



TRABAJO FIN DE MÁSTER EN ADMINISTRACIÓN Y DIRECCIÓN DE
EMPRESAS (MADE)

FACULTAD DE ECONOMÍA Y EMPRESA

**LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS ORGANIZACIONES: UN
ENFOQUE JURÍDICO. LAS TIC Y LOS DERECHOS DE LOS
TRABAJADORES**

Alumno: Francisco Javier Calvo González (javicalvoglz@gmail.com)

Tutora: Beatriz Junquera Cimadevilla

Oviedo, julio de 2015

ÍNDICE

RELACIÓN DE ABREVIATURAS..... p.8

INTRODUCCIÓN.....p.9

BLOQUE I: EL QUÉ Y EL PORQUÉ DE LOS DERECHOS HUMANOS

CAPÍTULO I- LA IDEA DE LOS DERECHOS HUMANOS.....p.16

1. Planteamiento general.....p.16
2. Derechos humanos y otros conceptos afines.....p.16
2.1 Los derechos naturales del hombre.....p.16
2.2 Los derechos públicos subjetivos.....p.17
2.3 Las libertades públicas.....p.18
2.4 Los derechos fundamentales.....p.18
2.5 Los derechos morales.....p.19
2.6 Los derechos humanos.....p.20
2.7 *Orbiter dicta*: la diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales...p.21

CAPÍTULO II- EL DEBATE TEÓRICO SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN...p.23

1. Planteamiento general.....p.23
2. Los ensayos de fundamentación.....p.24
2.1 Las fundamentaciones iusnaturalistas.....p.24
2.2 Las fundamentaciones positivistas.....p.25
2.3 Las fundamentaciones pactistas.....p.26
2.4 Las fundamentaciones humanistas.....p.28

BLOQUE II: EL PORQUÉ DE LOS DERECHOS HUMANOS (Y FUNDAMENTALES) EN LA EMPRESA

CAPÍTULO III- LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES...p.30

1. Planteamiento general.....p.30

2. El paradigma de los Estados a la vanguardia del respeto a los derechos humanos.....	p.31
2.1 Derechos fundamentales y relaciones <i>inter privados</i>	p.31
2.2 Doctrina general.....	p.32
2.3 La eficacia de los derechos fundamentales.....	p.33
2.3.1 La eficacia en las relaciones <i>inter privados</i> : eficacia horizontal.....	p.35
2.4 Especial consideración de España: la situación en la doctrina y la jurisdicción española tras la Constitución de 1978; la irradiación de la <i>Drittwirkung</i>	p.38
2.4.1 Autonomía privada y derechos fundamentales.....	p.39
2.4.2 Sobre la concreta eficacia de los derechos fundamentales.....	p.40
2.5 La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales.....	p.43
3. La empresa en Estados con débiles estándares en materia de derechos humanos...p.46	
3.1 Sobre la eficacia de los derechos humanos en la empresa: cuando el incentivo al respeto tiene traducción contable.....	p.46
3.2 Delimitación de Estados con estándares débiles en materia de derechos humanos.....	p.47
3.3 Factores ajurídicos que propician el respeto de los derechos humanos.....	p.49
3.3.1 Globalización.....	p.49
3.3.2 La sociedad red y las TIC.....	p.50
3.3.3 Las exigencias éticas de la sociedad global.....	p.51

BLOQUE III: LA GESTIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA EMPRESA

CAPÍTULO IV- LA GESTIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA EMPRESA.....	p.53
1.Planteamiento general.....	p.53
2.Derechos humanos y responsabilidad social corporativa.....	p.55
2.1Una relación de complementariedad.....	p.55
2.2 Determinación del área de influencia de la empresa en el ámbito de los derechos humanos.....	p.58
2.2.1 Ámbito subjetivo.....	p.58
2.2.2 Ámbito objetivo.....	p.59

2.2.3	Ámbito relacional.....	p.60
3.	Incorporación de los derechos humanos a la estrategia de responsabilidad social...	p.61
3.1	La práctica empresarial como antecedente.....	p.61
3.2	Los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar".....	p.62
3.2.1	El deber del Estado de proteger los derechos humanos.....	p.64
3.2.2	La responsabilidad de la empresa de respetar los derechos humanos.....	p.66
3.2.2.1	Sobre el seguimiento.....	p.71
3.2.2.2	Sobre la comunicación.....	p.71
3.2.2.3	Sobre la reparación.....	p.72
3.2.2.3.1	Mecanismos de reparación.....	p.73
3.3	Lecciones en el Marco de Naciones Unidas sobre los derechos humanos desde la perspectiva de las empresas.....	p.75

BLOQUE IV: LOS DERECHOS HUMANOS DEL TRABAJADOR

CAPÍTULO V: DIGNIDAD Y DERECHOS HUMANOS DEL TRABAJO.....p.81

1.	Planteamiento general.....	p.81
2.	El fundamento de la dignidad y los derechos humanos del trabajo.....	p.81
3.	Dignidad y Derecho del Trabajo. El trabajo decente de la OIT.....	p.84

CAPÍTULO VI: LA CIUDADANÍA EN LA EMPRESA.....p.89

1.	Planteamiento general.....	p.89
2.	Causas del reconocimiento de los derechos fundamentales laborales inespecíficos.....	p.90
3.	El reconocimiento de la ciudadanía en la empresa: un proceso ágil pero inconcluso....	p.94
3.1	Contrato de trabajo y ciudadanía en la empresa.....	p.96
4.	La identificación de los derechos fundamentales laborales inespecíficos.....	p.98

BLOQUE V: LAS TIC Y LOS DERECHOS HUMANOS EN LA EMPRESA, UNA RELACIÓN DIFÍCIL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS

CAPÍTULO VII: LA APLICACIÓN DE LAS TIC AL PROCESO PRODUCTIVO.....p.107

1.Planteamiento general.....	p.107
2. Principales áreas de influencia de las TIC en la empresa.....	p.109
2.1 El aumento de la productividad.....	p.109
2.2 La posibilidad de deslocalización de las empresas.....	p.109
2.3 La deslocalización interna de la fuerza de trabajo: el teletrabajo.....	p.110
2.4 Una nueva fenomenología de las causas de despido.....	p.111
2.5 Influencia sobre “las relaciones colectivas de trabajo”.....	p.112
2.6 Influencia en el desenvolvimiento normal del trabajo en el marco de una empresa tradicional.....	p.112
2.6.1 Sobre las condiciones laborales.....	p.113
2.6.1.1 TIC, cualificación y clasificación profesionales.....	p.113
2.6.1.2 TIC y retribución.....	p.115
2.6.1.3 La debilitación de la relación de dependencia en el seno de la empresa.....	p.117
2.6.1.4 TIC, seguridad y salud en el trabajo.....	p.118
2.6.1.5 TIC y tiempo de trabajo.....	p.119
2.6.1.6 TIC y contenido formativo del contrato laboral.....	p.121
2.6.2.Sobre las TIC y los poderes empresariales.....	p.123
2.6.2.1 Los poderes de control y vigilancia en relación con el derecho a la intimidad del trabajador.....	p.125
2.6.2.2 El control empresarial del uso de las TIC por parte del trabajador.....	p.129

CAPÍTULO VIII: EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS

PERSONALES DE LOS TRABAJADORES.....	p.133
1. Planteamiento general.....	p.133
2. Identificación de la problemática.....	p.134
3. Estado de la cuestión.....	p.135
4. Concreción del derecho a la autodeterminación informativa.....	p.138
5. Guía para el adecuado tratamiento de datos de los trabajadores en la empresa española.....	p.139
5.1 El acopio de datos personales por la empresa.....	p.139
5.1.1 Introducción.....	p.139

5.1.2 La selección de personal.....	p.140
5.1.3 Durante la vigencia del contrato.....	p.144
5.1.3.1 En la contratación.....	p.144
5.1.3.2 Durante el desarrollo de la prestación laboral.....	p.145
5.2 Tratamiento de datos.....	p.147
5.2.1 Introducción.....	p.147
5.2.2 Creación de ficheros no declarados o con un fin ilícito.....	p.147
5.2.3 La desprotección de los ficheros.....	p.149
5.2.4 Incumplimiento del deber de secreto.....	p.151
5.2.5 Comportamiento relativos a los derechos ARCO.....	p.152
5.2.5.1 Derecho de acceso.....	p.152
5.2.5.2 Derecho de rectificación.....	p.153
5.2.5.3 Derecho de cancelación.....	p.154
5.3 La cesión de datos personales.....	p.155
6. Criterios de la AEPD sobre una selección de temas.....	p.158
6.1 Videovigilancia.....	p.159
6.1.1 Legitimación para el tratamiento de datos de los trabajadores y deber de información.....	p.159
6.1.2 Empresas de seguridad y videovigilancia.....	p.161
6.1.3 Conservación de las imágenes.....	p.162
6.1.4 Ley omnibus y videovigilancia.....	p.163
6.2 Datos especialmente protegidos.....	p.164
6.2.1 Prevención de riesgos laborales y tratamiento de datos del trabajador.....	p.164
6.2.2 Tests psicotécnicos y de personalidad y salud de los trabajadores.....	p.166
6.3 Supervisión del uso del correo electrónico corporativo y la navegación por internet con fines personales por parte del trabajador.....	p.167
6.4 Cesión de datos de los trabajadores.....	p.168
6.4.1 Acceso por empresa principal a datos de seguridad social de los trabajadores de una subcontrata.....	p.168
6.4.2 Cesión de datos a la Agencia Tributaria.....	p.169
6.4.3 Comunicación en internet de los datos de los trabajadores.....	p.169

6.4.4 Comunicación a terceros del correo electrónico de los trabajadores por parte de la empresa.....	p.172
6.5 Deber de información.....	p.173
6.5.1 Información sobre el tratamiento de datos de trabajadores. Modo de acreditarlo..	p.173
6.5.2 Acreditación del cumplimiento del deber de información.....	p.174
6.5.3 Cumplimiento del deber de información mediante cartel informativo.....	p.176
CONCLUSIONES.....	p.177
BIBLIOGRAFÍA.....	P.182

Relación de abreviaturas

AEPD: Agencia Española de Protección de Datos

art(s): artículo(s)

CE: Constitución española

CSI: Confederación Internacional de Sindicatos

ET: Estatuto de los Trabajadores

ETT: Empresa de trabajo temporal

INTECO: Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación

LIS: Ley de infracciones y sanciones en el orden social

LO: Ley orgánica

LOLS: Ley orgánica de libertad sindical

LOPD: Ley orgánica de protección de datos

LPRL: Ley de prevención de riesgos laborales

OIT: Organización Internacional del Trabajo

RLOPD: Reglamento de la LOPD

RSC: Responsabilidad Social Corporativa

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TC: Tribunal Constitucional

TIC: Tecnologías de la información y la comunicación

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

INTRODUCCIÓN

La empresa es un actor fundamental para la generación de empleo, el crecimiento económico de los países y la inversión, esto es, para la creación de las condiciones materiales necesarias para la vida digna del personal implicado en su actividad y, más aun, de comunidades enteras que se benefician de la misma. La función dignificadora no concluye aquí, pues la empresa se puede involucrar en toda una serie de cometidos, desde la potenciación de la no discriminación o la seguridad en el trabajo de los sujetos ligados a ella por una relación laboral, hasta la presión en pos del mejoramiento democrático de los Estados deficitarios en tal sentido o la implementación de medidas que excedan de las exigencias legales en los Estados sin esos problemas. Subyace, a cualquiera de las cuestiones mencionadas, el asunto de los derechos humanos en la empresa.

El de la empresa y los derechos humanos es objeto de numerosos estudios doctrinales, sobre todo desde los años noventa del siglo XX, cuando su toma en consideración se vio espoleada por la vertiginosa expansión de la actividad económica transnacional y la multiplicación de las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas localizadas en contextos de franca debilidad institucional; en este sentido, Ruggie (2008). Como no podía ser menos, muchos de estos estudios presentan contenidos propios de las ciencias normativas, dedicándose al análisis de pautas para la actuación en los contextos referidos o en prevención y/o cesación de violaciones concretas. Sin embargo, el alto grado de interés mostrado por el tema que nos ocupa, contrasta con la limitada atención prestada al estudio de una teoría específica de los derechos humanos en la empresa; algo que quizás encuentre explicación en la futilidad de un ensayo semejante cuando no vaya referido más que a escenarios de escasa tradición en la materia, trasfondo fáctico, no en vano, de buena parte de los estudios realizados hasta el momento.

En el entendimiento de que la práctica requiere de conocimiento previo, colmar, siquiera parcialmente, las lagunas intuidas en tal ámbito, es uno de los objetivos que se propone el trabajo que el lector ahora contempla. Si bien se trata, he de reconocer, de un

objetivo cuya completa consecución excede los límites de un TFM, considero conveniente dedicar buena parte del mío al examen de determinados elementos clave de la teoría referida, poniendo énfasis, en la última parte de un discurso que va de lo general a lo particular, en los derechos humanos de los trabajadores, sujetos con una vinculación especialmente estrecha respecto de la empresa.

A pesar de que la realidad que se intenta abarcar es de gran complejidad y concita aspectos de múltiples disciplinas, no pudiéndose renunciar, por tanto, al tratamiento de elementos propios de, entre otras, la filosofía, la sociología o la economía, entiendo que la perspectiva desde la que se habrá de proceder al estudio introducido es eminentemente jurídica; pues jurídica es tanto la afirmación de los derechos humanos en buena parte del globo, como su avance por vía de la figura de los derechos fundamentales e, igualmente, la naturaleza de la relación sobre la que se proyectarán, esto es, la relación laboral.

El segundo de los objetivos propuestos, fuertemente correlacionado con el primero, goza de contornos menos difusos. Se trata del análisis de los efectos de la incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) al proceso productivo sobre las circunstancias en las que se desenvuelve la prestación laboral en la empresa privada y, fundamentalmente, sobre las que afectan a los derechos que le corresponden al trabajador en cuanto ser humano. De entre todos, el derecho a la libertad informática de los trabajadores (también denominado derecho a la protección de datos o autodeterminación informativa), será el que concentre las mayores atenciones.

Las TIC han venido teniendo, durante los últimos años, hondas repercusiones en múltiples ámbitos sociales. Entre las más importantes se encuentran, sin lugar a duda, las relativas a las formas de obtención, disfrute y transmisión de la información, activo esencial para la empresa que quiera mantenerse en los mercados enmarcados en la era de la globalización, cada vez más cambiantes y competitivos. Asumida la general irrenunciabilidad de la incorporación de las TIC y de la paulatina profundización en su empleo por parte de la empresa, habrá que reparar en la incidencia sobre el factor

humano con el que se combinan.

La elección de este tema, ampliamente tratado desde finales del siglo pasado, se debe más a la oportunidad que a la novedad pues, habiendo tomado partido por una construcción teórica de los derechos humanos en la empresa, deviene necesario recalcar, seguidamente, alguna de las amenazas a tales derechos dentro de los sistemas jurídicos y sociales en los que aquella tendría sentido, como son los Estados a la vanguardia de la promoción y la garantía de los derechos humanos. Además de la oportunidad, la urgencia es también otro de los motivos de la elección del objeto de estudio. Ello resulta especialmente cierto en relación con el tratamiento de datos en la empresa española, del que, hace ya una década, se dijera que presentaba “un panorama desolador de incumplimiento generalizado” (Tascón, 2005, p. 59) y que parece haber notado, a tenor del último estudio sobre protección de datos en las empresas españolas realizado por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, del año 2012, una más que insuficiente mejoría.

El bloque primero, “el qué y el porqué de los derechos humanos”, contiene dos capítulos. En el primero, “la idea de los derechos humanos”, se ofrece un recorrido por una serie de conceptos afines a este que, en uno u otro momento de la evolución histórica del primero, han alcanzado gran predicamento y designado alguna suerte de realidad parcialmente coincidente con la evocada por los derechos humanos en la actualidad y, finalmente, se indica qué habrá de entenderse por estos últimos. De esta forma, a través de un proceso de concreción basado en el enfrentamiento entre lo que son y lo que no son, pretendo dotar al lector de una base firme con la que afrontar el resto del trabajo y, en la medida de lo posible, dar cuenta del carácter histórico o evolutivo de la figura de los derechos humanos. En el segundo capítulo, “el debate teórico sobre la fundamentación”, se presentan los principales fundamentos racionales propuestos para la categoría de los derechos humanos. Si bien no es, probablemente, una cuestión a la que pueda allegarse consenso en algún momento, su tratamiento deviene clave para el primero de los objetivos que me he propuesto. Para la elaboración del bloque primero se emplea el método de revisión bibliográfica; procediéndose al

estudio de obras de expertos en el ámbito científico al que pertenece la materia abordada y de otras obras que, de forma complementaria, prestan apoyo a la exposición.

El bloque segundo, “El porqué de los derechos humanos (y fundamentales) en la empresa” se compone de un único capítulo, el tercero, titulado “la eficacia de los derechos fundamentales”. Se trata de un capítulo dividido en dos partes: una, más relevante a nuestros fines, destinada al examen de la eficacia de los derechos humanos en los Estados con elevados estándares en la materia, donde el vehículo para la profundización de esta categoría es la figura de los derechos fundamentales (de ahí el título del capítulo) y, otra, destinada a la presentación de las razones que motivan el respeto de los derechos humanos por las empresas que operan en Estados con débiles estándares en la materia. En definitiva, se responde a los porqués del carácter vinculante de los derechos humanos, tradicionalmente eficaces frente al Estado, para la empresa; prestándose, en una preparación para lo que vendrá en siguientes capítulos, especial atención al caso español y a la relación laboral. En este caso, al método de la revisión bibliográfica, tanto de autores españoles como extranjeros, se le suma el análisis normativo y jurisprudencial; pues no es sino por vías como la legislativa y la jurisdiccional por las que avanzó más decididamente el imperio de los derechos humanos.

El bloque tercero, lleva un título, “la gestión de los derechos humanos en la empresa”, que es elocuente respecto de su contenido. Además de una serie de consideraciones previas derivadas del estudio de la literatura científica en la materia, se comenta y desarrolla un modelo concreto de gestión empresarial de los derechos humanos, cuya elección se fundamenta en la proyección que tiene y la institución que lo promueve: el establecido por los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar", al que el Consejo de derechos humanos de Naciones Unidas se adhirió en junio de 2011”.

El bloque cuarto, con el que deben quedar agotadas las pretensiones relativas al primer

objetivo propuesto, se titula “los derechos humanos del trabajo” y se compone de dos capítulos, el primero de ellos, “dignidad y derechos humanos del trabajo” se dedica al estudio de la dignidad como fundamento de los derechos humanos del trabajo y al de la noción del concepto de “trabajo decente” empleado por la Organización Internacional del Trabajo. Se trasluce de esta nueva labor de fundamentación, la esencia propia del “teorizar” sobre los derechos que tanto interesa aquí y del que tan poco eco se ha hecho la ciencia empresarial.

El segundo capítulo del bloque cuarto, “la ciudadanía en la empresa”, tiene como propósito la depuración de este concepto, propio de la doctrina jurídica y la práctica de los Tribunales, hasta hacerlo útil a nuestra teoría; que, si bien puede referirse al entorno jurídico y cultural en el que esta se incardina, encuentra aplicación directa a la empresa privada española. Se trata de, primero, conocer las causas, las amenazas y los acicates de la obligación de reconocer ciertos derechos de los trabajadores indisolubles de su personalidad y que, por tanto, traspasan el umbral de la empresa, segundo, anticipar el recorrido que tendrá el concepto examinado y averiguar cuál es el papel de las organizaciones en el mismo y, finalmente, identificar los derechos en cuestión. Ambos capítulos se elaboran a partir del método de revisión bibliográfica y el análisis de jurisprudencia.

El último bloque, cuyo título, “las TIC y los derechos humanos en la empresa: una relación difícil. Especial consideración del derecho a la protección de datos”, es, en sí, un buen resumen de contenidos, está compuesto por dos capítulos. El primero, “la aplicación de las TIC al proceso productivo”, está dedicado al análisis de las repercusiones sobre la persona del trabajador, principalmente en lo que respecta a sus derechos humanos (fundamentales), del uso de las TIC por parte de la empresa; enfrentándolo, para ello, a los criterios sostenidos por el legislador, la jurisprudencia y la doctrina jurídica en orden a la adecuada avenencia entre aquéllos y los intereses empresariales. Desterradas las preconcepciones de corte absoluto, se ofrecen soluciones que introducen cierto equilibrio entre ambos.

El segundo capítulo del quinto y último bloque se centra en el derecho a la protección de datos, sobre el que las TIC tienen incidencia directa. Se profundiza en su esencia y se ofrecen tanto una visión sobre el respeto del mismo, conforme a su materialización en el sistema de fuentes, por parte de la empresa española, como una serie de directrices para el adecuado tratamiento de los datos personales de los trabajadores. Por último, se analizan determinados informes de la Agencia Española de Protección de Datos sobre temas de notable trascendencia en la relación laboral. La elaboración del primer capítulo del bloque introducido ha pasado por el examen de jurisprudencia y obras doctrinales al respecto, además de por su enfrentamiento al sistema legal español. Los criterios de la Agencia mencionada y la normativa española sobre protección de datos son los pilares en los que baso el discurso, esta vez más personal, contenido en el segundo capítulo del último bloque.

BLOQUE I:
EL QUÉ Y EL PORQUÉ DE LOS DERECHOS
HUMANOS

CAPÍTULO I – LA IDEA DE LOS DERECHOS HUMANOS

PLANTEAMIENTO GENERAL- DERECHOS HUMANOS Y OTROS CONCEPTOS AFINES- Los derechos naturales del hombre – los derechos públicos subjetivos - Las libertades públicas - Los derechos fundamentales - Los derechos morales - Los derechos humanos - *Orbiter dicta*: la diferencia entre los derechos humanos y los derechos fundamentales.

1. Planteamiento general

No cabe mejor apertura de una exposición sobre la categoría “derechos humanos” que un intento de delimitación conceptual, lo que pasa por presentar una buena concreción de la naturaleza y de las características a reunir por cualquiera de los elementos que pretendan ser adscritos a dicha categoría¹. En orden a ello se procede primero a la escisión del término “derechos humanos” de otros que han tenido predicamento doctrinal en uno u otro momento de la evolución de la realidad a la que aquel se refiere y con los que guarda identidad de razón o, simplemente, cierta proximidad semántica, para, más tarde, mediante la confrontación de distintas acepciones, poder precisar qué ha de entenderse por “derechos humanos”; insto, al mismo tiempo, a comprobar cómo el contenido primario que este término retiene en la actualidad es resultado de un continuado proceso de ajuste.

2. Derechos humanos y otros conceptos afines

Ordenados según su prioridad temporal, los conceptos afines que se refieren son los que siguen: “derechos naturales del hombre”, “derechos públicos subjetivos”, “libertades públicas”, “derechos fundamentales” y “derechos morales”. Finalmente se centra el discurso en la caracterización, a la que habrá de estarse desde entonces, del término “derechos humanos”.

2.1 Los derechos naturales del hombre

Se trata de la denominación que los derechos humanos recibieron durante la primera etapa de su evolución, que cobró bríos a partir del S. XVIII de la mano de las doctrinas filosóficas iusnaturalistas y acabó por designar espacios de libertad y poderes de

¹ El estudio de las circunstancias que la misma ha atravesado en cada momento y que, en buena medida, han configurado lo que es en la actualidad, excede de las pretensiones del presente trabajo. No obstante, me permito la recomendación de una excelente fuente para su consulta; a saber: AA.VV (Gómez Sánchez, Y. Coord) “pasado, presente y futuro de los derechos humanos” Comisión Nacional de los derechos humanos, 2004, México.

decisión subjetivos. Pretendía hacer referencia a los elementos integrantes de una especie de patrimonio jurídico inalienable cuya titularidad corresponde a cualquier ser humano por el hecho de participar de una naturaleza netamente racional; ello conlleva su independencia con respecto a la organización en la que el individuo se incardina y, más aún, su significación como límite al Gobierno y como parámetro para la evaluación de la legitimidad de este². Los derechos naturales son, por definición, innatos y presociales, no meros actos de reconocimiento o concesión de la autoridad.

La progresiva restricción en el empleo del término examinado no debe conducir a relativizar su relevancia. El iusnaturalismo funcionó como un eficaz revulsivo tendente a la ruptura con las formas de organización social imperantes al momento de su auge y a la implementación de mecanismos de corte democrático para la justificación de la validez, la oportunidad y/o la calidad del soberano. A pesar de todo, nada de ello resta verdad a quienes afirman que los herederos de los precursores de las doctrinas iusnaturalistas procedieron a su perversión en beneficio propio, de una manera que entendían adecuada para el aseguramiento de la posición favorable que habían alcanzado tras la activación de la movilidad social que las teorías que defendían espoleara.

