuro más o menos próximo.

Puntualiza asimismo el nº 3 que, si se ha admitido su uso con fines privados por parte del trabajador, se han de especificar de modo preciso los usos autorizados y establecer garantías para preservar la intimidad como, en su caso, la determinación de los períodos en que podrán usarse para fines privados.

En relación con el tratamiento de las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras, el art. 89.1 dispone que habrá de informarse con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida, salvo si

18 De ellas deriva el conocido como test *Barbulescu*, el cual exige analizar la información previa sobre la posibilidad de la supervisión en cuanto a su motivo legítimo, la estricta necesidad de la medida de monitorización, la limitación de la medida de control, su congruencia y proporcionalidad, así como la adopción de garantías de lealtad. En el trabajo citado en la nota anterior, Monereo Pérez, J.L. y Guindo Morales, S. advierten que los tribunales españoles están lejos de asumir los límites directos de los principios del TEDH y reclaman, por mor de la seguridad jurídica, una “necesaria y oportuna” regulación de las nuevas tecnologías y poderes empresariales, frente a la “laxitud” de los preceptos de la LOPDGDD, máxime atendiendo al desarrollo actual del teletrabajo. En el mismo sentido, Arrúe Mendizábal, M., loc. cit.

19 Como señala Pérez de los Cobos Orihuel, F., “Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 59, 2019.

La SJS nº 2 Alicante 15 septiembre 2023 declara la existencia de una vulneración del derecho a la intimidad en aplicación de los indicados requisitos en un supuesto de utilización de los datos biométricos faciales del trabajador con la finalidad de control horario sin su consentimiento expreso -a pesar de que con anterioridad habían declarado la licitud del control horario a través de la huella digital, el ATC 57/2007, de 26 febrero, o las SSTTSSJ Murcia 25 enero 2010, y Canarias 10 diciembre 2021-.

es captada una comisión flagrante de acto ilícito por los trabajadores²⁰. Se estima cumplido el deber de informar cuando existiese al menos un dispositivo informativo (cartel, letrero) en lugar suficientemente visible con el contenido mínimo exigido por el más general art. 22.4 LOPDGDD²¹.

Conforme al nº 2 del precepto, en ningún caso pueden válidamente instalarse los sistemas de vigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos, como con reiteración han declarado los tribunales²².

Como quiera que representan el mayor potencial invasivo de la intimidad, el nº 3 dispone un régimen más restrictivo en relación con el control empresarial realizado a través de sistemas para la grabación de sonidos en el lugar de trabajo, pues únicamente podrán ser empleados en caso de existencia de riesgos relevantes para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas -con referencia explícita a los indeterminados principios de proporcionalidad y de intervención mínima, así como a las garantías de información referidos-, sin que puedan nunca situarse en lugares de esparcimiento, como se indicó anteriormente. A ello añade que la supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se verificará atendiendo al art. 22.3 LOPDGDD²³.

Finalmente, el art. 90.2 establece para el tratamiento de los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización en el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores del art. 20.3 ET, la obligación de información a los trabajadores y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características, exigencia análoga a la contenida en el art. 89.1 con carácter previo a su instalación, que deberá ser expresa, clara y, a diferencia de éste (que añade *concisa*), *inequívoca*.

A pesar de que el precepto no establece unos límites al control empresarial mediante sistemas de geolocalización, ni reconoce expresamente (más allá de su título) el derecho del trabajador a que se respete su derecho a la intimidad, éste debe colegirse de una interpretación sistemática con lo dispuesto por el legislador en los anteriores artículos para el control empresarial de los dispositivos

20 Un problema irresuelto es si ha de entenderse referido exclusivamente a un acto tipificado penalmente (como hurtos -como la sustracción por el empleado de efectivo de la caja registradora-, revelación de secretos, acceso a un ordenador o a unos archivos sin autorización y copia de documentos, acoso o agresión física a otro compañero o a un superior) o debe extenderse a otros como fumar en espacios no habilitados, simular la entrada de otro empleado usando indebidamente su tarjeta de acceso, etc., cercenando en este caso más ampliamente el derecho a la intimidad del trabajador. Sobre la cuestión, *vid.* Quílez Moreno, J. M., *loc. cit.*, pág. 141, y Arrúe Mendizábal, M., *loc. cit.*, quienes se inclinan por expandirlo a ilícitos no penales, pero sin que pueda incluir cualquier tipo de incumplimiento; en este sentido, para la SJS nº 3 Pamplona 18 febrero 2019 (AS 2019\1014), la noción de acto ilícito engloba las infracciones administrativas, pero no los incumplimientos de las obligaciones laborales.

21 Existencia del tratamiento, identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos contenidos en los arts. 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 (RGPD).

22 Entre otras, SSTTSSJ Canarias 10 diciembre 2021 y Cataluña 12 abril 2022, en cuyo supuesto las imágenes obtenidas se publicaron en las redes sociales de la empresa.

23 Con el límite de un mes desde su captación.

digitales y la videovigilancia, así como de la aludida doctrina jurisprudencial recaída en la materia sobre la exigencia de la aplicación de los principios de justificación legítima, proporcionalidad, idoneidad y necesidad.

Debe tenerse en cuenta asimismo que al finalizar la jornada laboral o el tiempo de trabajo dichas facultades empresariales desaparecen y el contrato de trabajo deja de constituir el vínculo entre las partes que ampara el poder del empresario para imponer las medidas implantadas de captación y tratamiento de datos. A partir de ese momento, es imprescindible el consentimiento de los trabajadores para mantener en funcionamiento los dispositivos GPS y para el análisis automatizado de los datos personales obtenidos por ese medio²⁴.

2.2. Medidas de tutela

El art. 9.2 LOPH admite de manera omnicomprendiva la posibilidad de ejercitar cualesquiera “medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima”, incluida la adopción de las cautelares correspondientes, enumerando de forma ejemplificativa a continuación el restablecimiento del 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 o la prevención de intromisiones inminentes o ulteriores.

En términos análogos (si bien más genéricos), en la normativa procesal laboral, más específicamente en sede de la regulación del procedimiento de tutela de los derechos fundamentales del trabajador, el art. 182 LRJS (cuyo art. 180, admite también la solicitud y adopción de cualesquiera medidas cautelares), entre el potencial contenido de la sentencia en correspondencia con las pretensiones ejercitadas -junto a la declaración de la vulneración del derecho fundamental y la nulidad radical de la actuación del empresario- incluye de igual forma el cese inmediato de ésta, el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable.

Entre estas medidas de tutela se encuentra específicamente la indemnización de los daños sufridos por la víctima, singularmente los morales, reconocida de forma explícita tanto por el art. 9.2.c) LOPH (que, aunque carente de aplicación en el supuesto de hecho que nos ocupa, añade la apropiación del lucro obtenido por el responsable) como por el art. 182.1.d) LRJS²⁵.

²⁴ Como declaran las SSTTSSJ Castilla-La Mancha 10 junio 2014, Madrid 29 septiembre 2014, Asturias 27 diciembre 2017, y País Vasco 12 junio 2018. Vid., en el mismo sentido, QUÍLEZ MORENO, J. M., loc. cit., pág. 143.

²⁵ Asimismo, como señalamos previamente, el carácter ilegal de las medidas de control y de la intromisión en la intimidad del trabajador puede igualmente ocasionar la nulidad de la prueba obtenida a través de ellas y la consiguiente declaración de nulidad de un despido disciplinario basado exclusivamente en la misma, pues no puede obviarse que lo más frecuente será que

3. El daño indemnizable

3.1. Amplitud

En términos generales, la causación de un daño, como detrimento, menoscabo o destrucción en sus bienes-patrimoniales, personales o morales-, es requisito indispensable en todo tipo de responsabilidad civil (ya sea contractual o extracontractual), conforme a los arts. 1101 y 1902 del Código Civil (CC).

En consonancia con ellos, las particulares normas reguladoras de la vulneración del derecho a la intimidad tanto generales como laborales, reiteran dicha exigencia en diferentes, aunque análogos términos. Así, el art. 9.2. LOPH alude a los “*daños causados*”, mientras que el art. 183.1 LRJS se refiere a la indemnización “*que, en su caso, le corresponda*” por haber sufrido el trabajador lesión en alguno de sus derechos fundamentales²⁶.

Conforme a los principios rectores del Derecho de daños, todo tipo de daño tenga carácter patrimonial o no, debe ser en su totalidad reparado con íntegra restitución de la víctima, en virtud de la tradicional y principal función resarcitoria de la responsabilidad civil²⁷, si bien en nuestro caso no puede obviarse que la vulneración conllevará esencialmente la producción de daños morales.

De este modo, el art. 183 LRJS establece que la indemnización deberá contener en primer término el daño moral (y, en el mismo sentido, el art. 9.3 LOPH dispone que “se extenderá a él”), el cual se define como sufrimiento o padecimiento o erosión psíquica, emocional o espiritual que la persona puede soportar en sus bienes o valores espirituales (básicamente el impacto que ocasiona impotencia, zozobra, ansiedad, pesadumbre, angustia, inseguridad o incertidumbre) unido a la vulneración del derecho fundamental; pero, igualmente, de acuerdo con la norma, la reparación deberá incluir los

dicha ilicitud se plantee en tales procesos (la finalidad del control es primordialmente probatoria), más que en uno ordinario o especial de tutela del derecho (*cfr.* art. 9.1 LOPH). Sobre la cuestión, *vid.* Menéndez Sebastián, P. y De Castro Mejuto, S. J., “La videovigilancia como prueba lícita en el pleito de despido: balance de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 100, 2023.

²⁶ En el mismo sentido, el art. 82.1 RGPD reconoce como consecuencia de una infracción en el tratamiento de datos personales el derecho a recibir del responsable o el encargado del tratamiento una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, mientras que en los apartados siguientes el precepto dispone la presunción de responsabilidad de todos los participantes en la operación de tratamiento, y en caso de ser varios la solidaridad por la totalidad de la cuantía de la indemnización, con la correspondiente vía de regreso proporcional en favor de quien haya abonado la totalidad.

La STJUE 4 mayo 2023 (TJCE 2023\80) ha declarado (si bien a otros efectos, como es el tratamiento de datos por el Servicio de Correos austríaco, del que se infería la afinidad política del demandante), que la indemnización requiere la existencia de un daño o perjuicio, una infracción del RGPD y un nexo causal, sin que la infracción conlleve necesariamente la existencia de daños y perjuicios, puesto que son conceptos diferentes. La cuantificación queda sujeta a los diferentes Derechos internos, que deben, eso sí, compensar de forma “total y efectiva” (íntegramente) los concretos daños y perjuicios.

²⁷ Además, el art. 183.2 LRJS añade expresamente a esta función un fin preventivo (“*contribuir a la finalidad de prevenir el daño*”), como pone de manifiesto, entre otras, la STS 8 julio 2014 (RJ 2014\4521).

daños y perjuicios adicionales derivados, de tal manera que se ha de “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”²⁸. Vid., por todas, en este sentido la STS 2 febrero 2015 (RJ 2015\762).

Por otro lado, no ha de perderse de vista que la indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en la normativa laboral (art. 183.3 LRJS)²⁹. Independencia que cabe asimismo predicar en relación con la estimación o no de otras medidas ejercitadas por el trabajador al respecto, quedando obviamente excluida únicamente la acción de reclamación, cuando se haya solicitado la misma en vía penal, por constituir la vulneración un delito tipificado (art. 183.4 LRJS). Cfr. el art. 26.2 LRJS, que permite además acumular la acción de reclamación de indemnización a la de nulidad del despido.

En este punto, la STC 61/2021, de 15 de marzo, declara que “cuando el art. 183.1 LRJS dispone que la sentencia que declare la existencia de una vulneración de un derecho fundamental debe pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización, no hace depender el reconocimiento de la indemnización de la calificación del despido, sino del reconocimiento de que la trabajadora ha sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, y ello con independencia de la calificación del despido”. En el mismo sentido, la STSJ Galicia 15 febrero 2023 (JUR 2023\84883) resuelve en el caso a ella planteado que el despido no tuvo como móvil la vulneración de derechos fundamentales, ni produjo ese efecto, sino la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la obtención de unas pruebas ilegítimas y de su aportación al juicio.

Por su parte, la STSJ Cataluña 12 abril 2022 manifiesta que la aceptación por transacción del finiquito y saldo en una anterior conciliación por proceso de despido no impide el ejercicio de reclamación de daños morales, mientras que la STSJ Galicia 11 junio 2004 (AS 2004\2397) determina la compatibilidad de la reclamación de daños morales, o incluso materiales, como consecuencia de la vulneración de los derechos fundamentales en los supuestos en que el trabajador pide la resolución del contrato y la indemnización por la extinción del contrato de trabajo. Vid., asimismo, la SAP Badajoz 29 abril 2004 (AC 2004\508).

3.2. Prueba y presunciones

Si bien la existencia del daño ha de acreditarse, en principio, por la víctima por cualesquiera medios adecuados al caso como la tasación, precio, peritos, etc., las normas tuitivas civiles o laborales facilitan dicha prueba a través de diversos expedientes, singularmente -por su dificultad- en relación con la

²⁸ Por su parte, el art. 82.1 RGPD incluye, de igual forma, todos los daños “*materiales o inmateriales*”.

²⁹ Como oportunamente recuerdan Alegre Nueno, M., *loc. cit.*, y Menéndez Sebastián, P. y De Castro Mejuto, S. J., *loc. cit.*

determinación del daño moral.

Así, el art. 9.3 LOPH, presume³⁰ la existencia de perjuicio con la mera prueba de la intromisión ilegítima, mientras que en la misma línea el art. 183.2 LRJS establece que el Juez deberá determinarlo prudencialmente cuando la prueba “*de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa*”. De acuerdo con las SSTS 17 diciembre 2013 (RJ 2013\8473), 8 julio 2014, 2 febrero 2015, 26 abril (RJ 2016\1628) o 12 julio 2016 (RJ 2016\3831), entre otras, deberán flexibilizarse, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización.

Por tal razón, la más moderna jurisprudencia ha declarado que la indemnización de daños por vulneración de los derechos fundamentales –incluida, obviamente, la intimidad– del trabajador es de concesión automática, doctrina que puede observarse en las SSTS 2 y 5 febrero (RJ 2015\89) y 13 julio 2015 (RJ 2015\5010), 18 mayo 2016 (RJ 2016\3258), 5 octubre (RJ 2017\4918) y 19 diciembre 2017 (RJ 2017\5973), 8 mayo 2019 (RJ 2019\2389) –referidas al derecho de libertad sindical–, y 24 enero 2017 (RJ 2017\1615) –recaída en un proceso sobre discriminación por razón de sexo–³¹.

En relación ya con la indemnización por vulneración del derecho a la intimidad del trabajador, la STSJ Galicia 15 febrero 2023 –aun cuando sin fundamento en la LOPH– señala que aquella lleva aparejada la indemnización por daños y perjuicios y, de no acreditarse otros daños físicos o psíquicos, cuando menos procede una indemnización por el daño moral. Sin embargo, de forma más temperada, la STSJ Madrid 30 marzo 2022 matiza que el daño moral debe ser alegado por el demandante, concretando las bases y elementos clave de la indemnización reclamada y asimismo acreditando, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena indemnizatoria, sin perjuicio de que pueda flexibilizarse la exigencia de prueba de su importe cuando ésta resulte demasiado difícil o costosa, o cuando la existencia del daño se ponga de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión. Mayores dudas al respecto plantea la SAP Badajoz 29 abril 2004, pues parece inclinarse por la exigencia de la prueba del daño, si bien entre su fundamentación cita el art. 9.3 LOPH, y reconoce la existencia de daño en el caso planteado.

4. Cuantificación del daño. Criterios

En estrecha relación con las anteriores consideraciones, no puede perderse de vista que los daños que mayoritariamente se derivan de la vulneración de un derecho fundamental como es el de la intimidad del trabajador, tienen carácter moral, los cuales –a diferencia de lo que acontece con los

³⁰ *Iuris et de iure*, conforme a la SJPI nº 46 Barcelona 24 abril 2014.

³¹ Así, Molina Navarrete, C., “Control tecnológico del empleador y derecho probatorio: efectos de la prueba digital lesiva de derechos fundamentales”, en *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 150, 2019, pág. 354, Alegre Nueno, M., *loc. cit.*, quien considera el daño moral consustancial a la vulneración de un derecho fundamental o de una libertad pública, y Menéndez Sebastián, P. y De Castro Mejuto, S. J., *loc. cit.*

daños patrimoniales, objeto de fácil valoración económica- presentan una enorme dificultad a la hora de su cuantificación, como hemos indicado y advierte el propio art. 183.2 LRJS.

Así, no existen unos criterios precisos a los que acudir³², como ocurre con los contenidos, *v. gr.*, en los arts. 32 y ss y el Baremo del Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (TRLRCVM), de obligada observancia en caso de daños corporales derivados de la misma.

Ha de reconocerse, no obstante, que el art. 9.3 LOPH dispone que el daño moral se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que habrá de tenerse en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. Pero, aparte de su indeterminación, la utilidad de tales reglas se ve reducida, al estar concebidas fundamentalmente para supuestos de vulneración del derecho a la intimidad de un personaje famoso a través de los medios de comunicación convencionales o Internet, más que para aquellos de intromisión ilegítima por el empresario en la intimidad de un trabajador³³.

En consecuencia, ante criterios tan genéricos, queda la decisión en manos del Juez, en virtud de la facultad concedida en el art. 183.2 LRJS, para la que cuenta además con un amplísimo margen de discrecionalidad como puede apreciarse, pues dispone un único límite en su aplicación, la *“prudencia”*, concepto jurídico absolutamente indeterminado que proscribe exclusivamente la arbitrariedad³⁴. En este sentido, la STSJ Asturias 16 mayo 2003 declara expresamente que la apreciación y cuantificación de la indemnización procedente por el daño moral causado presupone un notable margen de arbitrio judicial, que dé sentido a la ausencia de un criterio legal y a la heterogeneidad de las circunstancias concurrentes en cada caso.

La anterior previsión contrasta con las más estrictas exigencias del art. 179.3 LRJS, conforme al cual la demanda deberá expresar con claridad, entre otros extremos, la cuantía de la indemnización, especificando adecuadamente los diversos daños y perjuicios, con establecimiento de las circunstancias relevantes para su determinación e inclusión de la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador; no obstante, el precepto excluye tales

³² La SAP Badajoz 29 abril 2004, resalta “la dificultad de una materia en la que no existen reglas matemáticas” y condena a abonar 25.000 euros como “suma más adecuada”.

³³ Como señalamos previamente, la SJPI nº 46 Barcelona 24 abril 2014, que versó sobre la difusión de correos electrónicos por la empresa en diversos medios de comunicación en el caso *Urdangarín*, acudió a dicho precepto como fundamentación de su fallo, declarando que la cuantía del daño debe valorarse por el juzgador de modo discrecional, sin sujeción a pruebas de tipo objetivo, remitiendo a las circunstancias y necesidades del caso concreto, exigencias de la equidad, prudente arbitrio, etc., concluyendo que la apreciación subjetiva resulta ineludible.

³⁴ Por otro lado, previsiones sustantivas del art. 183 LRJS de ubicación poco afortunada dentro de una norma estrictamente procesal.

requisitos precisamente en el caso de los daños morales cuando su estimación detallada resulte difícil, en línea, pues, con lo dispuesto en el art. 183.2.

Ante la ausencia siquiera de criterio orientativo alguno más o menos definido en la normativa -laboral o no- sobre responsabilidad civil derivada de la vulneración de los derechos fundamentales, los jueces y tribunales habrán de acudir a reglas contenidas en otras normas en las que basar la cuantificación de los daños.

De las pautas -orientativas, en todo caso- a las que puede acudirse para efectuar el cálculo, sin duda, las más minuciosas son las contenidas en el indicado Baremo del Anexo del TRLRCVM, totalmente convenientes desde la óptica de la seguridad jurídica y de una notable utilidad en la tarea del juzgador. A ellas aludió el demandante en el caso resuelto por la STSJ Canarias 16 septiembre 2022, que, sin embargo, desestimó la existencia de una vulneración del derecho fundamental.

No obstante, las reglas en las que las resoluciones judiciales basan primordialmente la cuantificación de los daños sufridos por el trabajador víctima de la vulneración de su derecho a la intimidad -validadas explícitamente por la STC 247/2006, de 24 de julio (RTC 2006\247)- han sido las fijadas en el Capítulo VI del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (LISOS)³⁵, a pesar de tratarse de una normativa sancionadora de carácter administrativo. Así, SSTTSSJ Galicia 15 febrero 2023, que remarca además su carácter orientativo, Canarias 10 diciembre 2021 y Madrid 30 marzo 2022, o SJS nº 2 Alicante 15 septiembre 2023.

El art. 8.11 LISOS tipifica expresamente como infracciones muy graves en materia de relaciones laborales individuales y colectivas los actos del empresario contrarios al respeto de la intimidad de los trabajadores, pudiendo, a su vez, ser sancionadas en grado máximo, medio y mínimo, de acuerdo con el art. 39.1 LISOS, como declararon las SSTTSSJ Canarias 10 diciembre 2021 y Galicia 15 febrero 2023, y las SSJJJ nº 3 Gijón 16 octubre 2020, nº 3 Albacete 2 marzo 2023 y nº 2 Alicante 15 septiembre 2023.

Conforme al art. 40.1.c), calificada como infracción grave la vulneración del derecho a la intimidad, se sancionará ésta con una multa (SJS nº 3 Albacete 2 marzo 2023):

- de 7.501 a 30.000 euros en su grado mínimo;
- de 30.001 a 120.005 euros en su grado medio;

³⁵ Igualmente, empleadas para valorar los daños derivados de la lesión de cualesquiera derechos fundamentales de los trabajadores. *Id.*, entre otras, SSTS 15 febrero 2012 (RJ 2012\3894), 8 julio 2014, 2 febrero 2015, 14 julio 2016 (RJ 2016\4220), y 8 febrero 2018.

- de 120.006 euros a 225.018 euros en su grado máximo.

Dichas sumas –aun con carácter orientativo, reiteramos– determinarán, por tanto, en la práctica forense el montante de la indemnización que podrá solicitar el trabajador por la vulneración de su derecho a la intimidad.

Por su parte, el art. 39.2, párrafo 1º LISOS³⁶ enumera una serie de circunstancias que han de ser tomadas en consideración para determinar el grado definitivo de la sanción aplicable a la infracción, de las que gozan de una mayor virtualidad a efectos del cálculo de la indemnización objeto de nuestro estudio, las correspondientes a la “negligencia e intencionalidad del sujeto infractor”, “la cifra de negocios de la empresa” y el “perjuicio causado”, mientras que la referente al número de trabajadores afectados determinará, obviamente, el grado mínimo en las demandas individuales del trabajador en reclamación de los daños y perjuicios; carecen, por el contrario, de interés a tales efectos el fraude o connivencia, el incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección y la cantidad defraudada.

Por otro lado, la reincidencia en la vulneración³⁷ determina igualmente que la sanción (indemnización en nuestro caso) pueda incrementarse hasta el duplo del grado de la misma, sin exceder la cuantía máxima a la infracción cometida (art. 41.2 LISOS). Vid. STSJ Galicia 15 febrero 2023 que, no obstante, consideró que aquella no concurría³⁸.

Como cláusula de cierre general para la graduación de la sanción, el art. 39.6 LISOS dispone que si se consideran irrelevantes cualquiera de las anteriores circunstancias en el caso, se impondrá la sanción en el tramo inferior del grado mínimo³⁹, criterio que, aunque no exclusivo, es el de preponderante aplicación en la práctica para fijar la cuantía de la indemnización. En aplicación del mismo, las SSTSSJ Canarias 8 marzo y 10 diciembre 2021 y Cataluña 12 abril 2022, y SJS nº 2 Alicante 15 septiembre 2023, condenaron a abonar una indemnización de 6.251 euros por el daño derivado de la vulneración del

36 Que establece que “calificadas las infracciones, en la forma dispuesta por esta ley, las sanciones se graduarán en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida”.

37 Definida en el art. 41.1 como la comisión de “una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior en el plazo de los 365 días siguientes a la notificación de ésta”, requiriendo en tal supuesto que la resolución sancionadora hubiere adquirido firmeza.

38 Ante la alegación del trabajador demandante por razón de un despido anterior por parte de la empresa demandada que fue conciliado, el Tribunal declara que aquél no se fundamentó en una violación del derecho fundamental.

39 En cambio, se sancionará en el máximo de la calificación que corresponda toda infracción que consista en la persistencia continuada de su comisión, art. 39.7.

derecho a la intimidad de los trabajadores demandantes⁴⁰.

Pero en un examen de las resoluciones judiciales recaídas en la materia puede advertirse, asimismo, junto a esta regla subsidiaria, la aplicación de los particulares criterios de la LISOS señalados con anterioridad en atención a las concretas circunstancias concurrentes en el caso, con base en la mencionada facultad discrecional del juzgador.

Así acontece en la STSJ Galicia 15 febrero 2023, que, si bien aplica el grado mínimo, lo hace con el atenuante de la falta de intencionalidad en la vulneración del derecho a la intimidad (ex art. 39.2 LISOS), condenando finalmente a una indemnización de 6.000 euros.

Por su parte, la SJS nº 3 Albacete 2 marzo 2023 impone una indemnización por daño moral de 30.001 euros (grado medio en su tramo inferior, art. 40.1.c LISOS)⁴¹ atendiendo a “la gravedad del hecho, la omisión de cualquier solución extrajudicial tendente a aunar los derechos enfrentados, la ausencia de cumplimiento de los mínimos requisitos formales para la implantación de la medida, el carácter permanente de la intromisión ilegítima en la intimidad del trabajador, dada la reiteración con la que el actor manifestó la misma sin obtener respuesta”.

A pesar de acudir a las reglas cuantificadoras de la LISOS para fijar el montante de la indemnización, ninguna referencia a cuál de ellas se hace en la STSJ Madrid 30 marzo 2022 y en la SJS nº 3 Gijón 16 octubre 2020: la primera, frente a la alegación del recurrente solicitando la desestimación de la indemnización o su fijación en el grado mínimo, ratificó la condena de 35.000 euros en concepto de daños morales que impuso el Juzgado de lo Social, declarando únicamente haber quedado acreditada la violación de los derechos fundamentales; mientras, la segunda condena a indemnizar 5.000 euros a la trabajadora demandante, limitándose para ello a “tomar como parámetro los importes del art. 40 LISOS”.

Ya al margen de los criterios de la LISOS (a los que ni siquiera alude), la más antigua STSJ Galicia 11 junio 2004 ratificó la condena del Juzgado de lo Social a la indemnización de 3.005 euros por daños morales graves⁴². Para la determinación del quantum declaró atender a todas las circunstancias –

40 Téngase en cuenta que esa era la cuantía correspondiente a la sanción en su tramo inferior del grado mínimo para las infracciones muy graves en la redacción (aplicable a la sazón) del art. 40.1.c) LISOS anterior a la actualización realizada por la DF 1.2 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

En las dos primeras resoluciones el Tribunal apreció que la vulneración de la intimidad se desarrolló a lo largo de varios meses y fue suficiente para generar un dolor, una angustia y desazón ante la desprotección, aunque únicamente se produjese durante unos minutos al día, frente a la alegación de la empresa demandada que consideraba que la indemnización (un euro al día) debía ser proporcional a la muy baja intensidad de la vulneración (de escasos minutos y con ausencia de uso de las imágenes obtenidas). Por su parte, la tercera desestimó la suma de 40.000 euros solicitada por la demandante.

41 Frente a la cantidad de 50.000 euros reclamada por el demandante.

42 Consecuencia de la vejación a que fue sometida la trabajadora y la crisis de ansiedad y baja por depresión padecidas, si bien no se trataba únicamente de una vulneración del derecho a la intimidad.

genéricas- concurrentes de lugar y tiempo, situación de superioridad del causante del daño, así como a criterios de proporcionalidad. En análogos términos, y de nuevo sin aplicar las reglas de la LISOS, la coetánea STSJ Asturias 16 mayo 2003 confirmó la condena del Juzgado de lo Social a idéntica cantidad (3.005 euros), en consideración a la ausencia de constancia de la causación de perjuicios materiales, a la salida concertada de la accionante del ámbito laboral de la demandada, evitando la continuidad de una deteriorada convivencia en un difícil entorno personal y laboral, y al propio transcurso de un período relevante de tiempo⁴³.

⁴³ En este caso la demandante reclamaba una indemnización de 60.000 euros, con fundamento en los arts. 18.1 CE, 9.3 LOPH, 1101, 1106 y 1902 CC, y 180.1 y 181 del entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril.

Estudio

El desarrollo de los estándares de protección de la intimidad en el ámbito laboral desde la perspectiva de la tutela de los derechos fundamentales

J. Eduardo López Ahumada*

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alcalá

Sumario

1. Introducción.
2. El impacto del desarrollo del trabajo digital y sus efectos transversales en el ámbito laboral.
3. La promoción de los estándares de protección de la intimidad en el ámbito laboral.
4. La necesaria participación de los representantes de los trabajadores en la política de privacidad de las empresas.
5. El desarrollo del deber de información empresarial: instrumento necesario para el fomento de la política de privacidad corporativa.
6. Delimitación de la obligación empresarial de información: el objetivo de asegurar la privacidad y la protección de datos personales.
7. La obligación de información básica a las personas trabajadoras: el principio de transparencia.
8. Conclusión.

* Este estudio se ha realizado dentro de las acciones del Proyecto de Investigación Labordig: “La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo”. PID2020-112731RB-I00. Ministerio de Ciencia e Innovación de España.

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alcalá (Madrid, España). Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Investigador principal de la línea de investigación estable en Relaciones Laborales y Protección Social del Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Alcalá (IELAT). Investigador titular del IELAT en las líneas de Derecho y de Relaciones Laborales-Protección Social. Responsable del programa de doctorado de América Latina y Unión Europea en el contexto internacional de la Universidad de Alcalá.

Resumen

El presente trabajo de investigación analiza el desarrollo de los estándares de protección de la intimidad previstos por la legislación española, como instrumento de refuerzo de los derechos de las personas trabajadoras en las empresas. Claramente la finalidad de dicho tratamiento legal se basa en garantizar corporativamente la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito laboral. En este contexto el impacto del desarrollo del trabajo digital y sus efectos transversales en las relaciones laborales han transformado profundamente el contexto de aplicación del Derecho. En este sentido, se repasan distintas cuestiones conflictivas, como son el margen de participación de los representantes de los trabajadores en las políticas de privacidad de las empresas o el desarrollo del deber de información empresarial, con vistas a garantizar la privacidad y la protección de datos personales de las personas trabajadoras.

Palabras clave

Relaciones laborales, derechos fundamentales, privacidad, datos personales, políticas corporativas.

1. Introducción

El proceso de digitalización representa un auténtico desafío para las empresas, para sus fórmulas de gobernanza y para sus métodos o procedimientos de gestión laboral. Las fórmulas de empleo y uso de las tecnologías en el trabajo tienen un efecto directo en las condiciones laborales y afectan a los intereses de los trabajadores y, en su conjunto, a la propia dinámica de las relaciones laborales. Sin duda, el problema se centra en el registro y tratamiento de los datos personales en relación al uso de los dispositivos digitales utilizados en el trabajo. En estos casos se deben desarrollar nuevas fórmulas de protección especial del derecho a la intimidad de las personas trabajadoras. Esta nueva dimensión ligada a los datos personales de los trabajadores nos sitúa inevitablemente ante una problemática, que tiene que tener en cuenta la propia implicación de la persona trabajadora en los procesos productivos digitales. En el ámbito laboral se están presentando nuevas situaciones conflictivas ligadas a la intensificación de las tecnologías de vigilancia en el cumplimiento de la prestación de servicios de los trabajadores. Desde el punto de vista jurídico-laboral, se precisa una profunda revisión de la función protectora del Derecho del Trabajo, teniendo en cuenta las nuevas garantías ligadas a la protección de datos de carácter personal y todo ello como presupuesto necesario que asegure una tutela efectiva de la privacidad de los trabajadores.

2. El impacto del desarrollo del trabajo digital y sus efectos transversales en el ámbito laboral

En la actualidad se está produciendo un desarrollo acusado de un modelo de organización de la actividad laboral, que se basa en la conexión constante y en la hiper vigilancia del trabajo. Este modelo tiene una repercusión directa en las condiciones de trabajo y de empleo, en la medida en que se produce una intensificación del tiempo de trabajo y de las exigencias de rendimiento productivo, que repercute, en definitiva, en la salud laboral de los trabajadores. El principal efecto de dicha variable de ejecución actual del trabajo por cuenta ajena se refiere a una difícil separación entre la vida personal y laboral, lo que supone que sea casi imposible conseguir el deseado equilibrio entre el trabajo y las necesidades personales y familiares. Efectivamente, esta tendencia peligrosa tiene un trasfondo que sobrepasa el debate sobre el mal uso de las tecnologías digitales en el trabajo.

Nos estamos refiriendo a un modelo asentado y nos encontramos ante un nuevo arquetipo de trabajo subordinado, conectado a las nuevas formas de gestión y administración de las empresas tecnológicas. Dichas empresas se desarrollan e interactúan en un sistema de economía global, buscando un nuevo modelo de regulación del trabajo por cuenta ajena, mucho más flexible, que redimensiona el rendimiento de los trabajadores y difumina la variable del tiempo de trabajo. Estas afirmaciones suponen la demanda de una transformación de los principios esenciales del Derecho del Trabajo y de su propia finalidad protectora, basada en el reconocimiento de la dignidad de los trabajadores y de

la protección de los derechos fundamentales en la relación laboral. En este sentido, es preciso decir que la dignidad de las personas trabajadoras se presenta como una máxima esencial, que se proyecta sobre la aplicación en el ámbito laboral de los derechos fundamentales, en especial, el derecho a la intimidad y a la privacidad en relación al desarrollo de la actividad laboral¹.

De no respetarse dichos principios esenciales, se corre el riesgo de mercantilizar desde el punto de vista tecnológico y digital la actividad laboral de las personas trabajadoras, convirtiendo a la persona en el trabajo en un mero objeto, cosificando igualmente el fruto del trabajo humano. Esta afirmación tiene especial riesgo en el actual proceso de desarrollo de la economía digital. Se trata de dar una respuesta protectora ante el desarrollo de los procedimientos tecnológicos de comunicación remota, el impulso de la economía de los datos y el peligro de la robotización de las actividades productivas de las empresas. Este proceso basado en el desarrollo tecnológico y digital requiere evidentemente de la redefinición de nuevos límites a los poderes empresariales y garantías de cumplimiento de los derechos fundamentales en la actividad laboral. Es decir, las nuevas modalidades de trabajo por cuenta ajena deben de ser respetuosas con los principios propios de las democracias sociales, muy especialmente en relación a la observancia de los valores que conforman nuestro Estado Social de Derecho y, en especial, la garantía del trabajo digno y protegido con derechos. Especialmente, en relación con la garantía de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, resulta especialmente importante abordar los retos que plantean las nuevas modalidades de trabajo en relación a la privacidad de las personas trabajadoras. En este sentido, es preciso tener en cuenta que se ha abierto un nuevo ámbito jurídico-técnico de protección, especialmente orientado a compensar los excesos del desarrollo del trabajo digital.

Este debate se refiere específicamente a la propia eficacia del derecho a la protección de datos personales y a la observancia de su normativa reguladora, con especial referencia a la actual delimitación de los derechos digitales en el trabajo. Jurisprudencialmente, se ha venido a desarrollar la noción tuitiva de salvaguarda del derecho a un entorno digital seguro². Desde esta perspectiva, se resalta la defensa del interés legítimo de las personas trabajadoras al disfrute pleno de los derechos digitales

¹ Nos encontramos ante un fenómeno ciertamente alarmante, que se manifiesta especialmente en el ámbito del trabajo digital. En este contexto el trabajo subordinado se encuentra afectado por el denominado capitalismo de vigilancia. Vid. Zuboff, S., *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, Paidós, Madrid, 2020, pp. 15-ss. En relación igualmente a la repercusión del capitalismo de vigilancia en el trabajo subordinado. Vid. Luca, R., "Capitalismo de vigilancia", en *Nueva Sociedad*, núm. 290, 2020, pp. 47-48. Zuboff, S., "Capitalismo de la vigilancia", en *Política Exterior*, Vol. 34, núm. 194, 2020, pp. 8-9.

² En este sentido, conviene destacar que se ha acuñado jurisprudencialmente la garantía del derecho a un entorno digital seguro. Vid. STC 241/2012, de 17 de diciembre (RTC 2012, 241). STC 170/2013, de 7 de octubre (RTC 2013, 170). STS 489/2018, Sala Segunda, de 23 de octubre de 2018 (RJ 2018, 4937). STS 817/2022, Sala Segunda, de 14 de octubre (RJ 2022, 4480).

en las relaciones laborales, sin que se pueda circunscribir la eficacia de dicho derecho al ámbito exclusivamente locativo de la empresa. Precisamente, debido a las nuevas aplicaciones tecnológicas y al desarrollo de los recursos digitales, dicho derecho debe garantizarse tanto dentro como fuera de los lugares de trabajo. Todo ello requiere de la interpretación conjunta y extensiva de las tradicionales garantías laborales propias del Derecho del Trabajo y de las nuevas reglas protectoras del ámbito normativo de la protección de datos de carácter personal. Sin duda, se trata de ámbitos que confluyen inevitablemente en la práctica y cuya combinación sistemática e integradora debe suponer un plus protector para las personas trabajadoras³. Especialmente, esta nueva dimensión protectora cobra especial significado ante la aplicación de la inteligencia artificial y el recurso a la robotización como fórmula alternativa al trabajo de las personas. Sin duda, en la actualidad la confluencia de las normas laborales y las previsiones del régimen normativo de protección de datos de carácter personal deben interactuar y canalizarse hacia la máxima protección del derecho a la privacidad en el trabajo.

3. La promoción de los estándares de protección de la intimidad en el ámbito laboral

Con carácter general, el artículo 87.3 LOPDGDD contempla la necesidad de desarrollar una política corporativa de uso aceptable, basada en los estándares mínimos de protección de la intimidad. En la práctica, dicha cláusula se refiere a la denominada política de privacidad empresarial. A la hora de determinar dichos estándares mínimos de protección de la intimidad, el propio precepto se remite directamente a los usos sociales y a los derechos reconocidos constitucional y legalmente. Una vez más, nos encontramos ante una declaración sumamente general e indeterminada, que debe llenarse de contenido y manifestarse en una concreta política empresarial de privacidad, tan importante en el desarrollo del trabajo digital.

Efectivamente, dicha política puede orientarse de múltiples formas, y resulta verdaderamente difícil de determinar con exactitud y de forma general en su contenido. Ciertamente, se parte del hándicap de que no existe un estándar de protección de la privacidad establecido en nuestra normativa, ni existen estándares que se encuentren homologados por organismos oficiales en relación al uso de los dispositivos y recursos digitales puestos a disposición por las empresas⁴. Con carácter general, se

3 Dichas regulaciones se encuentran interrelacionadas de forma inevitable y se presentan en la práctica como un ámbito de intervención necesario para controlar las dinámicas transformadoras desarrolladas en el ámbito del trabajo digital.

Evidentemente, esta relación demanda por parte del derecho del trabajo una reinterpretación de sus figuras clásicas de protección jurídico laboral, asimilando en la medida de lo posible los nuevos sistemas de desarrollo tecnológico y digital de las actividades productivas.

4 A estos efectos, nos podríamos remitir a distintos documentos técnicos elaborados por el grupo de trabajo de la Unión Europea en la materia, a los que hemos venido haciendo referencia en relación a las posibles prácticas recomendadas en el tratamiento de las políticas empresariales relativas al uso de los dispositivos digitales en el trabajo. El control por parte de la empresa del uso de las tecnologías de la información y de la comunicación en el trabajo se presenta como el ámbito idóneo al que aplicar los citados estándares de respeto de la privacidad.

suele referir, como medida de respeto del derecho a la intimidad de los trabajadores, a la obligación de la empresa de configurar los dispositivos electrónicos, evitando los registros innecesarios o de carácter permanente de la actividad de los trabajadores. Nos encontramos, pues, con una máxima general en materia de protección de datos, que se refiere a la prevención del propio tratamiento de los datos personales (art. 25.1 y 2 del RGPD).

Nos encontramos, pues, ante una protección basada en el diseño de las acciones, que presuponen que las empresas deberán aplicar las medidas técnicas y organizativas en las primeras fases del diseño de los servicios. De este modo se vendrá a garantizar la intimidad y la protección de datos personal desde el primer momento, teniendo en cuenta el estado de la tecnología y las propias posibilidades de la empresa. Ello supone tener en el coste de las aplicaciones, la naturaleza y los fines del tratamiento, así como los riesgos y la gravedad que entraña el tratamiento de dichos datos para la privacidad de los trabajadores. Especialmente es preciso referirse al papel del responsable en el tratamiento de las medidas técnicas y organizativas aplicadas por la empresa. En ese sentido, cabe destacar que solamente serán objeto de tratamiento aquellos datos personales que sean necesarios para los fines específicos de su gestión. Se trata de una obligación que se aplica teniendo en cuenta el número de datos recopilados, la extensión de su tratamiento, los plazos de conservación y las condiciones concretas de accesibilidad a los mismos. En este punto, debemos tener en cuenta lo previsto en el artículo 25.2 RGPD, que entiende, por defecto, que los datos personales no serán accesibles, sin la intervención de la persona encargada de su gestión. Esta práctica no podrá afectar a un número indeterminado de personas físicas, aplicándose a todos los efectos esta regla en el ámbito laboral⁵.

El objetivo es conseguir la formulación de una política de privacidad empresarial que respete la intimidad de los trabajadores. En este ámbito es especialmente necesaria una actuación preventiva, concretamente, mediante el desarrollo de una evaluación de riesgos en relación a los tratamientos realizados a través de los dispositivos electrónicos puestos a disposición de los trabajadores. Es preciso analizar la incidencia de dicho tratamiento en el derecho a la privacidad. Se intenta evitar ciertamente las situaciones de riesgo en los casos en los que se pueda producir una discriminación, la pérdida de la confidencialidad de los datos sujetos a sigilo o secreto profesional, o cuando se prive a las personas interesadas de sus derechos, o se les impida ejercer el control sobre sus datos personales (Véanse especialmente los considerandos 74 y 75 RGPD). En este mismo sentido, es igualmente importante evitar las situaciones en las que se puedan revelar datos sensibles de la persona, tales como la ideología, la afiliación sindical, la salud, etcétera. De igual modo, se tendrá que prestar especial atención a la evaluación de datos personales en relación al rendimiento en el trabajo, la situación económica, las

⁵ Sobre la aplicación de la normativa europea de protección de datos en relación a las condiciones de conservación y accesibilidad de los mismos, con especial repercusión en el ámbito del trabajo por cuenta ajena. Vid. Goñi Sein, J.L., *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa*, Bomarzo, Albacete, 2018, 143-ss.

preferencias o los intereses personales, la información sobre fiabilidad o el comportamiento, etcétera.

Se intenta, pues, evitar prácticas indeseables en el uso de los datos personales y especialmente con carácter previo. Ello permite evitar situaciones que impliquen el tratamiento indiscriminado de una cantidad de datos personales que impidan su adecuada gestión. Las empresas están llamadas a evitar la gestión de esos datos sensibles o desarrollar un tratamiento extensivo, que pueden afectar a una gran cantidad de interesados (trabajadores o incluso a usuarios y consumidores). Es preciso prescindir del uso intenso de las tecnologías invasivas para la privacidad, como sucede en el caso de la geolocalización o la vigilancia realizada a gran escala. En definitiva, la obligación empresarial requiere el análisis de los riesgos, realizando una evaluación de impacto sobre la protección de datos desde la perspectiva de la privacidad de los trabajadores. De igual modo, es preciso la actualización de las políticas corporativas de las empresas en materia de uso de los dispositivos y de respeto de la privacidad. En este sentido, se muestra como práctica recomendable la necesidad de evaluar periódicamente dicha política empresarial, al menos, con una carencia de un año y sucesivamente de forma periódica⁶.

4. La necesaria participación de los representantes de los trabajadores en la política de privacidad de las empresas

En el desarrollo de las políticas empresariales de privacidad es sumamente importante el papel de los representantes de los trabajadores, que están llamados a realizar el seguimiento de la determinación y gestión de la política corporativa en materia de privacidad⁷. El artículo 87.3 LOPDGDD, en su párrafo tercero, alude expresamente a la necesaria participación de los representantes de los trabajadores en las políticas de uso y de privacidad de los dispositivos puestos a disposición de la empresa.

⁶ De este modo, se podrá valorar si las soluciones de control puestas a disposición por la empresa ofrecen resultados positivos. De igual modo, las medidas empresariales permitirán valorar si pueden existir otros instrumentos o medios menos invasivos en la intimidad de las personas trabajadoras. En este sentido, se entiende que el contenido de las medidas empresariales no se contempla de forma estática, sino más bien dinámica. Ello significa que la política empresarial deberá revisarse periódicamente, con el fin de contemplar nuevas finalidades o tratamientos, considerando especialmente la evolución de las tecnologías. Vid. Blázquez Agudo, E., *Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales*, CISS, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 174.

⁷ Con carácter general, y sobre el papel de los representantes de los trabajadores en la delimitación de la política empresarial en materia de privacidad, destacamos los siguientes trabajos de investigación. Vid. Mercader Uguina, J.R., *Protección de datos en las relaciones laborales*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, p. 112. Baylos Grau, A., "Una nota sobre el papel de la negociación colectiva en la configuración de los derechos derivados de la ley de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales", en *Ciudad del Trabajo*, núm. 14, 2019, 156-157. Pérez de los Cobos, F., "Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador", en *Trabajo y Derecho*, núm. 59, 2019, pp. 19-20. Baz Rodríguez, J., *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, 40-41. Preciado Domenech, C.H., *Los derechos digitales de las personas trabajadoras. Aspectos laborales de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre. De Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 119-ss.

Expresamente el precepto se refiere a que en la elaboración de dichas políticas deberán participar necesariamente los representantes de los trabajadores. Nos encontramos, pues, ante otro nuevo avance normativo, en la medida en que se permite superar las interpretaciones más restrictivas, que en algún momento tuvieron lugar en el seno de nuestra jurisdicción⁸.

La actual regulación permite a los representantes de los trabajadores participar de forma efectiva en una materia de decisión que hasta ahora residía en exclusiva en los poderes empresariales. Asimismo, conviene indicar que dicha participación debe entenderse de forma reforzada, en la medida en que la obligación no se limita únicamente a informar a los representantes laborales, sino que ello presupone la necesidad de participar efectivamente en esas políticas desde el punto de vista de la representación de los intereses colectivos de los trabajadores. Evidentemente, no estamos ante un tema que implique negociación efectiva, puesto que a la postre será la empresa la que determine el alcance, así como el contenido de los derechos digitales de los trabajadores en atención al protocolo empresarial. La norma viene a satisfacer únicamente el derecho de los representantes de los trabajadores a ser informados y a ser consultados. Por supuesto, dicha obligación concurre con el deber de informar a título individual a los trabajadores afectados⁹.

Esta opción legislativa contrasta con la contemplada en el artículo 88 RGPD, que ha abogado por la interlocución efectiva con los representantes de los trabajadores, como una medida de contrapeso a la justificación unilateral y opaca de las empresas en relación a las medidas invasivas en la privacidad de los trabajadores. De esta perspectiva, la previsión de la participación de los trabajadores estaría más bien orientada hacia el reconocimiento del derecho a emitir informe, al menos, con carácter previo a la adopción de las decisiones de la empresa en materia de política de uso y de privacidad de los dispositivos digitales en el trabajo. Con todo, y desde el propio interés empresarial de abordar las mejores políticas en materia de privacidad, nada impide que se pueda fomentar el diálogo y el

8 En este sentido, cabe recordar la doctrina del Tribunal Constitucional, que venía a negar en relación a la instalación de cámaras de videovigilancia, la obligación de las empresas de consulta previa a los representantes de los trabajadores. Vid. STC 186/2000, de 10 de julio.

9 En cualquier caso, la actual regulación no viene a condicionar el sentido de la decisión empresarial última, puesto que estamos ante una competencia de la empresa que no puede ser afectada por el interés colectivo de los trabajadores a través de la representación laboral. No obstante, se deberá de tener en cuenta el sentir de dicha representación laboral a fin de conocer el interés colectivo y mejorar el tratamiento de la política empresarial en materia de protección de datos y respeto de la privacidad. Por tanto, la actual regulación no viene a dirigir dicho tratamiento del interés colectivo hacia la codecisión con la empresa, a diferencia de lo que en su momento contemplaba el proyecto de ley, que sí contemplaba la necesidad de acuerdo con los representantes de los trabajadores en determinados aspectos que se presentaban como contenido mínimo de las políticas empresariales. Desde esa perspectiva manejada en el debate parlamentario, podríamos decir que existía una cierta equiparación a la competencia contemplada en el artículo 64.5, letra f), del ET. Dicho precepto contempla legalmente la emisión de un informe por parte de los representantes de los trabajadores. Finalmente, la ley ha optado por una intervención menos intensa desde el punto de vista de la participación de los representantes de los trabajadores, cuyo interés colectivo se satisface con el simple derecho a ser informados.

consenso a través de acuerdos colectivos en esta materia¹⁰. Sin duda, esta es la mejor manera de garantizar fórmulas basadas en el entendimiento, que, en definitiva, tienen una mayor expectativa de éxito y rebajan a la postre las situaciones conflictivas en la práctica¹¹.

Es altamente recomendable el desarrollo de información efectiva, consulta y participación de los trabajadores, como medida de contribución a nuevas prácticas innovadoras y a procesos que pueden beneficiar la aplicación de las medidas en beneficio de las empresas y de los intereses colectivos de los trabajadores. Por tanto, se trata de una vía adecuada para determinar la disponibilidad del uso con fines personales de los dispositivos digitales puestos a disposición por la empresa. De esta forma se puede determinar de manera más efectiva gracias al consenso, en qué momentos y de qué forma, y en atención a qué límites, los trabajadores pueden disponer de los dispositivos con fines particulares, así como determinar el uso aceptable e inaceptable de la red y de los equipos digitales afectos al trabajo. De igual modo, la participación de los trabajadores se puede desarrollar en el ámbito de la evaluación del impacto, así como de los riesgos de las medidas empresariales desde la perspectiva de la intimidad y de su relación con la tutela del derecho al secreto de las comunicaciones y la protección de datos de carácter personal. La participación de los representantes de los trabajadores se podría producir igualmente desde la perspectiva del desarrollo de la política de transparencia de la empresa. Sería un cauce que facilitaría la comunicación a los trabajadores de las medidas relativas al uso de los dispositivos en clave de privacidad. Ello permitiría difundir de forma clara y segura las normas relativas al control legítimo que se proyecta sobre los trabajadores a efectos de la garantía de su intimidad.

5. El desarrollo del deber de información empresarial: instrumento necesario para el fomento de la política de privacidad corporativa

El deber empresarial de informar sobre la política de privacidad de la empresa es uno de los aspectos esenciales del régimen jurídico de protección de datos de carácter personal. El artículo 87.3 LOPDGDGDD contempla expresamente esta obligación de informar a los trabajadores. Se trata de un segundo deber, que recae sobre los empleadores, en la medida en que los trabajadores tendrán que ser informados sobre los criterios de utilización de los dispositivos digitales. La ley configura un deber de seguridad y de transparencia, que se proyecta especialmente cuando los controles empresariales se refieren al uso

¹⁰ En relación al llamamiento amplio que realiza la legislación de protección de datos a la negociación colectiva en relación al desarrollo de los derechos digitales. Vid. Llorens España, J., “Los derechos digitales en la negociación colectiva”, en *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. Extra núm. 11, 2020, p. 5.

¹¹ En este sentido podemos destacar en esta materia la propia posición del Consejo Económico y Social Europeo, en el documento institucional titulado “el diálogo social para la innovación en la economía digital” de 2019 (Dictamen 2019/C 159/01). En este informe se enfatizaba la interpretación relativa hacer prevalecer la fórmula de desarrollo de los acuerdos colectivos en estas materias. Es decir, estos ámbitos de entendimiento y de negociación se encuentran asociados a la propia evolución del diálogo social en materia de trabajo digital.

de internet, así como al acceso al correo electrónico¹². De igual modo, la información también debería de referirse a la existencia del control empresarial en sí mismo considerado¹³, así como a los medios y medidas que se adopten, en su caso, para garantizar el adecuado uso laboral de los dispositivos digitales¹⁴.

En este sentido, debemos destacar la proyección del asunto Barbulescu del TEDH¹⁵. La doctrina de dicha resolución insiste en la necesidad de asegurar el deber de información previa a los trabajadores. Y ello es así hasta el punto en que la sentencia garantiza que para que las medidas empresariales puedan ser consideradas conforme a los requisitos de proporcionalidad, la advertencia o información previa debe de producirse de forma clara en relación a la naturaleza del control y antes del establecimiento de dicho sistema. En caso contrario, se producirá, como así ocurrió en la sentencia de referencia, la correspondiente vulneración de los derechos a la vida privada y al secreto de las comunicaciones. En el asunto Barbulescu, la empresa advirtió al trabajador de que no debía utilizar los recursos y medios de la empresa con fines no profesionales, pero ello no suponía permitir a las empresas que

12 Esta configuración del deber de información como deber de transparencia ha sido reiteradamente puesto de manifiesto por la Agencia Española de Protección de Datos, en relación directa con los controles sobre el uso de internet y del correo electrónico. En este mismo sentido, la doctrina de la sala social del Tribunal Supremo ha venido destacando la relevancia del deber de información previa al trabajador sobre el uso de los dispositivos digitales. Vid. STS, Social, de 26 de septiembre de 2007 (núm. rec. 966/2006). En dicha sentencia se ponía de manifiesto la necesidad de informar al trabajador sobre las reglas de uso de los dispositivos, mediante la aplicación de prohibiciones de carácter total o parcial.

13 En el ámbito de la jurisprudencia penal, igualmente se considera que el deber de información previa es absolutamente necesario en relación al secreto de las comunicaciones y a la propia valoración de las pruebas obtenidas mediante el seguimiento del correo electrónico de un trabajador. En el caso de referencia el empleado tenía la condición de gerente y sobre él existían verdaderas sospechas de delito continuado de apropiación indebida. Vid. STS, Penal, de 23 de octubre de 2018 (núm. rec. 1674/2017). Precisamente, en ese tipo de casos el efecto es la declaración de nulidad de la prueba de seguimiento realizada por el empresario, al entenderse contraria al derecho al secreto de las comunicaciones. Y ello a pesar de que se pudieran producir sospechas fundadas de actividad delictiva. El trabajador, que tenía la condición de gerente, no había reconocido formalmente la obligación de usar el ordenador en exclusiva para actividades profesionales. Tampoco existían prohibiciones de comunicación ajenas a sus funciones como gerente. De igual modo tampoco se había informado al trabajador de una posible reserva por parte de la empresa de su facultad de análisis de los dispositivos.

14 A pesar de todo, es preciso destacar la relevancia de determinados pronunciamientos jurisprudenciales, que pueden dar lugar a una pérdida de la eficacia del deber de información. En este sentido, podemos resaltar la interpretación jurisprudencial que viene a desactivar el deber de información de la empresa. La STC 170/2013, de 7 de octubre, entendía que era suficiente la presencia de un mandato incorporado al convenio colectivo sectorial, donde se venía a prohibir el uso personal de los instrumentos informáticos puestos a disposición del trabajador. De este modo, y con mayor intensidad, se venía a desactivar el interés de confidencialidad o el propio secreto de las comunicaciones, sin que fuera necesario que la empresa cumpliera su deber de información previa sobre los controles implantados respecto del trabajo. Por su parte, la STS, Social, de 6 de octubre de 2011 (núm. rec. 4053/2010), venía a destacar que el requisito realmente relevante se refería a la configuración de las condiciones de uso personal de los medios informáticos. Ello venía a significar que, una vez contemplada la prohibición del uso personal, desaparecía el interés de velar por la intimidad y el secreto de las comunicaciones. Se entendía que en estas situaciones las empresas podían realizar el control sin necesidad de informar previamente a los trabajadores sobre la existencia de un control, así como sobre los medios que pudieran aplicarse a dichos efectos.

15 Vid. STEDH de 5 de septiembre de 2017, asunto Barbulescu.

tuvieran acceso directo al contenido de sus comunicaciones¹⁶. La obligación de información previa a los trabajadores igualmente se contempla en el RGPD, en la medida en que el tratamiento de los datos implica un deber de información inicial respecto de los trabajadores, aunque igualmente en este ámbito existen dudas interpretativas sobre el contenido y el alcance de dicha obligación.

Con carácter general, podemos decir que el deber de información sobre el empleo de los medios digitales en el trabajo encuentra distintos aspectos problemáticos y que generan inseguridad jurídica. Dicha información debe de realizarse en relación a los criterios de utilización de los medios digitales, sin hacerse referencia expresa a cuáles sean dichos criterios. Precisamente, la duda reside en la información sobre dichos criterios, es decir, si los criterios se limitan a la utilización de los dispositivos digitales, o sí también se refiere a las garantías dirigidas a asegurar la intimidad de los trabajadores. Asimismo, si nos decantamos por una interpretación amplia, dicha información debería abarcar con carácter general a la política de privacidad de la empresa, entendiendo también los aspectos relativos a las posibilidades de control y de monitorización, que pueden realizarse a través de los dispositivos digitales aportados por las empresas¹⁷.

6. Delimitación de la obligación empresarial de información: el objetivo de asegurar la privacidad y la protección de datos personales

Actualmente, la obligación empresarial de información es esencial y forma parte de unos de los mecanismos de protección desde la perspectiva de la tutela de los datos de carácter personal. No obstante, el tratamiento legal de este deber de información se delimita de forma diversa en atención de los distintos supuestos contemplados por la ley. En ese sentido, podemos destacar los casos de la videovigilancia o de los sistemas de geolocalización (arts. 89 y 90 LOPDGDD), en los que sí que se contempla de forma más nítida la posibilidad de uso de los dispositivos digitales para funciones de control laboral. En el caso de la videovigilancia, el precepto se refiere expresamente al deber del empresario de informar previamente y de forma expresa, clara y concisa, sobre el alcance de dicho control respecto de los trabajadores. Por su parte, en materia de geolocalización, la norma se refiere a

¹⁶ Sobre el canon interpretativo derivado del asunto Barbulescu en relación al deber empresarial de información. Vid. Preciado Domenech, C.H., *Los derechos digitales de las personas trabajadoras. Aspectos laborales de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre. De Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 140-141.

¹⁷ Sin duda, como se trata de un aspecto sumamente importante debemos entender que se proyecta de forma extensiva en las relaciones de trabajo. Se trata de una garantía que trasciende las anteriores posiciones jurisdiccionales. Vid. En la STS, Social, de 6 de octubre de 2011 (núm. rec. 4053/2010), se consideraba la posibilidad de no realizar pronunciamientos sobre la necesidad o no de comunicar a los empleados los dispositivos de control previstos. Se entendía que era suficiente la prohibición general de cualquier uso personal de los medios informáticos. Esta afirmación suponía que no era necesario informar a los trabajadores sobre los mecanismos de control. En dicha sentencia el TS se decantó por la no exigencia de información, al entender que, en los supuestos de prohibición clara y contundente se presumía que la posibilidad de control se deducía implícitamente y que no había necesidad de especificar su alcance.

la información sobre la existencia y las características de dichos dispositivos digitales, así como sobre el posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y limitación del tratamiento y supresión de los datos personales.

Esta interpretación extensiva del derecho a informar está igualmente en el RGPD, que, con carácter general, contempla en su preámbulo que el responsable del tratamiento de los datos debe de informar al interesado sobre la existencia del tratamiento y sus fines. De igual modo, dicho responsable tiene que dar información complementaria orientada a garantizar un tratamiento de los datos de carácter leal y transparente. Además, dicha información debe facilitarse de forma sencilla, accesible y clara. Sin duda, la referencia al deber de transparencia se proyecta especialmente en el uso de internet y en las comunicaciones electrónicas. Debe entenderse que la empresa tendría que transmitir a sus trabajadores una información clara, precisa y fácilmente accesible sobre su política de vigilancia, como sucede, por ejemplo, con la vigilancia del uso de internet y el correo electrónico. Esta información tiene, pues, un carácter tuitivo, que implica la necesidad de pormenorizar en qué medida los trabajadores podrían usar los sistemas de comunicaciones de la empresa con fines personales, especialmente en relación a las franjas horarias y a los períodos de duración. Este deber de información se activará especialmente cuando la empresa autorice a sus trabajadores utilizar los sistemas de comunicación con fines personales. En estos casos, la empresa está obligada a comunicar a sus empleados si están autorizados a utilizar los dispositivos y recursos digitales de la empresa con fines personales, así como las posibilidades, las razones y la finalidad que justifican la vigilancia.

En relación al contenido del deber empresarial de informar, es preciso indicar que dicha problemática está directamente vinculada con el deber de transparencia. El principio de transparencia fundamenta, pues, la obligación de informar a los trabajadores de forma detallada y completa. Dicha información se producirá sobre los criterios manejados por la empresa en relación a los dispositivos digitales. Ello significa que el interés en conocer toda información y concretar dicho deber prevalece sobre la determinación de los usos aceptables y de la política de privacidad. Esta obligación de informar en sentido amplio se contempla en el RGPD. Esta disposición normativa se refiere a la necesidad de trasladar a los trabajadores la información necesaria legalmente (art. 13 y 14 RGPD). Sin duda, el RGPD ha venido a ampliar el número de materias anejas al deber de informar a los efectos de proteger los datos personales. Y todo ello, junto a la necesidad de informar sobre el tratamiento, la finalidad de la recogida de los datos, los concretos destinatarios y las consecuencias de su obtención y de las negativas a las preguntas formuladas¹⁸. De este modo, el trabajador resulta informado adecuadamente.

¹⁸ La información omitida o incumplida puede dar lugar una reclamación administrativa ante la autoridad de control. En este sentido, conviene apuntar la Recomendación CM/Rec. (2015) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados, en relación al tratamiento de los datos personales en el contexto del empleo. En esta disposición se resalta que los empresarios tienen que proporcionar a sus empleados una explicación clara y completa de las categorías de datos personales, que pueden

El trabajador tiene que conocer qué datos personales se están viendo afectados y, junto a ello, la empresa debe precisar cuánto tiempo se van a conservar y cuáles son los derechos que le asisten en relación al ejercicio de sus derechos procesalmente.

La información debe trasladarse al trabajador y a estos efectos resulta importante la sentencia Barbulescu. Como sabemos, dicha resolución fue importante porque el TEDH estimó la existencia de vulneración del derecho a la expectativa de privacidad por ausencia de notificación al trabajador de los criterios empleados por la empresa. Se aplicó dicha consecuencia a pesar de que la empresa había establecido previamente reglas prohibitivas del uso personal de los dispositivos digitales. En nuestro caso, la STC 170/2013 considera que el deber de información no se cumple con la mera publicación de un documento de la empresa en el que se haga alusión genérica a un convenio colectivo o a las normas de uso. En cualquier caso, la información deberá tener carácter personal y notificarse individualmente a cada uno de los empleados. Esta afirmación supone la imposibilidad de adoptar normas de información con remisiones a protocolos de forma genérica.

7. La obligación de información básica a las personas trabajadoras: el principio de transparencia

Conviene tener en cuenta lo previsto en el artículo 11 LOPDGDD, en relación a la posibilidad de cumplir el deber de información en conexión con lo previsto en el artículo 13 del RGPD. Ello se refiere a si es posible únicamente facilitar al trabajador afectado la información básica, con la única referencia a la identidad del responsable, la finalidad del tratamiento de los datos y la posibilidad de ejercer los derechos previstos en el RGPD. Y también si es posible realizar reenvíos a las direcciones electrónicas de acceso a la información, que permitan acceder de forma inmediata a los criterios de referencia. Como podemos ver, el tratamiento del reglamento europeo y de la legislación española tienen evidentes discordancias desde el punto de vista aplicativo del deber de esta obligación. Desde la perspectiva del reglamento es suficiente con facilitar al interesado una información básica, que se limita a los aspectos referidos, bastando en los demás aspectos con la remisión a una dirección electrónica de referencia. Sin duda, ello afecta al cumplimiento del deber de información de forma sencilla, directa e inmediata, aunque la empresa cumple, con carácter general, con el deber de transparencia informativa.

Esta cuestión habría que analizarla caso por caso. No debemos olvidar que el reglamento tiene en cuenta el cumplimiento del deber de información con especiales garantías, reconociéndose como un derecho esencial del interesado (arts. 12-ss RGPD). En especial, el reglamento contempla

ser captados y registrados con dichos dispositivos informáticos. De igual modo, se deberá insistir en las modalidades de control, que se proyecta sobre los datos registrados, la finalidad de la medida de control y los destinatarios de las empresas de la información recogida. También se debe de informar, en atención a la copia de seguridad de datos, junto con el archivo informático relativo al archivo de los mensajes electrónicos de carácter profesional.

exigencias adicionales para permitir la plena eficacia del consentimiento del trabajador. Es decir, el reglamento entiende que el deber de información es esencial para garantizar que el trabajador dé un consentimiento fundado. Este planteamiento podría contradecirse con la opción de observar el deber de información mediante remisiones genéricas. Evidentemente, en el ámbito del contrato de trabajo dicho deber de información, conectado al deber de vigilancia y de control del empresario, tendría que ser más exhaustivo. Ello se debe a que dichas medidas de control empresariales puedan afectar a los derechos fundamentales y en especial a la intimidad¹⁹.

Todo ello significa que una información limitada a la información básica y esencial contenida en el artículo 11 LOPDGDD, que se basa básicamente en la identidad del responsable, la finalidad del tratamiento y la posibilidad de ejercer los derechos previstos legalmente sería insuficiente para garantizar el interés del trabajador a la información completa a la que está obligada la empresa. Sería precisa una información más exhaustiva, que haga referencia a la política de uso de los dispositivos. Esto se une a la política de privacidad corporativa, como medio para preservar los derechos a la intimidad, el secreto de las comunicaciones y la protección de los datos de carácter personal en el ámbito laboral.

Sin duda, la observancia del principio de transparencia es esencial y debe de interpretarse con el fin de facilitar el conocimiento de los criterios de uso de los dispositivos digitales. Precisamente, la obligación de información de la empresa debe gravitar sobre la difusión de la política de uso de los medios y recursos digitales de la empresa. Asimismo, ello conlleva informar sobre el alcance, el contenido, la extensión y la finalidad que va a tener la posible vigilancia del trabajador. Esta medida solamente será admisible si los trabajadores tienen información previa sobre la existencia del control y sobre los fines para los cuales se van a tratar los datos personales que recoja la empresa en virtud de los dispositivos digitales²⁰. Una vez más, es importante referirnos a la doctrinal del TEDH contemplada en el asunto

19 El propio reglamento europeo contempla la necesidad de que los Estados prevean normas especiales para garantizar los derechos y libertades públicas en el ámbito del contrato de trabajo, especialmente cuando se adopten medidas específicas relativas a la vigilancia del lugar de trabajo (art. 88 RGPD). Las recomendaciones del Comité de Ministros de 2015 entienden que las empresas tienen que proporcionar a sus trabajadores información sobre los distintos tipos de datos personales que se sujetan al tratamiento, así como una descripción de las finalidades del tratamiento, los destinatarios de los datos personales, los medios utilizados para ejercer el derecho, así como cualquier otro tipo de información pertinente en la materia.

20 Sin duda alguna, todas estas garantías permitirían excluir los supuestos de control clandestino y no informado al trabajador. Estaría limitado, pues, el control oculto en virtud del principio de transparencia, que estaría en total contradicción con el desarrollo de mecanismos de vigilancia o de monitorización velada o en cubierta. El Tribunal Supremo niega la posibilidad del control subrepticio. La STS, Social, de 6 de octubre de 2011 (núm. rec. 4053/2010), analizó el control realizado por la empresa sin conocimiento de las personas trabajadoras afectadas. En esa ocasión la empresa utilizó un programa espía, que instaló en los ordenadores con el fin de capturar todo lo que se veía en la pantalla. El Tribunal Supremo entendió que con la prohibición de uso personal dejaba de haber tolerancia y no existía expectativa de privacidad, y ello con independencia de que la información que la empresa hubiera podido proporcionar sobre el control y su alcance. A raíz de este fallo se entendía que no había garantía de intimidad cuando existe prohibición absoluta de datos personales de los medios de la empresa, con independencia de que se hayan realizado advertencias previas.

Barbulescu. En este supuesto el tribunal considera que el derecho a la información previa sobre los medios de control se entiende como una condición esencial de licitud. Esta garantía se proyecta con independencia de que exista o no una prohibición de uso personal de los medios de trabajo. Debe existir, pues, una comunicación expresa sobre la posibilidad de estar sometido a vigilancia o monitorización. Este planteamiento implica calificar como ilícita la vigilancia llevada a cabo, puesto que en el caso de referencia no hubo comunicación previa al trabajador.

De este modo, podemos concluir que la vigilancia realizada sin conocimiento del trabajador es una práctica ilegal. Esta práctica conculcaría la máxima de la transparencia, que es regla esencial para el tratamiento de los datos de carácter personal. La inobservancia de estos presupuestos supone un vicio respecto de cualquier medida empresarial que implique un control subrepticio del trabajador. En este sentido, cabe recordar que los procedimientos clandestinos de control de los contenidos digitales se calificarían prácticas de desleales y contrarios al principio de buena fe contractual (art. 5.1.a RGPD). Está máxima únicamente decaería cuando existan indicios evidentes y fundados de existencia de un comportamiento irregular y de carácter grave por parte del trabajador, que se manifiesta como la única posibilidad permitida para poder conseguir una prueba relativa a dicho incumplimiento²¹.

8. Conclusión

La legislación española contempla la necesidad de desarrollar una política corporativa basada en los estándares mínimos de protección de la intimidad. Dicha política puede orientarse de múltiples formas, y resulta verdaderamente difícil de determinar con exactitud y de forma general su contenido. Ciertamente, se parte del hándicap de que no existe un estándar de protección de la privacidad establecido en nuestra normativa, ni existen estándares que se encuentren homologados por organismos oficiales en relación al uso de los dispositivos y recursos digitales puestos a disposición por las empresas. Con carácter general, se suele referir, como medida de respeto del derecho a la intimidad de los trabajadores, a la obligación de la empresa de configurar los dispositivos electrónicos, evitando los registros innecesarios o de carácter permanente de la actividad de los trabajadores. Nos encontramos, pues, con una máxima general en materia de protección de datos, que se refiere a la prevención del propio tratamiento de los datos personales.

La observancia del principio de transparencia es esencial y debe de interpretarse con el fin de facilitar el conocimiento de los criterios de uso de los dispositivos digitales. Precisamente, la obligación de información de la empresa debe gravitar sobre la difusión de la política de uso de los medios y recursos digitales de la empresa. Asimismo, ello conlleva informar sobre el alcance, el contenido, la extensión y la finalidad que va a tener la posible vigilancia del trabajador. Esta medida solamente será admisible

²¹ En relación a la proyección de los procedimientos clandestinos de control digital y sus excepciones en caso de necesitar probar los incumplimientos laborales. Vid. STC 186/2000, de 10 de julio.

si los trabajadores tienen información previa sobre la existencia del control y sobre los fines para los cuales se van a tratar los datos personales que recoja la empresa en virtud de los dispositivos digitales. En relación al contenido del deber empresarial de informar, es preciso indicar que dicha problemática está directamente vinculada con el deber de transparencia. El principio de transparencia fundamenta, pues, la obligación de informar a los trabajadores de forma detallada y completa. Dicha información se producirá sobre los criterios manejados por la empresa en relación a los dispositivos digitales. Ello significa que el interés en conocer toda información y concretar dicho deber prevalece sobre la determinación de los usos aceptables y de la política de privacidad.

En este ámbito es especialmente necesaria una actuación preventiva, concretamente, mediante el desarrollo de una evaluación de riesgos en relación a los tratamientos realizados a través de los dispositivos electrónicos puestos a disposición de los trabajadores. Ello permite evitar situaciones que impliquen el tratamiento indiscriminado de una cantidad de datos personales que impidan su adecuada gestión. Las empresas están llamadas a evitar la gestión de esos datos sensibles o desarrollar un tratamiento extensivo, que pueden afectar a una gran cantidad de interesados (trabajadores o incluso a usuarios y consumidores). El deber empresarial de informar sobre la política de privacidad de la empresa es uno de los aspectos esenciales del régimen jurídico de protección de datos de carácter personal. El deber de información sobre el empleo de los medios digitales en el trabajo encuentra distintos aspectos problemáticos y que generan inseguridad jurídica. Si nos decantamos por una interpretación amplia, dicha información debería abarcar con carácter general a la política de privacidad de la empresa, entendiendo también los aspectos relativos a las posibilidades de control y de monitorización, que pueden realizarse a través de los dispositivos digitales aportados por las empresas. En cualquier caso, es preciso destacar que la obligación empresarial de información es esencial y forma parte de unos de los mecanismos de protección desde la perspectiva de la tutela de los datos de carácter personal.

Estudio

Las libertades de expresión y de información de los sindicatos en las redes sociales *versus* derecho al honor

Aránzazu Roldán Martínez

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
(Acreditada por la ANECA como Profesora Titular) Universidad de Alcalá

Sumario

1. Introducción
2. Las libertades de expresión y de información en la relación laboral
3. Las libertades de expresión y de información como contenido esencial de la libertad sindical. El “plus de criticidad”
 - 3.1 Doctrina general
 - 3.2. Análisis de casos relevantes
4. Las redes sociales como canal donde ejercer las libertades de expresión y de información de los sindicatos ¿una circunstancia relevante en el juicio de ponderación sobre los bienes en conflicto?
5. Conclusiones

Resumen

La libertad de información y expresión de los sindicatos en las redes sociales constituye un derecho fundamental que les brinda la posibilidad de compartir abiertamente sus opiniones y perspectivas, facilitando la amplificación de sus mensajes, la construcción de solidaridad y la participación en debates públicos. No obstante, la interacción en estas plataformas conlleva ciertos riesgos, especialmente el mayor riesgo de vulneración del derecho al honor de terceros. Para resolver este conflicto, los tribunales realizan un juicio de ponderación entre los bienes en conflicto, evaluando la necesidad de equilibrar la libertad sindical con la protección de derechos individuales. En este contexto, surge la interrogante de si el uso de la red social por parte del sindicato como medio para transmitir información y expresar opiniones debería una circunstancia relevante en dicho juicio de ponderación, así como las posibles consecuencias que esta consideración conllevaría.

Palabras clave

Libertad de expresión; libertad de información; libertad sindical; derecho al honor; juicio de ponderación; redes sociales; deber de buena fe.

1. Introducción

Desde el año 2010, fecha en la que la Federación de Construcción, Madera y Afines de CC.OO. (FECOMA) creara en Facebook la campaña “Rebélate. Haz un gesto por la igualdad laboral”, la presencia de los sindicatos en las redes sociales ha ido aumentando. Esta transformación va más allá de modernizar la comunicación, impulsando un cambio en la forma de entender la acción sindical. El objetivo es salir al encuentro de la gente donde esta se encuentra: en las redes sociales¹. Se busca abandonar la comunicación jerárquica y centralizada por una más horizontal y de base, involucrando a trabajadores afiliados, no afiliados y ciudadanos en general². Esta nueva estrategia responde a la pérdida de poder e influencia de los sindicatos en los últimos años. Diversos factores han contribuido a esta situación³, como los cambios en la organización y estructura de las empresas con lo que conlleva de disminución de plantillas y pérdida de la importancia del centro de trabajo “físico”; el auge del trabajo atípico y en plataformas digitales, con fuerte presencia de trabajadores autónomos y de trabajadores propicios a crear sus propias formas de representación “asindicales” utilizando las ventajas que les proporciona la tecnología⁴; la baja afiliación entre los jóvenes; la fuerte rotación profesional entre distintos sectores, que se potenciará en el futuro como consecuencia de las transiciones personales que trae consigo la transformación digital; y, por último, la pérdida de densidad sindical⁵. Adaptarse a las nuevas formas de trabajo y comunicación es crucial para la supervivencia de los sindicatos. La misma OIT ha destacado la necesidad de adoptar técnicas de organización innovadoras e inclusivas por parte de las organizaciones de trabajadores, que deberán utilizar en particular “la tecnología digital, para

¹ Cañizares Márquez, J.A., “Cambios en las formas de comunicación y movilización: el sindicalismo en red.”, *Ponencia en el X Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración*, 2011, pág. 13. Disponible en <https://aecpa.es/files/view/pdf/congress-papers/10-0/61/>

² Cañizares Márquez, J.A., “Cambios en las formas de comunicación y movilización: el sindicalismo en red.”, *op.cit.*, pág. 15; Maiedahj Jalil, N., “Innovación sindical: las redes sociales como instrumento de organización y defensa colectiva”, *Documentación laboral*, núm. 119, 2020, pág. 147.

³ Maiedahj Jalil, N., “Innovación sindical: las redes sociales como instrumento de organización y defensa colectiva”, *op.cit.*, pág. 147; Cañizares Márquez, J.A., “Cambios en las formas de comunicación y movilización: el sindicalismo en red.”, *op.cit.*, pág. 15; Goerlich Peset, J.M., “Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo”, *Revista de Treball, Economia i Societat*, núm. 92, enero 2019, pág. 5..

⁴ Vid al respecto Holm-Detlev, K., “Sindicalismo ‘Gig’ o la acción colectiva en la economía de las plataformas”, *Cuadernos de Relacionales Laborales*, núm. 40 (2), 2022, pp. 325-343.

⁵ El mayor porcentaje de afiliados a sindicatos en España desde hace 24 años se alcanzó en el año 2009, cuando alcanzó la tasa del 18,3%. Desde 2009 ha ido bajando ese dato, hasta situarse en un 12,5 % en el año 2019, último informe disponible según datos de la OCDE. Vid, OCDE, *Trade Union density OECD* Estadísticas de densidad sindical. Disponible en: <https://stats.oecd.org/?lang=en> (última consulta 1 de febrero de 2024). Sin embargo, según datos facilitados por las cinco grandes centrales sindicales, habrían ganado casi 60.000 afiliados en dos años (del cierre de 2021 a 2023), con claros avances en los ámbitos femenino y juvenil. Fuente: Diario Público, Eduardo Bayona, “La afiliación a los sindicatos crece al calor de los avances sociales y salariales”, 27 de enero de 2024. Disponible en <https://www.publico.es/economia/afiliacion-sindicatos-crece-calor-avances-sociales-salariales.html>. (última consulta 7 de marzo de 2024).

organizar a los trabajadores de las nuevas formas de empleo y fomentar la participación en formas de acción conectada". Dicha tecnología "ofrece a las organizaciones de trabajadores el potencial de conectarse con trabajadores fuera de los lugares de trabajo tradicionales y ofrecer nuevos servicios, como el análisis automático de datos a gran escala para diseñar estrategias eficaces y el intercambio de información sobre las plataformas de microtareas o la transferibilidad de las prestaciones sociales"⁶.

La incorporación de las redes sociales a la actuación de los sindicatos aporta indudables ventajas que han sido destacadas por Maiedahj Jalil⁷: permiten salvar los obstáculos de la dispersión geográfica y la inestabilidad en el empleo, pudiendo llegar a más personas y, además, de forma inmediata; son un medio de interacción con la ciudadanía y con los trabajadores que se extiende más allá del centro de trabajo fomentando su participación en las campañas sindicales, a la vez que ayudan a fortalecer el sentido de identidad colectiva; durante las transiciones laborales, pueden proporcionar a los trabajadores apoyo práctico y emocional y asegurar el mantenimiento del compromiso colectivo/ sindical dentro y fuera del centro de trabajo; permiten que los sindicatos puedan involucrar en sus acciones a partes interesadas y externas a la organización, así como dar mayor repercusión a sus mensajes y actuaciones; y, por último, supone también un medio para aumentar la autenticidad de las campañas dotándolas de mayor legitimidad, ya que permiten incorporar testimonios personales que son bien acogidos entre el público⁸.

Considerando las diversas finalidades que persiguen las redes sociales en la nueva estrategia sindical, es probable que tiendan a operar de manera abierta, dirigiéndose a afiliados, simpatizantes y posibles miembros de la comunidad, con la aspiración de obtener el mayor número posible de "amigos". La excepción se presenta en las redes cuya finalidad es la comunicación interna dentro del sindicato, las cuales naturalmente mantendrán un carácter reservado. Es importante destacar que la creación de relaciones y la comunicación no se limita exclusivamente al sindicato, que empleará sus redes oficiales. Se llevará a cabo también de manera descentralizada a través de perfiles individuales de los trabajadores⁹.

⁶ OIT, Informe "Trabajar para un futuro más prometedor". Comisión mundial para el futuro del trabajo, Ginebra, Ginebra, 2019, pp. 43-44.

⁷

⁸ Maiedahj Jalil, N., "Innovación sindical: las redes sociales como instrumento de organización y defensa colectiva", *op.cit.*, pág. 147. Vid también Talens Visconti, E.E., "La libertad de expresión de los sindicatos en las redes sociales", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, num.38, /2015, formato *on line* pp. 3-4.

⁹ En el "Manual de redes sociales y web 2.0" de la UGT se recogen normas comunes de uso de las redes del sindicato, pero también de las redes personales de los afiliados (a los que se anima a presentarse en sus redes como miembros del sindicato) y de las redes personales de uso sindical (obligatorias para delegados sindicales y miembros de la comisión ejecutiva), si bien se aclara que son responsables de su contenido y deben velar por no hacer daño a la imagen del sindicato. Vid, Comisión Ejecutiva Confederal de la UGT "Manual de redes sociales y web 2.0" (2015), disponible en https://www.cantabriaefsmcugt.es/wp-content/uploads/2018/03/MANUAL_REDES_SOCIALES_VWEB2015.pdf.

Junto con las ventajas, el uso de las redes sociales también conlleva riesgos, ya que, a través de ellas, el empleador puede tener acceso a la afiliación sindical de un trabajador o a manifestaciones de apoyo de empleados no afiliados a campañas lideradas por un sindicato, pudiendo tomar represalias. Se han registrado casos de despidos disciplinarios pluricausales, donde la actividad previa en redes sociales se revisa para justificar un despido (ver STC 79/2023, de 3 de julio)¹⁰. Pero, la cuestión que más interés ha despertado hasta la fecha ha sido su mayor potencial para vulnerar el derecho al honor de las empresas, sus directivos, u otros sindicatos y líderes sindicales. Esto se debe a la inmediatez y la mayor difusión de la información y expresiones compartidas en estas plataformas. Hay que tener en cuenta que, una vez publicadas, las informaciones y opiniones pueden ser rápidamente compartidas, resultando más difícil la eliminación completa del contenido y su impacto negativo. En la práctica, se presentan dos tipos de conflictos resueltos por los tribunales mediante la ponderación de los bienes en conflicto. Por un lado, se encuentra el conflicto entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información, como parte de la libertad sindical, que puede resultar en el pago de indemnizaciones y generalmente se resuelve ante la jurisdicción civil. Por otro lado, está el conflicto entre estas libertades y el poder disciplinario del empresario, manifestado a través de sanciones o despidos, resuelto ante la jurisdicción laboral.

En este contexto, resulta crucial explicar la doctrina general sobre la protección de la libertad de expresión e información de los trabajadores en el ámbito laboral y las especificidades cuando sus titulares son representantes legales o sindicales, así como trabajadores no afiliados que se adhieren a la actividad sindical. Posteriormente, se analizará si el hecho de que las redes sociales se utilicen como medio para transmitir información y expresar opiniones es una circunstancia relevante en el juicio de ponderación llevado a cabo por los tribunales, explorando las consecuencias de esta consideración. La metodología a seguir incluirá el establecimiento de parámetros generales sobre el tema, así como el análisis detallado de casos relevantes.

2. Las libertades de expresión y de información en las relaciones laborales

Las libertades de expresión y de información se reconocen en el artículo 20 de la Constitución española (CE). En su párrafo 1 se reconocen y protegen el derecho a “expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción” (apartado a) y el derecho a “comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión” (apartado d). Estas libertades no son ilimitadas, sino que están sujetas a

¹⁰ Analiza el caso de un despido disciplinario de trabajador, representante legal de los trabajadores, que participó en una manifestación y difundió por las redes sociales fotografías con mensajes políticos tomadas en su puesto de trabajo.

las limitaciones establecidas en el apartado 4, y en particular, el respeto al derecho al honor regulado en el artículo 18.1 CE. Pero al mismo tiempo, dicho ejercicio debe enmarcarse, en cualquier supuesto, 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” (STC 120/1983, de 15 de diciembre, FJ 2).

Desde la sentencia 104/1986, de 17 de julio, la doctrina del Tribunal Constitucional viene distinguiendo entre los derechos que garantizan la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor), y, por otra parte, el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables. La distinción entre estas dos libertades tiene una importancia decisiva a la hora de determinar la legitimidad de su ejercicio, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su naturaleza abstracta, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información (STC 4/1996, de 19 de febrero, FJ 3). En los casos reales que la vida ofrece, sin embargo, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos, pues a menudo el mensaje sujeto a escrutinio consiste en una amalgama de ambos (STC 160/2003, de 9 de octubre, FJ 3). De esta forma debe atenderse al carácter predominante del mensaje, informativo o valorativo, para determinar si nos encontramos ante una manifestación de la libertad de expresión o de información (STC 4/1986, de 16 de enero, FJ 3). No obstante, tratándose de libertad de expresión, cuando se atribuye la comisión de hechos antijurídicos, la exposición de los hechos y la emisión de valoraciones aparecen indisolublemente unidas, por lo que ni siquiera esa exposición de una opinión crítica y legítima justificaría la atribución o imputación al criticado de “hechos no veraces, que, objetivamente considerados, ofendan gravemente su honor”¹¹. Esta necesidad de aportar unos hechos que sustenten un juicio de valor es menos estricta cuando estos ya son conocidos del público en general (STEDH de 12 de julio de 2001, caso *Feldek c. Eslovaquia*), por ejemplo, porque existieran ya rumores con fundamento al respecto¹².

A la hora de apreciar los límites de la libertad de expresión e información derivados de su concurrencia con otros derechos fundamentales, la mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo, recurren a una ponderación jurídica. Dicha ponderación persigue sopesar los derechos en liza y, a tal efecto, como explica Rubí Puig¹³, “el tribunal suele recurrir a dos operaciones: la denominada valoración

¹¹ STC 79/2014, de 28 de mayo (FJ 5), con cita de la STEDH de 22 de octubre de 2007 (caso *Lindón y otros c. Francia*).

¹² STS (Sala de lo Civil) de 1 de diciembre de 2021 (rec. 744/2021).

¹³ Rubí Puig, A., “Expresiones de sindicalistas susceptibles de infringir y de no infringir a la vez el honor de un directivo”, *IusLabor*, núm. 3, 2016, pág.10.

en abstracto y la valoración en concreto según las circunstancias específicas de cada caso". La ponderación abstracta parte de la prevalencia del derecho a la libertad de información y de expresión en una sociedad democrática y plural frente a los derechos de la personalidad. Pero, una valoración en concreto puede desplazar esta ponderación genérica y concluir que en el asunto en cuestión debe prevalecer la protección del derecho al honor. Para realizar este segundo juicio, los tribunales tienen en cuenta diversas circunstancias: 1) En ningún caso resultará admisible el insulto o las calificaciones claramente difamatorias u objetivamente injuriosas¹⁴, teniendo tal significación las expresiones de menosprecio o desdoro que en cualquier sector de la sociedad que las perciba o capte producirá una repulsa o desmerecimiento en la consideración ajena¹⁵; sí caben las expresiones meramente sarcásticas¹⁶; 2) Se valorará la proyección pública de la persona a la que se dirigen las expresiones, dado que en las personas o actividades de proyección pública la protección del honor disminuye¹⁷; en este sentido, con respecto a la notoriedad o proyección pública de las personas, es doctrina reiterada de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo la de que se reputa concurrente por razones diversas, no solo por la actividad política, sino también por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica, por la relación social, entre otras circunstancias¹⁸. 3) Las expresiones o informaciones habrán de contrastarse con los usos sociales, de forma tal que, por ejemplo, expresiones en el pasado consideradas injuriosas pueden haber perdido ese carácter o determinadas informaciones que antes pudieran haberse considerado atentatorias del honor o la intimidad ahora resultan inocuas. 4) No se desvelarán innecesariamente aspectos de la vida privada o de la intimidad que no resulten relevantes para la información¹⁹. 5) Debe realizarse un juicio sobre el interés general o la relevancia pública del asunto, sea por la materia, por razón de las personas o por las dos cosas²⁰. 6) Hay que tener en cuenta el contexto en el que se producen las manifestaciones enjuiciables; en este sentido, se valorará que las expresiones no se han pronunciado de forma improvisada, en una entrevista o en una intervención oral en un debate, sino que han sido consignadas con el rigor, el

¹⁴ SSTC 204/2001, de 15 de octubre, FJ 7; 20/2002, de 28 de enero, FJ 5; 181/2006, de 19 de junio, FJ 5; 9/2007, de 15 de enero, FJ 3.

¹⁵ Por todas, STS (Sala de lo civil) de 12 de julio de 2004 (rec.4339/1998).

¹⁶ STEDH de 11 de febrero de 2024, caso *Dede c. Turquía*. Ahora bien, no siempre el tono irónico o burlesco justifica el exceso [la STS 359/2020, de 24 de junio (rec.2588/2018) recopila la doctrina general sobre esta cuestión, que no ampara la libertad de expresión cuando predomina el propósito de ridiculizar al personaje].

¹⁷ STC 101/2003, de 2 de junio, FJ 3.

¹⁸ SSTs (Sala de lo civil) de 21 de julio de 2016 (rec.3084/2014); de 7 de marzo de 2022 (rec.1455/2020), de 20 de abril de 2022 (rec.6689/2021).

¹⁹ SSTC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 127/2003, de 30 de junio, FJ 9.

²⁰ Entre otras SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5; 197/1991, de 17 de octubre, FJ 2, y 178/1993, de 31 de mayo, FJ 4. También STEDH de 29 de febrero de 2000, caso *Fuentes Bobo c. España*.

sosiego y la meditación que cabe presumir en las intervenciones escritas²¹ y también se valorará si el ofendido decidió participar voluntariamente o, incluso, inició la polémica²². 7) Por encima de todo, es crucial evaluar si contribuyen a la formación de una opinión pública libre²³.

Ambas libertades son derechos de los que gozan por igual todos los ciudadanos²⁴, por lo tanto, también los trabajadores en el seno de la empresa, siempre y cuando respeten los límites genéricos del artículo 20.1 ET, lo que significa que no se podrá atentar contra el honor del empresario, de superiores, compañeros o incluso de los clientes²⁵. Pero, en el ámbito laboral es preciso reconocer que existen unos límites propios, un condicionamiento adicional, ya que el respeto al deber de buena fe adquiere una manifestación específica en la relación jurídica laboral. No cabe duda de que la existencia de un contrato entre trabajador y empresario genera una red compleja de derechos y obligaciones mutuas que condiciona, entre otros aspectos, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. En este contexto, las expresiones que podrían considerarse legítimas en otras circunstancias no necesariamente lo son dentro de la dinámica de esta relación laboral (STC 181/2006, de 19 de junio, FJ 10). Pero, al mismo tiempo, es importante recalcar que no se justifica la existencia de un deber genérico de lealtad que implique una sumisión total del trabajador a los intereses empresariales, ya que tal enfoque no armoniza con el sistema constitucional de relaciones laborales (STC 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 9; STC 146/2019, de 2 de noviembre, FJ 4)²⁶. En definitiva, es preciso que los órganos judiciales preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones del trabajador dimanantes del contrato de trabajo y el ámbito de sus derechos y libertades constitucionales, pues dada la posición preeminente de estos en el ordenamiento jurídico, cualquier modulación que el contrato de trabajo pueda ejercer sobre su ejercicio debe limitarse estrictamente a lo imprescindible para la consecución de los legítimos intereses empresariales. Además, dicha modulación debe ser proporcional y adecuada para alcanzar dicho objetivo (por todas, STC 170/2013, de 7 de octubre, FJ 3)²⁷.

Las afirmaciones anteriores nos llevan a la conclusión de que, en situaciones en las que el empresario

²¹ STC 3/1997, de 13 de enero, FJ 6. También STEDH de 29 de febrero de 2000, caso *Fuentes Bobo c. España*; SSTs (Sala de lo civil) de 10 de junio de 2020 (rec.4745/2020) y de 16 de junio de 2020 (rec.5294/2019).

²² STC 336/1993, de 15 de noviembre, FJ 6.

²³ Entre otras, STC 15/1993, de 18 de enero, FJ 2.

²⁴ STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4.

²⁵ Respecto al derecho al honor de los clientes, Vid, STSJ Asturias de 18 de octubre de 2022 (rec. 1821/2022), que calificó de procedente el despido de un trabajador de supermercado por los insultos a los clientes que realizó en un video subido a Tik Tok.

²⁶ En el mismo sentido STEDH de 11 de febrero de 2024, caso *Dede c. Turquía*.

²⁷ En la misma línea se ha manifestado el TEDH al examinar el alcance permisible de la restricción de la libertad de expresión en la relación laboral desde la perspectiva del art. 10 del Convenio europeo de derechos humanos (SSTEDH de 29 de febrero de 2000, caso *Fuentes Bobo c. España*; de 21 de septiembre de 2011, caso *Palomo Sánchez y otros c. España* y de 5 de noviembre de 2019, caso *Herbai c. Hungría*).

ejerza su poder disciplinario al considerar que el trabajador ha expresado ofensas verbales según lo tipificado en el artículo 54.2.c) del Estatuto de los Trabajadores o ha violado la buena fe contractual (artículo 54.2.d), se hace imprescindible llevar a cabo una ponderación cuidadosa. Esta ponderación deberá respetar la definición y valoración constitucional del derecho fundamental involucrado, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso. En esta línea, se ha sostenido que no va en contra de la buena fe ni del deber de lealtad que las críticas del trabajador hacia su empresa no se dirijan exclusivamente a esta, sino que también puedan ser expresadas ante un tercero sin conexión laboral. La STC 146/2019, de 25 de noviembre (FJ 5) llegó a la conclusión de que es razonable que, tras no obtener respuesta a sus reclamaciones laborales por parte de la empresa, el trabajador formule sus quejas ante un Ayuntamiento. Este último, al ser el titular del centro de trabajo y contratante de los servicios de la empresa, tiene la capacidad de influir para que las solicitudes del trabajador sean atendidas²⁸. En este contexto, resulta legítimo que la crítica realizada trascienda más allá de los límites de la empresa.

Es importante destacar que, en el ámbito laboral, las críticas suelen dirigirse comúnmente hacia entidades jurídicas, ya sea la propia empresa o los sindicatos, pero también se suelen personalizar en sus directivos y responsables. En primer lugar, es crucial reconocer que no cabe negar a la empresa, en cuanto persona jurídica, en términos abstractos, la protección del derecho al honor que garantiza el art. 18 CE²⁹. La jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha afirmado de manera constante que, aunque el honor es un valor asociado a personas físicas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación, buen nombre o reputación no es exclusivo de ellas [STC 214/1991]. De esta manera, la persona jurídica puede verse afectada por la divulgación de hechos que la desacrediten ante la consideración ajena³⁰. No obstante, a la hora de valorar la intromisión en el derecho al honor de las personas jurídicas, no se pueden aplicar los mismos parámetros que cuando se trata de personas físicas. Mientras que en éstas resaltan dos aspectos: el interno, relacionado con la íntima convicción o sentimiento de dignidad de la propia persona, y el externo, que se refiere a la valoración social, reputación o fama, en el caso de las personas jurídicas resulta difícil concebir el aspecto inmanente. Por lo tanto, la atención se centra en la apreciación del aspecto trascendente o exterior, es decir, en la consideración pública protegible, que no cabe identificar con la reputación empresarial, comercial, o en general del mero prestigio con que se desarrolla la actividad³¹. De esta

²⁸ El TC también valora que el contrato de la empresa empleadora con el ayuntamiento tuviera como objeto la prestación de unos servicios de tipo social.

²⁹ STS (Sala de lo social) de 28 de febrero de 2017 (rec103/2016).

³⁰ Como explica Serrano García, J.M. se ha empezado a hablar de “reputación *online*”, la cual es posible “identificarla, extraerla, clasificarla y analizarla, a partir de las opiniones que los usuarios diseminan en las redes sociales” (“El derecho a la libertad de expresión del trabajador a través de las nuevas tecnologías y el derecho a la reputación de la empresa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, num.217, 2019, pág. 14).

³¹ Por todas, SSTs (Sala de lo civil) de 19 de julio de 2006, (rec.2448/2002), 14 de noviembre de 2002 (rec.3753/1997), 6 de junio de 2003 (rec.3094/97) y 16 de junio de 2015, (rec.46/13).

manera, cuando se realiza el juicio de ponderación para determinar si prevalece el derecho a la libertad de expresión, se toma en cuenta el carácter de persona jurídica del demandante, lo cual dificulta la concepción del aspecto inmanente del derecho al honor y resulta en una menor protección de dicho derecho. Como explica Serrano García³², la jurisprudencia exige analizar las consecuencias de los comentarios sobre la empresa con perspectiva, considerando el impacto en la actitud de los consumidores y demostrando que alcanzan un nivel de gravedad necesario, así como que fueron realizados con el propósito de perjudicar la reputación profesional de la entidad. Una prueba de que el honor de la empresa ha permanecido incólume es que no haya sufrido perjuicios materiales ni perdido clientela³³. En el caso de envío de correo electrónico que contiene críticas a la empresa, la STEDH de 11 de febrero de 2024, caso *Dede c. Turquía* consideró relevante el ámbito de difusión, esto es, si el correo estaba destinado a ser divulgado públicamente o había sido revelado al público o compartido con otros compañeros de la empresa³⁴. Estos mismos términos se aplican al derecho al honor de los sindicatos³⁵.

En otra perspectiva, se ha evaluado que dichos empresarios o directivos pueden revestir una incuestionable notoriedad pública, lo que los somete a un control más riguroso de sus acciones y expresiones en comparación con individuos comunes sin proyección pública³⁶. Esta notoriedad pública también se ha apreciado en cargos sindicales y en los representantes legales de los trabajadores cuando son objeto de crítica por parte de sus compañeros de trabajo o de dirigentes sindicalistas³⁷.

3. Las libertades de expresión y de información como contenido esencial de la libertad sindical: el “plus de criticidad”

3.1. Doctrina general

Aunque del tenor literal del art. 28.1 CE pudiera deducirse la restricción del contenido de la libertad sindical a una vertiente exclusivamente organizativa o asociativa, una interpretación sistemática de

³² Serrano García, J.M., “El derecho a la libertad de expresión del trabajador a través de las nuevas tecnologías y el derecho a la reputación de la empresa”, *op.cit.*, pp. 13-14.

³³ STS (Sala de lo social) de 28 de febrero de 2017 (rec.103/2016).

³⁴ En el caso analizado por la sentencia se utilizó del correo corporativo para enviar un mensaje crítico con el director del departamento de RRHH, cuyos destinatarios eran únicamente los miembros de dicho departamento. El TEDH reprocha a los tribunales nacionales que, a la hora de valorar el daño causado a la empresa, no se hubiese tenido en cuenta esta circunstancia.

³⁵ STS (Sala de lo social) de 15 de diciembre de 2016 (rec.287/2015). También, STSJ Comunidad valenciana (Sala de lo social) de 24 de octubre de 2023 (rec.2900/2022).

³⁶ STC 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 9 (respecto de los gestores de una universidad privada).

³⁷ *Vid.*, STC 126/1990, de 5 de julio (FJ 4) y SSTS (Sala de lo civil) de 8 de noviembre de 2017 (rec.2905/2016) y de 3 de marzo de 2011 (rec.1777/2008).

los arts. 7 y 28 CE lleva a entender que el contenido del primer precepto citado comprende “también la vertiente funcional, es decir, el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores; en suma, a desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponde”³⁸. Este derecho a la acción sindical se reconoce en su vertiente colectiva en el artículo 2.1.d) LO 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS) y en su vertiente individual en el artículo 2.2.d) de dicha ley. Entre los instrumentos de acción sindical se encuentra, precisamente, “el empleo de los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información respecto de cualquiera asunto que pueda tener una repercusión directa o indirecta en las relaciones laborales”³⁹. Hasta tal punto es así, que la invocación del derecho a la libertad de expresión carece de sustantividad propia y no es escindible de la que se hace del derecho a la libertad sindical⁴⁰.

En la legislación laboral se reconoce el derecho de expresión y difusión para los representantes legales de los trabajadores, extendido a los delegados sindicales, según el art. 68 d) del Estatuto de los Trabajadores (ET) y el artículo 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS). Este derecho les permite expresar libremente sus opiniones en asuntos relacionados con la representación, publicar y distribuir publicaciones de interés laboral o social sin perturbar el normal desarrollo del trabajo. El artículo 81 del ET también les asegura el derecho a disponer de tableros de anuncios en la empresa. Por su parte, durante una huelga, el artículo 6.6 del Real Decreto-ley 17/1977 permite a los trabajadores en huelga hacer publicidad de la misma⁴¹. Además, dentro de la actividad sindical dentro de la empresa, el art. 8.1.b) LOLS reconoce a los trabajadores afiliados a un sindicato el derecho a “distribuir información sindical, fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa”, pero esto no supone que sea la única fórmula de comunicación que puedan utilizar los sindicatos (STC 281/2005, de 7 de noviembre, FJ 5)⁴². Por ejemplo, no cabe duda de que

³⁸ SSTC 94/1995, de 19 de junio, FJ 2; 308/2000, de 18 de diciembre, F 6; 185/2003, de 27 de octubre, FJ 6; 198/2004, de 15 de noviembre, FJ 5; 281/2005, de 7 de noviembre, FJ 3; 200/2006, de 3 de julio, FJ 3; 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 4.

³⁹ STC 94/1995, de 19 de junio (FJ 3). *Vid.* también STS (Sala de lo social) de 28 de febrero de 2017 (rec.103/2016). Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó en su Opinión Consultiva OC-5/85 y SSTEDH de 12 de septiembre de 2011, *caso Palomo Sánchez y otros c. España*, y de 9 de octubre de 2012, *caso Szima c. Hungría*.

⁴⁰ STC 89/2018, de 6 de septiembre, FJ 2.

⁴¹ STC 120/1983, de 15 de diciembre, FJ 4.

⁴² Por ejemplo, en la STC 94/1995, de 24 de julio, se juzgaba si dentro del derecho de las secciones sindicales a la actividad sindical en la empresa se incluía la recogida de firmas. En la actualidad, los sindicatos pueden canalizar esta recogida de firmas a través de plataformas de internet, a las que se da publicidad en las redes sociales de los afiliados. *Vid.* sobre la importancia cada vez mayor de estas campañas digitales por parte de los sindicatos europeos, las propuestas recogidas en el “Documento de debate de la CES sobre las campañas digitales de los sindicatos europeos y la mejora de la capacidad de comunicación”, discutido y aprobado en el Comité Ejecutivo de la CES 4 de junio de 2021, disponible en la página web del sindicato UGT: https://www.ugt.es/sites/default/files/210604_ce_ces_18_campanas_digitales_comunicacion_final.pdf (última consulta 27 de febrero de 2024).

el correo electrónico o las redes sociales constituyen para los trabajadores afiliados a un sindicato una herramienta de acción y proselitismo sindical que pueden utilizar extramuros de la empresa⁴³. Cuestión distinta es que el empresario deba soportar la carga de proporcionarlos. Al respecto, el legislador, en el artículo 8.2 LOLS, ha impuesto ciertas obligaciones al empresario para que colabore en facilitar los medios necesarios que permitan la difusión de la información sindical a los afiliados al sindicato y a los trabajadores en general, como ocurre con los derechos de las secciones sindicales a disponer de un tablón de anuncios (apartado a) y a un local adecuado en aquellas empresas o centros de trabajo con más de doscientos cincuenta trabajadores (apartado c)⁴⁴. La jurisprudencia no ha interpretado de manera extensiva este marco, indicando, por ejemplo, que un tablón de anuncios digital en la intranet de la empresa no está legalmente previsto (STC 281/2005, FJ 5). En cuanto al uso de las comunicaciones electrónicas corporativas, la doctrina constitucional sostiene que es obligación de la empresa mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical siempre que existan, su uso no perjudique su finalidad y se respete la proporcionalidad de sacrificios⁴⁵. La misma solución resultaría aplicable al acceso a las redes sociales en la empresa⁴⁶. En la práctica, los sindicatos suelen desarrollar sus propias páginas web y utilizar WhatsApp o redes sociales independientes para superar la dependencia de los medios electrónicos de la empresa⁴⁷.

Es crucial destacar que la libertad de expresión, como herramienta de la libertad sindical, no se limita solo a los trabajadores afiliados a un sindicato, sino que se extiende a los no afiliados que participan en acciones o protestas organizadas por los sindicatos⁴⁸. Y ello porque la libertad sindical, en su faceta individual, incluye la posibilidad de adherirse y participar en las iniciativas convocadas por los sindicatos y éstos correlativamente pueden promover acciones con proyección externa, dirigidas a todos los trabajadores, sean o no afiliados (STC 134/1994, de 9 de mayo, FJ 4). En consecuencia, la libertad sindical ampara a los trabajadores no afiliados cuando participan en actividades organizadas

⁴³ Interpretación que sobre el alcance del artículo 8.1.b) hace la STSJ (Sala de lo social) Galicia de 19 de diciembre de 2019 (rec.4183/2019). *Vid.* también STSJ (Sala de lo Social) Cantabria de 11 de febrero de 2020 (rec.997/2019) que señala “desde luego, con independencia de los cauces disponibles en el sindicato para facilitar y difundir información, entendemos que la utilización de una cuenta de Facebook, en la que el actor se ha limitado a dar publicidad a asuntos que tienen una indudable relevancia o trascendencia pública, no supone un exceso en el ejercicio de su derecho a la libertad sindical”.

⁴⁴ Navarro Nieto, F., “El ejercicio de la actividad sindical a través de las tecnologías de la información y de las comunicaciones”, *Temas laborales*, 2017, núm. 138, pp. 49-84.

⁴⁵ STC 281/2005, de 7 de noviembre, FJ 8. *Vid.* también SSTs (Sala de lo social) de 23 de julio de 2008 (rec.97/2007), de 26 de abril de 2016 (rec.113/2015), de 21 de febrero de 2019 (rec.214/2017) y de 25 de enero de 2023 (rec.62/2021).

⁴⁶ En la STSJ Andalucía/Sevilla (Sala de lo social) de 24 de septiembre de 2015 (rec.1387/2015) la Sala aplica la STC 281/2005, en relación con la petición de una sección sindical al pleno y libre acceso a la totalidad de la red de la empresa, o en su defecto a las redes sociales como Facebook y twitter, así como al correo propio del sindicato y páginas similares.

⁴⁷ Navarro Nieto, F., “El ejercicio de la actividad sindical a través de las tecnologías de la información y de las comunicaciones”, *op.cit.*, pp. 53-54.

⁴⁸ SSTC 89/2018, de 26 de noviembre (FJ 6) y 116/2018, de 29 de octubre (FJ 3).

por el sindicato (artículo 12 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, LOLS) o en actos preparatorios para acciones sindicales (por ejemplo, reuniones para preparar elecciones sindicales). Cuando los trabajadores afiliados ejercen su derecho a la libertad de expresión e información al transmitir comunicados de su sindicato, es relevante considerar que, en términos de expresión vejatoria o degradante, la autoría significativa no es la autoría material o de creación, sino la autoría cooperativa de la difusión o distribución. Aquellos que ostentan cargos de representación de los trabajadores no son simples transmisores que actúan por cuenta ajena; tienen la obligación de conocer el contenido de la comunicación difundida y no están autorizados a distribuir material que incluya insultos, injurias o vejaciones, asumiendo así su responsabilidad⁴⁹. La misma reflexión debe realizarse cuando el medio de difusión empleado por dichos trabajadores son sus redes sociales.

La ubicación de la libertad de expresión dentro del contenido esencial de la libertad sindical, supone que aquélla tiene un ámbito de protección más amplio, de modo que cuando se ejerce dentro de una actividad sindical goza un “plus de criticidad”⁵⁰. De este modo, los derechos y obligaciones recíprocos generados por la relación contractual laboral, cuando se residencian en representantes de los trabajadores, también delimitan el ejercicio de los derechos fundamentales, de manera que manifestaciones de los mismos que en otro ámbito pudieran ser ilegítimas no tienen por qué serlo cuando su actuación se concreta en el ejercicio de las facultades que específicamente se asigna a estos cuando actúan en la defensa de los derechos de los trabajadores a quienes representan. Cuando, además, la reivindicación laboral se ejerce frente a cargos o instituciones públicas, como cuando se critica la actuación de la Administración pública que es cliente de la empresa, la crítica sindical se convierte en instrumento de participación política, de modo que el ejercicio del derecho alcanza el nivel máximo de protección, convirtiéndose en prácticamente inmune a restricciones que en otros ámbitos serían admisibles constitucionalmente⁵¹.

En casos de conflicto con el derecho al honor, la jurisprudencia realiza una doble ponderación. En primer lugar, un juicio abstracto determina la prevalencia de las libertades de expresión e información de los sindicatos sobre los derechos de la personalidad. Posteriormente, se realiza una evaluación específica de las circunstancias, ya que la mencionada prevalencia se considera “no absoluta, sino funcional”. Esto implica que solo se justifica la limitación del derecho de la personalidad cuando las libertades se ejercen de acuerdo con su naturaleza y función constitucionales, contribuyendo al debate público en una sociedad democrática, incluso de manera contundente, siempre que se defiendan

⁴⁹ STS (Sala de lo social) de 20 de abril de 2005 (rec.6701/2003).

⁵⁰ SSTC 89/2018, de 6 de septiembre, FJ 2; 108/2018, de 15 de octubre, FJ 3; 127/2018, de 26 de noviembre, FJ 4 y 22/2023 de 27 de marzo, FJ 3.

⁵¹ STC 109/2018, de 15 de octubre, FJ 2.

los derechos de los trabajadores y otros objetivos legítimos de los sindicatos, como la defensa de un modelo específico de servicio público⁵². Pero, quien ocupa un cargo público, tiene una posición directiva en la empresa afectada por el conflicto o posee relevancia pública por otras razones, no pierde completamente sus derechos de la personalidad. La emisión de comunicaciones públicas que resulten en un descrédito para la persona afectada, fuera del ámbito de interés público o sindical pertinente y sin necesidad para transmitir el mensaje relacionado con estas cuestiones de interés público o sindical, no cumple la función constitucionalmente asignada a la libertad de expresión y a la libertad sindical. Por lo tanto, no puede justificar la prevalencia de estas libertades sobre el derecho al honor⁵³.

En el juicio de ponderación entre las libertades de expresión e información de los sindicatos y el derecho al honor, la jurisprudencia del Tribunal Supremo establece lo siguiente: a) En términos generales, las críticas o incluso expresiones injuriosas en un contexto sindical (como elecciones sindicales o conflictos laborales) no suelen ser consideradas como una intromisión ilegítima en el honor⁵⁴; b) se ha ponderado la libertad de informar a los trabajadores de la empresa a la que iban dirigidas las informaciones que podían constituir una intromisión ilegítima al honor del afectado, siempre que en este caso se cumpliera el requisito de la veracidad; c) en cambio se ha considerado atentatorio al honor la utilización de expresiones vejatorias e insultos⁵⁵, así como, la imputación de la comisión de hechos delictivos o de comportamientos que de ser ciertos serían reprobables, ya que no estaría protegida por la libertad de expresión, sino que constituye comunicación de información que requiere cumplir con el requisito de ser veraz⁵⁶.

La jurisprudencia establece que la libertad sindical permite a los trabajadores afiliados realizar acciones sindicales fuera de la empresa, siempre que se desarrolle en contextos relacionados con el conflicto laboral al que se refiere dicha actividad. En una sentencia relevante, [STS (Sala de lo civil) de 20 de julio de 2016 (rec. 3165/2014)] se abordó la colocación de carteles y pancartas críticos en el centro de trabajo y su entorno, considerándose legítimo el ejercicio de las libertades de expresión e información. Sin embargo, cuando estas acciones se llevaron a cabo en el municipio de residencia del directivo y en la farmacia de su madre la conclusión fue muy distinta. En este caso, se valoraron dos factores: la conexión del entorno con el conflicto laboral y la finalidad que se perseguía con la emisión de los mensajes. Respecto de la primera, la comunicación pública de expresiones tiene lugar en un entorno en el que la materia concernida carece de relevancia, y en el que la cuestión sindical

⁵² Como señala la STS (Sala de lo civil) de 20 de julio de 2016 (rec.3165/2014).

⁵³ STS (Sala de lo Civil) de 20 de julio de 2016 (rec.3165/2014). *Vid.* comentario crítico a la sentencia en RUBÍ PUIG, A., "Expresiones de sindicalistas susceptibles de infringir y de no infringir a la vez el honor de un directivo", *op.cit.*, pp. 1-22.

⁵⁴ La STS (Sala de lo civil) de 1 de junio de 2011 (rec.291/2008) resume la jurisprudencia sobre la cuestión.

⁵⁵ STEDH de 6 de octubre de 2011, *caso Vellutini y Michel c. Francia*.

⁵⁶ STS (Sala de lo civil) de 25 de abril de 2023 (rec.4158/2022).

resulta también ajena, y su única vinculación con los hechos reside en que constituye el lugar de residencia del afectado por tales manifestaciones, y el local donde un familiar desarrolla su actividad profesional. Respecto de la segunda circunstancia, la sala considera que sólo se buscaba escarnecer al demandante, poniéndolo en entredicho ante sus vecinos y familiares. En este contexto, se concluyó que estas expresiones no contribuían a un debate público ni protegían legítimamente los derechos de los trabajadores, siendo consideradas intromisiones ilegítimas en el honor del afectado. Como explica Rubí Puig⁵⁷, “el aspecto más destacable de la sentencia comentada es el relativo a la consideración del lugar en el que se realiza la intromisión al honor profesional del actor como elemento determinante de su carácter lícito o ilícito. Así, las mismas expresiones, por realizarse cerca o lejos del centro de trabajo, pueden reputarse como intromisiones legítimas – amparadas por las libertades de expresión y sindical– o como intromisiones ilegítimas – que sobrepasan el ámbito de protección de aquellas”. Esta sentencia cobra gran importancia para nuestro análisis, ya que el empleo de redes sociales y tecnologías como WhatsApp y correos electrónicos posibilita la difusión de expresiones más allá del ámbito geográfico de la ubicación del centro de trabajo. De esta manera, dichas expresiones pueden llegar fácilmente, como sucedió en el caso abordado por la sentencia, a individuos totalmente ajenos al conflicto⁵⁸.

3.2. Análisis de casos relevantes

El análisis de las sentencias siguientes evidencia la complejidad de determinar cuándo la libertad de expresión o información sindical trasciende la mera protesta o denuncia. Algunos ejemplos ilustrativos son los siguientes:

- En la sentencia de la Sala de lo Social del 20 de abril de 2005 (recurso 6701/2003), se consideran injuriosas, insultantes y vejatorias las reiteradas calificaciones de “mafia” y “banda terrorista”, así como la afirmación de imponer o mantener “el estado de terror que impera en la empresa”, contenidas en folletos elaborados por la sección sindical de CCOO, distribuidos entre los empleados y dirigidos contra el empresario, los directivos y dirigentes. La argumentación de que el clima de las relaciones laborales en la empresa había convertido en práctica usual el lenguaje despectivo o vejatorio entre sindicatos rivales, y por parte de algunos sindicatos respecto de la dirección de la empresa, no es un factor que exima de responsabilidad a los trabajadores despedidos, ya que ni la pugna intrasindical justifica insultos o apelativos injuriosos, ni la contraposición de intereses legitima tales expresiones respecto de las personas que dirigen la empresa. Dieciséis años después, y también en relación con la

⁵⁷ Rubí Puig, A., “Expresiones de sindicalistas susceptibles de infringir y de no infringir a la vez el honor de un directivo”, *op.cit.*, pág. 14.

⁵⁸ De la misma opinión es Rubí Puig, A., “Expresiones de sindicalistas susceptibles de infringir y de no infringir a la vez el honor de un directivo”, *op.cit.*, pág. 19.

utilización de la palabra “terrorismo”, la STS (Sala de lo social) de 28 de febrero de 2017, dio, esta vez, la razón a un sindicato que utilizó la expresión “DLH Terrorismo Patronal”⁵⁹, por considerar que se había convertido en lugar común en nuestra sociedad, al “utilizarse de manera habitual para descalificar determinadas actuaciones empresariales por sindicatos e incluso por partidos políticos, lo que ha devaluado socialmente su significado, convirtiéndose así en una crítica dura, pero sin que ninguna persona razonable lo asocie propiamente con el concepto de terrorismo”.

- Como se anticipó, la crítica puede dirigirse no solo hacia la empresa, sino también hacia la Administración Pública que ha contratado los servicios de aquélla, como se evidencia en el caso analizado por la STC 89/2018, de 6 de septiembre. En esta situación, se aborda el despido de un trabajador, miembro del comité de empresa, quien participó en un pleno municipal con una careta y una camiseta que exhibían un lema crítico con el comportamiento de la empresa y de un ayuntamiento. En la pancarta se leía: “Donde hay corrupto hay un corruptor. Tanto o más importante que el nombre del político corrupto, es conocer el de la empresa de seguridad corruptora”⁶⁰. La Sala concluye que, al asistir al pleno municipal, el demandante ejerció legítimamente sus derechos fundamentales de libertad de expresión en relación con el derecho a la libertad sindical. Reprocha a la sentencia recurrida que no hubiera atribuido significación suficiente a ciertos aspectos que son esenciales para determinar si el recurrente en amparo hizo un uso legítimo de su derecho fundamental a la libertad de expresión en el ámbito sindical, a saber: a) que era una acción de protesta laboral organizada y promovida en el ámbito del sindicato del que el demandante era afiliado; b) que la protesta se produjo en la sesión plenaria de la corporación municipal que había contratado a la empresa empleadora, dirigiéndose la queja también contra dichos responsables políticos; c) que no se identificó expresamente a ningún munícipe como corrupto, ni tampoco a la empresa empleadora, por más que implícitamente pudiera realizarse tal identificación; d) que las expresiones utilizadas, aunque desabridas e hirientes, no podían ser consideradas gravemente ofensivas ni vejatorias, innecesarias, gratuitas o desconectadas del conflicto laboral subyacente.

- Las críticas también pueden dirigirse contra otros sindicatos. La doctrina aplicable es que en un contexto de contienda sindical entre dos sindicatos enfrentados las expresiones experimentan una disminución de su significación ofensiva, siempre y cuando ninguna de ellas constituya un insulto de suficiente gravedad, ni se encuentre desconectada totalmente con el fin perseguido⁶¹. A modo de

⁵⁹ La SAN de 18 de diciembre de 2005 (rec. 344/2015) consideró que la intención de CNT no fue nunca imputar un delito a DLH, ni asociarla con actos propiamente terroristas, sino criticar una política empresarial que, de acreditarse, sería extremadamente grave también.

⁶⁰ La carta de despido también le imputa la publicación reiterada de comentarios denigratorios sobre la empresa y sus directivos en su perfil público de la red social Facebook.

⁶¹ Talens Visconti, E.E., “La libertad de expresión de los sindicatos en las redes sociales, *op.cit.*, pp. 8-9. Vid, STSJ (Sala de lo social) de Navarra de 28 de diciembre de 2009 (rec. 244/2009).

ejemplo, destaca la STS (Sala de lo civil) de 3 de marzo de 2011 (rec.1777/2008), donde se enjuició la crítica a un cargo de sindicato opuesto realizada a través de la página web y boletines informativos del sindicato demandado. Se le acusa de no haberse realizado los descuentos por participación en huelga. A pesar de expresiones fuertes como “personaje incalificable” y “Capitán Araña”, la Sala, partiendo de la prevalencia de la libertad de expresión, concluyó que no se había vulnerado el derecho al honor tras valorar las siguientes circunstancias: 1) que la crítica se había dirigido contra una persona que tenía un cargo con proyección pública⁶², por ocupar un cargo importante en el sindicato; 2) el interés público en la honestidad de los cargos sindicales; 3) el contexto de contienda sindical que disminuye la significación ofensiva de las expresiones, resultando proporcionadas con la opinión transmitida.

- La crítica puede existir dentro del propio sindicato, no en vano la libertad de expresión, es condición sine qua non para que los sindicatos puedan desarrollarse tanto hacia el exterior como en el seno de la organización sindical⁶³. Así en la STSJ Cataluña (Sala de lo social) de 28 febrero 2000 (rec.8722/1999) se criticó a un miembro del departamento de RR.HH. mediante un cartel en los tabloneros del sindicato. Se utilizó un cartel de “se busca” en el que aparecía la persona como “non grata”, “amarillo” y en el que se abogaba por “un convenio justo y sin manipulación de gerencia”. En el trasfondo lo que se apreciaba era una acusación de transfuguismo sindical y de colaboración con la empresa. Aunque la Sala reconoció la condición de persona de notoriedad pública al líder sindical afectado, concluyó que se había violado su derecho al honor, debido a la forma en que se había expresado la crítica mediante una fotocomposición que evocaba tristes recuerdos en la historia de España, asociados al terrorismo.

- En todo caso, el carácter de personaje público debe valorarse por su relación con el conflicto. En la sentencia del TSJ Cataluña del 22 de julio de 2002 (recurso 2803/2002) se analiza el despido de un delegado sindical por la distribución de octavillas durante la Fiesta mayor de un ayuntamiento, en contra de su empresario, quien también era alcalde de la localidad. Junto a su fotografía, se le tildaba de “cacique y fascista” y “buscado por terrorismo”. La Sala determina que las críticas se centraban en su papel como empresario, no como figura pública, y que el sindicato sobrepasó los límites de la crítica permitida al usar términos insultantes e injuriosos. Se toma también en cuenta el entorno geográfico donde se distribuyeron las octavillas, resaltando que fueron repartidas entre vecinos en un evento público, y no entre trabajadores. Recordemos que la STS (Sala de lo civil) del 20 de julio de 2016 (recurso 3165/2014), anteriormente comentada, respaldó este enfoque.

- Como ejemplo de que la libertad sindical no cubre vejaciones desproporcionadas y de que el ejercicio de la libertad de expresión debe estar enmarcada en una actividad sindical, interesa citar la STEDH, Gran Sala, de 12 de septiembre de 2011, caso Palomo Sánchez y Otros c. España. Los hechos fueron

⁶² Talens Visconti, E.E., “La libertad de expresión de los sindicatos en las redes sociales”, *op.cit.*, pág.9.

⁶³ STS (Sala de lo civil) 511/2016, de 20 de julio.

los siguientes: como reacción por la declaración en juicio de dos representantes de los trabajadores a favor del director de RR.HH. y en contra de unos compañeros, estos últimos realizaron y difundieron un boletín criticando esta actuación. En la portada representaron de forma caricaturesca y con diálogos bastante explícitos al director de RR.HH. tras una mesa de despacho y bajo ella una persona a gatas de espaldas y junto a ellos a los representantes que testificaron a su favor, esperando turno para ocupar el lugar debajo de la mesa. A ello se le debe sumar una contundente carta ínsita en el interior de la publicación repleta de contenidos muy groseros. Las críticas en este caso no se dirigían contra la empresa, sino contra trabajadores de la misma, lo que podía hacer pensar que el contenido de los artículos publicados carecía de interés general. El TEDH lo rechaza ya que la publicación incriminada se producía en el marco de un conflicto laboral en la empresa frente a la que los interesados reivindicaban unos derechos. No obstante, “la existencia de dicha cuestión no justifica la utilización de caricaturas y expresiones ofensivas, ni siquiera en el ámbito de la relación laboral”, además, la conducta en cuestión, no derivaba directamente de la actividad sindical de los demandantes, “su intención” era “más atacar a los compañeros de trabajo por haber testificado en el juicio que promover una acción sindical respecto al empresario”. Valora con mayor gravedad el hecho de que las expresiones ofensivas estuvieran realizadas por escrito, con total lucidez y expuestas públicamente en la sede de la empresa. Enfatiza que el ataque a la honorabilidad mediante expresiones soeces en el ámbito profesional justifica sanciones extremas, incluso en la actividad sindical. En el ámbito interno, puede citarse la STSJ (Sala de lo social) Madrid de 21 de junio de 2005 (rec.962/2005). El caso involucra a un capataz que envió un escrito indicando que la sección sindical de CGT no representaba a todos los trabajadores. Dicha sección sindical envió comunicado dirigido a todo el personal utilizando el sistema informático de la empresa desde el correo electrónico “cgtcanal”. Se dirigían a él con calificativos como “ser despreciable”, “deleznable”, “cabrón”, “prevaricador”, “animal de dudosa calificación”, “escoria humana”, “falta de ética profesional y humana”. La sentencia califica los correos como insultantes, vejatorios y humillantes referidos a un trabajador que no deben ser, ni tan siquiera, objeto de ningún criterio de proporcionalidad al no incidir ninguna circunstancia que pudiera justificar esas innecesarias y excesivas expresiones. Además, los correos electrónicos no están enmarcados en la acción sindical al no dirigirse a la defensa de los intereses de los trabajadores y sus afiliados por cuanto que son una clara contestación a una razonada crítica que el afectado realizó a la sección sindical. Aplicando la STS (Sala de lo Social) de 20 de abril de 2005, anteriormente comentada, se considera procedente el despido del trabajador por ser el que asumió la responsabilidad en el uso de aquel correo electrónico, del password y de la contraseña.

- En la polémica sobre si la expresión “corrupto” o “empresario corruptor” es ofensiva, la STS (civil) del 21 de junio de 2018 (recurso 5042/2017) consideró que, en las circunstancias específicas del caso, no había constituido un insulto. Se trataba de un delegado sindical que, en el contexto de un conflicto sindical, usó dichos términos en una rueda de prensa y una entrevista tras un acto de conciliación. La sentencia sostiene que, dado el contexto de un conflicto laboral y sindical y la base de las afirmaciones

(existían sentencias condenatorias previas por delitos contra los derechos de los trabajadores, y era de conocimiento público que el empresario obtenía licitaciones a la baja pagando salarios inferiores al convenio colectivo) no se había vulnerado el derecho al honor.

4. Las redes sociales como canal donde ejercer las libertades de expresión y de información de los sindicatos ¿una circunstancia relevante en el juicio de ponderación sobre los bienes en conflicto?

Las redes sociales pueden utilizarse por los trabajadores como medio para canalizar ofensas verbales contra compañeros, directivos de la empresa, clientes o representantes legales de los trabajadores o para formular críticas contra la actuación de la empresa. Son frecuentes los casos que han tenido que resolver los tribunales, pudiendo extraerse las siguientes conclusiones:

En primer lugar, el carácter escrito de las redes sociales podría llevar a defender que este tipo de comportamientos deben calificarse con una mayor gravedad, ya que se presupone que ha venido precedida de un tiempo de meditación y reflexión⁶⁴. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el lenguaje que se utiliza en las redes es más parecido al lenguaje verbal y que existe una inmediatez y facilidad en su confección y emisión que no existe en las comunicaciones escritas tradicionales. Por esa razón, compartimos la opinión de Nores Torres de que es preciso “valorar la manera en que se ha producido la acción, comprobando si ha sido un ‘comentario’ inmediato o, por el contrario, viene precedido de ese período de reflexión. Ello se puede realizar de una manera sencilla a través de los datos que proporciona la propia plataforma, pues habitualmente queda constancia de cuando se efectuaron”⁶⁵. En segundo lugar, la configuración del perfil de la red social se ha tenido en cuenta por los tribunales para graduar la gravedad de la falta, de modo que no tendría la misma trascendencia una opinión vertida en un perfil de acceso libre o público que otra realizada en un perfil cerrado o de acceso restringido. También se tiene en cuenta el número de amigos o seguidores que tenga el usuario ya que permite medir la extensión y repercusión del comentario⁶⁶.

64 Talens Visconti, E.E., “Despido de un trabajador por comentarios contra la empresa vertidos en internet: comentario a la STSJ Madrid de 16 de diciembre de 2013”, *Revista Aranzadi Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 35, 2014, pp. 7-8. De la misma opinión es Ortega Lozano, P.G., E., “Los límites del derecho fundamental a la libertad de expresión en la relación laboral: ‘Facebook’, Twitter, LinkedIn, Whatsapp o redes sociales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 242, 2021, pág. 40.

65 Nores Torres, L.E., “Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales: aspectos individuales, colectivos y procesales”, *Revista de Información Laboral* núm.7, 2016, pág. 21.

66 *Vid.*, al respecto la abundante jurisprudencia citada y comentada por Nores Torres, L.E., “Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales: aspectos individuales, colectivos y procesales”, *op.cit.*, pp. 21-22; Ortega Lozano, P.G., “Los límites del derecho fundamental a la libertad de expresión en la relación laboral: ‘Facebook’, Twitter, LinkedIn, Whatsapp o redes sociales”, *op.cit.*, pp.25-37; Abeleira Colao, M. E., “Límites al poder de control del empresario sobre las redes sociales de sus trabajadores”, en VV.AA., *La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo*, (López Ahumada, J.E., dir; Jiménez Martínez, M.V., y Roldán Martínez, A., coords.), pp. 179-194.

En casos donde representantes legales o sindicales emplean redes sociales para expresar críticas o denuncias, los tribunales tienden a enfocarse en el contenido más que en el canal de expresión. Algunos ejemplos de estas situaciones son los siguientes: En la STSJ Murcia de 12 de abril de 2018 (rec.1292/2017) -firme tras ATS de 18 de junio de 2019- un miembro del comité de empresa por CC.OO publicó en una red profesional “forotransportistas.es” denuncias sobre coacciones y amenazas en elecciones sindicales de la empresa. Aunque ésta lo despidió por difamación en plataformas online, la Sala determinó que buscaba reflejar quejas e irregularidades que el sindicato CCOO había puesto anteriormente de manifiesto a través de denuncias, sin ninguna intención injuriosa. En la STSJ Andalucía/ Málaga (Sala de lo Social) de 17 de enero de 2018 (rec.1939/2017), una delegada sindical de CCOO fue despedida por críticas en su perfil de Facebook. La trabajadora tenía una intensa actividad sindical de protesta y reivindicación por los cauces legales previstos, a través de las denuncias presentadas ante la ITSS, de las demandas presentadas ante los Juzgados de lo Social, y de su asistencia, como testigo, en procedimientos judiciales en que estaba demandada la empresa. El tribunal consideró el despido nulo, ya que sus comentarios, parte de su libertad de expresión sindical, eran críticos, pero no contenían insultos ni vejaciones. En la STSJ Asturias de 17 de enero de 2023 (rec.2473/2022 -confirmada por ATS de 24 de enero de 2024, rec.1301/2023) el portavoz de un sindicato fue despedido por injurias al presidente del comité de empresa → en un grupo privado de WhatsApp. La Sala confirma el despido. Si bien los mensajes el trabajador se referían a cuestiones de índole estrictamente laboral, la finalidad principal era manifestar la queja porque no le llegaba respuesta del presidente del comité de empresa a lo que él consideraba trata de favor y a partir de ahí elabora un discurso a una sola voz a base de insultos y manifestaciones de favoritismo, que sobrepasan los límites del derecho a la libertad de expresión. Y todo ello fuera de un escenario real de conflicto abierto con un sindicato o con el presidente del Comité de empresa, que ni siquiera tenían posibilidad de réplica.

Pero existe también un grupo de sentencias que consideran tanto el contenido como el medio utilizado:

- La libertad de expresión se encuentra amparada no sólo cuando el trabajador utiliza los canales oficiales del sindicato, sino también cuando utiliza sus propias redes sociales [STSJ de Cantabria de 11 de febrero de 2020 (rec.997/2019) – el trabajador utilizaba su cuenta privada de Facebook para dar publicidad a asuntos de relevancia pública*].

- Las denuncias sobre el funcionamiento de un servicio público justifican que se utilice una red social privada con carácter abierto, ya que lo que se pone de manifiesto son asuntos que tienen una clara relevancia pública y que, por lo tanto, no solo atañen a los compañeros de trabajo del trabajador, sino a los posibles usuarios del servicio y a los ciudadanos en general [STSJ de Cantabria, sentencia de 11 de febrero de 2020 (rec. 997/2019)].

- Tratándose de ofensa contra la directiva de una empresa, se valora que el comentario se haya realizado en Facebook, con la consiguiente publicidad y, por tanto, que se confeccionara de forma

premeditada, no siendo, por tanto, fruto de la fluidez de una intervención verbal. Así, en la STSJ (Sala de lo Social) Murcia 26 de abril de 2017(rec. 1240/2016) nuevamente encontramos insultos y acusación de corrupción, en este caso, hacia la gerente de la empresa. La trabajadora prestaba servicios en una empresa de ayuda a domicilio y era secretaria del Sindicato. Publicó en su muro de Facebook comentarios sobre la gerente de la empresa calificándola de “maltratadora, dictadora y mafiosa, déspota, psicópata, arrogante, corrupta, asquerosa, con locura de poder etc)” y mostrándole su más absoluto desprecio. En el muro de la página de Facebook del sindicato también hace comentarios en el mismo tono, acusando a la empresa y a la gerente de quedarse con el dinero y no pagar salarios. Siempre que formula las expresiones objeto de la sanción dice que actúa en relación con dicha representación. La Sala califica el despido como procedente por los siguientes motivos:1) Subraya que, a diferencia de la STEDH del caso Fuentes Bobo c. España, en el caso presente se trata de la exhibición del comentario se hace mediante Facebook, con la consiguiente publicidad y, por tanto, se confecciona de forma premeditada, no siendo, por tanto, fruto de la fluidez de una intervención verbal. La acción resulta especialmente trascendente y merecedora de una sanción más grave al mediar “un instrumento de mayor persistencia, por escrito y con publicidad, a la manera de lo que, en versión inglesa, sería el ‘libel’ (por escrito) y ‘slander’ (oralmente)”. 2) No se aprecia que el escrito tuviese un grado de interés público tal que justificase su contenido esencialmente descalificador. Es más, en las condiciones descritas, “el contenido recogido en las comunicaciones de facebook no pasa de ser un puro subjetivismo, apología de lo negativo, que es un manifiesto exceso de palabra, y, como tal, sancionable”. 3) Se trata de expresiones descalificadoras de la persona e innecesarias, incluso para desarrollar la actividad sindical que se invoca. 4) Sobre la acusación de formar parte de una trama de corrupción insinuadas en sus críticas, viene a significar organización delictiva, lo que tampoco respeta la presunción de inocencia (art. 24 de la CE). En un Estado de Derecho se debe actuar de conformidad a este, a cuyo efecto y, en último término, existen diversas jurisdicciones a las que se puede acudir. 5) El hecho de que la actora se ampare en su condición sindical no desvirtúa la evidencia de que utilizó expresiones insultantes y descalificadoras y ambos derechos el de libertad sindical y el de libertad de expresión deben armonizarse, de tal manera que la actora individualmente o el sindicato, en su caso, pudieron actuar en los términos previstos por el Ordenamiento Jurídico, sin que sea aceptable, amparándose en una situación laboral conflictiva, recurrir al insulto o descalificación personal. Obsérvese que, a diferencia, de la STS (civil) 21 de junio de 2018 (rec.5042/2017), anteriormente comentada, en este caso ni la trabajadora ni el sindicato habían acudido a los tribunales con carácter previo, pero sí constaban varias denuncias contra la empresa ante la Inspección de Trabajo por otros motivos.

- Para dar prevalencia a la libertad de expresión se valora que las críticas a la empresa se hayan realizado en una red profesional, ya que es un foro adecuado para denunciar las coacciones y amenazas realizadas por aquélla en un contexto real de conflicto sindical [STSJ Murcia del 12 de abril

de 2018 (rec.1292/2017)]⁶⁷.

- En lo que respecta a comentarios contra miembros del comité de empresa y directivos de la misma, se considera relevante, entre otras circunstancias, que los comentarios se realizaran en perfil de Facebook del trabajador, teniendo difusión sólo entre su grupo de amigos. Así, la STSJ (Sala de lo Social) Galicia de 19 de diciembre de 2019 (rec.4183/2019) valora los comentarios de un trabajador, afiliado a CIG, realizados en su muro de Facebook y limitado a quienes tenían la condición de “amigos”. A pesar de usarse términos desabridos y con evidente carga peyorativa (“vendidos”, “mal nacidos”, “pulgosos”, “delincuentes”) la Sala los contextualiza en un conflicto laboral y sindical, concluyendo que no tienen una valoración jurídica, sino que son exageraciones o provocaciones sindicales. La publicación está vinculada al objeto del conflicto y busca exhortar a votar negativamente en un referéndum, sin difusión más allá de sus amigos según la declaración de la jefa de personal. Respecto al carácter abierto o cerrado de la red social, compartimos la opinión de Nores Torres de que, en ofensas verbales y críticas laborales, la difusión derivada de la configuración del perfil no debería ser relevante, mientras que en daños a la imagen de la empresa sí⁶⁸. Cuestión distinta es que, una vez apreciada la intromisión del derecho al honor, se valore la difusión obtenida por el mensaje en el espacio y en el tiempo para determinar la indemnización por daños morales.

- La tentación de usar directamente las redes sociales para denunciar situaciones laborales irregulares es grande, pero hacerlo antes que agotar las vías legales puede tener consecuencias negativas. Al respecto, podemos destacar dos sentencias. En la primera, del TSJ Asturias de 7 de septiembre de 2017 (rec.1481/2017)–confirmada por ATS de 10 de julio de 2018 (rec.3996/2017)–, se enjuicia la imposición de una sanción disciplinaria a una trabajadora, integrante del Comité de empresa, por diversas afirmaciones vertidas en medios de comunicación y redes sociales. Se incluían términos como “persecución sindical”, “uso de trabajadores gratis”, “grandes excesos de jornada sin remunerar”, entre otras, sin que hubiera constancia de denuncias o demandas en relación con tales acusaciones. La sentencia considera estas expresiones como especialmente peyorativas y perjudiciales para quienes las reciben, consiguiendo un desprestigio traducido en la cancelación de reservas y en que la clientela potencial del hotel se vea disuadida ante esta imagen de caos que se está transmitiendo y acoso laboral, etc.⁶⁹. En la segunda, del TSJ (Sala de lo social) Extremadura de 28 de julio de 2022 (rec.375/2022) se aborda la grabación de videos por dirigente sindical en lugar y tiempo de trabajo y difundidos por Facebook, donde se imputaba a la empresa la comisión de delitos. La Sala niega

⁶⁷ Confirmada, al no admitir recurso, por el ATS de 18 de junio de 2019, rec. 3363/2018.

⁶⁸ Nores Torres, L. E., “Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales: aspectos individuales, colectivos y procesales”, *op.cit.*, pág. 25.

⁶⁹ La trabajadora presentó recurso de casación en unificación de doctrina, pero por auto de 10 de julio de 2018 el Tribunal Supremo inadmitió el recurso por no apreciar contradicción con la sentencia de contraste (STC 198/2004 de 15 de noviembre de 2004).

que tuviera derecho a utilizar plataformas en línea para realizar graves acusaciones, que no están amparadas ni por el derecho a la libertad de expresión ni por el derecho a la libertad sindical, teniendo además en cuenta que el recurrente vierte las acusaciones no ante una institución sino ante el público en general usuario de las plataformas empleadas. Señala la sentencia que el trabajador como vulgarmente se dice “ha empezado la casa por el tejado”. Se diferencia, en este sentido, de la TSJ de Cantabria, sentencia de 11 de febrero de 2020 (rec.997/2019) anteriormente comentada, que calificó como nulo un despido de un representante sindical, ya que éste había realizado denuncias legales y las expresiones desafortunadas debían examinarse junto con anteriores publicaciones en Facebook que denunciaban las condiciones laborales.

- A pesar de lo que acaba de decirse, en situaciones excepcionales como fue la que vivimos durante la pandemia de Covid-19, las redes sociales pueden constituir un canal más adecuado para denunciar violaciones graves por parte de las empresas, como los incumplimientos de obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. Así, en la STSJ (Sala de lo social) Cataluña de 27 de diciembre de 2022 (rec.2979/2022)⁷⁰ se aborda la sanción impuesta a un trabajador de ambulancias que está afiliado y es presidente de un sindicato profesional por publicar en TikTok un video junto a una compañera denunciando las precarias condiciones laborales durante la pandemia del Covid-19. Aunque estaban en el centro de trabajo una hora antes de finalizar la guardia, con uniforme y sin mascarilla, la Sala anula la sanción y condena a la empresa a pagar al trabajador 10.000 € por vulneración de derechos fundamentales. Los razonamientos clave son: 1) El contenido de las manifestaciones realizadas por el actor, se vinculan única y exclusivamente a la gestión de la pandemia del COVID 19 en el ámbito del sector de transporte sanitario, es decir, en plena conexión con su representación sindical. Se menciona que el trabajador era muy activo en redes, en tanto que las utilizaba de forma habitual como espacio de difusión de sus reivindicaciones sindicales. 2) Al utilizarse la red Tik Tok, evidentemente, los efectos de la denuncia se extienden más allá de la empresa, lo que está justificado, ya que dichos videos contenían una denuncia de hechos de relevancia pública relativos a la gestión de su empresa del sector de transporte sanitario en plena pandemia por COVID-19. 3) Las expresiones, aunque molestas u ofensivas para su empresa, en el contexto en que fueron realizadas (plena pandemia) no pueden ser calificadas de insultantes, injuriosas o vejatorias. 4) La grabación en las instalaciones de la empresa se justifica por la condición de personal esencial y el contexto de pandemia.

70 A diferencia de la STSJ (Sala de lo social) Extremadura de 28 de julio de 2022 (rec.375/2022), cuyos hechos transcurren en el año 2018, en la sentencia analizada los hechos tienen lugar en noviembre de 2020, en plena pandemia que fue vivida con especial angustia y tensión por el personal sanitario. Esta circunstancia también es muy valorada por Rojo Torrecilla, E., “Sí, la libertad de expresión tiene sus límites en las redes sociales, pero también debe protegerse su ejercicio, y más cuando se trata de un dirigente sindical. Notas a propósito de la sentencia del TSJ de Cataluña de 27 de diciembre de 2022”, *Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, entrada de 11 de febrero de 2023. Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/02/si-la-libertad-de-expresion-tiene-sus.html>

- Las expresiones vertidas en redes sociales por trabajadores afiliados, ya sea en las suyas personales o en las del sindicato, sólo gozan de la protección reforzada cuando guardan vinculación con el desarrollo de una actividad sindical, no cuando se insertan en un conflicto exclusivamente personal. En la STSJ Cataluña de 30 de enero de 2017 (rec.6712/2016), la trabajadora, desde su cuenta de Facebook crea y emite un comentario, que también se difunde públicamente en la cuenta del sindicato al que se halla afiliada, en el que, después de divulgar su personal situación de conflicto con la empresa en relación a la imposición de una sanción por falta muy grave, tras identificarla, le atribuya grave conducta de consentir circunstancia de maltrato a mayores residentes⁷¹. La Sala califica el despido de procedente tras realizar las siguientes consideraciones: 1) Las declaraciones y manifestaciones superan los límites de la libertad de expresión y las mismas, ante constatada situación de conflicto personal, tenían un claro ánimo de injuriar excediendo el simple ánimo de crítica o denuncia. 2) De forma indirecta pero suficiente identificó a las personas físicas y la jurídica a las que critica. 3) Las publicaciones fueron accesibles a cualquier persona en Facebook. 4) Nuevamente, como en la STSJ (Sala de lo Social) Murcia 26 de abril de 2017(rec.1240/2016), anteriormente comentada, se valora que la trabajadora realice acusaciones que de ser ciertas constituirían un ilícito penal, por lo que las manifestaciones y críticas, exceden de lo que se pudiera considerar simplemente exageradas, desagradables o poco afortunadas para incurrir en grave imputación de conducta constitutiva de ilícito penal que no puede estar amparado en el ejercicio del legítimo derecho de libertad de expresión.

- Cuando los comentarios se realizan a través de una red social resulta aún más necesario el análisis ponderado y minucioso de todos los factores que concurran en el supuesto [STSJ Cataluña de 30 de enero de 2017 (rec.6712/2016)].

- Si bien un comentario en una red social puede tener un impacto negativo en la reputación de una persona e, incluso en su salud, esto no significa automáticamente que sea una intromisión ilegítima en su honor. En la SAP de Bilbao de 31 de enero de 2022 (rec.8/2021) el comentario se publicó en Twitter, una red social con 23 millones de usuarios en aquel momento. Si bien esto es relevante para comprender la magnitud del impacto, no es suficiente para determinar que el comentario violó el honor de la persona.

- Un caso especialmente interesante es el enjuiciado en la STSJ Cataluña de 23 de junio de 2021 (rec.1783/2021) donde un portavoz sindical que gestionaba redes sociales de la empresa, publica críticas de la CNT sobre el trato a los trabajadores, siendo despedido días después por causas objetivas. La Sala considera que el uso que hace el trabajador de unas comunicaciones en las redes sociales relacionadas con el trato a los trabajadores sí forma parte de su actividad sindical.

⁷¹ Uno de los integrantes del comité de empresa entregó al Letrado de la empresa la impresión de los comentarios que la actora había hecho públicos en la página de Facebook del sindicato.

- En relación con la crítica injuriosa dentro del sindicato a través del muro de Facebook del afiliado, se aplica, para elegir una sanción disciplinaria menor, la eximente incompleta del medio en que se produjeron los comentarios y el principio de favor libertatis, por tratarse de un procedimiento disciplinario [STS] (Sala de lo Social) Madrid de 30 de junio de 2020 (rec. 1406/2019)]. En la fundamentación jurídica de la sentencia se recuerda que la Comisión de Garantías había estimado que la intención del autor de la crítica era realizar una opinión negativa en un foro de conocidos, sin ser consciente del potencial alcance que podía tener en la red social utilizada. Por lo tanto, se determinó que el propósito inicial no era causar daño, sino criticar con expresiones desafortunadas a los órganos de dirección sindical. Cosa distinta es que se hubiera acudido directamente a un medio para externalizar el ataque y difundirlo ante la opinión pública, en cuyo caso el tratamiento habría sido diferente.

- Para finalizar, en cuanto a los likes en redes sociales, aunque no hemos encontrado ninguna sentencia que aborde cómo deben valorarse, en nuestra opinión sería un acto de expresión colectiva, amparado por la libertad de expresión -si se apoya una opinión de un representante unitario-, o, incluso, por la libertad sindical -si se manifiesta el apoyo a un sindicato-. Sería parecido al caso de trabajador que redacta un escrito presentando unas quejas y reivindicaciones a la empresa y pide la firma de sus compañeros (en un caso similar, la STC 181/2006, anteriormente citada, consideró que era un acto de expresión colectiva amparado en la libertad de expresión).

5. Conclusiones

Las redes sociales se han convertido en una poderosa vía de comunicación que permite a la representación legal de los trabajadores y a los sindicatos amplificar sus mensajes y llegar eficazmente a una audiencia más amplia, promoviendo la libertad de expresión y permitiendo una difusión ágil de información relevante.

Sin embargo, no pueden soslayarse los riesgos que entrañan y, en concreto, su mayor potencial para perjudicar la reputación de terceros, incluyendo a empresas, directivos, compañeros de trabajo y otros sindicatos. Partiendo de la prevalencia de las libertades de expresión y de información como contenido esencial de la libertad sindical, el juicio de ponderación entre dicha libertad y el derecho al honor en el ámbito de las redes sociales debe considerar el contexto específico de cada caso, examinando: si las libertades se ejercen de acuerdo con su naturaleza y función constitucionales, contribuyendo al debate público y con la finalidad de defender los derechos de los trabajadores y otros objetivos legítimos de los sindicatos;; la conexión del entorno, en este caso el ámbito de difusión, con el conflicto; la relevancia pública de la información, la notoriedad pública del afectado y la posible situación de conflicto laboral y sindical. A nuestro juicio, la importancia de la forma en que se configura el perfil (libre, cerrado o restringido), del número de amigos o seguidores, debe matizarse ya que, precisamente, la efectividad de la acción sindical depende de su amplia difusión, especialmente cuando la acción es llevada a cabo por un sindicato. Esta consideración cambia si la acción es realizada por la representación legal de los

trabajadores o secciones sindicales, donde la conexión del entorno con el conflicto es esencial. Por otro lado, las sentencias analizadas revelan que los tribunales consideran importante que la red social no se utilice como medio directo para formular críticas, sino que debe demostrarse que previamente se ha acudido a los mecanismos legales de denuncia (reclamación ante la empresa, denuncia ante la ITSS o demanda ante los tribunales). Respecto al carácter escrito de los mensajes, aunque puedan ser verbales (si está grabado y compartido en la red), no siempre implica una mayor reflexión. Las redes sociales se caracterizan por su inmediatez, y los comentarios y las acciones a menudo reflejan esa rapidez, sobre todo en contextos de conflicto laboral y sindical, compartiendo similitudes con las ofensas verbales. Por lo tanto, es necesario evaluar cada caso concreto, considerando la naturaleza inmediata o reflexiva de la acción en las redes sociales.

En resumen, las redes sociales añaden una nueva dimensión al ya complejo equilibrio entre libertad sindical y el derecho al honor. La ponderación en este contexto debe considerar cuidadosamente las características y riesgos particulares de este entorno digital.

Estudio

Inteligencia artificial y nuevos derechos sociales (renta básica universal)

Alfredo Ramírez Nárdiz

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la
Universidad Autónoma de Barcelona

Sumario

1. Introducción
2. Las transformaciones que la inteligencia artificial causará en el mercado de trabajo
3. La necesidad de regular nuevos derechos sociales: la renta básica universal
4. Un nuevo contrato social socialista
5. Conclusiones
6. Bibliografía

Resumen

El acelerado progreso que vive la inteligencia artificial es analizado desde diversos ámbitos jurídicos, siendo el laboral el que habitualmente cobra más relevancia a causa de los cambios que se considera que en el mercado de trabajo generará la substitución por inteligencias artificiales de muchos empleos desempeñados por humanos. No es tan habitual, sin embargo, analizar los efectos que en el ámbito constitucional ha de generar el advenimiento de la inteligencia artificial. En este texto se sostiene que la masiva pérdida de empleos que producirá la incorporación de la inteligencia artificial a todas las áreas de producción llevará a que, tras un periodo de gran conflictividad social, los Gobiernos pongan en marcha diversos modelos de renta universal para sostener económicamente a millones de ciudadanos que quedarán desempleados. Se generalizarán así nuevos derechos sociales y, derivado de ello, se crearán nuevos tipos de relaciones entre los ciudadanos y el Estado y entre las empresas y el Estado. El resultado será una sociedad en la que, aun y existiendo empresas formalmente privadas y trabajadores empleados por ellas, la mayoría de la sociedad dependerá del Estado. Surgirá así un nuevo contrato social de tipo socialista.

Palabras clave

Inteligencia artificial, derechos sociales, Socialismo, renta básica universal, desempleo.

1. Introducción

En la tercera década del siglo XXI los desarrollos tecnológicos permiten ya considerar como factible que en apenas unos pocos años los seres humanos seamos capaces de crear inteligencias artificiales con la potencialidad de desarrollar un porcentaje muy elevado de los trabajos que ahora son llevados a cabo por trabajadores¹. Parece inevitable que esto lleve a una pérdida muy notable de empleo. Si en paralelo se crearán o no nuevos trabajos que permitan ocupar a los trabajadores que hayan quedado desempleados es algo que aún no se puede determinar con seguridad, pero sí que parece más que probable que la posibilidad de desarrollar multitud de tareas sin necesidad de contratar trabajadores conducirá a una inmediata e importante destrucción de empleo en todo tipo de sectores².

Este fenómeno ya ha empezado en multitud de áreas donde es posible comprobar la pérdida de empleos que tiene lugar en paralelo a la puesta en marcha de herramientas informáticas que hacen, en gran medida, innecesario al trabajador humano³. Las consecuencias de este proceso, de esta nueva revolución industrial en marcha, son ya objeto de estudio, particularmente y en lo relativo al mundo

1 Para el Parlamento Europeo la inteligencia artificial es la “habilidad de una máquina de presentar las mismas capacidades que los seres humanos, como el razonamiento, el aprendizaje, la creatividad y la capacidad de planear (...) permite que los sistemas tecnológicos perciban su entorno, se relacionen con él, resuelvan problemas y actúen con un fin específico. La máquina recibe datos (...) los procesa y responde a ellos.” Parlamento Europeo, *¿Qué es la inteligencia artificial y cómo se usa?*, 2021. Disponible en, europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20200827STO85804/que-es-la-inteligencia-artificial-y-como-se-usa Consultado, 10 enero 2024. Para el Gobierno de España la inteligencia artificial es “un campo de la informática que se enfoca en crear sistemas que puedan realizar tareas que normalmente requieren inteligencia humana, como el aprendizaje, el razonamiento y la percepción. Estos sistemas pueden percibir su entorno, razonar sobre el conocimiento, procesar la información derivada de los datos y tomar decisiones para lograr un objetivo dado.” Gobierno de España, *¿Qué es la inteligencia artificial?*, 2023. Disponible en, planderecuperacion.gob.es/noticias/que-es-inteligencia-artificial-ia-prtr Consultado, 8 enero 2024.

2 Para la empresa de empleo Randstad la pérdida de puestos de trabajo derivada de la automatización se calcula a nivel mundial en 1 de cada 7 empleos actuales y, para países concretos como España, en un 52% de los empleos con riesgo de desaparecer sólo en la década de los veinte del siglo XXI. Randstad, *El 52% de los empleos en España podrían automatizarse durante esta década*, 2021. Disponible en, randstad.es/nosotros/sala-prensa/el-52-de-los-empleos-en-espana-podrian-automatizarse-durante-esta-decada/ Consultado, 9 enero 2024.

3 Para la consultora PWC en el año 2035 el 15% de las matriculaciones serán de coches autónomos, disminuyendo así la necesidad de conductores profesionales. Para *The Washington Post* en lo que va de siglo XXI se han eliminado más de 2 millones de puestos de trabajo de administrativos y oficina sólo en EE. UU., siendo ahora sus funciones desempeñadas por programas informáticos. Un informe de la *Universidad de Oxford* para *Deloitte* afirmaba ya en 2015 que la práctica totalidad de los empleos bancarios de oficina serían probablemente automatizados. Para *Oxford Economics* antes del 2030 la robotización podría acabar con más de 20 millones de empleos en fábricas. Borondo, S., “Los 15 puestos de trabajo que desaparecerán de aquí a 20 años”, *Diario El Correo*, 2021. Disponible en, elcorreo.com/tecnologia/empresas/puestos-trabajo-desapareceran-20211110130301-nt.html?ref Consultado, 8 de enero 2024.

del Derecho, desde el ámbito laboral y de la seguridad social⁴. Menos habitual es el análisis desde una perspectiva constitucional. Sin embargo, una transformación laboral que afecte a un amplio porcentaje de los trabajadores tiene muchas posibilidades de convertirse también en una transformación social que, llegado el caso, afecte a nuestro modelo de convivencia y, con él, a nuestro modelo constitucional.

Gran parte de los países europeos y americanos se definen en sus Constituciones como Estados sociales y democráticos de Derecho. Esta forma de Estado reúne una serie de tradiciones políticas (liberal, democrática y social) que, en no poca medida, logran hasta cierto punto armonizarse y ser capaces de colaborar en la segunda mitad del siglo XX gracias, entre otras circunstancias, a un acuerdo entre el capital y el trabajo fruto de las posibilidades del modelo económico y laboral en las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Asumir que esta forma de Estado es inmune a las transformaciones sociales y laborales supondría despreciar el hecho de que precisamente son unas determinadas condiciones sociales y laborales su origen y razón de ser. Por ello, es cuando menos digno de tenerse como plausible que un cambio tan profundo en el mercado laboral, como el derivado de la aparición de una nueva tecnología del tipo de la inteligencia artificial, tenga no sólo consecuencias laborales y económicas, sino también, y en el medio plazo, constitucionales.

Si millones de trabajadores se quedan sin trabajo y el Estado se considera a sí mismo y actúa como un Estado social, el Estado deberá hacerse cargo de ellos (asumiendo en esta hipótesis un primer momento de conflicto social y un necesario periodo de transición, así como descartando -por indeseable, que no por imposible- un escenario de miseria generalizada que deshaga el mundo tal como lo conocemos). Pero no es lo mismo asumir el pago del desempleo temporal de uno o dos de millones de trabajadores, que mantener de forma permanente a decenas de millones de desempleados, como quizá suceda en el escenario de mayor implantación de la inteligencia artificial. Lo primero puede ser definido como un Estado social, lo segundo, tener a casi toda la mano de obra del país dependiente de la ayuda pública, entra dentro de otra categoría que del todo excede lo que en el presente se entiende por Estado social. Una sociedad en la que el grueso de la población dependa para su subsistencia del Estado, por más que se respete la propiedad privada y la existencia de empresas privadas que contraten a trabajadores, es una sociedad notablemente diferente de la actual, con un Estado mucho más poderoso y con unas relaciones entre los ciudadanos y el poder

⁴ Por citar algunas obras: Cotino, L. y Castellanos, J. (Coords.), *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022. Mercader, J., *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022. Álvarez, H., *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2020. Monreal, E., Thibault, J. y Jurado, Á. (Coords.), *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. Rivas, M. P., *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2020.

público muy diferentes. ¿Podrá en este contexto seguir concibiéndose la forma de Estado del mismo modo que en el presente? Probablemente no.

Desde estas líneas se analizan los posibles desarrollos que, para el modelo de Estado, pueda tener la incorporación masiva de la inteligencia artificial al mercado de trabajo. Se sostiene que la inteligencia artificial supondrá una pérdida de trabajos tan importante que, tras producirse una primera fase de gran conflictividad social, el Estado se verá obligado a poner en marcha de forma generalizada algún tipo de nuevos derechos sociales y, particularmente, de renta universal que permita sobrevivir a los millones que habrán quedado permanentemente sin empleo. Para sufragar este colosal aumento de gasto público, se deberá subir drásticamente los impuestos a unas empresas que, habiendo aumentado drásticamente su productividad⁵ y reducido enormemente sus costes, apoyarán el nuevo modelo impositivo por su necesidad de consumidores y por no poder sobrevivir en sociedades masivamente empobrecidas como serían aquellas en las que el Estado no mantuviera a los desempleados.

No siendo, en un primer momento, el Estado el propietario de los medios de producción, pero sí el origen del sustento de la mayoría de una población cuyos ingresos se igualarán al consistir éstos en una misma renta universal, una población que no se verá necesitada de trabajar, ni diferenciada socialmente por su profesión (al no necesitar tener una), será posible afirmar que se habrán alcanzado no todos, pero sí bastantes elementos de lo que ya no será una forma de Estado meramente social, como lo es la actualmente proclamada por la mayoría de las Constituciones occidentales, sino una forma de Estado realmente socialista. La inteligencia artificial habrá llevado así, posiblemente de una forma pacífica y democrática, al advenimiento del Estado socialista.

2. Las transformaciones que la inteligencia artificial causará en el mercado de trabajo

Sin pretender remitirse a categorías marxistas⁶, pero no parece descabellado afirmar que toda revolución industrial y tecnológica implica una transformación social y de convivencia que, más tarde o más temprano, lleva a una transformación política y constitucional. Así es probable que haya de

⁵ Para Goldman Sachs el auge de la productividad podría producir aumentos el PIB mundial de un 7% Díaz, R., "La inteligencia artificial pone en riesgo 300 millones de puestos de trabajo en todo el mundo", *Diario El Mundo*, 2023. Disponible en, elmundo.es/tecnologia/2023/03/29/64248311fdddfab0b8b45cf.html Consultado, 9 enero 2024.

⁶ "(...) tanto las condiciones jurídicas como las formas políticas no podían comprenderse por sí mismas ni a partir de lo que ha dado en llamarse el desarrollo general del espíritu humano, sino que, por el contrario, radican en las condiciones materiales de vida (...) La totalidad de esas relaciones de producción constituye la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la cual se alza un edificio jurídico y político, y a la cual corresponden determinadas formas de conciencia social. El modo de producción de la vida material determina el proceso social, político e intelectual de la vida en general. No es la conciencia de los hombres lo que determina su ser, sino, por el contrario, es su existencia social lo que determina su conciencia." Marx, K., *Contribución a la crítica de la economía política*, Siglo XXI Editores, Madrid, 2008, pp. 4-5.

pasar y que, de hecho, ya esté pasando con la inteligencia artificial. Una auténtica nueva revolución industrial⁷ llamada a eliminar la necesidad de trabajo humano en multitud de tareas que pasarán a ser desempeñadas por programas informáticos y maquinaria robotizada que, más allá de su compra y mantenimiento, no supondrán apenas gastos para los empresarios y que, en principio, tampoco conllevarán cotizaciones sociales de ningún tipo que impliquen aportación al sistema de pensiones nacional.

No es necesario elucubrar en exceso sobre si efectivamente esta transformación tecnológica tendrá o no efectos importantes en el mercado de trabajo, bastando apenas con observar el efecto que ya en el presente tienen en todas las áreas laborales a las que se incorporan los distintos tipos de inteligencias artificiales. Existen ámbitos concretos en los que la irrupción de simples aplicaciones informáticas o herramientas digitales ha supuesto ya la desaparición de multitud de empresas (pequeñas, medianas y grandes), así como de infinidad de puestos de trabajo. Piénsese en el efecto que sobre el negocio de las agencias de viajes tuvo la posibilidad ya completamente generalizada de que los clientes pudieran comprar sus billetes de tren o de avión, reservar sus hoteles y organizar todas sus vacaciones desde la comodidad de sus hogares mediante páginas web específicamente dedicadas a eso o, simplemente, desde las páginas de las aerolíneas o demás empresas suministradoras del servicio turístico. Las agencias de viajes no han desaparecido, pero en apenas una década se han perdido miles de puestos de trabajo exclusivamente en esa profesión⁸.

Ahora imagínese los efectos que tendrán inteligencias artificiales mucho más poderosas como son las que cada vez de un modo más acelerado van apareciendo en el presente. Herramientas capaces no sólo de realizar sencillas operaciones, sino de retener cantidades de información inasumibles para la mente humana, aprender, crear desde lo aprendido y ser capaces, incluso, de rectificar y modificar su curso de actuación en función de los nuevos datos recibidos. Y todo eso a una velocidad inalcanzable para ninguna mente humana. Se hace cada vez más difícil imaginar no ya las áreas en las que las inteligencias artificiales desplazarán al ser humano, sino en cuáles no lo harán⁹.

⁷ Para muchos autores la robotización y el uso masivo de la inteligencia artificial constituiría la cuarta revolución industrial. Véase Lledó, F., Benítez, I. y Monje, O. (Dir.), *La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la revolución industrial 4.0. Los desafíos jurídicos, éticos y tecnológicos de los robots inteligentes*, Dykinson, Madrid, 2021.

⁸ En España se ha pasado de haber más de 60 mil oficinas de agencias de viajes -puntos de venta- en 1997 a alrededor de 13 mil en años recientes. Romero, V., "Las agencias de viajes sobreviven al 'efecto Booking': trato personal y rentabilidad del 1%", *Diario El Confidencial*, 2017. Disponible en, elconfidencial.com/espana/comunidad-valenciana/2017-05-08/agencias-de-viajes-sobreviven-booking-ota-rentabilidad-1_1377542/ Consultado, 10 enero 2024; o incluso menos de 10 mil, para otras estimaciones. De la Rosa, J. M., "El 58% de las agencias de viajes factura más de 1 M € por oficina", *Hosteltur*, 2017. Disponible en, hosteltur.com/125447_58-agencias-viajes-factura-1-m-oficina.html Consultado, 26 mayo 2024.

⁹ Incluyendo las áreas propias de la informática, que tampoco estarán a salvo de la irrupción de la inteligencia artificial: recorte de 8000 puestos de trabajo en IBM, uno de los más grandes de su historia y no contratación de ningún trabajador cuyas tareas puedan ser desempeñadas por inteligencias artificiales, calculándose en 26 mil los empleos que no se ofertarán y previéndose

Las dos principales consecuencias de esta irrupción serán por un lado una pérdida muy elevada de puestos de trabajo y por el otro la consecuente reducción de ingresos de los sistemas pensionales¹⁰. En función de qué prospección se consulte, se puede ser más o menos optimista sobre cómo afectará la inteligencia artificial al mercado laboral, pero, en cualquier caso, no hay ningún estudio que no parta de una asunción que se da por descontada: millones de puestos de trabajo se perderán¹¹. Estos trabajos pasarán a ser desempeñados por inteligencias artificiales y no parece que, al menos en un principio, vayan a pagar ningún tipo de cotización para el cobro de futuras pensiones, por lo que la consecuencia inmediata será no sólo la pérdida de empleos, sino también la pérdida de recursos económicos en el sistema pensional¹².

No parece completamente prudente afirmar, como en muchas ocasiones se acostumbra a hacer, que el advenimiento de las inteligencias artificiales vaya a generar tantos nuevos empleos como aquellos que destruya, o incluso más¹³. Que, en el pasado, en anteriores revoluciones industriales, haya pasado así, no significa que vaya a volver a pasar. No existe ningún tipo de determinismo que implique que la incorporación de una nueva tecnología a las cadenas de producción cree un número de puestos de trabajo proporcional al que destruye. Quizá suceda, quizá no. No hay ninguna prueba objetiva de

en el 30% el porcentaje de empleados que serán substituidos por inteligencias artificiales en los próximos cinco años. Kardoudi, O., "La posible solución al 80% de desempleo que traerá la inteligencia artificial", 2023), *Diario El Confidencial*. Disponible en, elconfidencial.com/tecnologia/novaceno/2023-05-12/inteligencia-artificial-empleo-soluciones-politica_3627892/ Consultado, 12 enero 2024.

10 "A la vista de la crisis económica y demográfica de nuestro país, ¿quién pagará las pensiones del futuro? (...) ¿Qué pasará cuando la inteligencia artificial (IA) esté a pleno rendimiento? ¿Qué pasará cuando los robots nos reemplacen en un gran número de trabajos? ¿Qué pasará, como ya está empezando a suceder, cuando los algoritmos nos contraten y nos cesen de los trabajos?" Molina, C. A., "¿Cobrarán sus pensiones los robots?", *Diario El Mundo*, 2023. Disponible en, elmundo.es/opinion/2023/04/05/642c00dbfdddf80728b45a8.html Consultado, 12 enero 2024.

11 Goldman Sachs calculaba a principios de 2023 una pérdida de 300 millones de trabajos en todo el mundo llevando a una automatización del 25% de todo el trabajo realizado en EE. UU. y Europa y exponiendo a algún grado de automatización al 66% de todos los trabajos. Díaz, R., "La inteligencia artificial pone en riesgo 300 millones de puestos de trabajo en todo el mundo", *Diario El Mundo*, 2023. Disponible en, elmundo.es/tecnologia/2023/03/29/64248311fdddfab0b8b45cf.html Consultado, 9 enero 2024.

12 Ante la cuestión del pago de cotizaciones al sistema pensional por parte de robots e inteligencias artificiales, la primera pregunta debería ser qué es un robot: "no está claro lo que es un robot. ¿El altavoz de Alexa que ya nos habla en casa es un robot? ¿El coche autónomo que nos llevará al trabajo es un robot? ¿Nuestro smartphone, lleno de apps con inteligencia artificial, es un robot?" García Aller, M. y García-Maroto, D., "Los robots no pagarán las pensiones. Amazon y Google deberían hacerlo", 2019. *Diario El Independiente*. Disponible en, elindependiente.com/economia/2019/02/24/robots-no-pagaran-pensiones-amazon-google-deberian-hacerlo/ Consultado, 9 enero 2024. Es decir, la robotización ya está en marcha, pero la identificación de los hipotéticos robots que hubiesen de cotizar al sistema pensional aún no está, ni mucho menos, aclarada.