2.2 Los derechos públicos subjetivos

El iuspublicismo alemán del S XIX, y más tarde su homólogo italiano, toman la realidad que hasta ese momento evocaba la noción de los derechos naturales y, en orden a destacar el papel del Estado sobre su existencia misma, comienzan a referirse a aquella como “derechos públicos subjetivos”. Se trata de una categoría que no precede ya a la organización social ni mantiene su indiferencia con respecto al reconocimiento oficial, pues, si bien los espacios libres de injerencia externa y la capacidad de decisión sobre una serie de circunstancias de especial gravedad para la vida de los individuos se mantienen bajo la nueva denominación, acontece que, ahora, nacen por voluntad de un

2 En este sentido el principio 1 de la Declaración de Derechos formulada por los representantes del Buen Pueblo de Virginia sentó que “todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún acto”.

Estado que, basándose en consideraciones de justicia y humanismo, decide acotar el ejercicio de su imperio a aquellos ámbitos que no puedan ser concebidos como de libre disposición individual por recaer sobre ellos interés superior. Es, en definitiva, un producto de construcción y reconocimiento soberano que hunde sus raíces en el Estado liberal de Derecho, especialmente inclinado a la discriminación de las relaciones ajenas a los fines públicos y a la abstención, *laissez faire*, en lo que a su desarrollo afecte.

2.3 Las libertades públicas

Allá por inicios del S. XX, época posterior a la de la generalización del concepto “Derechos públicos subjetivos”, gracias a la obra de los estudiosos de las relaciones jurídico-públicas del Derecho francés, se comienza a intensificar el uso del término “libertades públicas” como atinente a, según cada autor, todos o una parte de los elementos que con la primera expresión de nuestra exposición se cubrían, acabando “por sinécdoque, por sustituir al nombre de “derechos naturales” (Osuna, 2001: 17). La versión que cuenta con mayor respaldo ubica, bajo esta nueva designación, únicamente a aquellos derechos que, protagonizando las conquistas del Estado liberal, comportan la construcción de un espacio jurídico monopolizado por la autodeterminación individual y vetado, por tanto, a intervención estatal indeseada de cualquier tipo; siendo la segunda parte de la nueva denominación, además, elocuente a la hora de determinar el origen de esas libertades, que se entienden objeto de reconocimiento y configuración *ex lege*.

2.4 Los derechos fundamentales

Se trata de un término que comenzó a utilizarse al tiempo que el de “derechos naturales” para designar, al menos en la obra de los iuspublicistas alemanes e italianos que siguieron a los franceses en su empleo, una realidad diversa. Fue adquiriendo un significado de perfiles cada vez menos nítidos hasta alcanzar sustantividad propia dos acepciones difícilmente conciliables del mismo concepto, que se exponen no sin antes reiterar la confusión derivada de la diversidad de cargas ideológicas insufladas por cada autor y tratadista al término examinado: una parte de aquellos lo ha empleado para hacer alusión al patrimonio jurídico básico, por importante, de los seres humanos, en un giro

que lo vincula íntimamente con la noción de “derechos naturales”³; la otra, del lado de la que me sitúo, ha hecho lo propio para evocar aquellos derechos que han alcanzado recepción por las leyes fundamentales de la regulación social⁴, que generalmente ocupan la cima del sistema de fuentes de los Ordenamientos jurídicos. En base a esta última interpretación es posible establecer una distinción de raíz entre los derechos fundamentales y lo que haya de entenderse por derechos humanos, toda vez que no quepa hacer depender la extensión y el contenido de estos últimos del reconocimiento oficial, ni se entienda aconsejable⁵, acompasar su desarrollo a la conformidad del Gobierno de turno. Así las cosas, resulta que no todos los derechos que merecen la calificación de “humanos” son “fundamentales” en lo que respecta a su reconocimiento por una Constitución o norma de esa misma condición, ni todos los derechos fundamentales son también humanos por cuanto pueden carecer de las notas esenciales que les confieren tal sustancia (*Vid infra*).

2.5 Los derechos morales

Se trata de un término pujante en la literatura sobre derechos humanos desde la segunda mitad del S XX y con contornos perfectamente definidos para la gran mayoría de autores que hacen uso del mismo. Sea como fuere, su más de medio siglo de existencia no le ha servido para acceder a los instrumentos normativos, nacionales o internacionales en la materia. Quienes lo emplean suelen hacerlo con la intención de destacar un atributo grave y específico de los derechos básicos del ser humano; concretamente su significación como respuesta a una exigencia de la supremacía ética de aquel, como un producto que trae causa de la ineludible atención a valores morales

3 Esta concepción “más evolucionada e impropia” identifica los derechos fundamentales con “los derechos básicos que tienen todos los individuos por exigencia de la propia dignidad personal que les es naturalmente inherente” (De Castro, 2003: 100)

4 Son requisitos necesarios de la eficacia de los derechos fundamentales en tanto elementos integrantes del Ordenamiento los siguientes: “1. Reconocimiento por una norma jurídica positiva. 2. Que de dicha norma derive la posibilidad para los sujetos de derechos, de atribuirse como facultad, como derecho subjetivo, ese derecho fundamental. 3. Que los infractores de las normas, y por lo tanto el desconocimiento de los derechos subjetivos que derivan de ellas, legitime a los titulares de Justicia el restablecimiento de la situación y la protección del derecho subjetivo, utilizando, si fuera necesario para ello, la fuerza coactiva del Estado” (Peces Barba, 1975: 75).

5 Ello en pos de espolear el espíritu inconformista y revolucionario de quienes deseen modificar el entorno socio-jurídico en el que se hallen inmersos, partiendo de sus propias, y razonables, consideraciones humanitarias e interpretaciones de la dignidad individual.

básicos reconducibles al respeto a la dignidad del hombre. Los derechos morales entroncan con la figura de los derechos naturales en tanto que tienen existencia anterior al Estado, su presencia no requiere reconocimiento oficial y su respeto condiciona la legitimidad del Soberano, deviniendo inexcusable el aseguramiento de la eficacia de tales derechos mediante actos de positivación.

Particularmente, a pesar de que ha sobrevivido varias décadas, no auguro buen futuro al término estudiado ni lo reputo hábil para la progresiva extensión y consolidación de los derechos básicos de los hombres por el carácter acientífico de su tesis principal, que pertenece al ámbito valorativo de la metafísica, y por conjugar en una misma locución, compuesta por dos términos que nunca han llegado a avenirse bien⁶, una pretendida defensa de los derechos del hombre enmarcada en un contexto caracterizado por la decidida desvinculación entre el Derecho y la Moral.

2.6 Los derechos humanos

A pesar de la prioridad temporal de este término respecto de otros que ya fueron objeto de análisis, no es desacertado que este paseo por el bosque de los nombres concluya aquí; ello no sólo por el carácter central que ocupará en esta exposición, sino también por el arrinconamiento al que fue sometido desde el triunfo de las doctrinas positivistas. Desde mediados del S. XX, y en gran medida avivada por la Declaración Universal de 1948, la denominación “derechos humanos” ha recobrado la dignidad que se merece.

Sobre el significado de la noción cabe apuntar que “la propia generalización del uso ha conducido hasta una acentuada indeterminación del contenido conceptual del término. Muy probablemente, no por el simple hecho de la generalización, sino más bien por la carga sentimental e ideológica que suele lastrar a ese uso. Y, así, según cuáles sean la posición y los intereses en que está situado el sujeto que lo pronuncia, variará el

6 Recordemos al mismísimo Lutero, en su famosa contraposición entre Ley y Moral: “El Derecho es una bella novia, siempre que permanezca en su lecho nupcial; porque si se pasa a otro lecho y pretende gobernar la Teología es una gran ramera... La ley es sin duda necesaria, pero... es un verdadero laberinto que sólo logra trastornar la conciencia, y su justicia es una pura ficción” ello en Lutero, “*Memoires de Luther*”, Trad. Francesa por J. Michelet, París, Flammarion s.f., p 329, citado por Ruiz-Giménez (1957: 10).

contenido conceptual asignado al término "derechos humanos", (De Castro, 2003: 103). La acción de estos dos factores no debe desanimar los intentos por encontrar las notas con presencia en cualquier visión de los derechos humanos, que son las que se deben retener al tiempo de abordar el presente trabajo.

Con escasísimas excepciones, cualquier autor que se refiera a los derechos humanos, lo hace tras la identificación de su correspondencia con aquellas facultades que pertenecen a cada integrante de la especie humana por causa de su naturaleza como tal, es decir, en razón de su propia humanidad. Obra de nuevo la idea de que la realidad que se designa con el nombre examinado no deriva de concesión alguna del poder que organiza la sociedad, ni se halla inmersa *ab initio* en un texto legal. El poder político establecido y el Derecho que regula la vida en la *polis* son, en vez de artífices de tales derechos, sus máximas amenazas; ya que representan espacios vedados a su actuación u obligaciones de carácter positivo, que implican la realización de un comportamiento determinado. Reténgase *hic et nunc* el "principio de que su consistencia y vigor no dependen del reconocimiento y protección que les otorgan las declaraciones que los proclaman, sino que son previos y superiores (en el sentido, apunto, de que su validez no depende de tal proclamación) a dichas declaraciones de tal modo que pueda entenderse que, desde algún importante punto de vista, los derechos poseen también una juridicidad originaria (es decir, en algún sentido natural, presocial y prepolítica)", (De Castro, 2003: 104).

2.7 *Orbiter dicta*: la diferencia entre los derechos humanos y los derechos fundamentales

Concluye y refuerza esta explicación la siguiente caracterización de los derechos humanos y su contraposición respecto de los derechos fundamentales: "los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los "derechos fundamentales" se tiende a aludir a aquellos derechos fundamentales garantizados por el Ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su

normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reformada”, (Pérez, 1984: 44).

Capítulo II- EL DEBATE TEÓRICO SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN

PLANTEAMIENTO GENERAL–LOS ENSAYOS DE FUNDAMENTACIÓN-las fundamentaciones iusnaturalistas- las fundamentaciones positivistas-las fundamentaciones pactistas- las fundamentaciones humanistas

1. Planteamiento general

Ninguna teoría que pretenda explicar un sistema general de derechos humanos puede prescindir de su fundamentación teórica, extremo que se ha venido revelando como un albur de muy difícil materialización. En este sentido no han faltado quienes rehusaran acometer la labor fundadora, bien por la enorme complejidad que ello entraña, bien por reputar imposible *de facto* el hallazgo de un fundamento racional de la figura que, desde este mismo exordio, guiará mi exposición. A pesar de ello, “parece razonable pensar que la búsqueda de un fundamento racional universalmente válido es posible, es muy importante y puede considerarse incluso como imprescindible”(De Castro, 2003: 132-133), ello con base no sólo en el favor que haría al aquietamiento de las inquietudes filosóficas que orbitan sobre la materia, sino también en el servicio que prestaría al avance en la aceptación permanente y generalizada de los derechos humanos y a la incorporación de sus postulados a niveles político y jurídico.

El objetivo de encontrar una raíz que perdure y persuada sobre la que levantar una teoría de los derechos humanos, implica la necesidad de tomar como punto de partida unos principios incuestionables o axiomas que porten valor como asiento a una argumentación dotada de coherencia interna, que favorezca a la independencia del fundamento con respecto a cualquier supuesto ajeno al escenario de racionalidad en el que se halle, sin que por ello quepa exigirle reconocimiento universal y constante. Al fin y al cabo, cualquier fundamentación del tipo tratado se desarrolla dentro de los límites de un determinado estadio del pensamiento racional fuera del cual carece de validez⁷; siendo, los axiomas mencionados, los parámetros de esta con relación a las conclusiones de las argumentaciones que principian.

7 “Cualquier fundamentación racional tiene siempre una validez absoluta meramente particular”, (De Castro, 2003: 133).

2. Los ensayos de fundamentación

Es posible agrupar buena parte de las explicaciones que han tratado de justificar el reconocimiento de los derechos humanos en cuatro grupos de fundamentaciones distintos que acogen construcciones doctrinales muy variadas pero coherentes entre sí⁸; a pesar de ello no debe desconocerse el hecho de que obedecen a momentos dispares del pensamiento racional y responden a sistemas de valores diferentes y, además, dado que imperan en contextos cronológicamente distintos, es posible que, más allá de las notables diferencias que conducen a su desglose, las fundamentaciones de los estadios posteriores compartan ciertas notas y contenidos, más o menos matizados, con las anteriores. Se abordan ahora, someramente, los ensayos anticipados; a saber: las fundamentaciones iusnaturalistas, las positivistas, las pactistas y las humanistas.

2.1 Las fundamentaciones iusnaturalistas

“La naturaleza para ser dominada debe ser obedecida” (Bacon, F.)⁹

Según este modelo de fundamentación, que arranca con las construcciones teóricas medievales en favor de los primeros antecedentes de la suerte de realidad que hoy se conoce como “derechos humanos”, su propia existencia y reconocimiento por los Ordenamientos obedece a exigencias ineludibles de la naturaleza del ser humano como ente racional y activo. De una naturaleza tal, derivan ciertos atributos específicamente humanos que se traducen en esferas de autodeterminación y posibilidades de libre actuación que acabarán por denominarse “derechos naturales”, los cuales reúnen las características de prejuridicidad, consustancialidad al hombre y preexistencia respecto del Estado¹⁰.

8 Se excluyen de la exposición los ensayos de fundamentación que optan por un enfoque fáctico, es decir, los que están basados en la descripción del contexto social en el que los derechos humanos nacen y/o se consolidan y tienden a explicar, de manera positiva, el papel que juegan en los diferentes Ordenamientos Jurídicos. *A sensu contrario*, los ensayos de fundamentación a los que se presta atención son de corte normativo y tienen por objeto la determinación del papel que deben jugar los derechos humanos.

9 Citado en Xirau (2000: 359).

10 El propio Hobbes, iniciador de la teoría naturalista del derecho natural, entiende este último como “la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder, como él quiera, para la preservación de su propia naturaleza, es decir, su propia vida”; ello en T. Hobbes, *Leviatán*, traducción de A. Escotado, Madrid, Ed. Nacional, 1980, pp. 227-228, citado en López (1987: 543).

Las fundamentaciones iusnaturalistas acaban por ser el punto de fuga hacia el que muchos de los ensayos de justificación dirigen su atención. “El atractivo, la consistencia y la capacidad de convicción de esta doctrina ha sido tan fuerte que muchos autores no han dudado en afirmar que la fundamentación iusnaturalista (al menos si se entiende este término en sentido lato) parece ser la última posibilidad de todo intento de llegar a una justificación racional de los derechos humanos, en especial cuando se pretende encontrarles una base de apoyo que, desde el punto de visto lógico-ontológico, preceda a los ordenamientos jurídicos históricos.” (De Castro, 2003: 137)¹¹

No puede afirmarse que todos los derechos humanos de la actualidad puedan o hayan podido encontrar acomodo en la tradicional categoría de los derechos naturales, o, lo que es lo mismo, en aquel grupo de derechos que se reputan derivados de la naturaleza compartida por todos los seres humanos. Ahora bien, aquellos que sí obedezcan a esta circunstancia, se caracterizarán por su innegabilidad, independientemente del momento o la situación, en favor de cualquier individuo¹².

2.2 Las fundamentaciones positivistas

“Ciencia de donde previsión; previsión de donde acción” (Comte, A.)¹³

Dentro de este modelo de fundamentación se dan cita multitud de concreciones distintas, pero, como principal rasgo común, subyace a todas ellas la idea de que la justificación de los derechos humanos no se halla en espacios metafísicos, sino que es la realidad fáctica, constatable empíricamente, de la sociedad en la que se incardina cada sujeto, la que sirve de basamento al reconocimiento de aquellos. En resumen, resulta determinante el entorno socio-cultural en el que desarrolla la vida del individuo, lo que,

11 El autor puntualiza, no obstante, que el epíteto “iusnaturalista” se ha venido empleando para calificar fundamentaciones que no guardan la coherencia necesaria respecto de aquellas que innegablemente lo merecen. Entre las primeras, destacan, por ejemplo, las doctrinas que explican el “deber ser” de los derechos humanos desde el punto de vista de las necesidades básicas compartidas por todos los hombres.

12 No todos los derechos humanos actuales han podido ser defendidos en algún momento desde esta fundamentación o haber gozado de la condición de naturales. Solo aquellos que enseguida se reputan innegables al hombre por su esencialidad, merecieron en algún momento dicha condición (me refiero a derechos como la vida o la libertad).

13 Citado en Xirau (2000: 359).

a su vez, incide sobre la uniformidad y generalidad de los derechos, haciéndolos posteriores al Estado y más bien propios del ciudadano¹⁴.

En consonancia con el entorno socio-cultural, que presenta varias dimensiones, coexisten los ensayos de fundamentación positivistas que vinculan la justificación de los derechos a una u otra de aquellas. Así, por destacar algunos ejemplos, una rama del positivismo, denominado sociologista, determina como fundamento la práctica generalmente aceptada de los integrantes de la comunidad; de esta manera, en cuanto fuera observable una opinión favorable a la existencia de algún derecho concreto de los hombres y la comunidad allanara su comportamiento al respeto del mismo, podría reputarse suficientemente justificado el respeto y la garantía de una manifestación concreta de libertad personal, un derecho de carácter positivo u otra materialización de los derechos del hombre. Puede considerarse al utilitarismo como una versión de este positivismo sociologista; en este caso la fundamentación iría de la mano de la constatación de las bondades de una práctica, ya de acción, ya de abstención, que podría elevarse a Derecho. Una rama diferente, conocida como positivismo legalista, considera que, sin el reconocimiento expreso por los Ordenamientos nacionales, no cabe derecho alguno; y, finalmente, el positivismo historicista, sostiene que es la tradición jurídica la que determina el patrimonio jurídico primario de los miembros de la comunidad.

2.3 Las fundamentaciones pactistas

“En esto radica la esencia del Estado, que puede definirse como sigue: persona resultante de los actos de una gran multitud que, por pactos mutuos, la instituyó... para asegurar la paz y la defensa comunes” (Hobbes, Th.)¹⁵

La idea central de estas fundamentaciones es la vinculación entre los derechos naturales

14 En mi opinión el valor de esta fundamentación radica en su capacidad para lograr el consenso acerca de lo que en cada momento merece ser incluido en la categoría de los derechos humanos; ello debido a la toma como referencia para su aprehensión de elementos fácilmente verificables; el desvalor fundamental, que entiendo más que proporcional al valor, es la postergación de cualquier consideración de índole ética, independiente del marco jurídico, a la hora de proceder a la explicación. La historia de los derechos humanos ha corrido pareja a las exigencias éticas de sus impulsores.

15 Hobbes, Th, “Leviatán”, ed. Losada 2003; según cita Vicente (2011: 36).

del hombre y el pacto social. En su versión tradicional, aquellos surgen antes en el tiempo y no traen causa del abandono del estado de naturaleza; lo que sucede es que sin la acción de un poder que regule las relaciones entre los individuos y resuelva los posibles conflictos de la convivencia no gozarían de eficacia alguna. Es patente el atractivo y la consistencia del pacto, elemento de configuración de la sociedad y de definición de los ámbitos público y privado, para la transición de los derechos inescindibles de la personalidad humana a la esfera política y civil, como límites a la acción de la autoridad o como elemento informador de las decisiones y políticas públicas. Ahora bien, esta tesis central no debe conducir a la sobrevaloración del papel de pacto social, tanto más si se tiene en cuenta la pluralidad de lecturas derivadas de su esencia. Así, mientras Locke defiende el carácter prepolítico de los derechos naturales y radica la utilidad del poder en la garantía que dispensa a través de diversos mecanismos, algunos de coerción y otros de tuición, a su eficacia¹⁶, Rosseau engrandece la contribución del pacto social y la autoridad constituida hasta el punto de identificar el derecho con su regulación y negar el carácter normativo a cualquier manifestación de libertad o capacidad de acción ajena al Ordenamiento¹⁷. En términos similares, la libertad e igualdad naturales sólo alcanzan la categoría de derecho natural mediante su reconocimiento en un instrumento contractual, el pacto social, que proceda a transmutarlos en realidades jurídicas.

La fuerza y la resiliencia de la fundamentación pactista supuso la permanencia en el tiempo de parte de sus postulados principales. De este modo, en estadios posteriores a los protagonizados por la figura de los derechos naturales e incluso en la actualidad, las interpretaciones contractualistas siguen ocupando un lugar central en la obra de muchos autores, como Bobbio, Rawls o Habermas, que, además, emplean enfoques diversos.

16 En esta línea Locke expresa que “[...] el fin que se proponen (los hombres) al elegir y autorizar a los miembros de la legislatura es que se hagan leyes y normas que sean como salvaguardas y barreras [...] para así limitar el poder y moderar el dominio que cada miembro o parte de esa sociedad pueda tener sobre los demás [...]”; ello en J. Locke, Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil, trad. Carlos Mellizo, clásicos del pensamiento, Madrid, Tecnos, 2006, citado en Fernández (2011: 27).

17 Así Rosseau expresa que “El orden social es un derecho sagrado que sirve de base a todos los otros ; pero este derecho no tiene su fuente en la naturaleza; está pues, fundado sobre una convención. Se trata de saber cuál es esta convención y cómo se ha podido formar”; ello en Rosseau, Manuscrit de Genève, I, 2, en O. C., t. III, p. 289, citado en López (1987: 554).

2.4 Las fundamentaciones humanistas

“(…) los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”¹⁸

Si bien cualquier postura que defienda alguna suerte de derechos inalienables del hombre puede ser considerada humanista por orbitar alrededor de una determinada concepción del ser humano, son las que establecen la dignidad humana como principio indisctuble de los mismos, las más propiamente humanistas. Según este tipo de justificaciones, las exigencias de la dignidad, inherente a cualquier individuo con independencia de sus características, han de ser integradas inexcusablemente en los sistemas jurídicos, obligando a los sujetos que desempeñen la función de gobierno a cohonestar su desempeño con aquellas.

La afirmación de los derechos humanos como categoría jurídica que emana de un atributo básico y predicable de todo hombre, supremo valor del edificio político y jurídico, se aviene bien con las inquietudes de quienes se vienen ocupando en época reciente de su avance y consolidación; tanto es así, que no faltan los instrumentos jurídicos que proclaman la dignidad humana como base de los derechos que, con pretensión de universalidad, recogen¹⁹. En el haber de las fundamentaciones humanistas radica la posibilidad que abren a la reconducción de muchas de las teorías presididas por elementos éticos e ideológicos a un frente común para la presión en favor de los derechos humanos.

18 Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre, Considerando II de la IX Conferencia Internacional Americana.

19 Así, entre otras, la Declaración Universal de derechos humanos expresa en su “Preámbulo” que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. La misma idea trasciende a otros instrumentos como el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.

BLOQUE II:
EL PORQUÉ DE LOS DERECHOS HUMANOS (Y
FUNDAMENTALES) EN LA EMPRESA.

Capítulo III- LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES²⁰

PLANTEAMIENTO GENERAL- EL PARADIGMA DE LOS ESTADOS A LA VANGUARDIA DEL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS- Derechos fundamentales y relaciones *inter privados* – doctrina general - la eficacia de los derechos fundamentales - la eficacia en las relaciones *inter privados*: eficacia horizontal – Especial consideración de España: la situación en la doctrina y la jurisdicción española tras la Constitución de 1978; la irradiación de la *Drittwirkung* – autonomía privada y derechos fundamentales – sobre la concreta eficacia de los derechos fundamentales- La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales- LAS EMPRESAS EN ESTADOS CON DÉBILES ESTÁNDARES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS- Sobre la eficacia de los derechos humanos en la empresa: cuando el incentivo al respeto tiene traducción contable- Delimitación de los Estados con estándares débiles en materia de derechos humanos- Factores ajurídicos que propician el respeto de los derechos humanos- Globalización - La sociedad red y las TIC - Las exigencias éticas de la sociedad global.

1. Planteamiento general

Las normas constitucionales y el entorno socio-económico mantienen un continuo diálogo en el renglón de los aspectos públicos que se entrecruzan. Así, para la adecuación de las primeras al segundo, se articulan mecanismos de revisión de las normas supremas y para el aseguramiento del transcurso por cauces democráticos (legales) de los comportamientos que tengan lugar en el “terreno de juego”, se diseña un sistema jurisdiccional que encarne el poder judicial de manera indivisa en un determinado Estado.

Desde los albores del Estado liberal hasta el presente del mundo desarrollado, momento en el que el orden sociopolítico avanza por senderos de naturaleza bien diferente, las relaciones y los hechos jurídicos alejados de los fines estatales han sido objeto de interés del Derecho privado y han conformado espacios protagonizados por la autonomía de la voluntad de las parte. Ambos postulados, tradicionalmente pacíficos, están siendo matizados en los últimos tiempos por las consecuencias que de ellos derivan. La linde entre Derecho e interés público y/o privado se difumina progresivamente.