13 En palabras del director general de la OIT: "La inteligencia artificial es imparable. Tenemos que aceptar que avanzará más y más. Pero hablando en términos generales, los avances tecnológicos y digitales suelen crear más empleos de los que son destruidos. Eso lo sabemos." Pérez, M., "La OIT cree que la inteligencia artificial creará más empleo del que destruye", *EFE*, 2023. Disponible en, efe.com/economia/2023-04-20/la-oit-cree-que-la-inteligencia-artificial-creara-mas-empleo-del-que-destruye/ Consultado, 11 enero 2024. Obsérvese que utiliza la forma verbal "suelen".

que haya de producirse este fenómeno, más allá de la presunción de que, como sucedió en siglos pasados, ha por necesidad de suceder de nuevo en este. De hecho, cuando se recurre este argumento optimista, no se acostumbra a concretar dónde se crearán dichos nuevos puestos de trabajo y se suele argüir que, como todavía no existen las nuevas profesiones que generará la inteligencia artificial, resulta imposible concretar cuántos nuevos trabajos aparecerán.

Lo que sí es un hecho unánimemente aceptado es que, no ya puestos de trabajo, sino enteras profesiones tocarán a su fin. Y no necesariamente profesiones poco cualificadas (que también serán afectadas: conductores profesionales sustituidos por vehículos autónomos, por ejemplo), sino también profesiones cualificadas y con un alto nivel de estudios. ¿O acaso seguirá siendo necesario para cualquier empresa o particular contratar el mismo número de abogados y asesores jurídicos cuando el grueso de su trabajo pueda ser realizado por aplicaciones sostenidas por inteligencias artificiales capaces de responder en segundos a dudas legales complejas, redactar contratos, elaborar demandas, etc.? Habrá profesiones en las que se producirá un verdadero holocausto en el que mantendrán el empleo exclusivamente los más capacitados, aquellos que puedan ofrecer algo que no sean capaces de dar las inteligencias artificiales¹⁴.

Muchas de esas personas que pierdan sus trabajos serán sin duda capaces de adaptarse a las nuevas circunstancias y encontrar otros. Especialmente, aquellos con un alto nivel de estudios. Pero habrá otros muchos que quedarán perpetuamente expulsados del mercado laboral, ya sea por su edad y su incapacidad de reciclarse a una nueva profesión, ya por su bajo nivel de estudios y su inhabilidad para adaptarse a las nuevas circunstancias (¿cuántos taxistas o conductores de camión reemplazados por vehículos autónomos serán capaces de conseguir un trabajo relacionado con los entornos digitales?). Si la informatización es especialmente intensa, y en el marco de una economía globalizada, la competencia por un mercado de trabajos menguante será encarnizada y con un éxito muy difícil de lograr para trabajadores poco cualificados. Más aun en países desarrollados donde el trabajador exija salarios mínimos elevados y expectativas laborales dignas.

En este contexto, un porcentaje muy importante de la fuerza laboral quedará desempleada de manera permanente. Los subsidios de desempleo y las ayudas públicas previstas en el presente durarán apenas unos pocos años y, una vez agotadas, los ya desempleados se convertirán en personas excluidas del mercado laboral y, si no se les ayuda, condenados a la pobreza. La conflictividad social que esto producirá es evidente: millones de personas desesperadas al verse sin ingresos, desesperanzadas al

¹⁴ Hasta un 80% de los trabajadores de EE. UU. verá su trabajo como mínimo parcialmente automatizado en un 10% y un 19% de los trabajadores lo verán automatizado en un 50%. Eloundou, T., Manning, S., Mishkin, P. y Rock, D., "GPTs are GPTs: an early look at the labor market impact potential of large language models", *Working Paper. Arxiv.org. Open AI*, 2023, p. 11. Disponible en, arxiv.org/pdf/2303.10130.pdf Consultado, 10 enero 2024.

saberse incapaces de obtener un nuevo empleo digno, enfadadas y resentidas al considerar que su situación es fruto de la avaricia de empresarios únicamente interesados en aumentar sus márgenes de beneficio. Será inevitable que se produzcan estallidos sociales y reacciones que recuerden a movimientos como el Ludita de principios del siglo XIX¹⁵. A esto habrá que sumarle, además, el derrumbe de los sistemas pensionales, los cuales se volverán insostenibles al disminuir bruscamente el número de cotizantes. No es previsible que las inteligencias artificiales o máquinas de cualquier clase coticen al sistema pensional, pues además de no tener justificación directa (un ente virtual no cobra pensión), no tiene lógica de ningún tipo (¿se hace pagar pensión a los trenes que dejaron sin trabajo a los empleados de las antiguas casas de postas?)¹⁶.

3. La necesidad de regular nuevos derechos sociales: la renta básica universal

Si el escenario social provocado por la asunción masiva de la inteligencia artificial en los procesos productivos es el expuesto en el punto anterior, habrá dos opciones: dejar a los trabajadores a su suerte y aceptar que la sociedad deje de ser como en el presente la definen nuestros textos constitucionales (Estado social, justicia social, bienestar, etc.) o rescatar de algún modo a esos trabajadores expulsados a perpetuidad del mercado laboral aplicando los compromisos sociales que contienen nuestras Constituciones. Dado que los trabajadores ya no serán tales, pues no tendrán trabajo, ni expectativas de volver a tenerlo, las medidas a tomar no podrán consistir en subsidios temporales de desempleo o ayudas más o menos extendidas en el tiempo. Habrá que poner en marcha, de un modo decidido y con vocación de permanencia, algún tipo de modelo de renta (básica) universal¹⁷.

¹⁵ El Ludismo consistió en la destrucción de máquinas, principalmente telares mecánicos, a las que se acusaba de dejar sin trabajo a los obreros ingleses de principios del siglo XIX. El nombre ludita procede del supuesto líder del movimiento, Ned Ludd, de cuya existencia real no se tiene constancia. Sánchez, F., "Luditas, la gran rebelión contra las máquinas del siglo XIX", *National Geographic*, 2019. Disponible en, historia.nationalgeographic.com.es/a/luditas-gran-rebelion-contra-maquinas-siglo-xix_14175 Consultado, 11 enero 2024.

¹⁶ "¿Pero los robots pagarán las pensiones (...)? No. Los robots tienen más fácil aún cambiar de frontera que las personas o incluso los capitales, la mayoría tienen la forma de software." Instituto BBVA de Pensiones, *¿Nos jubilarán los robots? ¿Pagarán pensiones que duren décadas?*, 2019. Disponible en, jubilaciondefuturo.es/es/blog/nos-jubilaran-los-robots-pagaran-pensiones-que-duren-decadas.html Consultado, 12 enero 2024.

¹⁷ "¿Qué es la Renta Básica Universal? La Renta Básica Universal (RBU) es una asignación monetaria con las siguientes características: es individual porque se otorga a la ciudadanía a título individual y no está vinculada a un hogar o unidad familiar. Es incondicional porque la persona receptora no ha de presentar ningún requisito económico o social para recibirla más allá de tener la ciudadanía o la residencia acreditada. Es universal porque la recibe todo el mundo, no se dirige a un colectivo social específico. Además, es regular porque es una percepción mensual, no puntual (un pago único) o temporal (de duración limitada). De la cuantía de la RBU decimos que es "básica" porque ha de ser suficiente para cubrir las necesidades materiales consideradas elementales de los ciudadanos y las ciudadanas para así promover su libertad real a la hora de decidir sobre sus propias vidas. Se diferencia de otras prestaciones y subsidios existentes en sus características de individualidad, incondicionalidad y universalidad." Gencat, *Renta Básica Universal*, 2023. Disponible en, presidencia.gencat.cat/es/ambits_d_actuacio/renda-basica-universal/index.html Consultado, 11 enero 2024.

La renta universal habrá de mostrarse como un auténtico nuevo derecho social del que pueda disfrutar cualquier ciudadano que no tenga trabajo y que le permita sostenerse económicamente sin más ingreso económico que el constituido por la propia renta¹⁸. Por supuesto, al menos formalmente seguirá existiendo la posibilidad de que el trabajador se reincorpore al mercado de trabajo y previsiblemente el Estado le ofrecerá opciones laborales, pero un porcentaje mayoritario de estos trabajadores no aceptarán dichas opciones ya sea porque la renta universal les suponga un nivel de ingresos superior, ya simplemente porque aún y existiendo la oferta, el trabajador no dispondrá de las capacidades técnicas requeridas ni (ya sea por su edad, por el tiempo que lleve desconectado del mercado laboral, o por su incapacidad personal) de la voluntad de tratar de volver a ser un ciudadano productivo.

La generalización a gran parte de la población de la renta universal supondrá un aumento de gasto público inconcebible en el presente¹⁹. En las circunstancias actuales la financiación de este aumento desmesurado del gasto del Estado procedería de diversas fuentes de ingreso tales como el aumento de los impuestos²⁰, la emisión de deuda pública o la emisión de moneda. La primera acabaría por estrangular la economía y las otras dos podrían llegar a provocar la quiebra del Estado. Sin embargo, en un contexto en el que las grandes empresas hayan prescindido de la mayoría de sus trabajadores para substituirlos por inteligencias artificiales y por robotización, es previsible que el monto de los beneficios de estas empresas se dispare al derrumbarse sus costos de producción y crecer enormemente su productividad²¹.

18 “El debate sobre la renta básica universal se está produciendo en muchísimos países dentro y fuera de nuestro entorno jurídico. No es una preocupación ligada a un espacio geográfico, económico o político determinado. Es una preocupación global. Se plantea a nivel internacional, nacional y regional. Tiene espacio en el discurso político y también en esferas privadas, donde han surgido distintas iniciativas para su promoción. Lo que no cabe entonces es dudar de su importancia y su vocación de futuro. Si ya se inició hace décadas, va realimentándose con nuevos argumentos que lo renuevan y amplían. Por un lado, se considera un nuevo avance en lo que representa y exige el Estado de Bienestar. Por otro lado, se considera una repuesta razonable ante las transformaciones e incertidumbres en el mundo del trabajo ligadas a la industria 4.0.” Gutiérrez Solar, B. “El debate sobre la renta básica universal fuera de España: experiencias comparadas”, *Trabajo: Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, n.º 38, 2020, pp. 99-100.

19 Para el servicio de estudios del BBVA poner en marcha la renta básica universal en España tendría un coste neto anual de 187.870 millones de euros, una cantidad equivalente al 17,5% del PIB nacional. La Vanguardia, “¿Cuánto costaría la renta básica universal en España?”, 2017. Disponible en, lavanguardia.com/economia/20170421/421920086705/renta-basica-universal-espana-coste.html Consultado, 8 enero 2024.

20 En palabras de Raventós, la renta básica universal “es pública porque se financia mediante una reforma fiscal que debe hacer la administración pública”. Raventós, D. “Renta básica universal: Garantizar la existencia ciudadana”, *Perfiles económicos*, n.º 11, 2021, p. 108.

21 “La IA tiene el potencial de generar una actividad económica global adicional de alrededor de 13 billones de dólares para 2030, o alrededor de un 16% más de PIB acumulativo en comparación con el actual. Esto equivale a un crecimiento adicional del PIB del 1,2% por año. Si se cumple, este impacto se compararía bien con el de otras tecnologías de propósito general a lo largo de la historia.” Bughin, J., Seong, J., Manyika, J., Chui, M. y Joshi, R., *Notes from the AI frontier: Modeling the impact of AI on the world economy*, McKinsey Global Institute, 2018. Disponible en, mckinsey.com/featured-insights/artificial-intelligence/notes-from-the-ai-frontier-modeling-the-impact-of-ai-on-the-world-economy#/ Consultado, 9 de enero 2024.

En ese marco, y aunque será inevitable una inicial oposición de las empresas, no será en absoluto disparatado, con el fin de obtener financiación para la renta universal, aumentarles los impuestos hasta porcentajes de su beneficio que hoy en día se considerarían confiscatorios pero que podrán ser aceptables en este futuro próximo por dos motivos: en primer lugar porque, merced a la automatización, los beneficios serán tan elevados que, aun y perdiendo la mayor parte de ellos en forma de impuestos, el negocio de la empresa seguirá siendo sostenible y dando dividendos a sus accionistas; en segundo lugar, porque las empresas acabarán por aceptar que, mucho más inasumible que pagar muchos impuestos, sería no pagarlos y tener que sufrir una caída casi total de ventas al no haber consumidores bastantes con una capacidad adquisitiva suficiente. Es decir, la renta universal podrá ser sostenible en un contexto de informatización que lleve a las empresas por un lado a aumentar sus ingresos de un modo nunca visto y por el otro a tomar conciencia de que su viabilidad económica como empresas dependerá del consumo de unos ciudadanos sin otra fuente de ingresos que la renta universal que financiarán los impuestos que ellas paguen²².

En este estado de cosas, se tendrán que reconocer otros derechos sociales que actualmente se encuentran ya en nuestras Constituciones, pero que no son reconocidos aun como verdaderos derechos fundamentales exigibles por cualquier ciudadano²³. El principal de estos derechos ha de ser el derecho de acceso a la vivienda. Esto será así porque la renta universal es previsible que permita sobrevivir al ciudadano, pero no necesariamente le permitirá tener acceso a la compra de una vivienda, para lo cual se requerirá, como ya se requiere hoy en día, una cantidad de dinero que será muy difícil de ahorrar para quien dependa de la renta universal para su supervivencia. El Estado habrá de suministrar viviendas a los ciudadanos, previsiblemente en alquiler (si se les cediera la propiedad,

22 Sobre esta renta universal y cómo financiarla, indica Altman, director de Open IA, creadores de Chat GPT: "Podríamos hacer algo llamado Fondo de Equidad Americano. El Fondo de Equidad Americano se capitalizaría gravando a las empresas por encima de una determinada valoración con el 2,5% de su valor de mercado cada año, pagadero en acciones transferidas al fondo y gravando con el 2,5% del valor de todas las tierras de propiedad privada, pagable en dólares". El dinero que se obtuviera se distribuiría entre todos los ciudadanos: "Todos los ciudadanos mayores de 18 años recibirían una distribución anual, en dólares y acciones de la empresa, en sus cuentas. Se confiaría a las personas que usaran el dinero como lo necesitaran o quisieran: para una mejor educación, atención médica, vivienda, iniciar una empresa, lo que sea." *Altman, S., Moore's Law for Everything*, 2021. Disponible en, moores.samaltman.com/ Consultado, 8 enero 2024.

23 Téngase en cuenta que, cuando en estas líneas se habla de procesos de reconocimiento de nuevos derechos sociales, se está haciendo de un modo general sin tener en cuenta las circunstancias peculiares de cada país. Estas circunstancias en la práctica harán que el reconocimiento de nuevos derechos se produzca con uno u otro ritmo, del mismo modo que sucede con los derechos ya existentes en el presente. Así, por ejemplo, es muy previsible que nada tenga que ver la celeridad de los procesos de reconocimiento de nuevos derechos en Europa occidental respecto de Latinoamérica. No obstante, y con Castellanos, no cabe sino destacar la importancia de una regulación coherente a nivel internacional, para favorecer la cooperación entre países y evitar la fragmentación normativa y, por ello, "se sugiere la creación de un marco regulatorio común a nivel mundial, que tenga en cuenta las diferentes realidades y culturas jurídicas." Castellanos Agramunt, J. "Sobre los desafíos constitucionales ante el avance de la inteligencia artificial. Una perspectiva nacional y comparada", *Revista de Derecho Político*, n° 118, 2023, p. 285.

podrían vender la vivienda -suponiendo que en una sociedad mayoritariamente mantenida por el Estado encontrarán un comprador- y cabría argüir que con esos ingresos ya no necesitarían la renta universal) y de manera perpetua. Los costos de construcción y mantenimiento de esas viviendas procederían nuevamente de los impuestos cobrados a las empresas y al ciudadano arrendatario se le exigiría un porcentaje de su renta universal como pago de alquiler.

Junto con estos dos nuevos derechos sociales básicos, renta universal y vivienda pública en alquiler, es previsible que se mantuviesen los derechos sociales ya existentes (si bien, todos los subsidios asistenciales que en el presente existen y que tratan de cubrir parcialmente, y en función de multitud de circunstancias, el mismo objetivo que la renta básica universal habrían necesariamente de desaparecer al no ser ya necesarios²⁴), destacando entre ellos el derecho a la salud y el derecho a la educación. Es probable que el derecho a la educación sufriera una importante transformación desde su concepción actual, pues si en el presente en gran medida se lo concibe como una herramienta para dotar a los ciudadanos de una formación y preparación profesional que los habilite para encontrar un puesto de trabajo, no siendo necesario en este futuro próximo aquí teorizado la necesidad de encontrar dicho trabajo, es más que probable que la educación dejara de ser un instrumento para preparar trabajadores y se convirtiera para la mayoría de la población en algo voluntario, casi lúdico, para ampliar conocimientos o por el mero placer de desarrollarse a nivel humano. Por supuesto, se mantendrían los estudios universitarios, pero el número de asistentes, habiendo desaparecido la necesidad de estudiar para encontrar posteriormente un trabajo, sin duda bajaría en gran número.

Así, en el marco general descrito, la inmensa mayoría de los ciudadanos dependería del Estado en todos los aspectos de la vida, no pudiendo prescindir de él y de su intervención en ningún momento, desde el nacimiento hasta la muerte. Siendo además que el Estado habría de proporcionar estos derechos en un régimen de igualdad para todos (misma renta, mismo tipo de vivienda, misma salud, misma calidad de educación, etc.), pues no habría, en principio, ningún motivo para que fuese de otro modo, las diferencias materiales entre los ciudadanos se volverían mucho menores hasta, poco a poco, resultar irrelevantes. Habría un porcentaje abrumador de la sociedad con los mismos ingresos, sin mayor diferenciación motivada por el tipo de profesión o trabajo desempeñados, donde el nivel de estudios se consideraría algo respetable (como respetable puede ser hoy en día tener por hobby ser numismático o ajedrecista), pero carente de trascendencia en el sentido de subir o mejorar de posición social y económica.

Una sociedad donde, salvo una minoría que mantendría el control de las grandes empresas privadas

²⁴ Con lo que esto supondría de ahorro al simplificar/eliminar la burocracia de las diferentes administraciones que actualmente gestionan los diferentes subsidios existentes. Lozano Lares, F. y Ordóñez Casado, I. "La Renta Básica Universal: elementos para su conceptualización y distinción de otras figuras", *Trabajo: Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, n.º 38, 2020, p. 170.

(cuya propiedad sería, en un primer momento, respetada), y una élite burocrática que dirigiría el Estado (cuyo poder procedería, en un primer momento, de elecciones democráticas como las actuales), el resto de la sociedad viviría existencias materialmente satisfactorias y esencialmente iguales. Depende de cada cual calificar este escenario como una utopía o una distopía, pero no parece completamente ajeno a lo posible vislumbrar una sociedad igualitaria y de ciudadanos dependientes del Estado, es decir, una sociedad socialista, como el resultado final de la plena incorporación de las inteligencias artificiales y la robotización a las cadenas de producción y al mercado laboral²⁵.

4. Un nuevo contrato social socialista

Como Schumpeter teorizó en *Capitalismo, socialismo y democracia*, la llegada del Socialismo no tiene por qué necesariamente producirse de un modo revolucionario al modo de la predicción de Marx. Para el autor de origen austriaco, el Socialismo llegaría como desarrollo natural del Capitalismo, particularmente como consecuencia de la pérdida de relevancia del empresario innovador individual sustituido por los impersonales comités de las grandes empresas burocratizadas y la falta de importancia que la sociedad en su conjunto daría a la posesión de propiedad privada. El Socialismo aparecería así no como fruto de la destrucción del Capitalismo por fuerzas revolucionarias surgidas del proletariado, sino como evolución natural del sistema capitalista, en gran medida como consecuencia de su éxito²⁶.

¿Qué tipo de Socialismo sería éste? Uno en el que la propiedad privada se debilitaría hasta desaparecer por puro desinterés de los propietarios²⁷ y en el que la característica para Schumpeter esencial del

²⁵ En una línea diferente a la aquí sostenida, la versión distópica acostumbra a asumir que la inteligencia artificial puede llevar a una sociedad socialista, pero no porque desaparezca la necesidad de trabajar, sino porque las máquinas desarrollen una capacidad de cálculo suficiente como para permitir una economía (y una sociedad) plenamente dirigida desde el Estado. Lo que el politburó soviético no consiguió, lo haría un cerebro digital. Así, French, citando a Shvets, indica que “la tecnología podría crear pronto un entorno en el que la planificación estatal podría ofrecer resultados económicos aceptables y, al mismo tiempo, suprimir las libertades sociales e individuales.” Así, se consideraría que la planificación científica y el control estatal típicamente soviéticos no fracasaron por ser errados, sino por adelantarse un siglo tanto a su tiempo como a las posibilidades técnicas de éste. French, D., *Will artificial intelligence create a socialist paradise?* Mises Institute, 2022. Disponible en, mises.org/wire/will-artificial-intelligence-create-socialist-paradise Consultado, 8 enero 2024.

²⁶ “(...) a fin de llegar efectivamente a mi paradójica conclusión: al capitalismo lo están matando sus propias realizaciones (...) el mismo éxito del capitalismo mina las instituciones sociales que lo protegen y crea “inevitablemente” las condiciones en que no le será posible vivir y que señalan claramente al socialismo como su heredero legítimo.” Schumpeter, J. A., *Capitalismo, socialismo y democracia*. Página Indómita, Barcelona, 2015, pp. 25 y 136.

²⁷ “Y esta evaporación de lo que podemos denominar la sustancia material de la propiedad afecta no solo a la actitud del poseedor de acciones, sino también a la de los obreros y el público en general. Una propiedad desprovista de sus funciones, desmaterializada y despersonalizada no imprime, ni impone, ninguna subordinación moral (...) Terminará por no quedar nadie que se preocupe realmente por defenderla ni dentro ni fuera de los grandes recintos de los grandes grupos empresariales.” Ibid., pp. 264-265.

Capitalismo, la “destrucción creativa”, que permite la regeneración y modernización constante del Capitalismo y que es hija de la acción del empresario innovador, sería eliminada por considerársela demasiado peligrosa para un entorno empresarial burocratizado y hostil a toda transformación²⁸. No habría muertos y no sería un cambio brusco. Al contrario, se trataría de una evolución aceptada por el conjunto de la sociedad y de la que, en la práctica, el ciudadano común apenas sería consciente, por lo que no habría mayor oposición. Lo interesante de la teorización de Schumpeter es que elimina la necesidad de lo que, en el imaginario popular, imbuido de teoría marxista, es característica inherente del Socialismo: su llegada violenta y traumática. Desde un punto de vista marxista, el Socialismo ha de suponer, por necesidad, un choque violento de clases del que una sale triunfante y la otra derrotada primero y exterminada después. Para Schumpeter, por el contrario, el Socialismo ni siquiera es buscado, sino que se produce de manera natural como evolución, hasta cierto punto, “inevitable” de las cosas.

Algo parecido se sostiene en estas páginas, si bien desde un punto de partida que lógicamente Schumpeter no podía prever en la década de los cincuenta: los efectos de la inteligencia artificial y de la robotización. Si estas transformaciones tecnológicas producen los cambios sociales indicados (destrucción masiva de puestos de trabajo, dependencia económica del Estado de un mayoritario número de trabajadores, equiparación del nivel de ingresos de la población, reducción del derecho de propiedad sobre la vivienda, etc.) lo que en la práctica se producirá será una desaparición efectiva de la propiedad privada y una igualdad de riqueza en un porcentaje de la ciudadanía prácticamente total. Seguirá existiendo la propiedad privada, seguirán existiendo empresas y trabajadores muy cualificados empleados por ellas, pero, en esencia, la población tendrá los mismos ingresos, no tendrá propiedades inmuebles y será por completo dependiente del Estado para su supervivencia. En este estado de cosas, quizá no para todos, pero sí para la mayoría de los ciudadanos, sus vidas serán perfectamente definibles como propias del Socialismo²⁹.

No implicará esto, no al menos obligatoriamente, no inicialmente, que desaparezca la democracia

28 “(...) la función del empresario consiste en reformar o revolucionar el sistema de producción (...) Esta función social está perdiendo ya importancia y se halla abocada a perderla en el futuro a un ritmo acelerado (...) la misma innovación se está reduciendo a rutina. Cada vez en mayor medida, el progreso técnico se convierte en un asunto de grupos de especialistas capacitados que producen lo que se les pide (...) El romanticismo de la aventura comercial de los primeros tiempos decae (...) el trabajo de oficina y de comisión tiende a reemplazar la acción individual (...) a causa de sus propios logros la empresa capitalista (...) tiende a volverse superflua, a saltar en pedazos bajo la presión de su propio éxito. Ibid., pp. 248- 252.

29 En palabras del Diccionario de la Lengua Española, el socialismo implica propiedad estatal de los medios de producción y de los bienes (primera acepción, que aplicaría a lo señalado de la vivienda) e igualdad política, social y económica de todos los seres humanos (tercera acepción, que aplicaría a lo relativo a la igualdad de ingresos en función de la renta universal). Real Academia Española, “Socialismo”, *Diccionario de la Lengua Española*, 2024. Disponible en, dle.rae.es/socialismo Consultado, 12 enero 2024.

para ser substituida por un gobierno de tipo totalitario dirigido por una élite burocrática, ni tampoco supondrá, no al menos imperativamente, no en un primer momento, una nacionalización de los medios de producción, con lo que no se tratará de un Socialismo de tipo marxista, no habrá dictadura del proletariado, ni violencia, ni destrucción revolucionaria de una clase social, sino simplemente una evolución, quizá con ciertos momentos de fuerte conflicto social, pero no de tipo revolucionario violento, que llevará al Socialismo, entendido como un régimen basado en la igualdad económica generalizada, en la substitución de la propiedad privada por la propiedad pública y en el control del Estado sobre la sociedad³⁰.

Es probable que, en este contexto, y de un modo progresivo, las empresas privadas acaben siendo nacionalizadas o, como mínimo, controladas en sus decisiones por el Estado, aunque se mantenga formalmente su propiedad privada y se respete el reparto de dividendos a sus accionistas. Parece lógico que en una sociedad democrática en la que casi todos los ciudadanos dependan del Estado y asuman como normal dicha dependencia, la opción política “nacionalizar las empresas privadas y socializar sus beneficios” tenga un mayoritario respaldo popular en las urnas y sea materializada. Así, con el tiempo, desaparecerían también los medios de producción privados y el Estado controlaría absolutamente toda la riqueza, tanto su generación, como su distribución. Más allá de que a la larga esto sea sostenible o acabe produciendo el colapso del sistema (es difícil equiparar este escenario con el de las economías socialistas de la segunda mitad del siglo XX, si se recuerda que en este futuro no hay trabajadores frustrados y mal pagados, como en los regímenes socialistas del pasado siglo, sino máquinas que, en principio, ha de suponerse que producirán igual sean controladas por el capital privado o por el público), lo que supondrá esta situación será un completo control de la economía por el Estado.

¿Sobrevivirá la democracia? Inicialmente no habría motivos para creer que no, pero, al igual que con la evolución que viviría la propiedad privada, es difícil pensar que en una sociedad en la que los ciudadanos sean poco más que parásitos del Estado, tengan grandes estímulos para defender nada que no sea el mantenimiento de su *statu quo* de parásitos³¹. Nada lleva a pensar que no se

30 “Hay un criterio distintivo constante y determinante para distinguir una doctrina socialista de todas las demás: la crítica de la propiedad privada como fuente principal de desigualdad entre los hombres y su eliminación total o parcial como proyecto de la sociedad futura.” Bobbio, N., *Liberalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 2018, p. 89. “Socialismo significaba sin ninguna duda la nacionalización de los medios de producción y la planificación económica centralizada.” Hayek, F., *Camino de servidumbre*, Alianza, Madrid, 2015, p. 36.

31 En una dirección contraria se posiciona Soriano al considerar que la renta básica universal “facilita que las personas se preocupen por los asuntos públicos e intervengan en ellos (...) El que es libre de veras puede participar sin tapujos ni temores. Y es libre quien dispone de medios para no tener que renunciar a su palabra y a sus acciones. La RBU hace posible esta libertad real. Segundo: Uno de los problemas de las democracias actuales teñidas de grandes bolsas de pobreza es el abstencionismo obligado de quienes no pueden participar en los asuntos públicos. Los pobres bastante tienen con mitigar su pobreza como

pueda mantener del derecho al voto y la elección periódica de los gobernantes, pero resulta más difícil de creer que un Estado en la práctica todopoderoso tolere límites a su poder en forma de Estado de Derecho, separación de poderes, garantía de derechos individuales o pluralismo. Es decir, podrá mantenerse la democracia si por democracia se entiende el simple hecho de votar. No se mantendrá si por democracia, además, se entienden todos sus elementos liberales. No hay que olvidar que las democracias representativas contemporáneas nacen como fruto de las revoluciones liberales y llevan en su identidad más profunda la limitación del poder del Estado y el respeto a la propiedad privada. Una sociedad sin propiedad privada y con un Estado al que no sólo no se limite, sino al que, por el contrario, todos reclamen que sea omnipotente con el fin de dar rentas y derechos imprescindibles para la supervivencia de los ciudadanos, será en sí misma una sociedad contraria a los principios fundacionales de las democracias liberales³².

Este sería, por tanto, el nuevo contrato social al que llevaría una asunción masiva de inteligencias artificiales y robotización en los procesos productivos: un contrato social socialista. Una transformación de nuestra forma de Estado que, de un modo paulatino, no violento, no revolucionario, con el beneplácito de casi toda la población, necesitada del Estado para su mantenimiento material, pasaría, progresiva y gradualmente, a ser un Estado Socialista que, en un primer momento, respetaría la propiedad privada, la libertad de empresa y la democracia liberal pero que, por su propia dinámica y evolución, acabaría por eliminar todos estos elementos. De este modo, un progreso tecnológico afectaría inicialmente al mercado laboral, para acabar teniendo efectos en todos los ámbitos de la sociedad, transformándola en su estructura política y constitucional.

5. Conclusiones

Nada de lo expuesto en este texto tiene que suceder necesariamente. El futuro no está escrito y, en última instancia, lo que pase o no pase no depende de nadie más que de los ciudadanos y de sus

para tomar parte en la cosa pública. La democracia resulta así asunto de quienes pueden permitírsela. La RBU al suprimir la pobreza y ser además compatible con otras rentas crea las condiciones para el aumento de los partícipes en los asuntos públicos.” Soriano Díaz, R. “Presentación del monográfico. La renta básica universal hoy”, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, n.º 15, 2020, p. 14.

32 Como indica Bobbio: “desde el punto de vista del individuo, desde el que lo ve el liberalismo, el Estado es concebido como un mal necesario (...) el Estado debe entremeterse lo menos posible en la esfera de acción de los individuos” pues, de lo contrario y recordando a Tocqueville, “Quiero imaginar bajo qué rasgos nuevos el despotismo podría darse a conocer en el mundo; veo una multitud de hombres iguales o semejantes, que giran sin cesar sobre sí mismos para procurarse placeres ruines y vulgares, con los que llenan su alma... Sobre éstos se eleva un poder inmenso y tutelar que se encarga sólo de asegurar sus goces y vigilar su suerte.

Absoluto, minucioso, regular, advertido y benigno...” Bobbio, N., *Liberalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 2018, pp. 22 y 57.

decisiones libres. Más aun en democracias liberales como (todavía) son los Estados (occidentales) del presente. No obstante, la observación de los hechos permite calcular, que no predecir o siquiera prever, cómo se desarrollarán los acontecimientos en los próximos años si un determinado fenómeno se materializa en la dirección a la que parece dirigirse en el presente. En este sentido, si las inteligencias artificiales ya hoy en día han supuesto una pérdida muy elevada de empleos en todos los sectores donde se han incorporado, no ha de ser muy desacertado considerar que así haya de suceder en cualesquiera otros sectores donde se incorporen. Si no lo hacen únicamente en algunos en concreto, sino que lo hacen en todos o casi todos los ámbitos de producción y si lo hacen sumándose a la robotización, es fácil de calcular el efecto que eso tendrá en el mercado laboral.

Millones de trabajos perdidos o, mejor dicho, millones de trabajos ya no desempeñados por seres humanos, han por necesidad de causar un gran desasosiego e inquietud social. Con una concepción como la actual del Estado Social y siendo como somos democracias, es decir, gobiernos que dependen del voto de las mayorías para su mantenimiento en el poder, la opción de dejar a su suerte a los ciudadanos desempleados no podrá en ningún caso ser aceptable, ni se hará. Inevitablemente habrá un periodo de transición, un primer momento en el que asumir el nuevo escenario será difícil y se presentarán reticencias a reconocer la nueva realidad haciéndole frente con la imprescindible incorporación de nuevos derechos sociales, como la renta universal, que implicarán subidas drásticas de impuestos a las empresas. En un primer momento, y hasta que se alcance el punto de estabilidad social alrededor de las nuevas coordenadas ideológicas, no hay que descartar siquiera que en algunos países el conflicto social derive en gobiernos autoritarios y hasta en la ruptura de determinadas estructuras jurídicas (como la Unión Europea) que hoy damos por seguras, pero a medio y largo plazo, y salvo que se opte por aceptar el derrumbe de la sociedad, será inevitable aceptar la necesidad de transformación social.

Se impondrán así la renta universal, la vivienda universal y todo tipo de servicios sociales universalmente proporcionados por el Estado, financiados por los beneficios de grandes empresas automatizadas y que harán que, por primera vez en la historia de la humanidad, la mayoría de la población pueda, pero no necesite, trabajar para vivir. En un primer momento todas estas transformaciones sociales serán compatibles tanto con el mantenimiento de la propiedad privada y la libertad de empresa, como con la democracia liberal y sus límites al ejercicio del poder. Sin embargo, con el paso del tiempo y conforme los ciudadanos se acostumbren a un mundo sin propiedad privada (en sus manos) y donde el Estado sea ubicuo e imprescindible para su sustento, ellos mismos respaldarán en sucesivas elecciones a las opciones políticas que apuesten por un Estado más fuerte y por la nacionalización de las empresas.

De un modo gradual, pacífico y sin gran oposición social, se evolucionará hacia la desaparición de la propiedad privada y la libertad de empresa, pues todas las empresas se nacionalizarán, así como

a la erosión y final muerte de los elementos liberales de la democracia, pues carecerá de sentido limitar el poder del Estado en un contexto en el que precisamente se deseará lo contrario. En última instancia, las transformaciones que ya han comenzado llevarán a un resultado final consistente en una transformación socialista del contrato social, esto es, a un modelo de Estado Socialista. Se llegará así al Socialismo no del modo revolucionario previsto por Marx, sino de una forma escalonada, como consecuencia de las transformaciones tecnológicas y con el respaldo de la voluntad popular.

Estudio

La protección de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras frente al uso de sistemas de inteligencia artificial en el ámbito laboral. Un análisis desde el reglamento de inteligencia artificial de la Unión Europea

Victoria Margarita Villarreal Lesmes*

Investigadora en formación (IELAT)

Universidad de Alcalá

Sumario

1. Notas introductorias
2. Aproximación conceptual a los sistemas y algoritmos de IA
 - 2.1 Algoritmos de IA: los sesgos y el efecto de caja negra
3. El uso de sistemas de IA en el ámbito laboral: riesgos para la protección de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras
4. La protección de los derechos fundamentales frente al uso de sistemas de inteligencia artificial: análisis de las disposiciones del Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea encaminadas
5. Reflexiones finales

Resumen

La presente investigación se centra en el análisis de la protección de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras frente al uso de sistemas de inteligencia artificial (IA) en el contexto laboral, a partir de las disposiciones de la Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea. Mediante una metodología analítica, este estudio detalla las principales características de la IA, identifica los riesgos que su aplicación en el trabajo puede conllevar y examina las cláusulas del Reglamento de IA destinadas a regular su implementación en este ámbito. Se aporta una valoración de la ley que destaca

* Investigadora de la Línea de Relaciones Laborales y Protección Social en el Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Alcalá (IELAT).

las oportunidades que ofrece su promulgación para la protección de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras.

Palabras clave

Derechos fundamentales, personas trabajadoras, Ley de Inteligencia Artificial de la UE, algoritmos, inteligencia artificial.

1. Introducción

La inteligencia artificial (IA, en lo sucesivo) se ubica entre las innovaciones digitales más disruptivas de los últimos tiempos. Entre sus principales ventajas, destaca la automatización de procesos con mayor reducción de errores y de tiempos; el análisis a velocidad de ingentes cantidades de datos; el aprendizaje automático y la resolución de problemas complejos, por citar algunos. Lo “disruptivo” se manifiesta en la capacidad que exhibe para crear nuevas realidades en casi todos los ámbitos de la vida moderna, transformando la forma en que trabajamos, vivimos y nos relacionamos.

Desde una perspectiva diferente, Cruz Villalón desaconseja el empleo del calificativo “disruptivo” cuando se alude a las transformaciones profundas en la organización empresarial, el empleo y las condiciones de trabajo, que se producen a partir de la utilización de diferentes tecnologías, como la inteligencia artificial. El término “disruptivo”, conforme señala, comporta una idea de fractura o quiebra patológica que no se corresponde con la forma en que tales tecnologías son incorporadas por los sujetos afectados, o con la percepción sobre su impacto desde una perspectiva esencialmente optimista. Particularmente, en el contexto laboral, el autor argumenta cómo estos fenómenos, si bien otrora se concentraban en ciertas actividades económicas y oficios, hoy día se extienden al mercado de trabajo en su conjunto, con transformaciones de alcance universal. De ahí que, por su aceptación casi general, la cuestión principal deba centrarse en cómo se gestionan sus efectos, y se procura el equilibrio de los intereses tradicionales en conflicto¹.

Sin lugar a dudas el uso de estas tecnologías en el trabajo, como también señala López Ahumada, tiene un efecto directo en las relaciones laborales, afecta los intereses de los trabajadores y, en su conjunto, a la propia dinámica de las relaciones laborales. De manera especial, la inteligencia artificial y los algoritmos magnifican el poder de dirección y organización de las empresas en la gestión de sus recursos humanos. Lo que plantea desafíos específicos para la defensa de la dignidad de los trabajadores y la protección de los derechos fundamentales en la relación laboral².

Desde lo normativo, quizá la respuesta más contundente al desafío de gestionar los efectos de la IA lo constituye, al día de hoy, el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea. También conocida como Ley de la Inteligencia Artificial, la normativa incide sobre diferentes ámbitos donde estos sistemas son aplicados, entre estos: la salud, la educación, la aplicación de la ley, los servicios

¹ Cruz Villalón, J., “La centralidad del trabajo digno en un nuevo modelo social”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* 7, n.o 4, 2019, pp. 234-48.

² López Ahumada, J.E., “Estudio preliminar: La garantía de la privacidad de las personas trabajadoras ante el proceso de transformación digital”, en *La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: Políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo*, (Dir. J.E López Ahumada, Coords. M.V Jiménez Martínez y A. Roldán Martínez), Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 21-34.

financieros... De interés particular, resultan las regulaciones de su uso que repercuten en el ámbito laboral y la protección de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras.

Precisamente al análisis de este impacto va dirigida la presente contribución. Donde se presenta una aproximación conceptual a los sistemas de IA; se resumen sus principales características; se identifican los riesgos que plantea su uso en el ámbito laboral para la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores; se exploran las disposiciones de la Ley de IA que regulan el uso de estos sistemas de IA en este contexto en particular; y, hacia el final, se valora la repercusión de estas regulaciones en el ámbito del trabajo, y su trascendencia para la protección de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras.

2. Aproximación conceptual a los sistemas y algoritmos de IA

Como disciplina científica, la IA abarca una diversidad de técnicas y enfoques. Entre las más relevantes, el *Machine Learning* (ML) se centra en desarrollar algoritmos capaces de enseñarse a sí mismos tareas específicas sin estar programados de manera explícita para ello³; de identificar patrones, generar modelos o realizar predicciones⁴. Dentro de esta técnica se ubica el *Deep Learning* o aprendizaje profundo, inspirado en las estructuras de redes neuronales del cerebro humano. Que, a su vez, admiten diferentes tipos de modelos como el *Reinforcement learning* o aprendizaje de refuerzo (cuando el modelo mejora su precisión a través de comentarios en forma de recompensas o penalizaciones); el aprendizaje supervisado o *Supervised learning* (cuando se proporciona a la máquina un conjunto de datos etiquetados con la respuesta correcta, para que pueda aprender a predecir la respuesta a partir de los datos) y el aprendizaje no supervisado o *Unsupervised learning*, donde no se requieren conjuntos de datos etiquetados y la máquina es capaz de detectar patrones, sin intervención humana, que agrupa en función de cualquier característica distintiva⁵. Otras técnicas de la IA, son el razonamiento automático o *Machine reasoning* (desarrollado sobre la base de procesos de razonamiento inductivo y deductivo, similares a la forma en que los seres humanos toman decisiones basadas en reglas lógicas), “y la robótica (que incluye el control, la percepción, los sensores y los actuadores, así como la integración de todas las demás técnicas en los sistemas cibernéticos)”⁶.

³ López Guillermón, J.C., “Desenmascarando datos: Igualdad e Inteligencia Artificial”, en *Revista IUS* 15, n.o 48, 2021, pp. 137-56, <https://doi.org/10.35487/rius.v15i48.2021.740>.

⁴ Alpaydin, E., “Introduction to machine learning” (en línea), en *3rd ed. United States of America: The MIT Press Cambridge, Massachusetts London, England*, 2014.

⁵ Madhavan, S. y Tim Jones, M., “Deep learning architectures”, en *IBM Developer*, actualizado el 24 de enero de 2021, disponible en <https://developer.ibm.com/articles/cc-machine-learning-deep-learning-architectures/>, fecha de consulta 19 de febrero de 2024.

⁶ European Commission, “A definition of Artificial Intelligence: main capabilities and scientific disciplines. High-Level Expert Group on Artificial Intelligence” (en línea), publicado el 8 de abril de 2019, disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines/>, fecha de consulta 19 de febrero de 2024.

Sin soslayar la dificultad que entraña tal diversidad, la Unión Europea transitó por diferentes definiciones de IA. La “Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas”, definió a la inteligencia artificial como “un sistema basado en programas informáticos o incorporado en dispositivos físicos que manifiesta un comportamiento inteligente al ser capaz, entre otras cosas, de recopilar y tratar datos, analizar e interpretar su entorno y pasar a la acción, con cierto grado de autonomía, con el fin de alcanzar objetivos específicos”⁷.

Mientras, como señala Álvarez Cuesta, la “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, que establece normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y modifica ciertos actos legislativos de la Unión, fechada el 21 de abril de 2021, se decantó por una definición por remisión⁸. El artículo 3.1 de esta normativa remitió al Anexo I, que enumeró las técnicas y estrategias que podían desarrollar los softwares de IA. A continuación, el artículo 4 del propio documento otorgó a la Comisión europea facultades para modificar el listado, “con miras a adaptarla a la evolución del mercado y los avances tecnológicos sobre la base de características que sean similares a las técnicas y las estrategias incluidas en ella⁹.”

Sin embargo, valoramos como la opción más certera la contenida en la Orientación general del Consejo de la Unión Europea, de diciembre de 2022, a la propuesta de Reglamento de IA. En el documento, lejos de ofrecerse una definición, se apostó por una provisión de características que resultan comunes a los sistemas de IA. Entre las principales, se señaló su capacidad de aprendizaje, de razonamiento o de modelización, que la diferencian de otros sistemas de software y planteamientos de programación más sencillos. Del mismo modo, se subrayó que los sistemas de IA tienen la capacidad de inferir, a partir de datos e información generados por máquinas o por seres humanos, la manera de alcanzar una serie de objetivos definidos por seres humanos. Que, para ello, utilizan estrategias de aprendizaje automático o estrategias basadas en la lógica y el conocimiento. Que, asimismo, tienen la capacidad de generar información de salida, como contenidos para sistemas de inteligencia artificial generativa

⁷ Parlamento Europeo, “Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas (2020/2012(INL))” (en línea), aprobado el 20 de octubre de 2020, disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_ES.html, fecha de consulta 31 de enero de 2024.

⁸ Álvarez Cuesta, H., “Propuesta de regulación europea de los algoritmos y contrapropuesta de directiva laboral” (en línea), en *Digitalización, recuperación y reformas laborales: Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones, Madrid, 2022, p. 1220, disponible en <https://cpage.mpr.gob.es/producto/digitalizacion-recuperacion-y-reformas-laborales-4/>, fecha de consulta 31 de enero de 2024.

⁹ Parlamento Europeo, “Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas (2020/2012(INL))”, op. cit.

(por ejemplo, texto, vídeo o imágenes), predicciones, recomendaciones o decisiones que influyen en el entorno con el que interactúa el sistema, ya sea en una dimensión física o digital. Se resalta que la autonomía de un sistema de IA se refiere a la medida en que dicho sistema puede funcionar sin intervención humana y puede manifestarse a diferentes niveles. Y, finalmente, que los sistemas de IA pueden utilizarse de manera independiente o como componentes de un producto, con independencia de si el sistema forma parte físicamente de él (integrado) o tiene una funcionalidad en el producto sin formar parte de él (no integrado)¹⁰. Estas características se resumen en la Tabla 1 y permiten identificar a los sistemas de IA de una manera flexible y adaptable, tomando en consideración su continuo desarrollo tecnológico.

2.1 Algoritmos de IA: los sesgos y el efecto de caja negra

En la base del comportamiento de los sistemas de IA se encuentran los algoritmos, entendidos como secuencias finitas y no ambiguas de instrucciones que permiten solucionar un problema, realizar cálculos, procesar datos o llevar a cabo una tarea, en un número determinado de pasos. En los sistemas de IA, los algoritmos resultan cruciales para el procesamiento del *big data*, esto es, de un conjunto de datos que por su tamaño y complejidad no pueden ser almacenados y/o procesados, de manera eficaz, con el empleo de métodos tradicionales¹¹.

Los algoritmos pueden revelar sesgos en su uso práctico, a pesar de que su base matemática podría sugerir lo contrario. Específicamente, el fenómeno que se conoce como discriminación algorítmica o sesgo algorítmico señala la presencia de estereotipos o prejuicios en los datos con que estos sistemas operan. El impacto discriminatorio de estos sesgos puede producirse bien de manera directa, a través de un trato menos beneficioso a una persona respecto a otra en una situación semejante, basándose en factores discriminatorios como el género, la raza, la religión, la edad..., o indirecta, a través de una práctica o criterio aparentemente neutro, que puede ocasionar una desventaja a personas de determinados colectivos por los anteriores motivos¹².

10 Consejo de la Unión Europea, “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Reglamento de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión - Orientación general” (en línea), publicado el 25 de noviembre de 2022, disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14954-2022-INIT/es/pdf>, fecha de consulta 31 de enero de 2024.

11 Boucher, P., “*Artificial intelligence: How does it work, why does it matter and what can we do about it?*” (en línea), publicado el 28 de junio de 2020, disponible en [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU\(2020\)641547](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU(2020)641547), fecha de consulta 31 de enero de 2024.

12 Sáenz Lara, C., “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”, cit. pos. Lorenzo González, A.: *El Derecho del Trabajo ante la Inteligencia Artificial* (en línea), Trabajo de Fin de Grado, Universidad de Santiago de Compostela, España, 2022, p. 23, disponible en: <http://hdl.handle.net/10347/30550>, fecha de consulta 25 de enero de 2024.

El sesgo algorítmico se define como un error sistemático relacionado con la estadística que provoca un distanciamiento entre el resultado esperado u obtenido, y el real. Este error puede producirse por diferentes motivos, entre estos: la poca fiabilidad de los datos empleados por el algoritmo, una incorrecta programación inicial del sistema de IA, o interpretación errónea de los resultados obtenidos¹¹. Entre los problemas relacionados con la programación, pueden señalarse los vinculados a la “variable objetivo”, esto es, con la manera de definir el problema para que la máquina lo pueda analizar. También las asociadas a la “selección de características”, o la definición de aquellos elementos a los que se asigna preferencia o mayor importancia, y con las “variables de aproximación” (proxy) como aquellas que posibilitan la correlación entre diferentes grupos, donde las variables de uno pueden producir distorsiones en las predicciones del otro¹². Entre las dificultades asociadas a los datos de entrenamiento, se encuentran aquellas relacionadas con su calidad, ya que en los mismos pueden encontrarse presentes patrones previos de discriminación; y con su recopilación, de no realizarse la misma de manera representativa, donde “puede haber infra o sobrerrepresentaciones de ciertos colectivos con respecto a otros en la propia muestra”¹³. En sentido general, los sesgos algorítmicos en sistemas de inteligencia artificial resultan difícil de detectar, siendo “imprescindible utilizar instrumentos estadísticos que permitan identificar un impacto adverso o una desventaja particular de la circunstancia interpuesta, en términos cuantitativos sobre el colectivo afectado”¹⁴.

Durante el uso de algoritmos de IA, sobre todo en sistemas complejos de aprendizaje como las redes neuronales profundas, puede también manifestarse otro fenómeno preocupante conocido como el “efecto de caja negra”. El mismo hace referencia a la opacidad en el proceso de toma de decisiones de estos sistemas, a partir de la dificultad de interpretar cómo los sistemas de IA toman decisiones específicas. Esto significa que, aunque se conozcan los datos de entrada y de salida, el proceso interno por el cual el algoritmo llega a una decisión o conclusión es incomprensible, o no está claro para los usuarios, o incluso para sus creadores. Esta falta de transparencia puede ser problemática, especialmente cuando se trata de identificar y corregir sesgos potenciales en la toma de decisiones de los algoritmos de IA¹⁵.

¹¹ Díaz Alabart, S., “Robots y responsabilidad civil”, cit. pos. Jiménez Martínez, M.V., “La responsabilidad contractual del empresario por los daños provocados en los derechos fundamentales de los trabajadores: la discriminación algorítmica en la empresa desde la perspectiva del derecho civil”, en *La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: Políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo*, op. cit., p. 560.

¹² Eguíluz Castañeira, J.A., “Desafíos y retos que plantean las decisiones automatizadas y los perfilados para los derechos fundamentales” (en línea), en *Estudios de Deusto* 68, n.o 2, 2020, p. 345, disponible en: [https://doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp325-367](https://doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp325-367), fecha de consulta 25 de enero de 2024.

¹³ Eguíluz Castañeira, J.A., “Desafíos y retos que plantean las decisiones automatizadas y los perfilados para los derechos fundamentales” (en línea), op.cit., p. 347.

¹⁴ Cardona Rubert, M.B., “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, cit. pos. Lorenzo González, A.: *El Derecho del Trabajo ante la Inteligencia Artificial* (en línea), op.cit., p. 24

¹⁵ Kleinberg, J. et al., “Discrimination in the Age of Algorithms” (en línea), en *Journal of Legal Analysis* 10, 2018, pp. 113-74, disponible en: <https://doi.org/10.1093/jla/laz001>, fecha de consulta 18 de enero de 2024.

A propósito de las connotaciones de estos fenómenos, autores como Simoncini y Longo llaman la atención sobre la percepción, cada vez mayor, de que los seres humanos no tienen control, en realidad, sobre la totalidad de las decisiones donde intervienen algoritmos. Estas, en última instancia, resultan difíciles de entender y explicar y, su rendimiento predictivo, si bien supera al de las herramientas analógicas, puede socavar garantías sustantivas y procesales¹⁶. En sentido coincidente, Asquerino señala que el efecto “caja negra” puede tener repercusiones negativas para derechos relacionados con la protección de datos, la dignidad y la igualdad. Toda vez que: “La circunstancia de que los algoritmos no sean transparentes y que, por lo tanto, sea complicado desentrañar el criterio que se ha empleado para diseñar aquellos, facilita las inmisiones y lesiones a los derechos fundamentales de las personas¹⁷.”

Tales características del uso de los sistemas de IA y sus algoritmos, como la opacidad, la complejidad técnica, la dependencia de datos y el comportamiento autónomo, plantea serios desafíos. De manera especial, su uso en el ámbito laboral plantea riesgos para la protección de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras que deben ser tomados en consideración, a los efectos de su efectiva gestión y prevención.

3. El uso de sistemas de IA en el ámbito laboral: riesgos para la protección de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras

Investigaciones realizadas en el campo de los recursos humanos (RR. HH), señalan que el 40% de sus departamentos, tanto en compañías de gran tamaño como en pequeñas, implementan aplicaciones potenciadas por inteligencia artificial. Del mismo modo, que un 32% de estos departamentos, tanto en empresas tecnológicas como en otros sectores, están reestructurando sus organizaciones con el apoyo de la IA. Y que, un número creciente de directores de RR. HH, reconocen el potencial de esta tecnología para la gestión de personal, así como su utilidad para localizar y desarrollar el talento¹⁸.

En el ámbito laboral, el uso de los sistemas de IA resulta cada vez más frecuente en procesos de difusión

¹⁶ Simoncini, A. y Longo, E., “Fundamental Rights and the Rule of Law in the Algorithmic Society”, en *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, ed. Amnon Reichman et al., Cambridge University Press, Cambridge, 2021, pp. 27-41, disponible en: <https://doi.org/10.1017/9781108914857.003>, fecha de consulta 25 de enero de 2024.

¹⁷ Asquerino Lamparero, M.J., “Algoritmos y discriminación”, en *Realidad social y discriminación: estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Laborum, Murcia, 2022, pp. 335, disponible en: <https://idus.us.es/handle/11441/142652>, fecha de consulta 25 de enero de 2024.

¹⁸ Moore, P.V., “Inteligencia artificial en el entorno laboral. Desafíos para los trabajadores”, en *OpenMind* (blog), disponible en <https://www.bbvaopenmind.com/articulos/inteligencia-artificial-en-entorno-laboral-desafios-para-trabajadores/>, fecha de consulta 25 de enero de 2024.

de ofertas de empleo, seguimiento de candidatos y procesamiento de los currículums vitae. Durante las entrevistas, son capaces de valorar qué candidatos resultan idóneos a partir del lenguaje verbal y extra verbal que estos proyectan. Pueden simular sus competencias en escenarios de gamificación, o construir y comparar perfiles a partir del rastreo de su huella digital en internet. Los sistemas de IA no solo pueden influir en la contratación, sino que también pueden tomar parte en los procesos de evaluación del desempeño laboral. En consecuencia, pueden realizar recomendaciones, o tomar decisiones inclusive, sobre el ascenso, retribución o despido de los trabajadores. En la Tabla 2 se ilustran algunos ejemplos de aplicaciones de IA y su uso para la gestión de algunos procesos laborales.

Como señala López Ahumada, tal desarrollo tecnológico y digital conlleva la necesidad de imponer nuevos límites al poder empresarial, así como de plantear garantías reforzadas para los derechos fundamentales en la actividad laboral¹⁹. Ello debe tomar en consideración los riesgos que plantea el uso de los sistemas de IA en el trabajo para la protección de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, entre los cuales se identifican:

- Riesgos para la salud laboral de los trabajadores: La intervención de sistemas de IA en el ámbito laboral comporta riesgos para la seguridad y salud en el trabajo, a partir de la generación de estrés y ansiedad permanente en los trabajadores²⁰. Así lo demuestran diferentes estudios de casos, como la evaluación laboral en tiempo real llevada a cabo por el programa *Cogito*. A través de una discreta pestaña azul en la pantalla de la computadora, el algoritmo alerta a los empleados de centros de llamadas sobre posibles deficiencias en su desempeño, indicándoles si hablan demasiado rápido, presentan señales de somnolencia, o carecen de empatía. Este nivel de inmersión tecnológica tiene el potencial de instaurar una sensación constante de vigilancia entre los trabajadores, que podría tener implicaciones significativas para la salud en el trabajo, incluso sin que la empresa llegara a utilizar estos datos para la toma de decisiones²¹.
- Riesgos para la intimidad de los trabajadores: En similar dirección, el control empresarial mediante dispositivos portátiles, conocidos como *Wearables*, permite a las empresas rastrear y registrar la ubicación de los trabajadores en todo momento. Esta vigilancia puede extenderse

¹⁹ López Ahumada, J.E., “La promoción de los derechos y principios digitales laborales en el ámbito europeo y español: hacia una protección reforzada de la ciudadanía digital en el trabajo”, en *La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: Políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo*, op.cit., p. 38.

²⁰ Moore, P.V., “OSH and the Future of Work: Benefits and Risks of Artificial Intelligence Tools in Workplaces” (en línea), en *International Conference on Human-Computer Interaction*, 2019, pp. 292-315, disponible en: https://doi.org/10.1007/978-3-030-22216-1_22, fecha de consulta 25 de enero de 2024.

²¹ De Torres Boveda, N., “El derecho a la información de los representantes de los trabajadores en materia de algoritmo”, en *Digitalización, recuperación y reformas laborales: Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, op.cit., pp. 889-890.

incluso fuera del horario laboral, abarcando aspectos como los patrones de sueño y la actividad física. Sin embargo, esta práctica intrusiva puede revelar información íntima y sensible de los trabajadores, como creencias religiosas, origen étnico, orientación sexual, u otras informaciones sin relevancia para la actividad laboral. Esta violación de la intimidad se vuelve especialmente relevante en el contexto del teletrabajo, donde a través del uso de sistemas de IA para el control de horarios y de la actividad laboral, se pueden llegar a recopilar una considerable cantidad de datos de carácter personal²².

- Riesgos para la privacidad y la protección de datos de carácter personal: Los sistemas de IA suelen requerir de grandes volúmenes de datos para entrenar y operar eficazmente. Estos pueden incluir datos personales, cuyo manejo inadecuado o brechas de seguridad pueden comprometer derechos relacionados con la seguridad, o con el derecho a la autodeterminación de la información personal²³. En el ámbito del trabajo, a través de los sistemas de IA, se intensifica la explotación de datos personales y no personales provenientes de las comunicaciones y aplicaciones empleadas para monitorizar las actividades laborales. Como destaca López Ahumada, ello puede llegar a colisionar con el derecho a la privacidad de los trabajadores y la protección de los datos de carácter personal que son obtenidos en el ámbito labora²⁴.

- Riesgos para la reputación digital de los trabajadores: Adicionalmente, estas tecnologías posibilitan el desarrollo de sistemas de reputación online. Como contrasta Vigo Serralvo, estos mecanismos pudieran ser positivos por su rol en la democratización del mercado al otorgar importancia a la opinión del consumidor en el proceso comercial. Sin embargo, desde una perspectiva jurídico-laboral, surgen preocupaciones cuando estas técnicas se utilizan para determinar las condiciones de trabajo, como la cuantificación del salario, la movilidad funcional o la continuidad de la relación laboral, sobre la base de las evaluaciones de usuarios. En estos casos, se observa una delegación de la facultad de control del empleador, que utiliza las opiniones de la clientela para gestionar los recursos humanos. En la mayoría de los casos, los datos son proporcionados de manera fugaz, anónima y sin especificación detallada, por lo que se dificulta determinar si la satisfacción o insatisfacción expresada por el cliente se debe al trato del empleado, o a otras circunstancias ajenas a su voluntad. En estas valoraciones pueden

²² Poquet Catalá, R., "Algoritmos, inteligencia artificial y condiciones de trabajo, ¿son compatibles?", en *Digitalización, recuperación y reformas laborales: Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, op.cit., pp. 1176-1177.

²³ Yi, Z., "Artificial Intelligence and the Constitution: Response from the Perspective of Constitutional Rights to the Risks of Artificial Intelligence" (en línea), en Korean Constitutional Law Association, 2022, disponible en: <https://doi.org/10.35901/kjcl.2022.28.2.347>, fecha de consulta 25 de enero de 2024.

²⁴ López Ahumada, J.E., "Estudio preliminar: La garantía de la privacidad de las personas trabajadoras ante el proceso de transformación digital", op.cit., p. 22

incidir además el estado de ánimo del usuario o sus posibles prejuicios contra el trabajador que le presta el servicio²⁵. De ser negativas las evaluaciones, el trabajador puede verse afectado incluso de cara a futuras contrataciones por la afectación de su reputación digital y la falta de medios en este contexto para obtener una reparación.

- Riesgos de discriminación y vulneración al principio de igualdad: La intervención de herramientas en el ámbito laboral resulta preocupante también porque pueden dar origen a nuevas formas de discriminación, ya sea amplificando las existentes, o por posibles errores derivados de deficiencias en los procesos de automatización²⁶. Uno de estos casos se produjo en 2014 cuando Amazon encomendó a un grupo de personas el desarrollo de un sistema de inteligencia artificial destinado a analizar currículums y seleccionar automáticamente a los candidatos más idóneos. Un año después, se reveló que este algoritmo discriminaba a las mujeres solicitantes, lo que llevó a la empresa a desechar la herramienta²⁷.

La creciente integración de sistemas de IA en el ámbito laboral subraya la importancia crítica de abordar y mitigar los riesgos de su uso para la protección de los derechos fundamentales. En tal sentido, la Ley de la IA de la UE se propone como una iniciativa pionera para fomentar la adopción de una IA que sea segura, ética y centrada en el ser humano, al tiempo que protege la salud, la seguridad y los derechos fundamentales, incluidos los de los trabajadores en el entorno laboral.

4. La protección de los derechos fundamentales frente al uso de sistemas de inteligencia artificial: análisis de las disposiciones del reglamento de inteligencia artificial de la unión europea encaminadas

En diciembre del año 2023, la Presidencia del Consejo y los negociadores del Parlamento Europeo lograron consensuar un acuerdo provisional sobre las normativas relativas al uso de sistemas de IA. Se instaure así un marco normativo para la implementación de estos sistemas en los Estados miembros, con el propósito de asegurar un entorno seguro donde se respeten los derechos fundamentales²⁸.

²⁵ Vigo Serralvo, F., "Las encuestas y las reseñas digitales como método de control empresarial: problemática jurídico-laboral desde una óptica sustantiva y ritual", en *Digitalización, recuperación y reformas laborales Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, op.cit., pp. 969-970.

²⁶ Se destaca para mayor profundización la obra de Rivas Vallejo, M.P. (Dir.), *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, España, 2022.

²⁷ "El algoritmo de Amazon al que no le gustan las mujeres" (en línea), en *BBC News Mundo*, publicado el 11 de octubre de 2018, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-45823470>, fecha de consulta 31 de enero de 2024.

²⁸ Consejo de la UE, Comunicado de Prensa: "Reglamento de Inteligencia Artificial: el Consejo y el Parlamento alcanzan un acuerdo sobre las primeras normas del mundo en materia de inteligencia artificial" (en línea), publicado el 9 de diciembre de 2023, disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/12/09/artificial-intelligence-act-council-and-parliament-strike-a-deal-on-the-first-worldwide-rules-for-ai/>, fecha de consulta 31 de enero de 2024.

Entre los principales antecedentes se ubica la creación por la Comisión Europea, en junio de 2018, de un grupo de expertos sobre IA. Al año siguiente, en 2019, este grupo publicó unas Directrices éticas sobre una IA fiable²⁹. Seguidamente, en febrero de 2020, la Comisión emitió el Libro Blanco sobre la IA que estableció los principios para el desarrollo de una IA con un enfoque orientado a la excelencia y confianza. Este documento subrayó la visión de que Europa, aprovechando su potencial tecnológico e industrial, junto a una sólida infraestructura digital y un marco regulatorio alineado con sus valores esenciales, exhibe la capacidad de liderar la innovación global en la economía de datos y su aplicación. Adicionalmente, sugirió ajustes al marco legal existente para abordar los desafíos específicos de la IA. Estas Directrices y el Libro Blanco se señalan como la base sobre la cual se elaboró el Reglamento europeo de la IA³⁰.

El 21 de abril de 2021, se presentó por la Comisión Europea la “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de la Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión”³¹. Sobre esta base, en junio de 2023, el euro-parlamento introdujo modificaciones a través de “Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 14 de junio de 2023 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión”³².

El 9 de diciembre de 2023, tras tres días de intensas negociaciones, la Presidencia del Consejo y los representantes del Parlamento Europeo lograron un acuerdo preliminar para establecer reglas uniformes en el ámbito de la inteligencia artificial. El acuerdo fue valorado por Carmen Artigas, secretaria de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial de España, como un logro histórico donde se consiguió “mantener un equilibrio extremadamente delicado: impulsar la innovación y la adopción de la inteligencia artificial en toda Europa al mismo tiempo que se respetan los derechos

29 Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías (Comisión Europea), “Directrices éticas para una IA fiable” (en línea), Publications Office of the EU, publicado el 8 de noviembre de 2019, disponible en: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>, fecha de consulta 31 de enero de 2024.

30 Álvarez Cuesta, H., “Propuesta de regulación europea de los algoritmos y contrapropuesta de directiva laboral”, op.cit., p. 1222 y sgte

31 Comisión Europea, “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión” (en línea), publicado el 21 de abril de 2021), disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>, fecha de consulta 31 de enero de 2024.

32 Parlamento Europeo, “Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 14 de junio de 2023 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD))(1)” (en línea), publicado el 14 de junio de 2023, disponible el https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_ES.html, fecha de consulta 31 de enero de 2024.

fundamentales de nuestros ciudadanos”³³.

En efecto, desde la propia declaración de objetivos, destaca en la normativa europea la primacía de un enfoque de derechos para el uso de estas tecnologías. Resalta una preocupación integral sobre el uso de la IA que rebasa los aspectos mercantiles³⁴, y prioriza el desarrollo de una IA “fiable” y “centrada en el ser humano”. La mención explícita que realiza la actual propuesta a la democracia, el Estado de Derecho y el medio ambiente, subraya la apuesta por el equilibrio que se mencionaba entre la innovación tecnológica y las salvaguardias éticas, sociales y ambientales³⁵. Este enfoque en derechos, resulta aún más explícito a partir de la supeditación del marco regulatorio de la IA a los valores de la Unión Europea, y los derechos y libertades fundamentales consagrados en los Tratados, la Carta y el Derecho internacional de los derechos humanos³⁶.

En consonancia con esta perspectiva, se establece un sistema de clasificación de riesgos que regula el uso de la IA en función de sus implicaciones para los derechos fundamentales en diferentes ámbitos. Este sistema de clasificación de riesgos se segmenta en cuatro categorías: riesgo inaceptable, alto riesgo, riesgo limitado y riesgo mínimo, previéndose obligaciones específicas para sus tres categorías principales, conforme se muestra en la Tabla 2.

En este contexto, el uso de sistemas de IA en el ámbito laboral se clasifica como de alto riesgo. El Reglamento especifica que los sistemas utilizados para la gestión de empleados y el acceso al autoempleo, especialmente en procesos como la contratación y selección de personal, la toma de decisiones que afectan los contratos laborales, la asignación de tareas basada en características individuales o biométricas, y la evaluación de desempeño, pueden tener un impacto significativo en las perspectivas laborales futuras, los medios de subsistencia y los derechos laborales de las personas involucradas. Además, pueden perpetuar la discriminación histórica contra grupos específicos, como mujeres, personas de ciertas edades, personas con discapacidad, personas de ciertos orígenes raciales o étnicos, o con orientaciones sexuales particulares, a lo largo de todo el ciclo laboral. Y que, de igual forma, el monitoreo del rendimiento y el comportamiento de los trabajadores mediante el uso de sistemas de IA puede afectar derechos fundamentales, como la protección de datos personales y la privacidad³⁷.

33 Consejo de la UE, Comunicado de Prensa: “Reglamento de Inteligencia Artificial: el Consejo y el Parlamento alcanzan un acuerdo sobre las primeras normas del mundo en materia de inteligencia artificial” (en línea), op.cit.

34 Se destaca como un aspecto positivo la primacía de una visión con enfoque en derechos sobre la mercantilista. Vid. Sanchis Crespo, C., “Inteligencia artificial y decisiones judiciales: crónica de una transformación anunciada”, en *Scire: representación y organización del conocimiento*, Vol. 29, núm. 2, 2023, p.72, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9230510>, fecha de consulta 31 de enero de 2024.

35 Vid. Enmienda núm. 3 y núm. 4 de la *Ley de Inteligencia Artificial*

36 Vid. Enmienda núm. 15 de la *Ley de Inteligencia Artificial*

37 Vid. Enmienda núm. 66 de *Ley de Inteligencia Artificial*

En relación a la protección de los derechos de los trabajadores, el Reglamento señala su carácter complementario respecto al resto de las disposiciones laborales vigentes en el espacio europeo. En tal sentido, subraya que según lo establecido en el artículo 114, párrafo 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), el Reglamento se suma a los derechos e intereses de los empleados y no debe menoscabarlos en ningún sentido. Por ende, no afectará la política social de la Unión, ni las leyes laborales nacionales, que abarcan las condiciones laborales, la salud y la seguridad en el trabajo, así como las relaciones laborales, incluyendo la información, consulta y participación entre empleadores y trabajadores. Además, no restringirá los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y en la Unión, como el derecho a la huelga y otras acciones según las prácticas laborales específicas de cada país. Tampoco interferirá con la negociación, celebración y ejecución de convenios colectivos o acciones colectivas según la legislación y prácticas nacionales. Ni afectará a las disposiciones destinadas a mejorar las condiciones de trabajo en las plataformas de trabajo. Así como tampoco impedirá que la Comisión proponga legislación específica sobre los derechos y libertades de los trabajadores afectados por los sistemas de Inteligencia Artificial (IA)³⁸.

Tales precisiones resultan relevantes en aras de subrayar el carácter complementario del Reglamento de la Inteligencia Artificial, respecto a las normativas laborales vigentes en los ámbitos nacionales y comunitario. En consecuencia, las expectativas sobre el alcance de las regulaciones del Reglamento deben ser percibidas como lo que son, un suelo mínimo, a complementar por las normativas laborales que resulten procedentes frente al uso de estos sistemas en el ámbito del trabajo. Las normativas introducidas por la Ley de IA europea, aunque repercuten en el ámbito laboral, no constituyen una legislación específica del derecho del trabajo. Su naturaleza, como se ha mencionado, resulta transversal y su principal objetivo, como declara en sus considerandos, consiste en establecer un marco jurídico uniforme para el desarrollo, la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de la inteligencia artificial en el espacio europeo, de conformidad con los valores de la Unión, que garantice la libre circulación transfronteriza de bienes y servicios basados en la IA³⁹.

En armonía con lo anterior, el Reglamento destaca que las normas que introduce no son excluyentes, ni tampoco las únicas, que pueden resultar aplicables al uso de los sistemas de IA. En tal sentido, subraya la existencia de varias regulaciones legalmente obligatorias a nivel europeo, que resultan también relevantes para regular el uso de estos sistemas. Entre estas regulaciones, también trascendentes al ámbito laboral, se encuentran el Derecho primario de la Unión Europea, como los Tratados de la Unión Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales, y el Derecho derivado de la Unión, como el Reglamento General de Protección de Datos, el Reglamento sobre la libre circulación de datos

³⁸ Vid. Enmienda núm. 9 de la *Ley de Inteligencia Artificial*.

³⁹ Vid. Enmienda núm. 3 de la *Ley de Inteligencia Artificial*.

no personales, las Directivas contra la discriminación, la legislación de consumo y las Directivas de seguridad y salud en el trabajo. Además, los tratados de las Naciones Unidas sobre derechos humanos y los convenios del Consejo de Europa, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así como las regulaciones sectoriales específicas para ciertos usos de la IA⁴⁰.

En relación al uso de sistemas de alto riesgo, que interesan por enmarcarse en esta categoría aquellos que son empleados en el ámbito laboral, el Reglamento resulta explícito en sus objetivos. Estos son: abordar los riesgos asociados al uso de los sistemas de alto riesgo que se introducen en el mercado o se implementan en la Unión Europea, y establecer requisitos obligatorios que consideren la finalidad prevista del sistema y los posibles usos indebidos previsibles⁴¹. En este contexto, se identifican como sujetos protegidos a los implementadores y personas afectadas por el uso de los sistemas de IA⁴², y a los proveedores como sujetos obligados, en tanto destinatarios de un conjunto de obligaciones para mitigar los riesgos aludidos. En otro momento, la norma identificará la presencia no solo de riesgos asociados al diseño de los sistemas de IA que recaen bajo la responsabilidad de los proveedores, sino también la presencia de riesgos asociados al uso de estos sistemas, que recaerán bajo la responsabilidad de los implementadores. En este otro contexto, los implementadores fungirán como sujetos obligados, por lo que deberán cumplir con otro conjunto de deberes y, frente a los cuales, continuarán fungiendo como sujetos protegidos las personas afectadas por el uso de los sistemas de IA.

Extrapolados al ámbito laboral, estos sujetos podrían asociarse tanto con los empleadores que poner en marcha estos sistemas en sus respectivas organizaciones (implementadores). Mientras las personas afectadas, pueden asociarse con los trabajadores. En este marco, los trabajadores se erigen en sujetos protegidos frente a los riesgos que derivan del diseño, así como del uso, de los sistemas de IA en el ámbito laboral.

Dentro de las responsabilidades principales de los desarrolladores, se encuentran las relacionadas con el acceso a datos de calidad durante el entrenamiento de los sistemas de IA, para evitar que estos se conviertan en una fuente de discriminación contraria al Derecho de la Unión⁴³. En tal sentido, la norma señala algunos de los supuestos que pueden dar lugar a sesgos algorítmicos⁴⁴, y recomienda la mitigación de riesgos asociados a los mismos. De igual forma, la normativa recomienda como un aspecto crucial tener acceso a información clara sobre cómo se han diseñado los sistemas de IA. Esto requiere mantener registros y elaborar documentación técnica que debe abarcar las características,

⁴⁰ Vid. Enmienda núm. 75 de la *Ley de Inteligencia Artificial*.

⁴¹ Vid. Enmienda núm. 76 de la *Ley de Inteligencia Artificial*.

⁴² Vid. Enmienda núm. 76 de la *Ley de Inteligencia Artificial*.

⁴³ Vid. Enmienda núm. 78 de la *Ley de Inteligencia Artificial*.

⁴⁴ Vid Supra.

capacidades, limitaciones, algoritmos, datos utilizados, y los métodos de entrenamiento, prueba y validación, así como detalles sobre la gestión de riesgos asociados⁴⁵. Recomendaciones que se valoran como pertinentes para gestionar el efecto de caja negra⁴⁶ de los sistemas de IA. Los proveedores tienen la obligación de garantizar la solidez técnica, la ciberseguridad y un sistema de gestión de la calidad sólido, incluso posterior a la comercialización, de estos sistemas⁴⁷. En tal contexto, cabe resaltar que aunque los proveedores no funjan como sujetos directos de una relación jurídico-laboral, en el caso de los sistemas que operan en el ámbito del trabajo, el incumplimiento de las obligaciones previstas por la norma que acarren la afectación de derechos fundamentales de las personas trabajadoras, pudiera dar lugar a la ejercitación de acciones encaminadas a la imputación de responsabilidad a proveedores o desarrolladores⁴⁸.

En el caso de los implementadores, la ley los señala como aquellas personas físicas o jurídicas (autoridad pública, agencia u organismo de otra índole) bajo cuya autoridad se utilice el sistema de IA, excepto cuando se trate de una actividad personal de carácter no profesional⁴⁹. Extrapolándolo al ámbito del trabajo, los implementadores coincidirán potencialmente con el sujeto activo de la relación jurídico-laboral, esto es, con la persona del empleador que puede hacer uso de estos sistemas como parte de sus poderes de dirección. A los implementadores se les reconoce en la Ley de la IA un papel crítico por poseer un conocimiento más directo sobre el uso específico de estos sistemas, así como un entendimiento más detallado del contexto en que se emplearán, y de las personas o grupos de personas que puedan verse afectados por estos⁵⁰. En tal sentido, dentro de las principales obligaciones de los implementadores y, en específico, de los empleadores que pongan en marcha estos sistemas dentro de sus respectivas organizaciones para la gestión de la actividad laboral, cabe señalar: la identificación de riesgos no anticipados por los desarrolladores, la evaluación de impacto en los derechos fundamentales, la notificación y consulta de la evaluación de impacto, y el establecimiento de estructuras de gobernanza adecuadas⁵¹.

Para la identificación de riesgos no anticipados por los desarrolladores se deben señalar las

⁴⁵ Vid. Enmienda núm. 81 de la *Ley de Inteligencia Artificial*.

⁴⁶ Vid Supra.

⁴⁷ Vid. Enmienda núm. 85, 86, 87 y 89 de la *Ley de Inteligencia Artificial*.

⁴⁸ Se señala el derecho de regreso que puede tener el empresario frente al proveedor del sistema de IA, cuando deba asumir la responsabilidad frente a afectaciones de derechos fundamentales de los trabajadores. Del mismo modo, la posibilidad que tiene el trabajador de ejercitar una acción de responsabilidad civil extracontractual frente al proveedor o desarrollador. En tal sentido, se recomienda la obra de Jiménez Martínez, M.V., "La responsabilidad contractual del empresario por los daños provocados en los derechos fundamentales de los trabajadores: la discriminación algorítmica en la empresa desde la perspectiva del derecho civil", op. cit.

⁴⁹ Vid. Enmienda núm. 93 de la *Ley de Inteligencia Artificial*.

⁵⁰ Vid. Enmienda núm. 92 de la *Ley de Inteligencia Artificial*.

⁵¹ *Ibidem*.

potenciales lesiones a los derechos fundamentales no previstas durante la fase de desarrollo. Así, por ejemplo, un empleador que implemente un sistema de IA para la selección de personal, debe evaluar cómo este podría discriminar a candidatos de ciertos grupos demográficos, como minorías étnicas o mujeres, a partir de la identificación de elementos de diversidad que pueden no haber sido contemplados en los datos de entrenamiento. Por su parte, la evaluación de impacto en los derechos fundamentales deberá incluir un plan detallado que describa las medidas o herramientas destinadas a mitigar los riesgos que deriven de la implementación de estos sistemas. En el ámbito laboral, por ejemplo, antes de poner en funcionamiento un sistema de IA dirigido a monitorizar la productividad de los empleados, se deberá realizar una evaluación de impacto que contemple cómo podría verse afectada la privacidad de los trabajadores. Del mismo modo, qué medidas podrían adoptarse para minimizar los impactos negativos como, por ejemplo, limitar la recopilación de datos a lo estrictamente necesario y relevante para la actividad laboral. La evaluación de impacto debe ser notificada a la autoridad nacional de supervisión de la Ley de IA y, en la medida de lo posible, a las partes interesadas y a los representantes de los grupos afectados. La ley recomienda la intervención de estos últimos al momento de recopilar información relevante para la evaluación de impacto. Lo que, el ámbito del trabajo implica consultar a los trabajadores y representantes sindicales. Por último, el establecimiento de estructuras de gobernanza adecuadas abarca las disposiciones para la supervisión humana, así como los procedimientos para tramitar reclamaciones y procedimientos de recurso. En el ámbito laboral, por ejemplo, los empleadores deben establecer procedimientos claros para que los trabajadores puedan impugnar o solicitar la revisión de aquellas decisiones donde intervengan sistemas de IA que consideren injustas o incorrectas.

La versión anterior del Reglamento, aprobada en abril de 2021, fue criticada por no tomar en consideración, al momento de regular el uso de los sistemas de alto riesgo en el trabajo, las características de subordinación y dependencia que caracterizan las relaciones jurídicas laborales. De igual forma, se le urgió a incorporar la participación sindical activa y el diálogo social para controlar el impacto de los algoritmos y los sistemas de IA en el trabajo, criticando aquellos enfoques en la regulación que podrían limitarlo. Y se propuso que los empleadores solo pudieran utilizar la IA para decisiones importantes, siempre que estas sean comprensibles para todos, promoviendo una participación activa de los trabajadores y sus representantes en el proceso de toma de decisiones relacionadas con el uso de estos sistemas⁵².

Si bien tales señalamientos pueden considerarse vigentes en su mayor parte, cabe resaltar la introducción, en la última versión aprobada, de mecanismos protectores que pueden repercutir favorablemente en la defensa de los derechos fundamentales de los trabajadores. Entre estos, la

⁵² Se destacan los análisis de Álvarez Cuesta, H., "Propuesta de regulación europea de los algoritmos y contrapropuesta de directiva laboral" (en línea), en *Digitalización, recuperación y reformas laborales: Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, op.cit.

posibilidad de denunciar infracciones del Reglamento a la autoridad nacional de supervisión, así como de presentar reclamaciones contra los proveedores o implementadores de los sistemas de IA por las personas afectadas. En el contexto laboral, ello significa que los empleadores que utilicen sistemas de IA para la gestión del trabajo deben asegurar la existencia de procedimientos internos de reclamación, accesibles para los trabajadores. Cabe interpretar en consecuencia, la institución de otra vía que refuerza los mecanismos ya existentes para la defensa de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras frente al uso de sistemas de IA. Del mismo modo, que sin perjuicio de cualquier otro recurso administrativo o extrajudicial que proceda, los trabajadores tienen derecho a una tutela judicial efectiva frente a decisiones jurídicamente vinculantes tomadas por una autoridad de supervisión nacional que afecte sus derechos fundamentales, o en casos donde dicha autoridad no procese una queja, no lo actualice sobre su progreso o resultado preliminar, o no cumpla con su deber de emitir una decisión final respecto a la queja presentada⁵³.

Por último, también en sentido positivo, cabe destacar la alfabetización en IA que recomienda el Reglamento, entendida como el desarrollo de las habilidades, el conocimiento y la comprensión que habilitan a la toma de decisiones informadas sobre el uso de sistemas de IA⁵⁴. Ello cobra especial relevancia para la garantía de los derechos de información que se reconocen a las personas expuestas a sistemas de alto riesgo,⁵⁵ así como para los procesos de democratización y supervisión humana para la gestión de una IA ética, segura y fiable. En el ámbito laboral, la alfabetización en IA habilitará a los trabajadores y sus representantes para la toma de decisiones informadas frente al uso de sistemas de IA. Regulaciones todas que, si bien generales en su planteamiento, pueden valorarse como la puerta de entrada a regulaciones más específicas que desde el Derecho del Trabajo pueden, y deben, promulgarse.

5. Reflexiones finales

La Ley de Inteligencia Artificial representa un avance significativo en la regulación del uso de sistemas de IA en el espacio europeo. En el ámbito laboral, el enmarque de estos sistemas dentro de la categoría de alto riesgo, reconoce los potenciales efectos negativos de su uso para la protección de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Sin perder de vista los límites que entraña su naturaleza transversal, la Ley de la IA abre camino para regulaciones más específicas (y necesarias) que desde el Derecho del Trabajo cabe promulgar. Sus disposiciones complementan las garantías laborales ya presentes en el derecho social europeo y las legislaciones nacionales. Al tiempo que

⁵³ Vid. Enmienda núm. 133 de la *Ley de Inteligencia Artificial*.

⁵⁴ Vid. Enmienda núm. 28 y 214 de la *Ley de Inteligencia Artificial*.

⁵⁵ Vid. Enmienda núm. 134, 213 de la *Ley de Inteligencia Artificial*.

establece un precedente importante, de carácter vinculante, que puede ser utilizado para mediar en el clásico conflicto de intereses entre empleadores y trabajadores. Resulta evidente que la productividad e innovación que acompaña el uso de los sistemas de IA, precisa ser acompañada hoy, más que nunca, de garantías para la defensa de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Estudio

Trabajadores y protección de datos personales: nuevos mecanismos de control. El uso de datos biométricos

Mónica Arenas Ramiro

Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional
de la Universidad de Alcalá

Sumario

1. Introducción
2. El marco de referencia: el derecho a la protección de datos personales
3. La transformación digital y el poder de control empresarial: el uso de datos personales de los trabajadores
4. El uso de datos biométricos
5. Reflexión final
6. Bibliografía

Resumen

Los avances tecnológicos impregnan todos los ámbitos de nuestra sociedad, incluido el ámbito laboral y, con ello, aportan no sólo el beneficio de la modernización y eficiencia de los procesos productivos, sino que abren la puerta a un mayor poder de control empresarial de los trabajadores, amenazando así a sus derechos. Nos enfrentamos así a la necesidad de buscar un equilibrio entre dicho poder de dirección empresarial y el derecho a la protección de datos de los trabajadores, en tanto que el punto común de las nuevas herramientas de control serán los datos personales de los trabajadores, como comprobamos con los sistemas biométricos de reconocimiento facial o de control de huella dactilar. Por ello, en el presente trabajo, tras exponer qué principios deben cumplirse para tratar datos personales y analizar cómo el poder de control empresarial puede limitar los derechos de los trabajadores, daremos respuesta a si los sistemas biométricos de control de la jornada laboral son o no una medida legítima.

Palabras clave

Privacidad, datos personales, datos biométricos, transformación digital, sistemas de control.

1. Introducción

El imparable avance tecnológico y el proceso de digitalización que lo acompaña impregnan todos los ámbitos de nuestras sociedades, incluido el terreno laboral¹.

La automatización e informatización de numerosas actividades en el terreno laboral permiten no sólo modernizar procesos productivos y facilitar la actividad laboral de los trabajadores y su eficiencia, sino que, por otro lado, abren la puerta a nuevas formas de control empresarial. Hoy en día no podemos negar que el modelo de organización laboral actual está basado, entre otras cosas, en un sistema de “hiper vigilancia del trabajo”².

Sin detenernos en sistemas de supervisión del correo electrónico y medidas de videovigilancia, en la actualidad se presentan múltiples y variadas posibilidades de control empresarial basadas en sistemas de biometría o uso de datos biométricos como son la huella dactilar, la retina o el reconocimiento facial, e incluso se presenta la posibilidad -aunque no nos detendremos en este trabajo- de un control basado en herramientas de Inteligencia Artificial (IA) y algoritmos³. Así, por ejemplo, mediante el uso de datos biométricos empleados en herramientas de IA, podrían llegar incluso a reconocerse las emociones y datos de salud de los trabajadores, con las implicaciones que para su privacidad conlleva⁴.

¹ Según datos aportados por el Servicio de Estudios del sindicato UGT (“Dispositivos digitales, vigilancia y derecho a la intimidad. Comentarios jurídicos a la STS 225/2024, de 6 de febrero”, nº 63, marzo de 2024, p. 9), las herramientas digitales están de forma omnipresente en los puestos de trabajo: “en 2023 dos de cada tres personas trabajadoras usan un ordenador para su desempeño profesional, a un 43% se le provee de dispositivos móviles de uso empresarial y a finales de 2023, las personas que trabajaban en remoto superaban los tres millones”.

² López Ahumada, E.J., “Preámbulo: propuestas para una gobernanza justa de los derechos digitales de los trabajadores”, en *La gobernanza de los derechos digitales de las personas trabajadoras* (Dir. E.J. López Ahumada), Ediciones Cinca, Madrid, 2023, p. 9.

³ Cotino Hueso, L., “Control tecnológico y con Inteligencia Artificial del trabajador. Garantías de privacidad y protección de datos”, en Ramón Fernández, F. (Coord.), *Los nuevos retos de los derechos digitales*, Tirant Monografías, Valencia, 2022, pp. 119-138; y Galdón Clavel, G. (Coord.), *Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, mayo 2022. Vid, también, con referencia a las plataformas digitales en este proceso: Peral López, M.C., “Nuevas formas de trabajo, Inteligencia Artificial y plataformas digitales”, en *Diario La Ley*, nº 10425, Sección Tribuna, de 15 de enero de 2024, 11 pp.; y Monzón Pérez, H., “Directiva para la mejora de condiciones laborales y regular el uso de algoritmos en plataformas digitales”, en *Derecho Digital e Innovación*, nº 19, enero-marzo 2024, quien, al hilo de la reciente Directiva aprobada el 11 de marzo de 2024, nos habla de los casos de “dirección algorítmica” donde los usuarios o clientes de las plataformas en línea podrán supervisar la prestación de servicio con sus puntuaciones (arts. 7 a 15 de la citada Directiva). No obstante, el punto de partida sobre tratamiento de datos con IA en el entorno laboral debería ser el cumplimiento del art. 22 RGPD sobre elaboración de perfiles y decisiones automatizadas.

⁴ Sobre esta cuestión, vid. el interesante libro de Muñoz Ruiz, A.B., *Biometría y sistemas automatizados de reconocimiento de emociones: implicaciones jurídico-laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023. Al respecto, vid. *Directrices 5/2022 sobre el uso de técnicas de reconocimiento facial en el ámbito de aplicación de la Ley*, del CEPD, Apdos. 106 y 107 donde el CEPD señala que “está convencido de que el uso del reconocimiento facial o tecnologías similares, para inferir emociones de una persona física es altamente indeseable y debería prohibirse, posiblemente con algunas excepciones justificadas”. Asimismo, la AEPD ha señalado

Así, comprobamos que, en este proceso de digitalización y uso de estas nuevas herramientas como herramientas de control empresarial, se plantea la necesidad de encontrar un inevitable equilibrio entre los derechos e intereses del empresario y los derechos de los trabajadores, que no desaparecen en el marco de la relación laboral⁵. Más aún, como ha recordado nuestro Tribunal Constitucional (TC), “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”⁶. Por lo que de aquí se desprende que el empleador queda obligado a respetar los derechos fundamentales del trabajador⁷, aunque sin olvidar que los derechos fundamentales de éstos no son absolutos, como no lo es ningún derecho fundamental.

Por ello se hace imprescindible analizar si, en el marco de su poder de control, el empresario podrá o no utilizar datos biométricos para controlar a sus trabajadores, para controlar su asistencia y presencialidad en el puesto de trabajo, sin lesionar la vida privada de éstos.

No obstante, no podemos perder de vista que lo que está en juego, en último término, es la dignidad del trabajador y que, por ello, esta transformación digital, no puede perder los valores de justicia en los procesos de contratación, evaluación y supervisión de las personas contratadas, siendo necesario incluir valores éticos y sociales en el diseño de estas nuevas herramientas, reforzándose los principios de transparencia y prohibición de discriminación⁸. Como nos ha recordado nuestro Tribunal Constitucional, la dignidad del trabajador sólo se alcanza a través de las condiciones dignas del trabajo, lo que se plasma en un “trabajo productivo realizado en condiciones de libertad, equidad y seguridad, y que permita al trabajador el desarrollo de su personalidad y el respeto a su dignidad (art. 101 CE)”⁹.

en su procedimiento sancionador PS-00483/2023, de 9 de abril de 2024 que la tecnología biométrica “puede ser realmente intrusiva y requiere de un debate ético y jurídico sosegado, toda vez que puede tener efectos muy adversos en los valores fundamentales y la integridad humana” (FJ II, p. 15).

5 Como nos recuerda nuestro TC en su Sentencia 119/2022 (FJ 4.A).a), haciendo referencia a doctrina constitucional reiterada, en el ámbito de una relación laboral, ésta no puede implicar de ninguna manera la privación de los derechos de quienes prestan sus servicios en las organizaciones productivas. Así lo indicó en la STC 98/2000 (FJ 6º), con referencia a la STC 88/1985, FJ 2, y, posteriormente reiterado en las SSTC 6/1988, 129/1989, 126/1990, 99/1994, 106/1996, 186/1996, y 90/1997.

6 Vid. STC 119/2022 (FJ 4.A).a) con referencia, entre otras, a las SSTC 94/1984, 108/1989, 171/1989, 123/1992, 134/1994, y 173/1994, así como a la STC 11/1981 (FJ 22) citada también en la STC 186/2000 (FJ 6).

7 Vid. STC 119/2022 (FJ 4.A.a) con referencia a la STC 292/1993 (FJ 4).

8 Vid. Molina Navarrete, C., “Duelo al sol” (digital). ¿Un algoritmo controla mi trabajo? Sí; a tu empresa también”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº 457, 2021, p. 5, con referencia a Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa» (Dictamen de iniciativa) (537.o Pleno del Cese, 19.9.2018 – 20.9.2018) (DOUE C 440, de 6 de diciembre de 2018).

9 Vid. STC 119/2014, Voto particular de D. Valdés Dal-Ré. Con referencia a la misma, vid. Valle, J.M. Del, “La dignidad del trabajador: presupuestos tuitivos de la persona en el trabajo”, en *La gobernanza de los derechos digitales de las personas trabajadoras* (Dir. E.J. López Ahumada), Ediciones Cinca, Madrid, 2023, p. 32. Y sobre esta misma idea, el autor se refiere al hecho de que la dignidad humana se eleva a “piedra angular del Derecho”, como también lo hace Monereo Pérez, J.L., *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Ediciones Laborum, Murcia, 2019, p. 31.

Lo cual no será posible si el empresario hace un uso abusivo de su poder de control empresarial.

Como se ha señalado, la verdadera finalidad del control empresarial debería ser optimizar la producción, mejorar la productividad y la seguridad de sus trabajadores e instalaciones -de ahí también el empleo de nuevas herramientas tecnológicas-, pero no debería ser “censurar” al trabajador lesionando sus derechos¹⁰. Como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) “Cabe reiterar que, para ser fructíferas, las relaciones laborales deben basarse en la confianza mutua”¹¹. Deberíamos ser conscientes de que la persona, su dignidad, debería estar en el centro de esta transformación digital,¹² al margen de la relación laboral en la que se encuentre.

2. El marco de referencia: el derecho a la protección de datos personales

El vertiginoso avance y desarrollo de herramientas informáticas y tecnológicas y su impacto en la vida privada de las personas provocaron -a nivel internacional, europeo y nacional- el reconocimiento de un nuevo derecho fundamental: el derecho fundamental a la protección de datos personales.

Sin detenernos en el proceso de reconocimiento del derecho para pasar a analizar los principios y requisitos necesarios para poder tratar datos personales de forma legítima, sí que debemos -y queremos- dejar señalado que no podemos olvidar que estamos ante un derecho fundamental.

El derecho a la protección de datos se garantiza como el respeto a la vida privada, entre otros textos normativos, a nivel internacional por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH)¹³ y por el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH)¹⁴, junto con el Convenio nº 108 del Consejo de Europa de 1981, que regula expresamente los requisitos para tratar de forma lícita datos

10 Detallando más esta idea, vid. Gamarra Vílchez, L., “Contexto y promoción de los derechos digitales en el ámbito laboral”, en *La gobernanza de los derechos digitales de las personas trabajadoras* (Dir. E.J. López Ahumada), Ediciones Cinca, Madrid, 2023, pp. 57-59.

11 Vid. STEDH de 5 de septiembre de 2017, asunto Barbulescu contra Rumanía II (§ 121), con referencia a la STEDH de 12 de septiembre de 2011, asunto *Palomo Sánchez y otros contra España* (§ 76).

12 Así se recoge, entre otros, en la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios digitales para la Década digital, de 23 de enero de 2023. Vid. también, haciendo hincapié en esta idea, LÓPEZ AHUMADA, E.J., “Preámbulo:...”, *op. cit.*, pp. 11-12.

13 Adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Vid. art. 12 DUDH.

14 Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, en el marco del Consejo de Europa. Ratificado en España mediante Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente (BOE de 10 de octubre de 1979). Vid. art. 8 CEDH.

personales¹⁵.

Por su parte, a nivel europeo, actualmente son el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) los textos que garantizan el derecho a la protección de datos personales de forma expresa¹⁶, siendo el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) el que establece, con carácter general, los requisitos para el tratamiento de datos personales y su libre circulación¹⁷.

Por último, a nivel nacional, centrándonos en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la protección de datos personales no se recoge de forma expresa en nuestro texto constitucional, sino que es el artículo 18.4 Constitución Española (en adelante, CE) el que lo garantiza¹⁸, siendo así reconocido por nuestro Tribunal Constitucional (en adelante, TC). Como ha manifestado el Tribunal Constitucional, el derecho a la protección de datos personales protege la vida privada de las personas, el control de toda la información relativa a las mismas, y no sólo -y esto es lo realmente importante para establecer la diferenciación del derecho a la intimidad- la relativa a su esfera más íntima y que se quiere excluir de terceros sujetos. Se protegen también datos que no pertenecen a nuestra esfera íntima¹⁹. Esto es,

15 Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981. Instrumento de ratificación de 27 de enero de 1984 (BOE de 15 de noviembre de 1985). Actualmente dicho Convenio se encuentra en proceso de modernización, conocido como Convenio 108 +. Así se acordó mediante Protocolo de modificación del Convenio 108, elaborado por el Comité ad hoc de protección de datos (CAHDATA) y aprobado en la 128ª sesión del Comité de Ministros del Consejo de Europa celebrada en Elsinore (Dinamarca) los días 17 y 18 de mayo de 2018.

16 Vid. el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE de 30 de marzo de 2010), art. 16. Y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE de 30 de marzo de 2010), art. 8.

17 Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento europeo y del Consejo, 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 (Reglamento general de Protección de Datos) (DOUE de 4 de mayo de 2016).

18 Señala el art. 18.4 CE: “La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

19 Aunque el derecho a la protección de datos personales guarda una estrecha conexión con el derecho a la intimidad (reconocido por el artículo 18.1 CE), ambos son derechos diferentes y autónomos. Como ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional, el derecho fundamental a la protección de datos personales es un derecho autónomo e independiente del derecho fundamental a la intimidad: mientras el derecho fundamental a la protección de datos personales consiste en un poder de disposición sobre los propios datos personales, el derecho a la intimidad no implica un poder de disposición, sino el derecho a excluir a terceras personas del conocimiento de la vida personal. Dice el TC: “Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley, aquella que conforme al art. 18.4 CE debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 CE). La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran” (STC 292/2000, FJ 5º).

es el derecho que nos permite controlar lo que se hace con nuestros datos personales, sean íntimos o no²⁰. Es un poder de control sobre nuestra información personal. A nivel nacional, más allá de la aplicación del RGPD -por ser una norma de aplicación directa que no requiere de transposición al ordenamiento jurídico nacional, a diferencia de las conocidas Directivas-, en 2018 se aprobó la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales (LOPDGDD), encargada de regular, también, los llamados “derechos digitales” (entre los que encontraremos, para lo que aquí nos interesa, los relacionados con el ámbito laboral)²¹.

Si bien somos conscientes de que existen muchas otras normas, más allá de las citadas, que reconocen y garantizan la vida privada de los ciudadanos o regulan el derecho a la protección de datos y en diferentes ámbitos sectoriales²², nos centraremos en este trabajo en analizar lo dispuesto, con carácter general, en el RGPD y en la LOPDGDD, así como en la normativa laboral, con referencia expresa a los pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes en la materia, y a la doctrina de las Autoridades administrativas independientes de protección de datos como son el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) y la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)²³.

Una vez citadas las normas que vamos a tomar de referencia, para entender el porqué de su aplicación en el ámbito laboral, lo primero que debemos tener presente es que dichas normas regulan el tratamiento de datos personales, éste es su objeto, los datos personales²⁴. Por lo tanto, si en el entorno laboral se produce un tratamiento de datos personales, dichas normas deben aplicarse con carácter general o de forma subsidiaria cuando la normativa laboral prevea alguna excepción o especialidad²⁵.

Así las cosas, se hace necesario, en primer lugar, saber cuándo estamos ante datos personales y

20 STC 292/2000, FJ 6º.

21 Las referencias a los derechos digitales en el ámbito laboral las encontramos en los arts. 87 a 91 LOPDGDD (Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral; Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral; Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo; Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral; y Derechos digitales en la negociación colectiva).

22 A nivel nacional, por ejemplo, podemos citar la LO 7/2021, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales (BOE de 27 de mayo); o, aunque sin carácter vinculante, la “Carta de Derechos Digitales de España”, como parte de uno de los compromisos del Plan de España Digital 2025, presentada el 14 de julio de 2021.

23 Reconocidos, respectivamente, el CEPD en los arts. 68 a 76 RGPD (con referencia en el Cap. VI (arts. 51 a 59) a las Autoridades independientes); y la AEPD en el Tít. VII LOPDGDD (y más concretamente sobre la AEPD, arts. 44 a 56).

24 Art. 1 RGPD y art. 1 LOPDGDD.

25 Las normas de protección de datos vigentes se aplicarán a todo tratamiento de datos personales que se realice en territorio español -ya sea un tratamiento manual o total o parcialmente automatizado-, o que, realizándose fuera de nuestras fronteras, utilice medios situados en nuestro territorio (salvo que dichos medios se utilicen sólo con fines de tránsito) o si los destinatarios de dicho tratamiento son sujetos que se encuentren en España (arts. 3 RGPD y 2 LOPDGDD).

cuándo los estamos tratando.

El RGPD define dato personal en su art. 4.1) como “toda información sobre una persona física identificada o identificable”. Y dado que la identificación del interesado puede hacerse directa o indirectamente, dicha información puede ser “un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona” (art. 4.1) RGPD). Esto es, un dato personal es desde un nombre y apellidos, hasta cualquier otra información que revele hábitos, preferencias, datos de localización, genéticos, culturales, sociales o forma de vida. Así, por ejemplo, la voz, una fotografía, datos biométricos como las huellas dactilares, o bien, las opiniones políticas, son datos de carácter personal. Más concretamente, para lo que aquí vamos a analizar, son datos biométricos: “datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos” (art. 4.14) RGPD). Debemos dejar señalado, además, que los datos biométricos entran dentro de la categoría que se conoce como datos sensibles o especialmente protegidos y sobre los que versa una prohibición inicial de tratamiento,²⁶ como luego veremos.

La definición de dato personal nos lleva a realizar tres aclaraciones: primero, que debemos referirnos a una persona identificada o identificable. En este sentido, se abarca cualquier tratamiento que pueda llegar a identificar a una persona física, ya sea directa o indirectamente. Segundo, que debe ser una persona física, quedando así excluidas del ámbito subjetivo de aplicación de la LOPDGDD las personas jurídicas como titulares del derecho. Y tercero, que, en todo caso en líneas generales, se refiere a personas físicas vivas, quedando también excluidos de la normativa de protección de datos -con algunos matices vinculados a los herederos- los datos relativos a las personas fallecidas (art. 3 LOPDGDD).

Por otra parte, un tratamiento de datos personales es, según el art. 4.2) RGPD, “cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción”. Esto es, prácticamente cualquier actividad que se lleve a cabo con

26 Señala el art. 9.1 RGPD: “Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física”.

datos personales supone un tratamiento de datos personales y, por lo tanto, sometido a la normativa de protección de datos.

Más allá de estas definiciones, el derecho a la protección de datos personales descansa sobre una serie de principios esenciales y necesarios para que el tratamiento de dichos datos pueda llegar a producirse. Estos principios pueden agruparse, como hace la normativa europea, en los principios relativos al tratamiento (art. 5 RGPD) y los principios relativos a la legitimidad o licitud del tratamiento (art. 6 RGPD)²⁷.

No obstante, tenemos que recordar aquí que, al margen de lo previsto en la normativa laboral con carácter específico, los principios relativos al tratamiento de datos personales deben cumplirse siempre²⁸. Si no se cumplen estos principios, no se podrán tratar datos personales bajo ninguna excepción. Los principios marcarán las condiciones en las que se pueden tratar datos personales y qué es lo que permite tratarlos. Son dos condiciones que deberán cumplirse de forma conjunta. Esto es, aunque se tenga una base de legitimación, si no se cumplen los principios del tratamiento, los datos personales no podrán ser tratados, y a la inversa.

Sin entrar en detalle en todos y cada uno de los principios recogidos en la normativa de protección de datos, ofreceremos aquí una breve descripción de los mismos para poder luego aplicarlos al ámbito laboral.

Entre los principios relativos al tratamiento de datos, previstos en el art. 5 RGPD, en primer lugar, encontramos el principio de licitud, legitimidad y transparencia (art. 5.1.a) RGPD). Así, para que un tratamiento de datos personales pueda considerarse lícito, los datos se tratarán de forma leal y transparente respecto del titular de los datos. En este sentido, por un lado, no se pueden recoger datos de forma fraudulenta o ilícita; y, por otro lado, esa obligación de transparencia también se reconoce como uno de los derechos de los titulares de los datos personales a ser informados.

En segundo lugar, debe cumplirse con el principio de limitación de la finalidad (art. 5.1.b) RGPD). Los datos personales deben recogerse con una finalidad determinada, explícita y legítima, que permita a su titular controlar el uso que se hará de los mismos. Esto provoca que los datos personales no sean tratados con objetivos indeterminados o no explícitos; y, por otro lado, que no puedan ser utilizados para finalidades “incompatibles” con aquéllas para las que originariamente fueron recogidos. Por

²⁷ La LOPDGDD recoge en su Título II (arts. 4 a 10) los Principios de protección de datos sin hacer distinción alguna. No obstante, seguiremos la distinción que hace el RGPD (arts. 5 y 6 RGPD, respectivamente).

²⁸ De hecho, sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito laboral podemos citar la *Guía de la AEPD sobre Protección de datos en las relaciones laborales*, publicada en mayo de 2021.

este motivo, el tratamiento de datos personales con fines distintos de aquellos para los que hayan sido recogidos inicialmente solo debe permitirse cuando sea compatible con los fines de su recogida inicial²⁹.

Se considera que siempre es compatible con la finalidad para la que son recogidos los datos personales, todo tratamiento que tenga como objetivo fines históricos, estadísticos o científicos, y, en todo caso con fines de archivo en interés público (art. 5.1.b) RGPD). En todo caso, no podemos olvidar que el tratamiento de los datos con estas finalidades compatibles debe verse sometido a la existencia de unas garantías adecuadas y que, como dice el RGPD, sean medidas que garanticen la aplicación de medidas técnicas y organizativas con plena observación del principio de minimización de los datos, incluyendo técnicas de pseudonimización (art. 89.1 RGPD).

En tercer lugar, encontramos el principio de minimización (art. 5.1.c) RGPD). Es una de las reglas básicas extraídas de la normativa europea que guarda relación con la exigencia del principio de que sólo se deben tratar los datos estrictamente necesarios para la finalidad que se persigue. En este sentido, los datos personales recogidos deben adecuarse a la finalidad para la que van a ser tratados y no deben ser más de los necesarios para cumplir con la misma. Así, esta adecuación, pertinencia y excesividad sólo podrá medirse si se pone en relación con la finalidad para la que son recogidos los datos personales.

En cuarto lugar, se exige cumplir con el principio de exactitud (art. 5.1.d) RGPD). Este principio se recoge expresamente no sólo en el RGPD, sino en la actual LOPDGDD, en su artículo 4. Como en el caso anterior, guarda relación con la exigencia de que los datos tratados sean exactos. Es necesario que los datos sean exactos y estén puestos al día. De esta forma, por ejemplo, no cumpliría con el requisito de exactitud el hecho de tener una base de datos con direcciones o fechas de nacimiento erróneas.

En quinto lugar, el RGPD se refiere al principio de conservación de los datos (art. 5.1.e) RGPD). Los datos personales deben ser cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la que fueron recogidos. Se podrán conservar por más tiempo si se prevé conservar exclusivamente para fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos. En todo caso, los datos deberán conservarse de forma que permitan la identificación de los interesados y se hayan implantado las correspondientes medidas de seguridad.

²⁹ Así, por ejemplo, aunque existe una base legal para el control ejercido sobre los empleados, la STS 194/2022 ha señalado que revisar las cuentas bancarias de una empleada de un banco ante el incumplimiento de sus obligaciones laborales para avalar su despido lesiona el principio de finalidad previsto en la normativa de protección de datos. Vid. STS, Sala Social, 194/2022, de 8 de marzo. Sobre la STS 194/2022, vid. Richard González, M., "Criterios jurisprudenciales para el uso de datos de los trabajadores en poder de la empresa a efectos de prueba de actividades susceptibles de despido", en *La Ley Probática*, nº 8, 2022.

En un pronunciamiento del 2024 en relación con la conservación de datos biométricos -aunque en el contexto del tratamiento por parte de autoridades policiales para fines de prevención e investigación de delitos-, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha considerado que el responsable del tratamiento tiene la obligación de revisar periódicamente si la conservación sigue siendo necesaria a la vista de los fines para los que fueron tratados o, en su caso, a la limitación de su tratamiento, permitiendo la supresión de los datos cuando no lo fuere. El TJUE añade que una conservación con carácter general e indiferenciada de datos biométricos -en este caso era hasta el fallecimiento de la persona que había sido condenada por sentencia firme por un delito doloso- no refleja el justo equilibrio entre los intereses públicos y privados que puedan concurrir, debiendo permitirse su conservación sólo cuando fuera estrictamente necesario³⁰.

En sexto lugar, se impone cumplir con el principio de integridad y confidencialidad (art. 5.1.f) RGPD). El principio de confidencialidad es uno de los pocos principios que se recoge también de forma expresa en la LOPDGDD en su artículo 5. Los tratamientos de datos deben garantizar su seguridad evitando un tratamiento no autorizado o ilícito aplicando las medidas técnicas u organizativas adecuadas. Nos remite, por lo tanto, a la necesidad de implementar medidas de seguridad y a un deber de confidencialidad de la información tratada (art. 32 RGPD).

Junto a los anteriores principios, la normativa de protección de datos exige cumplir con un principio que enmarca los anteriores. Nos referimos al principio de responsabilidad proactiva (art. 5.2 RGPD). Este principio significa que el sujeto que trata datos personales (el denominado responsable del tratamiento) debe cumplir con la normativa de protección de datos y debe poder demostrar que cumple. Es una novedad introducida por el RGPD: el responsable del tratamiento está obligado a cumplir con todos los principios del tratamiento de datos personales y, lo que es más importante, debe ser “capaz de demostrarlo” (art. 5.2 RGPD). Nuestra LOPDGDD se refiere a este principio con la exigencia de “*medidas de responsabilidad activa*” al Responsable y al Encargado del tratamiento (Cap. I del Tít. V LOPDGDD)³¹.

Junto a estos principios, todo tratamiento de datos personales debe tener una base de legitimación, esto es, el motivo o la causa que permite realizar dicho tratamiento. El RGPD hace referencia a todas aquellas circunstancias que legitiman el tratamiento de datos personales en su art. 6, y a las causas que lo legitimen en relación con el tratamiento de datos sensibles -levantando así la prohibición inicial

³⁰ STJUE de 30 de enero de 2024 (asunto C-118/22), §§ 43-45, 52 y 63-69 (especialmente §§ 52 y 67). Esta sentencia hace referencia (§ 64) a la STJUE de 26 de enero de 2023 (asunto C 205/21), §§ 128 y 129; así como a la doctrina del TEDH en el mismo sentido (§§ 65 y 66): STEDH de 4 de diciembre de 2008, caso S. y Marper contra Reino Unido, §§ 125 y 126, y STEDH de 13 de febrero de 2020, caso Gaughran contra Reino Unido, § 93.

³¹ Art. 4.7) RGPD define al “responsable del tratamiento” o “responsable” y el art. 4.8) RGPD define al “encargado del tratamiento”.

de tratamiento que versa sobre ellos- en su artículo 9.2 RGPD.³²

Conforme al art. 6 RGPD, estas bases de legitimación serán: el consentimiento expreso del titular de los datos (a); la existencia de un contrato (b); una obligación legal (c); el interés vital (d); la concurrencia de un interés público ("esencial" para el caso de que se traten datos especialmente protegidos) o el ejercicio de poderes públicos(e); o un interés legítimo (f).

Por su parte, el art. 9.2 RGPD, en relación con el tratamiento de datos especialmente protegidos, como son los datos biométricos, señala que la inicial prohibición de tratamiento podrá quedar levantada: si el interesado dio su consentimiento (a); si el tratamiento es necesario para cumplir con obligaciones o derechos específicos (b); si el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o un tercero (c); si el tratamiento se refiere a datos que el interesado ha hecho manifiestamente públicos (d); si el tratamiento es necesario para la defensa de reclamaciones (f); si el tratamiento es necesario para fines de medicina preventiva o laboral (h); si el tratamiento es necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública (i); o si el tratamiento es necesario con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica, histórica o estadísticos (j).

Sin entrar en detalle en cada una de estas bases de legitimación, para su mejor comprensión, debemos ofrecer una breve descripción de las mismas.

Así, en primer lugar, en relación con el consentimiento, la regla general, tal y como exigen el RGPD y la LOPDGDD es que, para que el tratamiento sea lícito, debe contar con el consentimiento del titular de los datos. El consentimiento es la manifestación de voluntad libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen (arts. 4.11) RGPD)³³. De esta forma, para que se pueda dar este consentimiento, el sujeto debe estar previamente informado del tratamiento de datos personales que se va a efectuar. Incluso habrá que informar en aquellos casos en los que se recojan datos sin previo consentimiento del interesado y se solicite éste después. De ahí que la información, a pesar de ser también un derecho del titular de los datos, se convierta en un principio legitimador de todo tratamiento. 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 (arts. 12, 13 y 14 RGPD). Y para que sea libre, se entiende que no debe existir un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento. Por este motivo, las Autoridades de protección de datos han venido

³² Entre los principios que la LOPDGDD recoge en relación con las bases de legitimación o licitud de los tratamientos de datos efectuados, sólo se incluyen el relativo al consentimiento (arts. 6 y 7 LOPDGDD) y los tratamientos de datos efectuados por obligación legal, interés público o ejercicio de poderes públicos (art. 8 LOPDGDD).

³³ Con el fin de aclarar los criterios exigibles al consentimiento a la hora de tratar datos personales, el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) aprobó en mayo de 2020 sus Directrices 5/2020. Vid. *Directrices 5/2020 sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679*, adoptadas el 4 de mayo de 2020.

considerando, con carácter general, que el consentimiento no debería ser la base de legitimación en los tratamientos de datos personales llevados a cabo en las relaciones con la Administración pública o, para lo que aquí nos interesa, en el ámbito laboral, a no ser que el empleador pueda demostrar que el consentimiento se ha dado libremente³⁴.

Sobre la forma en la que prestar el consentimiento, se produce un cambio relevante en la normativa española pues el RGPD elimina la posibilidad de un consentimiento tácito, siendo válido sólo el consentimiento expreso. Será el Responsable de un tratamiento de datos el que deberá asegurarse de contar de forma expresa con el consentimiento del titular de dichos datos, obligándose así a contar con una declaración o una clara acción afirmativa del titular de los datos. Para el caso de que el consentimiento sea prestado por un menor de edad, se requerirá siempre el consentimiento de sus padres o tutores, excepto para el caso del tratamiento de datos personales de mayores de 14 años (arts. 8 RGPD y 7 LOPDGDD), donde el consentimiento del menor será el único necesario para tratar sus datos personales.

Para lo que aquí nos interesa, en relación con el tratamiento de datos biométricos, consideramos, como hemos dicho, datos sensibles o “categorías especiales de datos”, como señala la LOPDGDD, el consentimiento de su titular no será suficiente para su tratamiento, con el fin de evitar situaciones discriminatorias y se deberá contar con otra de las bases de legitimación previstas (art. 9 LOPDGDD y art. 6 RGPD).

Así las cosas, para el caso de que no se cuente con el consentimiento del interesado a la hora de tratar datos personales, el tratamiento será lícito si se cuenta con otra base de legitimación, con la matización de los datos especialmente protegidos.

Entre estas bases de legitimación, más allá del consentimiento, en segundo lugar, encontramos la existencia de un contrato o precontrato. Un tratamiento de datos es lícito no sólo en el contexto del contrato en el que el interesado es parte, o para la aplicación (a petición de éste) de medidas precontractuales, sino en el de la intención de concluirlo. En este tipo de tratamientos en el marco de un contrato debemos tener en cuenta que el RGPD considera que hay que presumir que el consentimiento prestado no será un consentimiento dado libremente. Para analizar el grado de libertad con el que se presta el consentimiento en estos casos, se deberá tener en cuenta, en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de dicho contrato se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para dicha ejecución. Para lo que aquí nos interesa, el CEPD ha considerado que el consentimiento prestado en el ámbito laboral no es un consentimiento libre.

³⁴ Considerando 43 RGPD y Directrices 5/2020 del CEPD, Apdos. 16 a 24 (especialmente apdo. 22).

En segundo lugar, otra base de legitimación puede ser la existencia de una obligación legal. Las referencias a la legitimación atribuida por una norma, o por una obligación legal, que debe ser aplicable al responsable del tratamiento, debe entenderse hecha no sólo a la normativa general y horizontal sobre protección de datos, sino también a las normas sectoriales específicas en ámbitos que precisan disposiciones más específicas. En todo caso, la obligación legal debe tener como base el Derecho de la Unión o el propio del Estado miembro. Así, por ejemplo, en el ámbito laboral, la referencia más común será al Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET)³⁵. Asimismo, este tipo de legitimación guarda una estrecha relación con el tratamiento que realizan las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias, pues las mismas actuarán porque exista una norma que así lo establezca, por tener que cumplir con una obligación legal.

Otra base de legitimación será la existencia de un interés vital. El interés vital debe entenderse como el interés esencial para la vida del interesado o la de otra persona física. Debemos entender que esta base es una base residual, es decir que será empleada si el tratamiento no pueda basarse manifiestamente en una base jurídica diferente. Un ejemplo muy evidente del uso de datos personales con esta finalidad se pudo comprobar durante los numerosos tratamientos de datos de salud que se produjeron de forma legítima durante la pandemia por COVID19.

Una quinta base de legitimación podría ser la concurrencia de un interés público. Debemos entender que el concepto de interés público, o de misión realizada en interés público, hace referencia al bien común de la sociedad entera. Los ejemplos más típicos son los ámbitos educativos y sanitarios. Asimismo, el tratamiento de datos en interés público, en todo caso, debe tener una base en el Derecho de la Unión o en el de los Estados miembros. Junto al interés público, propio como regla general de las Administraciones públicas, también encontramos otra base de legitimación para el tratamiento como es el ejercicio de poderes públicos. La actividad de las Administraciones Públicas, su interés o competencia deberán estar establecidos en una norma de rango legal.

Por último, como última base de legitimación, se podrá alegar un interés legítimo en tratar datos personales siempre que no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades del interesado, teniendo en cuenta las expectativas razonables de los interesados basadas en su relación con el responsable. Todo ello implica que es necesario analizar el caso concreto y realizar una ponderación para poder determinar si prevalece o no el interés legítimo. Esta ponderación deberá ser además especialmente cualificada si estamos hablando del tratamiento de datos de menores. Las Administraciones públicas no podrán alegar un interés legítimo en el ejercicio de sus competencias pues se encuentran sometidas al principio de legalidad y no podrán hacer nada más allá de lo que le indiquen las leyes (como se

³⁵ 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).

deriva del art. 103 CE)³⁶.

Así las cosas, cuando estemos ante un tratamiento de datos personales deberán cumplirse los citados principios, previstos tanto en el RGPD como en la LOPDGDD, más allá de lo expresamente previsto en la normativa laboral, como ahora veremos.

3. La transformación digital y el poder de control empresarial: el uso de datos personales de los trabajadores

3.1. El poder de control empresarial

Como ha quedado dicho, el proceso de modernización, informatización o digitalización también ha alcanzado al ámbito laboral y, más concretamente, a los mecanismos o medios de control empleados por el empresario respecto de sus trabajadores.

Formas más tradicionales de control se podían centrar en actos como la revisión de las taquillas de los trabajadores, pasando estos controles presenciales a otros caracterizados por la observación o vigilancia a distancia de los mismos y de su desempeño. Con el proceso de transformación digital e informatización, las herramientas destinadas a dicho control pasan a ser múltiples y muy variadas. Así, por ejemplo, tenemos mecanismos de geolocalización, videovigilancia o herramientas que requieren del uso de datos biométricos como las huellas dactilares, el iris, o sistemas de reconocimiento facial.

De forma más reciente el control de los trabajadores se ha centrado en la vigilancia del correo electrónico y del uso de Internet, o en la implementación de sistemas de videovigilancia, dando paso a formas de vigilancia más avanzadas de control de accesos o de control de la jornada laboral y de presencialidad que pueden llevar a resultar potencialmente más intrusivos en la vida privada de los trabajadores, en sus derechos³⁷. Compartimos la idea, como dijimos al comienzo del presente trabajo, de que el modelo de organización laboral actual está basado, entre otras cosas, en un sistema de “hiper vigilancia del trabajo”³⁸.

En todo caso, lo que tienen en común todos estos mecanismos o herramientas es que se nutren de datos personales de los trabajadores, tratan sus datos personales y, por lo tanto, será de aplicación, como ha quedado dicho, la normativa de protección de datos personales.

³⁶ Así se indica expresamente en el art. 6.1 RGPD: “Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones”.

³⁷ Roldán Martínez, A., “Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral”, en *La gobernanza de los derechos digitales de las personas trabajadoras* (Dir. E.J. López Ahumada), Ediciones Cinca, Madrid, 2023, p. 161, quien habla de “medidas de ciberseguridad”.

³⁸ López Ahumada, E.J., “Preámbulo:...”, *op. cit.*, p. 9.

De hecho, incluso más allá de la exigencia del cumplimiento de los principios generales para tratar datos personales en el ámbito laboral, es la propia LOPDGDD ya citada la que, en su Título X destinado a la regulación de los derechos digitales, reconoce un conjunto de derechos vinculados al ámbito laboral y destinados a la defensa de los datos personales de los trabajadores en el ámbito digital. Como se ha dicho “se trata de una tutela de los riesgos de la era digital, en virtual de la comunicación de los datos masivos en el trabajo”³⁹.

No obstante, a pesar de la previsión de la LOPDGDD de tutelar a los trabajadores en el ámbito digital y proteger sus derechos -como a la desconexión digital (art. 88 LOPDGDD), a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales facilitados por la empresa (art. 87 LOPDGDD), o frente al uso de los dispositivos de vigilancia y de grabación de sonidos (art. 89 LOPDGDD), o ante la utilización de sistemas de geolocalización (art. 90 LOPDGDD)-, en ningún caso se menciona el empleo de técnicas o herramientas de biometría y, mucho menos, en relación con su uso para el control horario o de presencialidad del trabajador.

Por otro lado, en esta línea, en el marco jurídico laboral, el ET también garantiza la intimidad de los trabajadores y el derecho a la desconexión⁴⁰, como también lo hace la Ley 10/2021 del Trabajo a distancia al garantizar la intimidad y la protección de datos de los trabajadores⁴¹, y la desconexión digital⁴².

Pero, si por un lado tenemos garantizados los derechos de los trabajadores, por otro lado, es el art. 20

³⁹ López Ahumada, E.J., “Preámbulo:...”, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁰ Señala el art. 20.bis) ET: “Artículo 20 bis. Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión. Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.

⁴¹ Ley 10/2021, de 9 de julio, de Trabajo a distancia (BOE de 10 de julio). En su art. 17, regulando el derecho a la intimidad y protección de datos, se dice: “1. La utilización de los medios telemáticos y el control de la prestación laboral mediante dispositivos automáticos garantizará adecuadamente el derecho a la intimidad y a la protección de datos, en los términos previstos en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los medios utilizados. 2. La empresa no podrá exigir la instalación de programas o aplicaciones en dispositivos propiedad de la persona trabajadora, ni la utilización de estos dispositivos en el desarrollo del trabajo a distancia. 3. Las empresas deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos legal y constitucionalmente. En su elaboración deberá participar la representación legal de las personas trabajadoras. Los convenios o acuerdos colectivos podrán especificar los términos dentro de los cuales las personas trabajadoras pueden hacer uso por motivos personales de los equipos informáticos puestos a su disposición por parte de la empresa para el desarrollo del trabajo a distancia, teniendo en cuenta los usos sociales de dichos medios y las particularidades del trabajo a distancia”.

⁴² Art. 18 Ley 10/2021 de Trabajo a distancia.

ET, concretamente su apartado tercero, el que reconoce el poder de dirección del empresario con el fin de controlar el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales de sus trabajadores.

Señala expresamente el art. 20.3 ET respecto de la dirección y control de la actividad laboral: “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”⁴³. Y, en esta misma línea, el art. 22 de la Ley del Trabajo a distancia también reconoce dichas facultades de control empresarial y señala que “La empresa podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de medios telemáticos, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, sus circunstancias personales, como la concurrencia de una discapacidad”⁴⁴.

No obstante, ninguna de las dos normas se refiere de forma expresa a sistemas de biometría y, mucho menos, se recoge como una de las “medidas que se estimen más oportunas” derivadas de ese poder de vigilancia y control.

Las normas laborales no recogen expresamente el uso de sistemas biométricos como una de las medidas a emplear por el empresario dentro de sus funciones de control de los trabajadores. Pero es que tampoco lo hacen dichas normas en relación, con lo que aquí nos interesa, para el control horario o de la jornada laboral.

Así, cuando el ET se refiere al registro de la jornada laboral en su art. 34.9 indica sólo que la empresa será la encargada de garantizar el registro diario de jornada y de conservar dichos registros durante un plazo de cuatro años⁴⁵. E, igualmente, la Ley del Trabajo a distancia en su art. 14 se limita a señalar que

⁴³ Vid. Roldán Martínez, A., “Derecho a la intimidad...”, *op. cit.*, p. 159, quien nos recuerda que no hay que olvidar que dicho poder de control es reflejo de los derechos constitucionales reconocidos en los artículos 33 y 38 CE, que reconocen, respectivamente, los derechos a la propiedad privada y a la libertad de empresa.

⁴⁴ El art. 22 Ley 10/2021 de Trabajo a distancia señala: “Artículo 22. Facultades de control empresarial. La empresa podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de medios telemáticos, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, sus circunstancias personales, como la concurrencia de una discapacidad”.

⁴⁵ El art. 34.9 ET fue introducido en el ET por el art. 10 del RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (BOE de 12 de marzo). Indica expresamente el citado art.: “La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo. Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada. La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”.

el sistema de registro horario reflejará el momento de inicio y finalización de la jornada⁴⁶. Pero nada dicen del uso de sistemas biométricos en dicho proceso o de la conservación de datos biométricos.

La única previsión contenida en las citadas normas laborales, e incluso en la LOPDGDD, y que debería cumplirse si se quisieran implementar “dispositivos digitales” o “sistemas de organización y control del trabajo” -y, por tanto, sistemas biométricos para control horario o de presencialidad-, porque así lo exigen dichas normas, sería la necesaria negociación de su elaboración, implementación y uso con los representantes de los trabajadores, no pudiendo ser medidas impuestas de forma unilateral por el empresario⁴⁷. Incluso en el caso del trabajo a distancia se exige, además, “de forma expresa” la correspondiente información sobre los medios de control del empresario en el acuerdo suscrito con el trabajador⁴⁸. Así lo ha reconocido también de forma expresa nuestro Tribunal Supremo (TS) en su Sentencia 225/2024⁴⁹. En la citada Sentencia, el TS -anulando la Instrucción empresarial que establecía los criterios y normas sobre uso de equipos informáticos y correos corporativos-, recuerda la obligación de negociar con los representantes de los trabajadores no sólo los criterios de utilización de los dispositivos digitales, sino cualquier modificación, ampliación, restricción o especificación de los mismos⁵⁰.

46 Señala el art. 14 Ley 10/2021 del Trabajo a distancia: “Artículo 14. Derecho al registro horario adecuado. El sistema de registro horario que se regula en el artículo 34.9 del Estatuto de los Trabajadores, de conformidad con lo establecido en la negociación colectiva, deberá reflejar fielmente el tiempo que la persona trabajadora que realiza trabajo a distancia dedica a la actividad laboral, sin perjuicio de la flexibilidad horaria, y deberá incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada”.

47 Así se deriva del art. 87.3 LOPDGDD, que señala: “3. Los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. En su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores. El acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados. Los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado.”. Aunque también lo prevé el art. 64.5.f) ET que, en relación con los derechos del Comité de Empresa, señala: “El comité de empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por este, sobre las siguientes cuestiones: (...) f) 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 puestos de trabajo”. Lo que también se debería producir si se emplearan algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que puedan incidir en las condiciones de trabajo, acceso y mantenimiento del empleo (como se deriva del art. 64.4.d) ET).

48 Así, el art. 7.h) Ley 10/2021 del Trabajo a distancia señala que en el acuerdo individual que el trabajador suscriba con el empresario para trabajar a distancia, se deberá hacer referencia de forma expresa de los medios de control del empresario. Al respecto, vid. Rodríguez Escanciano, s. / Álvarez Cuesta, H., “La toma de decisiones automatizadas en el marco de la relación laboral: otra vuelta de tuerca al poder de dirección y vigilancia empresarial”, en *La gobernanza de los derechos digitales de las personas trabajadoras* (Dir. E.J. López Ahumada), Ediciones Cinca, Madrid, 2023, pp. 127-143.

49 STS 225/2024, Sala de lo Social, de 6 de febrero. Sobre esta sentencia, vid., entre otros, el análisis efectuado por el Servicio de Estudios del sindicato UGT, de marzo de 2024, n° 63, sobre “Dispositivos digitales, vigilancia y derecho a la intimidad. Comentarios jurídicos a la STS 225/2024, de 6 de febrero”.

50 STS 225/2024, FJ 3.3.

Asimismo, de manera interesante, la citada STS 225/2024 diferencia entre el poder de dirección del empresario previsto en el ET y el establecimiento de los criterios de utilización de los dispositivos digitales regulado en la LOPDGDD porque, a juicio del Tribunal “obedecen a lógicas diferentes”: la STS señala que mientras el poder de dirección del empresario se trata de un “precepto general aplicable a todo tipo de actividad, con independencia de los medios materiales que se usen para la realización del trabajo”, el establecimiento de los criterios para el uso de dispositivos digitales resulta una especificación de dicho poder y “faculta al empresario para establecer normas y criterios para la utilización de los mismos, a la vez que establece limitaciones a ese poder de especificación empresarial vinculadas al derecho a la intimidad de los trabajadores”⁵¹.

La inseguridad que se genera en el ámbito laboral por el hecho de dejar en manos del empresario el decidir las medidas que estime más oportunas y al tener que establecer los criterios de uso de nuevas herramientas tecnológicas para dicho control, ha provocado que sean los Tribunales y las Autoridades de protección de datos los encargados de ofrecer esa seguridad jurídica y concretar esas medidas de control y determinar cuándo las mismas son o no legítimas.

3.2. Estándares jurisprudenciales y doctrinales

Los Tribunales y las Autoridades de protección de datos han venido elaborando un conjunto de estándares con el fin de establecer unos criterios uniformes a la hora de que la empresa o el empresario pudieran ejercer su poder de dirección -adoptando las medidas que consideraran más oportunas de vigilancia y control-, garantizándose a la vez el derecho a la protección de datos personales de los trabajadores.

No es infrecuente que el empresario utilice como argumento para el despido de un trabajador los datos personales del mismo obtenidos de las herramientas destinadas al control empresarial o puestas a disposición del mismo (imágenes captadas con sistemas de videovigilancia, control del correo electrónico o revisión de los sistemas de geolocalización, entre otros)⁵². Pero debemos recordar

⁵¹ STS 225/2024, FJ 3.2.

⁵² Asimismo, levantando polémica en los últimos años, también se están planteando cuestiones relacionadas, no tanto con el uso de los dispositivos que el empresario pone a disposición de los empleados, sino los dispositivos personales que el propio trabajador pone a disposición de la empresa (lo que se conoce por las siglas BYOD (*Bring your own device* o Trae tu propio dispositivo)). Sobre esta cuestión, vid. Montesdeoca Suárez, A., “Los derechos digitales laborales en la jurisprudencia”, en *La gobernanza de los derechos digitales de las personas trabajadoras* (Dir. E.J. López Ahumada), Ediciones Cinca, Madrid, 2023, p. 269, quien plantea la interesante reflexión sobre el hecho de que “no estamos siendo conscientes de la repercusión de este modelo, la renuncia de las personas trabajadoras a su derecho a la privacidad en sentido amplio en beneficio única y exclusivamente de la empresa”. Destacamos aquí los casos en los que se utilizan sistemas denominados de doble factor de autenticación como medida de seguridad para evitar los ciberataques a la red informática de la empresa, y donde el empresario requiere el uso del teléfono personal de los empleados. Al respecto vid. la Sentencia de la Audiencia Nacional 487/2024, de 5 de febrero de 2024, que ordena la anulación de una de las cláusulas de los acuerdos individuales que el empresario presenta

aquí que, como señala el propio Estatuto de los Trabajadores, el despido que lesione derechos fundamentales de los trabajadores -como lo es el derecho a la protección de datos personales- se considerará un despido nulo⁵³. Si las pruebas han sido obtenidas lesionando derechos fundamentales, las pruebas habrán sido ilícitamente obtenidas y provocarán la nulidad del despido. En el año 2018 el TS dejó dicho que el análisis de los datos personales del trabajador con la finalidad de abrirle un expediente disciplinario o de provocar su despido, requiere su obtención lícita y, posteriormente, su utilización como medio de prueba⁵⁴.

Por ello, se hace necesario comprobar que las pruebas, esto es, los datos personales utilizados han sido obtenidos lícitamente dentro del marco del poder de control empresarial y pueden servir para fundamentar el despido del trabajador por la falta de cumplimiento de sus obligaciones laborales. O todo lo contrario, siendo lo reprochable la actuación empresarial.

Como regla general la base de legitimación que permite a una empresa o empresario tratar los datos personales de sus trabajadores será la existencia del contrato entre ambas partes (art. 6.1.b) RGPD) o bien la existencia de las obligaciones legales que pesan sobre el empresario (art. 6.1.c) RGPD) -entre las que se encuentra dicho poder de dirección empresarial del art. 20 ET-. Entre estas bases, debería exceptuarse la base del consentimiento (art. 6.1.a) RGPD), salvo que se pudiera constatar, como ha quedado dicho, que dicho consentimiento había sido libremente otorgado y el trabajador había podido decidir sin tener, además, ninguna consecuencia desfavorable ante la negativa a prestarlo.

al trabajador a distancia porque lesionan la normativa convencional y lo previsto en la normativa de protección de datos ya que el trabajador no tiene porqué facilitar a la empresa su número de teléfono móvil para la recepción de SMS y/o para acceder a aplicaciones que permitan confirmar su identidad. Señala la AN que “El empleo de estos mecanismos para garantizar la identificación de los que acceden a tales aplicaciones no lo cuestionamos, lo que sí resulta controvertido es que los mensajes SMS se remitan al teléfono móvil personal de cada trabajador por cuanto con ello se le impone el empleo para el trabajo de sus personales herramientas y dispositivos” (FJ 9). Asimismo, en relación también con estos casos de empleo de sistemas de doble factor de autenticación destaca la Resolución del procedimiento sancionador de la AEPD (ps-00480-2021 / EXP202100091) donde la AEPD sancionó al Ayuntamiento de Madrid por “tratar los datos de carácter personal de los agentes policiales, número de teléfono móvil, sin que conste que disponía una base de legitimación para ello” (Apdo. V); o la Resolución de terminación del procedimiento por pago voluntario de la AEPD (ps-00446-2023 / EXP202310230), donde se sancionó a la empresa Vukmal Trade, SL por obligar a sus trabajadores a “a utilizar el teléfono móvil personal para trabajar (a través de la aplicación Soldo) y, además, que habiendo dejado de prestar servicios para la misma continúa incluido en dos grupos de WhatsApp, negándose la empresa a borrar los mismos y obligando a sus empleados a usar sus teléfonos personales para trabajar” (Apdo. V).

53 Art. 55.5 ET establece: “Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora”. Y el art. 55.6 ET: “El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir”.

54 Así lo dijo el TS en su Sentencia 119/2018, de 8 de febrero, FJ 1. En este caso se analizaba la utilización como medio de prueba no sólo el correo electrónico del trabajador, que lo había empleado para asuntos personales, sino de unos documentos encontrados en una fotocopiadora de forma casual y que revelaban el incumplimiento del trabajador.

Teniendo en cuenta esto, una vez que contamos con una base de legitimación, si bien es cierto que las finalidades para las que un empresario puede tratar los datos personales de sus trabajadores son múltiples y variadas, los Tribunales y Autoridades de control -especialmente estas últimas- analizan, caso por caso, que se cumplan los principios del tratamiento de datos teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad. La jurisprudencia ha sido constante en el hecho de reconocer que las medidas empleadas por el empresario deben ser proporcionadas y cumplir con los principios relativos al tratamiento de datos personales, respetando así los derechos fundamentales de los trabajadores.

Sin ánimo de ser exhaustivos -para centrarnos posteriormente en los casos de uso de datos biométricos-, reflejamos aquí algunos pronunciamientos relevantes donde ese poder empresarial ha tenido que equilibrarse con el derecho a la protección de datos de los trabajadores.

En relación con los datos o imágenes personales obtenidas de la utilización de sistemas de videovigilancia, la jurisprudencia ha admitido como pruebas (para considerar los despidos procedentes) las imágenes obtenidas incluso cuando las cámaras estaban ocultas. Aunque la doctrina de nuestros Tribunales nacionales ha ido variando, finalmente el TS y el TC han reiterado que la prueba de videovigilancia es necesaria para acreditar la autoría⁵⁵. Si bien es cierto que el art. 87 LOPDGDD protege la intimidad de los trabajadores en relación con los datos obtenidos de los mismos a partir del uso de dispositivos electrónicos, de grabaciones o de instrumentos de geolocalización, no entra en más consideraciones, dejando que sean los Tribunales los que determinen cuándo dicho uso es o no desproporcionado.

En este terreno, ha sido, y es, especialmente relevante la jurisprudencia del TEDH analizando la cuestión desde el prisma de la violación del derecho a la vida privada garantizado por el art. 8 CEDH. En este sentido, en el ámbito laboral no podemos hablar de la proporcionalidad de las medidas de control empresarial sin hablar del conocido caso *Barbulescu*, de 2017, que vino a fijar el llamado “Test *Barbulescu*” o los estándares necesarios para determinar cuándo una medida de control empresarial podía considerarse o no lesiva de la privacidad de los trabajadores⁵⁶.

En el caso *Barbulescu*, el TEDH analizaba el caso de un trabajador que había sido despedido tras comprobar la empresa que éste había estado haciendo uso del servicio de mensajería instantánea

⁵⁵ Vid., entre otras la STS 692/2022, Sala de lo Social, de 22 de julio; la STSJ de Madrid 986/2023, Sala de lo Social, de 3 de noviembre de 2023; o la relevante STC 119/2022, que luego analizaremos, tomando igualmente como referencia la pionera STC 186/2000. Sobre estos cambios jurisprudenciales en este tema, vid. Cabeza Pereiro, J., “El necesario cambio en la jurisprudencia constitucional sobre videovigilancia y control de mensajería electrónica de los trabajadores a la vista de la doctrina del TEDH”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 141, 2018, pp. 13-36. Vid., también, BADIOLA COCA, S., “Criterios jurisprudenciales para el uso de las imágenes obtenidas mediante sistemas de videovigilancia instaladas por parte de la empresa a efectos de actividades susceptibles de despido”, en *La Ley Probática*, nº 15, 2024, 9 pp.

⁵⁶ STEDH de 5 de septiembre de 2017, caso *Barbulescu* contra Rumanía (II). Sobre esta Sentencia, la menciona López Ahumada, E.J., “Preámbulo:...”, *op. cit.*, pp. 16-17.

de la empresa no solo para fines laborales, sino para conversaciones de naturaleza privada⁵⁷. En este asunto, el TEDH concluyó en Gran Sala que, aunque las normas de la empresa prohibían el uso de las herramientas puestas a disposición de los empleados para fines personales, en este caso concreto el empleado no había sido informado de la posibilidad de que sus mensajes fueran controlados, rompiéndose así su expectativa de privacidad y, por lo tanto, lesionándose su vida privada. No obstante, el TEDH expresa que la rápida evolución de la tecnología en el terreno laboral provoca que en estos casos sea necesaria “la proporcionalidad y las garantías procesales contra la arbitrariedad”, a lo que añade los factores relevantes que se deben tener en cuenta en ese test de proporcionalidad (los elementos del citado “test de Barbulescu”) y que resumimos aquí por ser los criterios que se deberán emplear en todos los casos en los que se analice la proporcionalidad del poder de dirección empresarial:⁵⁸ (i) La notificación al empleado, clara y con antelación, de la posible supervisión de la correspondencia y otras comunicaciones o herramientas de control. (ii) El alcance de la supervisión por parte del empresario (volumen de información y tipo de información supervisada, tiempo de la supervisión, y personas que intervinieron en la misma) y el grado de intrusión en la intimidad del empleado. (iii) La aportación de las razones del empresario para la monitorización de las comunicaciones y el acceso a las mismas. (iv) La posible supervisión por métodos y medidas menos intrusivos, que el acceso directo al contenido de las comunicaciones del empleado, teniendo en cuenta el objetivo perseguido por el empresario. (v) Las consecuencias del control para el empleado en relación con el objetivo perseguido por el empresario. (vi) La existencia de garantías adecuadas para el empleado.

Con estos criterios, unos años más tarde, en 2019, el TEDH se pronunció en un caso contra España (asunto López Ribalda) justificando la grabación con cámaras ocultas en el centro de trabajo, siempre y cuando existieran “sospechas razonables” de “graves irregularidades” cometidas por el trabajador⁵⁹. En este caso, el dueño de una cadena de supermercados había instalado unas cámaras ocultas con el fin de comprobar los delitos cometidos por un grupo de trabajadoras. Si bien el empresario informó sobre la instalación de un sistema de videovigilancia ante la sospecha de robos en el supermercado, no informó expresamente de las cámaras que estaban ocultas. No obstante, el TEDH concluye en este caso, aplicando el Test Barbulescu que no hubo lesión de la vida privada de las trabajadoras en tanto

⁵⁷ Sobre el control del uso del correo electrónico, debemos destacar también el caso Libert contra Francia, STEDH de 22 de febrero de 2018.

⁵⁸ STEDH de 5 de septiembre de 2017, caso Barbulescu contra Rumanía (II), § 121.

⁵⁹ STEDH de 17 de octubre de 2019, caso López Ribalda y otros contra España (II). Aunque en este caso el TEDH concluyó en Gran Sala, por las razones expuestas, que no hubo lesión de la vida privada de las trabajadoras, en la STEDH de 9 de enero de 2018 (López Ribalda y otros contra España I) concluyó que se había producido una vulneración de la vida privada de las trabajadoras por la grabación con cámara oculta de las mismas sin que éstas hubieran sido previamente avisadas de su instalación.

que se trató de una medida proporcionada y legítima en atención a las circunstancias del caso y bajo la existencia de unas sospechas razonables de graves irregularidades.

En relación con las cámaras ocultas, a nivel nacional debemos hacer referencia a la relevante Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2022⁶⁰. En este caso, el TC analizaba el empleo de cámaras ocultas por parte del empresario, quien al revisar las imágenes grabadas por el sistema de videovigilancia de la empresa y comprobar la actividad ilícita de uno de sus trabajadores, procedió a su despido en base a dichas imágenes. La STC 119/2022 justificando la actuación empresarial ha señalado que “no tendría sentido que la instalación de un sistema de seguridad en la empresa pudiera ser útil para verificar la comisión de infracciones por parte de terceros y, sin embargo, no pudiera utilizarse para la detección y sanción de conductas ilícitas cometidas en el seno de la propia empresa. Si cualquier persona es consciente de que el sistema de videovigilancia puede utilizarse en su contra, cualquier trabajador ha de ser consciente de lo mismo”⁶¹.

Asimismo, esta Sentencia de nuestro máximo intérprete constitucional es relevante para nosotros porque, además de establecer un criterio sobre el uso de videocámaras como medida de control empresarial, el TC realiza una distinción entre la afectación que dichas medidas causan en el derecho a la intimidad y en el derecho a la protección de datos de forma diferenciada. Así dice el TC “Por lo tanto, desde la perspectiva del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), el canon de control de constitucionalidad de la medida de colocación de cámaras y la consiguiente grabación y utilización de las imágenes captadas en el ámbito disciplinario laboral exige un juicio de proporcionalidad entre los distintos derechos e intereses en presencia que, partiendo de la finalidad legítima de la medida, permita valorar su idoneidad, necesidad y proporcionalidad”⁶². Y a ello añade el TC “Sin embargo, desde la perspectiva del derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE), el enjuiciamiento constitucional presenta matices derivados de la regulación legal vigente” y continúa señalando que “desde la perspectiva del derecho a la protección de datos, el canon de control de constitucionalidad sobre la colocación de cámaras y la consiguiente grabación y utilización de las imágenes captadas en el ámbito disciplinario laboral exige, en primer lugar, un análisis sobre el cumplimiento de la normativa vigente en

60 STC 119/2022, cuya doctrina se recoge entre otras en la STS 274/2023, de 17 de abril. Vid., también la STSJ de Madrid 986/2023, Sala de lo Social, de 3 de noviembre.

61 STC 119/2022, FJ 6.b). Sobre esta cuestión, vid. Rodríguez Escanciano, S. / Álvarez Cuesta, H., “La toma de decisiones...”, *op. cit.*, pp. 130-133. No obstante, los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la licitud del uso de los datos personales obtenidos de cámaras ocultas como medio de prueba para un despido siguen sin ser una cuestión unánime en los Tribunales. Así, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, consideró en 2024 que el despido de una trabajadora de una residencia de ancianos acusada de maltrato era improcedente porque se la había grabado sin su consentimiento. Vid. STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 26 de febrero de 2024. Para el TSJ gallego, la instalación de cámaras sin avisar a los empleados se trató de una medida “desproporcionada” para el caso, al partir, además, de unas quejas “no especificadas”, que deberían haber sido investigadas antes por otros medios.

62 STC 119/2022, FJ 4.A.a) y b).

la materia y, muy singularmente, sobre el respeto a los principios de información y consentimiento que se configuran como elementos esenciales del contenido de este derecho fundamental; y, en segundo lugar, para el caso de que no se hayan respetado esos principios, habrá que realizar una tarea de ponderación o juicio de proporcionalidad a fin de valorar la justificación o no de la medida adoptada”⁶³.

En relación con el uso del correo electrónico corporativo o institucional y su monitorización podemos destacar, más allá de la conocida STC 241/2012⁶⁴, una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del año 2023.⁶⁵ Destacamos este asunto porque si bien el TSJ de Madrid consideró que no se lesionaba la vida privada del trabajador y que, por tanto, era válida la prueba del rastreo de su historial de búsquedas por Internet por parte de la empresa -en tanto que dicha conducta, para usos personales, estaba expresamente prohibida por la empresa y se informaba de ello cada vez que se iniciaba sesión-, sí consideró que el despido disciplinario era improcedente por ser una medida desproporcionada en tanto que el tiempo dedicado por el empleado a sus asuntos personales fue muy escaso y no superó los cuatro días, no pudiendo considerarse abusivo ni que repercutiera en su rendimiento o perjudicara a la empresa.

Por otro lado, en relación con el empleo de datos extraídos de sistemas de geolocalización, debemos mencionar, sin olvidar la relevante STEDH de 2022 contra Portugal⁶⁶, una Sentencia del TSJ de Castilla y León de 2023. En este caso se consideró lícito el despido de un trabajador que no había cumplido con sus obligaciones laborales de visitar a ciertos clientes. Esta información se pudo verificar gracias a los datos extraídos del dispositivo de geolocalización instalado en el vehículo del trabajador y del que éste

63 STC 119/2022, FJ 4.A.a) y b), que además añade: “Más en concreto, y en relación con el “tratamiento de datos obtenidos por la instalación de cámaras de videovigilancia en el lugar de trabajo”, la STC 39/2016 (FJ4), concluyó que el empresario no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad o control laboral, ya que se trata de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral y es conforme con el art. 20.3 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores. (...) No obstante, persistiendo el deber de información (...) la relevación 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 (...) sin perjuicio de que serán las circunstancias de cada caso las que finalmente determinen si dicha fiscalización llevada a cabo por la empresa ha generado o no la vulneración del derecho fundamental en juego”.

64 En este asunto, donde dos trabajadoras habían sido despedidas por las conversaciones mantenidas a través de un programa informático que ambas habían instalado en los ordenadores de la empresa, el TC entró a analizar la monitorización de las comunicaciones electrónicas en el ámbito de las relaciones laborales y concluyó que era admisible y lícito el control empresarial siempre que se hiciera respetando los derechos fundamentales de los trabajadores. Para el TC en este caso no podía existir una expectativa de privacidad por las empleadas ya que eran conocedoras de la prohibición del uso del ordenador para fines personales.

65 STSJ de Madrid 403/2023, Sala de lo Social, de 26 de abril.

66 Vid. STEDH de 13 de diciembre de 2022, caso Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo contra Portugal, donde se analizaba un despido disciplinario con base a datos recogidos por un sistema de geolocalización instalado en el vehículo de empresa. Sobre este asunto, vid. Monereo Pérez, J.L. / Guindo Morales, S., “El control empresarial sobre los trabajadores mediante la monitorización del email corporativo y la instalación de cámaras de videovigilancia y de Sistemas de Posicionamiento Global

había sido informado debidamente, aunque mostrara disconformidad con el mismo. El TSJ se centró en analizar la obligación de información del empresario y señaló que esta obligación inexcusable “no debe venir referida exclusivamente a la existencia de un tratamiento de datos, sino también respecto de la finalidad o finalidades de dicho tratamiento...”⁶⁷. Asimismo, el TSJ leonés señaló respecto de estos sistemas de geolocalización que “la colocación de un sistema de geolocalización, que lo que hace es registrar cuándo arranca y se detiene el vehículo y dónde se encuentra físicamente, es un medio adecuado y proporcionado de vigilancia y control que no afectan a la intimidad personal, pues el sistema no permite captar circunstancia alguna de sus ocupantes, y además el control se realiza exclusivamente durante la jornada laboral, es decir durante un tiempo en que el trabajador está a disposición del empresario para desempeñar las funciones concretas de su puesto de trabajo”⁶⁸.

Por último, queremos dejar simplemente citado aquí un par de casos en los que el control empresarial excede de la presencialidad en el centro de trabajo y se traslada a las redes sociales personales de los empleados. Los casos se refieren a la monitorización de las expresiones vertidas por los trabajadores en las redes sociales. Nos referimos a dos sentencias: una STSJ del Principado de Asturias del 2022, donde se considera procedente y proporcionado el despido de un trabajador que, llevando el uniforme de trabajo con el distintivo de la empresa, colgaba videos en una red social insultando a los clientes;⁶⁹ y otra STSJ de Madrid, también de 2022, donde también se consideraba proporcionada la medida del despido de un trabajador que colgaba fotografías y mensajes ofensivos de sus jefes en su estado de *whatsapp*, ocasionando un claro desprestigio profesional contrario a la buena fe laboral⁷⁰.

De todas estas sentencias podemos extraer la conclusión de que, en todos los casos, las medidas de control empresarial deben respetar -más allá de tener una base de legitimación (que suele ser el control empresarial recogido en el Estatuto de los Trabajadores)- los principios del tratamiento de datos personales, con especial atención a la exigencia de transparencia, pero también jugando con el principio de proporcionalidad exigido⁷¹. Como regla general, se admitirá limitaciones a los derechos de los trabajadores (mediante, por ejemplo, controles “ocultos” o “encubiertos”), siempre y cuando existan “sospechas fundadas de ilícitos graves”, se refieran a “sujetos determinados” y no tengan un carácter general e indiscriminado, y se lleven a cabo por periodos de tiempo limitados, concretos y

(GPS). Un recorrido jurisprudencial a propósito de la Sentencia del TEDH, Sección 4ª, de 13 de diciembre de 2022”, en *La Ley Unión Europea*, nº 120, diciembre 2023, 24 pp.

67 STSJ de Castilla y León 1321/2023, Sala de lo Social, de 27 de julio, FJ 4.

68 STSJ de Castilla y León 1321/2023, Sala de lo Social, de 27 de julio, FJ 4.

69 Vid. STSJ del Principado de Asturias 2044/2022, Sala de lo Social, de 18 de octubre.

70 Vid. STSJ de Madrid 382/2022, Sala de lo Social, de 20 de abril.

71 Como señala el RGPD en su Considerando 4: “El tratamiento de datos personales debe estar concebido para servir a la humanidad. El derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto, sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad”.

destinados a verificar las sospechas fundadas. Así pues, aunque la solución puede parecer sencilla⁷², la situación provocada por el uso de sistemas biométricos nos demuestra que no es así y que no son sólo los Tribunales los que deben pronunciarse.

4. El uso de datos biométricos

Recordamos aquí, como ha quedado dicho, que existen categorías especiales de datos personales, los llamados coloquialmente datos sensibles o datos especialmente protegidos, que son aquéllos que revelen “el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física” (arts. 9 RGPD y 9 LOPDyGDD). Como vemos, los datos biométricos entran en esta categoría.

El RGPD define los datos biométricos como “datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos” (art. 4.14) RGPD).

Asimismo, el propio RGPD presta una especial atención a este tipo de datos en su Considerando 51 y realiza una matización importante pues no todas las imágenes o fotografías deben ser consideradas datos biométricos. Sólo serán consideradas datos biométricos si, como señala el art. 4.14) RGPD, son “obtenidas a partir de un tratamiento técnico específico” y además permiten o confirman “la identificación única” de una persona. Así, por regla general, serán datos biométricos si la imagen o fotografía se utiliza para crear una plantilla digital individual, empleada para la identificación única de una persona⁷³.

Como también quedó dicho, el tratamiento de este tipo de datos está inicialmente prohibido salvo que concurren alguna de las circunstancias previstas en el RGPD y en la LOPDyGDD (arts. 9.2 RGPD y 9 LOPDyGDD) y que, recordamos aquí, son: el consentimiento explícito del titular de los datos; el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y derecho en el ámbito laboral y de la seguridad o protección social; el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales; el tratamiento es efectuado en el ámbito de las actividades legítimas de una asociación o fundación, como ha quedado dicho; el tratamiento se refiere a datos que el interesado ha hecho manifiestamente

⁷² Rodríguez Escanciano, S. / Álvarez Cuesta, H., “La toma de decisiones...”, op. cit., p. 141, quien mantiene que parecen claros los parámetros a seguir para un tratamiento de datos lícito.

⁷³ Marrero Blanco, D. / Mulero Fernández, J.M., “Los sistemas de control de la jornada laboral basados en datos biométricos. Un análisis crítico desde la privacidad”, en La Ley Privacidad, nº 4, 2020.

públicos; el tratamiento es necesario para la formulación, ejercicio o defensa de reclamaciones; el tratamiento es necesario por razones de interés público esencial; el tratamiento es necesario para fines de medicina preventiva o laboral; el tratamiento es necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública; o el tratamiento es necesario con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos.

Así las cosas, atendiendo a la normativa de protección de datos, si se cumplen los principios generales del tratamiento de datos analizados anteriormente, existe una base de legitimación (arts. 5 y 6 RGPD) y se cumple alguna de las excepciones a la prohibición de tratar datos biométricos (art. 9.2 RGPD), el empresario podría tratar dichos datos personales.

Con el fin de aclarar esta cuestión, las Autoridades de control en la materia se han pronunciado en diversas ocasiones, no sólo resolviendo procedimientos sancionadores en asuntos en los que se habían empleado datos biométricos, sino aclarando e interpretando lo dispuesto por el RGPD y por la LOPDGDD sobre el tratamiento de este tipo de datos. Y no sólo en el ámbito laboral⁷⁴.

El uso de datos biométricos siempre ha generado cierta polémica por el potencial peligro que para la privacidad de los ciudadanos genera. Así, por ejemplo, a nivel nacional, es conocida la polémica generada por el proyecto de una empresa conocido como Worldcoin dedicada a escanear el iris de personas que voluntariamente lo permitían, entre ellas menores, a cambio de criptomonedas. Si bien, inicialmente fue una Autoridad de protección de datos autonómica (la Autoridad catalana), la que avisó del peligro de este tipo de actuaciones⁷⁵, finalmente la AEPD intervino suspendiendo cautelarmente la

74 Dejamos aquí citado por su relevancia, el Informe jurídico 0036-2020 de la AEPD, publicado el 8 de mayo de 2020, sobre el tratamiento de datos en el ámbito universitario, donde analizando el uso de sistemas de reconocimiento facial para la realización de exámenes la AEPD concluyó la falta de previsión legal para su uso, así como la existencia de muchas otras formas de evaluación menos lesivas para la privacidad de los estudiantes. Y, analizando el uso de sistemas biométricos para el acceso a las gradas de animación en los campos de fútbol, podemos citar la Resolución del procedimiento sancionador de la AEPD (ps 00483-2023 / EXP202213792), de 9 de abril de 2024, donde se impone una multa de 120.000 euros y la suspensión de cualquier sistema de datos biométricos para acceder al campo de fútbol. Sobre esta misma cuestión, Informe jurídico de la AEPD 0098/2022, de 20 de enero de 2023; y DÍAZ LIMA, D., “Datos biométricos y acceso a eventos deportivos. Comentarios al Informe de la AEPD”, en *La Ley Privacidad*, nº 15, enero-marzo 2023, 6 pp.

75 Ante los hechos, publicados por diferentes medios de comunicación en Cataluña, la Autoridad Catalana de Protección de Datos (APDCAT) emitió un Comunicado el 20 de febrero de 2024, recordando que el iris era un dato biométrico, especialmente protegido, y que los usuarios del servicio de Worldcoin deberían ser plenamente conscientes “de las consecuencias que se pueden derivar del tratamiento de su información” y “qué supone realmente el tratamiento de sus datos personales”. En su Comunicado de 20 de febrero de 2024 la APDCAT señaló que: “El uso de datos biométricos con tecnologías como el reconocimiento facial se limita a supuestos muy concretos de la normativa de protección de datos, dado el alto impacto en los derechos y libertades de las personas que puede suponer. Es necesario justificar muy bien la proporcionalidad de este tipo de sistemas, y garantizar el principio de minimización de datos (utilizar los datos mínimos para la finalidad perseguida)”.

actividad de Worldcoin⁷⁶, siendo dicha suspensión ratificada por la Audiencia Nacional⁷⁷.

Como vemos, en relación con el uso de datos biométricos, no sólo en el ámbito laboral, las Autoridades de protección de datos se han mostrado atentas, como ya hemos dicho, a los pasos que iba dando la tecnología en este terreno y advirtiéndolo de su potencial peligro⁷⁸. Ya en 2012, antes de la aprobación del RGPD, a nivel europeo, se aprobó un Dictamen sobre la evolución de las tecnologías biométricas, haciendo especial hincapié en la necesaria proporcionalidad de estos sistemas⁷⁹. En el año 2022, en la 44ª Asamblea Global de Privacidad, se impulsó una Resolución promovida por el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) junto a una veintena más de Autoridades de protección de datos con el fin de reconocer estas innovaciones tecnológicas complejas y de alto riesgo, evidenciándose la necesidad de unos estándares globales. En la citada Resolución de octubre de 2022 se indicaba que este tipo de tecnologías deberían incluir los siguientes principios⁸⁰: 1. Tener una base legal para recoger datos biométricos y hacer uso de la biometría. 2. Establecer la causalidad, necesidad y proporcionalidad del uso de la tecnología de reconocimiento facial. 3. Evitar, o mitigar, cualquier interferencia con la privacidad u otros derechos humanos. 4. Ser transparente. 5. Incluir un mecanismo de rendición de cuentas claro y eficaz. 6. Respetar todos los principios de protección de datos.

De forma más concreta, y vinculado al ámbito laboral, más allá de nuestra AEPD, también han sido varias las Autoridades europeas de protección de datos que se han pronunciado sobre el uso de sistemas biométricos en centros de trabajo. Así, por citar un par de ejemplos, la Oficina del Comisario de Información del Reino Unido (la conocida como ICO, *Information Commissioner's Office*) presentó en 2024 una *Guía sobre el tratamiento de datos biométricos*, con especial referencia al análisis del consentimiento en las relaciones laborales, descartándose que el mismo pueda suponer una base de legitimación siempre que exista o se pueda ofrecer una alternativa equivalente al uso del sistema

76 Acuerdo 000297-2023 de adopción de medida cautelar de la AEPD (Exp202312448), de 6 de marzo de 2024.

77 Auto de la Audiencia Nacional 241/2024, de 11 de marzo. La Audiencia Nacional considera, atendiendo a la ponderación de los intereses en conflicto, que debe prevalecer "la salvaguarda del interés general que consiste en la protección del derecho a la protección de datos personales de los interesados frente al interés particular de la empresa recurrente de contenido fundamentalmente económico".

78 De hecho, el Reglamento de Inteligencia Artificial, aprobado por el Parlamento europeo el 13 de marzo de 2024, incluye los datos biométricos entre las categorías alto riesgo varios casos de usos críticos de sistemas biométricos (Considerando 33.a) Reglamento IA).

79 *Dictamen 3/2012 sobre la evolución de las tecnologías biométricas*, adoptado el 27 de abril de 2012, por el GT29 (WP 193). El GT29 era el Grupo de Trabajo previsto en el art. 29 de la Directiva 95/46/CE sobre Protección de Datos Personales, actualmente derogada por el RGPD. Las funciones del GT29 han pasado a ser asumidas por el ya citado Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD).

80 Vid. *Resolution on Principles and Expectations for the Appropriate Use of Personal Information in Facial Recognition Technology*, aprobada en la 44ª Asamblea Global de Privacidad, que tuvo lugar en Estambul, del 25 al 28 de octubre, y que se impulsó en el marco de las actividades del Grupo de Trabajo de Cooperación Internacional (IEWG) y del Grupo de Trabajo de Ética y Protección de datos en Inteligencia Artificial (AIWG).

biométrico. Si no hay posibilidad de elegir entre el uso de un sistema biométrico y cualquier otro sistema, la ICO señala que el tratamiento de datos biométricos deberá basarse en otra base legal si el mismo se considera necesario para la finalidad que persigue⁸¹. En esta misma línea, la Autoridad de protección de datos italiana, el Garante de la privacidad (*Garante per la protezione dei dati personali*), habiendo sancionado a cinco empresas por el uso de sistemas de reconocimiento facial para comprobar la asistencia al trabajo, prohíbe su uso bajo el argumento de la falta de necesidad y de garantías adecuadas recogidas en una norma (que tampoco existe) que expresamente lo permita como exige el RGPD⁸².

Así las cosas, más que en los procedimientos sancionadores, en este trabajo nos centraremos en la doctrina creada, especialmente, por el CEPD y por la AEPD sobre la materia. Concretamente, resumiremos, por un lado, la doctrina del CEPD plasmada en las *Directrices 5/2022 sobre el uso de técnicas de reconocimiento facial en el ámbito de aplicación de la Ley*;⁸³ y, por otro lado, consecuencia de dicho documento, explicaremos el cambio de criterio de la AEPD, y los documentos elaborados por la misma, con especial referencia a la *Guía sobre tratamientos de control de presencia mediante sistemas biométricos*, de noviembre de 2023⁸⁴.

No obstante, antes de adentrarnos en los citados documentos, queremos dejar aquí recogidos

81 Vid. *Biometric data guidance: Biometric recognition*, presentada por el ICO el 4 de marzo de 2024.

82 Al respecto, vid. las Disposiciones nº 9995680 (registro nº 105), nº 9995701 (registro nº 106), nº 9995741 (registro nº 107), nº 9995762 (registro nº 108), y nº 9995785 (registro nº 109), todas ellas de 22 de febrero de 2024 (citadas en el Boletín de noticias de la web del Garante, de 28 de marzo de 2024). En la Disposición nº 9995680 (registro nº 105) señala el Garante que el empresario “está obligado a aplicar los principios generales del tratamiento, en particular los de licitud, corrección y transparencia, minimización, integridad y confidencialidad de los datos (art. 5, apartado 1, letras a), c) y f) del Reglamento)”. Y aunque el Garante reconoce que la base de legitimación podría ser el cumplimiento de las obligaciones legales del empresario (art. 9.2.b) RGPD) “sin embargo, el procesamiento de datos biométricos sólo está permitido “en la medida en que lo autorice la legislación de la Unión o de los Estados miembros [...] en presencia de garantías adecuadas para los derechos e intereses fundamentales del interesado”, a lo que concluye que “actualmente la legislación vigente no permite el tratamiento de datos biométricos de los empleados con el fin de detectar su presencia en el servicio”.

83 *Directrices 5/2022 sobre el uso de técnicas de reconocimiento facial en el ámbito de aplicación de la Ley*, del CEPD, adoptadas el 26 de abril de 2023 y publicadas el 17 de mayo de 2023. No obstante, debemos recordar aquí el *Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo*, elaborado por el GT29, donde recogiendo doctrina anterior, se analiza el equilibrio entre el interés legítimo del empresario -como posible base de legitimación del tratamiento de datos personales- en relación con la expectativa razonable de privacidad de los interesados o trabajadores. Vid. *Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo*, adoptado el 8 de junio, por el GT29 (WP 249), que vino a completar (también del GT29), el *Dictamen 8/2001 sobre el tratamiento de datos personales en el contexto laboral*, adoptado el 13 de septiembre por el GT29 (WP48) y el Documento de trabajo de relativo a las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo, adoptado el 29 de mayo de 2002 por el GT29 (WP55). Con referencia a estos documentos, vid. Roldán Martínez, A., “Derecho a la intimidad...”, *op. cit.*, pp. 160-161.

84 Aunque nos centremos en la citada Guía, debemos recordar lo previsto en las *Recomendaciones para proteger los datos personales en situaciones de movilidad y teletrabajo*, presentadas por la AEPD el 7 de abril de 2020 para hacer frente a la situación de trabajo a distancia generada por la pandemia por COVID19; la *Guía sobre la protección de datos en las relaciones laborales*, de la AEPD, publicada el 18 de mayo de 2021.

algunos asuntos en los que se ha sancionado a empresas por el empleo de datos biométricos, ya fuera por exigirse la huella dactilar o por la implementación de un sistema de reconocimiento facial como medidas de control de presencialidad o de control horario de la jornada laboral.

Destacamos aquí un caso interesante porque si bien fue analizado (y sancionado) por la AEPD, también fue resuelto ante los Tribunales, siendo el primer caso en llegar a sede jurisdiccional sobre el uso de sistemas biométricos para controlar la jornada laboral⁸⁵. En este caso, una empresa de Alicante procedió al reconocimiento facial de sus trabajadores sin haberles informado previamente del uso de sus datos biométricos, sino habiéndoles informado sólo de que sus imágenes o fotografías podían ser utilizadas y difundidas para promoción de la empresa. En este caso, mientras la AEPD sancionó a la empresa -con una multa de 20.000 euros, reducida a 12.000 euros por pago voluntario- por no haber llevado a cabo la correspondiente evaluación de impacto, el Juzgado de Alicante consideró que se había vulnerado la intimidad personal y familiar del demandante, así como su derecho a su propia imagen utilizando como argumentos la falta del consentimiento del trabajador, la falta de proporcionalidad de la medida y la falta de evaluación de impacto del sistema biométrico y, con ello, concluyó ordenando el cese del uso del sistema biométrico al empresario.

Asimismo, la AEPD se pronunció a finales de 2023 en un procedimiento sancionador contra una entidad que procedió a solicitar a sus empleados datos biométricos, en concreto la huella dactilar, con la finalidad de establecer un sistema de fichaje basado en ese dato. En este caso, la AEPD sancionó a la empresa por haber implementado el citado sistema de fichaje sin haber informado previa y adecuadamente a sus trabajadores, sin haber aplicado las medidas de seguridad adecuadas al tratamiento de datos realizado y por no haber realizado la correspondiente evaluación de impacto⁸⁶. La AEPD recuerda aquí que “No obstante, la concurrencia de una excepción del artículo 9.2 del RGPD junto con una base de legitimación de las del artículo 6 del RGPD, en modo alguno exime del cumplimiento del resto de obligaciones que establezca el RGPD. Y una de ellas consiste en la elaboración y superación de una evaluación de impacto de protección de datos en los supuestos establecidos en dicho Reglamento”, como es el caso del tratamiento de datos biométricos. Por ello, la AEPD concluye en relación con la obligación de evaluación de impacto que “no puede afirmarse que la mera existencia de una base legitimadora exima de la necesaria realización y superación de la evaluación de impacto de protección de datos en los supuestos legalmente previstos”⁸⁷.

85 Curiosamente en este caso el demandante presentó reclamación tanto por la vía administrativa ante la AEPD como ante la jurisdicción social. Vid. Resolución del procedimiento sancionador de la AEPD (ps-00597-2022 / EXP202209921), de 24 de abril de 2023; y Sentencia 190/2023 del Juzgado de lo Social nº 2 de Alicante, de 15 de septiembre de 2023.

86 Vid. Resolución del procedimiento sancionador de la AEPD (ps-00170-2023 / EXP202202960), de 21 de noviembre de 2023. Aquí la AEPD sancionó a la empresa con una multa de 365.000 euros por infracción de los arts. 13, 32 y 35 RGPD.