Habrà quien, por causa de la globalización y del paulatino debilitamiento de los Estados

²⁰ Como se afirmó *supra* no cabe la confusión entre derechos humanos y fundamentales, pero, a pesar de ello y siendo que para la consecución de los espacios de libertad o para ser favorecido por actuaciones positivas del Estado debe preceder norma válida conforme al sistema de fuentes en cuestión, se obvia aquí el aserto inicial no sin antes dejar sentado que si se procede de esta manera es porque buena parte de los derechos humanos vienen siendo reconocidos a nivel constitucional (y gozando, pues, de consideración iusfundamental).

individualmente considerados, como árbitros de los comportamientos de los sujetos particulares con tan importantes posibilidades de movilidad internacional como las actuales, desdeñe la aproximación en términos jurídicos a la eficacia de los derechos fundamentales que se hace a continuación. Estos críticos no se han percatado aún de que sin el precedente que supone la adopción normativa de ciertos estándares en materia de derechos humanos (válganos mejor derechos fundamentales) en determinados Estados y la extensión de los mismos por vía jurisdiccional a las relaciones entre particulares, cualquier iniciativa actual, tomada, ya en el seno de las organizaciones productivas, ya en el de las ONGs, ya en el de sujetos regionales o supranacionales... perdería el espejo en el que mirarse. Sea como fuere, las pretensiones de esta exposición también pasan por ofrecer una explicación del respeto profesado a los derechos humanos (que, en muchos casos, no fundamentales²¹) por las empresas que operan en Estados con débiles estándares en materia de derechos humanos.

Por todo lo dicho, la estructura del presente capítulo consta de dos partes íntimamente relacionadas. Primero, se aborda la cuestión atinente a la eficacia de los derechos fundamentales en los Estados en los que los derechos humanos gozan de protección institucional (en los que se alzan como derechos fundamentales y se articula un aparato operativo para la promoción y fiscalización de su respeto y el castigo de sus violaciones). Segundo, se detallan los motivos que conducen al respeto y la promoción de los derechos humanos por parte de las empresas que operan en Estados que no cumplen con tal característica; reiterándose, cuantas veces sea necesario, que sin el precedente sentado dentro de los Estados respetuosos, la segunda parte de este capítulo aún estaría por escribir.

2. El paradigma de los Estados a la vanguardia del respeto a los derechos humanos

2.1 Derechos fundamentales y relaciones *inter privados*

La aspiración de la pieza clave de cualquier sistema de fuentes no es otra que la de servir de parámetro de corrección universal, del que no debe escapar la acción de sujeto alguno. Tal amplitud de objetivos, convierte en onírica cualquier esperanza de redacción

²¹ Esto es, que aún siendo globalmente aceptados como derechos innegables a la dignidad humana no han accedido a la cima del sistema de fuentes de los países en cuestión.

constitucional palmaria y traedora de seguridad jurídica, con lo que deviene necesaria la interacción entre la norma y un intérprete capaz de extraer de ella los principios aplicables a cada uno de los casos imprevistos por el legislador; algo igualmente fundamental como garantía para la interdicción de la injerencia pública en los espacios que cuentan con definición legal abstracta. En este sentido se expresa que “se evidencia que los jueces, mediante la *Drittwirkung*²², coadyuvan en el acercamiento de Constitución y sociedad, es decir, en la realización de la Constitución en el ámbito privado, en la conexión entre texto constitucional e individuo” (Poyal, 1991: 192).

Si las relaciones *inter privatos* quedaran al margen de las Constituciones, el espíritu de armonización social y orden público inmanente a la mayoría de ellas incidiría en una medida más que cuestionable sobre la manera en la que tales relaciones se habrían de desenvolver; siendo que se trata del marco jurídico de actuación en el que se desarrolla buena parte de la vida de cada sujeto, con el tiempo, los cimientos de la organización social podrían verse comprometidos si comenzaran a generalizarse comportamientos de perversión de la norma que no contaran con el rechazo del Ordenamiento.

2.2 Doctrina general

De manera coherente con las primeras Declaraciones de derechos de la historia, las Constituciones liberales occidentales comenzaron a albergar una serie de derechos fundamentales, humanos o no, en coexistencia, como explica González (1980), con diversas libertades públicas, otros derechos de naturaleza no fundamental (convencionales e históricos) y ciertos deberes sociales; pero la mera constancia enunciativa en tales textos se demostró inhábil para la eficacia de los derechos y, consecuentemente, la constricción de la actividad pública o privada al respeto de su esencia. Aquella, tan sólo se consiguió por la vía de su incorporación al Derecho positivo, a través de, como explica Poyal (1991), un fenómeno de racionalización

22 Acerca del contenido de este concepto (*Drittwirkung der Grundrechte* o, simplemente, *Drittwirkung*) reténgase la explicación de Martínez (1998), quien indica que se refiere a “la presunta obligatoriedad y eficacia de los derechos y libertades (constitucionales), respecto de los sujetos particulares” y añade que “En la doctrina española se le llama también efecto horizontal de los derechos, en alusión a que estos no solo operan de manera vertical (relación Estado-sujeto particular), sino también horizontalmente (relaciones entre sujetos particulares)” (Martínez, 1998: 59).

jurídica que tuvo lugar entre los siglos XVIII y XIX que condujo a garantizar, mediante el ejercicio de poderes soberanos, el contenido de una suerte de categoría jurídica artificial que superó fronteras y conoció gran desarrollo doctrinal: la de los derechos fundamentales. Si bien no faltó quien entendiera eficaces, en una u otra medida, los derechos humanos no positivados, como Fernández (1983), por causa de su obediencia a valores o exigencias éticas incontestables, en el Estado de Derecho ha actuado como una constante la vinculación entre la Ley y el derecho. No obstante, la originaria concepción de los derechos naturales mantuvo por poco tiempo una identidad desligada íntegramente del Ordenamiento; estableciéndose obligaciones positivas a la actuación del Estado en consonancia con los derechos subjetivos nacientes.

En buena conclusión de este exordio afirmo, con cualquiera de los estudiosos de los derechos humanos, que cualquier proyección de los mismos sobre el bienestar de los individuos radica en su valor práctico, en la capacidad de lograr el efecto deseado sobre los límites a la actuación ajena, las posibilidades de la propia o la consecución de una prestación concreta.

2.3 La eficacia de los derechos fundamentales

La eficacia de cualquier norma constitucional, como los derechos fundamentales, “sólo puede ser medida en términos jurídicos a partir de la aptitud de su contenido normativo para la consecución de su objeto” (Aláez, 2005: 180). La obligatoriedad de la norma es analizable en un triple ámbito: temporal, que determina el momento en el que la realidad no debe contradecir a su contenido; espacial, que hace lo propio con respecto al lugar físico en el que se encuentran las comunidades cuya acción debe adecuarse a la norma; y personal, que concreta qué miembros de aquellas pueden dirigir su comportamiento sin atención a su contenido. Se trata, este último, del ámbito que recibirá mayor desarrollo; ello en relación directa a la relevancia con la que cuenta a nuestros efectos.

El carácter declarativo de las tablas de derechos humanos implica que, sin mayor esfuerzo, el grado de eficacia e imperio en la práctica será escaso. El tránsito entre “lo

posible” y “lo necesario” se ha ido efectuando al albur del momento atravesado por el constitucionalismo y la voluntad estatal. En el concreto caso español el art. 53.1 CE, que se inspira en el art. 1.3 de la Ley fundamental de Bonn y viene a reiterar la sujeción de los poderes públicos a la Ley del art. 9.1 CE, del que se desprende una vinculación de carácter positiva a los derechos fundamentales no sólo objeta posibilidad alguna de vulneración de los espacios de libertad de corte *iusfundamental* sino que implica activamente a todos los poderes públicos, dentro del ámbito de sus funciones, en la optimización de la eficacia de las normas dedicadas a la creación de tales espacios. En este sentido el TC en sus SSTC 18/1984, FJ 6º y 53/1985, FJ 4º. Los derechos fundamentales dejan de ser principios programáticos para gozar de aplicabilidad directa²³, pues, como explica García (1981), la efectividad del conjunto de derechos que perfilan el espacio de libre disposición humana no requiere de complemento alguno más allá del que pueda suponer el desarrollo legislativo que la propia CE contempla, incapaz, de otro lado, de explicitar algo que no sea inmanente a la configuración constitucional de aquél.

La aplicabilidad directa confiere al titular, en correlación con “la preexistencia e inmediata disponibilidad” (Aláez, 2005: 1983) de dicha figura, la posibilidad de reclamar su contenido en caso de vulneración, por acción u omisión, de los poderes constituidos. A pesar de su indisponibilidad respecto del legislador, que sólo en ciertos supuestos y con las debidas garantías puede proceder a su restricción temporal, los derechos fundamentales no pueden entenderse como una realidad autosuficiente, por cuanto independiente de los poderes públicos, sino que a ellos se debe, siquiera a modo parcial, bien la configuración *ex ante*, bien la concreción *ex post* de su contenido objetivo. Ambos extremos, en conjunción con la interacción en que se hallan, son necesarios para la plena eficacia del contenido subjetivo *iusfundamental*. Mientras que, en el caso español, para el primero de ellos hay que estarse al artículo 81 CE, que determina la forma de desarrollo legislativo de los derechos, para el segundo, la norma suprema remite al apartado dos del art. 53, que otorga a los Tribunales ordinarios la protección continuada de los derechos fundamentales según obran en la Constitución e

23 Sobre ella, en refuerzo de lo afirmado, expresa Poyal (1991: 197) que “presta (...) un elevado «efecto de protección» que según las Constituciones toma diversas formas”.

introduce el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional como mecanismo específico de protección.

2.3.1. La eficacia en las relaciones *inter privatos*: la eficacia horizontal

A la inicial concepción de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos (*Vid. Supra*) trascendía la idea de que obligaban principalmente, sino de manera exclusiva, a los poderes públicos. Con el avance de las Constituciones, en su afán por convertirse en "el orden jurídico fundamental de la comunidad" (Hesse, 1983: 16), y el tránsito hacia el Estado social de Derecho²⁴ se concitan en la misma persona, física o jurídica, la titularidad de los derechos fundamentales y la vinculación al respeto de ese mismo patrimonio jurídico en un sujeto distinto²⁵. La generalidad de la doctrina considera la postura de Thoma, favorable a la máxima extensión de la efectividad de los derechos fundamentales de la Constitución de Weimar, como el mejor apoyo a las tesis posteriores sobre la eficacia horizontal de los mismos; así Pabón (1982). La doctrina alemana irá confeccionando de este modo la teoría de la *Drittwirkung*, que luego alcanzará a otros países como España.

Colaboraron a su confección posteriores contribuciones, como la de Nipperdey (1954) quien, por vía hermeneútica, a partir de la configuración de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, afirmó que, por el carácter informador del conjunto del Ordenamiento que les corresponde, deberían trascender más allá del ámbito público. Desde el mismo lado se argüía la inconsistencia que supondría permitir a las entidades de Derecho privado lo que al Estado se le niega: la posibilidad de contravención del contenido de los derechos fundamentales; todo ello sin reparar, y de ahí el escaso éxito del argumento, en la diferencia entre las vinculaciones, negativa y positiva respectivamente, de unos y otro. Más afortunado resultó el argumento que sostenía la identidad de razón entre el supuesto tradicional de sujeción del Estado, por la situación de preponderancia que siempre ha ocupado en sus relaciones con los súbditos, a los derechos fundamentales y el supuesto más moderno que asociaba a los sujetos

24 Consúltese a este respecto la STS 18/1984, FJ 6º

25 No puede extraerse otra cosa del art. 91 CE: Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico

relativamente más poderosos que intervenían en relaciones menos equitativas que las paritarias, un papel similar con respecto a tal figura jurídica²⁶.

La fuerza de la teoría de la *Drittwirkung* y la capacidad que de la misma resultó para transformar el medio de coexistencia de las relaciones sociales, es deudora neta del sinfín de trabas que en forma de argumentación se le plantearon²⁷; este buen ejemplo de resiliencia y adaptación continuada a los criterios de la lógica sorteó obstáculos como los planteados por los autores que entendían la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales a las relaciones *inter-privatos* como una amenaza para la libertad, la autonomía de la voluntad de los individuos y, por causa de su abstracción y enunciación genérica, para la seguridad jurídica. Otros autores centraban sus críticas sobre la desjuridificación, o la politización, que podía suponer la teoría en el entendimiento de que los derechos cuya eficacia horizontal se defiende trasmutarían hacia la forma de valores normativos infranqueables por ideología alguna. En este sentido Forsthoff (1957: 35) sobre la *Drittwirkung*: «Los derechos fundamentales no constituyen un "sistema", porque cada uno de aquéllos responde en su establecimiento una finalidad protectora del ciudadano frente al poder público, ni cabe referir al Estado la función de fijación de los valores, que es un concepto filosófico cuya imputación y cuyo dominio es exclusivo de la persona individual...». “Nadie ha demostrado que la *Drittwirkung* responde a una auténtica necesidad social patentizada por la conveniencia de proteger al individuo frente a grupos sociales ajenos al Estado, por ausencia de otros cauces jurídicos” o Seifert (1976), para quien las atribuciones de la *Drittwirkung* al órgano jurisdiccional encargado de interpretar, cual “orden de valores”, los derechos fundamentales aplicables sobre las normas de Derecho privado a las relaciones entre los individuos le dotan de una naturaleza a medio camino entre el poder ejecutivo y el judicial. El Tribunal Constitucional juzgaría así valiéndose de criterios metajurídicos, con lo que ello comporta para un posible recurso posterior, y casuísticamente, de forma que se haga inasequible la previsión de las consecuencias jurídicas incluso de los

26 Una visión particular siguiendo esta lógica se encuentra en Laufke (1955).

27 En otras ocasiones, más que trabas, se presentan variantes con eficacia práctica similar a la de la Teoría de la *Drittwirkung*; sobre la planteada por Schwabe véase Von Munch (1981): *Grundgesetz-Kommentar*; vol. I, Beck, Munich 1981, p. 27

comportamientos más cotidianos.

Las teorías en favor de la eficacia inmediata del carácter horizontal de los derechos fundamentales y las posiciones que acaban de describirse, que se defienden a partir de una serie de tópicos tan sólo pretendidamente verdaderos, se muestran irreconciliables. Ello ha espoleado la construcción de una teoría intermedia que permita, sin agitar tantas conciencias, la profundización de verdaderos emanados de justicia en las relaciones *inter pares* no siempre tan pares. Se trata de la teoría de la eficacia mediata o indirecta de los derechos humanos (*Mittelbare Drittwirkung*) que según el resumen de Pabón (1982), formulado por Poyal (1991: 204), “parte (en esencia) de una premisa negadora: las disposiciones reguladoras de los derechos fundamentales no pueden dar solución directa a ninguna contienda civil. De otro modo, se acabaría por arruinar el propio principio de libertad, del que son manifestación dichos derechos” permitiendo la delimitación entre lo ilegal y lo inconstitucional y restringiendo, consecuentemente, el ámbito de actuación de los Tribunales Constitucionales. Se sale, así, al paso de las más poderosas alegaciones de la doctrina contraria a la aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional alemán sostiene, como señala Martínez (1998)²⁸, la teoría de la eficacia indirecta en su sentencia 7, 198 de 1958. Por la misma, determina una doble significación de los derechos: a nivel subjetivo suponen la constitución de un marco de libertad individual indisponible por quien no sea su titular y, a nivel objetivo, la transmisión de un conjunto coherente y completo de valores que opera en cualquier ámbito del Ordenamiento jurídico y, por tanto, el órgano judicial correspondiente debe cohonestar su función de aplicación ordinaria del Derecho con el respeto a dichos valores, derivando la mediatez de la eficacia de esta necesaria actuación jurisdiccional.

Sobre la concepción objetiva de los derechos fundamentales del Alto Tribunal alemán,

28 Conviene atender a la nota al pie nº4 del autor ahora reseñado como buena síntesis, derivada del examen de la autorizada posición del Tribunal Constitucional alemán, de la exposición de este autor. Concretamente interesa la afirmación de la aplicabilidad indirecta de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho privado y la obligada consideración del “efecto radiante” de tales derechos en la resolución de conflictos entre particulares.

Stern (1998: 265-266), posicionándose del lado de la teoría mediata, apunta que son “indicaciones para intervenciones en el conjunto del Ordenamiento jurídico: como “norma de principios”, esto es: como “decisión valorativa vinculante”, como “decisión constitucional fundamental válida para todas las esferas del Derecho” añadiendo que no deben ser obviadas a la hora de aplicar las normas adecuadas a cualquier supuesto planteado. Schneider (1991: 81), que también se sitúa del lado de la eficacia horizontal mediata de los derechos fundamentales, expresa sobre los mismos que tienen “un tipo de validez totalmente nuevo: regulando originariamente sólo las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, ahora los derechos fundamentales despliegan efectos indirectos en el tráfico jurídico privado en virtud de su aplicación directa por parte de los tribunales civiles”.

Si bien la teoría de la eficacia mediata permite considerar la necesidad de vincular la actuación de determinados actores privados, por su mayor poder, a ciertas limitaciones²⁹, no resuelve el problema de la seguridad jurídica, por la práctica imposibilidad de anticipar la opinión del órgano jurisdiccional respecto de la adecuación a los derechos fundamentales de un comportamiento que, en el marco de una relación privada, anteceda, motivándolo, a un conflicto; ello en parte por “la imposibilidad de trazar una línea previa, de cuándo y en qué medida puede entrar en juego una vinculación constitucional, ni cuál de los intereses enfrentados se estima merecedor de un mayor grado de protección” (Poyal, 1991: 205). En el haber del tránsito hacia la nueva concepción sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se halla la superación de la aplicación de eficacia inmediata al derecho a la igualdad, sobre el que habrá, más tarde, ocasión para profundizar.

2.4. Especial consideración de España: la situación en la doctrina y la jurisdicción española tras la Constitución de 1978; la irradiación de la *Drittwirkung*

A pesar de que el artículo 53.1 CE no hace mención, en forma alguna, a los particulares

²⁹ Haberle (1980: 177) a este respecto manifiesta que “hoy son las transformaciones sociales, el poder «cuasi-público» de determinados grupos representa un peligro para el individuo más que el que dimana del poder del Estado. La *Drittwirkung*, añade, debe crecer en esta dimensión protectora y el abandono de los dogmas puede favorecer el desarrollo de los derechos fundamentales en nuevos campos”.

ni existe en todo el texto constitucional una norma que los declare sujetos pasivos de los derechos fundamentales no existen motivos para negar, sólo por ello, su obligatoriedad respecto de aquellos sujetos; tanto más cuando, por vía jurisprudencial, se ha explicado la omisión del art. 53.1 CE con base en su elemento teleológico, netamente implicado en el establecimiento de la vinculación entre la categoría jurídica antedicha y los poderes públicos (así la STC 177/1988 en sus FJ. 3º y 4º), que tiene naturaleza propia y distinta de la que afecta, en interpretación del art. 9.1 CE por el Alto Tribunal y buena parte de la doctrina, a los particulares (a este respecto véase la STC 101/1983 FJ. 3º)

Afirmándose, como se hará más tarde, determinada vinculación, concretamente negativa, de los particulares a los derechos fundamentales, resultará inmediatamente dada a la conciencia la afirmación de eficacia en algún grado, y diversa de la que opera respecto del Estado, de estos. Partiendo de una caracterización negativa de la eficacia horizontal, que no podrá entenderse, por lo dicho, como un mandato al ciudadano en orden a la máxima potenciación de la vigencia y extensión de los derechos fundamentales, que sí sufren los poderes públicos, y entendiendo que tal vinculación difiere entre una y otra relación jurídica entre particulares o entre uno y otro actor privado dentro de una misma relación y, también, que la paulatina pérdida de nitidez de las fronteras entre los fines del Estado y los que le son ajenos, deriva en que las relaciones que establecen no obedezcan en todo caso al patrón tradicional de las pertenecientes a Derecho privado³⁰; se procederá seguidamente a analizar, con ayuda de la doctrina y la jurisprudencia, cuál es la concreta eficacia que despliegan los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos* constituidas conforme al Derecho español.

2.4.1 Autonomía privada y derechos fundamentales

No han faltado, como en Alemania, quienes, valiéndose de un concepción decimonónica de la libertad, vieran en la extensión de la eficacia horizontal de los derechos

30 Así, en ocasiones, una de las partes se presenta en una situación de superioridad con respecto a otra, que podemos llamar “dependiente”, actúa a modo de agente del Sector público proveyendo de bienes o servicios por cuenta o en sustitución de éste o asume una función determinada dentro de una categoría de relaciones que conforman el campo de acción de ciertos derechos fundamentales; las relaciones paterno-filiales, las relaciones de índole sanitaria y las relaciones laborales son, respectivamente, ejemplos de las situaciones avanzadas.

fundamentales una amenaza para la autonomía de la voluntad de los particulares como único fundamento de las relaciones entre sujetos de esa misma calidad, sin ponderar que, con el paso del tiempo, las diferencias entre los mismos no habían hecho sino aumentar. La crisis del Estado liberal deja patente que el mero “dejar hacer” y la consideración de todos los individuos como “iguales” con independencia de la verdadera situación en la que, a cada nivel, cada uno se encuentra, no sirve como sustento de una sociedad próspera y sostenible, sino que primará una desigualdad que acabará conduciendo a buena parte de sus integrantes a la miseria por causa de las finalidades crematísticas de los estratos sociales hegemónicos y de la connivencia determinados poderes fácticos.

Frente a la desregulación y el imperio del mercado, el Estado social defenderá cierto intervencionismo para paliar las consecuencias distributivas de los principios liberales y lograr equilibrar, siquiera parcialmente, la sociedad. La igualdad formal comenzará a coexistir entonces con la igualdad promocional, recogida en el art. 1.1 de nuestra CE y la material, recogida en el art. 9.2 de la misma norma, que implican el compromiso del Sector público en la remoción de obstáculos a la libertad y la igualdad real y efectiva y su consecución en todos los ámbitos, validando, además, el tratamiento diferenciado de los supuestos diferentes; lo que supone, al menos, cierta matización de la libertad y la igualdad formales. Aláez (2005: 191) entiende, en referencia a la superación de la igualdad y la libertad formales, que “la extensión de la obligatoriedad de los derechos fundamentales a las relaciones jurídico privadas” es el “primer elemento al servicio de esta tarea”. Repárese en que se han empleado términos como “matización” para desterrar cualquier figuración hiperbólica de la intervención en la autonomía privada y la igualación en el Estado social, que aún permite la consolidación de situaciones de predominio socioeconómico; ello a pesar de que las mismas no sean ajenas al contenido de los derechos fundamentales, concebibles, según la STC 114/1995 FJ. 2º, como mecanismos de construcción y reforma de las relaciones *inter privatos*.

2.4.2 Sobre la concreta eficacia de los derechos fundamentales

Martínez (1998: 60), después de efectuar un análisis de la doctrina y la jurisprudencia,

expresa que “el Tribunal Constitucional español también sostiene el doble carácter³¹ de los derechos como su homólogo alemán”. El autor informa así acerca de la opinión del TC, según su sentencia 25/1981 FJ 5º, que entiende que dicho carácter se desprende del art. 10.1 CE.

Acerca de la postura del TC sobre la obligatoriedad de los derechos fundamentales merece ser destacada la STC 101/1983 FJ 3º según la cual “la sujeción a la Constitución es una consecuencia obligada de su carácter de norma suprema, que se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos” añadiendo después el Alto Tribunal sobre tal signo que “los primeros (ciudadanos) tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos (arts. 30 y 31, entre otros)”. Por su parte, sobre esa vinculación entre Estado social y la eficacia horizontal de los derechos humanos, haciendo buena la opinión de Alaéz (2005) reproducida *supra*, Pérez (1984), sin posicionarse en favor de una teoría concreta, afirma que es la igualdad, en su sentido promocional y material propio del Estado social, la que fundamenta la aparición y el avance de la *Drittwirkung*. Para Garrorena (1987) la extensión de la eficacia de los derechos hacia las relaciones entre particulares, en las que, según expresa, estos operan directamente, es producto de la adición del carácter “social” al Estado de Derecho y la STC 18/1984, en su FJ. 6º, expresa que la imposibilidad del recurso de amparo para atacar actos de particulares que menoscaben algún derecho fundamental “no debe interpretarse en el sentido de que sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado social de Derecho, como el que consagra el art. 1 de la Constitución, no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida real(...), lo que sucede, de una parte, es que existen derechos que solo se tienen ante los poderes públicos... y, de otra, que la sujeción de los poderes públicos a la Constitución se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al legislativo y a los jueces y tribunales en el ámbito de sus funciones respectivas”

³¹ Véase *supra*, para mejor comprensión. la doble connotación, objetiva y subjetiva, que la jurisprudencia alemana observa en los derechos fundamentales.

Se puede concluir, de manera bien informada, que mientras que los derechos fundamentales que se tienen frente a los poderes públicos despliegan eficacia (ya vertical, ya horizontal) inmediata; la eficacia de los que se tienen frente a terceros, deriva del efecto del sometimiento de la actuación de cada órgano estatal, dentro de sus competencias, a los derechos fundamentales. Los postulados de la última sentencia son perfectamente coherentes con los de, entre otras, las SSTC 88/1985, en su FJ 2º, y 55/1996, FJ 5º). La interpretación más avalada de la CE determina que esta concede a los derechos fundamentales una eficacia directa matizada; lo que impide tanto excluir la “eficacia de carácter legal” de aquellos, más allá de los términos que el legislador haya establecido, como la oponibilidad directa a los particulares de todo el contenido de cualquiera de ellos. Dado que la naturaleza de cada derecho y las características y circunstancias relativas a cada relación jurídico-privada son factores determinantes de la posición ocupada por el individuo en la misma, procede una correcta definición del contenido de todo aquel derecho fundamental que se pretenda hacer valer en una relación jurídico-privada concreta; en este sentido, Aláez (2005).

La posición de la eficacia directa matizada tiene por objeto la superación de las desavenencias, que siguen, entre las distintas teorías esgrimidas y la realidad que aspiran a regir. La eficacia indirecta que se hace derivar de la dimensión objetiva de los derechos no se aviene adecuadamente con los derechos fundamentales que tienen su principal campo de actuación en las relaciones privadas y, por tanto, tienden a garantizar determinada posición frente a la actuación de otros particulares, ni con otros que pueden ser objeto de ofensa por parte de un sujeto de Derecho público o privado (v. gr. el derecho a la libertad de expresión). La eficacia directa supone relaciones en las que se hallan implicados derechos fundamentales de todas las partes, por lo que, en caso de conflicto, procederá en Derecho la determinación judicial del derecho merecedor de mayor protección. La eficacia mediata, finalmente, presupone igual poder relativo entre las partes de las relaciones jurídicas privadas, algo que no resiste un análisis serio del conjunto de las mismas dentro de cualquier Estado (v. gr. la relación laboral que vincula a un empresario, parte poderosa, con un trabajador, relativamente más débil).

2.5 La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales

Tras el reconocimiento de la eficacia directa matizada de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, la tradicional adscripción de algunas de las disciplinas jurídicas al ámbito del Derecho privado fue perdiendo nitidez; algo que resulta igualmente predicable de la línea divisoria entre aquel y el Derecho público³². A pesar de que el proceso de indiferenciación es de doble sentido, interesa aquí el fenómeno de “publicación” del ámbito acotado históricamente al Derecho privado y, concretamente, el de las relaciones laborales que, debido al anhelo de nivelación social, ya no quedan al arbitrio de una pretendida supremacía de la autonomía de la voluntad, sino que deben adecuarse a las prescripciones de la normativa “iusfundamental” y permitir cierta injerencia estatal en su configuración.

En unos casos el legislador, en el desarrollo de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales que implica la concreción que de su eficacia hace sobre tales relaciones por medio de la regulación laboral, y en otros la jurisprudencia constitucional, poniendo límites a la autonomía de la voluntad para evitar la vulneración que podría derivar de una actuación empresarial que maneje una concepción sobredimensionada de la misma con respecto a los derechos fundamentales que operan en cualquier relación³³, son los encargados de la determinación y el aseguramiento de la eficacia de los derechos fundamentales, que con frecuencia entra en conflicto con los fines empresariales.

Las relaciones laborales se configuran típicamente como relaciones de subordinación o dependencia entre una persona que, en la práctica, y sin contravenir el Ordenamiento jurídico, ejerce poder sobre otra. El objetivo de maximización de beneficios, derivado instantáneo de la racionalidad económica que tradicionalmente se ha asignado a la empresa, resulta, en ocasiones, escasamente compatible con el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador. Ugarte (2011: 20 y ss.) realiza un interesante recorrido en comprobación de estos asertos; pasa por el fordismo con su “escuela de la organización

32 Consúltese a este respecto la STC 18/1984, FJ 3º

33 Entiéndanse referido ello a los derechos fundamentales inespecíficos (no específicos de la relación laboral), como, por ejemplo, los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de culto. En un capítulo posterior habrá ocasión de desarrollar esta figura.

científica del trabajo” y su “obsesión por el control jerárquico” y llega a la actualidad afirmando que la finalidad perseguida entonces: “el copamiento total de los espacios de autonomía del trabajador como medio de optimización del rendimiento productivo de los factores contratados por el propietario”, no ha variado sino que, únicamente, se han sofisticado y “aligerado” los medios empleados para alcanzarla; a saber: el control tecnológico y el reforzamiento de los denominados “valores culturales empresariales”.

El primero de los medios puede entenderse orientado a la solución de un problema de riesgo moral y supone la fiscalización de la actuación del agente a partir de su observación directa u otros procedimientos capaces de informar sobre su desempeño. El control excesivo conduce a lo que algún autor, como Mercader (2001), denomina “empresa panóptica”; expresión etimológicamente elocuente que hace alusión a aquellas empresas a las que ninguna de las actuaciones de su personal se escapan, que lo “ven todo”. Con respecto al empleo de los valores culturales de la empresa y la proyección que de los mismos se hace hacia el ideario del empleado, cabe apuntar la posibilidad de que acaben por comprometer la independencia en su gobernanza personal, su libertad de pensamiento e incluso el libre desarrollo de su personalidad; en sentido parecido Thompson y Ackroyd (2007: 15) sostienen que “el poder disciplinario constriñe a los individuos mediante el conocimiento de éstos sobre sí mismos y su creencia en su propia soberanía como consumidor o empleado: el sujeto moderno reproduce voluntariamente las relaciones hegemónicas de dominación y explotación. El instrumento más habitual para llevar a cabo este sometimiento son los programas culturales de la empresa” a lo que añaden que “la inseguridad del individuo, la cultura empresarial y el orden organizativo se constituyen unos a otros”.

En referencia a la misma realidad y reforzando su naturaleza de credo que trata de permear la conciencia de los trabajadores Willmott (2007: 119) afirma que “lo que sí es un elemento nuevo en la cultura corporativa es la sistematización y legitimación de un modo de control que busca deliberadamente configurar y regular la conciencia práctica y, posiblemente, los esfuerzos inconscientes de los empleados por asimilarse. En el establecimiento de los programas de recursos humanos y gestión de calidad total de la

cultura corporativa, se aprovecha cualquier ocasión imaginable para dejar la impronta de los valores fundamentales de la empresa en sus empleados, hasta el punto de que, si se tiene éxito en esa misión, la cultura corporativa se convertirá en un medio para acrecentar el totalitarismo”.

Por causa de la descripción dada de la relación laboral³⁴ y, como consecuencia de ello, de la articulación de medidas para la equilibración social que desde antiguo se vienen enmarcando en el ámbito del Derecho del Trabajo, no debe extrañar que sea el laboral el área en el que menor debate suscita la calidad de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales; siendo, entre los autores que se ocupan de ella, profusamente aceptada la teoría de la eficacia inmediata y directa. Así, Arias *et al.* (2006: 15) afirman que “el disfrute (...) de este tipo de derecho (en referencia a los fundamentales) por parte del trabajador en la relación laboral se encuentra garantizado por la propia CE, en la medida en que ella misma reconoce que los derechos que establece adquieren eficacia general inmediata, sin necesidad, por tanto, de un ulterior desarrollo legislativo”. Rivero (2003: 527) en prueba del aserto anterior apunta que “en apoyo a esta posición se manifiesta mayoritariamente la doctrina iuslaboralista y una parte de la doctrina constitucionalista española”.

El TC ha tenido ocasión de posicionarse en repetidas ocasiones sobre la materia abordada. En términos generales, cabría afirmar que otorga mayor fuerza, dentro de las relaciones laborales, a la eficacia de los derechos fundamentales específicos de las mismas (*v. gr.* el derecho de huelga o sindicación) que a la de aquellos otros que se encuentran presentes, y por tanto son susceptibles de menoscabo, en cualquier esfera de la actuación e interacción humana (*v. gr.* libertad de expresión o derecho al honor). Mientras que sobre la eficacia de los primeros las SSTC 94/1995, FJ 5º y 90/1997, FJ 4º, si bien sujetando la defensa del interés de los trabajadores a que los derechos se ejerciten de buena fe y exclusivamente para la finalidad con que son concebidos por el

34 Recuérdese aquí, para una mejor comprensión de lo que vendrá, que una de las principales barreras al avance de las teorías de la eficacia horizontal se basaban bien en el presunto ataque a la autonomía de la voluntad privada que materializaban o bien en la supuesta injerencia cometida en sectores que los individuos concebían de libre disposición.

Ordenamiento, permiten su ejercicio en contravención de los fines empresariales, aunque de ello derive ruptura con un pacto u obligación de constitución previa y voluntaria *inter partes*. Sobre la eficacia de los derechos no específicos, las SSTC 120/1983, FJ 2º y 88/1985, FJ 2º, entre otras, se muestran más estrictas, pues facultan a su restricción por decisión empresarial siempre que esta supere un test de coherencia y necesidad en relación a los fines de la actividad para la que fue tomada y sea, al tiempo, acorde al contenido de un pacto o contrato previo que ligue a las partes.

3. La empresa en Estados con débiles estándares en materia de derechos humanos

3.1. Sobre la eficacia de los derechos humanos en la empresa: cuando el incentivo al respeto tiene traducción contable

Los establecimientos sitos en un Estado protector de los derechos humanos, al igual que en el caso que ahora se examina, no incorporan entre sus finalidades originarias la del respeto a los mismos, sino que las acciones orientadas a ello obedecen al interés por evitar la apertura de procesos que conduzcan a sanciones de diversa naturaleza y otro tipo de perjuicios derivados de la incidencia del conocimiento del público de las actuaciones contrarias a los derechos humanos sobre la demanda. Siguiendo la misma lógica, cuando la empresa opera en contextos carentes de la nota de coerción institucional, interna e internacional, en favor de los derechos humanos o ésta es débil, un resorte importante del que la Humanidad³⁵ se vale para defender su dignidad es el de la reacción de los consumidores, que en la época de la globalización y las nuevas tecnologías están presentes en cualquier punto del planeta, frente a los agentes que no se avengan a su promoción y respeto³⁶. En estos casos, la referencia asumida al tiempo de valorar cualquier desviación empresarial es la del nivel de respeto generalmente profesado, suficientemente motivado por la coerción institucional antedicha, por las empresas ubicada en los Estados respetuosos de los derechos humanos; lo que me lleva a entender la labor de índole fundamentalmente jurídica de los “Estados de vanguardia”

35 En el entendimiento de que cada violación de los derechos humanos va en detrimento del conjunto de los seres humanos y no sólo en el de las víctimas directas.

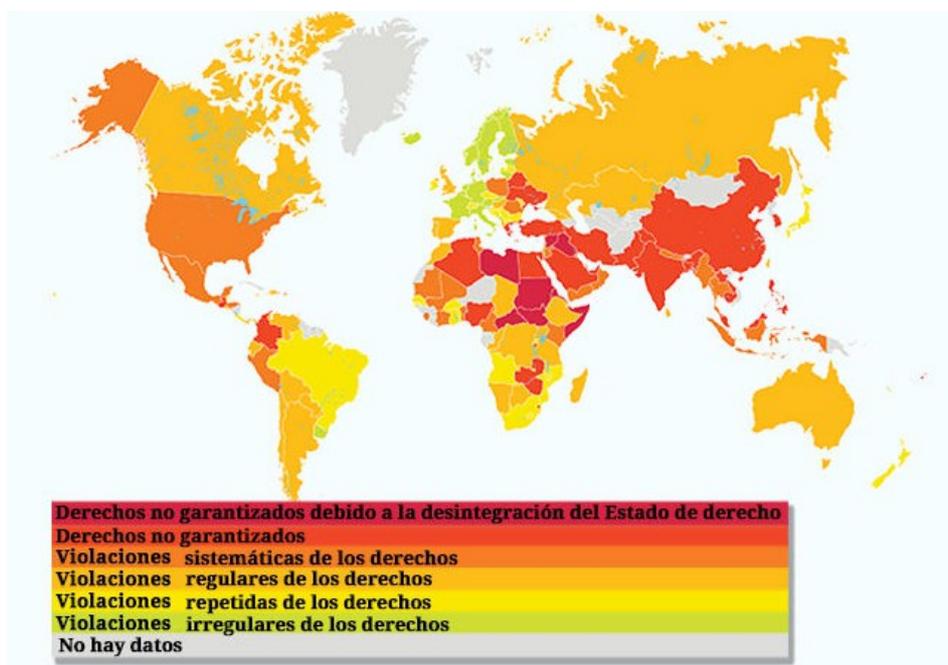
36 Las exigencias de individuos y colectivos en pos del respeto a unos mínimos favorables al ser humanos por parte de la empresa es una cuestión que viene de lejos, recuérdense los movimientos contrarios al mantenimiento de la esclavitud en EEUU. Lo que realmente ha cambiado es el contexto en el que se produce el debate. Esta idea subyace al discurso de Muchslinsky (2001).

como un precedente necesario de la presión mundial en pos de la preservación de los derechos humanos.

3.2 Delimitación de los Estados con estándares débiles en materia de derechos humanos

El de las relaciones laborales, por la ausencia de equilibrio entre las partes, es un buen ámbito para valorar el compromiso de los Estados para con los derechos humanos. Siguiendo a la Confederación Internacional de Sindicatos (CSI), que en su último “índice mundial de derechos laborales”³⁷ clasifica a los países en seis grupos según las garantías ofrecidas, las posibilidades de ejercicio y la cantidad y calidad de las violaciones, la situación mundial en relación a los derechos de los trabajadores (incluidos los derechos humanos de índole colectiva, *e.gr* huelga o sindicación y los derechos individuales, *e.gr*: libertad ideológica o de expresión en la empresa) es la representada ahora (Figura 1)

FIGURA 1: Los peores países para los trabajadores



Fuente: CSI: 2015, Índice global de los derechos de la CSI³⁸.

37 The 2015 ITUC global rights index: the world’s worst countries for workers, CSI, 2015; se encuentra en (http://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/survey_global_rights_index_2015_en.pdf); visitado el 30/06/15

38 Tiene ubicación aquí: http://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/ituc-violationmap-2015-es_final.pdf

Simplificando al extremo el análisis, definiendo que existe una relación positiva clara entre el nivel, la asiduidad y la gravedad de las violaciones de derechos humanos (concretamente laborales en nuestro caso pero perfectamente) y cada uno de los tres extremos que siguen, que pueden presentarse en conjunción o de forma separada: la debilidad económica, la fragilidad democrática y el fundamentalismo de mercado de los Estados.

Sobre la debilidad económica cabe apuntar que, dado que la puesta en marcha de medidas y programas públicos para el desarrollo y la consolidación de los derechos humanos tienen la consideración de “bienes de lujo”³⁹, las sociedades que apenas pueden satisfacer sus necesidades básicas extraerán menor utilidad de su implementación que de cualquier otro conjunto de medidas destinadas a paliar aquéllas. De otro lado, la escasez de oportunidades laborales, formativas y de movilidad social, así como las acuciantes necesidades, mueven al individuo a allanarse a prestar sus servicios en condiciones adversas y, en muchos casos, irreconciliables con los derechos que su dignidad reclama, fundamentadas, a su vez, en la racionalidad económica de la actividad empresarial. Buena parte de los países africanos y asiáticos, continentes que albergan los peores resultados, adolecen de este problema.

La fragilidad democrática podría definirse palmariamente como la liviandad o la ausencia de facultades decisorias de los integrantes de una sociedad acerca de su funcionamiento y, más aún, de facultades de reacción frente a los designios de la autoridad. Cuando los individuos están en esta situación, las consecuencias de apoyar o no combatir desde las instituciones, muchas veces sujetos pasivos de corrupción, las violaciones de derechos humanos, son menos gravosas que cuando los ciudadanos cuentan con las facultades descritas *supra*. Supuesta la racionalidad de las autoridades, al ser menores los costes de dichas violaciones, estas acontecerán, *ceteris paribus*, en mayor medida y con mayor intensidad. China, que presenta el problema recién descrito, cosechó un resultado nefasto en el índice. Los peores resultados del Estado español con respecto a los de índices publicados con anterioridad, se deben, muy probablemente, a

³⁹ Entiéndase como aquel bien cuya elasticidad de la demanda respecto de la renta es mayor que la unidad.

esta causa, esto es, a la merma del vigor democrático experimentada a partir del recorte en libertades sufrido en el país en los últimos años⁴⁰.

El fundamentalismo de mercado no es otra cosa que la sobredimensión de la confianza en el libre mercado, y las políticas que lo apoyan, como asignador y distribuidor de recursos y, así, como forma de solventar los problemas económicos y sociales de cada comunidad y momento. La nula o escasa intervención en materia económica, esto es, la plena libertad de actuación de la empresa, puede dar carta blanca a la conversión de la generación de resultados en la variable dominante de la función de toma de decisiones empresariales y, por extensión, de la articulación de las relaciones sociales, de donde derivaría la postergación de otras, como el respeto a los derechos humanos. Esta causa parece estar detrás de los malos resultados obtenidos por Estados Unidos, país rico y de larga tradición democrática, en el índice.

3.3 Factores ajurídicos que propician el respeto de los derechos humanos

Son cuatro los factores determinante para la toma en consideración de los derechos humanos por parte de las empresas en el desarrollo de su actividad: la Globalización, la sociedad-red, la aparición de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y la generalización de su empleo y, finalmente, las exigencias éticas de la sociedad global⁴¹.

3.3.1 Globalización

A pesar de ser un término ampliamente utilizado no goza de acepción universalmente válida. “Sin embargo, el significado más común o medular de globalización económica (...) se relaciona con el hecho de que en los últimos años una parte de la actividad económica del mundo que aumenta en forma vertiginosa parece estar teniendo lugar entre personas que viven en países diferentes (en lugar de en el mismo país)”⁴². La globalización ha cargado de razones económicas a muchas empresas para cambiar de

40 Véase, dentro del índice de 2015 reseñado *supra*, el espacio dedicado a España (p. 83). Allí se hace mención, como factor determinante del retroceso sufrido, a la LO 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de julio de 2015.

41 Así en Prandi y Lozano (2009).

42 Banco Mundial en (<http://www.bancomundial.org/temas/globalizacion/cuestiones1.htm>); última consulta 15/06/15

ubicación; a otras, sólo para cambiar la localización de algunos procesos; y respecto de otras organizaciones productivas, que incluso no han llevado a cabo reforma estructural alguna, ha favorecido el establecimiento de relaciones con sujetos situados a distancias que, en otro momento de la Historia, habrían hecho imposible la comunicación. Estos movimientos internacionales, en muchas ocasiones, tienen origen en Estados desarrollados, democráticos y que tutelan el desenvolvimiento de los hechos, los actos y los contratos de sus ciudadanos y destino en otros antitéticos.

A las empresas que, de una u otra forma, actúen en Estados con bajos estándares de protección de los derechos humanos, y quieran promover o, simplemente, respetar los de quienes, con ocasión de la localización o relocalización allí, se hayan convertido en sus *stakeholders* no les bastará con plegarse a las “reglas del juego” establecidas, sino que deberán comportarse como si estas fueran más estrictas, influyendo positivamente en las condiciones de vida de la población. La labor tuitiva *secundum legem* es, en todo caso, más directa, menos costosa, que en este supuesto, necesitado del desarrollo de capacidades y el compromiso de recursos en contextos sin suficientes directrices vinculantes en materia de derechos humanos.

3.3.2 La sociedad red y las TIC

Muy ligado al fenómeno de la globalización y al de las TIC, *vid. Infra*, está el de la sociedad red. Según Bueno (2002: 28) se trata de “la consecuencia de un conjunto de procesos sincrónicos y diacrónicos que subyacen en las relaciones entre la sociedad, la ciencia y la técnica, necesarias para crear las capacidades sociales para abordar la demanda tecnológica del presente y del futuro”. La revolución tecnológica del S. XX, basada en la información y la comunicación, incide sobre la práctica totalidad de los fenómenos sociales, transformando las relaciones que conforman la estructura social (vínculos familiares, con la autoridad, de índole económico...) y asociando el alcance del siguiente paso en el devenir histórico de cada comunidad al grado de dominio sobre las tecnologías imperantes. La economía enmarcada en este escenario no se somete, como se dijo, a fronteras nacionales, encuentra en la información y la comunicación sus principales activos y está integrada por empresas que necesitan una rápida y continuada

adaptación a las volátiles circunstancias del entorno global y, consecuentemente, muestran diseños jerárquicos más planos y otorgan mayor valor a la coordinación y el apoyo entre sus integrantes. La empresa-red así constituida comenzará a ser vista como un actor social, del que se exige sensibilidad hacia asuntos que trascienden a los netamente económicos, asunción de responsabilidades sobre los mismos (de entre los que los derechos sociales o los humanos son buenos ejemplos) y transparencia respecto de las medidas articuladas y los resultados obtenidos.

La generalización del empleo de las TIC, de otro lado, permite la difusión a millones de habitantes de todo el mundo, ya sea por parte de la empresa o de cualquier otro sujeto, de informaciones relativas a la actividad desarrollada por la primera en cualquier parte de aquel. En un contexto de creciente preocupación por, entre otras cosas, las condiciones de vida de los grupos humanos menos favorecidos o la preservación del medio ambiente, las actuaciones que redunden en detrimento de tales asuntos tenderán a encontrar un altavoz en las TIC.

3.3.3 Las exigencias éticas de la sociedad global

Como bien apunta Addo (2014) “respetar los derechos humanos tiene un coste; no hacerlo más aun”⁴³; y es que la sociedad en general, sea cual sea la calidad de los sujetos (consumidores, ONGs, Gobiernos...), reclama de las empresas, sobre todo de las que operan en Estados con débiles estándares en la materia, su alianza con los derechos humanos y reacciona frente a las que los vulneren⁴⁴. Prandi y Lozano (2009) sostienen que, más que una amenaza para sus resultados, las empresas encuentran una oportunidad, en forma de posibilidades de creación de una ventaja competitiva, en la gestión del intangible que nos ocupa. Mediante el desarrollo de las capacidades que permitan minimizar el riesgo de los impactos potenciales y la intensidad de los impactos efectivos en este ámbito (valiéndose si es preciso de los instrumentos internacionales existentes), las organizaciones productivas podrían alcanzar una situación global de liderazgo social que acabara por tener traducción en sus indicadores económicos.

43 Así en el País, 25/4/14(http://elpais.com/elpais/2014/04/25/planeta_futuro/1398438099_865777.html)

44 En caso de incumplimiento la reputación de la empresa y, seguidamente, sus resultados podrían verse seriamente afectados

BLOQUE III
LA GESTIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN
LA EMPRESA

CAPÍTULO IV La gestión de los derechos humanos en la empresa

PLANTEAMIENTO GENERAL- DERECHOS HUMANOS Y RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA- una relación de complementariedad -Determinación del área de influencia de la empresa en el ámbito de los derechos humanos – ámbito subjetivo- ámbito objetivo- ámbito relacional- INCORPORACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS A LA ESTRATEGIA DE RESPONSABILIDAD SOCIAL- La práctica empresarial como antecedente- Los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"- El deber del Estado de proteger los derechos humanos- La responsabilidad de la empresa de respetar los derechos humanos – Sobre el seguimiento – Sobre la comunicación - Sobre la reparación – Mecanismos de reparación- LECCIONES EN EL MARCO DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS EMPRESAS

1. Planteamiento general

Como hemos visto, los derechos humanos no son, ya hoy, una realidad cuya protección se deba, dentro de un escenario de vinculación negativa a la Ley para el resto de sujetos, exclusivamente al Estado; es más, algunos de ellos, específicamente las empresas, se alzan como potenciales impulsores de una amplia gama de derechos humanos⁴⁵: invierten, generan empleo, son actores fundamentales del desarrollo económico de los países y, además, pueden servir a la transmisión de las ideas que propiciaron el avance y la consolidación de tales derechos si en algún momento tuvieron presencia en localizaciones donde hayan calado con mayor intensidad. En orden a ello, es imprescindible que las empresas muestren sensibilidad suficiente respecto de los asuntos concernientes a los derechos inherentes a la persona del trabajador allí donde este cumpla su deuda, comenzando por la implementación de prácticas que exterioricen aversión a la explotación, potencien los que correspondan al resto de *stakeholders*⁴⁶, sin reparar en la liviandad del Ordenamiento del país en el que operen y, por causa de su actividad, desplacen la frontera de posibilidades de progreso de la población en general.

La gravedad de las aptitudes predicables de las organizaciones productivas, revierte, ante la actuación irresponsable de aquellas que tratan de tomar ventaja de los enclaves gubernamentalmente desprotegidos y los fallos de mercado, en serias amenazas contra la práctica totalidad de los emanados de la dignidad personal de los sujetos sobre los

45 El Preámbulo de la Declaración Universal de Derecho Humanos, de hecho, establece la responsabilidad de las empresas en ciertas áreas de los derechos humanos.

46 Desde aquí, entiéndase por *stakeholders* “las personas o grupos de personas que influyen en las actividades empresariales o se pueden ver influidos por ellas: accionistas, AA.PP., clientes, empleados, comunidades locales, inversores, medios de comunicación, organizaciones sociales, proveedores, socios, generaciones futuras, etc...” (Prandi, 2007: 113)

que ejerce influencia de forma directa o indirecta⁴⁷.