87 Vid. Resolución del procedimiento sancionador de la AEPD (ps-00170-2023 / EXP202202960), de 21 de noviembre de 2023, FJ V, p. 28.

Sobre el uso de datos biométricos para controlar la presencialidad en el puesto de trabajo también se ha pronunciado la Autoridad catalana de protección de datos (APDCAT) entre otros, en un Dictamen en 2023⁸⁸. En dicho Dictamen se analizaba, inteligente y muy acertadamente, el motivo por el que se viene exigiendo la obligatoriedad de realizar una evaluación de impacto al sistema biométrico que se quiere implementar si no existe ninguna norma ni convenio colectivo que lo regule. Esto es, se plantea en este Dictamen la lógica de que se establezca la necesidad de una evaluación de impacto si en la práctica no hay base jurídica que legitime dicho tratamiento. Así las cosas, la APDCAT concluye, recordando pronunciamientos anteriores que, a falta de norma expresa y de convenio que recojan el uso de sistemas biométricos, se podrá acudir al consentimiento como base de legitimación de manera excepcional y siempre y cuando -siendo ésta una condición indispensable-, “el interesado dispone de una alternativa para cumplir con el control horario o controlar su presencia o ejecución del horario, siendo éste quien elige y presta su consentimiento al tratamiento de los datos biométricos a través de sistemas de reconocimiento facial”⁸⁹. Esto es, resuelve la APDCAT: “El consentimiento puede ser una base jurídica habilitante del tratamiento de datos biométricos con finalidad de control horario, siempre que esté constituya una manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por parte del interesado de aceptar el tratamiento”⁹⁰.

En esta misma línea, abriendo la posibilidad a que -a falta de norma expresa o convenio- sea el consentimiento la base legal para tratar datos biométricos en sistemas de registro de jornada, el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (CTPDA) se pronunció en 2023 y analizó la licitud de un sistema de reconocimiento facial o con huella dactilar⁹¹. En su Dictamen el CTPDA recuerda la necesidad de contar con una base de legitimación y la necesidad de que, si es una ley, ésta

88 Vid. *Dictamen de la APDCAT en relación con la consulta formulada de una Federación con el uso de datos biométricos para el control de presencia en el puesto de trabajo* (CNS 19/2023), de 28 de julio de 2023. La APDCAT se pronunció previamente en el Dictamen (CNS 2/2022), de 2 de febrero de 2022, sobre la legalidad del uso, por parte de un Ayuntamiento, de un dispositivo de control de presencia en el puesto de trabajo mediante reconocimiento facial. Asimismo, la APDCAT se ha pronunciado también, por ejemplo, aunque fuera del ámbito laboral, sobre tratamiento de datos biométricos en su Procedimiento sancionador (PS 41/2022), sancionando con 20.000 euros a una Universidad privada por emplear un sistema de reconocimiento facial para las pruebas online; y en su Dictamen CNS 18/2023, de 22 de enero de 2024, sobre el uso de la firma digital o biométrica, aunque en relación con su uso por parte de los Servicios de Salud de la Generalitat. La APDCAT concluye que la firma con el dedo en una pantalla digital no constituye un dato biométrico y, haciendo referencia a la Guía de la AEPD, considera que la opción de optar por el consentimiento como base de legitimación con una alternativa sería algo válido.

89 Dictamen CNS 19/2023 de la APDCAT, Apdo. III (con referencia al Dictamen CNS 2/2022 de la APDCAT, FJ IV).

90 Dictamen CNS 19/2023 de la APDCAT, Conclusiones (con referencia a las Directrices 5/2020 sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, del CEPD, adoptadas el 4 de mayo de 2020).

91 Dictamen 1/2023 del CTPDA, de 28 de julio de 2023, relativo al tratamiento de categorías especiales de datos biométricos mediante el uso de dispositivos de reconocimiento facial y/o huella dactilar para el control horario del personal de un Ayuntamiento, de conformidad con la normativa de protección de datos.

sea clara y previsible y contenga las garantías adecuadas⁹². Por ello, como han venido concluyendo el resto de Autoridades de control, el CTPDA considera que “puede afirmarse que en la actual normativa legal española no se contiene autorización alguna para considerar necesario el tratamiento de datos biométricos con la finalidad de un control horario de la jornada de trabajo” y concluye que “únicamente podría considerarse la existencia de un consentimiento libre si el interesado dispone de una alternativa de libre elección para cumplir con el control horario o de presencia, es decir, ... han de habilitarse alternativas de modo que pueda atenderse a los interesados sin que se tenga que realizar un tratamiento de sus datos biométricos”⁹³.

Más allá de estos casos, desde Europa y en España se han dado un conjunto de directrices sobre cómo proceder ante el tratamiento de datos biométricos. Analizamos aquí los dos documentos arriba citados del CEPD y de la AEPD. En primer lugar, en las Directrices 5/2022 del CEPD se afirma que el uso de técnicas de reconocimiento facial, que emplean datos biométricos, ya sea para autenticar o identificar debe ser considerado como un tratamiento de categorías especiales de datos (art. 9.1 RGPD) y, por lo tanto, sólo pueden llevarse a cabo en el marco de las excepciones del art. 9.2 del RGPD⁹⁴. El CEPD recuerda aquí que los datos biométricos están vinculado permanente e irrevocablemente a la identidad de una persona, con el consiguiente impacto que esto tiene en sus derechos⁹⁵. Por ello, el CEPD considera que el empleo de sistemas biométricos supone una injerencia en la vida privada de los sujetos y que la misma puede estar o no justificada, pero para que pueda estar justificada la injerencia deberá estar prevista por una norma con rango de ley que describa la aplicación y las condiciones del uso de estas tecnologías; no deberá menoscabar el contenido esencial del derecho afectado; y deberá superar la prueba de necesidad y proporcionalidad. Esto es, el CEPD considera que “dado que los datos biométricos, cuando se procesan con el fin de identificar de manera única a una persona física, constituyen categorías especiales de datos ..., las diferentes aplicaciones de técnicas de reconocimiento facial en la mayoría de los casos requerirían una ley específica que describa con precisión la aplicación y las condiciones para su uso”⁹⁶.

En segundo lugar, la Guía de 2023 de la AEPD, la Agencia cambia el criterio que hasta entonces venía manteniendo basado en la diferenciación entre procedimientos de autenticación o verificación y

92 Señala el CTPDA en su Dictamen 1/2023: “Ello supone, como bien apunta el Dictamen 2/2022, de la Autoridad Catalana de Protección de Datos, que “la afectación por el derecho a la protección de datos que se derive de la norma debe ser previsible” y que “no se puede considerar previsible la norma si no concreta la posibilidad de utilizar datos biométricos con el fin de realizar el control horario” (Apdo. 3, p. 3).

93 Dictamen 1/2023 del CTPDA, Apdo. 3, p. 4, y Conclusiones, pto. 6.e), pp. 6-7.

94 *Directrices 5/2022 sobre el uso de técnicas de reconocimiento facial en el ámbito de aplicación de la Ley*, del CEPD, Apdo. 12. Recordando que tanto la identificación como la autenticación suponen un tratamiento de datos biométricos, vid. Resolución del procedimiento sancionador de la AEPD (ps-00170-2023 / EXP202202960), de 21 de noviembre de 2023, FJ. II, pp. 22-23.

95 *Directrices 5/2022* del CEPD, Apdos. 30 y 104.

96 *Directrices 5/2022* del CEPD, Apdo. 44.

procedimientos de identificación y que cuando la finalidad era la autenticación legitimaba el tratamiento de datos como la huella dactilar para el acceso a los centros de trabajo o el control de la jornada laboral porque no se consideraban datos biométricos⁹⁷, estando el tratamiento amparado en el poder de control empresarial y en la obligación de control de la jornada laboral (arts. 20.3 y 34.9 ET)⁹⁸. Sin embargo, ante el criterio establecido en 2022 por el CEPD en el que se consideran datos biométricos tanto los empleados en sistemas de autenticación como en los sistemas de verificación, la AEPD pasa a considerar respecto de su uso con la finalidad de controlar la jornada laboral, que dicho tratamiento debe estar previsto en una norma que contenga las garantías específicas (art. 9.2.b) RGPD)⁹⁹, y, además, cumplir con la obligación de superar la preceptiva evaluación de impacto porque, como reconoce la Agencia dicho tratamiento “supone un tratamiento de alto riesgo que incluye categorías especiales de datos”¹⁰⁰.

Es importante destacar, como hace la AEPD, el hecho de que la norma que regule este tipo de sistemas debe reflejar, como exige la normativa de protección de datos, las garantías adecuadas. Como se ha señalado desde Europa, “estas innovaciones técnicas que a menudo se presentan como tecnologías únicamente dirigidas a mejorar la experiencia del usuario y la comodidad de las aplicaciones podrían conducir a una disminución gradual de la intimidad en caso de que no se apliquen las garantías

97 Nota técnica de la AEPD, publicada en junio de 2020, sobre los *14 equívocos con relación a la identificación y autenticación biométrica*.

98 Así, por ejemplo, en el Informe jurídico 0324-2009 de la AEDP, ante la consulta sobre la posibilidad de implementar un sistema de control horario basado en la lectura de la huella digital, donde recordando otro Informe de 28 de febrero de 2006, la AEPD concluyó que “en lo atinente a las medidas de seguridad en el tratamiento, debe señalarse que, teniendo en cuenta lo que se ha indicado en cuanto al dato biométrico de la huella digital, el mismo no puede ser considerado en modo alguno dato especialmente protegido o sensible”. Vid., también, dicha distinción recogida por la AEPD en su Guía sobre La protección de datos en las relaciones laborales de 2021 ya citada, pp. 30-32.

99 Sobre esta previsibilidad y concreción, vid. STC 76/2019, donde se argumenta que “La necesidad de disponer de garantías adecuadas es especialmente importante cuando el tratamiento afecta a categorías especiales de datos, también llamados datos sensibles, pues el uso de estos últimos es susceptible de comprometer más directamente la dignidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad” (FJ 6). Como ha recordado el CTPDA en su Dictamen 1/2023, “la sentencia del Tribunal Constitucional 76/2019, de 22 de mayo, precisa que la norma legal debe reunir todas las características indispensables como garantía de la seguridad jurídica, expresando todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención, de forma que las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una ley pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad”.

100 *Guía sobre tratamientos de control de presencia mediante sistemas biométricos*, pp. 23-24 y 29. Sobre la obligatoriedad de realizar una evaluación de impacto, derivada del art. 35.4 RGPD, debemos referirnos a la lista aprobada por la AEPD y en cuyo pto. 5 se incluye entre los tratamientos que requerirán de una evaluación de impacto los “Tratamientos que impliquen el uso de datos biométricos con el propósito de identificar de manera única a una persona física”. Al respecto, vid. el documento Listas de tipos de tratamientos de datos que requieren evaluación de impacto relativa a protección de datos (*art 35.4*), publicado por la AEPD el 6 de mayo de 2019). Asimismo, relacionando estas evaluaciones de impacto con la implementación de sistemas biométricos, vid. Dictamen 3/2012 sobre evolución de tecnologías biométricas, adoptado el 17 de abril de 2012, por el GT29 (WP 193), pp. 32 y 33; y la citada *Guía sobre tratamientos de control de presencia mediante sistemas biométricos*, pp. 24 y 25 y 30.

adecuadas”¹⁰¹.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el Estatuto de los Trabajadores o la Ley del Trabajo a distancia -ya sea en las previsiones relativas al poder de control empresarial o en la obligación impuesta de controlar la jornada laboral- no contienen referencia expresa al uso de sistemas biométricos y, por lo tanto, garantía alguna respecto de su uso, dichas normas no pueden ser consideradas una base de legitimación para tratar datos personales especialmente protegidos.

Por todo ello, concluye la AEPD en su Guía de 2023 que, a día de hoy, la actual normativa española no contiene previsión legal alguna que ampare el uso de datos biométricos para controlar la jornada laboral¹⁰², debiendo considerarse, por lo tanto, prohibido.

Las opciones que se abren para legitimar el uso de sistemas biométricos, ante falta de previsión legal específica, serían el consentimiento, o bien, la existencia de un Convenio colectivo (con fuerza de ley)¹⁰³. Así, por un lado, si atendemos a la posibilidad de que el uso de sistemas biométricos se recoja en un Convenio colectivo, el mismo debería justificar la necesidad de dicho tratamiento. Por otro lado, si valoramos la posibilidad de implementar dichos sistemas basándonos en el consentimiento de los trabajadores, debemos recordar aquí que el consentimiento no debería ser la base de legitimación ni en las relaciones con los poderes públicos ni en las relaciones laborales, por la situación de desequilibrio existente. No obstante, como también ha reiterado la AEPD en diferentes pronunciamientos, el consentimiento podrá ser una base legítima siempre que se permita optar al trabajador entre el uso del sistema biométrico y otro sistema que cumpliera con la misma finalidad y que no le supusiera un perjuicio en su relación laboral.

En todo caso, como ya quedó dicho por el GT29 (predecesor del CEPD), todo sistema biométrico debe respetar el test de proporcionalidad y, por tanto, para su correcta implementación, además de contar

101 Dictamen 3/2012 sobre evolución de tecnologías biométricas, adoptado el 17 de abril de 2012, por el GT29 (WP 193), p. 2.

102 Dejamos aquí dicho que, tras la publicación de la Guía por parte de la AEPD, el Consejo Español para el Registro de Jornada (CERJ) se pronunció sobre la misma y sobre la situación de alarma generada, y proponía que la prohibición de tratar datos biométricos se basara en la existencia de un interés público esencial (art. 9.2.g) RGPD), o alternatively en las obligaciones del empresario (art. 9.2.b) RGPD), exhortaba a los órganos jurisdiccionales españoles y a la AEPD a que interpretaran sus resoluciones en este sentido, y concluía afirmando que los sistemas de biometría (por la interpretación que ellos habían hecho) no estaban prohibidos y que mientras se realizan las evaluaciones de impacto y se cumpliera con los principios de información y transparencia, podían llevarse a cabo. Vid. *Análisis de la Guía sobre tratamiento de control de presencia mediante datos biométricos de la AEPD*, elaborado por el Consejo Español para el Registro de Jornada (CERJ), noviembre de 2023.

103 Descartamos aquí la posibilidad de la existencia de un contrato como base de legitimación para el tratamiento de datos biométricos para el control de la jornada laboral porque, en realidad la finalidad de ejecutar un contrato no es la misma que la de controlar su cumplimiento, que es lo que se persigue con el control biométrico. Sobre esta cuestión, vid. Marrero Blanco, D. / Mulero Fernández, J.M., “Los sistemas de control...”, *op. cit.*, plantean que algún responsable podría alegar esta situación.

con una base legítima y cumplir con los principios del tratamiento, será preciso considerar:¹⁰⁴ 1. La necesidad o, mejor dicho, idoneidad, del sistema para responder a la finalidad identificada, es decir, si es esencial para satisfacer esa necesidad, y no solo si es el más adecuado o rentable. 2. La probabilidad de que el sistema sea eficaz para responder a la necesidad en cuestión a la luz de las características específicas de la tecnología biométrica que se va a utilizar. 3. La proporcionalidad de la pérdida de la intimidad en relación con los beneficios esperados. Si el beneficio es relativamente menor, como una mayor comodidad o un ligero ahorro, entonces la pérdida de intimidad no es apropiada. 4. La adecuación o necesidad del sistema biométrico en tanto que puede existir un medio menos invasivo para la privacidad para alcanzar el fin deseado.

En conclusión, de la normativa y doctrina analizada podemos confirmar la falta de una norma con rango de ley o de un Convenio colectivo que prevea el uso de sistemas biométricos para controlar la jornada laboral, abriéndose la posibilidad del consentimiento como base de legitimación. No obstante, será siempre necesario cumplir con los principios de la normativa de protección de datos entre los que destacamos no sólo el deber de información, sino el cumplir con las medidas de seguridad adecuadas y la adopción de una evaluación de impacto.

5. Reflexión final

La garantía de los derechos de los trabajadores en el marco de un poder de dirección empresarial digitalizado, o informatizado, obliga a analizar si el empresario está tratando datos personales de forma lícita y si los está limitando de forma legítima.

Centrándonos en el caso del uso de sistemas biométricos como herramientas de control de cumplimiento de la jornada laboral debemos tener en cuenta, además, el hecho de que estamos hablando de datos biométricos y, por tanto, de datos especialmente protegidos sobre los que existe una inicial prohibición de tratamiento que sólo podrá ser levantada bajo especiales circunstancias. Con el fin de aclarar estas circunstancias, tanto los Tribunales como, especialmente, las Autoridades de protección de datos han establecido una serie de directrices que consisten básicamente en primer lugar, en exigir a dichos sistemas de control una base de legitimación y, en segundo lugar, en cumplir con el resto de obligaciones previstas en la normativa de protección de datos que, para estos casos concretos de tratamientos de datos especialmente protegidos, requieren no sólo de la obligación de informar, sino del cumplimiento de medidas de seguridad adecuadas y de la realización de una previa evaluación de impacto.

La cuestión llegados a este punto, en primer lugar y como se ha puesto de manifiesto, es que en la actualidad no existe una base de legitimación que permita tratar datos biométricos para controlar la

104 Dictamen 3/2012 sobre evolución de tecnologías biométricas, adoptado el 17 de abril de 2012, por el GT29 (WP 193), p. 8.

jornada laboral de los trabajadores. Esto es, no existe una norma que lo regule expresamente como tampoco existe un Convenio colectivo, y el consentimiento no debería ser la base de legitimación de estos tratamientos por la situación de desequilibrio que se produce entre trabajador y empresario, viciando el consentimiento prestado.

Así las cosas, en la práctica, como hemos visto especialmente en los procedimientos sancionadores, estamos tratando datos personales especialmente protegidos y exigiendo el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la normativa de protección de datos -como la realización de evaluaciones de impacto- sin tener una base que previamente permita tratar dichos datos. Es una regla de “primero de datos”: si no hay base de legitimación no se pueden tratar datos personales. Aquí acabaría la historia.

Y como el papel lo soporta todo, nuestra conclusión debería ser decir a los empresarios que no pueden tratar datos biométricos de sus trabajadores para controlar su jornada laboral y que lo razonable y jurídicamente correcto sería exigir al legislador una norma que recoja herramientas biométricas para controlar la jornada laboral, y que ésta sea clara y previsible y contenga las garantías adecuadas.

Pero siendo realistas y conscientes de que el tejido empresarial de nuestro país necesita avanzar y no puede frenar, si además queremos crear un entorno laboral digno para las personas trabajadoras, creemos que sólo nos queda una solución ante la inactividad e incapacidad legislativa actual al respecto. Hasta que se logre recoger en una norma el empleo de sistemas biométricos, la solución que nos queda es orquestar las garantías necesarias para que el consentimiento, como proponen diferentes Autoridades de control -excepto la AEPD-, sea la base de legitimación adecuada para poder emplear estas nuevas herramientas de control, permitiendo así que sea el trabajador el que realmente decida si el empresario va o no a utilizar sus datos biométricos. Por otro lado, esto nos obliga a idear varios mecanismos más allá de los biométricos para que el trabajador pueda libremente decidir. Sólo así cobrará sentido el derecho a la protección de datos cuya esencia no es otra que el control de la información personal -sin perjuicio de la duda razonable de si al existir varias alternativas damos cumplimiento al principio de necesidad también exigido por el RGDP.

En cualquier caso, empoderar a las personas trabajadoras frente al poder de dirección en empresarial a través de garantizar su derecho a la protección de datos personales contribuirá, en último término, a garantizar su desarrollo y dignidad personal. La protección de los trabajadores debe adaptarse al proceso de digitalización y modernización que viven nuestras sociedades sin perder de vista que lo que está en juego son la citada dignidad y desarrollo personal¹⁰⁵.

105 Sobre esta idea, vid. López Ahumada, E.J., “Preámbulo:...”, *op. cit.*, pp. 22-23.

Estudio

Algunos apuntes sobre la técnica de protección de los datos personales de los trabajadores en el contexto digital

Rodrigo Méndez Filleul

Investigador en formación IELAT

Doctorando UAH

Sumario

1. Introducción
2. De la técnica legislativa para la protección de los datos personales:
 - 2.1. De los modelos de regulación
 - 2.2. De los nuevos elementos que influyen en la regulación
3. De los espacios de actuación como forma de explicar la diferencial modalidad de protección
4. El derecho del trabajo como instrumento de protección de la privacidad de los trabajadores
5. Acerca de los parámetros de protección: desde dónde responder a las interferencias de privacidad
6. De la necesaria ampliación del ámbito de protección personal de los trabajadores
7. Los datos personales de los trabajadores, como el nuevo parámetro de protección
8. Las garantías adicionales derivada de la protección de datos
9. Conclusión

Resumen

La necesidad de proteger las personas en general y las que trabajan en especial, de las interferencias de los terceros, respecto de sus ámbitos de reservas, constituye la preocupación de vastos sectores de la dogmática jurídica. Preocupación que se ha acrecentado, a partir de la ampliación de los ámbitos de trabajo, y de la intervención de aquellas mismas, en los espacios digitales. Todo lo cual, ha puesto en tensión derechos de otrora pacífica recepción, como parámetro protectorio. Paralelamente, se ha producido la emergencia de los datos personales como nuevo objeto de tutela, en cuanto que los mismos, resumen la historia personal y social de las personas, en particular en el contexto digital. Dado el cambio respecto del bien jurídico a tutelar, la intimidad y la privacidad, se presentan como insuficientes de cara a tal fin. Por el contrario, es la técnica de la protección de los datos personales,

la que se ajusta con mayor asidero a la tarea de regular la intervención de las personas en general y las que trabajan en particular, en los espacios digitales, desde un aspecto positivo, como facultad de decidir y controlar el uso y tratamiento de los datos personales, frente a las posibles injerencias de privacidad.

Palabras clave

Privacidad protección de datos, digitalización, derechos laborales, derechos fundamentales, protección constitucional.

1. Introducción

Desde antaño, cuando se hablaba de intromisiones no permitidas o consentidas, en la vida de cualquier persona, se acudía al recurso de la intimidad, como recurso suficiente para proteger la misma. La intimidad, era el límite sobre el cual estaba prohibido incursionar, al menos, sin el consentimiento de su titular. Su ámbito material, estaba definido por ese espacio de reserva más cercano a las cuestiones personales extrañas al escrutinio social. Así, en un análisis dimensional, si lo analizamos desde los extremos, la intimidad coincidiría justamente con el centro, allí dónde acontece lo más íntimo y alejado, por ende, de la percepción e intervención de los terceros.

Por ello, en su versión jurídica, constituía -y aun lo constituye- un deber de abstención que su titular puede ejercitar frente a los terceros que pretenden ejercitar cualquier tipo de intromisiones no consentidas. Por ello, no es causal que el derecho a la intimidad de las personas fuese el principal fundamento de protección de los derechos de la personalidad.

Más tarde, y atento los avances socioeconómicos, y en especial, ante la incorporación de la tecnología en la vida de las personas, aparece la privacidad como paradigma protector del ámbito de reserva de los ciudadanos. De allí, el generalizado consenso entre la literatura especializada, -y aun con ciertos matices-, acerca de que la privacidad de las personas es el nuevo objeto de protección, en una visión superadora de la intimidad. La privacidad, en cuanto espacio de reserva, constituye el nuevo valladar ante las pretendidas intromisiones no consentidas por parte de terceros, ya se trate de individuos, organizaciones o del propio Estado.

Ahora bien, en lo que no existiría tal consenso, es en el extremo de si la privacidad en su versión clásica sigue siendo la garantía de resguardo que permita la eficacia de la protección. El concepto de privacidad, como ya se ha señalado, representa ese ámbito de reserva que se le reconoce a todo individuo, y que, como tal, alejado de toda intromisión de terceros. El hombre tiene derecho a ser dejado solo y nadie puede alegar facultades legítimas para avasallar dicho estado. Es el denominado “the right to be let alone” del juez Cooley, como derecho a resguardar el sagrado recinto de la vida privada y doméstica¹. Claro está, que este escenario, podía entenderse, -al menos desde lo conceptual-, en un mundo eminentemente analógico.

El problema se suscita, con la decidida irrupción de la tecnología, y la creación con motivo de ello, de un gran ámbito de interacción, donde se combinan espacios físicos con digitales, de difícil delimitación. Los contornos -otrora- bien delimitados, se han esfumado y muchas veces nos resulta de difícil determinación, máxime cuando estamos avizorando que es el propio destinatario de la protección,

¹ Citado por Alvarez del Cuvillo, A.: “La delimitación del derecho a la intimidad de los trabajadores en los nuevos escenarios digitales”. Temas Laborales N°151/2020, pag. 276

quien muchas veces contribuye con la yuxtaposición e intersección aludida. La tecnología ha sido capaz de unir dos ámbitos desconectados: el mundo físico y el mundo digital².

Todas las personas, incluidos claro está, los trabajadores, participan activamente, sea de manera directa o indirecta, de la interacción en el espacio digital. Este espacio, es el nuevo entorno donde se desarrolla la vida misma de gran parte de las personas. Allí ocurre casi todo, no sólo lo que concierne a su vida privada, a la social y ahora hasta la vida laboral. Y como destacara Ugarte³, con la particularidad en este caso, de que son los mismos trabajadores quienes consienten o participan del exceso de conectividad o tráfico fuera del lugar de trabajo.

A la par de ello, las nuevas formas de trabajo fomentan e incluso presuponen, el desarrollo y profundización de estos espacios. Ello, no ha hecho otra cosa que originar lo que Sierra Benítez, denomina, “subordinación sin lugar y horario de trabajo”.

Estas nuevas formas de trabajo exigen de los trabajadores una conexión constante y a tiempo real, a fin de poder llevar a cabo sus tradicionales tareas. La tecnología ha generado espacios sin límites temporales definidos, de allí la novedad legislativa de algunos países, en cuanto a la consagración del derecho autónomo a la desconexión digital, como nuevo parámetro de protección de la privacidad, pero a partir esta vez, de la limitación de la jornada de trabajo.

Hay, por tanto, un corrimiento de lo privado hacia el mundo social, de la mano de la tecnología y sobre todo, de las propias decisiones de intervención de las mismas personas, que vaya la paradoja, deberían ser quienes a la postre, tuvieran mayor interés en la protección de su vida privada.

Todo lo cual, constituye una de las principales novedades, de cara al rediseño del parámetro protector del espacio de reserva de las personas que trabajan. De manera que, si este panorama está constituyendo la regla, y si lo extraordinario, es la participación voluntaria de los sujetos en la vida digital, no sería posible utilizar el recurso de la privacidad, al menos en el sentido que lo conocíamos hasta el momento, a fin de proteger el ámbito de reserva de las personas que trabajan.

De allí que se impone bucear en otros parámetros posibles, que sean capaces de superar no sólo el clásico de la intimidad y privacidad, y con ello, afrontar los desafíos que supone el nuevo escenario digital, dando respuesta desde la singularidad y especificidad del tema de la protección de los datos de las personas que trabajan. Por ello, abrevaremos en la autodeterminación informativa para concluir en su sucedáneo: el derecho fundamental a la protección de datos personales.

² Sierra Benítez, E. M.: “*Subordinación sin lugar y horarios de trabajo: los nómadas digitales*”. Cielo Laboral. www.cielolaboral.com. Pag. 3

³ Cfr. Ugarte, J.L: ob. cit.

De todos modos, cabe concluir la inexistencia de discusión alguna respecto del reconocimiento de los derechos en juego, tales como el de intimidad o privacidad, mientras que el no consenso, estaría en las formas que debe asumir el marco regulatorio de la protección, a fin de abreviar en su efectividad.

2. De la técnica legislativa para la protección de los datos personales

2.1. De los modelos de regulación

Como punto de partida, podríamos sintetizar a grandes rasgos, los dos grandes sistemas de regulación en cuanto a la protección de los datos de las personas. Así las cosas, uno de ellos, es aquel que bien podríamos identificarlo con Estados Unidos de Norteamérica. En este, si bien se privilegia la privacidad de los datos, el tratamiento de los mismos, sin embargo, se encuentra ampliamente permitido. De todos modos, el límite de protección coincide con la prohibición de inmiscuirse tanto en la intimidad de sus titulares, como en la interceptación de las comunicaciones.

Por el otro lado, tenemos el sistema europeo-continental. Aquí, por el contrario del referido supra, la regla es la prohibición del tratamiento. A la par de ella, existe todo un sistema regulatorio, donde lo que prima es el resguardo de la información personal, por encima incluso, de la persona titular de dicha información⁴.

De manera que podríamos sintetizar a groso modo, que mientras el sistema norteamericano ve en la privacidad el problema, el europeo-continental sin embargo, en la protección de los datos de las personas.

De todos modos y pese a estos dos puntos de partida bien diferenciados, podríamos señalar que lo que subyace en definitiva como punto de contacto, no es otra cosa que el resguardo de la información de las personas o si se quiere, la reserva de los datos personales frente a la injerencia de terceros. Porque, de todos modos, a este objetivo, ambos sistemas llegarán de alguna manera y con cierto grado de amplitud, -sea por default o por derivación-, ante la circunstancia del no levantamiento de la expectativa de privacidad anclado en alguna circunstancia legal o contractual que así lo avale.

Hasta aquí en cuanto al objeto de la protección. Ahora bien, en cuanto a la finalidad de la protección, podríamos destacar dos grandes sistemas, que incluso, son los que reproducen la mayoría de los antecedentes normativos actuales. Me estoy refiriendo al que podríamos denominar como señala Ruiz Miguel⁵, un derecho de defensa, por un lado, con un contenido negativo, mientras que, por el otro, un derecho de control, con un contenido positivo.

⁴ Cfr. Lothar D.: *"Protección global de datos personales"*. 1era. Edic., Editorial Astrea SRL, Buenos Aires, 2020.

⁵ Ruiz Miguel, C: op. cit. pag 241.

Cuando nos referimos a un derecho de defensa, lo hacemos en el sentido de que los individuos tienen facultades suficientes para poder rechazar cualquier tipo de intromisión en su vida privada. El ordenamiento jurídico le reconoce un espacio de reserva dentro del cual sólo él puede incursionar, a menos que el mismo autorice su intromisión o que existan causas legítimas que lo habiliten. En cambio, cuando nos referimos al derecho de control, nos referimos a la aptitud de los titulares de los datos personales a vigilar los mismos, de cara a las pretensiones de recolección, uso, tratamiento y transferencia de aquellos⁶.

La protección de la intimidad y vida privada presenta una línea de evolución en paralelo a los cambios acontecidos en el concepto de vida privada, que va desde una vertiente de libertad negativa frente a las intromisiones abusivas de los poderes públicos, hasta la concepción positiva actual de ejercer derecho de control sobre los datos referidos a la propia persona y que haría referencia no sólo a los medios tradicionales, sino a los archivos o bases de datos electrónicos⁷.

Ahora bien, cabe destacar que, para ambos sistemas, la técnica de la protección de datos en su vinculación con la tecnología supone una tarea para nada sencilla. Ello, toda vez que trasunta una suerte de tensión entre derechos de raigambre constitucional de igual jerarquía, por un lado, mientras que, por la otra, la necesaria armonización entre facultades legales y/o convencionales de los empleadores con las obligaciones que deben observar los trabajadores, desde el mismo momento que traspasan el pórtico de entrada de la empresa.

Así entonces, la complejidad apuntada, radica en la circunstancia de que dicha técnica combina poderes del individuo frente a terceros (limitaciones, prohibiciones) con diversas garantías instrumentales, algunas de las cuales de rango constitucional. A ello, se debe agregar que los datos que se protegen no tienen por qué ser íntimos, basta con que sean personales, aun cuando parezcan inocuos. De aquí que el ámbito de esta protección sea más amplio que el propio derecho a la intimidad⁸.

2.2. De los nuevos elementos que influyen en la regulación

Al carácter complejo de la problemática, cabe sumarle la cuestión de que los conceptos básicos que

⁶ Autores como Shils E (citado por Sánchez, A.N: “*La protección de la intimidad y vida privada en internet: la integralidad contextual y los flujos de información en las redes sociales*” (2004-2014), identificaban la protección de la vida privada con el derecho de retención voluntaria de información. Esto es, el derecho a limitar el poder de los extraños a descubrir o forzar la revelación de cuestiones privadas.

⁷ Sánchez, A.N: “*La protección de la intimidad y vida privada en internet: la integralidad contextual y los flujos de información en las redes sociales*” (2004-2014). Agencia Española de Protección de Datos - Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016. Pag 95/96.

⁸ Ruiz Miguel C.: “*En torno a la protección de los datos personales automatizados*”. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Número 84. Abril-Junio, 1994. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27266> versión recuperada el 21/02/24.

históricamente fueron desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia para servir de límites a las intromisiones del hombre y del estado, en sus ámbitos de reserva, fueron reconfigurando sus límites y contenido.

Hay una especie de inflación en el contenido de los conceptos, tal como lo plantean Desantes Guanter y Soria⁹; y ello, no sólo se da con el término intimidad, sino también con el de privacidad, por el mismo hecho de no saber cuáles son los límites de cada uno de ellos, menos aún cual su contenido exacto. Así, obviamente, que la consecuencia, no es otra que una suerte de regulación a oscuras, que no hace más que generar lo contrario de lo que se pretende, es decir, la desprotección de los bienes jurídicos a proteger. El riesgo de limitarse al contenido y extensión de los conceptos de intimidad y privacidad en sus tradicionales conceptualizaciones puede llevar como señala Hixon¹⁰ a considerarlos como un *catch all phrase, protecting too little because it protects too much*, es decir abarcar mucho, pero apretar poco.

Va de suyo, que, en la actualidad, y merced a la tecnología, los límites se van extendiendo a espacios antes impensados, logrando confundir la esfera privada de la pública, por lo difuso de sus extremos, a la par que en razón de una extensión del espacio respecto del cual los terceros se arrojan facultades de inmisión, muchas de las cuales de naturaleza legítima. Así, los límites se difuminan y las pretensiones de intromisión se amplían, e incluso se robustecen y hasta son avaladas, por los propios titulares de los derechos que aquellos conceptos pretendían proteger.

De allí que la cuestión radique, en determinar hasta qué punto su contenido y límites deben interpretarse de manera diferente, para responder adecuadamente a la nueva realidad producida por los cambios tecnológicos, económicos y sociales y en concreto por la llamada economía digital¹¹.

A este repensar, cabe agregarle la idea de que los contenidos de ciertos derechos, -otrora- ampliamente reconocidos y aceptados, empiezan a exigir su rediseño. De esta manera, nos encontramos en un ámbito de reconfiguración de los mismos, que como bien señala Alvarez del Cubillo¹², dependerá de la interacción entre las necesidades de cada individuo por un lado y por el otro, su reconocimiento por parte de la sociedad y del derecho.

En este orden de ideas, podríamos anexar una cuestión adicional a esta discusión, la cual no es menor de cara a la regulación. Me refiero a aquella que presupone que los contenidos de algunos conceptos,

⁹ Desantes Guanter, JM y Soria, C: *"Intimidad e información, derechos excluyentes"*. Nuestro Tiempo, N° 213, Pamplona, citado por Sánchez, pag. 102.

¹⁰ Hixon, R.F.: *"Privacy in a public society"*. Nueva York-Londres, Oxford University Press. 1987, pag. 60, citado por Ruiz Miguel C.: Ob. cit. pag 240.

¹¹ Alvarez del Cuvillo, A.: *"La delimitación del derecho a la intimidad de los trabajadores en los nuevos escenarios digitales"*. Temas Laborales N°151/2020, Pag. 277

¹² Cfr. Alvarez del Cuvillo, A.: ob cit. pag 277.

-tales como intimidad o privacidad-, se caracterizan por ser abstractos y dinámicos. De manera que, en atención a ello, bien podríamos agregar también a dicha caracterización, la idea de que su contenido es autoconfigurable. Y esto es así, por cuanto el sustratum de aquellos derechos, dependerá, en definitiva, no sólo del contexto en que se desarrollen, sino y en especial, de las diversas elecciones de privacidad que hagan los interesados, y en cada momento histórico, sea personal o social.

Así las cosas, lo que para algunos será privado, para otros no lo será, por lo que el contenido de aquellas categorías se irá necesariamente configurando, a partir de nuestros propios actos, nuestras propias decisiones, las diferentes opciones que nos ofrece el mundo digital, etc. Y todo ello, a cada y en todo momento.

Y ello, no es baladí, dado que necesariamente impactará en la modalidad de protección del ámbito de reserva de las personas, toda vez que no será posible establecer categorías normativas estáticas como base y fundamento del sistema de protección.

La otrora idea de trabajar sobre estructuras normativas perennes no pertenece a estos tiempos, dónde y en especial la tecnología, ha puesto en revisión conceptos y categorías de cuya permanencia se creían descontadas. Todo lo cual, no deja de presentarse como un serio problema de cara a la búsqueda, sobre todo, de la efectividad y eficiencia de la protección. Repárese, que habitualmente efectividad y eficacia, coincidían necesariamente con categorías rígidas, estáticas y de comprensión asequibles por todos. Hoy esto ya no es así. La tecnología lo ha modificado todo, y lo peor que lo seguirá haciendo. De allí que el desafío que tiene por delante la norma positiva es cuanto menos novedoso.

A las particularidades apuntadas, debemos sumar otro ingrediente: los márgenes de la vida privada de los individuos se van ensanchando y con ello, el escrutinio de esta por parte de terceros también. De manera que la delimitación constitucional tradicional de resguardo comienza a desdibujarse por la imposibilidad misma de su precisa delimitación. Repárese, que parte de la causa del ensanchamiento aludido, se debe, -y aquí la paradoja-, a que son los mismos titulares de los datos, los que de manera voluntaria van cediendo espacios de reserva, en beneficio de terceras personas, quienes, aprovechándose de este extremo, usan y tratan los mismos, bajo el convencimiento de que se encuentran ampliamente autorizados para ello, en razón de la voluntariedad señalada. Es la propia conducta de los titulares de los datos, la que sirve como especie de causa justificante, que permite esta intromisión.

Y ello no puede ser de otra manera, debido a las frecuentes e innumerables interacciones en el ámbito digital abierto, todo lo cual, y como podrá advertirse, no hace otra cosa que complejizar la cuestión de la técnica de regulación.

3. De los espacios de actuación como forma de explicar la diferencial modalidad de protección

Desde antaño, la literatura jurídica ha estudiado dos espacios de actuación posible del hombre, como parámetro para definir tanto los derechos de estos como las garantías normativas que le son propias. Me estoy refiriendo al espacio público y al privado, en su relación cada uno, con una serie de facultades que conforme lo definiera la doctrina y la jurisprudencia en su momento, le correspondían.

Así las cosas, el espacio público, era aquel constituido por los asuntos que incumbían a la colectividad e incluían necesariamente una interacción cara a cara en lugares compartidos, oponiéndose así a lo privado, que quedaba confinado al ámbito reservado del individuo, esto es a su esfera protegida o aquella donde se desarrollaba su intimidad y vida privada¹³.

De manera, que de cara a la temática que estamos planteando en este trabajo, la mayor cantidad de protección se daría en la esfera privada, mientras que, respecto del ámbito público, la misma sería nula o casi imperceptible. Ello, con motivo de la aparente imposibilidad de yuxtaposición de ambas esferas. Así, un espacio excluiría al otro y con ello, cada categoría conceptual se encontraría necesariamente reservada a un ámbito específico de actuación de la persona humana.

Dicho de otra manera, al hombre en su dimensión privada, se le reconocen una serie de derechos y garantías que difieren de aquellos que se le conceden en su dimensión pública, primando aquella por sobre la segunda, en el entendimiento que su mayor grado de resguardo, encuentra su justificación justamente, en los intereses en juego.

Ahora bien, esta simplificación, entra en tensión, cuando abrevamos en la dificultad más arriba apuntada, referida a la creciente imposibilidad de identificar correctamente cada espacio, y sobre todo, a partir de la intervención de los propios sujetos más allá de su ámbito privado, trayendo consigo, cuestiones que son propias del contenido de su ámbito de reserva.

Mas aun, podemos destacar siguiendo a Sánchez¹⁴, que la dicotomía entre ambos espacios o esferas de actuación de las personas, rara vez se presenta de manera aséptica, en tanto que en numerosas actividades humanas las informaciones privadas forman parte constitutiva e, incluso, necesaria de la interacción social. Los datos de las personas, -los cuales denotan actualidad con motivo de las nuevas formas de negocios que emergen a partir de su utilización- son precisamente, el producto de la interacción de sus titulares por fuera de su ámbito de reserva, o de su intervención en ámbitos privados, pero con proyección en espacios públicos de acceso abierto.

¹³ Sánchez A. N.: op. cit., pag. 188

¹⁴ Ibídem, pag. 188

De todos modos, el elemento decisivo para la nueva orientación hermenéutico-constitucional ha sido la irrupción de las nuevas tecnologías, que ha dado lugar al aumento de la vulnerabilidad de las esferas íntimas y privada y la posibilidad de lesionar los derechos¹⁵.

Pues así, la aparente simplificación supra aludida, trasunta complejidad. Y con ello, la demarcación entre ámbitos se antoja ineficiente como marco integral para la protección de las informaciones privadas del individuo, por cuanto no contemplaría como tales, las intromisiones en la intimidad y vida privada, si estas se dan en un espacio público, una coyuntura aparentemente excluyente, pero que a menudo se da en internet¹⁶, a lo que agregaría, como propio de lo que acontece con todas las manifestaciones del mundo digital.

De manera que, hay una redefinición de los espacios de actuación de las personas, a los fines de determinar el tipo y grado de protección, ya no en virtud de los titulares de la información que navegan en cada uno de aquellos, sino en función, de los datos mismos, capaces de identificar a sus titulares o como señala García Jiménez¹⁷, ya no por la naturaleza de sus temáticas, sino por la visibilidad que confieren a los acontecimientos los medios de comunicación.

Por ello, hay que tratar de sortear particularmente, aquella ecuación a la postre, simplista, de dos espacios separados, estancos y claramente identificables en sus contornos. Asimismo, superar el error de asimilar vida privada con espacio privado, puesto que este binomio deviene insuficiente cuando abrevamos en la idea de que las personas en su cotidiano accionar, traspasan ambos espacios, transportando con ello, informaciones o datos personales del uno al otro y viceversa. Por ello, el contenido de la información a proteger se torna lábil, y con ello, de difícil abordaje desde la postura clásica de las esferas.

4. El derecho del trabajo como instrumento de protección de la privacidad de los trabajadores

Desde una mirada clásica, el derecho laboral se utilizó como un recurso frente a la intromisión de terceros, -incluido el propio empleador- respecto de la vida privada del trabajador. A excepción claro está, de los derechos empresariales de dirección y control que la norma positiva le acuerda, los cuales inexorablemente debían ejercerse de manera razonable, justificada y acotada tanto al fin propuesto como al exclusivo ámbito de la relación de trabajo.

¹⁵ Seoane, J.A.: "La ampliación del catálogo de derechos fundamentales". *Persona y Derecho*, 54 (2006) 441-469, pag. 452.

¹⁶ Sánchez A. N.: op. cit., pag. 189.

¹⁷ García Jiménez, L.: "*Las ciencias de la comunicación a la luz de las nuevas tecnologías: retos para una disciplina de la incertidumbre*". *Global Media Journal*, México, Vol. 5, N° 10, citado por Sánchez, op. cit. pag. 190.

Claro que esta ecuación, coincidía necesariamente con el lugar de prestación habitual de tareas, dado que el trabajo para aquella visión era lo que se realizaba en el ámbito mismo de la fábrica o de la empresa. Fuera de ella, no había lugar para la existencia misma del trabajo, como actividad humana.

El problema aparece, cuando la tecnología entra a hacer mella en el ámbito de la vida de las personas y se va ramificando en los distintos y más diferentes escenarios en que esta se desarrolla. Y como era de esperar, el derecho y más precisamente el derecho del trabajo, no iba quedar fuera de esta interferencia. Es más, es una de las ramas donde la tecnología ha tallado fuerte, a partir de dos nuevas realidades. Por un lado, la extensión de la jornada de trabajo, la cual ya no reconoce límites de espacio ni de tiempo. Así, todo espacio de tiempo es espacio de trabajo. Por el otro, la profundización del poder de control del empleador, respecto de la vida del trabajador, a partir de un control difuso y constante, pero no por ello, menos intenso.

Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) han revolucionado el trabajo y la vida cotidiana en el siglo XXI. Permiten a las personas conectarse con amigos y familiares –también con compañeros de trabajo y supervisores– en cualquier momento; sin embargo, también facilitan la intrusión del trabajo remunerado en los espacios y tiempos reservados para la vida personal. El trabajo de oficina actual... se puede llevar a cabo desde prácticamente cualquier lugar y en cualquier momento. Esta nueva independencia espacial ha transformado el rol de la tecnología en el entorno de trabajo, ofreciendo nuevas oportunidades y nuevos desafíos¹⁸.

Estamos ante un fenómeno que bien podríamos identificar, siguiendo a Ugarte¹⁹, como la colonización de la vida de las personas por parte del trabajo digital. Su consecuencia, es la inversión del lugar por el tiempo de trabajo, al contrario de lo que acontecía en otros momentos, dónde lo que explicaba la existencia misma del trabajo, era el lugar dónde las personas acudían a prestar tareas. Con el advenimiento de la tecnología y sus grandes avances, esto ha cambiado de manera exponencial, ya que los factores se han invertido, y ahora el gobierno de la vida humana y por ende del trabajo humano, han quedado sometidos indefectiblemente al parámetro tiempo. De esta manera, que, si el parámetro espacio ha sido superado por el parámetro tiempo, tal como se indicara más arriba, una de las consecuencias directas e inmediatas, -de cara a las facultades del empleador-, no puede ser otro que el control extendido de la vida del trabajador, incluso fuera de los propios límites del lugar de trabajo²⁰.

18 Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: OIT, 2019. Pag. 1. ISBN 978-92-2-130471-5 (impreso), 978-92-2-130472-2 (web PDF).

19 Ugarte, J. L., conferencia dictada en la Asociación Argentina Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el marco del curso sobre “El trabajo en la era digital”. Buenos Aires, 2022.

20 Cfr. Ugarte, J.L: ob cit.

Este sólo extremo, nos sirve para explicar la insuficiencia de la teoría de las esferas, con motivo del avance de la digitalización en el mundo del trabajo y la decidida intervención en el mismo por parte de los trabajadores.

De allí, lo inapropiado de la postura que señala que ...el trabajo asalariado y la intimidad (privacidad agregaría yo), son conceptos antagónicos en la medida en que el primero se identifica como el prototipo clásico de la “vida pública”, por contraposición a la “vida privada” –personal y familiar- que con frecuencia se relaciona precisamente con las actividades que se desarrollan fuera del trabajo. Ciertamente, se asume, como regla general, que el empresario tiene la potestad de controlar las actividades de los trabajadores a su servicio en el tiempo y lugar de trabajo, mientras que por el contrario, se considera que no puede inmiscuirse en la “vida privada” del trabajador, en su tiempo de descanso o en su domicilio particular²¹.

Claramente esta postura, carece de actualidad, ya que desconoce lo que venimos comentando, acerca de lo que sucede en el mundo digital, a partir de la yuxtaposición de los espacios de actuación, con la consiguiente falta de claridad tanto de sus contornos como de sus límites. De manera que pretender hacer coincidir cada ámbito de actuación con las actividades humanas desarrolladas en los mismos y desde allí elaborar un esquema de protección, se torna cuanto menos, insuficiente e inadecuada por su falta de actualidad.

Y aquí aparece el gran desafío de la norma laboral, en cuanto mecanismo tuitivo de los derechos y garantías de los trabajadores, en su afán de preservar espacios de reserva, más allá del ámbito propio del contrato de trabajo. Ello, toda vez que la fuerza de trabajo (cesión) no puede separarse de la persona, en tanto que trabajo humano no es otra cosa que la actividad humana, es decir el ser humano mismo contemplado desde una perspectiva dinámica²².

Por todo ello, de momento y conforme se encuentra el estado del arte, no parecería ser la norma del trabajo, la herramienta de protección suficiente para la privacidad de los trabajadores, menos aún, para la información que transita en la red y que forma parte, en definitiva, de su personalidad.

5. Acerca de los parámetros de protección: desde dónde responder a las interferencias de privacidad

El tema de la privacidad como preocupación, -aun cuando no es un extremo nuevo-, ha resurgido en estos tiempos, al calor de la fuerte irrupción de la tecnología en los distintos ámbitos de las relaciones humanas. Y como ya señaláramos, el ámbito del mundo del trabajo no iba estar exento de ello, en

²¹ Álvarez del Cuvillo, A: op. cit. pag 277.

²² Ibídem, pag. 278.

especial, a partir de la ampliación de las facultades del empleador con motivo de la emergencia de las novísimas formas en que estas asumen y la decidida intervención de los trabajadores en el espacio digital. Ello, en concordancia con los avances tecnológicos, que como ya se indicó, tarde o temprano iban a impactar en el seno del contrato mismo de trabajo.

Hasta aquel evento, la relación entre trabajador y empleador se mantenía bajo cierta dinámica, mayoritariamente reconocidas y aceptadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, en el sentido de dar por sentado, el desequilibrio propio de las relaciones de trabajo y las consecuencias que de ello se derivaban.

En este marco, la intimidad campeaba como objeto de protección de las personas trabajadoras. Ella constituía el nomen iuris del ámbito de protección del ámbito de reserva de las personas. A ella, se referían la mayoría de la literatura jurídica especializada, si de protección de los trabajadores se trataba.

A este tiempo, pertenece la tendencia que señala Villaverde Menéndez²³, a creer que en cierto sentido el derecho a la intimidad era ese “derecho” que pondrá orden al voraz deseo del ser humano por escudriñar en la vida de los demás... en la medida en que el derecho a la intimidad es el escudo del que se valen los seres humanos para defenderse de la curiosidad ajena.

Este panorama, cambia radicalmente, a partir de la irrupción del proceso tecnológico aludido y, sobre todo, con motivo de la interacción voluntaria en la red por parte de los propios interesados en la tutela. Así las cosas, la consecuencia inmediata no podía ser otra que la ampliación de los horizontes de posibles acciones de intrusión por parte de terceros. Con ello, y como era de esperar, entra en tensión aquel parámetro protectorio dado que el mismo se compadecía necesariamente con la existencia de un ámbito privado exclusivo y excluyente, no sólo de la inmisión de terceros, sino del propio sujeto.

Repárese que intimidad era aquello que estaba lo más dentro posible, lo más reservado y lo más profundamente sentido por el ser humano²⁴. Lo íntimo se relaciona con soledad, con reserva y se refiere a una persona en sus relaciones consigo misma²⁵, de manera que con la ampliación de los espacios de actuación de las personas en general, y la descontada puesta en conocimiento de aquello que originariamente se mantenía al resguardo de los terceros, la solidez de dicho parámetro se resquebraja, por esto de que al traspasar la frontera de lo íntimo, ya no sería posible sostener el fundamento que avalaba la existencia del carácter de aquella información o estado del ser humano.

Así las cosas, la intimidad ya no se presentaba indubitadamente eficaz ante el objetivo de la protección

²³ Villaverde Menéndez, I.: *“La intimidad, ese terrible derecho en la era de la confusa publicidad virtual”*. Chapecó, v 14 n.3 Edicao Especial, 2013. Pag. 58.

²⁴ Sánchez, A. N.: op. cit. pag 78.

²⁵ Ibídem: pag. 80

del ámbito de reserva de las personas en general y de las que trabajan en particular. Bajo el nombre de intimidad se han planteado asuntos que no afectan al campo de lo íntimo, sino al más amplio de lo privado. Se ha producido así una especie de inflación de lo íntimo que lo ha devaluado²⁶.

En paralelo, y a colación de aquello, comenzó a gestarse una corriente crítica, por medio de la cual, se pone en interrogante la capacidad de la norma del trabajo para dar respuesta a las situaciones de inmisión derivados del uso de la tecnología por parte del empleador y sobre todo, ante el extremo de ser, como indica Villaverde Menéndez²⁷, nosotros mismos los que mostramos sin pudor nuestra intimidad a esos terceros.

Este nuevo contexto, derivó en la necesidad de bucear un nuevo parámetro de protección, que sea capaz de superar al de la intimidad. Y es así que aparece la privacidad, como técnica que nos viene derivada principalmente, y en la versión jurídica romanista, de la utilización de los derechos fundamentales a los diversos ámbitos de actuación de las personas.

Así las cosas, privado estaría conectado con el secreto, en cuanto consecuencia de una acción de separar un determinado ámbito o conocimiento... sería una noción de importante extensión²⁸.

De todos modos, podemos sostener que intimidad y privacidad son conceptos que en algún punto se tocan, pero que, sin embargo, y como ha quedado demostrado, cada uno de ellos presenta un contenido diferencial. En definitiva, lo íntimo sería un concepto estricto de dimensiones propiamente individualista y lo privado sería un ámbito que abarcando lo íntimo, lo supera²⁹.

No obstante, su utilización, como técnica superadora del recurso de la intimidad, por parte de un número considerable de operadores jurídicos, no podemos dejar de señalar que aquel parámetro no está exento de objetores.

Las objeciones parten desde una visión que bien podríamos denominar como historicista, en el sentido de que dicho concepto, es extraño a nuestra cultura jurídica, toda vez que el mismo, nos viene del sistema anglosajón, a partir del recordado "The right to privacy" de los autores Warren y Brandeis³⁰,

26 Desantes Guanter, J. M y Soria, C.: "Intimidad e información, derechos excluyentes". Nuestro tiempo, N° 213 Pamplona, citado por Sanchez: op. cit. pag. 102.

27 Villaverde Menéndez, I.: op. cit. pag. 58.

28 Ruiz Miguel, C.: op. cit. pag. 238.

29 Ibídem: pag. 239.

30 A partir de dicha obra, los autores Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis ("The right to privacy"- Harvard Law Review, Vol. IV, N° 5, año 1890), bosquejan y sin ninguna pretensión de conceptualización alguna, la idea acerca de privacidad: "espacio alejado de la mirada de terceros". Con el paso del tiempo, esta idea, fue tomando forma y sobre todo, dimensión normativa, a partir de la construcción llevada a cabo, por parte de los operadores jurídicos. Esta construcción involuntaria, se debió a la publicación de un artículo que escribieran en la revista señalada, con motivo de las actuaciones judiciales llevadas adelante por Brandeis ha pedido y a favor de Warren, ante un suceso personal sufrido por la familia de este, en el marco de una fiesta realizada en su casa y que diera lugar a sendas publicaciones en los medios locales de su Boston natal.

por un lado, mientras que por el otro, en el marco de una visión contextual, ante el extremo de que tan sólo supondría una simple superación del anterior parámetro, como una cara de una misma moneda.

Mas aun, y aun con el avance que supone utilizar este parámetro, la crítica se profundiza, en que tanto la intimidad como la privacidad, aun con sus especificidades y matices, servirían al mismo efecto, pero lo más importante, desde similar grado de desprotección del ámbito de reserva de las personas en general y de las que trabajan, en particular.

De todos modos, a mi entender, la privacidad es ciertamente una instancia superadora, que trasciende y engloba a la intimidad, y que, por ende, nos permite abreviar en una respuesta más cercana a la necesidad de protección desde las relaciones de trabajo. Y esto es así, por cuanto se trata de una herramienta que reconoce con mayor autenticidad y apego, una realidad palmariamente diferente de la que suponía la intimidad. Ello, toda vez que la privacidad, desde el punto de vista conceptual y contextual, es el que permite abarcar de una manera relativamente completa las diferentes manifestaciones de la tecnología en aquel ámbito, dado que presupone sortear e ir más allá del espacio mismo de reserva del hombre que trabaja, y de esta manera, llegar a sus manifestaciones en el terreno de lo público.

Tan es así, que hoy existe una postura doctrinaria, -con ciertas aspiraciones de generalidad-, que, al vincular ambos conceptos, abrevia en un término remozado, y que lo llaman “privacidad digital”³¹.

De todos modos y a poco de andar, podemos visualizar que el concepto de privacidad en el sentido supra señalado tampoco será suficiente, si al mismo lo relacionamos con los datos personales, y la necesidad de proteger los mismos. Menos aún, en su vinculación con los datos personales relativos a las personas que trabajan. De allí, que la propia doctrina ha empezado a trabajar sobre una nueva opción superadora, -esta vez-, con perspectiva justamente en la protección de los datos personales y su uso masivo, -aun cuando todavía, sin vinculación con las relaciones laborales.

Esta nueva perspectiva se deriva de lo resuelto en el año 1983 por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, quien, a partir del derecho general de la personalidad, destaca la facultad del individuo de decidir básicamente por sí mismo, y sobre todo, cuándo y dentro de qué límites es procedente revelar situaciones referentes a su propia vida. De allí, la necesidad de crear mecanismos jurídicos de protección de los datos personales frente a su uso, no tanto por el carácter estrictamente privado de éstos, sino por el peligro que supone la utilización que se haga de los mismos. Con lo cual, se reconoce

³¹ Algunos se atreven a hablar de intimidad digital.

un derecho que se ha dado en llamar: autodeterminación informativa^{32 33}.

En definitiva, este derecho, no implica otra cosa que la facultad del individuo de decidir básicamente por sí sólo sobre la difusión y utilización de sus datos personales³⁴, y lo que es más significativo aun, en relación al tratamiento masivo de los mismos.

Sobre estas premisas, Lucas Murillo³⁵ afirma que, en orden a proteger los datos personales frente a la informática, conviene abandonar la referencia de la intimidad y enunciar un nuevo derecho -el derecho a la autodeterminación informativa-, que tendría como objeto preservar la información individual (íntima y no íntima) frente a la utilización incontrolada. De todos modos, y pese al avance que mereció la doctrina del referido tribunal, de cara al tratamiento masivo de datos-, cabe destacar que la misma no ha tenido un desarrollo posterior de la cual pueda alegarse cierta entidad. Menos aún, como herramienta o parámetro de protección, no obstante, lo cual, últimamente y de manera un tanto tímida, recientes publicaciones están retomando dicho concepto.

Ante ello, la literatura especializada ha vuelto sobre sus pasos, a partir del concepto de privacidad, pero esta vez, desde una nueva mirada: como derecho humano fundamental. Sin embargo, debemos destacar que si bien la privacidad no es una creación normativa nueva, lo que sí lo es, su relectura como garantía constitucional anclada en el ámbito de los derechos fundamentales en coordinación con el ámbito digital. Y esto, no es otra cosa que un claro ejemplo de cómo algunas normas fundamentales se proyectan en el ámbito del contrato de trabajo. De allí que algunos, han comenzado a denominar este movimiento, como el proceso de constitucionalización del derecho del trabajo.

Lo que pretende esta tesis, es la de bucear de entre los principios de raigambre constitucional, el que más se adapte a las necesidades de protección de los trabajadores, dando muestras suficientes de capacidad de resguardo del ámbito de reserva de aquellos, en un espacio donde cada vez más, -y valga la paradoja -, es menos privado.

³² D°Chile. Entre Tecnología y Humanidad. <https://derecho-chile.cl/sentencia-de-15-de-diciembre-de-1983-del-tribunal-constitucional-federal-aleman-ley-del-censo-derecho-a-la-autodeterminacion/> Versión recuperada el 20/02/24.

³³ “He preferido hablar de autodeterminación informativa porque, si bien se trata de una fórmula poco estética, es, sin embargo, más precisa pues apunta al núcleo del derecho, a su aspecto sustantivo, mientras que la protección de los datos personales es su manifestación instrumental y, por eso, tiene un carácter técnico que le priva de capacidad significativa”. Lucas Murillo de la Cueva, Pablo: *“El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales”*. <http://www.eusko-ikaskuntza.eus/PDFAnlt/azpilcueta/20/20043058.pdf> Pag 44. Versión recuperada el 03/03/24.

³⁴ Lázaro, C.: *“El derecho a la protección de datos en España: una pincelada histórica”*. Fundación Manuel Giménez Abad de estudios parlamentarios del estado autonómico. <https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/el-derecho-la-proteccion-de-datos-en-espana-una-pincelada-historica> Versión recuperada el 21/02/24.

³⁵ Murillo de la Cueva, P.L.: *“La protección de los datos personales ante el uso de la informática”*, citado por Ruiz Miguel Carlos en: *“En torno a la protección de los datos personales automatizados”*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Número 84. Abril-Junio, 1994.

De todos modos, tampoco ha resultado suficiente con echar manos a las garantías constitucionales para abreviar en un nuevo parámetro de protección válido y eficaz. Uno de los grandes problemas que trasunta la utilización de los principios y garantías constitucionales, es la dificultad de la operatividad de su aplicación. Por ello, y tal como señala Confalonieri³⁶, el desafío es salir de la estructura de los principios y generar reglas genéricas y así sortear las diversas visiones jurisprudenciales y sobre todo las inseguridades que ello crea o genera. En definitiva, de lo que se trata, es de generar reglas operativas de derechos fundamentales y no principios de derechos fundamentales.

Como pudimos advertir supra, en general, privacidad e intimidad, -con su diferente graduación-, sólo responden a un ámbito específico de reserva o alejado del escrutinio público, pero no hacen mención alguna a los datos de esas personas que intervienen en cada uno de estos espacios, los cuales como ya vimos, pueden como no, ser de naturaleza íntima o inocua. Mas aun, aquellos parámetros, así como no reparan en los datos que se desarrollan en cada uno de los espacios, tampoco lo hacen en el contenido más o menos íntimo o privado de los mismos. De allí que la técnica, necesariamente sea la de la protección de datos, en tanto cuerpo de normas, de carácter autónomo y diferenciado del resto de los parámetros tradicionalmente utilizados.

Así las cosas, quiso ser la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Superior Constitucional, a partir de una serie de sentencias, especialmente, las número 290 y 292 del 30 de noviembre del 2000, las que vinieran a consagrar aquel parámetro, no sólo como nuevo parámetro, sino y en especial, como norma fundamental, con motivo de la consagración del derecho de toda persona a disponer de su información personal (sea íntima o no), a la par que la posibilidad de controlar lo que se recolecta y trata, como así también, el uso y el destino que se le dé a la misma.

Se trata de un derecho de configuración jurisprudencial a través de un conjunto de sentencias que arrancan con la STC 254/1993 y culminan con la STC 292/2000, cuyo fundamento jurídico quinto define un nuevo derecho fundamental dotándolo de plena autonomía respecto del derecho a la intimidad³⁷.

La singularidad y especificidad del derecho a la protección de datos, cuyo objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que aquel extiende sus garantías no sólo a la intimidad, sino a cualquier ámbito de los bienes de la personalidad, que puedan verse vulnerados con el uso inadecuado de estos datos³⁸, no es otra cosa, que la aceptación de la existencia de un conjunto de normas con un contenido

³⁶ Confalonieri, J.A: conferencia dada en la Asociación Argentina Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el marco del curso sobre “El trabajo en la era digital”. Buenos Aires, 2022.

³⁷ Murilo de la Cueva, L.P.: “*El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales*”. Versión recuperada de <http://www.eusko-ikaskuntza.eus/PDFAnlt/azpilcueta/20/20043058.pdf>

³⁸ Delgado Jimenez, A. F.: “*La privacidad del trabajador y el control tecnológico de la actividad laboral*”. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid. <https://docta.ucm.es/entities/publication/f7edbd60-a197-483f-baf6-d99dcffa7885> Versión recuperada el 19/03/24.

diferenciado del resto de los parámetros supra desarrollados, -a veces superpuesto o superado por aquel- y sobre todo, con una distinta funcionalidad, en el sentido de permitir la protección del titular de los datos, tanto en su faz interior, como también en su faz social.

Aquel parámetro, permite consagrar la idea que detrás del dato, existe una persona (a la postre su titular), por lo que no podría resultar baladí, el diferente trato normativo que se le dispense al mismo, bajo la idea que detrás del mismo, hay informaciones que por el solo extremo de ser personales (aun cuando estériles), deben necesariamente ser protegidas, a menos que exista una causa que justifique caso diverso.

Mientras no lo exista, la idea de la protección y de allí la necesidad de su regulación, se fortalece, debiendo asumir la forma de una típica facultad de control, en el sentido de permitir a los titulares de los datos, -ante las intenciones de intromisión indebida-, la posibilidad de decidir acerca de la recolección, uso y tratamiento de los datos ya sea por parte de los empleadores o de terceros ajenos a la relación de trabajo.

La garantía de la vida privada de la persona y de su reputación tienen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada 'libertad informática' es, así, derecho a controlar el uso de los datos insertos en un programa informático (*habeas data*) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano al hecho que determinados datos personales se utilizan para hasta diferentes de aquel legítimo que justificó la obtención (SSTC 11/1998, FJ 5º, 94/1998, FJ 4º)³⁹.

39 Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, con el cual comparte el objetivo de ofrecer una protección constitucional eficaz de la vida privada personal y familiar, atribuye al titular una serie de facultades que consiste, en la mayor parte, en el poder jurídico de imponer a terceros la realización o la omisión de determinados comportamientos la regulación concreta de los cuales tiene que establecer la Ley, aquella que, de acuerdo con el art. 18.4 CE, tiene que limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando el ejercicio (art. 53.1 CE). La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín cómo es el de la intimidad radica, así pues, en la distinta función que hacen, cosa que implica, por consiguiente, que también el objeto y el contenido difieran. De todo el que se ha dicho resulta que el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta la persona para decidir qué de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o qué puede obtener este tercero, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para que, así como oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos, se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, el almacenamiento y el tratamiento posteriores, como también el uso o usos que pueda hacer 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, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quien dispone de esos datos personales y a qué uso las está sometiendo y, de otra, poder oponerse a esa posesión y usos. En fin, son elementos característicos de la definición

6. De la necesaria ampliación del ámbito de protección personal de los trabajadores

Más arriba señalamos, que una de las consecuencias de la extensión del espacio y tiempo de trabajo, se verifica en que las personas que laboran se encuentren más expuestas a la invasión de sus espacios de reserva, incluso, por parte de terceras personas, en exceso de la figura misma del empleador. De manera que tanto este como los terceros, -esta vez-, en su carácter de consumidores y/o usuarios, pueden extender su poder de dirección y control, el primero, mientras que el de injerencia, los segundos, hasta dónde los mismos límites digitales o virtuales se lo permitan.

A lo que se agrega, que las personas que trabajan participan a menudo, en el espacio de las interacciones virtuales y lo hacen de manera voluntaria. Y es justamente este extremo, el que es tomado en cuenta muchas veces por los empleadores, para justificar la invasión de espacios de reserva de sus trabajadores. Ello, en el entendimiento que al interactuar en el mismo y de una manera voluntaria, existe una especie de permiso que avala dicha conducta.

De manera que aquellos, se convierten, -a priori-, en espacios alejados de expectativas de privacidad, bajo el argumento de que, si el trabajador interactúa en los mismos, sin siquiera mediar una obligación legal de hacerlo en tal sentido, permite suponer una suerte de indemnidad para el empleador, que en su afán de controlarlo todo, se inmiscuye esta vez, en los vericuetos más recónditos de la vida privada de sus trabajadores. Lo mismo ocurre con los terceros ajenos a la relación de trabajo, que interactúan en el mundo digital con inusitada influencia en aquella, al reconocérsele, por ejemplo, la facultad de calificar la forma en que un trabajador ejerce la prestación de trabajo o incluso, practicar tareas de control, a través de sistemas de geolocalización. Aquí, una de las novedades de la temática, aun cuando a través de estas líneas, nos limitaremos a dar cuenta de lo que acontece únicamente entre el trabajador y el empleador en los espacios virtuales.

Este nuevo “espacio público mediado” que Thompson denomina “propiedad pública mediática”, es pues una consecuencia de los medios de comunicación colectiva por cuanto ha creado un espacio

constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y el uso de sus datos personales y estar informado. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a saber quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho de poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y uso de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que el informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a los registros y asientos oportunos, y qué destino han tenido, cosa que afecta también posibles cesionarios; y, si procede, requerirlo porque los rectifico o los cancelo”. (Extracto del fundamento jurídico de la Sentencia del STC de España -Pleno- Nº 292 del 30 de noviembre del año 2000- BOE Nº 4 Suplemento, jueves 4 enero 2001, versión recuperada del servicio de informática de la Universitat de València, <https://www.uv.es/uweb/servicio-informatica/es/normativa-procedimientos/recursos/jurisprudencia/stc-292/2000-1285902044476.html>).

deslocalizado y disociado de la copresencia física, en el que el modelo de interacción tradicional ha sido desplazado⁴⁰.

A todo ello, cabe agregar, las decisiones automatizadas, derivadas tanto de los datos personales de los trabajadores como de las informaciones de labor, las cuales son proporcionadas por estos mismos o inferidas, tanto por el empleador como por terceros, ajenos en principio a la relación de trabajo. Este extremo, no hace otra cosa que ampliar también los ámbitos de actuación, respecto de los cuales, tampoco podríamos adscribir, en principio, garantía alguna de reserva de privacidad.

Como se entenderá, todo esto, constituye un dato novedoso de cara a la protección de la privacidad de las personas, en nuestro caso, de las que trabajan. Lo novedoso, no estaría dado por el poder del empleador en sí mismo, sino más bien, por la extensión e intensidad de este. Así como en otros tiempos, dicho poder, -en su versión original-, se entendería como intromisiones ilegítimas, hoy se presenta en cierto modo, legitimado a partir de la voluntariedad de la intervención de las personas en el espacio digital.

Así las cosas, esta nueva dimensión ligada a los datos personales de los trabajadores, nos sitúa inevitablemente ante una problemática que debe tener en cuenta la propia implicación de la persona trabajadora en los procesos digitales⁴¹.

Todo lo cual, no hace otra cosa que verificar el fortalecimiento de las facultades de control por parte del empleador, respecto de espacios y conductas de los trabajadores, impensadas en el mundo analógico, a la par que, una mayor afectación de las garantías personales de privacidad por parte del empleador.

Ahora bien, y en tanto nuestra pretensión sea la de buscar un marco justificante para aquel nuevo escenario, una de las vías podrá ser la teoría de las esferas. A esta, le agregaremos esta vez, el haz de garantías que tradicionalmente son adscriptas a cada una de aquellas esferas.

En este sentido, y a modo genérico, deberíamos comenzar señalando que en los espacios físicos -por contraposición.... a los espacios digitales-, las zonas privadas están configuradas normalmente a través de fronteras materiales, que permiten distinguir con cierta claridad entre los ámbitos de intimidad y que aquellos otros que se consideran públicos, así por ejemplo ... la atribución de un despacho individual cuya puerta se cierra con llave..., demarcan un espacio propio para el trabajador, que ha surgido incluso dentro de los límites de la propiedad del empresario⁴². De ello se deduce, que, en el

⁴⁰ Sanchez, A. N.: op. cit. pag. 190.

⁴¹ López Ahumada, J.E.: *"Estándares de protección de la intimidad en el ámbito laboral y desarrollo del deber de información empresarial en materia de datos personales"*. Obra colectiva: La gobernanza de los derechos digitales de las personas que trabajan. Ediciones Cinca. Madrid, 2020. Pag. 146

⁴² Alvarez Del Cuvillo, A.: op. cit. pag 278.

ámbito físico, los extremos se encuentran perfectamente delimitados, y al estarlo, cada persona que interviene en el mismo sabe de antemano por dónde discurrir y por dónde no, a fin de evitar se le enrostre cuanto menos, el acometimiento de intromisiones ilegales.

Esta meridiana claridad, se esfuma cuando aquellos espacios físicos son contrapuestos con los espacios digitales. En estos ámbitos, la materialidad se torna líquida, y sus contornos lábiles y difusos. Por cuya razón, la actuación de las personas en los mismos, se verificará de difícil configuración a la par, que decididamente incierta en sus manifestaciones, en sus contextos y sobre todo, en sus límites.

De allí, que la pregunta que cabría hacerse es si en el ámbito digital, es posible hablar de existencia de zonas de reserva, respecto de las cuales sea posible el desarrollo pleno de la garantía de privacidad de las personas.

Cierta lectura, acude para responder este interrogante, al concepto de expectativa de privacidad, pero lo hacen con ciertos reparos. Como señala Álvarez del Cuvillo, si bien la noción de expectativa de privacidad ha tenido un “carácter expansivo” sobre el contenido tradicional de la intimidad, ya que ha permitido establecer espacios privados, allí en lugares donde inicialmente eran considerados como públicos, en su traslación al ámbito de las relaciones de trabajo, -y en particular a los nuevos escenarios digitales-, el mismo muda de carácter. En consecuencia, y por contrapartida, la expectativa de privacidad asume un nuevo carácter, esta vez restrictivo, respecto de los derechos de las personas que participan en aquellos espacios. Ello, en el entendimiento que los trabajadores ceden parte de su derecho de reserva a expensas de las facultades del empresario, quien esta vez “tiene una libertad absoluta para determinar con carácter previo las condiciones de ejercicio de la intimidad en la empresa”.

Desde ya que esta conclusión, es ciertamente reduccionista, amén que simplista, y aquí parte de la razón de los reparos. Justificar la inexistencia de zonas de privacidad en el mundo digital, por la única razón de que las personas que trabajan de manera “libre y voluntaria”⁴³ ceden espacios de otrora incumbencia específica e inalienable de aquellas, es no comprender el escenario en su real y cabal integralidad.

43 El capitalismo de la vigilancia se funda en una masiva extracción de nuestros datos. También se basa en una agresiva caza de nuestra atención. De hecho, es un círculo muy lucrativo el de esta doble extracción: a más datos recabados, mejor personalización y se capta más atención. A más atención captada, más datos se recaban. Este círculo de apropiación ilegítima dispara los ingresos por publicidad y la venta de predicciones conductuales. Sin embargo, todo esto nos pasa casi desapercibido porque ocurre al tiempo que las tecnológicas nos prestan servicios. Este círculo extractivo de datos y de atención ha generado un auténtico ecosistema de la distracción. Ballesteros, A.: “Hacia una ecología de la atención y espacios libres de estímulos”. *Ethic*, junio, 2021. Recuperado de <https://ethic.es/2021/06/capitalismo-de-la-vigilancia-ecologia-de-la-atencion-y-espacios-libres-de-estimulos/>

La idea de que las personas en general y los trabajadores en particular, cedan espacios de reserva de manera libre y voluntaria es ciertamente una ficción, dado que muchas veces, -por no decir la mayoría-, son compelidas a ello, a través de complicados sistemas algorítmicos que inducen la atención en un ámbito de permanente distracción, capaces de generar este tipo de conductas. De allí que la voluntad y tal como la conocemos, se torna un dato irrelevante de cara a la intervención en los espacios digitales.

Más aun, consentir aquella teoría, conllevaría a sostener un estándar de protección de doble tiempo. Me explico, si una misma persona la analizamos en el contexto laboral, concluiremos que esta tendrá una menor protección en relación a su ámbito de reserva, con motivo de haber cedido garantías de privacidad a favor de su empleador, mientras que, si la ubicamos fuera de este ámbito, gozará, por el contrario, de una mayor protección, con motivo de la inexistencia de la relación jerárquica propia del derecho del trabajo, la que a la postre resulta la causa que justificaría la intrusión aludida.

Lo cierto es, que si bien las teorías de los espacios nos permite, -cuanto menos-, contextualizar la dinámica de las actuaciones de las personas que trabajan más allá de su ámbito de sosiego y recogimiento, no menos cierto es que adscribirle sin más a uno de estos espacios y en detrimento del otro, menores garantías por una supuesta habilitación de la persona que trabaja, conllevaría a consagrar un bill de indemnidad genérico, por el sólo extremo de la ubicación espacial dónde transcurre aquella intervención.

La temática es mucho más compleja de lo que aparenta, a partir del extremo de que las personas en general y las que trabajan en particular, intervienen de manera incesante en los espacios digitales, y lo que es peor, lo seguirán haciendo con impensada intensidad y modalidad. A lo que se agrega, el hecho de que esta intervención, no se presente de manera ascética. Por el contrario, tras la misma, queda lo que muchos ya denominan como huella digital y con ello, un conjunto de informaciones y datos de carácter personal (aun cuando muchas veces inocuos), quedan a trasluz. Todo lo cual, nos permite advertir de quienes intervienen, una representación acerca de sus gustos, sentires, opiniones, etc., pero también de novedades acerca de relación de trabajo, de otrora competencia exclusiva y excluyente del contrato de trabajo.

7. Los datos personales de los trabajadores, como el nuevo parámetro de protección

El intercambio de información y de datos personales a favor de terceros, forma parte de nuestra cotidianeidad. Comportamientos rutinarios en la vida de las personas como el uso de las redes sociales, navegar por internet o realizar transacciones on line a través del móvil, se traducen, por cuanto aquí interesa, en una transmisión a escala mundial y de forma inmediata, de una ingente cantidad de datos,

muchos de los cuales son de carácter personal⁴⁴.

Tal como hemos descrito más arriba, el constante proceso de transformación digital está dando lugar a cambios en las actividades laborales y en la propia organización de las empresas. Se está produciendo una intensificación en la explotación de los datos personales mediante la utilización intensiva de nuevas y potentes tecnologías digitales. Esto se une, a su vez, a la creciente explotación de los datos no personales, que provienen del uso de aplicaciones digitales y de las comunicaciones producidas de forma constante en el desarrollo de las actividades laborales⁴⁵.

A lo que se suma últimamente, la aplicación de la inteligencia artificial y la utilización de sus algoritmos, a situaciones y actividades antes impensadas, además del redescubrimiento de la importancia de los datos de las personas en general y de los trabajadores en particular, en cuanto objeto de especial tutela normativa. Ello, dado que estos datos, a partir de su tratamiento, y ayudado por herramientas como el BigData, constituyen la materia prima de particulares negocios, dando lugar así, a grandes mercados de datos y metadatos de índole personal, lo que ha suscitado interesantes planteos de cara a la regulación normativa, en cuanto a su utilización, alcance, modalidad y límites.

En este marco, es bien sabido que no podremos desalentar la intromisión en los entornos digitales por parte de las personas, menos aún y por contrapartida, la intromisión de los terceros respecto de los ámbitos de reserva de aquellas. De allí que, a mi entender, la clave de la protección ya no estará en los parámetros de otrora recepción tradicional, como el de intimidad o privacidad.

Por el contrario, el nuevo parámetro está en los datos personales de los individuos en general y de las personas que trabajan en particular. Y ello es así, por cuanto los datos⁴⁶ resumen un conjunto de información propia de las personas físicas, las cuales conforman su bagaje histórico, en su dimensión individual, familiar y social, y que, bajo determinadas condiciones, permiten su identificación. Son informaciones con las cuales los individuos estructuran sus proyectos de vida, en un momento histórico determinado. De allí que sus exteriorizaciones en el mundo físico, permitan advertir la referencia de las mismas a una persona determinada.

44 Lopez Balaguer, M. y Ramos Moragues, F.: “Control empresarial del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, desde la perspectiva del derecho a la protección de datos y la intimidad”. Lex Social, Revista Jurídica de los Derechos Sociales. Julio-Diciembre 2020. Vol. 10 num. 2/2020.

45 Lopez Ahumada, J.E.: “El impacto de la digitalización del trabajo desde el punto de vista de la privacidad y el ejercicio de los derechos laborales”. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Volumen 11, número 1, enero-marzo de 2023.

46 El art. 4.1 del RGPD considera dato personal a toda información relativa a una persona física identificada o identificable. A modo de ejemplo: información que puede ser asociada a una persona física concreta: nacimiento, matrimonio, domicilio, etc; información sobre la infancia, sobre la vida académica, profesional o laboral, sobre los hábitos de vida y consumo, sobre las relaciones personales o sobre las creencias religiosas e ideologías, datos de localización...Agencia Española de Protección de Datos: “La protección de datos en las relaciones laborales”. Mayo 2021, pag.7.

Va de suyo, -y de cara a la regulación-, que el dato no es lo que interese per se, sino en su relación con el tratamiento de los mismos y más precisamente, con la posibilidad de que se los trate de manera ilegítima, por el extremo de no contar para ello, con una base legal que lo justifique⁴⁷.

A partir aquí, podremos hablar del “derecho a la protección de datos personales” entendida como la dimensión normativa de la protección de los datos de las personas en general.

Con todo ello, y a partir de aquella conceptualización, podremos sortear las llamadas teorías de las esferas y/o espacios, toda vez que, a efecto de la protección de los datos y su tratamiento, ya no interesa dónde se han originado los mismos como tampoco, dónde estos se manifiestan. Lo que interesa, por el contrario, es la posibilidad de impedir las injerencias injustificadas de terceros, por no contar con una base legal que lo legitime.

Es más, y aun ante la presencia de una base legal determinada⁴⁸, -lo que a priori haría presumir-, la justificación tanto del uso como del tratamiento de los datos podría sin embargo derivar en la ilegalidad de aquellas operaciones. Ello, en atención a que, a pesar de su presencia, el uso o tratamiento de datos, supondría en la práctica, intromisiones perjudiciales para los titulares de los datos. Esta idea, explicaría por qué alguna de las bases legales que contempla el Reglamento General de Protección de Datos Personales⁴⁹, no alcanzaría para justificar el uso y tratamiento de los datos de los trabajadores, -a pesar de su autorización normativa -, menos aún, para neutralizar las inmisiones perjudiciales respecto de su vida privada, personal o social. Vaya un ejemplo: si bien el Reglamento General de Protección de Datos

47 Repárese que el derecho a la protección de datos ampara a los afectados frente al “tratamiento” de los mismos, que se define en el art. 4.2 del RGPD como cualquier operación sobre datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no ...La legislación de protección de datos es de aplicación al tratamiento de datos efectuados por un empleador respecto de las personas trabajadoras...No se considera tratamiento de datos ... el realizado en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas. Agencia Española de Protección de Datos: “La protección de datos en las relaciones laborales”. Mayo 2021, pag.8.

48 El RGPD mantiene el principio de que todo tratamiento de datos necesita apoyarse en una base que lo legitime. Hay que destacar que en ese sentido el RGPD no implica cambios para los responsables del tratamiento de datos; pues también recoge las mismas bases jurídicas que contenía la Directiva y que reproduce la LOPD: a. Consentimiento. b. Relación contractual. c. Intereses vitales del interesado o de otras personas. d. Cumplimiento de una obligación legal para el responsable. e. Interés público o ejercicio de poderes públicos. f. Intereses legítimos prevalentes del responsable o de terceros a los que se comunican los datos. Versión recuperada el 12/03/24. <https://www.aepd.es/preguntas-frecuentes/2-rgpd/5-bases-juridicas-de-los-tratamientos/FAQ-0214-cuales-son-las-bases-de-legitimacion-para-el-tratamiento-de-datos>

49 El Reglamento General de Protección de Datos Personales (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo del 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). El mismo, establece los requisitos específicos para empresas y organizaciones sobre recogida, almacenamiento y gestión de los datos personales. Se aplican tanto a las organizaciones europeas que tratan datos personales de ciudadanos en la UE como a las organizaciones que tienen su sede fuera de la UE y cuya actividad se dirige a personas que viven en la UE. Versión recuperada el 10/03/24 de: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

Personales prevé entre sus bases legales “el cumplimiento de una obligación legal”, la cual bien podría identificarse con alguna de las facultades de administración de quien el empleador es titular, -en base a estas-, podría exigir del trabajador la aportación de ciertos datos que impliquen necesariamente transparentar informaciones que el trabajador no quiere que se hagan públicas. Así las cosas, desde la normativa europea, esto se encontraría justificado, mientras que, desde la técnica de la protección de los datos, dicho accionar supondría una clara vulneración del derecho a la protección de los datos personales y de las garantías que derivan de este.

Por otra parte, cabe destacar que la técnica en análisis permite superar el clásico binomio de la intimidad/privacidad, al sortear a idénticos fines, la discusión acerca de si el dato forma parte del ámbito de secreto u ocultamiento, y por tanto alejado del escrutinio de los terceros. Ello, en razón de que la protección deviene de la existencia misma del dato, sin interesar el contenido íntimo o privado de estos.

Así las cosas, y como se advertirá, en el marco de un análisis relacional entre el derecho a la protección de datos y el derecho del trabajo, supondrá nuevos desafíos regulatorios. En especial, porque el poder de control del trabajador respecto de sus datos y la posibilidad de oponerse al tratamiento de los mismos en el ámbito del contrato de trabajo -de principio-, se vislumbra como una quimera. Todo lo cual, puede llevarnos a aventurar de momento, ciertos márgenes de desprotección en esta materia.