Siguiendo a Isea (2011) afirmo, sobre la situación descrita, que, dada una actividad económica global cada vez más espoleada por operaciones de índole transnacional, esto es, llevadas a cabo por corporaciones cuya acción supera fronteras, no faltan los intentos para la creación de fórmulas, consistentes, en parte, en la articulación de órganos de nueva planta, mediante las cuáles se prevengan y, en su caso, repriman los comportamientos que causen impacto negativo en la esfera de los derechos humanos⁴⁸. A pesar de ello Prandi (2007: 113) expresa que “la gestión de los derechos humanos en la empresa es sin duda uno de los grandes temas pendientes en la inmensa mayoría de empresas de nuestro mundo globalizado, y más aún en aquellas abiertamente comprometidas con políticas de responsabilidad social empresarial”.

En la actualidad, felizmente, abundan las empresas que reconocen, no ya exclusivamente la obligación de abstenerse de cualquier práctica contraria al respeto a la legislación en esta materia, sino también una labor de corte positiva consistente en la optimización de la posición que corresponde, en el ámbito tratado, a cada uno de los individuos a los que se extiende su actividad; algo tiende a considerarse como una parte importante de la Responsabilidad Social antedicha. Ello obedece tanto a criterios éticos, que exigen cohonestar la actividad que se realiza con el respeto a la dignidad de todos a los que afecte, como a variables fundamentales para el devenir de la empresa, pues “proteger los derechos humanos mejora la reputación, la capacidad para atraer y retener buenos empleados, clientes y usuarios, la motivación y la productividad de los

47 No obstante “el libre funcionamiento de los mercados puede acarrear serios riesgos para los derechos humanos si el alcance y el poder de los actores económicos logran rebasar las bases institucionales sobre las que estos operan” (Isea, 2011: 7). Sirva como ejemplo de este aserto, en relación con los derechos específicamente laborales, la violación que Wal-Mart ejercía, según un estudio de Human Right Watch, sobre el derecho de libertad sindical de sus empleados o, en relación con los derechos generales, la violación, llevada a cabo por empresas del ámbito de la seguridad en el sector de la extracción de diamantes, de los derechos a la vida, la integridad física, la integridad moral y la libertad; el primer caso en: (<http://www.hrw.org/en/reports/2007/04/30/discounting-rights>); el segundo en: (<http://business-humanrights.org/en/documents/angola-diamonds-responses-by-diamond-companies-to-report-on-abuses-related-to-diamond-mining-in-cuango-angola>). Repárese en que no hay Estado alguno ajeno al riesgo de menoscabo de los derechos humanos de sus miembros por parte de las empresas que operan en ellos.

48 La fórmula de este estilo a la que más atención se prestará, es la del establecimiento de un representante especial del secretario general de Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos, las empresas transnacionales y otras empresas; encarnado por John Ruggie.

trabajadores, la percepción de los inversores sobre la empresa, las relaciones con los grupos de interés y la ventaja competitiva” (Isea, 2011: 11). La integración de los derechos humanos en la Responsabilidad Social empresarial, pasa por su inclusión como variable en la función para la toma de decisiones, en la propia de la gestión de procesos y en cualquier asunto de relevancia organizacional, especialmente la incumbente a la acción exterior de las empresas que hayan conocido internacionalización.

2. Derechos humanos y Responsabilidad Social Corporativa

2.1 Una relación de complementariedad

La Comisión de las Comunidades Europeas (2001: punto segundo) ha sostenido que “la mayoría de las definiciones de la responsabilidad social de las empresas entienden este concepto como la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”; añadiendo luego que “ser socialmente responsable no significa solamente cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también ir más allá de su cumplimiento invirtiendo «más» en el capital humano, el entorno y las relaciones con los interlocutores”. Resulta evidente así, el paralelismo entre el concepto al que se refería la Comisión y el de “derechos humanos” según quedó caracterizado en un momento anterior del presente documento.

El primero se orienta a la consecución del desarrollo sostenible y el segundo remite a un patrimonio jurídico compuesto por elementos concebibles como *conditio sine quibus non* respecto de aquél; de la misma manera, sólo las condiciones que resultan del desarrollo sostenible sirven de base firme para la expansión y el aseguramiento de muchos de los elementos de la categoría “derechos humanos”.

Tanto la Responsabilidad Social Corporativa como los derechos humanos, necesitan auxilio de los poderes públicos y seguridad jurídica para su desarrollo; mostrándose una intensa relación directa entre su avance y el progreso de la democracia, la lucha contra la impunidad del infractor, la modernización del sistema judicial o la mayor

transparencia en la gestión pública.⁴⁹

La Responsabilidad Social Corporativa, como los derechos humanos, no se allana a las previsiones legales; pues una de las principales razones de la existencia de ambos es la mejora continuada de las condiciones de vida de los individuos en planos como el jurídico o el económico. El dinamismo presente tras este último aserto, casa mal con la lentitud de la creación y la reforma legislativa, que actúa en muchas ocasiones a impulsos de una conciencia colectiva que comenzó a forjarse mucho antes y con la escasa atención prestada por muchos Gobiernos, principalmente de áreas depauperadas, a los derechos humanos⁵⁰. La ambición que se espera en los ámbitos que propugnan tan altos fines tampoco guarda buena relación con la ordenación escueta del comportamiento privado que, incluso superadas las formas liberales, proponen los Ordenamientos modernos. Se puede concluir que “al igual que en el caso de los Estados, que deben respetar, proteger y hacer cumplir los derechos humanos, existan o no marcos jurídicos apropiados para ello, las empresas deben respetar estos derechos siempre, indistintamente de cuáles sean sus intereses y el contexto operacional” (Isea, 2011: 13). La excelencia en el área de los derechos humanos requiere, inexcusablemente, la articulación de políticas que incorporen simultáneamente las obligaciones legales, a cualquier nivel, y las que tengan un basamento eminentemente volitivo (Figura 2) lo que puede configurarse como un proceso gradual (Figura 3). La corrección de estas últimas pasa por la identificación previa de los efectos positivos, los negativos y los riesgos de las prácticas presentes (*Vid. infra*).

Finalmente, cabe matizar que, si bien las finalidades de los derechos humanos y de la Responsabilidad Social son francamente cohonestables, no debe obviarse esta apreciación: mientras que la empresa puede discriminar entre las variadas esferas de la

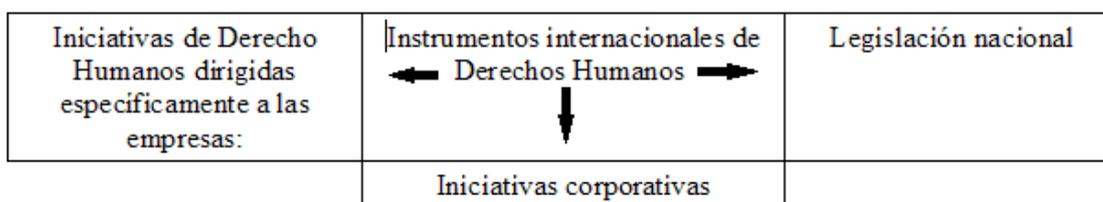
49 Habida cuenta de que, al menos en los Estados desarrollados, nada de ello resulta alterado por la acción empresarial, es fútil cualquier profundización en sus detalles.

50 Este asunto es de vital importancia desde el momento que se repara en la, cada vez más importante, internacionalización de actividades. De otro lado, hemos dicho que los Gobiernos de los países pobres son menos vehementes en la protección de los derechos humanos. Sostuve, y reitero, que ello, además de a una cuestión cultural, se debe a que las políticas en tal sentido pueden considerarse como “bienes de lujo”, esto es, sólo se implementarán cuando las necesidades básicas queden resueltas. Vendría a configurarse así un círculo vicioso por el cual la pobreza no haría sino generar más pobreza.

Responsabilidad Social, seleccionando el destino del esfuerzo; las notas características de los derechos humanos determinan que estos no pueden quedar a su arbitrio. Así, las políticas sobre tal categoría jurídica deben, al menos, dar acogida al respeto de todos sus elementos. Se trata de la idea que Isea, (2011: 13) sintetiza al expresar que “ambos conceptos (derechos humanos y Responsabilidad social) difieren en un aspecto fundamental: el enfoque”. La diferencia de enfoques, “parcial” si referido a la Responsabilidad Social e “integral” cuando se trata de derechos humanos, alienta, según el autor, la posibilidad de utilizar estos últimos como “marco para la integración de la Responsabilidad Social”. Lozano y Prandi (2009), tras alegar la virtualidad de los derechos humanos para humanizar las relaciones intraempresa, y consecuentemente, las políticas y acciones de la Responsabilidad Social, y compatibilizar los negocios con la dignidad de quienes se vean comprometidos por los mismos, constatan su operatividad como “marco integrador” y añaden la utilidad de la categoría jurídica como parámetro de legitimación de la actividad desarrollada y como filtro para la toma de decisiones organizacionales (Figura 4)

FIGURA 2:

Elementos de la estrategia de Derechos Humanos en la empresa



Fuente: Adaptado de Prandi (2007: 118)

FIGURA 3:

La empresa desarrolla políticas acordes con los actuales instrumentos internacionales sobre DDHH más garantistas	Excelencia
La empresa desarrolla políticas acordes con los Ordenamientos constitucionales de Estados respetuosos de los DDHH	Aceptable
La empresa desarrolla políticas acordes con la legislación propia de Estados que incorporan estándares relativamente bajos de protección de los DDHH	Inaceptable

Fuente: Elaboración propia

FIGURA 4:

Toma de decisiones en la empresa

Toma de decisiones	Filtro: derechos humanos	¿Qué?; contenido de la RSC: de los derechos humanos se han de extraer los valores y las directrices para la dirección de la RSC; ello coadyuvará a que la empresa sea y parezca responsable en tal materia. ¿Quién?; Gestión de la RSC: los derechos humanos permiten que la empresa oriente su estrategia de RSC hacia los <i>stakeholders</i> de determinada manera, concretamente en términos del impacto sobre sus Derechos e intereses. ¿Cómo?; Rendición de cuentas: el estándar de los derechos humanos permite la medición y evaluación de la RSC tomando como referencia valores universales.
---------------------------	---------------------------------	---

Fuente: traducción de Lozano y Prandi (2009: 27)

2.2 Determinación del área de influencia de la empresa en el ámbito de los derechos humanos:

2.2.1 Ámbito subjetivo:

La empresa debe velar por la correspondencia entre sus actuaciones y la legislación imperante en cada territorio, ello conlleva la aproximación suficiente a postulados tan divergentes como, por ejemplo, los de las ordenaciones laborales, civiles o administrativas nacionales. Allende las obligaciones por esta vía contraídas, se alcanzan deberes de vigilancia respecto de los riesgos latentes para los derechos humanos de determinados individuos.

Los esfuerzos para evitar impactos negativos no conocen sujeto pasivo caracterizado *ex ante*, pues deben extenderse a cualquiera que pueda resultar víctima de una acción u omisión de la firma; los beneficiarios de las medidas tuitivas, de promoción de los derechos humanos, sí presentan, por contra, contornos definidos. Sea como fuere, unos y otros quedan incardinados bajo la esfera de influencia de la empresa.

El área de influencia de la empresa alcanza hasta donde lo hacen sus *stakeholders* y, por

tanto, el límite es el cielo⁵¹; ésto no significa que la intensidad de la reacción pro derechos humanos mantenga valor constante en todo el área. En este sentido Prandi y Lozano (2009) acotan como subárea prioritaria la concerniente a las relaciones con los sujetos vinculados a las operaciones principales de la empresa (empleados y clientes); según se avanza hacia los lindes del área es legítimo que el esfuerzo marginal adquiera, progresivamente, menor vigor (Figura 5).

FIGURA 4: El área de influencia de la empresa



- 1) Operaciones centrales: empleador y consumidores
- 2) Socios comerciales: proveedores, cadena de aprovisionamiento y empresas subcontratadas (con especial atención a las mujeres, la menor edad y las minorías sociales)
- 3) Comunidad local (con especial atención a los pueblos indígenas minoritarios, mujeres y menores)
- 4) Sociedad global (generaciones futuras)

Fuente: Prandi y Lozano (2009: 27)

2.2.2 Ámbito objetivo:

El elenco de derechos humanos que pueda resultar afectado por la actuación empresarial depende del sector en el que esta se incardine, así las extractivas pueden tener fuerte impacto en el derecho al medio ambiente y las agrícolas en el derecho a la alimentación de comunidades enteras (no sólo de sus trabajadores), pero también de los medios dispuestos en el marco de aquella, si, por ejemplo, el personal de seguridad se excede en

51 No existe mejor prueba de tal afirmación (el alcance global del área de influencia de la empresa en materia de derechos humanos), que la involucración rogada a la empresa en la consecución de los Objetivos del Milenio propuestos por Naciones Unidas hasta 2015 (y después). Hasta julio no se publicará el informe valorativo del período enteramente considerado, aún así puede consultarse extensa documentación sobre su desarrollo en <http://www.un.org/es/millenniumgoals/>. Reténgase el derecho a la alimentación (o a las necesidades básicas) como uno de los más vinculados a las organizaciones productivas por su papel en la creación de empleo y el desarrollo económico.

sus cometidos, y de la concienciación general en esta materia, pues siempre es posible la contratación de mano de obra infantil o el pago de salarios insuficientes. No debe olvidarse tampoco que la violación (promoción) directa de cierto/s derecho/s puede conducir al menoscabo (reforzamiento) de otros elementos de la misma categoría; pensemos en una empresa que al contaminar en exceso, violando directamente el derecho al medio ambiente, acaba afectando, indirectamente, a la salud de los grupos humanos del entorno o en otra que con su decidida apuesta por el pago de altos salarios termina favoreciendo al derecho a la educación de las familias de los perceptores.

2.2.3 Ámbito relacional

La empresa es la principal responsable de los impactos que provoque su actividad principal sobre los derechos humanos y, además, participa de la responsabilidad de los impactos derivados de la labor de terceras organizaciones con las que se relaciona. La explotación infantil en las empresas subcontratadas o la precariedad en los salarios pagados por los socios comerciales son extremos que, mediando conocimiento, implican vulneración de los derechos humanos por parte de las organizaciones que no intercedan en pos de la avenencia entre estos y la acción de los terceros, ni extingan, si ello no prospera, las relaciones entabladas.

Los casos señalados no agotan el espectro de supuestos de responsabilidad de la empresa sobre violaciones de derechos humanos cometidos por terceros. Cuando son los poderes públicos legalmente establecidos, los grupos que pugnan por convertirse en ellos (e.g. golpistas) o las organizaciones controladas por estos o aquellos, los que proceden de esta forma, la empresa privada que no se oponga activamente o, peor aún, lo espolee o se lucre de ello, devendrá accesoriamente responsable o cómplice, siendo tal complicidad mayor cuanto mayor sean el lucro derivado y el grado de intervención⁵²

52 Prandi y Lozano (2009) ilustran la situación con el caso de la Royal/Dutch Shell en Nigeria, que no intercedió en favor de un activista ejecutado por la Junta militar del país por haber organizado paros y protestas pacíficas contra dicha empresa.

3. Incorporación de los derechos humanos a la estrategia de Responsabilidad Social

3.1 La práctica empresarial como antecedente

El peso específico de las empresas, que aglutinan la mayor parte de la fuerza de trabajo de las sociedades actuales y que se constituyen como el motor económico y de la I + D, determina la importancia de su colaboración con “la promoción y protección de los derechos humanos en su área de influencia, previendo, diseñando, implementando y evaluando operaciones, procesos y relaciones en clave de derechos humanos” (Prandi, 2007: 114). La autora, resumiendo el estado de las investigaciones al respecto y dando cuenta de ciertas prácticas articuladas a niveles empresarial e internacional, detalla los pasos para la inclusión en los mecanismos de toma de decisiones organizacionales y en la estrategia corporativa global de determinados elementos de los derechos humanos. De todo el desarrollo destaco lo siguiente:

- a) El deber previo de atención particularizada a la situación en la que se halle, con respecto a los derechos humanos, cada región y, en consecuencia, la especificidad territorial de la política en tal materia;
- b) Las consecuencias que pueden derivar de la política de derechos humanos, que “puede suponer un cambio organizativo y de identidad en todos los eslabones, internos y externos, de la organización empresarial” y, de otro lado, supondrá la asunción de mayores costes de formación para el personal de la organización;
- c) Sobre las filiales entiende la autora que debe espolearse, desde la matriz, la adopción de políticas de derechos humanos con el mismo matiz de adecuación local y acaba llegando a una conclusión poco intuitiva: en caso de que alguno de los *stakeholders* no respete la política de derechos humanos, antes de concluir la relación contractual “es mejor reconducir(la) valorando las consecuencias en el conjunto de nuestros *stakeholders*, para evitar, por ejemplo, que un caso de rescisión de contrato por trabajo infantil desemboque, como ha sucedido en

algunos casos, en la reubicación de los menores en empleos catalogados entre las peores formas de explotación infantil”; y

- d) Expresa la necesidad de asumir esfuerzos en materia de verificación, comunicación y evaluación de la política de derechos humanos.

Una parte notable de las conclusiones decantadas de la prácticas de las empresas responsables experimentadas por PRANDI fueron objeto de recepción por el modelo para la gestión de los derechos humanos en la empresa al que me adhiero: los Principios Rectores de la ONU en materia de empresa y derechos humanos.

3.2 Los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar" ⁵³

Una de las primeras normas⁵⁴ impulsadas en el seno de Naciones Unidas para combatir el impacto social de las empresas en un entorno de mundialización creciente, tenía como destinatarias a las empresas transnacionales y a otras empresas comerciales y como finalidad el ajuste de su comportamiento a un nivel de respeto de los derechos humanos análogo en extensión e intensidad al profesado por los Estados. Ante la controversia generada por esta iniciativa entre los grupos afectados, la Comisión hubo de establecer, en 2005, el mandato para un "Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas", solicitándose al Secretario General la designación de quien hubiera de hacer frente a aquel.

El cumplimiento del mandato por parte del Representante Especial puede dividirse en tres períodos; durante el primero (2005-2007) se sentaron, a partir de la recopilación y examen del contenido normativo y de las prácticas en la materia, las bases para los avances que habrían de venir después. La extensa labor documental realizada pasaba

53 Merece ser destacado ya que, en opinión de EWING, consistente con la mayoría de la doctrina, el Marco de las Naciones Unidas y los principios rectores para su puesta en marcha deben entenderse como el actual estándar *de facto* en materia de derechos humanos en la empresas y entre los stakeholders (Ewing, 2013).

54 Sin el atributo de imperatividad entiéndase.

por la aproximación a, entre otros extremos, “las pautas de las presuntas violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas; la evolución de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho penal internacional; las nuevas prácticas de los Estados y las empresas....” (Ruggie, 2011: 3)

Finalizada la primera fase, el Mandato conoció una prórroga anual que concluyó con la exitosa Recomendación al Consejo para la adopción del Marco para "proteger, respetar y remediar" que el propio Representante había elaborado. Se trataba de “una investigación exhaustiva, (producto de la convocatoria de) sucesivas consultas con representantes de los diversos grupos de interés alrededor del mundo, a fin de reconciliar las diversas posturas sobre el tema” (Isea, 2011: 17) que pretendía servir de sustento y enlace a la pluralidad de iniciativas públicas y privadas sobre empresas y derechos humanos existentes. El Marco se basa en tres principios fundamentales:

- “El deber del Estado de proteger frente a los abusos contra los derechos humanos cometidos por terceros, en particular por empresas, por medio de políticas apropiadas, regulación y enjuiciamientos
- La responsabilidad corporativa de respetar los derechos humanos, lo que supone obrar con la diligencia debida para no violar los derechos ajenos y para abordar los efectos negativos que puedan producirse
- la mejora del acceso de las víctimas a reparaciones efectivas, tanto judiciales como no judiciales” (Amnistía Internacional, 2014: 112)

En palabras de Navanethem (2009: 3)⁵⁵ el Marco para “proteger, respetar y remediar” hace las veces de “una referencia nueva y clara y representa un jalón importante en la evolución de la comprensión de los derechos humanos en nuestras sociedades. La claridad en cuanto a las expectativas básicas de las empresas en relación con los derechos humanos es un importante primer paso hacia la elaboración de respuestas apropiadas y eficaces para esos problemas”

55 Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los derechos humanos desde julio de 2008

Tras la acogida del Marco, que resultó una experiencia positiva capaz de animar, en forma de consultas e interpelaciones, la participación constructiva de actores empresariales y del ámbito de los derechos humanos⁵⁶, se volvió a prorrogar el mandato del Representante Especial, esta vez hasta 2011, a fin de que lo pusiera en marcha y recomendara fórmulas para su funcionamiento. Más tarde, se decidió que tales recomendaciones revistieran la forma de “Principios Rectores”.

El Consejo de derechos humanos de Naciones Unidas se adhirió en junio de 2011 a la propuesta del Representante acerca de los Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Conforman un conjunto de 31 elementos que, si bien habrán de amoldarse en su implementación al medio socio-jurídico en el que se ensayen, aspiran a ser universalmente aplicables y tratan sobre la promoción estatal y privada de la adecuación entre la actividad empresarial y los derechos humanos, explicitando un esquema para la gestión de estos dentro de la empresa y proporcionando un conjunto de parámetros para la evaluación del grado de respeto profesado hacia aquellos.

Los Principios rectores, por la preservación estatal o regional del poder legislativo, no vinculan jurídicamente ni gozan de aplicabilidad directa⁵⁷, lo que no obsta a que, por vía de la recepción normativa interna, parte de aquellos rijan efectivamente las actividades desarrolladas en algunos Estados u organizaciones supranacionales, ni a que muchas empresas los incorporen como código de conducta *motu proprio*. Todo ello no hace sino corroborar la oportunidad del proyecto encargado a Ruggie. A continuación se examinan los Principios Rectores, prestándose especial atención a aquellos que inciden en mayor medida sobre la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos:

3.2.1 El deber del Estado de proteger los derechos humanos

Dentro del apartado A (principios fundacionales) los Principios rectores establecen, en el principio 1, la obligación que pesa sobre los Estados de acomodación de su actuación

56 “En efecto, en enero de 2011 el mandato había celebrado 47 consultas internacionales, en todos los continentes, y el Representante Especial y su equipo habían realizado visitas sobre el terreno a operaciones de las empresas y sus representantes locales en más de 20 países” (Ruggie, 2011: 4)

57 Esta es la causa de que, en vez de “deber”, el allanamiento a los Principios Rectores se configure como una “responsabilidad”.

a los derechos humanos y la prevención del menoscabo de los mismos por terceros; incluidas las empresas. Tal papel de garante agota sus efectos en la fase inmediatamente posterior a la de reparación de los perjuicios de los atentados contra los derechos, quedando del lado del Estado, además, la prevención, investigación y castigo de aquellos. Entre las actividades de prevención y refuerzo de la responsabilidad empresarial en la materia que se estudia se espolea a los Estados a implicarse en:

- **El ejercicio de poderes soberanos y mecanismos políticos:** La legislación directa en favor de los derechos humanos, su compatibilidad con el Derecho Mercantil, el asesoramiento a la empresa y la continua interacción entre esta y el Estado son elementos que caen de este lado (Principio 3).

- **El nexo entre el Estado y las empresas:** La influencia positiva de los Estados debe intensificarse, mediante la articulación de nuevas medidas, en el caso de las empresas de su control y/o propiedad y en el de las que “reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales” (Principio 4). Respecto de aquellas con las que únicamente existan relaciones comerciales la obligación es menos enérgica, cifrándose en un deber estatal de promoción del respeto de los derechos humanos por parte de las empresas (Principio 6).

- **Fomentar el respeto de los derechos humanos por las empresas en zonas afectadas por conflictos:** Como es lógico, allí donde existen conflictos es donde más fácilmente pueden darse vulneraciones graves de los derechos humanos. Los Estados que no adolecen de tal problema pero se relacionan con empresas incardinadas en estos lugares, deben intervenir para que estas participen de comportamientos respetuosos. La colaboración con las empresas cuya actividad pueda desembocar en violación de los derechos humanos o la represalia, en forma de ruptura de relaciones o veto a la contratación futura contra quien la materialice, son solo algunas de las medidas cuya implementación propone, en dicha situación, el principio 7.

- **Garantizar la coherencia en las políticas:** Los Estados tienen la obligación de velar

por la coherencia entre la configuración de las prácticas empresariales llevada a cabo por las instituciones y los derechos humanos (Principio 8)

3.2.2 La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos

A) Principios fundacionales:

“Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación” (Principio 11)

Las responsabilidades relacionadas, que no se contentan con la conformidad de la actuación al Ordenamiento⁵⁸ ni con cumplir con el compromiso unilateral de las empresas, se predicán de todas ellas en general, lo que quiere decir que no se agravan ni atenúan en relación a, entre otros factores, su tamaño, sector o estructura⁵⁹. Las empresas son deudoras del comportamiento que se describe, independientemente de la posición del Estado para con las mismas; posición que en el supuesto de favorecer a la extensión de los derechos humanos no debe verse amenazada. Ante un incumplimiento de los derechos humanos devendrá, en caso de constatación interna, la aplicación de medidas contempladas a tal efecto en instrumentos internacionales, consecuencias de carácter financiero y pérdida de reputación; todo ello incluso aunque la conducta no haya supuesto infracción alguna del derecho nacional.

Sobre cuáles son los derechos a respetar, explicita el principio nº 12 que son, “como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de derechos humanos⁶⁰ y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la

58 “Esa responsabilidad subsiste más allá del cumplimiento de la ley y constituye una norma de conducta mundial aplicable a todas las empresas en todas las situaciones” (Naciones Unidas, 2012: 16).

59 En este sentido el Principio Rector 14: “La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se aplica a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. Sin embargo, la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos”

60 La Carta Internacional de derechos humanos comprende la Declaración Universal de derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos protocolos facultativos

Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”. No obstante, es posible que las empresas hayan de adecuar su actuación a normas distintas de las expresadas, por causa de la naturaleza de las operaciones en que su labor consista o de las circunstancias en las que estas tengan lugar.

Las exigencias en que se materializan los deberes de las empresas respecto de los derechos humanos tienden a que estas:

- a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan;
- b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos (Principio Rector 13)

La responsabilidad empresarial, aunque con matices distintos, nace del menoscabo a los derechos humanos que provenga de su propia acción, de una acción ajena a la que haya contribuido o, de forma menos directa aún, del proceder de un sujeto distinto con el que la empresa en cuestión mantenga una relación comercial y que verse sobre las operaciones, productos y servicios propios de dicha relación. En este sentido, Naciones Unidas (2012).

Los modos de prevención y mitigación a los que se refiere el inicio del apartado b) del principio rector 13, conocen desarrollo en el número 19 del mismo cuerpo. Someramente indico que se basan en la interrupción o modificación de la actuación a la que se puedan asociar consecuencias negativas, pues si se acabaran produciendo procedería ya la reparación, en conjunción, o no, con otros entes de carácter público o privado. Las condiciones de la reparación dependerán del grado de imputabilidad de las consecuencias perjudiciales a la actuación del individuo, aminorándose ostensiblemente la gravedad del cometido si el actor principal es un socio comercial cuya actitud nociva no fue inducida.

Sobre la recomendación de los procedimientos y políticas para el cumplimiento de la responsabilidad empresarial de respeto de los derechos humanos, baste hacer un desarrollo, por su claridad, a la relación del principio nº 15⁶¹, basada en los conceptos de compromiso político (apartado A)), diligencia debida (Apartado B)) y reparación (Apartado C))⁶²:

A) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos; que, según el principio 16, ha de contar con formulación expresa encarnada en una declaración política, o cualquier otro medio análogo que: a) sea aprobada al más alto nivel directivo de la empresa; b) se base en un asesoramiento especializado interno y/o externo; c) establezca lo que la empresa espera, en relación con los derechos humanos, de su personal, sus socios y otras partes directamente vinculadas con sus operaciones, productos o servicios; d) se haga pública y se difunda interna y externamente a todo el personal, los socios y otras partes interesadas (habiéndose de concretar la forma de rendición de cuentas y los programas formativos necesarios para el personal) y e) quede reflejada en las políticas y los procedimientos operacionales necesarios para inculcar el compromiso asumido a nivel de toda la empresa.

B) Un proceso de diligencia debida para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos⁶³; el modo de proceder a este respecto requiere, siguiendo el principio rector 17 estos elementos: a) La identificación y la medición periódicas del impacto que tiene o puede tener la actividad desarrollada sobre los derechos humanos⁶⁴, b) la derivación de conclusiones que informen de la

61 Se trata del principio que cierra el apartado “Principios fundacionales”. Deja bien a las claras el carácter positivo de la obligación de respeto. Resulta obvio que el cumplimiento del compromiso de respeto a los derechos humanos por parte de las empresas grandes y/o con presencia en varios lugares, que son las que más tardan en completar el proceso de implementación y comprobación de efectividad de las medidas descritas, tiende a ser relativamente más complicado.

62 En el entendimiento de la necesaria adecuación al tamaño de cada empresa y las circunstancias en que se halle; revítese ahora el principio nº 14, que refiere las “circunstancias” a tener en cuenta. Cabe apuntar que el mayor énfasis ha de ponerse en la gravedad que se podría asociar a las consecuencias derivadas de la actividad empresarial. Cuanto más graves sean las consecuencias de una posible vulneración más enérgicas habrán de ser las medidas preventivas.

63 “Este principio define los parámetros de la debida diligencia en materia de derechos humanos, en tanto que los Principios 18 a 21 definen sus componentes esenciales”, (Ruggie, 2011: 20)

64 “El objetivo es comprender las consecuencias concretas sobre personas concretas en un contexto de operaciones concreto”(Ruggie, 2011: 20)

modificación o el nuevo comportamiento a llevar a cabo⁶⁵ y c) el mantenimiento de vías para la observación de las respuesta y la comunicación sobre las maneras de salir al paso de las consecuencias perjudiciales, directas e indirectas, reales y potenciales, que pudieran conllevar la actuación empresarial. Son requisitos de la diligencia debida según el último principio mencionado que: a) debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales⁶⁶; b) Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos⁶⁷ y la naturaleza y el contexto de sus operaciones; c) Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas.

En relación al momento de vida de la empresa en el que debe comenzar a operar la diligencia debida, cabe apuntar que, por causa de la sensibilidad de los primeros pasos de las organizaciones y las relaciones comerciales hacia el respeto de los derechos humanos, conviene el establecimiento más temprano posible. Con el fin de desentrañar los “riesgos en materia de derechos humanos” se establece, *ex principio* 18, la necesidad de realizar un estudio previo concerniente a la relación entre los daños efectivos o potenciales a los derechos humanos, su magnitud y la actuación propia y la de los socios; recurriendo para ello a “expertos en derechos humanos internos y/o independientes” y a la inclusión de “consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas, en función del tamaño de la empresa y de la naturaleza y el contexto de la operación”. Este principio, *in fine*, advierte a las empresas de que, según el escenario en el que se incardine su actividad

65 Para la correcta articulación de esta labor se requiere que “la responsabilidad de prevenir esas consecuencias se asigne a los niveles y funciones adecuados dentro de la empresa, y que la adopción de decisiones internas, las asignaciones presupuestarias y los procesos de supervisión permitan ofrecer respuestas eficaces a esos impactos”. (Ruggie, 2011: 21)

66 En esta línea se debe evitar la caída en responsabilidad por participar del menoscabo de los derechos humanos en calidad de cómplice directo o indirecto, ya sea a título lucrativo o no.

67 Es sumamente difícil llevar la diligencia debida al último extremo, sobre todo cuando participan muchas entidades en la cadena de valor añadido. En estos casos debe primar la atención sobre los ámbitos con mayor capacidad de afectación de los derechos humanos. En esta línea Isea (2011).

(conflictos, corrupción política, escaso desarrollo institucional), puede ser más sencillo incurrir en violaciones de los derechos humanos, esto es, los derechos humanos se encuentran en una posición más comprometida o de mayor riesgo. En todo caso, la clave de ponderación de áreas de intensificación de esfuerzos no difiere de la habitual: tiene prioridad la prevención y mitigación de las consecuencias que resulten o puedan resultar más perjudiciales en términos generales, cuya determinación pasará por un nuevo acto de evaluación, y la de aquellas otras que afecten más específicamente a individuos y grupos especialmente vulnerables.

Sobre las medidas a adoptar en los distintos supuesto del principio nº 17, se puede afirmar que dependen de las circunstancias contempladas por el anterior apartado a) y de las posibilidades de cada empresa de moderar el comportamientos de otros actores sociales en pos de la minoración de los impactos negativos en la esfera de los derechos humanos. Si la violación efectiva fuera directamente atribuible a la empresa, a esta le correspondería proceder activamente en favor de su prevención; si únicamente le fuera imputable, en caso de tener lugar el menoscabo, la contribución al resultado negativo, el deber represivo se relaja, constituyéndose a la empresa en la obligación de interceder en favor de la vigencia de los derechos humanos y recomendando, por ejemplo, cursos de acción propicios a los mismos al sujeto que pudiera ejercer de autor material de la violación. Si, por último, la violación efectiva procediera de un sujeto con quien la empresa en cuestión mantenga una relación comercial, esta última debería estimar la medida a tomar, pudiendo decidirse bien por una que guarde identidad de razón respecto de la expresada para el supuesto de responsabilidad anterior, bien por la ruptura de la relación o bien por cualquiera del arco intermedio. La gravedad del impacto, la capacidad de influir sobre el comportamiento del socio o el valor de la relación dentro de la estrategia empresarial son variables de la función para la toma de la decisión antedicha.

Para la conclusión del examen realizado a los emanados de la diligencia debida se debe hacer referencia tanto al seguimiento de la eficacia de las medidas implementadas⁶⁸

68 *Vid.* Apartado c) principio nº 17

como a la comunicación de los resultados.

3.2.2.1 Sobre el seguimiento

Dispone el principio rector nº 20 que debe “a) basarse en indicadores cualitativos y cuantitativos adecuados y b) tener en cuenta los comentarios de fuentes tanto internas como externas, incluidas las partes afectadas”. La determinación de los indicadores adecuados pasa por la ponderación de asuntos como “la combinación de cuestiones de derechos humanos con que la empresa tenga que tratar habitualmente, si ya existen indicadores sólidamente establecidos para esas cuestiones, qué datos puede obtener razonablemente la empresa, con qué facilidad puede solicitar información directa a los interesados afectados, etc”⁶⁹⁷⁰; siendo el ámbito laboral uno de los que con mayor precisión alberga tales indicadores y las maneras de recoger e interpretar la información que arrojan.

En todo caso conviene combinar indicadores cuantitativos, más elocuentes y transversales a todo el sistema de protección organizacional, con otros cualitativos, que prestan apoyo a la tarea hermenéutica a realizar sobre los primeros y guardan mejor relación con los intangibles que subyacen a la misma noción de “derechos humanos”. Como objetivo, el sistema de seguimiento, que debe guardar coherencia con la cultura empresarial y con todo el entramado que la organización haya establecido para lograr el respeto de los derechos humanos, puede limitarse al esclarecimiento de la respuesta que la articulación de una medida o conjunto de las mismas haya tenido o, en el caso de que se haya producido vulneración de aquellos, avanzar hacia el desentrañamiento de las causas que la propiciaron.

3.2.2.2 Sobre la comunicación:

Durante el lapso entre la puesta en marcha de los procesos y el cumplimiento de su

69 Naciones Unidas (2012)

70 Para determinar los modos de proceder futuros conviene hacer seguimiento de la eficacia de las medidas reparadoras y preventivas que se enfrentaron a la violación de los derechos humanos; se habrá de recurrir, para el buen fin del seguimiento, a instrumentos internos de la empresa como los “contratos y revisiones basados en el desempeño, así como inspecciones y auditorías, con datos desglosados por sexos, cuando proceda” (Ruggie, 2011: 22)

compromiso respecto de los derechos humanos “una empresa haría bien en demostrar transparencia en sus esfuerzos por gestionar la transición a medida que desarrolla o ajusta los procesos y políticas que necesita” pues ello sirve para “ayudarla a crear el espacio que necesita para desarrollar los procedimientos, prácticas y políticas a nivel interno que le permitan hacer realidad ese compromiso” (Naciones Unidas, 2012: 28-29). Además, el hecho de que una empresa pueda demostrar que ha puesto en marcha procesos serios para llevar a la práctica su compromiso político puede ayudarla a crear el espacio que necesita para desarrollar los procedimientos, prácticas y políticas a nivel interno que le permitan hacer realidad ese compromiso. En cualquier caso, la intensidad de las exigencias comunicativas guarda relación directa con el grado de perjuicio que la actividad empresarial pueda provocar y con las demandas de los individuos y grupos a los que pudiera afectar. La responsabilidad de respeto de los derechos humanos, por todo lo dicho, no pivota sólo sobre “saber hacer” sino también sobre “hacer saber”, algo que implica la implementación de procesos y políticas específicas.

Según el principio rector n° 21 son condiciones a reunir por las comunicaciones empresariales en orden a informar sobre las medidas practicadas las que siguen: “a) Una forma y una frecuencia que reflejen las consecuencias de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos y que sean accesibles para sus destinatarios; b) Aportar suficiente información para evaluar si la respuesta de una empresa ante consecuencias concretas sobre los derechos humanos es adecuada; c) No poner en riesgo, a su vez, a las partes afectadas o al personal, y no vulnerar requisitos legítimos de confidencialidad comercial”.

3.2.2.3 Sobre la reparación

El principio 15, en su apartado C), exige a las empresas el establecimiento de “unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar”⁷¹, ello en atención a la obligación que a los mismos actores sujeta, para el único caso de que sea reconocido por ellos la violación, el principio n° 22⁷². Ahora, al igual que para la prevención y

71 La causación de daños en la esfera de los derechos humanos no es consecuencia exclusiva de actuaciones negligentes o dolosas. Un proceder recto no está exento de convertirse en menoscabo.

72 Que reza así: “si las empresas determinan que han provocado o contribuido a provocar consecuencias

mitigación, la concreción del comportamiento se hace depender del grado de la responsabilidad en el origen de las consecuencias negativas; así, aludiendo al supuesto de menor responsabilidad, Ruggie (2011: 24) expresa que “si se han producido consecuencias negativas que la empresa no ha provocado ni ha contribuido a provocar, pero que guardan relación directa con operaciones, productos o servicios prestados por una relación comercial suya, la responsabilidad de respetar los derechos humanos no exige que la empresa misma deba reparar los daños, aunque puede desempeñar un papel en el proceso de reparación”.

No debe entenderse que la reparación deba de ser acometida siempre por la organización, ni siquiera cuando existe responsabilidad directa; pues es posible que sea realizada por cuenta de la misma pero mediante un sujeto interpuesto⁷³. Tampoco cabe afirmar que sólo quepan procesos normalizados en el sistema de reparación, pues estos convendrán para combatir la materialización de los riesgos bien definidos a los que se enfrente la empresa por razón de su actividad, pero no para todos los ámbitos de la misma. Por su capacidad para amoldarse a ellos “es preferible contar con procesos acordados para la reparación de las consecuencias negativas sobre los derechos humanos (...) incluso si para ello es necesario disponer de más de un tipo de proceso (por ejemplo, para los empleados y para las personas ajenas a la empresa)” (Naciones Unidas, 2012: 75). No deben descuidarse los mecanismos de reclamación a nivel operacional que, espoleados por las quejas y observaciones de los sujetos afectados por determinada actuación (y siempre que cumplan con los criterios del principio nº 31), pueden llegar a ser enormemente eficaces.

3.2.2.3.1 Mecanismos de reparación

Los Estados, según el principio rector nº 25, deben fiscalizar la incidencia de la actividad empresarial sobre los derechos humanos y diseñar mecanismos de reparación que funcionen, bien cuando la empresa reconozca la causación (o la contribución a ella)

negativas deben repararlas o contribuir a su reparación por medios legítimos”.

73 A este respecto Naciones Unidas (2012). Es posible que los mecanismos adecuados para la reparación se hallen en los procesos propios de la soberanía estatal, en los dispuestos por organizaciones internacionales u otros que incluso pueden revestir carácter consuetudinario.

de un daño sobre los mismos y no cuente con procesos adecuados para la indemnización o para la reintegración de los individuos y/o grupos en sus derechos, o bien cuando no acaezca tal asunción. Adicionalmente, se quiere involucrar en la reparación a ciertas entidades de base asociativa por su capacidad para afectar a los intereses que encuentran respaldo en los derechos humanos.

Los principios rectores distinguen tres tipos de mecanismos de implementación y/o mejora pública o privada al servicio de la comunidad; a saber: mecanismos judiciales estatales, mecanismos extrajudiciales de reclamación del Estado y mecanismos de reclamación no estatales⁷⁴.

Las obligaciones en este ámbito de los entes en los que reside la soberanía orbitan alrededor del aseguramiento de la eficacia⁷⁵ de los mecanismos de cuyo control y puesta en marcha son responsables. En el primer caso ello pasa, particularmente, por tomar en consideración “la forma de limitar los obstáculos legales, prácticos y de otros tipos que puedan conducir a una denegación del acceso a los mecanismos de reparación⁷⁶” y en el de los mecanismos extrajudiciales de reclamación del Estado, Ruggie (2011) no concreta más que la obligación de establecimiento de forma paralela a los de índole judicial y las notas de “propiedad” y “eficacia” que deben concitar. Con respecto a los mecanismos no estatales tampoco se permite la adopción de una postura abstencionista a los Estados, que habrán de, *ex principio 28*, “estudiar la forma de facilitar el acceso a los mismos”.

74 cuya consideración individualizadas se dedican respectivamente los principios n° 26, n° 27 y n° 28, pertenecientes al bloque B) “principios operacionales” del punto III “Acceso a mecanismos de reparación”

75 Sobre el empleo del término “eficacia” conviene destacar lo “socorrido” que resulta en el ámbito jurídico pero lo impreciso que es a efectos prácticos. Por eficacia no ha de entenderse otra cosa que la capacidad para cumplir objetivos; así que cabría preguntarse si el incremento en un porcentaje infinitesimal de dicha capacidad merecería, por ejemplo, doblar el gasto público en Justicia.

76 Entre las barreras legales, imagínese la petrificación de la posición privilegiada que una medida que impida sustanciar acciones por causa de la vulneración de algún derecho humano en favor de algún lobby podría suponer. Entre las prácticas podría ubicarse una ley de tasas abusivas para el ejercicio de los derechos y en “otros tipos” cabría radicar la falta de implicación de los poderes públicos en la divulgación de información de interés social acerca de las prácticas que, en una relación laboral, equivaldrían a “abuso”.

Las entidades distintas del Estado a las que los principios rectores asignan alguna función en la reparación son, además de las empresas, “Las corporaciones industriales, las colectividades de múltiples partes interesadas y otras iniciativas de colaboración basadas en el respeto de las normas relativas a los derechos humanos”. Al sujeto de la primera naturaleza se le hace responsable de la articulación de mecanismos de reclamación de nivel operacional propios o la participación en otros que no lo sean y al resto de la garantía de disponibilidad de tales instrumentos⁷⁷. Los mecanismos implementados por los sujetos que se acaban de referir y cualquier otro que se pueda considerar análogo, presentan, frente a los estatales, ventajas por vías como “la rapidez de acceso y reparación, unos costos reducidos y/o alcance trasnacional” (Ruggie, 2011: 28).

3.3 Lecciones en el marco de Naciones Unidas sobre los derechos humanos desde la perspectiva de las empresas

Ewing (2011), reconoce que desde la publicación de los Principios rectores de las Naciones Unidas las empresas han ido interiorizando progresivamente su responsabilidad para con los derechos humanos. Entre los aspectos, dentro de este ámbito, que no deben dejar de cobrar bríos incluye los que siguen:

- La interiorización de que el respeto a los derechos humanos no se agota en la conformidad con el Ordenamiento jurídico: las organizaciones no deben usar como norma de conducta la emulación del proceder estatal en materia de derechos humanos. Bajo los principios rectores, el núcleo de la responsabilidad empresarial incluye el cumplimiento de las obligaciones legales de carácter nacional o internacional pero se extiende más allá del mismo.
- La imprescindibilidad de conocer la totalidad de actividades y relaciones en las que la empresa actúa y examinar su compatibilidad con todos los derechos humanos⁷⁸: Según cuáles sean las actividades y relaciones en las que una

⁷⁷ Véanse principios 29 y 30.

⁷⁸ Lo que implica la necesidad de conocer la amplia gama que constituyen.

empresa se involucre, tales serán los espacios en los que se deban redoblar esfuerzos en pos del respeto de los derechos humanos; pero, como es lógico, antes de advertir los riesgos generados y de disponer los métodos para prevenir o mitigar su materialización, las empresas habrán de parar mientes en la normativa internacional de derechos humanos.

- La adopción de una política de derechos humanos⁷⁹: resulta un punto de partida para la empresa, que puede tomar como modelo los principios rectores de Naciones Unidas y dejarse influir, al tiempo, por otros instrumentos, normativos o no, nacionales e internacionales en la materia. Lo que importa no es ya que exista un documento que recoja la política en cuestión, sino que haya un compromiso firme por parte de la organización de no contravenir el contenido de ninguno de los derechos humanos⁸⁰. Asimismo los progresos en el cumplimiento de la política, que no puede quedar en una mera declaración de voluntad, deben hacerse llegar fehacientemente a todos los *stakeholders*.
- Inversión en diligencia debida en materia de derechos humanos: la identificación, prevención, mitigación y rendición de cuentas deben ser objeto de un proceso dinámico y sin solución de continuidad que se convierta en la clave de su responsabilidad social atinente al respeto de los derechos humanos. Para la eficacia del proceso deviene necesario el análisis de los impactos reales y potenciales generados por la actividad presente, propia y de los socios, y el de los riesgos incorporados por las nuevas prácticas empresariales y por las relaciones comerciales que cuenten con la participación de sujetos desconocidos hasta el momento, constituidas a partir de la implementación del proceso.
- Reacción frente a los impactos desvelados: mediante los mecanismos de reparación las empresas deben devolver el estado de las cosas a la situación

79 Con las mismas características que las que especifican los principios rectores al referirse al “compromiso político” de las empresas

80 Cabe recordar aquí cómo Ruggie (2011) puso el acento en el saber y en el hacer saber del respeto empresarial de los derechos humanos.

inmediatamente anterior a la comisión del abuso sobre los derechos humanos, reintegrando en su debida posición y compensando por los perjuicios causados a las víctimas de aquellos.

- Comunicación en materia de derechos humanos: tal y como Ruggie enfatizara en sus principios rectores, las empresas deben hacer partícipe al público en general del grado de cumplimiento de su compromiso para con el respeto de los derechos humanos; transmitiendo, a tal fin, cuáles han sido las áreas receptoras de mayores esfuerzos y la valoración de los progresos llevados a cabo. Ewing hace referencia a la “Global Reporting Initiative” como una buena guía de los indicadores que pueden ser empleados de partida y advierte, justo después, de la conveniencia de elaborar parámetros personalizados, según la actividad y las circunstancias de cada organización, para la medida del éxito en el avance del respeto a los derechos humanos.
- Aseguramiento de vías para la reparación de abusos cometidos contra los derechos humanos: tal y como pretende el tercer pilar de los principios rectores de Naciones Unidas; afecta muy concretamente a las empresas, el deber de establecer mecanismos de reclamación a nivel operacional para canalizar las quejas y demandas de los particulares y, al tiempo, servir de apoyo al seguimiento de las respuestas generadas por las medidas sustanciadas en la materia que se trata. Según Ruggie (2011), los mecanismos de reparación deben ser legítimos, accesibles, predecibles, equitativos, transparentes, consistentes con los estándares internacionales sobre derechos humanos y una fuente de aprendizaje continuo.
- Considerar el Marco de las Naciones Unidas y los principios rectores para su puesta en marcha como el actual estándar *de facto* en materia de derechos humanos en la empresas y entre los *stakeholders*: hasta que los instrumentos recién mencionados introdujeran la disciplina de los derechos humanos en la empresa e incrementaran la preocupación su respeto, éstas se mostraban menos

sensibles respecto de dicha realidad. Desde entonces muchas Administraciones, empresas y otros agentes del mundo de la economía, las finanzas y el Derecho paran mientes en el Marco y en los principios rectores, y muchas organizaciones internacionales, con Naciones Unidas⁸¹, la Unión Europea y la OCDE a la cabeza, cohesionan sus propios instrumentos con las nociones e ideas ínicas en aquellos textos. En buena prueba de ello vienen los Foros sobre derechos humanos y empresa que han tenido lugar desde que aconteciera la completud de la labor de Ruggie; el primero de ellos, de diciembre de 2012, convocó a cerca de 1000 personas con interés sobre la actuación empresarial, entre ellas ejecutivos de 150 organizaciones, que discutieron la forma de implementar los principios rectores y salir al paso de las complicaciones y los retos que, en una época tan temprana del fenómeno, ello suponía (y sigue suponiendo).

- El Marco de Naciones Unidas y los principios rectores son empleados por los *stakeholders* como canon de conducta empresarial en el ámbito de los derechos humanos, a partir del cual evaluar, mediante contraste, el grado de respeto a aquellos profesado por la empresa con la que mantengan cualquier suerte de relación. Cuando la brecha entre el desempeño normativo y el efectivo es amplia, es muy probable que el compromiso de los sujetos mencionados con la organización irrespetuosa, al menos mientras no se adopten medidas para su minimización y se proceda a su comunicación, tienda a difuminarse.