Así entonces, desde el punto de vista jurídico-laboral, se precisa una profunda revisión de la función protectora del Derecho del Trabajo, teniendo en cuenta las nuevas garantías ligadas a la protección de datos de carácter personal y todo ello, como presupuesto necesario que asegure una tutela efectiva de la privacidad de los trabajadores⁵⁰.

8. Las garantías adicionales derivada de la protección de datos

Bien podríamos comenzar este capítulo, preguntándonos acerca de cuáles son las garantías adicionales que aporta la técnica de la protección de datos, a los fines del resguardo de los mismos.

En este sentido, no será posible hablar de protección de datos, sin hacer referencia a la potestad que se les atribuye a las personas, -a la postre sus titulares-, de disponer de sus propias informaciones, aun cuando las mismas no reconozcan el carácter de íntimas o privadas. De esta manera, su derivación no será otra, que el reconocimiento de la facultad de control sobre las mismas, y así poder excluir del conocimiento ajeno cualquier cosa que hace referencia a la propia persona⁵¹.

Este poder de control sobre los datos e informaciones referidas a la historia personal y social de

⁵⁰ López Ahumada, J.E.: op. cit. en 38, pag. 146.

⁵¹ Sánchez A.N.: op. cit. pag. 88.

sus titulares supone sin más, la consagración de la dimensión positiva del contenido del referido derecho. Y esto no es otra cosa a mi entender, que la consagración de lo que algunos denominan “autodeterminación informativa”, porque de lo que se trata es que la publicidad⁵² de las informaciones personales y la posibilidad de acceder y disponer de estas, dependa exclusivamente de la voluntad de aquellos a quienes se le reconoce su titularidad⁵³.

Pero no habrá autodeterminación informativa, sin la presencia del consentimiento de aquel a quien justamente, se la atribuye dicha capacidad de disposición. De esta manera, el consentimiento de sus titulares se convierte en el puntapié inicial para legitimar alguna circunstancia que a priori se nos presenta como ilegal o injustificado.

El consentimiento juega un papel importante en casi todas las leyes de privacidad. Como dijo acertadamente la profesora Heidi Hurd, el consentimiento funciona como “magia moral”: transforma cosas que serían ilegales e inmorales en actividades legales y legítimas. En cuanto a la privacidad, el consentimiento autoriza y legitima una amplia gama de recopilación y procesamiento de datos⁵⁴.

De todos modos, esta conclusión no es tan lineal como aparenta, por cuanto existen innumerables situaciones donde y a pesar de la presencia del consentimiento del titular del dato, para usarlos o tratarlos, no podemos abreviar que el mismo haya sido dado en el marco de una absoluta situación de libertad para su otorgamiento.

Y sino veamos lo que sucede con el consentimiento (ya sea expreso o tácito), dado por el trabajador en el contexto de una relación de trabajo. Ni bien nos adentramos en el estudio de lo que allí sucede, podremos advertir la imposibilidad de postular la inexistencia de condicionamiento alguno para su otorgamiento. Pensar lo contrario, sería no prestar atención a lo que sucede en el seno de cualquier contrato de trabajo, donde postular la idea de un consentimiento libre e incondicionado, en relación con el reconocimiento normativo de las facultades de administración del empleador, supone cuanto menos una verdad a medias.

Como se indicará, en las leyes de protección de datos se ha establecido el consentimiento del

⁵² En cuanto acto que exterioriza aquello que en principio se encuentra alejado del escrutinio público.

⁵³ Algunos entienden la “autodeterminación informativa” como derecho y no como contenido del derecho a la protección de datos. Por ejemplo Murillo de la Cueva señala que “..he preferido hablar de autodeterminación informativa porque, si bien se trata de una formula poco estética, es, sin embargo, más precisa pues apunta al núcleo del derecho, a su aspecto sustantivo, mientras que la protección de los datos personales es su manifestación instrumental y por eso, tiene un carácter técnico que le priva de capacidad significativa. Murillo de la Cueva, L.P: “El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales”. Azpilicueta. 20, 2008, pag.44.

⁵⁴ Solove, D.J. “Murky Consent: An Approach to the Fictions of Consent in Privacy Law”. (August 20, 2023). 104 Boston University Law Review (Forthcoming), GWU Legal Studies Research Paper No. 2023-23, GWU Law School Public Law Research Paper No. 2023-23, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4333743> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4333743>

trabajador, como piedra de toque, a fin de habilitar el tratamiento de datos de los trabajadores. Y así, todos los instrumentos nacionales como internacionales dan cuenta del mismo, como elemento que justificaría el referido tratamiento. Claro que está que ello, se ha edificado sobre la base de una generalizada ficción, referida a entender que el trabajador puede de manera libre e informado, dar, no dar o revocar cuando así lo quiera, su consentimiento a las acciones de tratamiento que decida hacer el empleador en relación a sus datos personales. Postular pese a la forma en que se estructuran las relaciones laborales, esa idea como norma, resulta cuanto menos ficticio.

Tradicionalmente, el consentimiento ha sido binario, un interruptor de encendido/apagado, pero existe un consentimiento turbio en el sombrío término medio entre el consentimiento total y la falta de consentimiento. El consentimiento turbio abarca el hecho de que el consentimiento en la privacidad es en gran medida un conjunto de ficciones y, en el mejor de los casos, es muy dudoso⁵⁵.

De todos modos y como se podrá advertir, autodeterminación y consentimiento, son dos caras de una misma moneda, las cuales deben jugar al unísono en el marco de la técnica de la protección de los datos personales. La exigencia, es que el consentimiento esté presente de alguna manera, aun a riesgo de que el mismo se reconozca como insuficiente.

En definitiva, la técnica de la protección de los datos personales puede no ser la panacea, no obstante, lo cual podemos advertir de la misma, su capacidad de obstrucción respecto de las injerencias injustificadas en torno al uso o tratamiento de los mismos. Esta neutralización, se deriva en gran medida, a partir del poder de control que se les acuerda a los titulares de aquellos, y en cuyo poder, necesariamente encontraremos su consentimiento.

9. Conclusión

El escenario digital, como ámbito de interacción, ha constituido una de las mayores novedades de estos últimos tiempos. Las intervenciones en el mismo, y su profundización, ha permitido constatar la posibilidad de las más variadas intrusiones por parte de terceros, muchas veces, fomentadas por las propias personas que intervienen en dicho ámbito. El uso y tratamiento de los datos e informaciones que se derivan de aquellas interacciones es una de las derivaciones de este novísimo panorama.

Con ello, surge un nuevo desafío regulatorio, de cara a la protección de aquellos datos e informaciones. La novedad y, sobre todo, rapidez del acaecimiento del panorama reseñado, y de los cambios tecnológicos que ello ha supuesto, no ha permitido la posibilidad de repensar conceptos claves, menos aún, reconfigurar el contenido de aquellos otros derechos, respecto de los cuales existía unanimidad en su contextualización. Por ello, es posible advertir la existencia de dos tiempos, donde la necesidad

⁵⁵ Solove, D.J.: op. cit.

de protección de la vida de las personas en su versión personal y social va, por un lado, mientras que, en sentido opuesto, los avances tecnológicos y las nuevas modalidades de trabajo derivadas de estos.

En este contexto, surge el interrogante, acerca de la necesidad de verificar si la norma positiva, sigue siendo el mecanismo idóneo para proteger la persona en general y las que trabajan en particular, sobre todo, frente a las múltiples manifestaciones que asumen los avances tecnológicos. O si, por el contrario, debemos bucear en nuevas propuestas regulatorias.

El derecho a la protección de los datos personales, parecería ser la respuesta más adecuada, desde la óptica de los datos de las personas y de su tratamiento. Ello, porque en definitiva y de lo que se trata, es de resguardar las intervenciones de las personas en los diversos ámbitos de actuación, –en especial el digital–, por lo que encierra el dato, y, sobre todo, por lo que este es capaz de contarnos acerca de su titular.

La protección de datos es capaz de superar cualquier dicotomía o antagonismo, entre intimidad y privacidad, ya que nada de eso es lo que importa de cara a su real función normativa. Lo que interesa, es el dato y su tratamiento, y la atención respecto de las causas que puedan o no, legitimar aquel acto.

Ante toda cuestión que se precia de ser dinámica, los desafíos de la norma positiva no pueden agotarse con ello, máxime en tiempos de innovaciones tecnológicas a tiempo real y a modo constante, y en especial, con motivo de la irrupción en estos últimos tiempos, de la inteligencia artificial, la que necesariamente supondrá nuevos retos de cara a la protección de los datos de las personas.

De todos modos, debemos concluir que el derecho a la protección de los datos personales es el *nomen iuris* desde dónde responder ante las interferencias por parte de terceros, quienes pretenden disponer de los datos personales, sin base legal alguna que así lo justifique y en especial, sin contar para ello con el necesario consentimiento, aun cuando el mismo pueda presentarse, de manera lábil o débil.

Estudio

Colisión entre el poder de control y vigilancia y el derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones en el trabajo a distancia

María Olaya Martín Rodríguez

Profesora contratada doctora de la UDIMA

Sumario

1. Introducción

2. Derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones en el trabajo a distancia como límite al poder de control empresarial:

2.1. Contenido y alcance del poder de control y vigilancia de la empresa

2.2. Contenido y alcance del derecho a la intimidad

2.3. Contenido y alcance del secreto de las comunicaciones

2.4. Modulación del derecho a la intimidad y secreto de comunicaciones y el poder de control y vigilancia:

2.4.1. Principio de proporcionalidad

2.4.2. Doctrina de la expectativa razonable de intimidad o confidencialidad

2.4.3. Test Barbulescu

2.4.4. El principio de la buena fe contractual

3. Control del uso de los dispositivos digitales en el trabajo a distancia

4. Control de las comunicaciones electrónicas en el trabajo a distancia

5. Conclusiones

6. Bibliografía

Resumen

El poder de control empresarial debido a la aplicación de las nuevas tecnologías de información y de la comunicación pueden verse potenciado e invadir, aún más si cabe, la esfera privada de la persona trabajadora que presta sus servicios en modalidad de trabajo a distancia, vulnerando ciertos derechos

fundamentales como puede ser la intimidad o el secreto de las comunicaciones. La normativa existente no es precisa ni completa a la hora de determinar o resolver los posibles conflictos que surgen entre el poder de control del empresario y los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, por lo que han sido los órganos judiciales los que se han encargado de construir una serie de criterios jurídicos que sirven para conjugar ambos intereses protegidos constitucionalmente, intentando mantener el suficiente grado de garantía y equilibrio de los mismos, y determinando en qué circunstancias deben ceder, o limitarse. En este sentido, se analizarán diferentes sentencias para determinar la evolución y cambio de criterio de nuestros órganos judiciales.

Palabras clave

Derecho a la intimidad, confidencialidad, secreto de las comunicaciones, poder de vigilancia, principio de proporcionalidad, trabajo a distancia.

1. Introducción

El poder de dirección y control es una de las facultades esenciales del empresario, en íntima conexión con la nota de dependencia que define toda relación laboral en los términos del art. 1.1 del 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 (en adelante ET). Su fundamento se encuentra en los derechos constitucionales a la propiedad privada (art. 33.1 de la Constitución Española -en adelante CE-), y a la libertad de empresa (art. 38 CE).

La manifestación más típica de esa potestad es la distribución de órdenes e instrucciones entre el personal, y como corolario de la misma, la posibilidad de la empresa de adoptar las medidas oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, establecida en el art. 20.3 del ET. No obstante, el propio art. 20.3 del ET indica que en su adopción y aplicación debe guardarse la consideración debida a la dignidad de la persona trabajadora y tener en cuenta, en su caso, la capacidad real de las personas trabajadoras con discapacidad. Además, por su parte, la doctrina constitucional, como se verá, ha señalado que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empresario no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales y lesivos de los derechos fundamentales.

Específicamente, en la modalidad del trabajo a distancia, caracterizado por la realización de la prestación laboral en el propio domicilio de la persona trabajadora y por el uso prevalente de los medios y sistemas informáticos y telemáticos, se puede afirmar que las medidas de control empresarial se intensifican. Esas medidas de control aparecen recogidas expresamente en el art. 22 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (en adelante, LTD), en términos muy parecidos a lo establecido en el art. 20.3 del ET; si bien limitados por los derechos relacionados con el uso de los medios digitales recogidos en los arts. 17 y 18 de la LTD. Por lo que en el trabajo a distancia este poder de control y vigilancia de la empresa debe someterse a una especial cautela para evitar que se vulneren o lesionen derechos fundamentales de las personas trabajadoras.

En consecuencia, el objetivo de este estudio radica en identificar los diferentes supuestos de fricción entre el interés de control y vigilancia de la empresa, derivado de su poder de dirección y organización y, los derechos fundamentales a la intimidad o el secreto de las comunicaciones de la persona trabajadora. Una vez realizada dicha identificación, en base a la revisión de la regulación legal existente, que como se verá resulta insuficiente, y de la jurisprudencia y doctrina judicial más relevante que de manera decisiva la complementan, se analizan las pautas, criterios y principios jurídicos que son de aplicación en la resolución de esas situaciones de conflicto, encaminadas a conseguir el justo equilibrio entre los derechos en juego.

De este modo, el capítulo se centra en estudiar la relación entre el poder de control empresarial y el

derecho a la intimidad y secreto de comunicaciones. Así pues, se exponen y analizan las diferentes teorías o construcciones jurídicas que ha ido elaborando y desarrollando la doctrina judicial en la resolución de los casos concretos que ha ido experimentando. En esa evolución destacan el criterio del juicio de proporcionalidad, como eje para apreciar si procede la modulación del derecho a la intimidad y secreto de comunicaciones y, en general de cualquier derecho fundamental, así como sus requisitos de idoneidad, necesidad y ponderación; la doctrina de la expectativa razonable de intimidad o confidencialidad, que pone énfasis en revisar si el uso de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa puede apreciarse moderado, y si, en un caso concreto, se adecúa al hábito social generalizado de tolerancia, creando una expectativa general de confidencialidad; el test *Barbulescu*, y finalmente, el papel de la buena fe contractual, en tanto elemento interno y consustancial de los derechos, que orienta el modo en que empresa y persona trabajadora deben realizar las obligaciones recíprocas derivadas del contrato de trabajo, y va a permitir si una medida de control resulta lícita o abusiva.

2. Derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones en el trabajo a distancia como límite al poder de control empresarial

2.1. Contenido y alcance del poder de control y vigilancia de la empresa

Como ya hemos manifestado, el poder de dirección es una de las facultades básicas de la empresa, en íntima conexión con la nota de dependencia que define toda relación laboral en los términos del art. 1.1 del ET. Su fundamento se encuentra en los derechos constitucionales a la propiedad privada, tutelado en el art. 33.1 de la CE, y a la libertad de empresa, recogido en el art. 38 del mismo texto legal. Estos derechos dada su ubicación en la Sección 2ª del Capítulo II del Título I, dedicada a los derechos y deberes de los ciudadanos, no gozan de la condición de Derechos fundamentales. La manifestación más típica de esa potestad es la capacidad de dar órdenes e instrucciones, pero, por otro lado, para que esa facultad no quede vacía de contenido y tenga efectividad, las normas han de dotar a la empresa de medios instrumentales de control que le permitan verificar el cumplimiento por parte de la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales.

De acuerdo con lo dicho, el art. 20.3 del ET autoriza expresamente a la empresa a adoptar las medidas que estime más oportunas para realizar ese control, pero con una limitación muy relevante, ya que previene que, en cualquier caso, deben guardarse en su adopción y aplicación la consideración debida a la dignidad de la persona trabajadora, y tener en cuenta la capacidad real de las personas trabajadoras con discapacidad. Lo dicho hasta aquí también resulta de aplicación al trabajo a distancia. Si bien, la especialidad en este caso reside en la localización del lugar de trabajo fuera de las instalaciones de la empresa, esto es, fuera del ámbito presencial, y el uso intensivo de las tecnologías de la información y de la comunicación, tanto en el desarrollo de la actividad productiva, como en el ejercicio del poder control y vigilancia.

Si nos ceñimos al trabajo a distancia podemos afirmar que las tecnologías de la información y de la comunicación han permitido una mayor flexibilidad en la organización y en la forma de desarrollar la prestación laboral de las personas trabajadoras, permitiendo un amplio margen de decisión y organización de las tareas encomendadas por la empresa. Sin embargo, la posibilidad de que la persona trabajadora puede desempeñar sus tareas fuera del ámbito locativo del empresario intensifica las facultades de control de la empresa¹. Al abrigo de lo anterior, el incremento en la autonomía de decisión y gestión de las personas trabajadoras conlleva un mayor control de la empresa, de forma que el aumento del primero repercute en el segundo². De forma que, el poder de dirección y organización no es tan importante como sí lo es el poder de control y vigilancia, así pues, el interés de la empresa se centra en controlar y vigilar el desempeño laboral de sus empleados y para ello tiene un papel muy trascendental los nuevos medios de control tecnológicos³.

Es por ello que en el trabajo a distancia el poder de control de la empresa no desaparece, los nuevos medios telemáticos ofrecen a la empresa distintas formas de control y vigilancia. La LTD dedica el Capítulo IV a las facultades de organización, dirección y control empresarial en el trabajo a distancia. Sin embargo, como ya hemos adelantado, su regulación resulta insuficiente, ya que se centra solamente en el deber de la persona trabajadora a distancia de cumplir con las instrucciones sobre protección de datos y sobre seguridad de la información que haya establecido la empresa, de acuerdo con la legislación en la materia, previa participación o información, según el caso, a la representación legal de las personas trabajadoras; y en las condiciones e instrucciones de uso y conservación de equipos y útiles informáticos, dentro de los términos que se hayan podido establecer en la negociación colectiva. Por su parte, el art. 22 LTD reproduce en términos similares lo dispuesto en el art. 20.3 del ET, por lo que no aporta nada nuevo y concreto en relación a las facultades de control empresarial específicamente en el trabajo a distancia.

2.2. Contenido y alcance del derecho a la intimidad de las personas trabajadoras

A nivel internacional, tanto el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, como el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Humanos de 1966 sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se refieren a que nadie debe ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o su reputación. A nivel europeo, este derecho se reconoce en los arts. 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

¹ Villa Fonbuena, M., “La privacidad en el teletrabajo. Un análisis en el contexto de pandemia por COVID-19”, *Temas laborales*, núm. 157, 2021, pág. 195.

² Ibidem, pág. 196.

³ Cruz Villalón, J., “Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos”, en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 150, 2019, pág. 16.

No obstante, la norma internacional que indiscutiblemente ha marcado el contenido de este Derecho en nuestro ámbito ha sido el art. 7 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) se ha tenido que pronunciar en numerosas ocasiones sobre si una determinada medida de control de la prestación laboral vulneraba o no este derecho, creando así un cuerpo jurisprudencial que posteriormente ha aplicado los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros⁴.

Centrándonos en nuestro ordenamiento jurídico, el art. 18 CE consagra una pluralidad de derechos cuya finalidad común es proteger la vida privada, siendo el objeto lo que varía. De esta manera, en unos casos el objeto se define según un criterio formal, como en el secreto de las comunicaciones, donde se protege el secreto en sí⁵; mientras que en el caso del derecho a la intimidad lo hace por un elemento material y lo que se protege es un necesario “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”. Asimismo, aluden al reconocimiento de este derecho, de manera genérica, los arts. 4.2 e), 18, 20.3 y 20 bis del ET, y el art. 87 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD). Por su parte, la LTD pese a que ha introducido las bases de regulación de distintos temas relacionados con el trabajo a distancia, en cuanto a derecho a intimidad no aporta mayor concreción o especificidad, como ya hemos manifestado.

En este sentido, podemos afirmar que la normativa existente no resuelve la determinación del contenido y alcance de este derecho fundamental inespecífico, por lo que tenemos que tener presentes las resoluciones judiciales para concretar su contenido y alcance. Según reiterada jurisprudencia constitucional, 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 conocido⁶. Es decir, de lo dicho se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga una facultad negativa o de exclusión que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones, salvo que

⁴ Entre otras, STEDH de 25 de junio de 1997, caso Halford contra Reino Unido; STEDH de 3 de abril de 2007, caso Copland contra Reino Unido; las STEDH de 16 de enero de 2016 y de 5 de septiembre de 2017, caso Barbulescu contra Rumanía.

⁵ Según Mercader Uguina, J.R., *Protección de datos en las Relaciones Laborales*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pag. 20. Las principales diferencias que podemos destacar entre el derecho a la intimidad personal y familiar respecto del derecho de protección de datos son que “el derecho a la protección de datos personales entra de lleno en el ámbito de la privacidad. Este concepto es más amplio que el de intimidad, pues la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona, mientras que la privacidad constituye un conjunto más amplio, más global, de facetas de la personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca, pero que, enlazadas entre sí, arrojan un retrato de la personalidad del individuo que este tiene derecho a mantenerse reservado”.

⁶ STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2º recoge la doctrina sentada en sentencias anteriores, entre otras, STC 98/2000, de 10 de abril, STC 156/2001, de 2 de julio o, STC 127/2003, de 30 de junio.

estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y sea proporcionada. También, el Tribunal Constitucional ha señalado que la intimidad protegida por la Constitución se extiende en el ámbito laboral, donde se desarrollan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada; y mantiene que la garantía de este derecho abarca también al bloque de información que es almacenada por su titular, por ejemplo, en relación con los correos electrónicos guardados en el ordenador utilizado por la persona trabajadora⁷.

A tenor de lo manifestado, la tutela del derecho a la intimidad como derecho fundamental sirve para impedir el control de conductas del trabajador no referidas a la actividad laboral o las de naturaleza intrusiva. Es decir, se pretende evitar que a consecuencia de la facultad de vigilancia y control de la empresa se atente contra la esfera privada y personal de la persona trabajadora.

En cualquier caso, el conflicto entre el control mediante las tecnologías por parte de la empresa y el derecho a la intimidad de la persona trabajadora se debe solventar utilizando distintos criterios o construcciones jurídicas que se verán más adelante. Por lo que, a priori, no debe rechazarse cualquier medio de control por parte de la empresa; solamente después de emplear la técnica de la ponderación, expectativa razonable de confidencialidad, test *barbulescu* y, principio de buena fe, cuando se podrá concluir si afecta al derecho a la intimidad de la persona trabajadora. Esto es, hay que valorar el supuesto de hecho concreto y las circunstancias concurrentes para determinar si el empleo de una medida de control vulnera efectivamente el derecho a la intimidad⁸.

Específicamente, en el trabajo a distancia la primera referencia a examinar es el ya aludido art. 17 LTD que, en relación con el uso de los medios digitales, establece el derecho a la intimidad y a la protección de datos, señalando que “la utilización de los medios telemáticos y el control de la prestación laboral mediante dispositivos automáticos garantizará adecuadamente el derecho a la intimidad y a la protección de datos, en los términos previstos en la LOPDGDD, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los medios utilizados”. A lo que añade el segundo apartado que “la empresa no podrá exigir la instalación de programas o aplicaciones en dispositivos propiedad de la persona trabajadora, ni la utilización de estos dispositivos en el desarrollo del trabajo a distancia”. Y, en el mismo sentido, determina que “las empresas deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de la intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos legal y constitucionalmente. En su elaboración deberá participar la representación legal de las personas trabajadoras”. Finalmente, dicho precepto legal faculta “a los convenios colectivos para especificar los términos dentro de los cuales las

⁷ Véase STC 12/2012, de 30 de enero, Recurso de amparo 4821/2009 y 4829/2009 (acumulados).

⁸ Desdentado Bonete, A., y Muñoz Ruiz, A.B., *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Lex Nova, Madrid, 2012, p. 55.

personas trabajadoras pueden hacer uso por motivos personales de los equipos informáticos puestos a su disposición por parte de la empresa para el desarrollo del trabajo a distancia, teniendo en cuenta los usos sociales de dichos medios y las particularidades del trabajo a distancia”.

Por su parte, el ya también aludido art. 20.3 del ET y 22 de la LTD hacen alusión a que la empresa, con el fin de verificar el cumplimiento de las distintas obligaciones laborales de la persona trabajadora, podrá hacer uso, siempre que sean lícitas, de todas las medidas que estime oportunas. Por lo tanto, siempre y cuando estemos hablando de métodos que están dentro de la esfera legal, serán admisibles. No obstante, los citados preceptos hacen referencia a dos límites, la dignidad y la capacidad de los trabajadores con discapacidad, si bien son genéricos e insuficientes, por lo que hay que tener en cuenta que determinadas medidas de control pueden atentar contra el derecho a la intimidad, pero no por ello resultar contrarias a la dignidad.

2.3. Contenido y alcance del secreto de las comunicaciones

Como derecho fundamental, el derecho al secreto de las comunicaciones está reconocido de manera expresa en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y en diversos tratados de carácter internacional como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio de Roma de 1950, entre otros. La Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce en su art. 12 la prohibición de las interceptaciones de manera inmotivada. Por su parte, el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que ninguna persona deberá sufrir intromisiones de carácter ilegal o abusivo en su domicilio o comunicaciones. En esta misma línea, el propio art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, recoge el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y del secreto de las comunicaciones.

En nuestro ámbito interno, el art. 18.3 CE recoge el derecho al secreto de las comunicaciones, salvo autorización judicial. La “comunicación” a la que alude el citado precepto legal ha sido examinada por los tribunales y por la propia doctrina de manera amplia, quedando amparado dentro del mismo la transmisión de mensajes entre personas designadas a través de cualquier herramienta tecnológica y cualquiera que sea el medio empleado para llevarlo a cabo. Asimismo, de acuerdo con los principios derivados del art. 3.1 del Código civil parece que es necesario aumentar el abanico de tutela a las comunicaciones realizadas vía correo electrónico. En este sentido, el TC ha manifestado que “la revolución tecnológica que venimos experimentando en los últimos años hace que sea imprescindible concebir las comunicaciones de la manera más amplia siendo entendible que el propio concepto alcance nuevos entornos tal y como se recoge del art. 18.3 CE”⁹.

El derecho al secreto de las comunicaciones converge en ciertos medios de comunicación instalados

⁹ STC 70/2002, de 3 de abril.

y empleados a tal efecto en la empresa, cuestión que suscita el deber de salvaguardar tales sistemas otorgándoles pues la requerida garantía en el seno de la relación laboral. Por su parte, y como ya se ha dicho, tanto el art. 20.3 y 20.bis del ET, como el art. 22 de la Ley 10/2021 concede a la empresa la facultad de controlar la ejecución de la prestación de trabajo por parte de sus empleados, y el uso que de los instrumentos de trabajo realizan, siempre que ello respete el derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones del teletrabajador. No obstante, dicha facultad empresarial nos dice el TC viene limitada por el respeto a la dignidad del trabajador y al resto de sus derechos fundamentales. Por lo tanto, el control por parte de la empresa del uso de los medios técnicos que pone a disposición del trabajador y, más concretamente, del correo electrónico, tiene sus límites en los derechos fundamentales a la intimidad personal y al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Parece razonable pensar que en principio no cabría considerar como ilegítimo el uso personal que hiciera la persona trabajadora siempre que no tuviera repercusión productiva ni económica para la empresa y siempre que fuera una actuación conforme a los principios de buena fe. De manera contraria, en el caso de que tales conductas sean abusivas o fraudulentas, estaríamos ante un posible incumplimiento del contrato con posibles consecuencias jurídicas. Ello requiere, por lo tanto, una ponderación de las circunstancias concurrentes en cada uno de los supuestos a efectos de considerar su ajuste o no a derecho.

En los siguientes apartados se analizará si las personas trabajadoras disponen de potestad para el empleo con fines privados de los medios de comunicación, o si verdaderamente la empresa está legitimada para imponer restricciones en su uso y sanciones al respecto. Dicho en otros términos, nos situamos ante una problemática jurídica en la que confronta el derecho al secreto de las comunicaciones de las personas trabajadoras con el poder de dirección y organización de la empresa.

2.4. Modulación del derecho a la intimidad y secreto de comunicaciones y el poder de control y vigilancia

El creciente desarrollo del trabajo a distancia ha acelerado la implantación de nuevos sistemas de control en esta modalidad y ello ha impactado muy notablemente sobre los derechos fundamentales de las personas trabajadoras que han tenido que hacer frente a sistemas de control más invasivos, como, por ejemplo, los controles sobre el ordenador, las revisiones y monitorizaciones e indexación de la navegación por internet, o la monitorización del correo electrónico. En este contexto, no es inusual que la facultad de vigilancia y control empresarial de la actividad laboral colisione y pueda llegar a lesionar otros derechos constitucionales dignos de tutela, como son entre otros, el derecho a la intimidad y secreto de comunicaciones¹⁰. La colisión se produce porque el derecho a la intimidad

¹⁰ Valdés Dal-Ré, F., “Contrato, derechos fundamentales de la persona y poderes empresariales: una difícil convivencia”, en *Revista de Relaciones Laborales*, núm. 2, pág. 91.

y el secreto de las comunicaciones puede verse restringido por la existencia de deberes laborales y el derecho de la empresa a ejercer su facultad de dirección, ello obliga a que deba realizarse una ponderación de los intereses en conflicto, que es lo que justifica que, acreditado el mayor interés de uno de los derechos afectados, sea legítimo el sacrificio del otro⁶⁴⁶.

Hay que tener en consideración que los derechos de intimidad y secreto de las comunicaciones no están específicamente configurados con vistas a ser ejercitados en una dimensión laboral. Son derechos genéricos pertenecientes a todo ciudadano que, debido a la aceptación de un vínculo laboral, se desarrollan también en dicho ámbito. Estos bienes jurídicos vienen protegidos, como hemos visto, por los derechos recogidos a nivel internacional en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y en los arts. 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Y a nivel nacional, están regulados en los apartados 1,3 y 4 del art. 18 CE y en los arts. 4.2 e), 18 y 20.3 ET. Cabe destacar también que por la DF 13ª de la Ley Orgánica 3/2018 se ha incluido un necesario art. 20 bis en el ET, que concreta el derecho a la desconexión digital y la intimidad de los trabajadores en el uso de los dispositivos electrónicos. Por lo tanto, los derechos invocados por un trabajador a distancia pueden ser variados, como la libertad de expresión e información, que se canaliza a través de 3 vías, las comunicaciones que se ciñen estrictamente a la actividad laboral, las que tienen una finalidad extralaboral y las que se efectúan con la representación legal de los trabajadores.

En este sentido, la CE no expresa ninguna preferencia entre los intereses y derechos de la empresa y los derechos protegidos de la persona trabajadora a distancia. El TC viene aseverando el carácter no absoluto de los derechos fundamentales, manteniendo que concretamente en el ámbito laboral se enfrentan a los límites que derivan de las obligaciones y deberes propios de la relación laboral en cuanto a que las personas trabajadoras están sometidas a las órdenes e instrucciones de la empresa⁶⁴⁷. De forma que “como sucede en todo caso de colisión de derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, deben apreciarse los intereses en presencia, mediante una adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes”⁶⁴⁸. Al calor de lo señalado, para el TC “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”⁶⁴⁹.

11 Goñi Sein, J.L., “Los Derechos Fundamentales Inespecíficos en la Relación Laboral Individual: ¿Necesidad de Reformulación? Ponencia del XXIV Congreso Nacional del Trabajo y de la Seguridad Social sobre Los Derechos Fundamentales Inespecíficos en la Reforma Laboral y en Materia de Protección Social, Universidad de Navarra 2014, pág. 11.

12 Martínez Cristóbal, D., “La protección constitucional del teletrabajador y el conflicto con los derechos fundamentales en España”, en *Revista Opiniao Jurídica*, vol. 20, núm. 34, 2022, pág. 120.

13 STC 98/2000, de 10 de abril. En esta sentencia el TC pone de manifiesto que el ejercicio de los derechos fundamentales puede admitir determinadas modulaciones o restricciones, siempre que estén fundadas en razones debidamente justificadas por la empresa.

14 STC 61/2021, de 15 de marzo en remisión a la STC 170/2013, de 7 de octubre.

A continuación, vamos a analizar las diferentes teorías o construcciones jurídicas que ha ido elaborando y desarrollando la doctrina judicial en la resolución de los casos planteados respecto a la colisión entre el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones de las personas trabajadoras y el poder de control y vigilancia de la empresa.

2.4.1. Principio de proporcionalidad

No cabe duda, por tanto, que en el curso de una relación de trabajo pueden entrar en conflicto el derecho fundamental a la intimidad con el derecho constitucional del empresario a controlar la actividad laboral. La doctrina científica más autorizada sostiene que el equilibrio entre derechos de igual relevancia jurídica debe ser resuelto mediante la técnica de la ponderación de derechos y la aplicación del principio de proporcionalidad. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad es un criterio metodológico que pretende estructurar el procedimiento interpretativo que busca que los intereses de la empresa no se alcancen debido al sacrificio de los derechos de las personas trabajadoras, sino que se busque un punto de equilibrio entre ambos¹⁵.

La jurisprudencia articula el principio de proporcionalidad para decidir sobre la justificación de una restricción de un derecho fundamental como la intimidad, impuesta por el ejercicio de otro derecho fundamental en base a tres requisitos que han de seguirse: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Así pues, la intromisión empresarial en los derechos fundamentales del trabajador estará justificada y será legítima, si la medida adoptada es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si 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); y finalmente, si 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). Cabe indicar que los tres requisitos deben darse de manera acumulativa y que su examen ha de ser escalonado y sucesivo.

Hasta el año 2007 no existía un criterio uniforme en la doctrina judicial sobre el control que podía ejercer la empresa en la utilización de internet para fines personales. Para un sector judicial¹⁶, el control se justificaba en función de que el dispositivo fuera o no propiedad de la empresa, de tal forma que si era propiedad de la empresa sí podía ejercerse dicho control, y de lo contrario no se podía ejercer dicho control. Para otro sector judicial¹⁷ el control empresarial podía ejercerse si previamente se hubiera informado de ello a la persona trabajadora. Y otro sector judicial¹⁸, consideraba que el

¹⁵ Rodríguez Escanciano, S., *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, 1ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 49.

¹⁶ STSJ de Cataluña, de 14 de noviembre de 2000, Rec. 4854/2000; STSJ de Andalucía, de 9 de mayo de 2003, Rec. 591/2003.

¹⁷ STSJ de la Comunidad Valenciana, de 4 de julio de 2007, Rec. 1846/2007.

¹⁸ STSJ de Castilla-La Mancha, de 17 de mayo de 2006, Rec. 1282/2005.

control empresarial tenía que someterse a las exigencias establecidas por el art. 18 del ET para los registros personales.

Sin embargo, en el año 2007 el TS en su sentencia de 26 de septiembre (Rec. 966/2006), clarificó que el control empresarial de controlar el uso del ordenador por parte de las personas trabajadoras no puede llevarse a cabo por la vía del art. 18 del ET, sino que, por el contrario, son los poderes empresariales ordinarios de vigilancia y control de la actividad laboral del art. 20.3 del ET los que facultan a la empresa para la fiscalización del uso del ordenador de sus trabajadores. Con posterioridad, el TS ha entendido que la sola formulación de una prohibición absoluta en el uso de los medios informáticos por parte de la empresa implica la existencia de un margen para una expectativa razonable de intimidad por suponer “implícita la advertencia sobre la posible instalación de sistemas de control del uso del ordenador”¹⁹.

A nivel nacional, algunos autores han criticado la utilización del principio de proporcionalidad y exigen que se minimice el margen de subjetividad y discrecionalidad de esta comparación entre los bienes jurídicos en conflicto, porque comporta cierta inseguridad jurídica. Igualmente, consideran que es necesario que el legislador defina los criterios que deben delimitar los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad cuando entren en conflicto con los derechos fundamentales²⁰. Por su parte, Sempere Navarro y San Martín Mazzucconi opinan que, además de los requisitos que hemos mencionado, también debe exigirse que la restricción o medida se revele como indispensable para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, es decir, que respondan a motivaciones objetivas distintas del interés empresarial²¹.

2.4.2. La doctrina de la expectativa razonable de intimidad o confidencialidad

Bajo esta teoría se evidencia la necesidad de hallar un equilibrio entre el derecho de la persona trabajadora a su intimidad y el interés de la empresa de utilizar medios de control tecnológicos en la relación laboral. El origen de esta teoría se encuentra en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Katz vs Estados Unidos*²², e incorporada en el ámbito comunitario a través de la sentencia de 25 de junio de 1997, caso *Halford contra Reino Unido* y sentencia de 3 de abril de 2007, caso *Copland contra Reino Unido*, en las que se valoraba si había existido vulneración del art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en la interpretación y grabación de llamadas de una trabajadora (caso *Halford*); o en el almacenamiento por la empresa de

¹⁹ STS de 6 de octubre de 2011, Rec. 4053/2010.

²⁰ Tascón López, R., “El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 17, 2007.

²¹ Sempere Navarro, A.V. y San Martín Mazzucconi, C., *Nuevas tecnologías y Relaciones Laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 46.

²² *Katz vs. Estados Unidos*, 389 U.S. 347 (18 de diciembre de 1967)

información personal del teléfono, correo electrónico, y el uso de Internet, sin el consentimiento de la trabajadora (caso Copland).

En los dos casos mencionados, el órgano juzgador consideró que las medidas de monitorización de las trabajadoras interferían y lesionaban el derecho a la vida privada que el art. 8 del CEDH les concedía, porque las trabajadoras podían razonablemente esperar que se reconociera el carácter privado de este tipo de comunicaciones y porque existe un hábito social generalizado de cierta tolerancia con el uso moderado de los medios informáticos y de comunicación, facilitados por la empresa, que crea una expectativa general de confidencialidad.

Esta doctrina fue recepcionada por nuestros órganos judiciales, concretamente en la sentencia del TS de 26 de septiembre de 2007 (Rec. 966/2006) sobre el descubrimiento casual, en las tareas de mantenimiento de un ordenador, de contenido pornográfico de las páginas que el trabajador visitaba, razón que motivó su despido. El TS concluyó que “se debe respetar la dignidad del trabajador, para ello previamente se han de establecer unas reglas de uso de los sistemas informáticos de la empresa, y se debe informar a los trabajadores de la existencia de ese control”. Y, añade el tribunal que, “en lo que se refiere a la obtención de la prueba es donde se vulneró la expectativa razonable de intimidad del trabajador, pues no había política empresarial establecida, lo que generó una expectativa de tolerancia que es necesario proteger a nivel constitucional”²³.

2.4.3. Test Barbulescu

Nuestros órganos judiciales también se han visto influenciados por la doctrina asentada por el TEDH, concretamente, la que deriva de la sentencia del TEDH de 5 de septiembre de 2017, caso Barbulescu II²⁴, que se ha convertido en el canon de constitucionalidad para valorar la legitimidad de las actuaciones de control empresarial. El *test Barbulescu* destaca por ser más garantista que el adoptado por nuestros tribunales, ya que ha previsto unos estándares más estrictos que los utilizados hasta el momento por nuestros órganos judiciales para regir el control y vigilancia de los medios informáticos por parte de

²³ Este mismo criterio ha sido seguido recientemente en la STSJ de Madrid, de 8 de junio de 2023 (Rec. 207/2023).

²⁴ Se trata de un trabajador con la categoría de ingeniero de ventas que había creado una cuenta de mensajería instantánea a petición de su empresa (Yahoo), con el fin de recibir y responder a preguntas de los clientes. La empresa supervisa la actividad del trabajador en internet y comprueba que había utilizado internet con fines personales, a pesar de que el reglamento interno, que le había sido notificado, lo prohibía. El reglamento no tenía ninguna mención a la posibilidad de la empresa de vigilar las comunicaciones de su personal laboral. El asunto llega al TEDH que, en una primera sentencia, de 12 de enero de 2016, considera que no existió vulneración del derecho al secreto de comunicaciones, sino un mero ejercicio del poder empresarial de dirección y de control de la actividad de las personas trabajadoras. Remitido posteriormente el asunto a la Gran Sala, ésta dicta sentencia, de 5 de septiembre de 2017, revocando la recaída con anterioridad. La repercusión de esta sentencia en otras ha sido elevada (véase entre otras, STEDH de 22 de febrero de 2018, caso Libert contra Francia; o la STEDH de 17 de octubre de 2019, caso López Ribalda y otros contra España).

la empresa. La sentencia aludida incrementa completa los requisitos ya fijados por nuestra doctrina jurisprudencial; así pues, incluye una serie de puntos o requisitos que debe cumplir la empresa para el caso de que quiera acceder al ordenador puesto a disposición de la persona trabajadora: a) que sea informado con claridad y con carácter previo de las medidas de control que puedan llevarse a cabo y el alcance de las mismas; b) la empresa debe prestar atención y valorar la proporcionalidad de su actuación, estimando qué grado de intromisión comporta la medida en la vida personal y familiar de la persona trabajadora, debiendo optar por aquella menos invasiva; c) la empresa debe acreditar la existencia de motivos concretos previos al control que justifiquen la necesidad y procedencia de tal medida; d) por último, exige que tal medida se lleve a cabo de forma previa al inicio del procedimiento disciplinario por parte de la empresa, no siendo posible iniciar tal procedimiento y posteriormente buscar hechos que lo puedan justificar.

Como se puede observar de lo anteriormente indicado el criterio del TEDH ha endurecido los criterios establecidos por nuestros tribunales y ha aumentado la garantía de privacidad, confidencialidad y tolerancia que protegen a la persona trabajadora en el uso de los medios telemáticos puestos a su disposición.

2.4.4. El principio de la buena fe contractual

Por su parte, el Código civil en su art. 7.1 recoge la buena fe como principio general del Derecho y determina que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Por su parte, el art. 1258 del mismo texto legal establece que, una vez perfeccionados los contratos obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe. Es decir, la buena fe se integra en el contrato de trabajo y forma parte de su contenido, como elemento consustancial del mismo.

Igualmente, en el ámbito laboral las obligaciones que se derivan del contrato de trabajo para ambas partes se hallan sometidas al principio de buena fe. Así se recoge en el art. 20.2 del ET, al indicar que “en cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe”. En sentido similar, el art. 5 a) del ET manifiesta que las personas trabajadoras tienen el deber básico de cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia. Como consecuencia de lo anterior, la transgresión de la buena fe por parte de la persona trabajadora supone un incumplimiento contractual que el art. 54.2 d) del ET contempla como causa de despido disciplinario. Al mismo tiempo, algunas medidas de control y vigilancia de la actividad laboral pueden transgredir esa misma buena fe y facultan a la persona trabajadora para solicitar la extinción del contrato en virtud del art. 50 del ET. En relación a esto último, la doctrina científica suele referirse a la bilateralización de la buena fe contractual, pues no cabe duda que la empresa también debe ejercer sus facultades, derechos y poderes de acuerdo con la buena fe. En este sentido, Montoya Melgar apunta que el contenido “viene vinculado al deber

de ambas partes de cumplir con coherencia, lealtad y colaboración el denominado programa negocial que las propias partes han querido convenir²⁵.

En lo que nos concierne aquí, conviene referirse a dos aspectos importantes:

- La buena fe en relación con los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la intimidad y secreto de comunicaciones. Por una parte, algunos autores y la jurisprudencia constitucional han sostenido que la buena fe opera como límite interno de los derechos fundamentales, siendo un elemento configurador del contenido (ámbito protegido) de esos derechos. De esa idea, concluyen que, si el ejercicio del derecho fundamental transgrede la buena fe, pierde la protección constitucional y no existe propiamente el derecho²⁶. La doctrina laboral se ha referido a la buena fe como límite externo de los derechos fundamentales y ha afirmado que “los derechos fundamentales no solo se limitan por los derechos constitucionales, sino también por los bienes constitucionalmente reconocidos y protegidos; e incluso por bienes que disfrutan de una protección infraconstitucional, como la buena fe contractual”²⁷. Siguiendo esta doctrina, entre otras, la STC 56/2008 define la buena fe como un límite adicional de los derechos fundamentales y un factor de flexibilización de la ponderación.

- La buena fe contractual en el ámbito de las tecnologías propias del trabajo a distancia. En este sentido se relaciona habitualmente con el uso indebido de los instrumentos de trabajo facilitados por la empresa (ordenador, aplicaciones informáticas, etc.) Igual que se ha mencionado anteriormente, la doctrina científica se encuentra dividida: un sector mantiene que infringe el deber de buena fe, en cualquier caso, la utilización de esos medios para actividades ajenas a la actividad laboral, salvo autorización expresa; y que no puede presumirse la autorización. Para ellos, la esencia del incumplimiento no está en el daño causado, sino en la fractura de la confianza depositada y la lealtad debida, y ello no queda atenuado por la ausencia de perjuicio a la empresa o lucro personal. En cambio, otros autores sostienen que no cabe fundar la transgresión de la buena fe en la existencia de un deber genérico de lealtad, sino que es necesario atender a las circunstancias concretas del caso y realizar sobre ellas una ponderación adecuada del perjuicio que causa.

Por su parte la doctrina judicial ha ido decantándose entre una y otra visión, aplicando generalmente la tesis gradualista, excepto en los casos de transgresión cualificada de la buena fe por abuso de confianza, que se dará cuando se acredite que dicho uso ha sido anormal, ha supuesto coste

²⁵ Montoya Melgar, A., *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2001, pág. 39.

²⁶ En este sentido lo ha recogido la STC 120/1983, de 15 de diciembre.

²⁷ Casas Baamonde, M.E., “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación y principio de buena fe”, en *Relaciones Laborales: crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2004, pág. 147.

económico para la empresa, o ha tenido una finalidad ilícita, y en todos los supuestos en que la buena fe infringida se funde en una relación especial de confianza, por razón del tipo de trabajo, o del cargo²⁸.

En cuanto a la LTD cabe indicar que en ningún momento hace alusión expresa a la buena fe, aunque se entiende que, dado que es requisito necesario suscribir un acuerdo de trabajo a distancia, le son aplicables las normas de la buena fe contractual que con carácter general establece el ET.

3. Control del uso de dispositivos digitales en el trabajo a distancia

El motivo que reparemos en el derecho a la intimidad en el trabajo a distancia se debe al mayor impacto que puede tener respecto al resto de empleados que no prestan servicios a distancia. Para nuestro TC el rasgo esencial que define el domicilio reside en la aptitud para desarrollar en él la vida privada²⁹. El hecho de que la ubicación del trabajo a distancia se sitúe en ese espacio supone una cuestión de suma importancia por cuanto que puede resultar amenazado por la gran capacidad de invasión que ofrecen las nuevas tecnologías. Como ya se ha comentado anteriormente, el art. 20.3 del ET y el art. 22 LTD reconocen a la empresa la facultad de adoptar medidas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, siempre claro está que cumplan con los principios de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad, tal y como manifiesta el propio art. 17.1 LTD, teniendo en cuenta que dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación solo se producirá “en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva”³⁰. Así pues, la intromisión empresarial en los derechos fundamentales del trabajador estará justificada y será legítima, si la medida adoptada es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si 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); y finalmente, si 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).

El uso del ordenador de la empresa para fines distintos de la actividad laboral, como puede ser el acceso a determinadas páginas web de ocio, acceso a redes sociales o realización de gestiones personales, genera un gran número de conflictos a los que nuestros tribunales han tenido que dar

28 A modo de ejemplo cabe citar la STSJ de Madrid, de 26 de enero de 2015, en que se estima abusivo el uso de las redes sociales por la trabajadora, para usos personales durante casi 17 horas en un mes con 21 días laborables, y de casi 11 horas, en el siguiente mes de 16 días laborables, máxime cuando había firmado un anexo al contrato de trabajo donde expresamente se prohibía ese uso. En sentido similar, la STSJ Castilla y León, de 17 de octubre de 2022 (Rec. 2013/2022), que califica en los mismos términos la conducta reiterada de un trabajador que, en un periodo de dos meses, había realizado llamadas con el teléfono proporcionado por la empresa a un teléfono de su titularidad por valor de más de 1000 euros.

29 STC 10/2002, de 17 de febrero.

30 STC 99/1994,

respuesta³¹. De esta forma, el control del uso que el trabajador hace del ordenador de empresa se produce principalmente a través de dos mecanismos. Bien, mediante el registro directo del servidor o terminal, bien mediante la monitorización del ordenador utilizando para ello programas y aplicaciones que permiten a la empresa conocer la actividad y movimientos efectuados por la persona trabajadora.

La monitorización del uso que la empresa hace del ordenador propiedad de la empresa se lleva a cabo, fundamentalmente, a través de distintas aplicaciones instaladas en el ordenador objeto de control, las cuales permiten conocer en tiempo real las páginas visitadas, la duración de las visitas y el número de ocasiones en las que se ha accedido a dichas páginas, sin que el usuario del ordenador tenga conocimiento de ello³². En la mayoría de los casos estos controles son se exceden de la finalidad de control, pues en algunas ocasiones se ha entendido que el acopio de datos efectuados por los programas de monitorización permite a la empresa reconstruir aspectos subjetivos relativos a la intimidad de la persona trabajadora, y ello resulta abusivo³³. Es decir, no resulta necesario monitorizar indiscriminadamente el uso que se hace del ordenador para conocer si el trabajador dedica una parte relevante de su tiempo de trabajo a asuntos ajenos a su actividad laboral.

Hasta el año 2007 no existía un criterio uniforme en la doctrina judicial española sobre el control que podía ejercer la empresa en la utilización de internet para fines personales. Para un sector judicial³⁴, el control se justificaba en función de que el dispositivo fuera o no propiedad de la empresa, de tal forma que si era propiedad de la empresa sí podía ejercerse dicho control y, de lo contrario no se podía ejercer dicho control. Para otro sector judicial³⁵ el control empresarial podía ejercerse si previamente se hubiera informado de ello a la persona trabajadora. Y otro sector judicial³⁶, consideraba que el control empresarial tenía que someterse a las exigencias establecidas por el art. 18 del ET para los registros personales.

Sin embargo, el TS en su sentencia de 26 de septiembre de 2007, Rec. 966/2006, esa línea jurisprudencial quedó superada y clarificó que el control empresarial de controlar el uso del ordenador por parte de las personas trabajadoras no puede llevarse a cabo por la vía del art. 18 del ET, sino que, por el contrario, son los poderes empresariales ordinarios de vigilancia y control de la actividad laboral

31 Calvo Morales, D., y Toscani Giménez, D., "El uso de internet y el correo electrónico en la empresa. Límites y garantías", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 165, 2014. Versión electrónica: www.westlaw.es (BIB 2014/1659).

32 Rodríguez Escanciano, S., *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 86.

33 Desdentado Bonete, A. y Muñoz Ruiz, A.B., *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 184.

34 STSJ de Cataluña, de 14 de noviembre de 2000, Rec. 4854/2000; STSJ de Andalucía, de 9 de mayo de 2003, Rec. 591/2003.

35 STSJ de la Comunidad Valenciana, de 4 de julio de 2007, Rec. 1846/2007.

36 STSJ de Castilla-La Mancha, de 17 de mayo de 2006, Rec. 1282/2005.

del art. 20.3 del ET los que facultan a la empresa para la fiscalización del uso del ordenador de sus trabajadores. Esta afirmación parte de la premisa de que los registros informáticos forman parte del poder directivo ordinario, y que, por lo tanto, no es lo mismo registrar la taquilla que su ordenador, ya que, aunque en ambos casos se pueden encontrar elementos personales, la finalidad de registro es diferente. En todo caso, aunque no se apliquen las garantías del art. 18 del ET al registro informático, el mismo no puede suponer, en ningún caso, un volcado masivo de todos los datos que la empresa descubra, sino solamente de aquellos relevantes.

Con posterioridad, el TS ha entendido que la sola formulación de una prohibición absoluta en el uso de los medios informáticos por parte de la empresa implica la existencia de un margen para una expectativa razonable de intimidad por suponer “implícita la advertencia sobre la posible instalación de sistemas de control del uso del ordenador”³⁷.

En la actualidad y de acuerdo con los requisitos exigidos en la actuación de la empresa para efectuar el control empresarial en el trabajo a distancia sobre los dispositivos digitales de acuerdo con los arts. 87 de la LPDGDD y el art. 17 LTD, las personas trabajadoras han de ser informados de las características de las herramientas informáticas puestas a su disposición, de su monitorización, así como qué pueden hacer con los dispositivos digitales puestos a su disposición. En este sentido, son las propias empresas las que deben establecer los criterios de uso de los dispositivos, advirtiéndoles que el uso inadecuado o de esas herramientas informáticas puede conllevar sanciones disciplinarias, incluso, en los casos de mayor gravedad, el despido. Así, la empresa deberá informar a las personas trabajadoras si permite un uso particular o si solo cabe el uso profesional de los dispositivos. Además, por convenio colectivo o acuerdos colectivos se podrá especificar los términos dentro de los cuales las personas trabajadoras pueden hacer uso por motivos personales de los equipos informáticos puestos a su disposición por parte de la empresa para el desarrollo del trabajo a distancia, teniendo en cuenta en su caso, los usos sociales de dichos medios y las particularidades del trabajo a distancia. Igualmente, en la elaboración de las normas de uso y de control de las herramientas y dispositivos de trabajo deberán de participar la representación legal de las personas trabajadoras y tendrán que ser informados y consultados sobre las decisiones que provoquen cambios relevantes en la organización del trabajo. Al abrigo de lo anterior, no es suficiente con una comunicación genérica de esa posible monitorización, sino que es necesario que conste la extensión, alcance y finalidad del control empresarial. En este sentido, es recomendable realizar recordatorios periódicos de su obligado cumplimiento.

Por lo tanto, la empresa debe garantizar la protección de la intimidad durante el uso de las herramientas y dispositivos digitales puestos a disposición de la persona trabajadora. El acceso a los contenidos del trabajador a distancia puede darse únicamente para realizar un seguimiento de las actividades

³⁷ STS de 6 de octubre de 2011, Rec. 4053/2010.

laborales, siempre y exista un previo acuerdo. Asimismo, la empresa debe establecer unos criterios en el uso de los dispositivos digitales respetando los estándares mínimos de intimidad y protección de datos personales, como indican los derechos de las personas trabajadoras reconocidos constitucional y legalmente y como hemos dicho anteriormente, la elaboración de estos criterios debe hacerse a través de los convenios o acuerdos y con la participación de la representación para mantener informados a todos los miembros del personal. En este sentido, cabe citar la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de julio (Proc. 178/2022) que declara que se ha vulnerado el derecho a la intimidad de la persona trabajadora pues la instrucción sobre el uso de dispositivos digitales a la plantilla de la empresa ha sido elaborada sin participación alguna de los representantes de los trabajadores. En este caso, la empresa redactó una instrucción sobre el uso de dispositivos digitales sin tener en cuenta a la los representantes de las personas trabajadoras.

También relacionada con la protección de la intimidad en el uso de los dispositivos digitales cabe citar la STSJ de Castilla y León de 17 de octubre de 2022 (Rec. 2013/2022) en la que se declara la procedencia de un despido donde la empresa facilita los criterios sobre utilización de dispositivos digitales al trabajador y prohíbe expresamente utilizarlos para hacer llamadas personales y privadas, así como el uso personal o no autorizado desde el puesto de trabajo y durante la jornada laboral. En este caso, el trabajador despedido demanda por entender vulnerado su derecho a la intimidad. Este trabajador había realizado llamadas a su número personal durante la jornada de trabajo. La empresa comprobó a través de una aplicación instalada en el ordenador del trabajador y de al que tenía constancia que el teléfono al que había llamado en muchas ocasiones era el suyo personal. El tribunal analiza el principio de proporcionalidad y entiende que, si el teléfono se utiliza para usos privados en contra de las prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado una expectativa razonable de intimidad. Y concluye, que en este caso la empresa con su actuación inspectora ha actuado dentro del ámbito de dirección y control de la actividad laboral que le otorga el art. 20 del ET, sin vulnerar el derecho a la intimidad que a toda persona le reconoce el art. 18 CE.

La sentencia del JS nº 4 de Valladolid de 20 de septiembre de 2021 también versa sobre la protección de intimidad y el uso de dispositivos digitales. En este caso, sí se considera que se ha vulnerado el derecho fundamental a la intimidad y protección de datos en el modo de efectuar el control en su ordenador particular. Se trata de una trabajadora que prestaba servicios como teleoperadora y suscribió un acuerdo para realizar su cometido desde el domicilio de la trabajadora. En una de las cláusulas relativa a equipos informáticos se estableció que el empleador trabajará con el equipo informático de su propiedad, en su domicilio y en otra de sus cláusulas se establecía que se iba a ejercer el control y supervisión de la actividad del trabajo mediante medios telemáticos, informáticos y electrónicos. En su ordenador se le instalaron dos programas para llevar a cabo su trabajo y monitorizar su cometido, de forma que la supervisora podría acceder a lo que estuviera viendo en su pantalla y también escuchar

las llamadas en línea, grabar y controlar los tiempos en línea, pausas, descansos. La supervisora accedió a visualizar su pantalla para ver qué estaba haciendo y comprobó que la trabajadora estaba comunicándose por vía privada en unos foros. La supervisora le llamó la atención. Días después la trabajadora se escribió un correo electrónico a su supervisora y a RRHH mostrando su disconformidad con dicho acto e indicando que se estaba vulnerando su intimidad. A los días se le notificó el despido disciplinario por indisciplina y desobediencia en el trabajo, transgresión de buena fe y disminución continuada y voluntaria de rendimiento.

En este caso, el juzgado de lo social considera desproporcionado el programa instalado en el ordenador personal de la trabajadora, pues considera que la supervisora podía acceder a datos personales del trabajo que pueden encontrarse en su pantalla, la medida no es equilibrada, pues podía haber utilizado otro medio más moderado para la consecución del mismo fin con igual eficacia. Por lo que el juzgado de lo social considera que el dispositivo de control habilitado por la empresa en el ordenador particular de la trabajadora vulnera el derecho a la intimidad y protección de datos. Por lo tanto, ese medio de prueba no puede ser tenido en cuenta para calificar el despido como disciplinario, sin embargo, no se declara la nulidad sino la improcedencia por entender el tribunal que el despido también se fundamentó en otra serie de pruebas que no lesionaban el derecho a la intimidad.

Además, según el TC³⁸ “la prohibición absoluta del uso de las herramientas informáticas de titularidad empresarial a través del convenio legitima el poder de control empresarial y rompe toda expectativa de intimidad, pudiendo éste fiscalizar el uso de las herramientas tanto a efectos de vigilancia del cumplimiento de la prestación laboral, como para comprobar si su utilización se hace para fines profesionales o para fines distintos de los relacionados con la prestación laboral”.

4. Control de las comunicaciones electrónicas en el trabajo a distancia

En el trabajo a distancia el uso de las tecnologías de la información y comunicación, específicamente, internet y el correo electrónico, supone un instrumento esencial, por lo que cabe plantearse la posible problemática que pudiera surgir en relación al mismo y el poder de control de la empresa. La peculiaridad del control empresarial en el trabajo a distancia consiste en que dicho control se produce sobre los instrumentos que la empresa pone a disposición de las personas trabajadoras, pero al mismo tiempo, son instrumentos que pueden utilizarse de manera personal. Cabe indicar que hay una diferencia significativa entre la navegación por internet y el uso del correo electrónico. La navegación por internet que se ha visto en el anterior apartado no constituye un acto de comunicación entre personas, debiendo diferenciarse entre el acto de comunicación que tiene lugar a través del correo electrónico y el acceso a la información por medio de internet. Así, mientras el acto de comunicación tiene lugar a través del correo electrónico consiste en hacer partícipe a un receptor previamente

³⁸ STC 170/2013, de 7 de octubre.

identificado y seleccionado por el emisor de la información seleccionada por este; la difusión y acceso de información a través de internet se integra por la adquisición de conocimientos suministrada por terceros y seleccionada por el receptor de la información.

Por lo tanto, la actividad de navegar por internet, al no constituir un acto de comunicación queda excluida del ámbito de protección del derecho al secreto de comunicación del art. 18.3 CE, quedando tutelada por el derecho a la intimidad del trabajador, puesto que, por un lado, el registro de determinadas páginas web visitadas por el trabajador permite conocer directamente información sobre aspectos de la vida personal de éste relacionados con su intimidad (sexualidad, creencias religiosas, salud, etc.), y por lo tanto, el análisis conjunto de los sitios a los que accedió la persona trabajadora, así como su frecuencia y tiempo de conexión, permiten reconstruir perfiles subjetivos relacionados con aspectos propios de la intimidad del trabajador.

Aquí es menester nuevamente traer a colación la sentencia del TEDH, de 5 de septiembre de 2017, asunto *Barbulescu II*³⁹, en la que la Gran Sala del TEDH entendió que las comunicaciones que el

39 Este asunto versa sobre un trabajador (ingeniero de origen rumano) que fue despedido tras ser sorprendido utilizando el programa de mensajería instantánea (yahoo) para fines personales. El programa había sido instalado por petición de la compañía para la comunicación exclusiva con los clientes. Además, la empresa contaba con un reglamento interno que prohibía expresamente cualquier uso privado de los terminales informáticos. No obstante, dicho reglamento no incluía mención alguna sobre la posibilidad de que la compañía vigilase las comunicaciones efectuadas por las personas trabajadoras. De manera previa a efectuar el control, la empresa remitió un comunicado a todos los empleados en el que se indicaba que la compañía se veía en la obligación de verificar, controlar y, en su caso, sancionar el uso privado de internet, los teléfonos móviles y las fotocopadoras. Tan solo dos días después de emitir el comunicado, la empresa procedió a registrar durante siete días y en tiempo real, las comunicaciones del trabajador en el programa de mensajería instantánea. No consta acreditado que el trabajador conociese el contenido de las comunicaciones con anterioridad a que la empresa desplegara la vigilancia.

La compañía tuvo una primera reunión con el trabajador, y tras ser cuestionado por el uso del ordenador con fines personales en horario laboral, este negó haber utilizado los recursos de la empresa para fines distintos de los profesionales. En una segunda reunión, horas después de haber tenido lugar la primera, la empresa le mostró al trabajador 45 folios de transcripciones de conversaciones entre este y su familia, la mayoría de contenido íntimo, las cuales habían sido llevadas a cabo a través de la cuenta corporativa del trabajador en Yahoo. Tras ser despedido disciplinariamente, el trabajador interpuso la correspondiente demanda, pero los tribunales rumanos, en todas sus instancias, desestimaron la pretensión, siendo la decisión judicial interna la que constituye objeto de valoración del TEDH.

Partiendo de los hechos señalados, el trabajador acude ante el TEDH y plantea una queja vinculada porque considera que la decisión empresarial se apoyó en la vulneración de su derecho a la intimidad y a la correspondencia y que los tribunales nacionales rumanos no protegieron este derecho contenido en el art. 8 de la CEDH, el cual dispone que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. En la sentencia *Barbulescu I* el tribunal entendió que no había elemento alguno que indicara que las autoridades nacionales incumplieran la obligación de establecer un equilibrio adecuado dentro de su margen de apreciación, entre los intereses del empleador y el derecho del demandante al respeto de su vida privada en virtud del art. 8 de la CEDH. Llama la atención que el pronunciamiento no haga alusión a los medios empleados por la empresa para examinar las comunicaciones y únicamente se limita a señalar que las mismas fueron intervenidas en tiempo real. Tampoco el TEDH contempla si el hecho de que existía un reglamento interno prohibiendo el uso personal basta para descartar la expectativa razonable de confidencialidad, o si es necesaria, a mayores, una advertencia previa de control. El trabajador al amparo del art. 43 de la CEDH solicitó la remisión del asunto ante la Gran Sala del TEDH y dicha sala se pronunció a través de *Barbulescu II*, cambiando radicalmente de criterio.

trabajador realiza en su lugar de trabajo están comprendidas en los conceptos de vida privada y correspondencia, por lo que, el art. 8 de la CEDH es plenamente aplicable a este asunto. Partiendo de ello, la Gran Sala impone unas condiciones que deben cumplir los controles empresariales (en particular, los controles sobre el uso del correo electrónico u otro programa de mensajería) para ser considerados legítimos por los tribunales y que han sido ya expuestos en el apartado del test Barbulescu al que nos remitimos. Este pronunciamiento judicial ha tenido consecuencias en la doctrina judicial de nuestro ordenamiento jurídico. Parece claro que a partir de la citada sentencia ya no podrá considerarse que la mera prohibición empresarial (ya sea a través de un convenio colectivo o de un reglamento interno) es adecuada para eliminar la expectativa de intimidad de la persona trabajadora, sino que, será necesario que la persona trabajadora tenga conocimiento previo y claro del control que va a llevar a cabo la empresa, máxime cuando este va acceder al contenido de las comunicaciones efectuadas por la persona trabajadora.

Así pues, nuestro TS se hico eco de esta nueva doctrina del TEDH en la sentencia de 8 de febrero de 2018 (Rec. 1121/2015) al manifestar que una conducta empresarial del control del correo electrónico será legítima cuando supere los requisitos establecidos en la sentencia del TEDH, asunto Barbulescu. De igual modo, en la STSJ de Castilla-La Mancha, de 25 de marzo (Rec. 624/2020) aplicó lo recogido en la sentencia del TS, de 8 de febrero con cita y análisis de la doctrina general del TC y de la STEDH, de 5 de septiembre de 2017.

5. Conclusiones

Como hemos tenido ocasión de señalar en varias ocasiones a lo largo de este capítulo, el trabajo a distancia puede y es objeto de control empresarial de acuerdo con lo dispuesto en el art. 20.3 del ET y en el art. 22 LTD, amparados en los arts. 33 y 38 de la CE. De forma tal que, la empresa puede adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de los medios telemáticos, siempre que guarden la consideración debida a la dignidad y circunstancias personales, como la concurrencia de una discapacidad. Por lo tanto, y por evidente que parezca la afirmación, el acceso empresarial a cualquier información a través de medios tecnológicos puestos a disposición de las personas trabajadoras, solamente podrá realizarse a efectos de controlar el cumplimiento de sus obligaciones laborales, para garantizar la integridad de los dispositivos puestos a su disposición o la seguridad de la información, y cualquier medida que rebase ese límite será ilícita. La dificultad que tiene este extremo es que los dispositivos digitales y los medios informáticos no se utilizan exclusivamente, en muchos casos, con fines estrictamente laborales, sino que también se utilizan a nivel personal, como ocurre, por ejemplo, con el correo electrónico, lo cual enmaraña el tiempo dedicado a las tareas laborales de las extralaborales.

En contraposición al poder de control y vigilancia del empresario, las personas trabajadoras disponen

de una garantía frente a dicho control reconocido en el art. 4.2 e) del ET y en el art. 17 de la LTD y amparado a nivel constitucional en el art. 18 CE como es el derecho fundamental a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. En este contexto, es inevitable que toda relación laboral tenga que lidiar y modular la posible colisión entre el poder de control y vigilancia y el derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones, más si cabe, en el trabajo a distancia. Es evidente, que toda persona trabajadora sujeta a una relación laboral quede sometida a las instrucciones, órdenes y controles de la empresa, y ello supone una limitación de alguno de sus derechos fundamentales. Pero no es menos cierto que, la adopción por parte de la empresa de medios de control y vigilancia no puede atentar y restringir sin más un derecho fundamental, como puede ser la intimidad o el secreto de las comunicaciones. Por lo que para decidir si una medida de control es lícita será imprescindible comprobar que los medios utilizados cumplen, de manera acumulativa, los requisitos propios del principio de proporcionalidad: juicio de idoneidad, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Es decir, las limitaciones de los derechos fundamentales deben ser “las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que, si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes”⁴⁰.

Por lo tanto, en el caso de colisión de derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos debe apreciarse los intereses en juego, mediante una adecuada ponderación de las concretas circunstancias para determinar en cada caso qué derecho será el que soportará una limitación o restricción.

A nivel judicial lo que se desprende de las resoluciones aquí estudiadas es que las sentencias del TC, como las del TS, han ido evolucionando bajo criterios demasiado flexibles, y han permitido medidas de control basadas en alusiones genéricas a las facultades de control empresarial, o en una genérica comprobación de posibles infracciones, sin exigir que se fundamenten en causas concretas y precisas para las cuales no existe un cauce alternativo. En otras ocasiones, nuestros órganos judiciales han realizado interpretaciones en las que la expectativa de intimidad o de confidencialidad de la persona trabajadora a distancia decaía con cierta facilidad, haciendo ceder a los derechos fundamentales a la intimidad o al secreto de las comunicaciones en base a argumentos poco rigurosos. También nuestros tribunales han considerado que no era necesario consentimiento expreso de la persona trabajadora, por entenderlo implícito en el contrato de trabajo. Parece que, nuestros órganos judiciales hasta el año 2017, han reconocido mayor campo de actuación al poder de dirección y control empresarial en detrimento del ámbito de acción de los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la intimidad y del secreto de comunicaciones. Sin embargo, parece que han cambiado de criterio a partir de la STEDH, de 5 de septiembre de 2017, caso *Barbulescu II*, que toma como referencia el art. 8 del

⁴⁰ STC 98/2000, de 10 de abril.

CEDH y ha adoptado criterios que garantizan de manera más eficaz los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de las personas trabajadoras.

En este sentido, a tenor de lo que establece el TEDH, los órganos judiciales de cada Estado miembro deben tener en cuenta una serie de factores para determinar si la medida de control efectuada por la empresa es lícita: a) si el trabajador ha sido informado de la posibilidad de que la empresa tome medidas para supervisar su correspondencia y otras comunicaciones, así como de la aplicación de tales medidas; b) si dicha comunicación es clara en cuanto a la naturaleza de la supervisión y previa al establecimiento de la misma; c) si el control se realiza sobre el flujo de comunicaciones o sobre su contenido; d) si la supervisión se realiza sobre la totalidad de las comunicaciones o sobre una parte de ellas; e) si el control ha sido limitado en el tiempo; e) si el número de personas que han tenido acceso a los resultados de dicho control; f) si se tienen argumentos legítimos para justificar la vigilancia de las comunicaciones y el acceso a su contenido; g) cuáles son las consecuencias de la supervisión para el empleado afectado.

Respecto a la LTD y concretamente en lo estrictamente aquí analizado, el uso de las nuevas tecnologías como mecanismo de control y vigilancia, hemos de decir que la regulación únicamente reproduce lo establecido con carácter general en el ET, por lo que cabe afirmar que es genérica y deja amplia competencia a la negociación colectiva, de manera que confiere una gran importancia al convenio colectivo o acuerdos para la adopción de medidas de control que estime más oportunas. Si bien, esto parece resultar adecuado en la medida que permite adaptar las medidas de control a las circunstancias de cada empresa; por otro lado, quizá hubiera sido adecuado que el legislador hubiera explicitado de manera más concreta los límites a la facultad empresarial, estableciendo criterios objetivos para conseguir un mayor equilibrio entre el derecho empresarial a la libertad de empresa y los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. De esta forma, nuestros tribunales tendrían criterios más objetivos para dictar resoluciones no tan dispares y contradictorias, favoreciendo así la seguridad jurídica.

Estudio

Derechos fundamentales y responsabilidad civil contractual por daños provocados por la inteligencia artificial en el trabajo

María Victoria Jiménez Martínez*

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de Alcalá

Sumario

1. Introducción
2. Delimitación de conceptos
3. Los daños provocados por la inteligencia artificial y la respuesta de la unión europea
4. La responsabilidad contractual del empresario por discriminación algorítmica
 - 4.1. La discriminación algorítmica en la empresa
 - 4.2. La imputación de responsabilidad civil al empresario por discriminación algorítmica
 - 4.3. El alcance de la responsabilidad civil del empresario
5. El derecho de regreso del empresario responsable frente al suministrador del sistema de inteligencia artificial
6. Conclusiones

Resumen

En este trabajo se analiza el carácter de la responsabilidad contractual en la que incurre el empresario en los supuestos en los que un algoritmo incorporado a la empresa provoca la adopción una decisión discriminatoria para los trabajadores.

Palabras claves

Empresario, Sistema de inteligencia Artificial, Algoritmo, Responsabilidad contractual

* Académica correspondiente en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

1. Introducción

Actualmente, cada vez hay un mayor número de empresarios que, en el ámbito de dirección y organización de su empresa, utilizan sistemas de inteligencia artificial para adoptar decisiones que afectan a los trabajadores. Es más, hay algunas empresas cuya actividad no se concibe sin la existencia de estos algoritmos, como es el caso de las plataformas tecnológicas como Uber, Glovo o Deliveroo. Parece que la utilización de algoritmos por el empresario facilita la estrategia y organización de la empresa, optimizando sus recursos, los procesos y la toma de decisiones¹. El empresario utiliza los sistemas de inteligencia artificial para alcanzar el máximo rendimiento empresarial, la minoración de las cargas salariales y la optimización de los tiempos de trabajo². En definitiva, los algoritmos se han convertido actualmente en una herramienta más de gestión empresarial³.

Las razones que justifican esta evolución en el comportamiento de los empresarios se fundamentan en la creencia de la existencia de una mayor objetividad del algoritmo en el análisis de los datos aportados y en la creciente cantidad de datos que se manejan en el mundo empresarial. En este sentido, cada vez son más las decisiones adoptadas por estos sistemas de inteligencia artificial en detrimento de las decisiones adoptadas por personas. En estos casos, la utilización del algoritmo permite la eliminación total o parcial de las funciones desempeñadas tradicionalmente por las personas encargadas de los recursos humanos de la empresa, que eran quienes tomaban las decisiones relativas a promociones o ascensos⁴. El problema, por tanto, se presenta cuando la voluntad del empresario es sustituida por la solución adoptada por el sistema de inteligencia artificial implementado en la empresa⁵.

Sin embargo, estos sistemas de inteligencia artificial no son perfectos. En múltiples ocasiones los algoritmos adolecen de sesgos en su funcionamiento, que provocan que la respuesta que ofrecen al empresario no sea del todo objetiva. Esta circunstancia puede suscitar la adopción de decisiones discriminatorias para los trabajadores de la empresa. En consecuencia, la adopción de decisiones por parte del empresario, asumiendo las respuestas sesgadas ofrecidas por el algoritmo como una decisión más, en el ámbito de su poder de dirección, puede generar daños en los derechos fundamentales de

¹ Rodríguez Cardo, I.A.: “Decisiones automatizadas y discriminación algorítmica en la relación laboral: ¿hacia un Derecho del trabajo de dos velocidades?”, en *Revista Española de Derecho del trabajo*, núm. 253, 2022. BIB 2022/1779. (Consulta en Aranzadi Instituciones), p. 5.

² Baz Rodríguez, J.: “Responsabilidad algorítmica y gobernanza de la Inteligencia Artificial en el ámbito socio laboral. Entre la perspectiva y la prospectiva”, en *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 89, 2022, laleydigital, LALEY 4389/2022, p. 4

³ Sáez Lara, C.: “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”, en *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 155, 2020, p. 41

⁴ Baz Rodríguez, J.: “Responsabilidad algorítmica (...)”, loc., cit., p.3.

⁵ Añón Roig, M.: “Desigualdades algorítmicas: conductas de alto riesgo para los Derechos Humanos” en *Derechos y Libertades. Revista de Filosofía de Derecho y Derechos Humanos*. núm. 47, 2022, p.20

los trabajadores y en concreto, puede ser el origen de una situación discriminatoria.

El problema se presenta porque los sistemas de inteligencia artificial más evolucionados se caracterizan por su capacidad de aprendizaje autónomo, al margen de las instrucciones inicialmente incorporadas en su programación. En efecto, estos sistemas de inteligencia artificial aprenden de su propia experiencia y adoptan decisiones, por la existencia del denominado algoritmo de aprendizaje o entrenamiento, que utiliza datos o casos precedentes, en lugar de ser programados directamente por una persona⁶.

Por ello, la adopción por parte de estos sistemas de un resultado discriminatorio en el ámbito de la empresa hace plantearnos la cuestión de establecer los criterios de imputación de responsabilidad civil al empresario que, en nuestro ordenamiento jurídico están fundamentados, principalmente, en la culpa. En general, resulta francamente complicado señalar una persona responsable de los daños provocados por el funcionamiento sesgado de un algoritmo que aprende de forma autónoma, que sea el que asuma la indemnización por daños y perjuicios. En consecuencia, la posibilidad de aprendizaje autónomo del sistema de inteligencia artificial se convierte en el principal escollo para la imputación a un sujeto concreto de la responsabilidad civil por los daños provocados.

Sin embargo, en el ámbito de la empresa, la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores y la utilización de estos sistemas de inteligencia artificial, como una herramienta más del poder de dirección del empresario, parece que justifican la imputación de responsabilidad al propio empresario. En este trabajo trataremos de analizar esta imputación de responsabilidad al empresario y su adecuación a nuestro sistema de responsabilidad civil basado en la culpa, tal y como articulan los artículos 1101 y ss. del CC.

Este análisis habrá que exponerlo en el marco de la preocupación que muestra la Unión Europea por la regulación de la responsabilidad civil por los daños producidos en las personas por los sistemas de inteligencia artificial, aunque la regulación se desarrolle fundamentalmente en el ámbito de la responsabilidad civil aquilina. A este respecto, entendemos que, dada la especial naturaleza que presentan los sistemas de inteligencia artificial y su funcionamiento imprevisible, el carácter extracontractual de la responsabilidad analizada por las instituciones de la Unión Europea no puede ser un impedimento para aplicar sus principios generales a la responsabilidad contractual del empresario por los daños provocados en sus trabajadores.

2. Delimitación de conceptos

Antes de afrontar el estudio de la materia objeto de este trabajo es necesario realizar una definición

⁶ Díaz Alabart, S.: *Robots y responsabilidad civil*, ed. Reus. 2018, p. 19.

de los conceptos en torno a los cuales se plantean los problemas jurídicos.

Así, los sistemas de inteligencia artificial son aquellos programas informáticos que manifiestan un comportamiento inteligente porque pueden analizar su entorno y actuar con un cierto grado de autonomía, para alcanzar unos objetivos concretos⁷. Son ejemplos de estos sistemas de inteligencia artificial, los motores de búsqueda o los sistemas de reconocimiento facial o de voz. Pueden estar incorporados o no a un dispositivo hardware.

Por su parte, los algoritmos son un tipo concreto de sistema de inteligencia artificial. Son un conjunto de instrucciones elaboradas en código informático que tienen como finalidad resolver un problema determinado, analizando un conjunto de datos. En definitiva, se trata de un conjunto sistematizado de operaciones informáticas, que, utilizando un conjunto de datos, prepara, condiciona o decide la respuesta a un problema previamente planteado de carácter técnico o jurídico⁸.

La utilidad de incorporar el funcionamiento de estos algoritmos a la empresa radica en que para la adopción de la decisión requerida por el empresario el algoritmo puede utilizar muchos más datos de los que usaría una persona que desempeñara la misma función y la decisión será mucho más rápida⁹. En el ámbito de organización de la empresa, estos algoritmos son capaces de crear perfiles que evalúen aspectos personales de los trabajadores, como, por ejemplo, su rendimiento en el trabajo, por lo que se han convertido en una herramienta muy utilizada por los empresarios.

Inicialmente, los propios programadores introducían en el programa informático los criterios que utilizaría el algoritmo para adoptar la decisión final. Sin embargo, en los momentos actuales existen los denominados algoritmos de aprendizaje automático. Estos algoritmos son capaces de aprender de los datos analizados y de experiencias anteriores y toman sus propias decisiones, en función de unas instrucciones nuevas, que no son las originarias del programador¹⁰. Son precisamente, estos algoritmos de aprendizaje los que generan los problemas relativos a la imputación de la responsabilidad civil.

En efecto, estos algoritmos inteligentes adoptan decisiones de forma autónoma e independiente de la programación inicial, lo cual plantea el problema de determinar si el daño ocasionado por la decisión adoptada por el algoritmo obedece a su programación original, a la utilización que ha hecho del algoritmo el empresario o la persona encargada de su mantenimiento, o al autoaprendizaje en

⁷ Anguita Ríos, R.M.: "Inteligencia artificial y Derecho civil: líneas de pensamiento en materia de daños" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 781, 2020, p. 2554.

⁸ Orozco González, M.: "Inteligencia artificial y robótica. Propuesta para la configuración de un estatuto jurídico" en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2021.BIB 2021/4590, p.15

⁹ Gorelli Hernández, J.: "Algoritmos y transparencia: ¿pueden mentir los números? Los derechos de información" en *Trabajo y Derecho: nueva de actualidad y relaciones laborales*, núm. 86, 2022 laleydigital, LA LEY 524/2022., p.4

¹⁰ Anguita Ríos, R.M.: "Inteligencia artificial y Derecho civil (...)", loc., cit. p. 2554.

sentido estricto. En este sentido, parece que las normas clásicas en materia de responsabilidad civil, basadas en la culpa del agente dañador, no aportan una solución adecuada a los casos en los que los daños se producen por causa de la solución adoptada por un algoritmo o un sistema de inteligencia artificial. Esto se debe a que va a resultar complicado determinar el agente causante del daño.

Finalmente, es preciso hablar de Big data. Se trata de una técnica analítica utilizada para analizar textos y datos en formato digital para generar una información que incluya, sin carácter exhaustivo, pautas o tendencias. En definitiva, se trata de enormes cantidades de datos destinados al funcionamiento de los algoritmos¹¹.

3. Los daños provocados por la inteligencia artificial y la respuesta de la Unión Europea

En la Unión Europea se pretende articular un sistema normativo regulador de la inteligencia artificial en torno a tres aspectos; a saber, la elaboración de unos principios éticos relativos al funcionamiento de la inteligencia artificial; la responsabilidad civil y la elaboración de unas normas técnicas o de estandarización.

La articulación de un marco ético que enmarca el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial se inició con el informe emitido en el año 2019 por el Grupo independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, creado por la Comisión Europea en 2018, en el que formula unas directrices éticas para el desarrollo de una inteligencia artificial basada en la confianza¹². Este informe sirvió de fundamento para la elaboración por la Comisión del Libro Blanco sobre inteligencia artificial, un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza¹³. Este informe tenía como finalidades promover la adopción de la inteligencia artificial y estudiar los riesgos aparejados a su uso¹⁴. La Unión Europea debe establecer un conjunto de principios éticos básicos que sean de obligado cumplimiento para el desarrollo de la programación y la utilización de sistemas de inteligencia artificial, que se incorporen a la normativa reguladora de la creación y utilización de estos sistemas de inteligencia artificial y a los códigos de conducta europeos¹⁵. Esta actividad concluye con la adopción por el Parlamento Europeo de la Resolución de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la

¹¹ Anguita Ríos, R.M.: "Inteligencia artificial y Derecho civil (...)", loc., cit., p. 2554.

¹² Puede consultarse el informe en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>

¹³ Puede consultarse el informe en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1> COM (2020).

¹⁴ Zurita Martín, I.: "Las propuestas de reforma legislativa del Libro Blanco Europeo sobre inteligencia artificial en materia de seguridad y responsabilidad civil" en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 14, 2021, p. 444.

¹⁵ Nuñez Zorrilla, M.C.: "Los nuevos retos de la Unión Europea en la regulación de la Responsabilidad civil por los daños causados por la Inteligencia Artificial" en *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 66, 2018. BIB 2018/9706, p. 5

Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas¹⁶.

En segundo lugar, la elaboración de las normas técnicas o de estandarización se produce con el Reglamento del Parlamento y del Consejo nº 1025/2012 de 25 de abril de 2012 sobre la normalización europea¹⁷ y el tercer aspecto importante para la Unión Europea es la preocupación por los daños en las personas que puedan provocar los sistemas de inteligencia artificial y la consecuente responsabilidad civil.

La preocupación de las instituciones de la Unión Europea por encontrar una solución a los problemas que la inteligencia artificial puede provocar en las personas ha motivado que, desde hace años, se hayan desarrollado actuaciones tendentes a regular la responsabilidad civil por los daños producidos por estos sistemas¹⁸. No obstante, el ámbito de actuación de la Unión Europea se ha centrado en la responsabilidad civil extracontractual, lo cual, como he indicado *supra*, considero que no puede ser un impedimento para aplicar sus principios generales a la responsabilidad civil contractual en que pudiera incurrir el empresario que utiliza en su empresa estos algoritmos.