Cuando el legislador nacional se guía, para la ordenación de las relaciones entre la empresa y los derechos humanos (fundamentales), por los textos de referencia; apartarse de sus postulados implicaría algún tipo de infracción de Derecho Público y la/s consiguiente/s sanción/es. Cuando los defensores de los derechos humanos alzan su voz en contra de una organización irrespetuosa, su reputación no puede sino resquebrajarse y, por último, cuando los inversores que

⁸¹ El grupo de expertos en derechos humanos y empresa, sucesor de Ruggie, se ha implicado, de hecho, en la extensión de la aplicación del contenido del Marco y los principios rectores. Consúltese el siguiente informe del grupo de trabajo de Naciones Unidas en materia de derechos humanos, empresas transnacionales y otras empresas: doc. A/67/285 (10 agosto 2012).

ponderan variables éticas en su función de decisión se percatan de las desavenencia entre el comportamiento deseado y el existente, desvían sus recursos hacia otros negocios.

- En vez de enfatizar únicamente lo que a la protección se refiere, resulta aconsejable prestar atención a cómo los Estados y las demás empresas coaligan dicho pilar con otro: el de respeto de los principios rectores; para ello se puede articular un proceso bifásico consistente en el análisis de los estímulos estatales a la empresa para el respeto de los derechos y en los de esta al Estado para su protección. Mediante un viaje de ida y vuelta como este, se intensifica la alineación de intereses en el campo de los derechos humanos y se aligera el peso específico del tercer pilar en la construcción de Ruggie.

BLOQUE IV
LOS DERECHOS HUMANOS DEL TRABAJADOR

CAPÍTULO V -DIGNIDAD Y DERECHOS HUMANOS DEL TRABAJO

PLANTEAMIENTO GENERAL- EL FUNDAMENTO DE LA DIGNIDAD Y LOS DERECHOS HUMANOS DEL TRABAJO- DIGNIDAD Y DERECHO DEL TRABAJO. EL TRABAJO DECENTE DE LA OIT.

1. Planteamiento general

La dignidad⁸² es un derecho (y un valor) que debe encontrarse, necesariamente, en los Ordenamientos jurídicos de las sociedades democráticas⁸³. La irrenunciabilidad de la dignidad es apreciable en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo art. 1 reza que “la dignidad humana es inviolable” y “será respetada y protegida”; asimismo, a nuestro nivel interno, la CE en su art. 10.1, dentro del Título I, afirma que “la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes... son fundamento del orden político y la paz social”. En la misma línea el TEDH ha afirmado, en referencia al Convenio Europeo de derechos humanos de 1950, que “la dignidad y la libertad del hombre son la esencia misma del Convenio”⁸⁴ y, finalmente, entre los constitucionalistas españoles (Ruíz Giménez, Lucas Verdú, González Pérez, Jorge de Esteban y González Trevijano, entre otros) “se destaca la consideración de la dignidad como presupuesto ontológico de nuestro régimen constitucional, o, como fundamento, principio y origen del Ordenamiento constitucional español”, siendo que “en todos los derechos fundamentales se halla comprendido un núcleo de dignidad personal” (Sagardoy, 2005: 49-50). Por todo ello, que no deja de ser extensible a la gran mayoría de los Estados u organización de los mismos, un discurso, como el mío, esto es, centrado en los derechos humanos del trabajo, no puede ascender sin apoyarse en una base concreta: la de la dignidad humana.

2. El fundamento de la dignidad y los derechos humanos del trabajo.

“El valor y el derecho de la dignidad incide de manera esencial en la determinación de una sociedad más justa e igualitaria que pueda situarse en condiciones de generar el autorespeto de sus propios individuos” (Chacartegui, 2013: 11); no es posible aislar el

82 Sobre este concepto, que entraña gran indeterminación, consúltese Pelé Illie, A. “Una aproximación al concepto de dignidad humana”; *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, nº1, 2004-2005, pp. 9-13.

83 En tal sentido Glensy (2011).

84 STEDH de 29 de abril de 2002, Asunto Pretty contra Reino Unido, F.J. 65.

respeto que cada cual profese sobre sí mismo respecto de cualquier condicionamiento diverso de la consideración individual basada en los comportamientos propios desarrollados, ya que el elemento social, la aproximación a la referencia que los integrantes de la comunidad tengan sobre un sujeto, importa a efectos del autorespeto⁸⁵.

La minusvaloración del individuo, manifestado en comportamientos ajustados a las características específicas de quien los sufre, puede provenir tanto de particulares como de instituciones públicas. Pensando más bien en estas últimas, pero sin pérdida de valor con relación a los otros, Rawls (1985) afirma que las relaciones sociales y económicas deben ser estructuradas de manera que comporten mayor beneficio relativo para los más desfavorecidos y que dichas ventajas sociales sean accesibles a todos en condiciones de igualdad de oportunidades. Deviene fundamental, por tanto, el fomento de las condiciones propicias para el desarrollo del autorespeto de la comunidad, la revalorización del valor dignidad y su transversalidad a todos los sectores del Ordenamiento, incluyendo la regulación de la relación laboral. En el mismo sentido, las prácticas empresariales que, bien orientadas por los esfuerzos para sortear las consecuencias jurídicas de no hacerlo, bien por los beneficios derivados de ello, promuevan la dignidad humana en su interior, coadyuvarán al autorespeto. A pesar de ésto, en el entendimiento de que no debe dejarse a la voluntad de los sujetos privados el fomento de esta faceta, debe retenerse que el fenómeno tratado es netamente jurídico, esto es, debe ser defendido, si quiere ser eficaz, desde las instituciones.

El valor de la dignidad debe informar el conjunto de derechos sociales, en este sentido López (2005), y éstos, al tiempo deben trascender al Ordenamiento laboral convertidos, gracias a la acción legislativa, en derechos humanos⁸⁶, esto es, la dignidad transmuta los derechos laborales en derechos humanos del trabajo. En este sentido cabe destacar que los derechos económicos y sociales han ido encontrando su hueco en los instrumentos

85 Sobre la casuística y la abstracción existente tras el concepto “respeto” no cabe duda; hermeneúticamente, me valgo de la noción de “respeto” de la STEDH de 11 de julio de 2001, Asunto I. contra R. Unido.

86 Es lo que se conoce como segunda generación del derechos humanos; véase sobre ellos AA.VV. (Megías Quirós, José Justo Coord) “Manual de derechos humanos” Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 103 y ss.

internacionales sobre derechos humanos convenidos desde mediados del S. XX; así en la Declaración Universal de los derechos humanos, arts. 22 a 25, o, a nivel europeo, en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y en la Carta Social Europea.

La más importante vía de avance para los derechos humanos en el trabajo, no ha sido, ciertamente, la conclusión de Tratados internacionales, pues están sujetos a dos importantes limitaciones, a saber: “a) la ambigua formulación o expresión legal de estas previsiones, y b) la relativa debilidad internacional en los mecanismos de control de los tratados.” (Chacartegui, 2013: 14). Debido a que superan estos inconvenientes de índole ejecutivo, es la conclusión de normas supranacionales de aplicación directa en los Estados a los que afecta, el instrumento que más apoyo ha ofrecido a la dignidad del trabajador, por medio de la extensión de los derechos que le corresponden como persona en la empresa. Tal es el caso de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea incorporada al Tratado de Lisboa, cuyo art. 52.2 establece que “los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos”. Por su regulación en los Tratados, que implica la intervención del TJUE en caso de conflicto, contarán con mayor eficacia jurídica; en este sentido, Terradillos (2002)⁸⁷.

Si bien es en los países subdesarrollados y en vías de desarrollo, principalmente Asia y África, donde radican los mayores problemas en esta materia, no debe pensarse que la avenencia entre los derechos humanos y la relación laboral, articulada por el Derecho del Trabajo nacional y las normas superadoras de fronteras a las que cada Ordenamiento haya de responder, es total en los países más desarrollados. Han aparecido, de la mano del progreso tecnológico y de las recientes formas de hacer empresariales, nuevas amenazas a la ciudadanía en la empresa; todas ellas implicadas en la respuesta deseada a

87 En la misma trinchera que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea está el Reglamento 1889/2006/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, por el que se establece un elemento financiero por la promoción de la democracia y los derechos humanos a escala mundial. A tales fines la UE se compromete al auxilio económico y técnico en favor de las áreas menos desarrolladas y entre los ámbitos en los que implementar medidas para el progreso se encuentran la Responsabilidad social corporativa y el fomento de normas laborales básicas. Véase a este respecto el art. 2.1ª, VIII.

las necesidades del mercado⁸⁸.

3. Dignidad y Derecho del Trabajo. El trabajo decente de la OIT.

La dignidad social, enunciada a modo de “derecho marco” por el art. 23 de la Declaración Universal de derechos humanos, juega un papel informador básico sobre el haz de derechos y obligaciones que conforma la relación laboral, imponiéndose como frontera inespecífica al ejercicio de los poderes empresariales y sirviendo de fundamento a muchas de las normas protectoras del trabajador presentes en las ordenaciones laborales, nacionales o no, y a otras con especial incidencia en dicha relación. De esta manera, en Derecho español, el art. 4 ET según el cual se reconoce a los trabajadores el derecho “al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad”, el art. 18 ET que opone a la facultad de registro del empresario sobre la persona del trabajador o sobre objetos en directa relación con el mismo la optimización del respeto a la “dignidad” (y también a la intimidad) del individuo contra el que se realizan las pesquisas, el art. 20.3 ET que establece la misma limitación, sin expresión del grado exigido en este caso, respecto de las indagaciones del principal sobre la concordancia entre el comportamiento debido y el efectivo del trabajador, el art. 8.11 de la LIS, que considera infracción muy grave, las acciones del empresario contrarias a la consideración debida por el mismo a la dignidad de sus empleados o, por último, el art. 22.2 de La LPRL que impide cualquier aproximación al estado de salud de los individuos cuando resulte irrespetuosa para con su dignidad.

El alcance que haya de tener el derecho a la dignidad en cada país quedará configurado por la interacción entre la Ley y la Jurisdicción. En opinión de Sandel (1982), la dignidad social, comprensiva de los aspectos humanos y económicos de la dignidad, tendría base en otro concepto de perfiles no más nítidos: el de solidaridad colectiva; si las relaciones que enmarcan la convivencia humana se caracterizan por la dependencia y la responsabilidad que se crea entre los sujetos, podría afirmarse el respeto a la dignidad social desde el momento en el que hubiera lugar para la consecución de las aspiraciones y la cobertura de las necesidades de todo grupo social. Compartiendo una perspectiva

88 Véase a este respecto el Capítulo III del presente trabajo.

rawlsiana, dignidad social y atención a los colectivos peor posicionados se relacionan directamente.

La OIT en la Conferencia Internacional de 1999 se propuso en aras del fomento de la dignidad social la promoción de “oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana”⁸⁹. Desde entonces, tal y como indica Anker *et al.* (2003), éste ha sido el sustrato teleológico de la actuación de la Organización, siendo el “trabajo decente el elemento que pretende aunar, de una manera sencilla, la esencia de la tarea y misión que cumple la OIT en el mundo globalizado” (Chacartegui, 2013: 20). La lucha contra la pobreza no se conforma con la mera ocupación, sino que necesita de la implementación de unas condiciones mínimas de dignidad en el trabajo: la atención a los derechos fundamentales de los trabajadores, la adecuación de las condiciones en las que se debe desarrollar la prestación y de la compensación por la misma, el aseguramiento de determinadas contingencias cuya materialización, en caso de desprotección, conllevaría miseria y el concierto entre los actores sociales son asuntos de especial interés en tal campo. Así, la noción de trabajo decente⁹⁰ abarca las seis facetas que siguen⁹¹:

- Oportunidades de trabajo: con ello se hace referencia a la necesidad de extender la posibilidad de independencia económica mediante los rendimientos del trabajo a todos los hombres y mujeres. Tener empleo es, obviamente, un *prius* de su calificación como “decente”. “Esta noción de trabajo en que se basa nuestra definición es de carácter general y abarca todas las formas de la actividad económica” (Anker, 2003: 166).
- Trabajo “en condiciones de libertad”: son los individuos quienes deben elegir la

89 OIT (1999: 4).

90 Que debe ser interpretado en los Estado miembros de la UE sin contradicción con la Carta de Derechos Fundamentales.

91 Reténganse ahora por su conexión con los derechos fundamentales laborales inespecíficos que se abordarán en el siguiente capítulo, que los derechos a la igualdad y no discriminación, a la alimentación o el “macroderecho” y valor de la dignidad están plenamente interrelacionados con alguna/s de las facetas del trabajo decente.

actividad concreta a desempeñar, no pudiendo motivar tal decisión ninguna fuerza ajena a la voluntad que no sea la necesidad económica. Esta explicación nos transporta a estadios de las relaciones laborales que parecen ampliamente superados pero que no deben caer en el olvido. El legislador no obvia la interdicción del trabajo forzoso y, así, se encuentra, entre otros, el art. 5 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que contiene “un derecho directamente ejercitable e invocable que pertenece por excelencia al ámbito de la dignidad de la persona” (Gil y Gil *et al.*, 2003: 1335).

- Trabajo productivo: habida cuenta de que la remuneración de los factores productivos va en función de la aportación de los mismos a la producción es lógica la incorporación de este extremo a la definición del trabajo decente.
- Equidad en el trabajo: alude a la necesidad de no sufrir discriminación en el acceso o en el desarrollo de la actividad y, al tiempo, “la posibilidad de conciliar(la) de modo equilibrado (...) con la vida familiar” (Anker, 2003: 166).
- Seguridad laboral: la OIT no pretende invocar sólo la minimización de los riesgos de padecer accidentes o enfermedades laborales, sino también la necesidad del aseguramiento de los ingresos suficientes para continuar con una vida digna cuando se pierde el empleo o cuando acontecen ciertas contingencias, como la incapacidad, que impiden la prestación laboral.
- Dignidad laboral: engloba la posibilidad de realización personal mediante el trabajo, la consideración individualizada de cada integrante del sujeto jurídico o colectivo, con personalidad y fines propios y distintos de los organizacionales, y la posibilidad de ser escuchado en cualquier materia relevante para su actividad. Resulta asimismo “un aspecto esencial (de la dignidad laboral) la libertad de los trabajadores para defender colectivamente sus intereses” (Anker, 2003: 166-167)

El trabajo decente evoca “la concertación e invita a buscar el acuerdo entre los

interlocutores sociales en la consecución y puesta en práctica de leyes laborales” y apunta a “que las relaciones humanas no se deben reducir, únicamente, a una ideología utilitarista, sino que deben contar necesariamente con una dimensión ética que esté en conexión con una política basada en el valor de la dignidad como pilar fundamental del Ordenamiento Jurídico” (Chacartegui, 2013: 19-20). No obstante, no debe desconocerse que la realidad económica plantea dificultades a la “puesta en marcha” normativa del trabajo decente en condiciones de cumplimiento efectivo garantizado del Derecho laboral. Siguiendo a parte de la doctrina laboralista, y concretamente a Servais (2004), las vías a la solución de tales dificultades aparecen ínsitas en el propio concepto estudiado: la primera de ellas es la superación de las relaciones de subordinación *intra* empresa en favor de la cooperación entre sus miembros y la segunda se refiere a la alusión que, con el concepto, se hace a la conjunción de los elementos clave para el crecimiento económico sostenido y el desarrollo de todos los grupos sociales en un contexto de potenciación de la posición del trabajador.

Sachs (2004), blandiendo postulados económicos malthusianos al afirmar que los estudiosos del desarrollo del posmodernismo⁹² “tienen razón al poner en tela de juicio la tesis de que es posible un crecimiento material indefinido, pues nuestro planeta es finito” y tras lamentar que las ideas de aquellos no informan acerca de la manera de salir al paso de “los dos problemas fundamentales heredados del S. XX a pesar de su progreso tecnológico y técnico sin precedentes: el desempleo masivo y el aumento de las desigualdades” (Sachs, 2004: 187), propone el “desarrollo incluyente”, que implica, además de la convergencia entre los niveles de renta *per cápita* (o por trabajador) entre los países pobres y los países ricos, la réplica del mismo proceso dentro de las fronteras de un Estado. Al tiempo, en un plano jurídico, tal modelo de desarrollo implica la impostergabilidad de los derechos del ciudadano, que alcanza a los de índole económica, bajo la excusa del crecimiento económico.

Un buen método para la medición del trabajo decente es el propuesto por Anker y otros

92 Que proponen la reconstrucción de qué ha de entenderse por desarrollo, toda vez que, entienden, ha servido de ardid a las clases hegemónicas para mantenerse ligados a las clases dominadas por relaciones escasamente equitativas en favor de los primeros.

(2003), todos ellos pertenecientes a la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico del Departamento de Integración de Políticas de la OIT. Se basa en el análisis de unos indicadores que se adscriben a once categorías, diez de las cuales “emanan de las características generales del trabajo que, según la opinión de persona de todo el mundo, son elementos necesarios para el trabajo decente”. La restante versa, resumidamente, sobre “los aspectos esenciales del contexto económico y social del trabajo decente” (Anker *et al.*, 2003: 168). Es una metodología que “se adapta también a la que la Unión Europea fijó para los Estados miembros a través del Método de Coordinación Abierta, en la medida que los países deberán mostrar sus indicadores de progreso una vez puesto en marcha determinados instrumentos para cumplir los objetivos previstos en las diferentes áreas de actuación” (Chacartegui, 2013: 21)⁹³.

93 Joaquín Nieto, director de la oficina de la OIT para España, resume el estado actual del trabajo decente en el mundo y la incidencia sobre el mismo de la reciente crisis financiera en un artículo de opinión publicado en “El País” de 7 de octubre de 2013 (http://elpais.com/elpais/2013/10/04/opinion/1380912133_919862.html), al que remito.

CAPÍTULO VI La ciudadanía en la empresa

PLANTEAMIENTO GENERAL- LAS CAUSAS DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES INESPECÍFICOS- EL RECONOCIMIENTO DE LA CIUDADANÍA EN LA EMPRESA: UN PROCESO ÁGIL PERO INCONCLUSO- contrato de trabajo y ciudadanía en la empresa -LA IDENTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES INESPECÍFICOS.

1. Planteamiento general

Como Alonso (1982) razonara, es posible la reinterpretación en clave laboral de la práctica totalidad de los derechos, humanos o no, que han alcanzado reconocimiento por la norma suprema del sistema de fuentes; ello, reforzado por las aportaciones de la parte más militante de la doctrina científica, deriva en la conveniencia de posicionarse del lado de un “Derecho Constitucional Laboral”.

El reconocimiento de los derechos fundamentales específicamente laborales ha corrido una suerte dispar, presentándose estrechamente correlacionado con el momento histórico de la redacción constitucional. La mayor parquedad en este ámbito de las constituciones europeas de los años 40 y 50 del siglo XX con respecto a otras posteriores, como la española de los años 70, obedece a que “en aquellos años de la posguerra mundial la preocupación de los constituyentes iba más por los caminos de la libertad y otros valores democráticos generales, que por la sindicación y la huelga, que sufrían un cierto desvanecimiento en circunstancias de reconstrucción gigantesca del aparato productivo” (Sagardoy, 2005: 12).

La reacción frente a la tendencia natural de restricción de derechos inherente a la relación laboral por causa de la racionalidad económica, no ha avanzado por el único camino del reconocimiento de los derechos fundamentales específicamente laborales, denominación que, desde ahora, habrá de entenderse referida, como expresa Sagardoy (2005), a aquellos derechos que sólo encuentran fundamento y son ejercitables en el marco de una relación laboral y que, siendo de titularidad individual, sólo cobran efectividad “colectivizándose”, sino también por el de los derechos laborales fundamentales inespecíficos, esto es, “aquellos derechos humanos reconocidos a toda persona, a todo ciudadano, que son ejercidos por los trabajadores en el seno de una relación laboral”, de donde procede que se hable de “derechos fundamentales de la

persona del trabajador, caracterizados por su universalidad, indisponibilidad y reconocimiento expreso en la norma constitucional” (Gutiérrez, 2011: 17)⁹⁴. Según Valdés (2003), se trata de derechos inherentes a la persona del trabajador, innatos y preexistentes, por tanto, a cualquier contrato que haya formalizado y superiores a todos los que, con el comienzo de la relación y de manera positiva o negativa (obligaciones), hubieran cobrado vigencia. Así, como expresa la STC 6/1995, en su FJ 2º, “no debe, sin embargo, olvidarse la trascendencia del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales de la persona, que, en cuanto titular de éstos, la acompañan en todas las facetas de la vida de relación, también en el seno de la relación laboral y de las organizaciones productivas”.

2. Las causas del reconocimiento de los derechos fundamentales laborales inespecíficos

Las causas que han conducido a la puesta en valor de los derechos fundamentales en las relaciones laborales⁹⁵ son, en la opinión de Valdés, según informa Sagardoy (2005), las que siguen:

La primera tiene que ver con la recuperación de la sustantividad propia del trabajador como sujeto individual y la interiorización que el mismo hace de aquella; de donde deriva su presión en orden a la consecución del respeto de los derechos y libertades individuales que le corresponden y a su capacidad de gobernanza propia. Ello acontece después de que se difuminara la cualidad personal de trabajador tras la figura del ciudadano, primero, y tras el sujeto colectivo “clase obrera”, más tarde, y supone un verdadero “reencuentro de los trabajadores con su propia individualidad” (Sagardoy, 2005: 13). La búsqueda de singularidad que subyace al proceso que se ha descrito se traduce tanto en la consideración de los tradicionales “problemas de clase” como problemas individuales que requieren “soluciones individualizadas” y en “la búsqueda de vías de comunicación y negociación entre el empresario y cada uno de los trabajadores” (Gutiérrez, 2011: 62). En conjunto, la nueva situación se caracteriza por el

94 Para un paseo por la historia del término “derechos constitucionales laborales específicos”, véase Gutiérrez, 2011: 17.

95 “Ese ferviente protagonismo de los derechos fundamentales en la empresa” (Gutiérrez, 2011: 61)

reconocimiento de la heterogeneidad existente dentro del grupo de ocupados y oferentes de trabajo, que ha de corresponderse con cierta recuperación de su autonomía respecto de los poderes empresariales (en este sentido, Blasco (1995)), con un empoderamiento suficiente que le faculte para la toma de decisiones en determinados ámbitos relacionados con la actividad que desempeña, con un mayor esfuerzo por parte del principal para la toma en consideración del parecer de su agente y, finalmente, con una mayor atención a los problemas individuales antedichos; en este sentido Durán (1991).

La revaloración de la personalidad del factor trabajo significa la apertura de la empresa a los derechos fundamentales no específicamente laborales que le acompañan; siendo la autonomía de la voluntad, expresada mediante la conclusión del contrato de trabajo, el vehículo por el que se adentran en aquélla. Lo que no puede conducir en ningún caso a minimizar el papel que, incluso en este escenario, juegan las normas e instituciones colectivas; en esta línea el TC en su sentencia 58/1985, FJ 6º, afirma que “la negociación colectiva y la intervención del legislador, aseguran ámbitos de libertad personal actuando como garantía básica de situaciones jurídicas individualizadas y contribuyendo decisivamente (...) a la mejora de las condiciones de trabajo y vida de los trabajadores (...) y al bienestar social general”; a pesar de lo dicho no debe obviarse, siguiendo a Casas (1995), que el reforzamiento de la autonomía de la voluntad individual en el medio de trabajo requiere, si no quiere ser obstaculizado, la relajación de la intervención colectiva sobre el mismo.

La segunda causa⁹⁶ se relaciona con los peligros de la “empresa panóptica” a la que, en un giro benthaniano, se refiere parte de la doctrina laboral y con toda una serie de consecuencias de la incorporación de los novedosos medios tecnológicos al proceso productivo. El control tecnológico dentro de las organizaciones, en pos del incremento de la eficacia de las actuaciones empresariales en el ejercicio de sus poderes de vigilancia y supervisión, se convierte, ante la generalización y el uso desviado de los medios de que se dispone a tal fin, en una amenaza para derechos como el de la intimidad de los trabajadores, no pudiendo menos que esperarse una reacción enérgica

96 Sobre la incorporación de las TIC al proceso productivo y cómo ello afecta a la ciudadanía en la empresa versará la parte final del presente trabajo, a la cual remito.

por parte de quienes temen la materialización de tal peligro. En resumen “las técnicas de control tecnológicamente avanzadas, que giran en torno a la microelectrónica, la informática, las telecomunicaciones y la optoelectrónica, convierten a la empresa en una nueva sociedad transparente a los ojos del empresario” (Gutiérrez, 2011: 74); no obstante, la intensificación del control tecnológico, a la vez que una amenaza, puede ser un estímulo a los derechos fundamentales laborales inespecíficos. Así Gutiérrez (2011) entiende que los sujetos amenazados contarán con mayor incentivo para ejercer presión en orden a la extensión y consolidación del respeto a los derechos fundamentales dentro de la organización de la que forman parte. La influencia de las nuevas herramientas tecnológicas sobre los derechos de los trabajadores no se queda en el exclusivo ámbito de las tareas inspectoras, sino que trasciende a extremos de tal calado como la salud y la seguridad en la empresa o la remuneración. Todo ello será objeto de mayor detalle en otro momento.