En efecto, desde la Unión Europea se han realizado distintas propuestas que toman como eje central los riesgos que provocan los sistemas de inteligencia artificial para el ser humano en ámbitos tan importantes como la seguridad, la intimidad, la integridad, la dignidad y la propiedad de sus datos personales y la responsabilidad que llevan aparejada¹⁹.

El primer documento con importancia real en la Unión Europea²⁰ fue el Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica de 31 de mayo de 2016

16 (2020/2012(INL))

17 Reglamento (UE) No 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 sobre la normalización europea, por el que se modifican las Directivas 89/686/CEE y 93/15/CEE del Consejo y las Directivas 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE y 2009/105/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se deroga la Decisión 87/95/CEE del Consejo y la Decisión no 1673/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. DOUE 14 de noviembre de 2012.

18 Parece que la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DOUE-L-1985-80678), no sirve para resarcir los daños ocasionados a las personas por estos sistemas de inteligencia artificial, puesto que regula los daños producidos por causa de una negligencia humana, que se traduce en un producto defectuoso. Realmente, los sistemas de inteligencia artificial cuyo funcionamiento ha provocado un daño, no son productos defectuosos, sino que son sistemas autodidactas cuyo funcionamiento conlleva un cierto grado de imprevisibilidad. Anguita Ríos, R.M.: "Inteligencia artificial y Derecho civil (...)", loc., cit. p. 2569

19 Nuñez Zorrilla, M.C.: "Los nuevos retos (...)", loc., cit., p. 5

20 Anguita Ríos, R.M.: "Inteligencia artificial y Derecho civil (...)" loc., cit., p. 2549. Díaz Alabart, S.: *Robots (...)*, op., cit., p. 22.

(ponente Mady Delvaux)²¹, que dio lugar a la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017 con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre robótica. Esta resolución, que sentaría las bases de la futura Directiva europea en materia de inteligencia artificial²², solicitaba a la Comisión la adopción de una directiva europea reguladora de la robótica y la inteligencia artificial, que unificara los distintos proyectos normativos que pudieran acometer los países miembros, sobre la utilización de la inteligencia artificial²³. Se trata, en definitiva, del primer intento de regulación de la inteligencia artificial por parte de una institución de la Unión Europea, si bien finalmente no llegó a dictarse.

En esta primera Resolución, el Parlamento Europeo ofrecía a la Comisión la alternativa de articular la regulación de la responsabilidad civil sobre un sistema de responsabilidad civil objetiva del robot o un sistema de gestión del riesgo, en virtud del cual lo trascendente sería determinar si la persona había sido o no capaz de minimizar los riesgos y el impacto negativo derivados de la actuación del robot²⁴. Asimismo, proponía la necesidad de imponer la existencia de un seguro obligatorio acompañado de un fondo de compensación y ponía de manifiesto los riesgos que la robótica generaría respecto de derechos fundamentales, como la seguridad, intimidad, integridad, dignidad y protección de datos personales. Finalmente, se planteó por primera vez la posibilidad de dotar de personalidad jurídica a los robots²⁵.

Posteriormente, el Parlamento Europeo emitió otra Resolución, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial en la que incluía una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial. Dicha resolución aboga por un sistema de armonización plena en materia de responsabilidad civil e

21 (2015/2103(INL) (A8-0005/2017) Disponible en <http://www.europarl.europa.eu>. En este informe se plantea la posibilidad de otorgar personalidad jurídica a los robots y se pone de manifiesto la insuficiencia de las vigentes normas de responsabilidad civil contractual o extracontractual para dar respuesta a los daños provocados por los sistemas de inteligencia artificial, dada la capacidad de estos sistemas para aprender de su propia experiencia y adoptar decisiones autónomas. En este sentido, la imprevisibilidad es una de las características que definen a estos sistemas de inteligencia artificial, lo que justifica el abandono de las normas tradicionales en materia de responsabilidad.

22 Nuñez Zorrilla, M.C.: “Los nuevos retos de la UE (...)”, loc., cit., p. 7

23 (2015/2103(INL). Un estudio detallado de esta propuesta de Directiva lo realiza Díaz Alabart, S. en su obra Robot y responsabilidad civil, op., cit., pp. 31-121.

24 Torre de Silva y López de Letona, J.: “Responsabilidad por daños causados por sistemas de Inteligencia Artificial” en *Diario la Ley. Revista de Derecho digital e Innovación*, núm. 11, 2022. (Consulta 22/04/2022), p. 12. Díaz Alabart, S.: Robots (...), op., cit., p. 68

25 El Parlamento expone en la Recomendación 56 de la Resolución que la atribución de la responsabilidad deberá ser proporcional al nivel de las instrucciones impartidas a los robots y a su grado de autonomía, de modo que cuánto mayor haya sido la capacidad de aprendizaje o la autonomía y más larga la formación del robot, mayor deberá ser la responsabilidad de su formador.

inteligencia artificial, mediante la aprobación de un Reglamento²⁶, que será aplicable directamente a todos los Estados miembros y que no implica una modificación total de los regímenes de responsabilidad civil de la Unión Europea y de los ordenamientos internos²⁷.

Esta resolución articula el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad extracontractual por los daños que provoque en un tercero el funcionamiento del sistema de inteligencia artificial, como resultado de una actividad de carácter físico o virtual. De este modo, la resolución se dirigirá no solo a los robots, sino también a los sistemas de inteligencia artificial que no tienen un cuerpo físico²⁸. No obstante, deja al margen otros regímenes de responsabilidad civil como la responsabilidad contractual, en los casos en los que la relación obligatoria una a la víctima (trabajador) y el usuario de la inteligencia artificial²⁹, lo cual no creo que impida aplicar al ámbito de la responsabilidad contractual los principios generales en materia de responsabilidad civil que se infieran de la propuesta de Reglamento.

En esta Resolución, el Parlamento establece un sistema de responsabilidad en función de los riesgos que genere la actividad en la que se implanta el funcionamiento del sistema de inteligencia artificial. Así, si el sistema de inteligencia artificial es calificado de alto riesgo³⁰, el régimen de responsabilidad será de carácter objetivo y para el resto de los sistemas, que no sean de alto riesgo, el Parlamento propone un régimen de responsabilidad por culpa en el que se invierte la carga de la prueba, que, no obstante, deberá consistir en una de las pruebas previamente fijadas por la propia propuesta.

En cualquier caso, la imputación de la responsabilidad se produce en la figura del “operador”, persona física o jurídica que controla el riesgo asociado a un sistema de inteligencia artificial, abandonando, así, la posibilidad planteada por el Parlamento en la resolución anterior de dotar de personalidad jurídica al robot. Sin embargo, si no tuviera esta condición solo será responsable si el daño del tercero se hubiera producido por una utilización negligente o dolosa del sistema de inteligencia artificial.

26 (2020/2014(INL)). Es importante señalar cómo en esta ocasión desde la Unión Europea se prefiere la utilización de la norma del Reglamento, en vez de la Directiva, para lograr la armonización de la regulación de la inteligencia artificial entre los países miembros. En este sentido, parece que se pretende imponer una regulación uniforme en materia de responsabilidad civil por los daños provocados por los sistemas de inteligencia artificial.

27 Álvarez Olalla, P.: “Propuesta de Reglamento en materia de responsabilidad civil por el uso de inteligencia artificial, del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 38, 2021, (doi.org/10.18239/RCDC_2021.38.2742). p. 2

28 Zornoza Somolinos, A.: “Breves apuntes a la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial”, en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 17, 2020, p. 98

29 Álvarez Olalla, P.: “Propuesta de Reglamento (...), loc., cit. p. 2

30 Esta Propuesta de Reglamento califica de alto riesgo al sistema de inteligencia artificial que “funciona de forma autónoma para causar daños o perjuicios a una o más personas de manera aleatoria y que excede lo que cabe esperar razonablemente; la magnitud del potencial depende de la relación entre la gravedad del posible daño o perjuicio, el grado de autonomía de la toma de decisiones, la probabilidad de que el riesgo se materialice y el modo y el contexto en que se utiliza el sistema de IA” (Art. 3.c)

Finalmente, se ha aprobado la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, de 21 de abril de 2021³¹. Se trata de una propuesta de Reglamento, complementaria de la anterior, que no regula un régimen de responsabilidad civil aplicable por los daños provocados por el funcionamiento de un sistema de Inteligencia artificial, sino que incorpora una serie de preceptos tendentes a evitar que el daño se produzca, imponiendo una serie de medidas en función de la naturaleza del riesgo que genere el sistema de inteligencia artificial. En este sentido, en la Exposición de Motivos se expresa que la Propuesta de Reglamento “se limita a establecer los requisitos mínimos necesarios para subsanar los riesgos y problemas vinculados a la IA” de modo que se establezca “un sistema regulatorio proporcionado centrado en un enfoque normativo basado en los riesgos”, distinguiendo los sistemas de IA cuya aplicación genera un riesgo inaceptable, un riesgo alto y un riesgo bajo.

Es importante destacar esta clasificación de los riesgos, a los efectos del ámbito de funcionamiento de la empresa y de la toma de decisiones del empresario, porque precisamente califica de alto riesgo aquellos sistemas de inteligencia artificial que se utilicen para la adopción de decisiones relativas a la promoción y resolución de relaciones contractuales de índole laboral, a la asignación de tareas y al seguimiento y evaluación del rendimiento y la conducta de las personas en el marco de dichas relaciones (Anexo III, 4.b), “dado que pueden afectar de un modo considerable a las futuras perspectivas laborales y los medios de subsistencia de dichas personas” (Considerando 36)

En el ámbito laboral, la regulación en la Unión Europea de los sistemas de Inteligencia Artificial se produce fundamentalmente por el 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)³² y la propuesta de Directiva sobre mejora de las condiciones de trabajo en plataformas digitales, de 9 de diciembre de 2021, si bien esta última propuesta se limita en su regulación a los trabajadores que desarrollan la prestación laboral en plataformas digitales. No obstante, ninguna de estas normas contiene una regulación específica y diferenciada de la responsabilidad civil derivada de los daños que el funcionamiento de estos sistemas pudiera causar en los trabajadores.

El Reglamento general de Protección de Datos es actualmente la norma más importante relativa a la garantía de los Derechos fundamentales de las personas en general y de los trabajadores en particular en relación con la inteligencia artificial³³. Su art. 22 establece la prohibición general relativa a la adopción

³¹ COM/2021/206 final.

³² DOUE L-2026-80807

³³ Sáez Lara, C.: “El algoritmo como protagonista (...)”, loc., cit., p. 53

de decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado; esto es, decisiones adoptadas por un sistema de inteligencia artificial sin que se haya producido una intervención humana. En el ámbito empresarial este tipo de decisiones se suelen adoptar en materias de contratación o despido de trabajadores, su promoción económica o profesional³⁴.

Sin embargo, el propio artículo 22 incorpora como excepción a esta prohibición general, que la decisión basada únicamente en los sistemas de inteligencia artificial sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato, lo que nos lleva a la aplicación de la excepción al contrato de trabajo. Esto permite que en el ámbito de la empresa se admita la adopción de decisiones automatizadas por parte del algoritmo, sin necesidad de que los trabajadores presten su consentimiento, debido a que el contrato de trabajo legitima el uso por el empresario de los datos de los trabajadores. Por tanto, el título de legitimación del uso de sus datos no sería el consentimiento, sino el contrato de trabajo. En consecuencia, solo en el caso de que la utilización de los datos por parte del sistema de Inteligencia artificial introducido por el empresario excediera en sus decisiones de estas facultades de dirección y de control se requerirá el consentimiento de los trabajadores.

Hay quien piensa, que esta excepción parece que solo debe ser aplicable en aquellas empresas en las que el volumen de datos y de personal hiciera necesario el uso de algoritmos³⁵. En cualquier otro modelo de empresa estas decisiones automatizadas solo podrían actuar como una herramienta más en la toma de decisiones por parte del empresario, que podrá modificar la solución alcanzada por el algoritmo³⁶. En este sentido, la decisión adoptada por el algoritmo será objeto de control por parte del empresario, que evitará así la automatización total de las decisiones del algoritmo³⁷. Sin embargo, la realidad nos demuestra que cada vez son más los empresarios que, con independencia del tamaño de su empresa, optan por la utilización de los algoritmos.

En cualquier caso, el empresario está obligado a informar a los trabajadores de la existencia de estas decisiones automatizadas y en estos casos ofrecer información relativa a la lógica aplicada por el sistema de inteligencia artificial en la toma de las decisiones (art. 13 y 14), lo que enlazaría con la obligación impuesta por el art. 64.4 LET.

4. La responsabilidad contractual del empresario por los daños provocados en los derechos fundamentales los trabajadores por los sistemas de inteligencia artificial

³⁴ *ibidem*, p. 54

³⁵ Sáez Lara, C.: "El algoritmo como protagonista (...)", loc., cit., p. 54

³⁶ *idem*

³⁷ Gorelli Hernández, J.: "Algoritmos y transparencia (...)", loc., cit., p. 7

4.1. La discriminación algorítmica en la empresa

Como hemos señalado, actualmente los empresarios incorporan, como una herramienta más del poder de dirección, la utilización de sistemas de inteligencia artificial que sirvan para adoptar decisiones relativas a la asignación de tareas, la valoración del rendimiento de los trabajadores o la finalización de los contratos de trabajo³⁸. De esta forma, el empresario está dispuesto a descentralizar sus poderes tradicionales de dirección, permitiendo que un número determinado de decisiones sean tomadas por el propio algoritmo, en aras de lo que parece ser una mayor objetividad y fiabilidad³⁹. Los algoritmos han pasado, así, de ser una herramienta de apoyo en la toma de decisiones empresariales a convertirse en un procedimiento de decisión en sí mismos, suplantando en este caso la actuación del empresario y dando lugar a decisiones automatizadas⁴⁰.

Sin embargo, la utilización de estos algoritmos puede provocar una serie de daños en los trabajadores y sus derechos fundamentales, de entre los que destacamos la posible discriminación, por razón de raza, género, edad y discapacidad, fundamentalmente; la intensificación del trabajo y daños a la salud y a la seguridad⁴¹ o la pérdida de la privacidad⁴². En este sentido, la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2021 reconoce que “dichos sistemas pueden perpetuar patrones históricos de discriminación, por ejemplo contra las mujeres, ciertos grupos de edad, personas con discapacidad o personas de orígenes raciales o étnicos concretos o con una orientación sexual determinada, durante todo el proceso de contratación y en la evaluación, la promoción o la retención de personas en relaciones contractuales de índole laboral” (Considerando 36).

Son tres las características que definen esta discriminación algorítmica; la invisibilidad, la intensidad y la complejidad técnica. La invisibilidad se plasma en la opacidad de los datos y del propio algoritmo, así como en la indeterminación de la responsabilidad. La intensidad se refiere a la capacidad de multiplicar los efectos discriminatorios o reproducir desigualdades y finalmente la complejidad supone la adopción de decisiones discriminatorias tomando como referencia los algoritmos⁴³. De todos estos

³⁸ Rodríguez Cardo, I.A.: “Decisiones automatizadas (...)”, loc., cit., p. 1

³⁹ Mercader Uguina, J.: “Algoritmos: personas y números en el Derecho digital del Trabajo” en *Diario la Ley*, núm. 48, sección Ciberderecho, laleydigital, de 24 de febrero de 2021. (Consulta 28/07/2022), p. 2

⁴⁰ Rodríguez Cardo, I.A.: “Decisiones automatizadas (...)”, loc., cit., p. 4

⁴¹ Si el empresario utiliza la tecnología para realizar un seguimiento minucioso y presionar a los trabajadores instándoles a lograr una mayor productividad, esta tecnología puede llegar a afectar a la salud del trabajador. Asimismo, la vigilancia electrónica puede afectar a la salud mental del trabajador provocándole estrés.

⁴² Efectivamente, la vigilancia electrónica puede trascender del trabajo e introducirse en la vida privada de los trabajadores a través de sus redes sociales y conocer aspectos irrelevantes para el desarrollo de la prestación laboral como la religión, orientación sexual, que no guardan relación alguna con la ejecución de la prestación laboral.

⁴³ Añón Roig, M.: “Desigualdades algorítmicas (...)”, loc., cit., p. 22. SAEZ LARA, C.: “El algoritmo como protagonista (...)”, loc., cit., pp. 45 a 47

peligros, nos centraremos en los perjuicios que puedan producir los algoritmos en los casos en los que la solución adoptada suponga un trato discriminatorio y en consecuencia se vulnere un derecho fundamental de los trabajadores.

Esta discriminación en la decisión adoptada por el algoritmo trae causa, generalmente, del sesgo de los datos utilizados por el sistema de inteligencia artificial. En efecto, los datos utilizados por el algoritmo pueden estar viciados o condicionados, por lo que las decisiones automatizadas pueden perder su hipotética objetividad⁴⁴, perpetuando los estereotipos existentes y ampliando la segregación social⁴⁵.

Siguiendo a la profesora Díaz Alabart, el sesgo en los algoritmos puede ser definido como “el error sistemático relacionado con la estadística, cuya concurrencia provoca un alejamiento entre el resultado esperado u obtenido y el real”⁴⁶. En definitiva, se trata de un error en el funcionamiento del sistema de inteligencia artificial.

Este error se puede producir por distintas razones; Puede obedecer a la poca fiabilidad de los datos utilizados por el algoritmo; puede deberse también a que la programación inicial del sistema de inteligencia artificial no se haya realizado correctamente o finalmente, que se haya incurrido en una incorrecta interpretación de los resultados obtenidos por el sistema de inteligencia artificial⁴⁷. En efecto, si los datos que utiliza el sistema de inteligencia artificial son insuficientes, desequilibrados o incompletos, es normal que el sistema adopte una solución que pueda ser injusta o discriminatoria para determinados colectivos⁴⁸. Por ello, se hará preciso conocer la forma de trabajar del algoritmo y su facultad de precisión, aspectos incluidos en la denominada caja negra, para analizar si este funcionamiento también puede ser causa o no de la discriminación algorítmica⁴⁹.

La propuesta de Reglamento de 21 de abril de 2021 se hace eco de este problema del sesgo en los datos manejados por los algoritmos y, tal y como establece en su Exposición de Motivos, “complementa el Derecho de la Unión vigente en materia de no discriminación al establecer requisitos específicos que tienen por objeto reducir al mínimo el riesgo de discriminación algorítmica, en particular en lo tocante al diseño y la calidad de los conjuntos de datos empleados para desarrollar sistemas de IA, los cuales van acompañados de obligaciones referentes a la realización de pruebas, la gestión de riesgos, la documentación y la vigilancia humana durante todo el ciclo de vida de tales sistemas.”

En definitiva, lo cierto es que los algoritmos requieren de la intervención de personas, que, entre otras

⁴⁴ Mercader Uguina, J.: “Algoritmos: personas y números (...)”, loc., cit., p. 4

⁴⁵ Sáez Lara, C.: “El algoritmo como protagonista (...)”, loc., cit., p. 43

⁴⁶ Díaz Alabart, S.: *Robots (...)*, op., cit., pp. 16-17

⁴⁷ Idem

⁴⁸ Orozco González, M.: “Inteligencia artificial (...)”, loc., cit., p. 6

⁴⁹ Sáez Lara, C.: “El algoritmo como protagonista (...)”, loc., cit., p. 47

funciones, son las que crean el algoritmo⁵⁰, con las indicaciones que le ha suministrado el empresario o las que le suministran los datos que requiere para su funcionamiento. Estos datos, desde el punto de vista del empresario, se referirán a los trabajadores de su empresa y podrá haberlos obtenido, incluso, de fuentes ajenas a la propia empresa, como es el caso de las redes sociales⁵¹. Por ello, no se puede justificar la ausencia de responsabilidad del empresario en el hecho de que el daño lo ha ocasionado un agente que actúa de forma totalmente independiente a la voluntad del empresario, quien no puede ampararse en la en la presunta objetividad del algoritmo.

En estos casos, el empresario será el responsable de la reparación del daño causado, porque el algoritmo carece de personalidad jurídica. Y esta responsabilidad es una responsabilidad contractual, puesto que, en definitiva, el empresario, conculca un derecho fundamental del trabajador a no ser discriminado en el seno de la empresa en el marco de la ejecución de un contrato de trabajo. El empresario responde siempre frente a los trabajadores, porque en definitiva es libre de aceptar o no la respuesta planteada por el algoritmo y ostenta la titularidad del poder de dirección y la responsabilidad en cuanto a su ejercicio⁵².

La generalización en la utilización de estos sistemas de inteligencia artificial y los problemas de discriminación que plantean justifican la obligación legal que pesa sobre el empresario de “promover el uso de una inteligencia artificial ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales, siguiendo especialmente las recomendaciones de la Unión Europea”, tal y como establece el art. 23.4 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (en adelante Ley de Igualdad)⁵³. Se trata de una ley que tal y como establece en su Preámbulo tiene como objetivo “crear un instrumento eficaz contra toda discriminación que pueda sufrir cualquier persona y que aborde todos los ámbitos desde los que ésta se pueda producir”, como puede ser el de la utilización de la inteligencia artificial y gestión masiva de datos (Art. 3).

4.2. La imputación de responsabilidad civil al empresario por discriminación algorítmica

No existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma específica que regule la responsabilidad civil del empresario por el incumplimiento de sus obligaciones en el marco de la relación contractual con el trabajador y el daño ocasionado por la decisión adoptada por un sistema de inteligencia artificial. Realmente, es necesario elaborar reglas específicas de responsabilidad para responder a los daños

⁵⁰ Gorelli Hernández, J.: “Algoritmos y transparencia (...)”, loc., cit., p. 10

⁵¹ ibídem, p. 4

⁵² En el mismo sentido, Rivas Vallejo, P.: *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, en Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 293-294

⁵³ BOE 13 de julio de 2022.

causados por estas tecnologías que pueden suponer la vulneración de derechos fundamentales, tales como el derecho a la intimidad, o la libertad religiosa, ideológica y de expresión⁵⁴.

Por ello, habrá que acudir a la norma general en materia de responsabilidad contractual contenida en el art. 1101 CC. en virtud de la cual se toma en consideración la culpa o negligencia del empresario en el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo para establecer su grado de responsabilidad. Y he aquí el problema, los nuevos sistemas de inteligencia artificial aprenden de su propia experiencia y toman decisiones aparentemente objetivas e imprevisibles, totalmente independientes de la voluntad del empresario. En este sentido, el principal obstáculo para la imputación de responsabilidad, que presentan los sistemas de inteligencia artificial radica fundamentalmente en su opacidad, complejidad, imprevisibilidad y un comportamiento parcialmente autónomo⁵⁵.

Este comportamiento independiente de la voluntad del empresario es importante en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales, puesto que la imputación de responsabilidad al empresario parece exigir una intención de discriminar al trabajador⁵⁶, lo cual resulta complicado de probar en los supuestos en los que la decisión la ha adoptado un sistema de inteligencia artificial. En efecto, el funcionamiento del algoritmo y su capacidad para tomar decisiones fundamentadas en el aprendizaje automático que les caracteriza, parece que escapa del control que sobre esta decisión pudiera tener el empresario, lo que excluiría el móvil discriminatorio en la decisión adoptada⁵⁷. Sin embargo, no creo que pueda llevarse al extremo esta postura cuando estamos en presencia de una discriminación algorítmica en el seno de la empresa, ya que la imprevisibilidad del resultado del algoritmo siempre excluiría la voluntad discriminatoria del empresario.

Quizá por ello, se hace necesario articular una regulación específica de la responsabilidad en el ámbito de la inteligencia artificial que, siguiendo con la línea comunitaria, imponga también en el ámbito contractual un sistema de responsabilidad fundamentado en el riesgo que supone la utilización de estos sistemas en el ámbito de la empresa. En este sentido, la imputación de la responsabilidad al empresario le obligaría a desplegar una mayor diligencia en el control de los riesgos que pudieran resultar de la actividad del algoritmo, introduciendo en la empresa mecanismos de prevención (auditoría periódica del algoritmo, posibles modificaciones del código fuente, seguimiento de su comportamiento...)»⁵⁸.

⁵⁴ Rodríguez Cardo, I.A.: "Decisiones automatizadas (...)", loc., cit., pp. 7-8

⁵⁵ Azcárate Manchado, M.; Ruíz Torres, D.; Amorós, L.: "A vueltas con la Inteligencia Artificial y la Responsabilidad civil: ¿Dónde convergen y qué problemática conllevan? *Diario La Ley*, núm. 42, Sección Ciberderecho, 2020, laleydigital. LA LEY 10030/2020. (Consulta 8/07/2022). P. 3

⁵⁶ Rivas Vallejo, P.: La aplicación de la Inteligencia Artificial (...), op., cit., p. 342

⁵⁷ *ibídem*, p. 343

⁵⁸ Navas Navarro, S.: "Sistemas expertos basados en inteligencia artificial y responsabilidad civil" en *Diario la ley*, 13 de diciembre de 2019, laleydigital, LALEY 14980/2019. Consulta 8/07/2022. p. 9

La cuestión radica, por tanto, en delimitar la actividad autónoma del sistema de inteligencia artificial del resto de la cadena de acontecimientos y establecer qué nivel de diligencia se exige para limitar los riesgos derivados del funcionamiento del algoritmo⁵⁹ implementado en la empresa.

Esta cuestión ha sido tratada por la doctrina que plantea la existencia de una responsabilidad contractual indirecta del empresario por los daños que cometen sus auxiliares o dependientes en el ejercicio de sus funciones, aplicando, así, al ámbito de la responsabilidad contractual la doctrina del art. 1903 CC⁶⁰. En este sentido, debido a la autonomía propia del sistema de inteligencia artificial permite que se le identifique con el auxiliar o trabajador de la empresa a los efectos de la responsabilidad del empresario, lo cual en definitiva supone su equiparación con un ser humano en cuanto a la toma de decisiones con trascendencia jurídica.

Sin embargo, no creo que haya que forzar tanto la interpretación del 1903 CC. Considero que la responsabilidad contractual en la que incurre el empresario se justifica por el cumplimiento defectuoso de las obligaciones que le impone el contrato de trabajo y la prohibición de un trato discriminatorio. Será el ejercicio del poder de dirección del empresario lo que fundamenta su responsabilidad por los daños producidos dentro de su entorno organizativo y de producción, como consecuencia de la utilización y funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial⁶¹. El algoritmo es un instrumento que utiliza el empresario para gestionar de una forma más eficiente la actividad productiva; por ello, algoritmo y empresario se encuentran vinculados⁶².

Mientras tanto, es necesario adaptar las normas generales existentes en materia de responsabilidad civil contractual al supuesto de la vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores por una decisión adoptada en el seno de la empresa. En efecto, el carácter subjetivo de la responsabilidad civil contractual y la imputación de la responsabilidad al empresario parece que obliga a distinguir las competencias que adquiere el algoritmo como consecuencia de su programación inicial, de aquellas otras que adquiere mediante su capacidad de aprender de modo autónomo y de interactuar con el entorno⁶³. En consecuencia, la responsabilidad civil debería ser proporcional a las instrucciones

⁵⁹ Monje Balmaseda, O.: "Responsabilidad civil, robótica e inteligencia artificial" en *La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la revolución industrial 4.0. Los desafíos jurídicos, éticos y tecnológicos de los robots inteligentes*. VVAA. Ed Dykinson, 2021. p. 243

⁶⁰ Nuñez Zorrilla, M.C.: "Los nuevos retos de la UE (...)", loc., cit., pp. 25 a 29., y Navas Navarro, S.: "Derecho e inteligencia artificial desde el diseño. Aproximaciones". *Inteligencia artificial. Tecnología. Derecho*. VVAA Coord. Susana Navas Navarro. Ed. Tirant lo Blanch, 2017. pp. 35 y 44.

⁶¹ Llorens Espada, J.: "Responsabilidades civiles por discriminación por razón de género cuando medie un sistema de inteligencia artificial", en VVAA, *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención*. Ed. Aranzadi, 2022. p. 578

⁶² Gorelli Hernández, J.: "Algoritmos y transparencia (...)", loc., cit., p. 9

⁶³ Díaz Alabart, S.: *Robots (...)*, op., cit., p. 72

impartidas a los sistemas de inteligencia artificial y a su grado de autonomía o capacidad de aprendizaje, imputación basada en el diseño y seguimiento por parte de los desarrolladores del aprendizaje y entrenamiento del sistema⁶⁴.

Sin embargo, dado el estado en el que se encuentra actualmente el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial, no parece que la extensión de la responsabilidad al empresario tenga que depender de su grado de participación en la producción del resultado dañoso, ya que la capacidad de auto aprendizaje de los actuales sistemas de inteligencia artificial es tan elevada que, en última instancia, impediría el nacimiento de cualquier tipo de responsabilidad empresarial.

En estos supuestos, concurre un deber general de indemnizar cualquier lesión de derechos fundamentales ocasionada a los trabajadores, por una decisión adoptada por el algoritmo, pero asumida por el empresario. Por esto, el trabajador dirigirá su demanda contra el empresario para el que trabaja y que ha utilizado el algoritmo como una herramienta más de la empresa, con la pretensión de obtener una indemnización por violación de sus derechos fundamentales.

En cualquier caso, los trabajadores también podrían dirigir su demanda contra los profesionales que controlan y supervisan el funcionamiento del sistema de inteligencia artificial, el fabricante, el programador o la empresa propietaria, siempre que pudieran individualizar la responsabilidad civil en cada uno de estos actores.

Para el cálculo de la indemnización, desde el punto de vista de Derecho civil, habrá que distinguir el incumplimiento doloso o culposo del empresario a los efectos de delimitar el alcance de la indemnización que podrán reclamar los trabajadores afectados por el trato discriminatorio. En efecto, algoritmo ha podido ser diseñado con estos sesgos discriminatorios con el conocimiento o no del empresario.

4.3. El alcance de la responsabilidad civil del empresario

4.3.1. El incumplimiento doloso del empresario

El incumplimiento contractual puede adoptar la calificación de doloso en los casos en los que el empresario sea consciente y acepte que el sistema de inteligencia artificial no funciona correctamente y aun así lo incorpora como una herramienta más de la empresa. En estos casos, puede ocurrir que el empresario conozca que los datos que ha aportado para el funcionamiento del algoritmo adolecen de sesgo discriminatorio o que la programación originaria del algoritmo se ha realizado con algún sesgo. Efectivamente, la utilización de datos defectuosos puede provenir de la propia implementación del

⁶⁴ Iturmendi Morales, G.: "Responsabilidad civil por el uso de sistemas de Inteligencia artificial" en *Actualidad civil*, núm. 11, 2020, laleydigital, LA LEY 14075/2020, p. 14. DÍAZ ALABART, S.: *Robots (...)*, op., cit., p.

sistema, por una previa introducción o volcado de datos deliberadamente errónea o con sesgos de género, que impiden el correcto funcionamiento del sistema⁶⁵.

Por tanto, el empresario que, a sabiendas del funcionamiento incorrecto del algoritmo lo incorpora a la empresa, y no aplica mecanismos correctores⁶⁶ responde por “todos los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación” (art. 1107 CC.), entre los que entiendo se incluyen los daños morales provocados en el trabajador objeto de discriminación.

4.3.2. El incumplimiento culposo

La vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores por una decisión adoptada por un algoritmo no exige, en principio, una voluntad consciente y deliberada del empresario, sino que es suficiente que se haya producido el hecho lesivo en que consiste la discriminación⁶⁷.

Además, lo habitual es que el incumplimiento del empresario se haya producido al margen de su voluntad⁶⁸. En este supuesto, el criterio subjetivo de responsabilidad está fundamentado en la culpa del empresario, que responderá de todos los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación (Art. 1107 CC.).

Llegados a este punto, podemos utilizar los criterios tradicionales de la *culpa in eligendo* o la *culpa in vigilando* para justificar la imputación de responsabilidad del empresario por discriminación algorítmica.

El empresario responde por haber introducido en la empresa un sistema de inteligencia artificial para la adopción de determinadas decisiones que afecten a los trabajadores (*culpa in eligendo*). Si el sistema de inteligencia artificial actúa como mero asesor del empresario, que es quien debe tomar realmente la decisión final, hay que tener en cuenta si es transparente o no sobre sus limitaciones o sus sesgos y sobre los algoritmos empleados.

Por tanto, la transparencia vuelve a ser esencial y su ausencia puede suponer que el daño también se impute no solo al empresario sino también a quien puso en el mercado el sistema de inteligencia artificial que parece responderá de forma solidaria⁶⁹, a pesar de que al trabajador demandará habitualmente a al empresario para el que presta sus servicios. En efecto, la adquisición por el empresario de productos o servicios en los que intervengan sistemas de inteligencia artificial le obligará a conocer los límites

⁶⁵ Llorens Espada, J.: “Responsabilidades civiles (...)”, loc., cit., p. 575

⁶⁶ Rodríguez Cardo, I.A.: “Decisiones automatizadas (...)”, loc., cit., p. 21

⁶⁷ *Ibidem*, p. 25

⁶⁸ Sáez Lara habla de teoría de la conducta imprudente, por la que se le imputa la responsabilidad al empresario debido a la posibilidad de prevenir y rectificar sesgos y estereotipos en las decisiones relativas a la gestión del personal. Sáez Lara, C.: “El algoritmo como protagonista (...)”, loc., cit., p. 51

⁶⁹ Torre de Silva y López de Letona, J.: “Responsabilidad por daños (...)”, loc., cit., p. 4.

de dichos sistemas y su entorno operativo desde su adquisición⁷⁰. Un mal uso del sistema por su desconocimiento inicial puede equivaler a un incumplimiento negligente de sus obligaciones como empresario⁷¹.

Por otra parte, el empresario debe realizar evaluaciones de impacto en la aplicación de los sistemas de inteligencia artificial. Son las denominadas auditorías algorítmicas⁷². Esta evaluación debe extenderse al desarrollo del algoritmo, a la forma en la que trabajan (caja negra) y a sus poderes de predicción⁷³ y su ausencia o realización defectuosa, justifican la responsabilidad del empresario por *culpa in vigilando*. En este sentido, el empresario deberá introducir en la empresa procedimientos y medidas para evitar errores, imprecisiones o discriminaciones provocadas por los sistemas de inteligencia artificial⁷⁴. Quizá sea este último criterio de imputación de la responsabilidad el que mejor encaje con los principios generales de la teoría de la gestión del riesgo, impulsada por la Propuesta de Reglamento de 20 de octubre de 2020, que impone al empresario la obligación de adoptar todas las medidas que sean necesarias para evitar los daños que los algoritmos pueden provocar y que le acercan a la responsabilidad de carácter objetivo.

En cualquier caso, parece que es necesario introducir en la normativa sectorial de carácter laboral la obligación concreta del empresario de evaluar el impacto discriminatorio de las decisiones automatizadas con efectos sobre los trabajadores, en el empleo y en las condiciones de trabajo⁷⁵. A estos efectos, y desde una perspectiva general, Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación⁷⁶ (en adelante Ley de igualdad) impone una obligación general al empresario⁷⁷ de aplicar en su empresa los métodos o instrumentos suficientes para detectar cualquier discriminación, así como la adopción de medidas preventivas y la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias y su incumplimiento dará lugar a las responsabilidades administrativas, así como en su caso, penales y civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse (Art. 27.2 Ley de igualdad)

Actualmente, el grado de aprendizaje de los sistemas de inteligencia artificial y su imprevisibilidad es relevante para la imputación de la responsabilidad al empresario. Por ello, esta imputación de

70 Ibídem, p. 9

71 Ídem.

72 Mercader Uguina, J.: "Algoritmos: personas y números (...)", loc., cit., p. 4. SAEZ LARA, C.: "El algoritmo como protagonista (...)", loc., cit., p. 58

73 Sáez Lara, C.: "El algoritmo como protagonista (...)", loc., cit., p. 58

74 Mercader Uguina, J.: "Algoritmos: personas y números (...)", loc., cit., p. 4

75 Sáez Lara, C.: "El algoritmo como protagonista (...)", loc., cit., p. 59

76 BOE núm. 167, de 13 de julio de 2023.

77 Esta ley se aplicará a las personas jurídicas de carácter privado que residan, se encuentren o actúen en territorio español, cualquiera que sea su nacionalidad, domicilio o residencia (Art. 2.4)

responsabilidad debe basarse en la manera de llevarse a cabo las labores del control del algoritmo en el ámbito de la empresa. El empresario es en definitiva el responsable de la implementación en la empresa directrices metodológicas que deberán seguir los desarrolladores y quién se beneficia de los resultados de su funcionamiento. Por tanto, la responsabilidad será imputable a quien pudo y debió haber evitado el daño en cada caso concreto, mediante la implantación de los sistemas de prevención de riesgos en el seno de la empresa⁷⁸. La propia propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2021 en su Exposición de Motivos “impone una serie de “obligaciones relativas a la gestión de la gestión de riesgos y la vigilancia humana facilitarán el respeto de otros derechos fundamentales, ya que contribuirán a reducir al mínimo el riesgo de adoptar decisiones asistidas por IA erróneas o sesgadas”.

La actividad del empresario relativa al control de los algoritmos puede limitarse a un estudio de los resultados en su aplicación en la empresa y, en concreto, en un análisis de las decisiones ya adoptadas para, detectar disfunciones e implementar mejoras en la inteligencia artificial⁷⁹. Pero también, puede responder por no seguir las instrucciones de mantenimiento del producto, como son, por ejemplo, las actualizaciones del software⁸⁰.

4.3.3. La prueba de la discriminación y su indemnización

En cualquiera de los casos, ya sea el incumplimiento del empresario doloso o culposo, el principal problema radica siempre en probar la existencia de un sesgo discriminatorio en el funcionamiento interno del algoritmo, dada la opacidad que lo caracteriza. Efectivamente, la falta de transparencia del algoritmo dificulta la prueba de la operativa discriminatoria. Para salvar este problema, la nueva Ley de igualdad establece la necesidad de invertir la carga de la prueba (Art. 30), ya que la complejidad de la mayoría de los sistemas de inteligencia artificial hace muy difícil que el trabajador pueda probar la causa del daño, y menos aún la culpa del empresario. En este sentido, será el empresario el que deba justificar el proceso que ha seguido el algoritmo para alcanzar el resultado y la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. (Art. 30.1).

Para facilitarle al trabajador el resarcimiento del daño, nuestro ordenamiento jurídico prevé la prueba de indicios que podrá ser aplicada cuando la decisión discriminatoria ha sido tomada por un algoritmo y la posibilidad de utilizar pruebas fundamentadas en los datos estadísticos. (Art. 181.2 LRJS) y (Art. 30 de la Ley de no discriminación).

⁷⁸ Iturmendi Morales, G.: “Responsabilidad civil (...)”, loc., cit. p. 17.

⁷⁹ Rodríguez Cardo, I.A.: “Decisiones automatizadas (...)”, loc., cit., p. 29

⁸⁰ Llorens Espada, J.: “Responsabilidades civiles (...)”, loc., cit., p. 588

En efecto, la complejidad de los sistemas de inteligencia artificial provoca problemas relativos a construir una prueba que demuestre el origen del sesgo discriminatorio de la decisión empresarial y la relación causal entre la decisión y los daños. El acceso del trabajador a la denominada caja negra del algoritmo es altamente improbable. Por ello, no queda más remedio que abogar por la prueba indiciaria. En este sentido, podría ser un indicio de actuación dolosa o negligente del empresario el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación del empresario relativa a la información a los representantes de los trabajadores de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos que ha incorporado al funcionamiento de la empresa (Art. 64.4. LET).

Esta obligación del empresario tiene como finalidad que los representantes de los trabajadores puedan identificar en el algoritmo utilizado en la empresa algún factor que pueda producir discriminación⁸¹. Así, si los representantes de los trabajadores encontraran algún sesgo en el algoritmo, deberán comunicarlo al empresario y, si éste, no hiciera caso de este aviso, podrán utilizar esta negativa para impugnar las decisiones que vulneren los derechos de los trabajadores⁸² y, en consecuencia, podrán exigirle responsabilidad por todos los daños que pudieran derivarse del incumplimiento.

Además, esta actuación del empresario servirá para modular su responsabilidad en caso de que se pruebe efectivamente la existencia de discriminación puesto que su comportamiento podría identificarse con el del incumplidor de mala fe y responder así de todos los daños que se pudieran derivar del incumplimiento.

En este sentido, la transparencia en el funcionamiento del sistema de inteligencia artificial implantado en la empresa es fundamental, ya que, si el propio sistema no es transparente y por ello, es desconocido para los trabajadores a los que puede afectar, la resolución adoptada por el algoritmo y asumida por el empresario será difícilmente justificable. En consecuencia, el deber de información que pesa sobre el empresario es una materialización del deber de transparencia en la programación del algoritmo⁸³.

En este contexto, se plantea la duda relativa a si este deber de información permitirá a los representantes de los trabajadores conocer el código fuente del algoritmo, ya que el código fuente puede estar protegido por la legislación relativa a secretos industriales, propiedad industrial y desde luego propiedad intelectual⁸⁴. Sin embargo, el conocimiento del código fuente por parte de los representantes de los trabajadores resultará inútil por la complicación técnica y su falta de formación en este ámbito. El empresario no tiene que explicar el funcionamiento concreto del algoritmo o las

81 Rodríguez Cardo, I.A.: "Decisiones automatizadas (...)", loc., cit., p. 14

82 *Ídem*

83 Rodríguez Cardo, I.A.: "Decisiones automatizadas (...)", loc., cit., p. 15

84 *Ibidem*, p. 24

fórmulas de programación de éste, sino que debe exponer una información suficientemente concreta para que el trabajador comprenda la razón de la decisión empresarial. De este modo, parece que el art. 64.4 LET está imponiendo al empresario un deber de claridad respecto de los criterios de la empresa, a través del algoritmo, en la toma de decisiones, apuntando aspectos tales como la productividad, el rendimiento o, las asistencias⁸⁵.

El art. 64.4 LET sigue las directrices marcadas por la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril 2021 cuando establece la exigencia de “cierto grado de transparencia respecto de los sistemas de IA de alto riesgo para subsanar la opacidad que puede hacer a algunos de ellos incomprensibles o demasiado complejos para las personas físicas. Los usuarios deben ser capaces de interpretar la información de salida del sistema y de usarla adecuadamente. En consecuencia, los sistemas de IA de alto riesgo deben ir acompañados de la documentación y las instrucciones de uso oportunas e incluir información clara y concisa, en particular sobre los posibles riesgos para los derechos fundamentales y de discriminación, cuando corresponda” (Considerando 47).

En definitiva, la ley hace referencia al principio de transparencia en la toma de decisiones empresariales adoptadas por un algoritmo para poder eliminar de su programación todos aquellos parámetros, reglas o instrucciones que puedan suponer una discriminación directa o indirecta. La transparencia del sistema de programación respecto al procesamiento de datos podría resultar esencial para descubrir una actuación empresarial discriminatoria en origen y el grado de implicación de cada agente para con el resultado discriminatorio final del sistema de inteligencia artificial.

De ahí que sea de vital importancia el principio de transparencia y el derecho a la información de los afectados, tal y como establecen los artículos 11 de la Ley Orgánica de Protección de datos, de 5 de diciembre de 2018 (en adelante LOPD) y los artículos 13 y 14 del Reglamento General de Protección de Datos, en relación con su artículo 22.

La aplicación a la responsabilidad contractual del empresario de la teoría del riesgo en la utilización de los sistemas de inteligencia artificial es importante, a los efectos de impedir la aplicación del artículo 1105 del CC como causa de exoneración de su responsabilidad. El empresario no puede exonerarse de su responsabilidad basándose en la propia naturaleza del funcionamiento del algoritmo y su carácter imprevisible. Por esta razón, reitero la idea de que lo más conveniente sería configurar el sistema de responsabilidad del empresario como un sistema de responsabilidad objetiva (aunque en el ámbito contractual) en el que el empresario responda por el riesgo que el sistema de IA puede producir en los trabajadores de la empresa y el trabajador solo tuviera que demostrar el hecho dañoso (la discriminación) y la relación de causalidad. Actualmente, por tanto, el empresario no puede exonerarse de su responsabilidad demostrando su completa diligencia, en la supervisión del algoritmo, puesto que,

85 *Ídem*

en última instancia, respondería por culpa in eligendo; es el responsable de haber decidido incorporar un sistema de Inteligencia artificial en el ámbito de organización de la empresa y en consecuencia debe de asumir el riesgo que su funcionamiento supone para sus trabajadores.

Por su parte, la reclamación del trabajador por la decisión discriminatoria se articulará por los cauces de la tutela de los derechos fundamentales prevista en los art. 177 y ss. de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Cuando se reconozca que el trabajador ha sufrido discriminación “juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados” (Art. 183.1 LRJS).

Esta es la línea seguida por la Ley de igualdad, cuyo art. 27.2 pronuncia expresamente sobre la responsabilidad del empresario si la decisión adoptada por el algoritmo provoca un trato discriminatorio y le obliga a proporcionar a la víctima una indemnización y a restituirla a la situación en la que se encontraba antes de que se produjera el incidente. En cuanto la indemnización, se incluye expresamente el daño moral, cuya existencia se presume, y cuya valoración se realizará atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación. Parece que esta imputación de responsabilidades civiles se acerca más a la responsabilidad derivada del incumplimiento doloso de las obligaciones contractuales, puesto que una reparación plena y efectiva del daño sufrido por el trabajador, se extenderá a cualquier tipo de daño que haya podido sufrir, con independencia de que se derive o no del incumplimiento del empresario.

A diferencia de los que hace la propuesta de Reglamento de responsabilidad civil de 20 de octubre de 2020, la Ley de igualdad no contiene una definición de lo que entiende por daño moral. Se limita a introducir en el artículo 27 los criterios que se deben aplicar al caso concreto de discriminación para el cálculo de la indemnización (la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la ley y la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión no audiencia del medio a través d del cual se haya producido)⁸⁶.

86 Por su parte, la propuesta Reglamento de responsabilidad civil de 20 de octubre 2020 define el daño moral como el “considerable detrimento, objetivo y demostrable de los intereses personales” La indemnización por los daños morales abarca los gastos de tratamiento médico y el perjuicio económico provocado por el cese, suspensión temporal o reducción de la capacidad de la persona para generar ingresos, o el aumento de sus necesidades. Estos criterios demuestran que en la propuesta de reglamento no se prevé realmente una indemnización por los daños morales, sino por las consecuencias económicas derivadas de estos. Álvarez Olalla, P.: “Propuesta de Reglamento (...)”, loc., cit. p. 6

5. El derecho de regreso del empresario frente al suministrador del sistema de inteligencia artificial

Generalmente, el empresario no suele desarrollar el algoritmo que utiliza en su empresa, sino que comprará el software a un tercero que lo programa o adquirirá una licencia de uso⁸⁷. Por ello, el empresario responsable, una vez que ha resarcido al trabajador discriminado, puede ostentar un derecho de regreso frente a los profesionales que diseñaron y desarrollaron el sistema de inteligencia artificial utilizado⁸⁸. No hay que olvidar que si el trabajador quisiera podría ejercitar una acción por responsabilidad civil extracontractual frente al proveedor, fabricante o programador del sistema de inteligencia artificial.

En este sentido, la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2021 establece que “Conviene que una persona física o jurídica concreta, definida como el proveedor, asuma la responsabilidad asociada a la introducción en el mercado o puesta en servicio de un sistema de IA de alto riesgo, con independencia de si dicha persona física o jurídica es o no quien diseñó o desarrolló el sistema”. (Considerando 53)

La implantación en la empresa de un sistema de inteligencia artificial se produce tras la celebración de un contrato entre el empresario y la empresa que confecciona el programa inicial. Se trata de un contrato en virtud del cual el proveedor diseña un modelo de sistema de inteligencia artificial siguiendo las indicaciones del empresario y en el que se incorporan una serie de características funcionales y especificaciones técnicas concretas⁸⁹. Estamos en presencia de un contrato de obra caracterizado porque el proveedor se compromete a alcanzar un resultado, que es la elaboración del sistema de inteligencia artificial.

El suministrador del sistema de inteligencia artificial al empresario debe realizar una evaluación inicial de riesgos del producto, de modo que pueda prever los riesgos que se puedan producir a lo largo de la vida útil del sistema⁹⁰. Esta evaluación inicial se tiene que realizar, no solo sobre los riesgos del producto antes de su comercialización, sino también, debe prever los riesgos futuros, debidos a su capacidad de aprendizaje autónomo, e introducir las modificaciones necesarias para evitar se materialicen los daños⁹¹. Los defectos de información suponen la ausencia de ésta sobre la instalación, el uso o el mantenimiento del producto o la información confusa sobre estos extremos.

⁸⁷ Rodríguez Cardo, I.A.: “Decisiones automatizadas (...)”, loc., cit., p. 25

⁸⁸ Iturmendi Morales, G.: “Responsabilidad civil (...)”, loc., cit., p. 17

⁸⁹ Pardo Prado, S.: “La responsabilidad “digital” de la Inteligencia Artificial” en *Laleydigital, práctica de Derecho de daños*, núm. 149, 2021. LALEY 13461/2021, p. 2

⁹⁰ Llorens Espada, J.: “Responsabilidades civiles (...)”, loc., cit., p. 574

⁹¹ ídem p. 574

En esta línea la propuesta de Reglamento de 21 de abril 2021 trata de alcanzar un equilibrio entre la protección de los Derechos Fundamentales y la legislación sobre protección de datos y propiedad intelectual e industrial. Por ello, no exige una transparencia total respecto del funcionamiento del algoritmo, sino solo una transparencia compatible con el cumplimiento de las obligaciones legales del usuario y del proveedor. La propuesta de Reglamento impone al proveedor la obligación de mostrar cómo funciona la aplicación (presupuestos de partida o descripción de los datos que se haya utilizado para su creación), pero no le exige una absoluta transparencia.

El empresario podrá pactar la inclusión en el contrato de determinadas garantías relativas a la precisión y a los resultados obtenidos tras la implantación del sistema de inteligencia artificial, así como negociar estipulaciones en relación con inspecciones periódicas, y responsabilidad por defectos o mal funcionamiento⁹². En definitiva, se trata de una actuación del empresario que le garantizaría el éxito de la acción de regreso contra el proveedor en el caso de que el funcionamiento del sistema de Inteligencia Artificial hubiera provocado daños en los trabajadores.

Los daños provocados por el funcionamiento de un sistema de inteligencia artificial pueden tener su causa en el propio desarrollo del sistema de inteligencia artificial. En estos casos el empresario podrá reclamar al proveedor. Sin embargo, la responsabilidad en el diseño del algoritmo solo se puede plantear en los casos de algoritmos “estáticos”, de naturaleza más simple, que se limitarían a aplicar los criterios introducidos por los programadores⁹³. Sin embargo, más problemas se encontrará el empresario en aquellos casos en los que el sistema de Inteligencia Artificial es complejo y crea sus propias reglas, independientes de su programación inicial.

Un caso distinto se refiere a la responsabilidad del proveedor que ha desarrollado una Inteligencia artificial con los datos que le ha proporcionado el propio empresario, ya que, si los datos proporcionados adolecieran de algún sesgo, que hubiera causado el daño a los trabajadores, el empresario responsable no podrá repetir contra el proveedor.

Más complicado para el empresario resultará responsabilizar al proveedor por los daños ocasionados en la fase de aplicación en la empresa del sistema de inteligencia artificial. En estos casos, habrá que distinguir si el mantenimiento del sistema de inteligencia artificial recae en el propio empresario o en el proveedor del sistema, siendo este último supuesto el que fundamentaría las pretensiones del empresario de repetir contra el proveedor.

En cualquier caso, lo habitual es incorporar al propio contrato entre el empresario y el proveedor acuerdos de nivel de servicios, penalizaciones y/o atribuir la responsabilidad al proveedor que ha

⁹² Pardo Prado, S.: “La responsabilidad “digital” (...)”. p. 2

⁹³ Rodríguez Cardo, I.A.: Decisiones automatizadas 8...), loc., cit., p. 19

desarrollado el sistema de inteligencia artificial, pero con cierto límite, excepto si el sistema ha sido modificado por el empresario, en cuyo caso, será éste el que responsa⁹⁴.

6. Conclusiones

La progresiva implantación en las empresas de los modernos sistemas de inteligencia artificial, caracterizados por un funcionamiento independiente de la voluntad inicial del programador, ha obligado a revisar los aspectos que definen al sistema actual de responsabilidad civil, fundamentado en la culpa del agente dañador.

Estos algoritmos, de los que se predica una gran objetividad en sus análisis, sustituyen la voluntad del empresario para adoptar decisiones que afectan al trabajo de las personas que prestan sus servicios en la empresa. Sin embargo, existen muchas ocasiones en las que la solución que alcanza el algoritmo provoca un daño en los trabajadores por su carácter discriminatorio. El algoritmo puede adoptar una solución discriminatoria para los trabajadores por un sesgo en su propio funcionamiento. En estos casos, el empresario no puede exonerarse de su responsabilidad alegando su falta de intervención en la decisión alcanzada por el algoritmo y, en consecuencia, su ausencia de culpa. Este funcionamiento imprevisible de los actuales sistemas de inteligencia artificial, al margen de la voluntad humana, requiere una nueva regulación de la responsabilidad civil, en la que prevalezcan los principios de responsabilidad civil fundamentados en el riesgo.

En todo caso, el empresario es responsable de cualquier acto que suponga una discriminación para los trabajadores de su empresa y esta responsabilidad es una responsabilidad contractual, fundamentada en el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo y de la prohibición legal de trato discriminatorio.

Desde el punto de vista civil, será necesario justificar la imputación de esta responsabilidad en el incumplimiento doloso o culposo del empresario de las obligaciones que se derivan del contrato de trabajo. La calificación del incumplimiento determinará la menor o mayor amplitud de la indemnización.

El incumplimiento doloso se producirá en todas aquellas situaciones en las que se pueda probar que el empresario conocía el funcionamiento sesgado del algoritmo, bien, porque ha aportado datos sesgados o bien, porque conoce la programación sesgada del algoritmo.

La imputación de la responsabilidad por incumplimiento negligente del empresario parece que exige la aplicación al ámbito de la responsabilidad contractual de los principios generales adoptados en la Unión Europea para regular la responsabilidad los daños provocados en las personas por los sistemas de inteligencia artificial. En este sentido, la responsabilidad se configurará como una responsabilidad

⁹⁴ Pardo Prado, S.: "La responsabilidad "digital" (...)", loc., cit., p. 2

próxima a la responsabilidad objetiva, fundamentada en el riesgo que supone la utilización de estos sistemas de inteligencia artificial. Así, el empresario será en todo caso responsable por culpa eligiendo, ya que desde el momento en que incorpora el algoritmo a la empresa como una herramienta más de su poder de dirección y organización, debe asumir los daños que pueda producir un resultado discriminatorio. En este sentido, se invertirá la carga de la prueba y el trabajador solo tendrá que probar el resultado discriminatorio y la relación de causalidad.

Pero, además, el empresario también puede responder por cumplimiento defectuoso de sus obligaciones de control del funcionamiento del algoritmo en la empresa. El empresario debe realizar auditorías algorítmicas que traten de evitar se produzcan resultados discriminatorios por un funcionamiento sesgado del algoritmo. Sería así, la tradicional culpa in vigilando la figura que justificaría en este caso la imputación de responsabilidad.

En cualquier caso, considero que la constante evolución en el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial y la cada vez mayor independencia de las instrucciones de los humanos, justifica que en el ámbito de la organización de la empresa se imponga una responsabilidad del empresario, fundamentada en el alto riesgo que respecto de los trabajadores suponen los algoritmos.

Estudio

El fomento de la negociación colectiva frente a la organización del trabajo en las plataformas digitales

Katty Angelica Caballero Segá*

Profesora Ordinaria de pregrado de Derecho del Trabajo
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos del Perú

Sumario

1. Introducción
2. El derecho a la negociación colectiva como expresión del estado social de derecho
3. El fomento de la negociación colectiva como obligación del estado: Marco general para su análisis
4. El desarrollo legal del fomento de la negociación colectiva en el Perú
5. La organización del trabajo a través de las plataformas digitales en el Perú: estado de la cuestión frente al deber de fomento de la negociación colectiva

Resumen

El trabajo pretende analizar la medida en que se fomenta la negociación colectiva en el marco de la organización del trabajo a través de las plataformas digitales. Esta herramienta digital utilizada por muchas unidades empresariales alrededor del mundo modificó las características de la prestación de servicios de tal forma que hay una resistencia importante a considerarlas una actividad laboral; sin embargo, actualmente existe legislación que sí reconoce estas actividades como laborales y en ese sentido, busca lograr acuerdos mínimos para garantizar los derechos de trabajadores y trabajadoras. Consideramos que es una tendencia que progresivamente será acogida por más legislaciones alrededor del mundo, sin embargo, en países como el Perú, ello puede encontrarse con más obstáculos dentro de la propia normativa que regula la negociación colectiva en el sector privado, pese a la consagración constitucional de este derecho, además de la ratificación de los distintos convenios internacionales de trabajo sobre la materia.

Palabras clave

Negociación colectiva, plataformas digitales, organización del trabajo, derechos laborales.

* Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos del Perú, Magister en Relaciones Laborales por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Profesora Ordinaria de pregrado de Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos del Perú, Vocal Alterna del Tribunal de Fiscalización Laboral del Perú.

1. Introducción

La revolución digital, así como la incorporación de nuevas tecnologías en el mundo del trabajo como son las plataformas digitales, sin duda significa la mejora en la administración de recursos y en los procesos productivos de las organizaciones empresariales; pero también representa un sector económico con tendencia a la precariedad laboral.

La Negociación Colectiva es un derecho laboral fundamental reconocida por la Organización Internacional del Trabajo en su Constitución¹ conforme lo señala su preámbulo y Declaración relativa a las multas y objetivos de la OIT adoptada en Filadelfia el 10 de mayo de 1944; disponiéndose que las naciones del mundo que integran la OIT fomenten el reconocimiento efectivo de este derecho. Su importancia descansa en constituirse como herramienta de solución de conflictos colectivos laborales por excelencia, mecanismo autocompositivo de solución del conflicto colectivo, y fuente de nuevos derechos laborales. De acuerdo con Carlos Palomeque², la negociación colectiva es un conjunto de relaciones y procesos de acercamiento y diálogo, donde en virtud de la autonomía colectiva de las partes, surge el convenio colectivo.

Esta funcionalidad de la negociación colectiva como mecanismo de solución de conflictos laborales resulta central en circunstancias como la actual, donde la revolución digital requiere una adecuación de las normas laborales para garantizar el goce de estos derechos a favor de trabajadores y trabajadoras, correspondiendo a las organizaciones sindicales participar en este proceso de cambios en el marco del diálogo social.

Sin embargo, este proceso ideal de adecuación normativa con la participación de las organizaciones sindicales como interlocutores sociales, requiere de soporte y garantía estatal, en el marco del cumplimiento de su deber de fomento de la negociación colectiva, consagrada específicamente en el Convenio N° 154 de la Organización Internacional del Trabajo. Sin duda algunos países industrializados y en el marco del estado social de derecho, han ido adecuando sus regulaciones progresivamente, a fin de evitar que estos cambios en la organización del trabajo incrementen el empleo precario³. No

¹ (Org) https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:62:0::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907

Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. “Tercero. La Conferencia reconoce la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permiten: (...) (e) lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la cooperación de trabajadores y trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia en la producción, y la colaboración de trabajadores y trabajadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas; (...)”

² Palomeque Lopez, C. (1986). Derecho Sindical Español (Cuarta edición ed.). Madrid, España: Tecnos.

³ Al respecto, la Unión Europea confirmó el acuerdo provisional sobre la directiva relativa al trabajo en Plataformas Digitales, el pasado 11 de marzo de 2024, “se trata del primer acto legislativo de la UE en favor de reglamentar la gestión algorítmica del lugar de trabajo y a establecer normas mínimas de la UE para mejorar las condiciones laborales de millones de trabajadores de plataformas digitales en toda la Unión”. Revisado en <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/03/11/platform-workers-council-confirms-agreement-on-new-rules-to-improve-their-working-conditions/>

obstante, la situación de este proceso es diverso, existiendo países en los que la participación de las organizaciones sindicales frente a estos cambios es inexistente, y de parte de los estados, tampoco se evidencia acciones positivas en favor de garantizar el respeto de los derechos laborales.

Si bien se cuenta con un marco normativo internacional que garantiza el respeto a la libertad sindical y la negociación colectiva, se requiere del compromiso estatal para el fomento del ejercicio de este derecho, sobre todo en circunstancias como las actuales de cambio y/o rápido reacomodo de la organización del trabajo. Al respecto, Sánchez⁴ señalaba que "(...) la negociación colectiva no es un producto de la voluntad directa del legislador, sino un instrumento espontáneo que, en su origen surge como un tratado de paz que pone fin al conflicto colectivo, aunque después deba necesariamente evolucionar hasta institucionalizarse como medio normal de regulación de las condiciones de trabajo y someterse a cierta "procedimentalización" normativa, una de cuyas prescripciones será la prescripción legal del deber de negociar". Esta intervención estatal en favor del fomento de este derecho resulta imprescindible a fin de garantizar su ejercicio, sobre todo en circunstancias donde la revolución digital hace posible una determinada forma de organización del trabajo, que favorece la precariedad laboral.

En esa línea se encuentra la Declaración del Centenario de la OIT⁵ para el futuro del trabajo, realizada durante su 108 reunión llevada a cabo en Ginebra, que subraya la importancia de la Declaración de la OIT⁶ sobre los derechos fundamentales laborales, que recoge como uno de ellos al derecho efectivo a la negociación colectiva, conjuntamente con la libertad sindical y la libertad de asociación. Estas declaraciones también están en sintonía con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas⁷ que entraron en vigor el 01 de enero de 2016, específicamente con el objetivo 8 que propone

⁴ Sánchez Torres, Esther. "El "deber de negociar" y la "buena fe" en la negociación colectiva." Universitat Autònoma de Barcelona, 1999, pag. 21.

⁵ "Subrayando la importancia de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998) y de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008)."

Declaración del Centenario de la OIT para el futuro del trabajo, Ginebra, 2019. Revisado en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_711699.pdf

⁶ "2. Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación; y e) un entorno de trabajo seguro y saludable." "Declaración de la OIT relativa a los principios y Derechos Fundamentales en el trabajo y su seguimiento". Adoptada en la 86ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en 1998, y enmendada en la 110ª reunión del año 2022; página 9. Revisado en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/normativeinstrument/wcms_716596.pdf

⁷ "Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible", contiene los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible, y 169 metas integradas e indivisibles, fueron adoptados en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de setiembre de 2015. Revisado en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>

“Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos”.

De otro lado, la pandemia del Covid 19 significó un punto de no retorno respecto al uso de las tecnologías digitales para la organización del trabajo; hecho que no deja de lado la enorme crisis económica que se desató a nivel mundial, pero sobre todo en determinadas regiones como Latinoamérica y el Caribe: de acuerdo a las cifras de CEPAL⁸, al 28 de junio de 2021 se registraron más de 1, 260,000.00 millones de muertes en América Latina y el Caribe a causa del COVID 19, representando ello el 32% de las muertes por la pandemia a nivel global, no obstante, la población de la región sólo representa el 8.4% de la población mundial. De igual manera las medidas de confinamiento establecidas por los gobiernos paralizaron las economías, sin que se contara con una adecuada respuesta de ayudas económicas para las familias afectadas, o si las hubo, no se gestionaron adecuadamente.

En esa misma línea, durante el periodo de emergencia sanitaria, la transformación de la organización del trabajo en base a la incorporación de nuevas tecnologías permitió la continuidad de ciertas actividades laborales a través del teletrabajo, además de facilitarse los servicios con el empleo de las plataformas digitales que ofrecían el trabajo de los “riders”, “motorizados”, etc., que ya venían prestando sus servicios previamente al estallido de la enfermedad. En países como el Perú, este contexto significó el crecimiento del 250% del servicio de delivery en el país, de acuerdo con la empresa de gestión de recursos humanos Touch Task⁹, sin embargo, estos trabajadores y trabajadoras realizaron sus actividades sin contar con el reconocimiento de derecho laboral alguno, situación que se mantiene hasta la actualidad.

En este complejo marco, corresponde recordar la necesaria intervención estatal en favor de la garantía de los derechos laborales para los trabajadores y trabajadoras de este sector, existiendo avances en algunas legislaciones, pero subsistiendo la falta de regulación en muchas otras. Este trabajo se referirá concretamente al deber de fomento de la negociación colectiva, ya que, conforme lo hemos comentado previamente, se trata de un derecho laboral fundamental que se constituye como herramienta para el diálogo social en el contexto de necesaria adecuación de las normas laborales a la organización del

⁸ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) 2021, “La paradoja de la recuperación en América Latina y el Caribe. Crecimiento con persistentes problemas estructurales: desigualdad, pobreza, poca inversión y baja productividad”, Informe Especial COVID-19, N° 11, 8 de julio.

⁹ “Delivery creció 250% en el Perú durante la pandemia”, noticia del 09 de febrero del 2021, diario digital “GESTIÓN”.
Revisado en <https://gestion.pe/economia/servicio-de-delivery-en-peru-crecio-250-durante-la-pandemia-nndc-noticia/#:~:text=Actualizado%20el%2009%2F02%2F2021,recursos%20humanos%2C%20marketing%20y%20ventas>
Mencionado también en “El Desafío de Regular las plataformas del Perú. Iniciativas legislativas para regular el empleo en las plataformas digitales de taxi y delivery 2000-2021”. Dinegro Martínez, Alejandra. Observatorio de Plataformas Perú, setiembre de 2022, página 21. Revisado en https://library.fes.de/pdf-files/bueros/peru/19572.pdf?fbclid=IwAR0Tz4Txmb_DVlis3ueAkj2Xo7UQxrHdA61uNhZJFV1_dPCCByU0qq7cDnc

trabajo en el marco de la revolución digital.

2. El derecho a la negociación colectiva como expresión del estado social de derecho

El estado social de derecho es una forma de concebir y organizar un estado, usualmente reconocido en la constitución, buscando alcanzar dos objetivos: el crecimiento de la economía y la mejora de las condiciones de vida de la población. El estado social de derecho surge como respuesta a las crisis sociales generadas por las guerras y por la injusticia derivada del estado liberal; en ese sentido destaca su reconocimiento y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, como presupuesto para la construcción de una sociedad que garantice la estabilidad necesaria para el crecimiento económico.

En ese marco, el ejercicio de la libertad sindical en general–y en específico la negociación colectiva–constituye la vía de diálogo social que pasa por el reconocimiento del sindicato o la organización sindical como un sujeto social que cumple un rol en la sociedad, no sólo como representante de trabajadores para la defensa de sus derechos laborales, sino también como un actor con incidencia en la toma de decisiones gubernamentales y en el rumbo del país.

El surgimiento del estado social de derecho implicó la constitucionalización de los derechos laborales con la finalidad de darles la debida efectividad, y que no fueran meras declaraciones desprovistas de estructura normativa específica. En Europa, las constituciones la segunda posguerra incorporaron estos derechos en su contenido, a saber: la constitución italiana del 22 de diciembre de 1947 define a Italia como una República democrática fundada en el trabajo, asimismo contiene una cláusula de estado social, y además reconoció al trabajo como un deber-derecho. La constitución alemana del 8 de mayo de 1949 (Ley Fundamental de Bonn), reconocía a Alemania como un estado federal, democrático y social, también contaba con una cláusula social, y garantizó la libertad sindical, además de la libertad de trabajo, entre otros derechos sociales, como la seguridad social. La constitución francesa de 4 de octubre de 1958, definió a Francia como una república indivisible, laica, democrática y social; la tabla de derechos sociales reconocidos incluían la declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, además del preámbulo de la constitución de 1946¹⁰, reconoció el derecho a la libertad sindical, la huelga, el deber y derecho del trabajo, además de la participación en las empresas y su gestión. En el caso de España, la constitución de la segunda república española del 9 de diciembre de 1931

10 Constitución Francesa del 04 de octubre de 1958. "Preámbulo. Los franceses proclaman solemnemente su compromiso con los Derechos Humanos y los principios de soberanía nacional definidos en la Declaración de 1789, confirmados y completados por el preámbulo de la Constitución de 1946, y los derechos y deberes definidos en la Carta Ambiental 2004." Revisado en https://www.asamblea.go.cr/sd/Documents/CEDIL/Dossier%2043-2018/43-.Regimen%20Disciplinario%20Legislador/Europa%20II_C/Francia_bi/Constituci%C3%B3n/Constituci%C3%B3n%20de%20la%20Rep%C3%ABlica%20Francesa%20-%20Asamblea%20Nacional.pdf

definía al estado como una república de trabajadores de toda clase¹¹, además consagró una amplia gama de derechos sociales como la libertad sindical, libertad de elección de profesión, reserva de ley para seguros de enfermedad, paro, vejez, invalidez, etc. Sin embargo, el 17 y 18 de julio de 1936 se perpetraría un intento de golpe de estado por parte de las fuerzas armadas contra el gobierno electo de la segunda república, lo que desencadenó la denominada Guerra Civil Española, que concluyó el 01 de abril de 1939, con el triunfo de Francisco Franco, quien gobernaría en dictadura hasta el día de su muerte el 20 de noviembre de 1975.

De otro lado, en el Perú, el periodo de la segunda posguerra no trajo consigo la inmediata incorporación constitucional de los derechos sociales o de la cláusula del estado social; aunque es cierto que las constituciones peruanas de 1919 y sobre todo la de 1933 ya incluían o bosquejaban el intervencionismo estatal y el reconocimiento de ciertos derechos sociales; es recién con la Constitución peruana de 1979 con la que se incorpora plenamente la cláusula del estado social, además de un catálogo numeroso de derechos sociales. Así, en su artículo 79¹² se proclama al estado peruano como social, además de enumerar en otro artículo los deberes de estado, como promover el bienestar general, y el desarrollo del país y eliminar toda forma de explotación del hombre por el hombre y del hombre por el estado.

En cuanto a los derechos laborales, encontramos que la constitución peruana de 1979 constitucionalizó plenamente los derechos laborales, al garantizar el ejercicio del derecho a la libertad sindical, que incluía el derecho a la negociación colectiva y la huelga; asimismo, garantizó el derecho a la estabilidad en el empleo, el principio de la irrenunciabilidad de derechos, de la interpretación más favorable, del indubio pro-operario, etc. La constitución peruana de 1979 también reconoció que el régimen económico estaba sustentado en la justicia social y en la dignificación del trabajo¹³.

11 Constitución Española de 1931. “Título preliminar. Disposiciones generales. Artículo primero. España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia. Los poderes de todos sus órganos emanan del pueblo. La República constituye un Estado integral, compatible con la autonomía de los Municipios y las Regiones. La bandera de la República española es roja, amarilla y morada.” Revisado en https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1931.pdf

12 Constitución Política del Perú de 1979.

“(…) TÍTULO II. DEL ESTADO Y LA NACIÓN. CAPÍTULO .I DEL ESTADO. Artículo 79. El Perú en una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado. Artículo 80. Son deberes primordiales del Estado defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, promover el bienestar general basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado del país, y eliminar toda forma de explotación del hombre y el de hombre por el Estado.” Revisado en https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1979/Cons1979_TEXTO_CORREGIDO.pdf

13 Constitución Política del Perú de 1979. “Título III. Del régimen económico. capítulo I. principios generales. Artículo 110. El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana. El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso. Con igual finalidad, fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores.”

Sin duda, el reconocimiento constitucional de los derechos laborales, principalmente colectivos como la libertad sindical, caracterizan a los estados sociales y constitucionales de derecho, siendo que algunos países europeos coincidieron en tiempo y forma en su regulación; ello no ocurrió con el Perú, el que reconoció tardíamente en su constitución estos derechos, además de la cláusula de estado social; pese a ello, el Perú se adhirió a casi todos los convenios o tratados sobre derechos humanos que se aprobaron, sobre todo los relativos a la Organización Internacional del Trabajo, habiendo participado inclusive en la asamblea fundacional de dicha organización.

Es así como, la Declaración Universal de Derechos Humanos fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre del año 1948, y aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 13282 del 15 de diciembre del año 1959; cabe señalar que este tratado, en su artículo 23° hace un reconocimiento expreso del derecho al trabajo, así como al derecho de sindicalización.

De igual modo, como estado miembro de la Organización Internacional del Trabajo, el Estado Peruano suscribió el Convenio N° 87 relativo a la Libertad Sindical y Protección al Derecho de Sindicación, ratificado el 02 de marzo del año 1960; y el Convenio N° 92 sobre el Derecho de Sindicalización y Huelga ratificado el 13 de marzo del año 1964.

Es importante traer a colación que antes de la aprobación de la constitución peruana de 1979, el Perú tuvo una etapa de dictadura militar, iniciada con el golpe de estado al presidente Fernando Belaunde Terry el 3 de octubre de 1968 por parte de una Junta Militar liderada por el general Juan Velasco Alvarado. A diferencia de otras experiencias de golpes militares en Latinoamérica, en el caso del Perú, esta Junta Militar dispuso una serie de reformas estatales de corte nacionalista y de izquierda, que impactaron enormemente al país, como fue el caso de la reforma agraria.

Posteriormente, el 29 de agosto de 1975 se sucedió otro golpe militar contra el gobierno de Velazco, encabezado por el general de división Francisco Morales Bermúdez, quien se hizo con el poder y se dispuso a deshacer las reformas ejecutadas por Velazco; es así que en el año 1978, en medio de la crisis económica y ante la presión social, Morales Bermúdez se vio obligado a convocar a una Asamblea Constituyente para la elaboración de una nueva Constitución, la que fue aprobada el 12 de junio de 1979, entrando en vigencia a partir del 28 de julio de 1980.

Si bien, en términos generales, actualmente nos encontramos en una etapa distinta a la del apogeo del estado social del derecho y de la constitucionalización de los derechos sociales en general; el reconocimiento constitucional y legal de estos derechos se mantiene, sin embargo, la problemática ahora se centra en cómo hacer cumplir estos derechos en un contexto de organización para el trabajo sumamente distinto al existente en el periodo de la posguerra. A nivel europeo se podría decir que los países mantienen su regulación social con ciertos matices; en Latinoamérica sucede algo similar, sin embargo, la diferencia se manifiesta en el grado de cumplimiento de la regulación, además de la – aún – falta de regulación suficientemente garantista en favor de los derechos laborales, sobre todo

relativos a la libertad sindical. Es cierto que lo señalado varía dependiendo del país latinoamericano al que nos referimos, es así que consideramos al Perú como un caso emblemático de muestra de esta falta de sintonía entre lo regulado y su cumplimiento.

3. El fomento de la negociación colectiva como obligación del estado: marco general para su análisis

El deber de fomento de la negociación colectiva, parte de la idea misma del estado social de derecho, donde el estado debe velar por el bienestar de los ciudadanos asegurando el pleno goce de sus derechos sociales. Al respecto, el convenio 154 de la Organización Internacional del Trabajo del 3 de junio de 1981 establece los lineamientos de lo que engloba tanto el concepto de negociación colectiva, como el deber de las partes de fomentarla.

Respecto al fomento de la negociación colectiva, el artículo 5.2 del convenio señala que las medidas de fomento deben tener por objeto: a) que la negociación colectiva sea posibilitada a todos los empleadores y a todas las categorías de trabajadores de las ramas de actividad; (b) que la negociación colectiva sea progresivamente extendida a todas las materias a que se refieren el artículo 2 del convenio, es decir, fijar condiciones de trabajo, regular relaciones entre trabajadores y empleadores, y, regular las relaciones entre empleador y sus organizaciones o varias organizaciones de trabajadores, (c) que sea fomentado el establecimiento de reglas de procedimiento convenidas entre las organizaciones de los empleadores y las organizaciones de los trabajadores; (d) que la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas; y, (e) que los órganos y procedimientos de solución de los conflictos laborales estén concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva.

Asimismo, la Recomendación N° 163 detalla las medidas que tanto los estados como las partes podrán adoptar para el fomento de la negociación colectiva, relativas a conseguir el reconocimiento de las organizaciones de empleadores o trabajadores, establecer procedimientos adecuados a fin de determinar las organizaciones que podrán negociar colectivamente, procedimientos para determinar que las organizaciones sindicales se puedan desarrollar en cualquier nivel, además de favorecer que las partes de la negociación reciban formación, así como tener acceso a la información necesaria a fin de poder negociar de mejor manera.

La Organización Internacional del Trabajo establece con claridad que el mandato de fomento de la negociación colectiva reconocida en el convenio 154 vincula tanto al estado como a las partes en conflicto; sin embargo, es cierto que el titular de la ejecución de medidas de fomento de la negociación colectiva es el estado, ya que es quien se encuentra facultado para introducir normativamente las acciones positivas que hacen falta para posibilitar que las partes transiten por la negociación colectiva sin que ningún elemento externo lo impida, retrase o la haga ineficaz.

El convenio 154 de la OIT al detallar las acciones de fomento de la negociación colectiva que deben procurar los estados, complementa y desarrolla lo previamente dispuesto en el artículo 4 del convenio 98 del año 1949: “Artículo 4. Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”.

Asimismo, en el convenio 87 del año 1948, se consagraba la autonomía colectiva, que incluye a la negociación colectiva como parte de las actividades sindicales y programas de acción: “Artículo 3. 1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción. 2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”.

En torno al mandato de fomento de la negociación colectiva, este va más allá de la garantía del ejercicio de este derecho; conforme lo señaló Valdez¹⁶, la palabra “garantizar” significa remoción de los obstáculos que se presentan para el ejercicio de las situaciones jurídicas activas, alude a mecanismos jurídicos destinados a salvaguardar la existencia de este derecho. En el caso de la constitución española, de acuerdo con este jurista español, ésta dispone la intervención del poder público a fin de establecer un marco normativo que asegure a las partes en conflicto el ejercicio adecuado de su autonomía colectiva, por tanto, busca proteger este derecho de cualquier injerencia externa. Sin embargo, el convenio 154 de la OIT y la Recomendación 163 desarrollan de manera detallada el contenido del deber de fomento de la negociación colectiva, que va un paso más allá de la mera garantía del ejercicio del derecho, y que implica la ejecución de distintas acciones positivas de parte del estado en aras de favorecer la resolución de los conflictos laborales a través de la negociación colectiva.

La observancia del deber de fomento de la negociación colectiva implica la elaboración de una normativa “promocional” de la autonomía colectiva en el marco del convenio 154 de la OIT, sin embargo, antes de que existiera dicho convenio, algunos países europeos ya planteaban en sus regulaciones la necesaria intervención promocional del estado, dejando atrás la abstención normativa sobre la materia, ello en virtud del contenido del convenio 87 y 98 de la OIT sobre la autonomía colectiva. Efectivamente, de acuerdo nuevamente a Valdés Dal-Rae¹⁷, existen dos modelos de garantía del

¹⁶ Valdes Dal-Rae, 1979, Ob cit.

¹⁷ Valdes Dal-Ré, Fernando. Relaciones Laborales, negociación colectiva y pluralismo social. Colección de Informes y Estudios, serie Relaciones Laborales N° 16, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, España.

estado de la actividad negocial: (i) La garantía del poder de sindicatos y empresarios de establecer su propio marco regulatorio, donde el estado adopta una actitud neutral hacia la negociación colectiva, limitándose a garantizar la actividad negocial frente a posibles injerencias extremas “garantía negativa”; y, (ii) La legislación promocional o de reforzamiento de la autonomía colectiva, o de garantía positiva, donde el estado establece una serie de disposiciones intervencionistas a fin de favorecer la actividad negociadora de las partes en conflicto.

De lo anterior, en el marco de la legislación promocional de la negociación colectiva, se evidencian en distintas legislaciones la ejecución de medidas tendientes a este favorecimiento, que van en la línea de las disposiciones contenidas en el convenio 154 y la recomendación 163, e incluso más allá de ellas. Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, el compromiso estatal con la promoción de la negociación colectiva, varía en cada país.

4. El desarrollo legal del fomento de la negociación colectiva en el Perú

En la línea de lo consagrado por la Constitución de la OIT y los convenios internacionales de trabajo, la constitucionalización de los derechos colectivos consolidó las obligaciones de los estados respecto a la garantía del goce de estos derechos. En el caso del Perú, el artículo 28 de la constitución de 1993 delimitó la protección de los derechos colectivos, distribuyendo las obligaciones estatales en cada caso. Es así que el numeral 28.1 señala que el estado garantiza la libertad sindical, el 28.2 se refiere al fomento de la negociación colectiva y promoción de formas de solución pacífica de conflictos, y el 28.3 se refiere a la regulación del derecho a la huelga¹⁸.

El deber de garantía de los derechos colectivos que reconoce la constitución política peruana de 1993, engloba los de sindicación, negociación colectiva y huelga; sin embargo, el deber de fomento la atribuye específicamente a la negociación colectiva. Ello implica que la garantía del ejercicio de los derechos colectivos se circunscribe a la obligación estatal de su protección y tutela a través de los mecanismos legales que se dispongan.

El deber de fomento y promoción de la negociación colectiva recogido en la constitución va de la mano con lo establecido en el artículo 4 del Convenio OIT 98¹⁹, lo que implica que, en este caso, la

18 Constitución Política del Perú. “Artículo 28.- Derechos colectivos del trabajador. Derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga. El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1. Garantiza la libertad sindical. 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado. 3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.”

19 Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N° 98. “Artículo 4.- Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.”

garantía del ejercicio de este derecho no se agota en la tutela y protección, sino que subsiste el deber estatal de promoverlo. El deber de promoción requiere el apoyo estatal al ejercicio de la negociación colectiva; como lo señaláramos antes, para Fernando Valdes²⁰ la expresión garantizar implica la remoción de cuanto obstáculo se presente para el ejercicio del derecho, lo que conlleva al deber de preservar la actividad contractual de las partes de posibles injerencias e intromisiones de los poderes públicos; sin embargo ello no agota el mandato constitucional, ya que la garantía del ejercicio de este derecho no sólo implica la organización de la autonomía colectiva con criterios sólo de libertad, sino de posibilidad real; ello quiere decir que la intervención estatal a través de la ley no sólo cumple una función protectora, sino de mecanismo de promoción de la negociación colectiva, a fin de apoyar la actividad sindical y, en última instancia, para redistribuir el poder de los “antagonistas sociales”.

Asimismo, para Álvarez La Rosa²¹, esta garantía estatal se manifiesta a través de la expedición de una ley que desarrolle el ejercicio del derecho, con estricta observancia de su contenido esencial; es así que el deber de garantía estatal implica la promoción de la negociación colectiva, que supone la obligación de eliminar los obstáculos a su ejercicio pleno.

Como se ha señalado, la garantía del ejercicio de los derechos colectivos requirió de la obligación del estado de tutelar estos derechos a través de la expedición de leyes específicas; sin embargo, considerando lo complejo que resulta regular un derecho como la negociación colectiva, este intento podría significar un desfase entre el contenido constitucionalmente protegido de la negociación colectiva y la ley que la regula.

En el Perú, coincidimos con la opinión de que las leyes que desarrollaron el mandato constitucional de protección y promoción de los derechos colectivos, y en específico de la negociación colectiva, fueron restrictivas y que en la práctica buscaron dificultar el ejercicio de este derecho²², lamentablemente, gran parte de esta estructura legal se mantiene inmutable, sin dejar de observar algunos cambios efectuados a nivel reglamentario, que se encuentran más en la línea del mandato constitucional.

De lo anterior, estando claro que el fomento de la negociación colectiva implica una intervención estatal positiva “promocional” del ejercicio del derecho; mencionaremos algunos aspectos de esta estructura que podrían o no cumplir con ese deber:

20 Valdes Dal-Rae, 1979, Ob cit.

21 Alvarez La Rosa, M. (2017). El derecho constitucional a la negociación colectiva. En W. Sanguinetti Raymond, & E. Cabero Morán, Sindicalismo y Democracia. El derecho sindical español del profesor MAnuel Palomeque 30 años después (1986-2016) (págs. 693-704). Granada: Comares.

22 Sanguinetti Raymond, W. (02 de octubre de 2006). La Protección de los derechos laborales en la Constitución Peruana de 1993. II Congreso de la Sociedad Peruana de Derecho del TRabajo y de la Seguridad Social, 29-101.

a) Respecto a que la negociación colectiva sea posibilitada a todos los empleadores y a todas las categorías de trabajadores de las ramas de actividad:

Si analizamos el contenido de las normas del régimen laboral privado sobre negociación colectiva encontraremos restricciones al ejercicio de la negociación colectiva en torno al número de personas que se requiere para la constitución y subsistencia de un sindicato, así el artículo 14 y 15 del TUO de la Ley de Relaciones colectivas de trabajo²³, establece un mínimo de 20 trabajadores por sindicato de empresa y 50 trabajadores por sindicatos de otra naturaleza. Ello implica la restricción del derecho al derecho a la sindicación, y consecuentemente al ejercicio de la negociación colectiva, por no contar con el mínimo exigido por la ley.

Es importante destacar que, de acuerdo con la estadística publicada por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo del Perú²⁴, durante el año 2022 se registraron a nivel nacional, un total de 301,722 empresas de 1 a 10 trabajadores, 32,777 empresas de 11 a 100 trabajadores, 3,409 empresas de 111 a 500 trabajadores y 908 empresas de más de 500 trabajadores; es decir, del total de empresas registradas en todo el Perú, el 89.05% son empresas de 1 a 10 trabajadores. Es claro entonces que la limitación numérica para la constitución de una organización sindical deja sin posibilidad de ejercer su derecho a la negociación colectiva a casi el 90% de los trabajadores que trabajan en las empresas más pequeñas.

No obstante, es importante destacar que el año 2022 se emprendió algunas modificaciones a la norma reglamentaria, que consideramos constituye un avance en la garantía del ejercicio de los derechos colectivos en el Perú, en específico la sindicalización y la negociación colectiva.

Así el artículo 2 del reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, modificado por el Decreto Supremo 014-2022-TR²⁵, precisa que se encuentran comprendidos en los alcances de la ley todos los

23 TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo – Decreto Supremo 010-2003-TR, publicado en el diario Oficial El Peruano el 5 de octubre de 2003. “Artículo 14.- Para constituirse y subsistir los sindicatos deberán afiliarse por lo menos a veinte (20) trabajadores tratándose de sindicatos de empresa; o a cincuenta (50) trabajadores tratándose de sindicatos de otra naturaleza. Artículo 15.- En las empresas cuyo número de trabajadores no alcance al requerido para constituir un sindicato, podrán elegir a dos (2) delegados que los representen ante su empleador y ante la Autoridad de Trabajo. La elección de los delegados debe ser comunicada a la Autoridad de Trabajo y al empleador dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes.”

24 Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo del Perú. Anuario Estadístico del año 2022, Cuadro N° 07 “Perú: Promedio de empresas en el sector privado por tamaño, según actividad económica” página 22. Revisado en <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4930317/Anuario%202022.pdf?v=1691004485>

25 Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo – Decreto Supremo 011-92-TR, publicado en el diario Oficial El Peruano el 15 de octubre de 1992, modificado por el Decreto Supremo 014-2022-TR publicado el 24 de julio de 2022. “Artículo 2.- Ámbito de aplicación Se encuentran comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley, los/as trabajadores/as sujetos al régimen laboral de la actividad privada, cualquiera fuera la naturaleza del/de la empleador/a o la duración o modalidad del contrato. Asimismo, se encuentran comprendidos los/ as trabajadores/as no dependientes de una relación de trabajo, en lo que les sea aplicable.”

trabajadores del sector privado, independientemente de la naturaleza del empleador o modalidad de contratación; asimismo, señala que también se incluye a los trabajadores no dependientes en lo que sea aplicable. Con la modificación efectuada, quedó literalmente señalado que cualquier trabajador del sector privado, incluso los no dependientes o autónomos, podrán estar dentro de los alcances de la regulación de los derechos colectivos, en lo que resulte aplicable; por tanto, trabajadores como los de plataformas digitales, quienes no cuentan con reconocimiento legal de la naturaleza laboral de sus actividades en el Perú, pueden ejercer su derecho a sindicalizarse.

De otro lado, la modificación del artículo 4 del Reglamento de la ley de Relaciones Colectivas²⁶, hecha por el Decreto Supremo 014-2022-TR, a mi criterio constituye uno de los mayores aportes a esta norma reglamentaria, ya que reconoce expresamente los tipos de sindicatos que pueden constituirse, y asimismo, los niveles en los que se puede negociar colectivamente. Si bien es cierto que no estaba prohibida la constitución de organizaciones sindicales fuera de lo señalado en el artículo 5 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, es cierto que tampoco era fomentado desde el estado el reconocimiento o conformación de otros tipos de organizaciones sindicales.

b) Respecto a que la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas:

En torno a esta medida de fomento de la negociación colectiva, encontramos que, el procedimiento de negociación colectiva peruana no garantiza el acceso a la información de la organización sindical, ya que si bien artículo 55 del TUO de la Ley de Negociación Colectiva, reconoce el derecho de los trabajadores a solicitar información sobre la situación económica de la empresa, en aras de presentar un pliego de reclamos acorde a ello; sin embargo, el mismo artículo permite el “veto” del empleador respecto de cierta información que – a su entender – le resulte perjudicial. No sólo eso, sino que incluso incorpora al final el mandato de que los dirigentes sindicales deben guardar absoluta reserva del contenido de

²⁶ Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo – Decreto Supremo 011-92-TR, publicado en el diario Oficial El Peruano el 15 de octubre de 1992, modificado por el Decreto Supremo 014-2022-TR publicado el 24 de julio de 2022. “Artículo 4.- Derecho de sindicación. El Estado reconoce y garantiza a los/as trabajadores/as, sin distinción ni autorización previa, los derechos a constituir las organizaciones sindicales que estimen convenientes, a afiliarse a ellas libremente, y a desarrollar actividad sindical para la defensa y promoción de sus intereses económicos y sociales. Asimismo, el Estado reconoce el derecho de los/as trabajadores/as, a afiliarse directamente a federaciones o confederaciones cuando los estatutos de las mismas así lo permitan. Los/as trabajadores/as pueden constituir las organizaciones sindicales en cualquier ámbito que estimen conveniente. Estas organizaciones pueden ser: 1. De empresa, formados por trabajadores que presten servicios para un mismo empleador en uno o más centros de trabajo, unidades, áreas o categorías; 2. De grupos de empresas, conforme a lo previsto sobre éstos en el Título Preliminar; 3. De actividad, formados por trabajadores de profesiones, especialidades u oficios diversos de dos (2) o más empresas de la misma rama de actividad, o que concurren en una misma actividad; 4. De gremio, formados por trabajadores de diversas empresas que desempeñan un mismo oficio, profesión o especialidad; 5. De oficios varios, formados por trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades que trabajen en empresas diversas o de distinta actividad; 6. De cadena productiva o de redes de subcontratación; y, 7. De cualquier otro ámbito que los trabajadores estimen conveniente.”

la información que se les brinda, bajo apercibimiento de iniciarse acciones disciplinarias en su contra.

En definitiva, este articulado resulta nefasto para el fomento de la negociación colectiva, por el contrario, desalienta el acceso a la información, considerando la amenaza de ser sancionado disciplinariamente.

Otra cuestión introducida por la modificación al Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas, mencionada anteriormente, respecto al reconocimiento expreso de que se pueden conformar organizaciones sindicales tanto de grupo empresarial, como de cadena productiva o de redes de subcontratación, o de cualquier otra naturaleza que los trabajadores estimen pertinente; si bien – como lo reafirmamos – constituye de las mejores adiciones al reglamento efectuadas a través de esta última modificatoria, también es cierto que para la constitución de estas potenciales organizaciones sindicales se requiere de mayores acciones positivas por parte del estado. Como lo hemos detallado a lo largo del presente trabajo, el fomento de la negociación colectiva no se agota en la garantía de ejercicio de un derecho, sino de acciones positivas por parte del estado a fin de eliminar todos los obstáculos que pudieren existir a fin de que este ejercicio pueda ser efectivo.

Para que estas organizaciones sindicales puedan constituirse y realizar sus actividades sindicales, como negociar colectivamente, y cualquier otra acción sindical, en principio requieren de un marco normativo especial que les permita tener claridad del camino que deben andar. Lamentablemente, no se cuenta con estas normas de desarrollo, lo que desalienta principalmente la actividad sindical de las organizaciones que pudieran constituirse al amparo del reglamento; además de la natural renuencia de los empleadores a negociar colectivamente a un nivel distinto que el de empresa.

Otra falencia evidente es la inexistencia de una regulación específica para el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores no dependientes o autónomos, si bien se les reconoce como titulares del derecho, no se desarrolla o menciona los mecanismos que podrían utilizar para ejercer efectivamente sus derechos. Más allá de la regulación, también conviene mencionar la inoperancia de los espacios de diálogo social que existen, específicamente el Consejo Nacional del Trabajo; situación que no suma en favor de la garantía de los derechos colectivos, especialmente el fomento de la negociación colectiva.

5. La organización del trabajo a través de las plataformas digitales en el Perú: estado de la cuestión frente al deber de fomento de la negociación colectiva

Tal como lo señaláramos en la parte introductoria de este trabajo, fue en el marco de la emergencia sanitaria, donde se “disparó” el uso de las plataformas digitales, principalmente de servicio de reparto. Sin embargo, ello no quiere decir que antes no hubiere existido un importante sector de trabajadores y trabajadoras “autónomos” dedicados a esta forma de prestación de servicios; efectivamente, ya desde mediados del año 2015 se observó que un sector importante de conductores de vehículos

de transporte privado, prestaban sus servicios a través de las plataformas digitales de las empresas Uber, Cabify, etc. Sin duda la irrupción de estas herramientas para la contratación de un determinado servicio tuvo un particular impacto en el Perú, sobre todo lo referente al servicio de taxi, ya que es sabido que no se cuenta con un sistema de transporte público de calidad; por lo que la aparición de esta prestación de servicios al alcance del teléfono celular de cualquiera, fue valorado positivamente por los usuarios, convirtiéndose en una forma de transporte preferente. Es así que, contrariamente a lo que pudo suceder en otros países con servicios de transportes de taxi formales, en el Perú casi no hubo manifestaciones en contra a la proliferación de estas plataformas digitales; destacando algunas organizaciones de taxistas que quisieron hacerle frente a los que trabajaban a través de las plataformas digitales²⁷, sin resultado positivo alguno.

Sin embargo, a lo largo del tiempo se han presentado distintas iniciativas legislativas con la finalidad de regular el servicio “facilitado” por las plataformas digitales desde distintas perspectivas: algunas proponiendo el pleno reconocimiento de la naturaleza laboral de la actividad realizada por los conductores, motorizados, etc. con la plataforma digital, y otra simplemente buscando la seguridad de los usuarios, frente a posibles actos delictivos o accidentes de tránsito.

Es así como, conforme a un estudio realizado al respecto por Alejandra Dinegro²⁸, se concluye que a la fecha se han presentado 17 proyectos de ley ante el Congreso de la República, con la finalidad de regular las actividades económicas de las plataformas digitales, y algunos de ellos, reconociendo la laboralidad de la relación entre el prestador del servicio y el administrador o propietario de la plataforma. Lamentablemente hasta el momento ninguno de los proyectos de ley presentados fue aprobado, por lo que no se cuenta con ningún marco regulatorio sobre la materia.

De otro lado, el estudio realizado por el Instituto Peruano de Economía “Impacto de las plataformas digitales en la economía peruana”²⁹ brinda ciertos datos de interés, sobre todo respecto a su impacto en el empleo y las características de los trabajadores y trabajadoras que se brindan sus servicios a través de estas plataformas. Por ejemplo, se señala en la página 8 del informe, en el año 2022 el 80% de las prestaciones de servicios de taxi mediante plataformas digitales se desarrollan en la ciudad de

27 “Taxistas realizaron caravana de protesta contra Uber”. Diario El Comercio, 03 de setiembre de 2016. Revisado en <https://elcomercio.pe/lima/taxistas-realizaron-caravana-protesta-uber-fotos-254353-noticia/>

28 “El Desafío de Regular las plataformas del Perú. Iniciativas legislativas para regular el empleo en las plataformas digitales de taxi y delivery 2000-2021”. Dinegro Martínez, Alejandra. Observatorio de Plataformas Perú, setiembre de 2022, página 23. Revisado en https://library.fes.de/pdf-files/bueros/peru/19572.pdf?fbclid=IwAR0Tz4Txmb_DVlis3ueAkj2Xo7UQxrHdA61uNhZJFV1_dPCCByU0q7cDNc

29 “Impacto de las plataformas digitales en la economía peruana - Informe final”. Sociedad de Comercio Exterior del Perú COMEX, agosto del año 2023. Revisado en <https://www.ipe.org.pe/portal/wp-content/uploads/2023/08/Estudio-Impacto-economico-de-las-plataformas-digitales.pdf>

Lima, respecto a los servicios de delivery, el 82%.

Asimismo, el informe señala en su página 16, que el año 2022 existían un promedio de 133 mil prestadores de servicios de taxi, y 31 mil prestadores del servicio de reparto a domicilio a nivel nacional. De igual manera se indica en su página 18, que el 52% de los conductores de taxi realizan dicha labor como actividad económica principal, en el caso de los repartidores el 59% lo considera así. Finalmente, el informe también recoge un dato demográfico relativo a la nacionalidad de las personas que trabajan bajo esta modalidad, en la página 19 se señala que para el año 2023, en el caso de los conductores, el 80% eran ciudadanos nacionales y los demás ciudadanos extranjeros, mientras que las personas dedicadas al reparto a domicilio, el 39% es ciudadano nacional, y el 61% ciudadanos extranjeros.

De otro lado, es importante mencionar que el pasado 6 de diciembre del año 2023 el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo aprobó la inscripción del Sindicato Nacional de Trabajadores de Plataformas Digitales del Perú (SINTRAPLADI PERU)³⁰, constituyendo un hito sin precedentes en el ejercicio de la libertad sindical de los trabajadores y trabajadores de plataformas digitales, pese a no contar con un contrato de trabajo, ni reconocimiento de la naturaleza laboral de la relación jurídica que mantiene con los administradores o dueños de la plataforma.

Asimismo, conforme lo reconocen las propias organizaciones sindicales, así como la página de noticias de Perú Retail³¹, este registro sindical se hizo posible en virtud de la modificatoria introducida en el reglamento de la ley de relaciones colectivas en virtud del Decreto Supremo 014-2022-TR, que desarrollamos en el punto anterior, al señalar expresamente que los sindicatos podrán estar conformados por trabajadores no dependientes. Esta misma página de noticias señala que, los objetivos establecidos por el sindicato son: mayores beneficios, un seguro de salud, menores comisiones, regular horarios, etc., protección contra el acoso laboral y la discriminación, y, participación en las negociaciones colectivas; en esa línea señalan que lo siguiente que harán será presentar un pliego de reclamos.

Teniendo en cuenta la revisión jurídica desarrollada a lo largo de este documento sobre el deber estatal de fomento de la negociación colectiva, su centralidad como herramienta para transitar el procedimiento de adecuación normativa que nos impone un contexto de constantes reacomodos de la organización del trabajo, como consecuencia de los vertiginosos avances tecnológicos; es evidente que los cambios introducidos a la reglamentación del ejercicio de los derechos colectivos, específicamente la sindicalización y la negociación colectiva, son muy importantes, pero insuficientes

³⁰ “Perú crea el primer sindicato de trabajadores vía plataformas digitales”. DF Sud, miércoles 06 de diciembre de 2023. Revisado en <https://dfsud.com/ripe/peru-crea-el-primer-sindicato-de-trabajadores-via-plataformas-digitales>

³¹ “Inscripción de sindicato de trabajadores de plataformas digitales en Perú” América Retail, 08 de diciembre de 2023. Revisado en <https://www.america-retail.com/logistica/inscripcion-de-sindicato-de-trabajadores-de-plataformas-digitales-en-peru/>

si lo que se quiere es garantizar el real ejercicio de la negociación colectiva de todos los trabajadores, sobre todo aquellos que se encuentran en una situación de mayor precariedad, como son los de plataformas digitales, quienes – en el caso del Perú – aún no se les reconoce la naturaleza laboral de la relación jurídica que mantienen con los administradores y/o propietarios de las plataformas digitales con las que trabajan.

Se necesita un desarrollo normativo -especialmente- relativo al procedimiento de la negociación colectiva para los trabajadores y trabajadoras de plataformas digitales, situación que pasaría también por un reconocimiento expreso de la naturaleza laboral de sus actividades. Tal como se ha señalado anteriormente, consideramos que el reconocimiento de la laboralidad de los trabajadores de plataformas es un proceso progresivo pero imparable, sobre todo teniendo en cuenta el marco normativo internacional que resulta de observancia obligatoria a nuestro país; sin dejar de reconocer que las modificaciones introducidas al reglamento de la ley de relaciones colectivas mencionado, pese a ser insuficientes, forman parte de ese avance progresivo e imparable en favor de la expansión del goce y ejercicio de los derechos laborales.

Comunicaciones

Comunicaciones

La prestación de servicios en las plataformas digitales: Enfoque peruano

Jelio Paredes Infanzón

Doctor en Derecho, Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Juez Superior de la Corte Superior de Ayacucho

Sumario

1. Introducción
2. Las Plataformas Digitales de Trabajo
3. La Prestación de Servicios en la Plataformas Digitales
4. La Naturaleza Jurídica de la Prestación de Servicios en Plataformas Digitales
5. Análisis y Propuestas del Trabajo en la Plataformas Digitales
6. Conclusiones
7. Bibliografía

Resumen

Respecto al trabajo de los prestadores de servicios de plataforma digital, de que si existe vínculo laboral o no, si el trabajo es independiente, o trabajador subordinado, va depender del caso en concreto, caso por caso, para ello se va tener presente los elementos esenciales del contrato de trabajo, como son: prestación de servicios, subordinación y remuneración; especialmente la subordinación, sin embargo el análisis de este elemento en forma tradicional no ayudará a resolver o explicar la situación fáctica de los prestadores de servicios digitales; en si esta nueva modalidad laboral, se manifiestan tanto indicios de trabajo independiente como indicios de trabajo subordinado a la vez, la misma que genera una análisis exhaustivo de cada caso en concreto.

Palabras clave

Prestación de servicios, plataformas digitales, modalidad laboral, trabajo subordinado, trabajo independiente.

1. Introducción

El uso de las nuevas tecnologías de las comunicaciones, han generado en el siglo XXI otras formas de realizar el trabajo de las personas, a la forma tradicional de prestar los servicios, bajo una jornada y horario de trabajo en un centro laboral como las oficinas, talleres, fabricas, actualmente se tiene que el trabajo se puede realizar mediante el uso de un aplicativo, plataforma digital, a través de un laptop, celular.

La tecnología digital ha generado también el desplazamiento del trabajador subordinado, ahora se da más importancia al trabajador “independiente”, quien, a diferencia del trabajador dependiente, “proporciona su herramienta de trabajo” como es un vehículo, celular, motocicleta.

2. Las plataformas digitales de trabajo

La novedad del siglo XXI, son las plataformas digitales, en si es importante conocerlas. En El treball en plataformes digitals a la Comunitat valenciana¹, refiriéndose al tema, señala: “Desde una perspectiva económica, las plataformas son agentes económicos que pueden adoptar diversos roles: intermediación entre demanda y oferta de productos y servicios, puesta a disposición de productos o servicios propios o de otros agentes asociados, (...)”

En si las plataformas digitales de trabajo, es una alternativa de empleo para la población laboral en el país y en el mundo. A consecuencia de la pandemia del Covid-19, en el Perú, un alto porcentaje de la población quedo en aislamiento social, ello generó la demanda de los servicios de delivery, a domicilio, como es de conocimiento público de cada 10 peruanos 8 son informales, viven del día a día, una forma de tener un empleo era el trabajo en las plataformas digitales, generándose una de las formas de la reactivación económica en el país.

La característica principal de las plataformas digitales es que, en este tipo de negocio, todas comparten “su capital fijo es un software, asumen un rol intermediario, su principal capital son los datos y la hiperconectividad”².

Hasta aquí estamos analizando el impacto de la tecnología de las comunicaciones en la sociedad peruana, como el uso del internet, ha generado la aparición de nuevas empresas que necesitaran prestadores de servicios, solo para trabajo en plataformas digitales. Este trabajador se une al aplicativo de la plataforma de la empresa y basta y suficiente para recibir órdenes e instrucciones, los propietarios

¹ <https://www.uv.es/ceconomiacol/InformeTrabajoformasdigitales2019.pdf>

² <https://revistaideele.com/ideele/content/plataformas-y-empleo-%C2%BF%C3%B3mo-es-trabajar-para-una-app-en-el-per%C3%BA>

de las plataformas imponen los ingresos que van a percibir estos prestadores de servicios digitales, sin derecho a reclamo.

3. La prestación de servicios en las plataformas digitales

Históricamente el derecho del trabajo ha dado respuesta a los nuevos desafíos que se manifiestan, es así como el profesor Palomeque López³, rescata el protagonismo histórico del derecho del trabajo, respecto a la existencia de las transformaciones institucionales, “-o de cambio de contenido en las diferentes soluciones normativas adoptadas- originadas por causas políticas y económicas es consustancial al Derecho del Trabajo, de las que ha dado muestra permanente en sus diferentes expresiones históricas, y que derivan de modo esencial de la propia función social de respuesta de la norma laboral frente a la realidad social objeto de regulación -la prestación de trabajo asalariado dependiente- cuya operación ha sido moldeada en cada caso naturalmente por las modificaciones históricas producidas a lo largo de la evolución del sistema de producción de referencia y los cambios sociales aparejados.”

La nueva modalidad de prestación de servicios en las plataformas digitales ha generado un debate en el mundo laboral, empresarios, trabajadores como el propio Estado, así como en debate académico de los laboristas, más aún en los órganos jurisdiccionales de los diferentes países. En la práctica, hay posiciones a favor de que, si existe una relación laboral, otros consideran que no existe, que los prestadores de servicios digitales son “colaboradores”, por su parte otra posición que opinan que depende del caso en concreto.

Sin embargo, es importante tener presente respecto a los trabajadores de plataformas digitales en el Perú y países vecinos. “La presencia de las plataformas digitales en economías Latinoamericanas, puede tener “efectos” de un doble signo: o bien puede destruir empleos de empresas grandes de alta rentabilidad y productividad (tómese en cuenta, una cadena de farmacias que antes contrataba a sus repartidores de medicinas en su planilla y hoy recurre simplemente a plataformas de reparto como Glovo) para convertirlos en precarios o bien puede formalizar autónomos que por ahora son informales (taxistas informales a día de hoy que son absorbidos por Uber).⁴”

4. Naturaleza jurídica de la prestación de servicios en plataformas digitales

Históricamente es una constante en las relaciones humanas, que la realidad, lo factico avanza más

³ Palomeque López Manuel Carlos. Álvarez de la Rosa, Manuel. Derecho del Trabajo. Vigésimosexta edición. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid- España. Julio 2018. Pag.84.

⁴ Arce Ortiz, Elmer Guillermo. El Trabajo en Plataformas Digitales en Perú: Más Alla de la Calificación Jurídica. Reflexiones sobre la Organización del tiempo y el Pago de Remuneraciones. <http://revistajuridicadeltrabajo.com/index.php/rjt/article/view/116/107>

que el propio ordenamiento jurídico, aparecen nuevas instituciones en la sociedad, que al final va ser necesario su regulación legal si es que la misma se manifiesta de modo permanente en la interrelación humana. Es así como situaciones de los nuevos prestadores de servicios digitales, surge a raíz del avance de la tecnología, en la cual surgen nuevas empresas que utilizaran de modo cotidiano esta nueva modalidad de prestar servicios, ya no de modo tradicional donde el trabajador acude a la empresa y presta servicios en la misma, sino ahora el pedido de los consumidores es a través de aplicativos, apps, para responder a ello están los repartidores, quienes brindaran los servicios.

Consideramos que la prestación de servicios por plataformas digital tiene las siguientes características:

- a) La comunicación es por un aplicativo digital.
- b) El propietario o administrador del aplicativo es una Empresa.
- c) Se necesita de tres elementos, como son: el prestador de servicios, el propietario de la plataforma, y el cliente o consumidor.
- d) Cada uno de los integrantes que participan en la modalidad de trabajo de plataforma digital tiene una prestación distinta y entre ellos existe prestaciones.

5. Analisis y propuestas del trabajo en las plataformas digitales

En el mundo está en constante transformación, y esa transformación ocurre por la tecnología de la información y comunicación, cada vez surge nuevos aparatos tecnológicos, los países desarrollados, crean, distribuyen el avance tecnológicos, las empresas transnacionales apuntan hacia ese fin, que la humanidad cuenta y aproveche la tecnología, esta tecnología de la comunicación ha generado una nueva forma de hacer trabajo en el mundo, las plataformas digitales se usan en gran parte del mundo, esta nueva modalidad laboral, ha reactivado la economía mundial, la economía peruana, ha facilitado que muchos consumidores o clientes tengan sus pedidos a la brevedad posible, sin moverse de casa, ha generado que los jóvenes peruanos y migrantes tengan ingresos por la labor que realizan.

El empleo es importante para el desarrollo del país, la prestación de servicios en plataformas digitales ha generado que las empresas que son dueños de los aplicativos, generen empleo en el país, el Perú, que tiene una alta tasa de informalidad laboral, según el INEI,⁵ “En el año móvil abril 2021-marzo 2022, la tasa de empleo informal del país, fue de 76,1%; siendo 0,5 punto porcentual menos que en el año móvil abril 2020-marzo 2021. En el área urbana la tasa de informalidad alcanzó al 70,6% y en el área rural, el 95,3% de la población ocupada es informal.” Sin embargo, el trabajo en las plataformas digitales, antes durante y post-pandemia ha generado empleo en el país. Económicamente tienen nuevos ingresos los trabajadores de plataforma, muchos de ellos que eran desempleados les fue de ayuda el tener ingresos y así solventar sus gastos de primera necesidad, casos de estudiantes universitarios, dedicándose parte de su tiempo en el día para realizar estas actividades, que en la mayoría son prestadores de servicios de reparto.

⁵ www.ineigob.pe

Respecto al trabajo de los prestadores de servicios de plataforma digital, de que si existe vínculo laboral o no, si el trabajo es independiente, o trabajador subordinado, va depender del caso en concreto, caso por caso, para ello se va tener presente los elementos esenciales del contrato de trabajo, como son: prestación de servicios, subordinación y remuneración; especialmente la subordinación, sin embargo el análisis de este elemento en forma tradicional no ayudará a resolver o explicar la situación fáctica de los prestadores de servicios digitales; en el supuesto de que hayan casos judiciales de trabajadores de plataformas digitales, que en la actualidad todavía no se tiene en el país, se recurriría por ejemplo a la Recomendación N° 198 de la OIT⁶, la misma que contempla indicios específicos que permiten determinar la existencia de una relación de trabajo. Uno de los indicios que consideramos pertinente en el caso de los trabajadores de plataforma es la integración del trabajador a la organización de la empresa dueña del aplicativo, por ejemplo, los repartidores por delivery, en el país, los implementos y accesorios de trabajo, como son la caja para transportar alimentos, y mercaderías, las casacas, polos, porta celulares entre otros, tienen el LOGO de la plataforma, los trabajadores deben usarlos y así identificarse con la empresa, ello conllevaría a un trabajo subordinado, y no a un trabajo independiente. Otro indicio laboral según la referida recomendación, aplicable, es de que el trabajador de aplicativo, realiza su labor según las instrucciones, reglas, directrices y bajo control de otra persona; la empresa de plataforma, delega el control del proceso de ejecución del servicio al cliente o consumidor, a través de encuestas, respecto a nivel de competencia, cancelación, o aceptación de un servicio, también si hubo desconexión, hay un control por algoritmos de: los turnos de los repartos, los trabajadores sancionados tienen menos repartos, miden rendimiento, clasifican trabajadores con aceptación y rechazo.

En la medida que un trabajador sea más independiente se estaría a un trabajador colaborador de plataforma por lo contrario si hay más rasgos de subordinación como en casos de supervisión, control, fiscalización, sanción por parte de la empresa de plataforma nos encontraríamos en un supuesto de trabajador subordinado, jurídicamente un contrato de trabajo; pero la tarea no es fácil, hay zonas grises, zona de fronteras. Y esta situación de puntos de vista distintos también se da en la judicatura

6 Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes: (a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y (b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

internacional, que tiene posiciones diferentes, para unos con vínculo laboral, para otros no. Por ello comparto la apreciación del recordado maestro Neves Mujica, cuando refiere que se debe analizar con sumo cuidado la forma como se realiza la prestación de servicios, cada por caso, empresa por empresa, dejando la tarea de ello a los jueces, cuando se tenga un caso judicializado para resolver, en la realidad peruana. Por otro lado, también sería aplicable para establecer la subordinación según el caso, los artículos 4, 9 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, los rasgos de laboralidad según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, el principio de la primacía de la realidad, la presunción de la laboralidad establecida en el artículo 23.2 de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo.

Así como se indicó los indicios de laboralidad, también es pertinente analizar en esta nueva forma de prestación de servicios, según el caso en concreto, los indicios de trabajo independiente, si en el fondo la prestación de servicios fue como trabajador independiente, otros sugieren como trabajador autónomo figura que no cuenta el país, sin embargo, es posible tomarse en cuenta como una forma de solución al problema. Carballo Mena⁷, refiere, que son indicios de autonomía, independencia de los trabajadores de plataforma: la fungibilidad, libre disponibilidad, titularidad del vehículo, motocicleta, bicicleta y teléfonos, que aporta el trabajador. En la práctica, los trabajadores de plataforma pueden ser sustituidos en el trabajo, pueden rechazar requerimientos, situación que no sucede en un trabajo subordinado tradicional. Conllevaría ello que los trabajadores de plataforma digital en el país, al realizar propiamente su actividad para la empresa de plataforma, realizan tanto labor independiente, autónoma, como a la vez labor subordinada.

Consideramos que es pertinente el otorgamiento de los siguientes derechos de los trabajadores de plataformas digitales: derechos a la seguridad y salud en el trabajo, derecho a la seguridad social: prestaciones de salud (cubrirse el 80% al 100% del tratamiento de enfermedades y accidentes), protección de los datos personales, ingreso mínimo, regularse el tiempo de trabajo, derecho a la desconexión digital. derecho a la sindicalización y negociación colectiva.

6. Conclusiones

En el mundo está en constante transformación, y esa transformación ocurre por la tecnología de la información y comunicación, cada vez surge nuevos aparatos tecnológicos, los países desarrollados, crean, distribuyen el avance tecnológicos, las empresas transnacionales apuntan hacia ese fin, que la humanidad cuenta y aproveche la tecnología, esta tecnología de la comunicación ha generado una nueva forma de hacer trabajo en el mundo, las plataformas digitales se usan en gran parte del mundo, esta nueva modalidad laboral, ha reactivado la economía mundial, la economía peruana, ha facilitado que muchos consumidores o clientes tengan sus pedidos a la brevedad posible, sin moverse de casa,

⁷ Carballo Mena, César. Dependencia Laboral. Encubrimiento y ambigüedad. <https://youtu.be/a-Rjl533ai8>

ha generado que los jóvenes peruanos y migrantes tengan ingresos por la labor que realizan.

Respecto al trabajo de los prestadores de servicios de plataforma digital, de que si existe vínculo laboral o no, si el trabajo es independiente, o trabajador subordinado, va depender del caso en concreto, caso por caso, para ello se va tener presente los elementos esenciales del contrato de trabajo, como son: prestación de servicios, subordinación y remuneración; especialmente la subordinación, sin embargo el análisis de este elemento en forma tradicional no ayudará a resolver o explicar la situación fáctica de los prestadores de servicios digitales; en el supuesto de que haya casos judiciales de trabajadores de plataformas digitales, que en la actualidad todavía no se tiene en el país, se recurriría por ejemplo a la Recomendación 198 de la OIT.

Los indicios de laboralidad, es pertinente analizarlos en esta nueva forma de prestación de servicios, según el caso en concreto, los indicios de trabajo independiente, si en el fondo la prestación de servicios fue como trabajador independiente, otros sugieren como trabajador autónomo figura que no cuenta el país, sin embargo, es posible tomarse en cuenta como una forma de solución al problema.

Consideramos que son derechos de los trabajadores de plataformas digitales, en el Perú: derechos a la seguridad y salud en el trabajo, derecho a la seguridad social: prestaciones de salud (cubrirse el 80% al 100% del tratamiento de enfermedades y accidentes), protección de los datos personales, ingreso mínimo, regularse el tiempo de trabajo, derecho a la desconexión digital. derecho a la sindicalización y negociación colectiva.

Comunicaciones

La ajenidad en los trabajos de plataformas digitales de reparto

Ángel Luis Delgado de la Matta*

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Sumario

1. Introducción
2. La ajenidad en el Derecho del Trabajo
3. La clasificación doctrinaria de la ajenidad
4. Dimensiones de la ajenidad en los trabajos de plataformas digitales de reparto
5. Conclusiones

Resumen

Este estudio analiza las diferentes manifestaciones de la ajenidad presentes en los trabajos de plataformas digitales de reparto. Aunque los factores de ajenidad no sean elementos fundamentales clásicos que determinen el contrato de trabajo, sirven como herramientas que refuerzan los elementos esenciales del contrato de trabajo y principalmente del componente de subordinación para definir la presencia del contrato de trabajo en este tipo de actividades lucrativas. En ese sentido, la ajenidad, por sí sola, incluso considerando todas sus dimensiones, no define de manera precisa que exista un contrato de trabajo en dicho ámbito, pero cuando las notas de ajenidad actúan agrupadamente desempeñan un papel crucial para respaldar el análisis del componente de subordinación, que es borrosa en este tipo de relaciones de plataformas, pero se concluye que además del análisis de la ajenidad, se debe adicionar al examen, los componentes de la potestad de dirección del empleador para tal fin, conducente a la protección del trabajo decente.

Palabras clave

Ajenidad, subordinación, dependencia, plataformas digitales, riders, trabajo decente.

* Maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). Presidente Filial Perú de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Guillermo Cabanellas. Arbitro Laboral Público y Privado registrado en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo del Perú.

1. Introducción

En los últimos años, ha habido un rápido avance y expansión en el ámbito laboral de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TICs), dando lugar a la aparición de plataformas digitales de reparto en la economía colaborativa¹, operadas por empresas tecnológicas. En estas plataformas participan proveedores, clientes finales y repartidores (llamados riders), conectados a través de dispositivos móviles para facilitar la recepción y entrega de alimentos, productos y mercancías a domicilio.

Este desarrollo ha transformado las relaciones laborales con el surgimiento de un nuevo modelo de negocio de plataformas digitales de reparto, reconfigurando el panorama laboral global. Esta transformación ha tomado mayor relevancia en el año 2020 con el impacto de la pandemia de Covid-19. Sin embargo, existen zonas grises que dificultan la identificación de la subordinación en las prestaciones de servicios de las plataformas digitales, lo que complica la determinación categórica de la existencia de un contrato de trabajo. Esto se debe a la falta de claridad y certeza en la clasificación de los repartidores o riders, lo que genera incertidumbre jurídica a nivel global sobre si son trabajadores dependientes o autónomos de la plataforma.

En ese sentido, es crucial considerar la evaluación de la ajenidad en sus distintos aspectos al analizar el grado de subordinación en las relaciones de trabajo de plataformas, las cuales no son tan notorias y pierden visibilidad, por lo cual necesariamente se tendrá que adicionar las notas de ajenidad para fortalecer dicho análisis de la presencia subordinación en este tipo de actividades lucrativas, pero además ampliar el estudio apoyados con los elementos de la potestad de dirección, con la finalidad de garantizar que los riders reciban el reconocimiento de sus derechos laborales y la protección social necesaria en el marco del trabajo decente.

Desde esta óptica, el reto en el mundo laboral global es que se debe iniciar un debate y destacar la problemática actual que se observa en los trabajos de plataformas digitales de reparto que aún se encuentra en transición ante los cambios tecnológicos constantes y los avances de la inteligencia artificial, por lo que estamos seguros de que este tema seguirá siendo objeto de análisis, críticas, debates y posibles modificaciones legislativas en un futuro cercano.

¹ La economía colaborativa, On-demand economy, Crowdsourcing, uber economy y otras formas de descentralización productiva, es un modelo económico en el que, fundamentalmente, los usuarios se aprovechan de las nuevas tecnologías para prestar, comprar, vender, compartir o alquilar bienes y servicios.

2. La ajenidad en el derecho del trabajo

La ajenidad en el Derecho laboral Peruano no se encuentra legislada específicamente o expresamente, sin embargo, está contemplada por la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, que aunque no representa un elemento fundamental clásico determinante del contrato de trabajo, la actuación de sus dimensiones funge de complemento y fortalecen el componente de subordinación, lo cual resulta crucial, por cuanto, permite clarificar las manifestaciones de subordinación que en la práctica no son muy notorias en ciertas relaciones de trabajo en la que pierden visibilidad.

Por otro lado, el problema radica en que la ajenidad se presenta tanto en el trabajo dependiente como en el trabajo autónomo, pero en contextos diferentes, toda vez que, para este último, deriva del corte civilista en las relaciones contractuales y actos jurídicos de naturaleza civil, pero que en el entorno del derecho del trabajo es pasible de emplearse como elemento coadyuvante de la subordinación².

En línea a lo anterior, el profesor Neves Mujica, J. (2009) en su libro “Introducción al Derecho del Trabajo” aludiendo a los componentes esenciales del contrato de trabajo señala: “La doctrina concuerda en que esos elementos son tres: prestación personal, subordinación y remuneración. La jurisprudencia nacional lo estableció así, ya desde hace buen tiempo. Pero la cuestión tiene en nuestro medio base normativa recién a partir de la dación de la Ley de Fomento del Empleo, que les atribuyó esa condición en su artículo 37, (hoy convertido en el artículo 4° del D.S. 003-97-TR, TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral). Es claro, pues, que todos ellos y sólo ellos, configuran una relación como laboral”³.

En ese orden de ideas, y centrándonos en la ajenidad, a diferencia del trabajo autónomo, el trabajador por cuenta ajena, aunque participe en la actividad económica ofreciendo sus servicios de manera voluntaria, personalizada y remunerada, lo hace sin asumir el riesgo y la incertidumbre asociados a dicha actividad. Esto se conoce como la ajenidad en los riesgos según la doctrina, entendida como “la

2 La subordinación, como elemento esencial del derecho laboral, fue planteada inicialmente por un autor clásico, Ludovico Barassi, en su obra “Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano”, cuya primera edición se publicó en 1901. Barassi caracterizó la subordinación como la completa y exclusiva sumisión del trabajador al poder de dirección y control del empleador. En términos generales, la doctrina latinoamericana reconoce la subordinación como un elemento clave para la existencia del contrato de trabajo y, por ende, para establecer el alcance del derecho laboral. Es importante señalar que gran parte de esta doctrina, aunque reafirma la naturaleza esencial de la subordinación, sostiene que este factor no es exclusivo para dicha determinación y puede ir acompañado de otros elementos como la naturaleza personal del trabajo, la voluntariedad, la ajenidad y la onerosidad.

3 El TUO del D. Leg. 728, Ley de Productividad y Competitividad laboral, aprobado mediante el D.S. 003-97- TR en su artículo 4 establece: En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. Asimismo, consideramos que la doctrina y jurisprudencia concuerdan con el contenido del artículo 9° del mismo cuerpo normativo que señala: “Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador (...)”.

desconexión del trabajador con los beneficios, riesgos y costes derivados de la actividad económica o empresarial⁴. Desde el comienzo de la relación laboral, los beneficios económicos derivados del trabajo y la productividad del empleado recaerán directamente en el patrimonio del empleador, no en el suyo propio, lo que ilustra la noción de ajenidad en los frutos. En el sentido que hemos indicado, se podría afirmar que “los frutos del trabajo son atribuidos inicial y directamente a persona distinta de la que ejecuta el trabajo, una atribución originaria que es previa a la ejecución del trabajo. Los frutos son “claramente objetos”, y el contrato de trabajo es el título jurídico por el cual se opera el cambio⁵.”

Sobre el particular, Ojeda Avilés, A (2007)⁶, sostiene en primera instancia que tanto la ajenidad como la subordinación no serían elementos suficientes para determinar la existencia de un contrato de trabajo, pero termina agregando que debe analizarse el poder directivo continuo como causa del contrato de trabajo, es decir, analizar la ajenidad y la subordinación en su conjunto, a fin que estos dos conceptos se fortalezcan mutuamente para un mismo fin, pero también puntualiza, que implica adicionar el estudio de la “potestad de dirección y reglamentación para hacer efectiva la relación laboral⁷”.

En ese sentido, en el Derecho del Trabajo, la subordinación por si sola, de manera aislada no podría determinar con certeza si estamos frente a un contrato laboral, por lo que se ve obligada a buscar un aliado estratégico: La ajenidad. Por consiguiente, los factores de ajenidad amplifican el campo de acción de la subordinación a efectos que se pueda determinar cuando estamos frente al trabajo bajo dependencia o trabajo autónomo⁸.

3. Clasificación doctrinaria de la ajenidad

La doctrina categoriza el aspecto de ajenidad, identificando la siguiente tipología:

Ajenidad en los riesgos. La ajenidad en los riesgos se define como la separación del trabajador con

⁴ Ginès i Fabrellas, A. y Gálvez Durán, S. “Sharing economy vs. Uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des) protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital”. Indret, Revista para el análisis del Derecho, número 1, año 2016, página 12.

⁵ Ojeda Avilés, A, “Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato”, Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho, número 60, año 2007, página 381.

⁶ Ibidem <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200701.013>

⁷ Ruíz, R. (2009). Tesis: Teorías que explican la subordinación. Centro de investigaciones Socio-Jurídicas. https://repository.unab.edu.co/bitstream/handle/20.500.12749/8549/2010_Teor%C3%ADas_que_explican.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁸ En línea a lo señalado por Todolí Signes, A, (2018) “(...)es necesario buscar nuevas herramientas que permitan identificar correctamente a los sujetos que necesitan protección a pesar de que las formas organizativas hayan cambiado.” En ese sentido, somos de la idea que los indicios de laboralidad son muchos que se pueden advertir en los trabajos de plataformas, pero insuficientes para determinar una relación laboral, en consecuencia, tendremos que poner foco justamente a la ajenidad como factor de refuerzo complementario de la subordinación, sin dejar de considerar las manifestaciones del poder de dirección del empleador e incluso -derivado de nuestro estudio- examinar el ius variandi en este tipo de actividades de plataformas digitales de reparto.

respecto a los beneficios, riesgos y costos asociados a la actividad económica o empresarial. En las relaciones laborales por cuenta ajena bajo dependencia, un resultado negativo en la empresa no necesariamente impactará en el patrimonio del trabajador, ni reducirá los ingresos que recibe por su trabajo. El salario que el trabajador gana y la obligación del empleador de pagarlo seguirían siendo, en principio, los mismos. Como lo afirman Colin y Capitant, en el contrato de trabajo “los riesgos son todos para el dueño”. El trabajador presta su trabajo y por ello percibe un sueldo, mientras que el empresario corre con los distintos riesgos que puedan presentarse, sobre todo el del buen fin de la operación⁹.

Ajenidad en los frutos o rendimientos económicos. Los beneficios que resultan del trabajo del empleado y de su esfuerzo productivo se traducirán directa e inmediatamente en el patrimonio del empresario, no en el suyo propio (concepto conocido como ajenidad en los frutos). En línea con lo mencionado, se podría decir que los frutos del trabajo se asignan inicial y directamente a una persona diferente de quien realiza el trabajo, una asignación original que ocurre antes de la ejecución del trabajo. Los beneficios son claramente objetos, y el contrato de trabajo es el instrumento legal mediante el cual se efectúa este cambio. Un contrato cuyo objeto, no obstante, va a ser el trabajo mismo y no los mencionados frutos debido a que la división del trabajo impide obtener la unidad de valor durante el proceso¹⁰.

En opinión de Alonso Olea, la pertenencia originaria de los resultados del trabajo al empleador conduce a la potestad de dirección o control del mismo sobre la actividad del trabajador, para ordenar la calidad y cantidad del resultado y para coordinar el esfuerzo de cada uno con el de los demás en la empresa. Es así claro que la dependencia es inconcebible sin la ajenidad, y que la posición contraria no es cierta, concluye el mismo autor. En el fondo la ajenidad en los frutos habla de la propiedad del producto. El trabajador se relaciona con el producto de su trabajo como un sujeto extraño.

Ajenidad en los medios. Cuando hablamos de ajenidad en los medios o ajenidad en la titularidad de la organización, a diferencia del trabajo por cuenta propia, en el trabajo asalariado la ajenidad

9 La ajenidad en los trabajos de aplicaciones móviles no constituye un concepto nuevo, sino que son definiciones que han sido empleadas anteriormente. Como lo indica el profesor Pérez Amorós, F (2018), en su artículo jurídico “Sin frenos y sin contrato: A vueltas con la ajenidad laboral” quien al repasar la sentencia STS de 26 de febrero de 1986 (Ar. 560, RJ 1986/834; <https://supremo.vlex.es/vid/-76889901>), en alusión a la ajenidad en los riesgos, en la cual señala“(…)que el trabajador no asume los riesgos ni los beneficios del contrato de transporte existente entre la empresa y el cliente, no interviene en la fijación del precio del mismo, ni su retribución depende de su resultado; se limita fundamentalmente a aportar su actividad y a percibir la retribución que por ella le corresponde, que devenga por el hecho de realizarla. El que responda, no de los riesgos del transporte, sino de los perjuicios causados por su negligencia, no es más que una consecuencia del incumplimiento del deber que impone el artículo 5.a) del Estatuto de los Trabajadores (...)”.

10 Alonso Olea, M., Introducción al Derecho del Trabajo, en el resumen efectuado por Albiol Montesinos, I., “En torno a la polémica”, págs. 24–26.

suele aplicarse a todos los recursos productivos que son necesarios para llevar a cabo la actividad profesional de manera normal. En este contexto, es común que el empleado por cuenta ajena no sea el propietario ni de la actividad económica para la cual ofrece sus servicios remunerados ni del conjunto completo de recursos, tanto materiales como inmateriales, que hacen posible la ejecución de la labor.

Lo tradicional es que la empresa debe proporcionar a los empleados todos los recursos materiales necesarios para que la relación laboral se desarrolle de manera adecuada. Esto significa que la empresa, y no el empleado, es la propietaria de los medios de producción. Esta propiedad empresarial de los medios de producción justifica y respalda la ajenidad en los resultados mencionados anteriormente. Es lógico que, dado que los medios de producción utilizados por los trabajadores son propiedad del empresario, también lo son los resultados, o frutos de la actividad económica, es decir, el esfuerzo productivo de los empleados¹¹.

Ajenidad en el mercado. Según esta interpretación de la ajenidad en la relación laboral, el contrato de trabajo separa al empleado del mercado, ya que los bienes o servicios son distribuidos por el empresario, quien, como hemos mencionado, es el poseedor inicial de los medios de producción, actuando como intermediario entre el empleado y el cliente. En la teoría de la ajenidad en el mercado el rasgo no siempre existe, dado a que el trabajador dependiente puede operar en el mercado y además tampoco sirve para diferenciar al trabajador autónomo quien puede no operar en el mercado¹².

Al respecto, Ojeda Avilés, A (2017) señala que el mercado es un ente polimorfo, al que hasta los grandes fabricantes acceden a través de grandes empresas distribuidoras o comercializadoras, en

11 De acuerdo al estudio del profesor Todolí Signes, A. (2018) "Nuevos indicios de laboralidad aplicables a las empresas que prestan servicios a través de plataformas digitales". Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la seguridad social. p 561 – 568. 2018, agrega a esta clasificación aspectos de ajenidad como la de la propiedad de la información: "Quién controla la información (datos de los clientes, precios, calidad del servicio prestado) muy probablemente sea el empresario. Esto no es más que una adaptación de la clásica ajenidad patrimonial y es que en el mundo digital la mayoría de los negocios no necesitan fábricas o maquinaria para funcionar sino información y datos. Por lo que el propietario de los datos será el empresario igual que lo ha sido siempre el propietario de la fábrica."

12 Según Alarcón Caracuel, M.R., "La ajenidad en el mercado: Un criterio definitorio del contrato de trabajo" Civitas, n.º 28, 1986, establece "(...) La propiedad industrial, además, será el verdadero medio de producción que permitirá al negocio funcionar (con ello se vislumbra también la ajenidad patrimonial clásica). Conseguir clientes hoy en día es la parte más importante de cualquier negocio –y proceso productivo de una empresa–, por lo que el propietario de la marca, muy probablemente, sea a su vez el propietario del medio de producción más importante.(...)Por otra parte, respecto a la exigencia de dependencia, recordemos que actuar bajo una marca ajena implica seguir sus directrices e instrucciones dado el interés del empresario propietario de la marca de mantener su buen nombre –como lo haría con trabajador laboral–. Es decir, si actúas bajo una marca que no es la propia, de una forma u otra estarás subordinado a esa marca. Por todo ello, prestar servicios bajo una marca ajena –como ocurre en la Gig economy– parece que, a priori, cumpliría las dos características distintivas del contrato de trabajo; la ajenidad (mercado y patrimonio) y la dependencia."

una extraña y frecuente ajenidad “b to b”. Centros comerciales, cooperativas de autónomos, marcas franquiciadoras, canales de televisión, exponen diversos tipos de intermediación en una sociedad-red donde la ajenidad en el mercado no puede suministrar, aunque pudiera, la necesaria nitidez en este asunto¹³.

Finalmente, con relación a la teoría de la ajenidad en el mercado, el profesor Todolí Signes, A (2018), señala que el trabajador, aunque trate directamente con los clientes, si lo hace bajo el paraguas de una marca ajena estará beneficiando o perjudicando dicha marca como lo haría un trabajador laboral y no su negocio como lo haría un autónomo.

4. Dimensiones de la ajenidad en las plataformas digitales de reparto

Actualmente persiste un debate controversial significativo sobre cómo clasificar a los repartidores de plataformas digitales de reparto, por cuanto, carece de claridad jurídica las relaciones en términos de su dependencia o autonomía en este tipo de actividades lucrativas. Esto se refleja en la falta de determinación de los elementos esenciales de los contratos laborales, lo que hace necesario identificar el componente de subordinación en estas actividades de reparto para definir si se trata de una actividad laboral dependiente o simplemente de trabajo autónomo.

Del análisis de las características de ajenidad presentes en las actividades de plataformas digitales resultan ser rasgos útiles que refuerzan los indicios de subordinación, especialmente cuando los elementos esenciales del contrato de trabajo no están claramente definidos en el entorno virtual como es el caso de los trabajos de plataformas de reparto. Esta aplicabilidad de las notas de ajenidad puede ser especialmente relevantes en situaciones donde la subordinación es ambigua y borrosa debido a la naturaleza tecnológica y virtual de las relaciones laborales, que a menudo se vuelven difíciles de discernir en las operaciones de plataformas digitales.

En opinión de Otero Gurruchaga, C (2018), en su artículo científico denominado “El complicado encaje de los trabajadores de la economía colaborativa en el Derecho Laboral. Nuevos retos para las fronteras de la laboralidad”, en parte de su resumen señala que: “(...) Este nuevo tipo de prestaciones de servicios, tradicionalmente eran realizadas por empleados por cuenta ajena, comporta una serie de particularidades, como un mayor grado de independencia y una desvirtuación de la ajenidad, que la alejan del clásico concepto de empleo por cuenta ajena, creando cierta incertidumbre jurídica a la

13 En general, Ojeda Avilés señala dentro de su tipología a “la Ajenidad en la utilidad patrimonial, como perfeccionamiento o ampliación de la teoría de los frutos, el concepto de utilidad patrimonial elude las limitaciones en que incurre la de ajenidad en los frutos, y de otro lado, a la teoría de la Ajenidad en la titularidad de la organización, muy influida por la teoría de la ajenidad en los frutos, a la cual considera la explicación más coherente en la atribución del poder de dirección, entendiendo a la dependencia como “mera consecuencia de la ajenidad en los frutos” a los riesgos como un efecto de la titularidad de los dichos frutos, esta teoría parte del momento originario para reflexionar sobre la traslación que se produce.”

hora de encuadrarlos en nuestro Derecho”¹⁴.

De otro lado, en alusión a la ajenidad el profesor español Pérez Amorós, F (2018), señala que: “(...) Así pues, siempre resulta que para el juzgador la clave está en la ajenidad, y por derivación en la dependencia, aunque sea, como hoy día ocurre por más que se trate de una ajenidad y dependencia 4.0, es decir una ajenidad y dependencia digital distinta de la industrial histórica¹⁵. Por su parte, Fassioli Fajardo, A (2022), en su investigación denominada “Plataformas digitales de la Gig Economy y su impacto en las relaciones laborales en el Perú”, establece que a través del aspecto dogmático-jurídico ha sido posible concluir que los conceptos de subordinación y ajenidad pueden encontrarse presentes en los servicios presenciales desarrollados por medio de plataformas digitales de la Gig Economy, adecuándolos a esta novedosa forma de prestar servicios¹⁶.

Como resultado del análisis de las actividades en los trabajos de plataformas digitales, se deduce que el factor de ajenidad adquiere importancia al fortalecer la visibilidad de los elementos esenciales del contrato de trabajo: la prestación personal, la remuneración y el factor central de estos tres elementos, la subordinación como componente esencial por excelencia. Por lo tanto, las diversas dimensiones de la ajenidad en la doctrina, como la ajenidad en los riesgos, en los frutos, en los medios, en el mercado, etc, cuando se consideran en conjunto, pueden constituir una herramienta poderosa que fortalece el campo de acción de la subordinación a fin de que cumpla su rol de determinar que la relación de los repartidores es dependiente a las plataformas digitales de reparto.

Por otra parte, debemos señalar que en una relación bajo dependencia tradicional los riesgos y los frutos que puedan resultar del negocio serán absolutamente de la empresa mas no tendrían que afectar dichos riesgos al trabajador, es decir que todos los riesgos, frutos y la totalidad de los recursos productivos que permiten o posibilitan el normal desarrollo de la actividad principal de la empresa, en principio, le son ajenos al trabajador, porque una sencilla razón, no le son propios, y por ende, el trabajador solo espera su salario pactado por su trabajo. Sin embargo, causa sorpresa lo que ocurre en las actividades de plataformas digitales en la que el repartidor no siendo titular de la actividad económica de plataformas de reparto para la que presta sus servicios retribuidos, es el titular de los medios de producción, por cuanto, para la realización de la prestación de los servicios del dueño de la plataforma de reparto, aporta las herramientas, los recursos, materiales o inmateriales que posibilitan

14 Otero Gurruchaga, C. (2018). “El complicado encaje de los trabajadores de la economía colaborativa en el Derecho Laboral. Nuevos retos para las fronteras de la laboralidad.” Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6295112>

15 Ibidem.

16 Fassioli Fajardo, A. E. (2022). “Plataformas Digitales de la Gig Economy y su impacto en las relaciones laborales en el Perú: Definiendo la presencia de la subordinación y la ajenidad.” Universidad Ricardo Palma. Lima. Perú. <https://repositorio.urp.edu.pe/server/api/core/bitstreams/36387dec-46c5-4bdd-9656-9d90dec0fbc2/content>

el ejercicio de la actividad de reparto por aplicativos móviles, y ello, se manifiesta en la contribución de la motocicleta, la bicicleta, el equipo móvil, la compra de la mochila y el uso de la casquilla con el logotipo de la empresa, lo que incluye los costos vinculados a estas como gastos de gasolina, mantenimiento y reparación del vehículo, documentos de licencias, pago de los datos móviles, etc.

Existe entonces un contrasentido con lo definido por la doctrina respecto de la ajénidad en los riesgos, en los frutos, en los medios y en el mercado, dado a que los repartidores al ser dependientes de la plataforma, es lógico que debería ser la que ponga a disposición de los empleados todas las herramientas y equipos de trabajo que posibiliten el normal desenvolvimiento de su plataforma en la prestación de los servicios de reparto, sin embargo, a pesar que no es la empresa sino el trabajador el titular de los medios de producción, se distorsionan las notas de ajénidad, puesto que el repartidor no participa de los frutos, ni del mercado, es decir, que a pesar que el repartidor tiene la titularidad de los medios de producción es totalmente ajeno a la administración y organización de la plataforma, y a todo lo demás pues solo espera su salario, no participa en los frutos ni en el mercado y pero aún no se lucra con la marca a pesar que lleva el distintivo de la empresa, lo cual tiene un costo o valor agregado en el mercado que representan costos que se ahorra el dueño de la plataforma digital.

A raíz de este particular cambio, se ve trastocado los conceptos de la ajénidad planteados en la doctrina y en la jurisprudencia, por cuanto vemos en la realidad que el riesgo y costo de los medios de producción que son tradicionalmente de responsabilidad del empleador ahora han sido trasladados al repartidor bajo su costo y riesgo, sin participación de los frutos ni del mercado, en contraposición a lo definido doctrinaria y jurisprudencialmente.

Finalmente, según la doctrina los medios de producción suelen generar los frutos y beneficios, sin embargo, el trabajador no participa de ellos, a pesar de su aportación en los medios de producción que conlleva a que concrete la prestación de los servicios el dueño de la plataforma, lo cual refleja, desde ya, una distorsión de las teorías de la ajénidad propuestas por la doctrina y la jurisprudencia. Este cambio en la realidad ha alterado totalmente la responsabilidad y costos respecto de la ajénidad en los medios y en los riesgos, convirtiendo las condiciones de trabajo de los repartidores sean aún más precarias de las que ya son, alejándose aún más del respeto irrestricto y protección al trabajo decente.

5. Conclusiones

Las dimensiones de la ajénidad presentes en los trabajos de plataformas digitales de reparto, aunque no sean elementos fundamentales clásicos que determinen el contrato de trabajo, sirven como herramientas que refuerzan a los elementos esenciales y principalmente al componente de subordinación para determinar la presencia del contrato de trabajo en este tipo de actividades lucrativas.

Las manifestaciones de ajenidad en este tipo de relaciones de plataformas digitales de reparto han sido distorsionadas con respecto a la clasificación doctrinaria y jurisprudencial. Dicha alteración de la ajenidad se presenta mayormente en los medios de producción y en los riesgos, lo cual se ve reflejado en los materiales y equipos de trabajo que aportan los repartidores para llevar a cabo el objeto económico principal de la empresa de plataformas digitales. Con el agravante que no gozan de ninguna participación en los frutos, ni en el mercado, pese a beneficiar a la plataforma con ahorro de costos que involucran. Lo que ocurre es un traslado de los costos y riesgos al repartidor quien es ajeno absoluto de toda la organización, situación que acentúa e incrementa las condiciones de precariedad en la que se encuentran los repartidores, sumado a su falta de reconocimiento de beneficios sociales y la protección social respectiva, en el marco del trabajo decente.

Comunicaciones

La protección de datos personales de los trabajadores en el proceso de transformación digital

V. Marithsabel Rodríguez Ruiz*

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
de Lima-Perú

Sumario

1. Introducción
2. La protección de datos personales en la era digital
 - 2.1. En la Unión Europea
 - 2.2. En América Latina
3. La protección de datos en el Perú
 - 3.1. Carencia de normatividad específica
 - 3.2. El marco normativo general
4. Aspectos teóricos que considerar
 - 4.1. El derecho de la privacidad
 - 4.2. La seguridad jurídica
 - 4.3. La autodeterminación de la información
5. Propuesta de solución
 - 5.1. Los antecedentes internacionales
 - 5.2. Revisión de la normativa peruana
6. A modo de conclusión

* Abogada Laboralista y servidora en el Poder Judicial del Perú, con estudios de Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima-Perú.

Resumen

El artículo, desde una perspectiva jurídica y social, aborda un tema de creciente importancia en el ámbito laboral: la armonización de los avances tecnológicos con el derecho a la privacidad y la protección de datos personales de los trabajadores. En un contexto donde el teletrabajo y el uso de tecnologías de monitoreo están en auge, se busca llenar un vacío legal significativo, proponiendo una interpretación normativa que equilibre eficazmente estos dos aspectos en conflicto.

Palabras clave

Protección de datos, Covid-19, Teletrabajo, Convenios de OIT, seguridad jurídica.

1. Introducción

Antes de empezar con el tema, es necesario señalar que el presente artículo es producto de la pasantía académica de Perfeccionamiento en Relaciones Laborales y Protección Social, "Los Derechos Fundamentales y el Derecho del Trabajo ante el proceso de transformación digital", organizado por la Universidad Alcalá de España, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Universidad San Martín de Porres de Lima-Perú, que se llevó a cabo en la Universidad de Alcalá del 25 de septiembre al 8 de octubre de 2023. En la cual vinculamos los conocimientos teóricos con situaciones reales, en otras palabras, a la aplicación práctica de nuestra formación como estudiantes y egresados de la Maestría en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

En estos tiempos nos encontramos en un escenario global marcado por la era digital con las nuevas tecnologías y la cuarta revolución industrial que posibilitaron otras formas de trabajar¹. Así, en la pandemia del Covid-19² se ha propiciado el uso especial del teletrabajo³. Esta modalidad, aunque eficiente en términos de continuidad laboral y reducción de riesgos sanitarios, ha desencadenado una serie de retos normativos, particularmente en el contexto peruano, donde el Decreto Supremo 010-2020-TR y la reciente Ley de Teletrabajo (Ley 31572) buscan regular esta nueva realidad laboral.

Por ello, este artículo aborda un tema de creciente importancia en el ámbito laboral moderno: la armonización de los avances tecnológicos con el derecho a la privacidad y la protección de datos personales de los trabajadores. En donde el teletrabajo y el uso de tecnologías de monitoreo están en auge, se busca llenar un vacío legal significativo, proponiendo una nueva norma que equilibre estos dos aspectos. Se desarrolla en cuatro apartados: i) tratamos la protección de los datos en la era digital, ii) la protección de los datos en el Perú, iii) desarrollamos los aspectos teóricos que considerar; finalmente, iv) planteamos una propuesta tentativa de solución para el caso peruano.

1 Tenemos la utilización masiva y sin precedente del teletrabajo, los startups, la uberización, las plataformas digitales, etc. El término *Uber* generalmente es definido como una compañía de tecnología transportista, que desde sus comienzos buscó ser una solución a los problemas de transporte comunes en las grandes ciudades. Pero la precarización del empleo llevó a conocerse o denominarse la *uberización* del trabajo.

2 Usamos el acrónimo Covid-19 (formado en inglés de *Corona Virus Disease* y 2019) en masculino, por influjo del género de coronavirus y de otras enfermedades virales como el zika, el ébola, etc.

3 El término teletrabajo se forma de dos vocablos: tele y trabajo, y provienen de *Teleu* (griego) distancia o lejos, y *Tripaliare* (latín) trabajar. Así nace el Teletrabajo como una forma de organización laboral fuera o lejos del centro de trabajo cotidiano utilizando las tecnologías de información y comunicación. como el lugar destinado por disposición pública y/o de la empresa o institución. Con el Covid-19 se logró que los trabajadores desarrollaran las actividades que previamente fueron definidas como teletrabajables con el objetivo de mantener el trabajo y enfrentar la pandemia.

2. La protección de datos personales de los trabajadores en la era digital

En la actual era digital, con la reconfiguración significativa de las relaciones laborales, se pone énfasis especial en la protección de los datos personales de los trabajadores. Esta tendencia significa variaciones en las regulaciones y prácticas reflejando diferencias en las culturas laborales y en los enfoques legislativos. Además, la pandemia ha acelerado la necesidad de actualizar las regulaciones relacionadas con el teletrabajo que es la expresión de una de las nuevas modalidades de trabajo. En ese sentido, se reconoce que el teletrabajo ha llegado para quedarse, necesitando un enfoque regulador continuo y adaptable, que incluye consideraciones sobre el equilibrio entre la vida laboral y personal, y especialmente el derecho a la protección de los datos personales.

2.1. La protección de datos personales de los trabajadores en la unión europea

En el contexto señalado, la protección de datos personales de los trabajadores ha adquirido importancia crítica. La implementación del Reglamento General de Protección de Datos en la Unión Europea, junto con leyes nacionales de los países europeos, ha establecido un marco regulatorio estricto para la recopilación, uso y manejo de datos personales de los trabajadores, incluyendo la necesidad de políticas de privacidad y restricciones en la transferencia de datos de empleados al extranjero o a terceros⁴. Además, se ha observado un aumento en el número de acuerdos colectivos sobre teletrabajo durante la pandemia, particularmente en sectores con arreglos existentes y se han desarrollado nuevos acuerdos como en los servicios públicos, educación y salud, destacando cómo el teletrabajo se está convirtiendo rápidamente en una forma establecida de organización del trabajo en la UE.

2.2. La protección de datos personales de los trabajadores en América Latina

En América Latina, la confidencialidad de datos personales en entornos virtuales y los límites impuestos a los empleadores en su uso constituyen un área de creciente interés y desarrollo normativo, influenciado por las tendencias globales y legislaciones internacionales como el de la Unión Europea. Brasil se destaca en la región con la *Lei Geral de Proteção de Dados*, vigente desde agosto de 2020, que armoniza el manejo de datos personales en línea con estándares internacionales, imponiendo obligaciones de cumplimiento significativas a las empresas que operan en el país. Esta ley se aplica a cualquier entidad legal que procese datos personales en Brasil, exigiendo un consentimiento explícito y detallado de los titulares de los datos (TMF Group, 2019). Por otro lado, Colombia cuenta con una legislación robusta

⁴ Mayer Brown. (2018). A Global Guide to Employee Data Privacy.

desde 2012, la cual ha sido actualizada para incluir pautas sobre el almacenamiento y tratamiento de datos personales, así como la necesidad de políticas de datos y un oficial de protección de datos en las empresas (TMF Group, 2019; Latin Lawyer, 2021).

México, con su Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares desde 2010, y Argentina, con su marco legal establecido por la Ley 25.326/2000, también han desarrollado sistemas integrales de privacidad. En México, la INAI es una autoridad activa en la supervisión y aplicación de la ley (Abierto al público, 2020), mientras que, en Argentina, la AAIP se encarga de hacer cumplir la ley de protección de datos. Panamá y Uruguay han implementado medidas adicionales de protección de datos en 2021, reflejando un esfuerzo por alinear sus legislaciones con estándares internacionales (Latin Lawyer, 2021). Esta alineación normativa es crucial dada la relevancia de la UE en los mercados latinoamericanos. En este contexto, los empleadores deben navegar por un marco legal complejo, asegurando la protección de los datos personales y cumpliendo con las obligaciones de transparencia y consentimiento para evitar sanciones y promover un entorno laboral seguro y conforme a la ley.

3. La protección de datos personales de los trabajadores en el Perú

Con la ley actual del teletrabajo en el Perú⁵, se impone a los empleadores asumir los costos relacionados con el equipo y los gastos derivados del teletrabajo, incluyendo electricidad e Internet, y mantener la responsabilidad por la seguridad y salud en el trabajo. Además, se les exige proporcionar capacitación en diversos temas y respetar la privacidad y confidencialidad de las comunicaciones y documentos del trabajador. Pero, a pesar de estas regulaciones, existe un desconocimiento generalizado del derecho a la protección de datos personales tanto en la población como entre las autoridades, lo que podría llevar a infracciones de este derecho fundamental, especialmente en un entorno laboral donde el trabajador es la parte más vulnerable.

3.1. Carencia de normatividad específica

En efecto, existe ausencia de regulación concreta sobre la protección de datos personales de los trabajadores frente a las libertades generadas o implícitas en las relaciones contractuales por parte de los empleadores⁶. Esta falta de regulación específica dificulta el establecimiento de límites adecuados

⁵ Esta ley de Teletrabajo en el Perú presenta desafíos en términos de regulación del monitoreo y supervisión de los trabajadores, especialmente en lo que respecta a la geolocalización y otros métodos de seguimiento, lo que puede llevar a violaciones de derechos y a una falta de claridad en las prácticas laborales.

⁶ Zamudio Salinas (2021) identifica en el Perú una carencia de regulación específica sobre la protección de datos personales de trabajadores en el entorno laboral, especialmente en lo que respecta al tratamiento de datos geolocalizados. Destaca la ausencia de criterios jurisprudenciales y administrativos, lo que, junto al uso creciente de la tecnología de geolocalización en tiempo real, y monitoreo, por parte de empleadores, propicia una posible violación de derechos fundamentales.

para el control laboral, potenciando la vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores. Esta situación subraya la necesidad urgente de abordar y resolver esta problemática, con el fin de garantizar un equilibrio entre los derechos de privacidad de los trabajadores y las necesidades de supervisión y control por parte de los empleadores. Por tanto, aunque el Perú cuenta con un marco legal general para la protección de datos personales, incluyendo en el contexto del teletrabajo, la eficacia de su implementación y la concienciación sobre estos derechos y obligaciones sigue siendo un desafío crucial.

Asimismo, la actual legislación peruana sobre el teletrabajo no define claramente los límites y alcances del derecho a la privacidad de los trabajadores, lo que lleva a una práctica variada y, a veces, excesiva de supervisión y monitoreo por parte de los empleadores, infringiendo potencialmente la privacidad de los trabajadores. Por otra parte, la interpretación y aplicación de los principios de protección de datos personales son inadecuadas o insuficientes, lo que resulta en un desequilibrio entre la privacidad de los trabajadores y las necesidades de supervisión de los empleadores.

3.2. El marco normativo general

En el ámbito sobre privacidad de datos personales en el contexto de la era digital en el Perú, la Constitución Política emerge como un marco normativo fundamental. No solo establece los principios y derechos básicos que rigen, sino que provee el fundamento legal para la protección de datos personales y la privacidad de los trabajadores con las necesidades de supervisión y control por parte de los empleadores.

El Convenio 67 de la OIT, ratificado por Perú, se enfoca en las horas de trabajo y el descanso en el transporte por carretera. Aunque no directamente relacionado con el teletrabajo o la privacidad de datos, su enfoque en las condiciones laborales puede ayudar para el equilibrio entre la vida laboral y personal en el trabajo, sugiriendo posibles enfoques para una regulación que respete tanto las necesidades laborales como la privacidad de los trabajadores⁷. También el Convenio 177 de la OIT sobre el trabajo a domicilio⁸.

La Ley de Protección de Datos Personales del Perú, Ley 29733, establece un marco fundamental para

⁷ La OIT no cuenta con un convenio específico que regule el teletrabajo; pero, en diversos documentos utiliza un concepto general: “El teletrabajo se define como el uso de tecnologías de la información y las comunicaciones, como teléfonos inteligentes, tablets, computadoras portátiles- para trabajar fuera de las instalaciones del empleador” (OIT, 2020, p.1)

⁸ Consideramos que es la fuente reguladora del teletrabajo por dos razones: la primera, el concepto de trabajo a domicilio es muy similar al de teletrabajo porque en ambos el trabajador realiza una prestación a favor de un empleador fuera del centro de trabajo, con la diferencia que no se utilizan las TIC que son imprescindibles en el teletrabajo. Segunda, en el C177 se reconocen los derechos básicos de los trabajadores que prestan servicios fuera del centro de trabajo en general en la perspectiva de lograr un trabajo decente.

la privacidad en el ámbito laboral, especialmente en el teletrabajo. Sus principios de consentimiento, proporcionalidad y transparencia son clave para evaluar las prácticas de monitoreo de los empleadores y su conformidad con la protección de datos. Esta ley es esencial para definir los límites del monitoreo laboral, abriendo posibilidades para mejorar la normatividad en la protección de datos personales y la privacidad.

El Decreto Supremo 007-2002-TR, regula aspectos del tiempo de trabajo, adquiere relevancia en el estudio del teletrabajo, especialmente en la utilización de tecnologías como el GPS. Este decreto ofrece perspectivas sobre los límites legales y éticos de estas tecnologías, sugiriendo la necesidad de un equilibrio entre eficiencia laboral y respeto a los derechos de los trabajadores, y plantea la posibilidad de futuras adaptaciones normativas para una mejor protección de la privacidad en el trabajo.

El Código Civil y Penal del Perú complementan este marco, abordando las consecuencias legales de violaciones a la privacidad, como las surgidas de la geolocalización. Estos códigos son fundamentales para entender las implicancias legales del uso indebido de datos personales, resaltando la importancia de medidas legales adecuadas y el cumplimiento normativo en el uso de tecnologías de monitoreo en el trabajo.

La Ley del Teletrabajo, Ley 31572, promulgada en 2022, regula el teletrabajo en Perú, enfocándose en el equilibrio entre vida laboral y personal. Esta ley, junto con la Ley 29733 y el Decreto Supremo 007-2002-TR, forma un marco normativo integral que guía la protección de datos personales y privacidad en el entorno laboral⁹.

4. Aspectos teóricos que considerar

La protección de datos personales se ha convertido en un tema de relevancia global, impulsado en gran medida por el avance tecnológico y la digitalización de las actividades laborales. La recopilación, almacenamiento y análisis de datos de geolocalización de los trabajadores plantea cuestionamientos sobre la privacidad, la autonomía individual y los derechos fundamentales en el entorno laboral. Para abordar estas cuestiones de manera integral, es esencial recurrir a los aspectos teóricos; así tenemos, el concepto de privacidad, la seguridad jurídica, y la teoría de la autodeterminación de la información.

4.1. El derecho a la privacidad de los trabajadores

En el actual contexto jurídico mundial, la expansión del teletrabajo ha suscitado cuestiones críticas

⁹ Cabe señalar, que la primera ley sobre el teletrabajo se aprobó el 5 de junio del 2013, la Ley 30036, que regulaba el teletrabajo en el Perú y lo definía en su artículo primero como una modalidad especial de prestación de servicios caracterizada por la utilización de las TIC en las instituciones públicas y privadas.

en torno al derecho a la privacidad de los trabajadores. Este fenómeno, emergente y ampliamente adoptado, ha llevado a considerar la necesidad de una regulación específica que equilibre los derechos fundamentales de los trabajadores con las prerrogativas de supervisión y control por parte de los empleadores. De lo que se trata entonces es de delimitar estas fronteras dentro de un esquema legal, respetando el derecho a la privacidad y la dignidad humana, en consonancia con los principios de protección de datos y el secreto de las comunicaciones.

Se entiende que se trata de equilibrar los derechos de los trabajadores en el ámbito del teletrabajo con las necesidades de control y supervisión empresarial. No dudamos que los principales sujetos beneficiados si se afronta esta problemática cabalmente, son los trabajadores que constituyen el grupo primordial beneficiado ya que establecer esta regulación busca proteger su privacidad y los derechos fundamentales. Además, permite a los trabajadores disfrutar de una mayor seguridad jurídica y protección de sus datos personales y favorece la optimización de otros derechos fundamentales como la vida privada y la intimidad. Pero no solo los trabajadores se beneficiarían, sino también las organizaciones sindicales y los empleadores, al contar con un marco legal claro y definido para la regulación de las relaciones laborales.

4.2. La seguridad jurídica como prioridad

Si bien es cierto que la falta de un marco legal específico para la protección de la privacidad y los datos personales de los trabajadores en el contexto del teletrabajo es un hecho prioritario, de lo que se trata es de encontrar una propuesta normativa que incorpore la protección de datos personales y la seguridad jurídica de los teletrabajadores, fomentando un entorno laboral más seguro y equitativo. La implementación de esta normativa tendría implicaciones prácticas significativas, al establecer límites claros y proporcionados al control empresarial, y al mismo tiempo, garantizar la protección de los derechos de privacidad de los trabajadores. Una manera de enriquecer los alcances jurídicos de esta nueva realidad consiste en analizar y evaluar los límites y alcances del derecho a la privacidad de los trabajadores en el marco del teletrabajo bajo la legislación actual, destacando las dinámicas de supervisión y monitoreo por parte de los empleadores, para identificar los vacíos legales y proponer mejoras normativas resaltando la interpretación y aplicación de los principios de protección de datos personales.

4.3. La teoría de la autodeterminación informativa

Esta teoría¹⁰, originaria del derecho alemán, conceptualiza el derecho de los individuos a tener

¹⁰ Por razones de espacio no podemos señalar las otras teorías también importantes como la Teoría del equilibrio entre privacidad y vigilancia que, en el ámbito laboral, busca encontrar un punto medio entre la necesidad de las organizaciones de supervisar y controlar la actividad laboral y el derecho a la privacidad de los empleados. La Teoría de los derechos fundamentales que se centra en la protección de la privacidad y otros derechos fundamentales de los trabajadores frente a las tecnologías de

control sobre el uso y la divulgación de sus datos personales. Esta teoría enfatiza la importancia de la autonomía personal en la gestión de la información propia, considerando que el manejo adecuado de los datos personales es un aspecto fundamental de la dignidad y libertad individual. Dentro de sus características, se destaca la promoción de la información y la participación del individuo en la toma de decisiones respecto a sus datos personales. Además, aboga por restricciones en la recopilación y uso de datos por parte de terceros, subrayando la necesidad de transparencia y responsabilidad en el tratamiento de la información personal (Bernal, 2016).

Gracias a esta teoría se aborda, como un marco conceptual clave, la relación entre privacidad de datos personales y el teletrabajo. También se puede examinar cómo la creciente adopción de tecnologías de geolocalización y otras herramientas de monitoreo en el ámbito laboral plantea interrogantes sobre la autonomía y la privacidad de los empleados. Si las prácticas actuales de monitoreo laboral respetan el principio de autodeterminación informativa, particularmente en lo que respecta al consentimiento informado y la participación de los empleados en la gestión de sus datos. También considera la adecuación de las normativas existentes y su capacidad para proteger eficazmente los derechos de privacidad de los trabajadores en un entorno de teletrabajo, donde la línea entre la vida personal y profesional puede ser más difusa.

Con esto podría incluir requisitos más estrictos de consentimiento informado para el uso de datos personales, medidas de transparencia en el monitoreo laboral y la implementación de límites claros sobre qué datos pueden ser recopilados y cómo pueden ser utilizados. Además, se contempla la posibilidad de establecer mecanismos que permitan a los trabajadores una participación más activa en la decisión sobre cómo se manejan sus datos en el lugar de trabajo, así como la promoción de una cultura de privacidad y responsabilidad tanto para empleadores como para empleados.

5. Propuesta tentativa de solución a la realidad peruana

Consideramos necesario mejorar la protección de datos personales y la privacidad de los trabajadores en el contexto del proceso de transformación digital. Para ello, se recurre a los antecedentes internacionales que considerar y se revisa la normatividad peruana.

5.1. Los antecedentes internacionales

En el contexto de la evolución normativa sobre la protección de datos personales en Europa, Baz Rodríguez (2019)¹¹, en su artículo, examina la protección de datos y la garantía de los derechos digitales

seguimiento y vigilancia. Finalmente, la Teoría de la proporcionalidad y la razonabilidad que se centra en analizar si las medidas adoptadas por una entidad, en este caso, un empleador, son proporcionales a los fines que se persiguen, como el control del desempeño laboral, y si estas respetan los derechos de los individuos involucrados.

11 Baz Rodríguez, J. (2019), Protección de datos y garantía de los derechos digitales laborales en el nuevo marco normativo europeo e interno (RGPD d 2016 y LOPDP-GDD 2018).

laborales en el marco del nuevo modelo regulatorio europeo y español.

La investigación se llevó a cabo con un enfoque analítico y crítico sobre las disposiciones del Reglamento General de Protección de Datos de la UE y su transposición a la legislación interna mediante la Ley Orgánica 3/2018 de España. La finalidad de este examen es discernir cómo estas normativas han redefinido la privacidad del trabajador y regulado el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, abarcando aspectos como la videovigilancia, la geolocalización y el monitoreo de las comunicaciones electrónicas. El método utilizado por el autor se basa en el análisis documental y jurídico, cuyo alcance abarca tanto la normativa comunitaria como la legislación interna española. Las conclusiones resaltan la necesidad de una regulación detallada y proponen la necesidad de una mayor claridad en la normativa para fortalecer la seguridad jurídica y la protección de la privacidad de los trabajadores en la era digital.

Jiménez (2021) en España, examina la dialéctica de los derechos fundamentales del trabajador y las prerrogativas de supervisión del empresario dentro de la esfera laboral. Destaca la condición no absoluta del derecho a la intimidad, que puede verse modulado ante otros imperativos constitucionales. Además, distingue el derecho a la protección de datos personales, considerado como un atributo de la libertad individual en cuanto a la autodeterminación informativa frente a terceros. También Moore (2021), exploró las implicancias legales y los retos que emergen en el ámbito laboral debido a la adopción de nuevas tecnologías y a la necesidad de proteger los datos personales.

5.2. Revisión de la normatividad peruana

Se sugiere una revisión y posible ampliación de normas como la Ley de Protección de Datos Personales y el Decreto Supremo 007-2002-TR, adaptándolas a los retos que presenta el uso creciente de tecnologías de monitoreo. Las recomendaciones se enfocan en asegurar un equilibrio entre los derechos de privacidad de los trabajadores y las necesidades de supervisión de los empleadores, orientando hacia reformas legislativas o interpretaciones judiciales que aborden de manera efectiva la intersección entre tecnología, trabajo remoto y protección de datos.

Se propone una solución que consiste en la modificación de la legislación vigente para abordar de manera efectiva y específica los límites y alcances del derecho a la privacidad de los trabajadores. Dicha propuesta se centra en los siguientes puntos importantes. Refinar la terminología legal para ofrecer una definición clara y detallada de lo que constituye la privacidad y los datos personales en el contexto del teletrabajo, asegurando que estas definiciones estén en concordancia con los estándares internacionales de protección de datos. Proponer límites claros y proporcionales para las prácticas de supervisión y monitoreo de los empleadores, incluyendo la prohibición de ciertas técnicas invasivas y

la necesidad de consentimiento informado por parte del trabajador¹².

6. A modo de conclusión

Hemos desarrollado la necesidad de la protección de los datos personales de los trabajadores, sometido a un análisis y verificación académica para establecer su viabilidad y eficacia con el fin de ofrecer un marco legal más justo y acorde con las necesidades y desafíos del trabajo en el proceso de transformación digital.

12 Específicamente en el caso del teletrabajo, establecer protocolos claros para la seguridad de los datos personales recopilados durante el teletrabajo, incluyendo requisitos de almacenamiento, cifrado y eliminación segura. Fomentar programas de formación para trabajadores y empleadores sobre los derechos y responsabilidades relacionados con la privacidad y la protección de datos en el teletrabajo. Introducir un sistema de vigilancia eficaz para el cumplimiento de la ley, acompañado de un régimen de sanciones para las infracciones.

Derechos fundamentales y Derecho del Trabajo ante el proceso de *transformación digital*

Director

J. Eduardo López Ahumada

Coordinación

Leopoldo Gamarra Vílchez / Fernando Varela Bohórquez

El libro que tiene el lector en sus manos aborda la relevancia de la aplicación de los derechos fundamentales en el trabajo desde la perspectiva del modelo de cambio tecnológico-digital. La transformación digital está teniendo un impacto significativo en los derechos fundamentales de los trabajadores. Este proceso abarca desde la protección de la dignidad humana y la intimidad personal hasta la prevención del acoso y la violencia en el trabajo mediado por tecnologías de la información y la comunicación. Los estudios que se incluyen en esta obra resaltan la necesidad de adaptar las normativas laborales para proteger los derechos fundamentales en un entorno digital, donde la vigilancia y el control pueden colisionar con la privacidad y el secreto de las comunicaciones. Además, se subraya la importancia de garantizar la seguridad y la salud en el trabajo frente a los riesgos psicosociales contemporáneos, así como la reparación de los daños causados por la inteligencia artificial.

En este contexto, la protección de datos personales de los trabajadores se convierte en un tema crucial, especialmente con el uso de datos biométricos y sistemas de inteligencia artificial. Un espacio relevante ocupa el tratamiento de la regulación europea sobre inteligencia artificial y la negociación colectiva, que son herramientas clave para defender los derechos de los trabajadores en plataformas digitales. Asimismo, se abordan nuevos derechos sociales, como la renta básica universal, y se analiza la responsabilidad civil contractual por daños provocados por la inteligencia artificial en el ámbito laboral. La transformación digital exige una reflexión profunda y una actualización constante de las normativas para asegurar que los derechos fundamentales de los trabajadores sean respetados y protegidos en esta nueva era.