La tercera causa está en la intensificación del fenómeno migratorio desde las zonas relativamente más pobres a las más ricas, que trae causa del progresivo ensanchamiento de la brecha en la renta entre países. Se trata de uno de los hechos estilizados del crecimiento económico de carácter empíricamente irrefutable, formulado por Kaldor (1957), sobre cuyo vigor informa la proliferación de medidas legislativas destinadas a frenarlo. Mientras una persona sea considerada ilegal en un Estado, no tendrá más patrimonio jurídico al que acudir en defensa de su dignidad que el que constituyen los derechos humanos en su faceta de derechos fundamentales de la persona⁹⁷.

En una perspectiva actual es el multiculturalismo, consecuencia de lo anterior, el que ocupa el centro del debate. Versa sobre “aquellos procesos complejos de interacción social que están aconteciendo en las sociedades avanzadas, cuyo denominador común es la relación analógica y dialógica entre las diversas tradiciones culturales” (Díaz, 1999: 21 y ss.). Es indudable que los distintos modos de vida y las no más similares manera de entender el mundo de unos y otros grupos humanos pueden ser el origen de multitud de conflictos en ausencia de diálogo y acercamiento mutuo y, peor todavía, si estos son

⁹⁷ Repárese en que la expresión “derechos fundamentales de la persona” en la relación laboral hace referencia a la realidad designada por “derechos constitucionales laborales inespecíficos”.

reprimidos. La difusión de las aspiraciones de los distintos grupos, el aseguramiento de las posibilidades de entendimiento y, más aún, la persistencia en los modos de vida originales y el acercamiento a los sujetos que las compartan, son espacios protegidos por algunos derechos fundamentales (*e.gr.* las libertades de expresión, reunión o culto); de ahí que pueda predicarse de los mismos, con Dorado (2005), que sirven, como medio de salvaguardia, al multiculturalismo.

Acentuando los efectos positivos del fenómeno de la multiculturalidad, hay quien entiende que espolea, “en aras de salvaguardar las diferencias culturales que se dan dentro de ella” (Gutiérrez, 2011: 71) la extensión y consolidación de los derechos fundamentales, principalmente los de carácter inespecífico, en la empresa.

En la relación de causas referida no aparecen, a mi entender inexcusablemente, dos que, a pesar de la inmediatez con la que se dan a la conciencia, resultan básicas para la defensa de la permeabilidad de las empresas a los derechos fundamentales de la persona del trabajador; a saber, la nuevas formas de organización interna del trabajo en la empresa y la expansión del sector servicios, más concretamente de los servicios finales, en las economías desarrolladas.

La primera de las causas “añadidas” es heredera de la presión de los trabajadores de mediados del siglo XX para superar el diseño fuertemente jerárquico dentro de las organizaciones y la ordenación “taylorista” de la actividad; que avanza a marchas forzadas desde entonces por los caminos del trabajo en equipo, del empoderamiento y de la mayor autonomía en favor del empleado. Los dos aspectos básicos de las nuevas formas a las que se hizo referencia son a) la progresiva, aunque limitada, convergencia entre la prestación demandada por la empresa y las exigencias bien a nivel social o bien más propias del fuero interno de los trabajadores (necesidades afectivas, emocionales...) y b) la asignación de mayor capacidad decisoria sobre la configuración de su trabajo a las personas que lo desempeñen. En este sentido, Tergeist (1996)⁹⁸.

⁹⁸ Ahora, como siempre, aspiramos a la generalización. El lector reconocerá perfectamente que cualquiera de los dos aspectos habrá de ponerse en relación con el contenido específico del puesto de trabajo a cubrir. El posible recorrido de la autonomía del trabajador cualificado no es comparable con

En esta situación, la contribución a los resultados de un trabajador, más que por la vía del control vertical exhaustivo, irá en función de la cooperación con el resto y de las aportaciones particulares que, dadas sus habilidades y conocimientos, favorezcan a la competitividad de la organización. “En lugar del trabajo prescrito y pasivo propio del taylorismo, se requiere ahora iniciativa, responsabilidad, motivación, implicación y participación directa de la fuerza del trabajo” (Martín, 1999: 81). En adición, la nueva concepción del trabajador como un valor estratégico, y no como un individuo que ha de sujetarse únicamente a la ejecución de órdenes, supone, con base en la racionalidad económica, el fomento de su satisfacción para con la organización a la que pertenece en orden a lograr su implicación y el compromiso de su esfuerzo en aras de la consecución de objetivos cada vez más ambiciosos. Del Rey (1995 y 1994, respectivamente) considera imprescindible a tal fin la revitalización de los derechos fundamentales laborales y, además, la mejora de su posición relativa y la de las posibilidades desarrollo de la personalidad en el interior de la organización.

La terciarización de las economías avanzadas, última de las causas referidas⁹⁹, implica la generalización de las relaciones, sin intermediación de organización alguna, entre los profesionales y sus clientes. De la interacción entre unos y otros surgirán, con facilidad, conflictos entre sus derechos fundamentales lo que, como se viene exponiendo, puede suponer tanto una amenaza como un acicate para la profundización en los derechos fundamentales de los trabajadores.

3. El reconocimiento de la ciudadanía en la empresa: Un proceso ágil pero inconcluso.

La primera parada en el *iter* histórico de la vigencia de la ciudadanía en la empresa la constituye el Statuto dei lavoratori de 1970¹⁰⁰, que sucede, como respuesta, a los

el de la autonomía de quien no lo es.

99 Téngase en cuenta no obstante que las causas específicas que han ido favoreciendo el reconocimiento de ciertos derechos separada o específicamente considerados no han recibido tratamiento en este estudio. Sólo han sido objeto de detalle las causas genéricas, esto es, las que propician el desarrollo de la ciudadanía en la empresa en su conjunto.

100 Parece repetirse la pauta descrita en el capítulo III del presente trabajo: La dignidad humana (ahora del ser humano trabajador) avanza primero en el contexto de un Estado comprometido con ella. Más

acontecimiento del “Otoño caliente” de 1969¹⁰¹. Señala, sobre el mismo, Rodríguez (1993), que por la doble vía de la positivación de los derechos individuales de los trabajadores y la potenciación de la acción sindical¹⁰², procuró la solución de los conflictos en materia iusfundamental cuya existencia comenzaba a reconocerse dentro de la empresa. Este texto, de rango infraconstitucional, supuso la traducción normativa de la ponderación de los intereses divergentes de los sujetos ligados por la relación laboral. Habida cuenta de la situación de partida, se manifestó en “un conjunto de limitaciones a los poderes empresariales, cuando su ejercicio supusiese violaciones a las libertades fundamentales de los trabajadores” (Gutiérrez, 2011: 77). El resultado es la apertura, siquiera parcial, del cerrojo de la relación laboral a los derechos fundamentales de los ciudadanos, con lo que empieza a cobrar sentido el sujeto ciudadano-trabajador; ello según Ghezzi G. y Romanogli, U (1987).

Sentada la primera piedra por el *Statuto* de 1970, el proceso de extensión del reconocimiento de la ciudadanía en la empresa siguió siendo protagonizado, allí donde había prendido el ejemplo italiano, por la intervención del legislador. Ahora bien, no puede afirmarse, ni mucho menos, sobre el caso español, que la fuerza de nuestro ET en el aspecto estudiado se asemejara a la del precedente; pese a ello “es injusto e inexacto el afirmar, como hacen algunos autores, que se limitó a regular el contrato de trabajo, sin dar entrada a los derechos constitucionales, puesto que los arts. 4, 17 y 18, y, sobre todo el primero, contienen enérgicas reafirmaciones que los derechos fundamentales. Que luego no hayan tenido a nivel legal (salvo la LO de Libertad Sindical de 1985) ni, sobre todo, convencional colectivo, un desarrollo pertinente hay que apuntarlo en el “Debe” de quienes puedan legislar y convenir” (Sagardoy, 2005: 23-24).

tarde, dicho proceso de mejoramiento puede ser objeto de réplica por parte de un sujeto cuya naturaleza puede ser pública o privada; pero el precedente se enmarca en la actuación de los poderes públicos receptores de soberanía popular.

101 “A raíz de las “exitosas” huelgas de 1969 se produce un giro importante: disminuye el tradicional autoritarismo de la Dirección, comienza a desarrollarse un sistema eficaz de negociación colectiva y, por último, los sindicatos van perdiendo su condición de organizaciones débiles y excesivamente segmentadas por motivos ideológicos y políticos”, (Ferner A. y R. Hyman, 1992: 526).

102 Básico para el reconocimiento de la ciudadanía en la empresa según Treu (1993).

3.1 Contrato de trabajo y ciudadanía en la empresa

La reformulación teórico-jurídica del contrato de trabajo representa el objeto de los principales esfuerzos extralegislativos en el sentido del reconocimiento de los derechos fundamentales en la relación laboral; Así Martín (1977). Resultaba necesario desligar los derivados de la concepción de la empresa como “zona franca, segregada de la sociedad civil” (Ugarte, 2011: 13) del contrato y, en orden a ello, proporcionar sustento ideológico a nuevas concepciones compatibles con el objetivo descrito. No puede extrañar que esta actuación se efectúe sobre el contrato de trabajo, pues su firmeza, por la propia y distinta esencia del mismo, despliega efectos sobre la persona del trabajador, así Sagardoy *et al.* (2003), e implica el ejercicio de una suerte de poder, que no debe extenderse más allá de lo que en cada momento se entienda aceptable, por parte de un tercero. Dado que el poder referido goza de soporte constitucional en los distintos sistemas jurídicos, en el caso español por vía de la libertad de empresa del art. 38 CE, el acto de limitación manifestado en la aplicación de los derechos fundamentales ha de ser coherente con otro de modulación.

Durante la época del Estado liberal, que consagró la supremacía de la libre concurrencia, predominaban las teorías de corte comunitaria, según las cuales se difuminaban las aspiraciones y los fines individuales, que quedaban embebidos, desde la adhesión del trabajador a la organización, en los objetivos de un sujeto colectivo con pretensión de autonomía. El empresario se arrogaba todo el poder sobre el colectivo y no admitía injerencia alguna en la articulación del entramado de derechos y obligaciones dentro del mismo, ni tampoco aceptaba que la solución a los conflictos nacidos en su seno fuera impuesta desde fuera; en este sentido Rivero (1997). Sobre la realidad examinada hay quien afirma que se trata de “un modelo unitario de relación laboral o al menos de empresa, que toma como marco de referencia o lógica organizacional la autoridad legitimada indiscutida e indiscutible en la empresa y una estructura de lealtad de todos sus miembros, unidos en comunes objetivos y valores que vinculan a todos, de ahí que la conducta racional del trabajador, la que corresponde a su propio interés, es la de un comportamiento leal y obediente” (Rodríguez, 1984: 52).

Las tesis comunitarias han sido desbordadas por el advenimiento del Estado social y democrático de Derecho. A pesar de su pervivencia en dispares institutos de la relación laboral, en este sentido Martín (1977), y de la implementación de sucedáneos de dichas tesis que producen efectos similares (como la pretensión de conseguir la adhesión del trabajador a los valores y las finalidades de la dirección, tal que si fueran propios, y, en definitiva el sometimiento a la disciplina impuesta por aquella), se hace imprescindible la reconsideración del enfoque teórico del contrato de trabajo y la de su estructura, lograr un cierto equilibrio entre las partes y extender la humanidad del trabajador hasta su centro de trabajo¹⁰³. La consecución de tan nobles objetivos pasa por el reforzamiento de la protección de los derechos fundamentales desde el momento de plasmación de la voluntad de prestación de trabajo; siendo el contrato la base para la moderación recíproca de los intereses divergentes del principal y sus agentes.

El reconocimiento de la ciudadanía en la empresa es, en resumen, un fenómeno que no ha dejado de cobrar bríos, impulsado ahora por los poderes legislativos nacionales, supranacionales e internacionales, ahora por vía de la interpretación judicial o la construcción doctrinal, pero que no atisba, siquiera en lontananza, su perfección. La completud del proceso requiere salvar obstáculos como los que Gutiérrez (2011) señala: la insuficiencia de la atención prestada, tanto en el pasado como en el presente y tanto en la normativa laboral como en la extralaboral, a los derechos fundamentales de los trabajadores¹⁰⁴ y “las enormes dificultades que supone lograr el reequilibrio del contrato en torno al respeto de los derechos fundamentales”. A todo ello se debe añadir, reiterando ideas esbozadas, “el intento por parte de la empresa de lograr la implicación del trabajador en una lógica del todo, del bienestar general, del éxito de la empresa, implicando cualquier desviación de los objetivos comunes un perjuicio para el mismo trabajador”(Gutiérrez, 2011: 85). Volviendo a destacar el optimismo del autor afirmo, con él, que por compleja y costosa que sea la exitosa conclusión del proceso, el incremento en el bienestar social que se alcanzaría compensaría con creces los esfuerzos en tal materia. Deviene necesario entonces todo lo que sigue: la intensificación de la colaboración del legislador (a varios niveles normativos) en el reconocimiento de los

103 Las mismas ideas en Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, (1996).

104 El caso español, al que se hizo referencia, es, en mi opinión, un buen ejemplo de este aserto.

derechos, la correcta ponderación de intereses en vía judicial, la progresiva construcción de una jurisprudencia sólida que aminore los efectos sobre la seguridad jurídica entre las partes de la relación laboral del avance de los derechos que tenga lugar *ex post*¹⁰⁵ y, por último, la vigorización de la persona del trabajador, individualmente considerado, dentro de la empresa.

4. La identificación de los derechos fundamentales laborales inespecíficos

La determinación del conjunto de figuras merecedoras de la calificación de derechos fundamentales laborales inespecíficos, derechos recogidos en la norma suprema del Ordenamiento¹⁰⁶ que pertenecen a todos los ciudadanos y pueden ejercerse en el ámbito de una relación laboral¹⁰⁷, requiere de una serie de precisiones iniciales:

- No todos los derechos que reconoce a los individuos la Constitución revisten carácter fundamental. Así, para el caso español, el TC en sus SSTC 76/1983, FJ 2º, 160/1987 FJ 3º o 116/1999 FJ 3º solo predica, y este es el criterio que acojo para la exposición que viene, la fundamentalidad propiamente dicha¹⁰⁸ de los derechos contemplados por los arts. 15 a 29 de la CE (Sección primera del Capítulo segundo del Título I). Por reunir tal cualidad, estos derechos sirven a la protección de “un ámbito en el que el único habilitado, en principio, para darse normas (autonomía) es su titular” lo que supone que sólo el titular del derecho “puede regular imperativamente su comportamiento en ese ámbito” y que “sólo él puede disponer jurídicamente de su conducta en ese espacio vital o jurídico objeto del derecho fundamental” (Villaverde, 2005: 105). Parte de la doctrina mantiene posturas menos restrictivas sobre el elenco de los derechos fundamentales en el Ordenamiento jurídico español; así el último autor mencionado (2005), a partir de la significancia jurídica de la fundamentalidad

105 Una vez vigente el contrato quiero decir.

106 Cabe apuntar aquí que, como se explica a continuación, no todos los derechos constitucionales son fundamentales.

107 Así Palomeque (1991).

108 Repárese en que la fundamentalidad es una cuestión de grado y que sólo los derechos “más fundamentales”, esto es, que cuentan con mayores garantías procedimentales o de defensa, alcanzan la relación laboral. Los derechos de la sección segunda del Capítulo II del Título I, como se puede deducir del tratamiento constitucional que se les da, gozan de menor fundamentalidad y, por tanto, es defendible que no formen parte de la ciudadanía en la empresa.

recién reproducida, expresa que todos artículos del Título I, Capítulos I y II, y no solo los arts. 15 a 29, reconocen derechos que merecen la consideración de “fundamentales”. En el mismo sentido, Cruz (1988).

- Los derechos que quieran formar parte de este conjunto han de tener carácter general¹⁰⁹, por lo que cualquier individuo debería poder hacer uso de ellos en sus relaciones laborales. Así el art. 24.1 CE (derecho a la tutela judicial efectiva) o el art. 25.1 CE (interdicción de la retroactividad de la ley penal o las normas administrativas sancionadoras no favorables al reo) que, aún beneficiando a todo ciudadano, no hacen otra cosa que obligar u oponerse a actuaciones de índole netamente pública no parecen, *prima facie*, adscribibles al catálogo sobre cuya composición indagamos¹¹⁰.
- No todos los derechos fundamentales se manifiestan eficaces dentro de una relación entre particulares, sino que algunos, principalmente las que tienen al poder público como destinatario, despiertan sólo eficacia mediata en dichas relaciones. El TC ha realizado importantes esfuerzos por extender la eficacia de los derechos fundamentales al medio de trabajo por cuenta ajena. En el caso de los que se dirigen, además de al Sector público, a los particulares, no ha habido prácticamente espacio a la objeción sobre la aplicabilidad de un determinado derecho a la relación laboral, aconteciendo así respecto de los derechos a la vida, véase *e. gr.* la STC 74/2007, FJ 5º, a la propia imagen, *e.gr.* STC 99/1994, FJ 3º o a la libertad de expresión *e. gr.* STC 6/1995, FJ 2º. En otros casos, la eficacia inmediata de los derechos ha resultado (o resulta) más controvertida, tal y como ocurre respecto de los que no cumplen tajantemente la nota de inespecificidad (*Vid. Supra*), o ésta ha sido, sencillamente, negada. En resumen, los derechos

109 No resultando incluíbles, por tanto, los derechos que se tengan en razón de una característica o cualidad distinta de la humanidad.

110 No obstante el TC, partiendo de una posición negadora de la generalidad del derecho a la tutela judicial efectiva como la que elocuentemente queda reflejada en la STC 18/1984, FJ 6, ha ido revisando sus argumentos e introduciendo matices que, como veremos enseguida, permiten la consideración, a día de hoy, del derecho a la tutela judicial efectiva como uno de los derechos fundamentales laborales inespecíficos. El carácter evolutivo de la construcción estudiada no parece, entonces, objeto de debate.

que superen el doble filtro que conduce a este estadio podrán ser incluidos en el elenco que ahora se pretende acotar siempre y cuando su virtualidad exceda de la configuración de las relaciones entre los individuos y el Estado y no tengan por receptor de su contenido, con carácter exclusivo, a los poderes públicos¹¹¹, siendo ambas las implicaciones principales del atributo de “laboralidad” que, por último, se exige a los elementos de dicho elenco.

Partiendo de las mismas consideraciones previas Palomeque (2003) propone, dentro de la categoría de derechos fundamentales laborales inespecíficos, el conjunto de derechos que sigue:

- El derecho a la igualdad y no discriminación¹¹², recogido en los artículos 14¹¹³ y, para el concreto caso de la discriminación por sexo en el trabajo, 35¹¹⁴ CE. el ET, por su parte, hace lo propio en sus arts. 4.2 c) y 17¹¹⁵. Según el primero, los trabajadores tienen derecho “a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español”. Y,

111 Incluso en estos dos supuestos, parte de la doctrina científica lucha por la extensión de los derechos a la relación laboral. Remito, a modo de ejemplo, al intento de Alonso (1985) por extender la eficacia de la presunción de inocencia a la relación de trabajo.

112 Sobre el mismo, véase arts. 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

113 “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

114 “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”. Recuérdese aquí no obstante la menor fundamentalidad de este derecho; que sólo se recoge con finalidad descriptiva del derecho a la igualdad del art. 14 CE, el cual sí integra el cuerpo de los derechos fundamentales laborales inespecíficos.

115 Que bajo el título de “no discriminación en las relaciones laborales” acoge previsiones como la de nulidad y ausencia de efectos de “los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español”.

además, “tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”.

A pesar de que la jurisprudencia constitucional no ha dudado acerca de la fundamentalidad del derecho a la igualdad y no discriminación, no han faltado las voces críticas frente a su inclusión en la categoría estudiada. Se ha argüido, a tal efecto, una pretendida ineficacia del contenido del art. 14 CE, que decaería frente a la autonomía de la voluntad, respecto de las relaciones *inter privados*¹¹⁶. Por contra, como Palomeque (2003) explica, existe base jurisprudencial¹¹⁷ para una doble concepción de este derecho en el contexto laboral: a) como interdicción del trato desigual por parte de los poderes públicos en detrimento de uno de los participantes de la relación laboral y b) como garantía de los trabajadores contra cualquier discriminación empresarial basada en circunstancias personales o sociales del sujeto pasivo. Consecuentemente, optamos, con el autor, por la integración del derecho a la igualdad y no discriminación en el elenco en construcción.

- La libertad ideológica y religiosa y el derecho a no declarar sobre la ideología, religión y creencias propios¹¹⁸, reconocida por los apartados primero¹¹⁹ y segundo¹²⁰ del art. 16 CE. Sobre este derecho se ha afirmado por vía jurisprudencial que reconoce la religión, ideología o creencias como ámbitos de libre disposición infranqueables por ningún sujeto, lo que incluye al Estado, a los grupos sociales y a los individuos (Así, entre otras, la STC 46/2001, FJ 4º). Por su parte la STC 94/1998 afirma que “no puede albergarse duda alguna de que la afiliación a un sindicato es una opción ideológica protegida por el art. 16

116 Ello con base en algunas SSTC como la 108/1989, FJ 1º o la 28/1992.

117 Así las SSTC 177/1988 o 27/2004, que abren, no sin ciertas reticencia, la puerta de la empresa al derecho a la igualdad y no discriminación.

118 Véase art. 18 de la Declaración Universal.

119 “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”

120 “Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”

CE” y, en sentido semejante, la STC 292/1993 FFJJ 4º y 5º, que protege la opción del trabajador de no revelar datos sobre su filiación sindical. Se trata de un derecho ejercitable *erga omnes* lo que se traduce, en el marco de la relación laboral, en su oponibilidad frente al empresario, al sindicato y a cualquier miembro de la organización.

- Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizados por el art. 18 CE y, en el ámbito estrictamente laboral, por el 4.2 e) ET¹²¹ Jurisprudencialmente se ha afirmado la autonomía de todos ellos, lo que implica la posibilidad de vulnerarlos por separado (Así lo entienden las SSTC 81/2001 FJ 2º y 14/2003, FJ 4º)¹²²
- La libertad de expresión¹²³ o derecho “a expresar y difundir libremente los pensamiento, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción” (*ex art. 20.1 a) CE*). Sobre la condición de este derecho no hay una única interpretación en la doctrina: Rodríguez (2011) concibiendo que la inespecificidad de este derecho no se pierde por el hecho de su ejercicio ante un conflicto dentro de la organización, contradice a Cabeza para quien, en tales circunstancias, el derecho que se estudia ahora es específicamente laboral¹²⁴. Pese a todo, la libertad de expresión se encuentra incluida tanto en la propuesta de Palomeque (2003) como en la que más adelante se referirá.
- La libertad de información¹²⁵ o derecho a “expresar y difundir libremente información veraz por cualquier medio de difusión” reconocido por el art. 20.1 d) CE¹²⁶

121 Según el cual los trabajadores tienen derecho “al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”

122 Este derecho fundamental laboral inespecífico ha conocido en la incorporación de las tecnologías de la comunicación y la información una fuerte amenaza; se trata de algo que tendré ocasión de abordar en un momento posterior.

123 Véase art. 19 de la Declaración Universal.

124 Sobre tal disputa véase Rodríguez, 2011.

125 Véase, de nuevo, art. 19 de la Declaración Universal.

126 Corre, en lo que se refiere a los planteamientos de la doctrina científica, una suerte pareja a la del

- El derecho de reunión¹²⁷, reconocido por el art. 21 CE y recogido, en la ordenación propiamente laboral, por el art. 4.1 f) ET¹²⁸.
- El derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido el art. 24.1 CE. Si bien forma parte del elenco de derechos cuya oponibilidad directa frente a los particulares no resulta pacífica entre la doctrina laboral, el TC se posiciona del lado de exigir su respeto al empleador, dejando sin efecto, por ejemplo, cualquier medida que éste tome en perjuicio de un trabajador por la única razón de haber activado la vía judicial en solución de cualquier conflicto surgido en la relación laboral. Así las SSTC 7/1993 FJ 3º, acerca de un despido con causa en tal motivo, o 14/1993, FJ 2º.
- El derecho a no ser “sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento” contenido en el art. 25.1 CE¹²⁹
- El derecho a la educación¹³⁰, reconocido por el art. 27.1 CE, en cuya aplicación al contexto laboral la STC 129/1989 establece que debe procurarse cierto equilibrio entre las obligaciones empresariales emanadas implicadas y los elementos que integran la deuda laboral, de forma que no quepa concebirlas subordinadas a las primeras¹³¹.

Como sostiene Sagardoy (2005), el elenco de derechos de la clasificación de Palomeque

derecho a la libertad de expresión; de nuevo se imponen las opiniones favorables a su inclusión.

127 Véase art. 20 de la Declaración Universal.

128 El Capítulo II del Título II contiene, además, la regulación del derecho colectivo de reunión.

129 La traslación de este derecho, cuyo destinatario principal es el Estado, al ámbito laboral, supone la imposibilidad de asociar un comportamiento previo con una infracción especificada *a posteriori*; no se pierde su estrecha vinculación con el principio de legalidad del art. 9.3 CE (bien resumido por el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); véase también, respecto de este derecho, el art. 11 de la Declaración Universal.

130 Véase art. 26 de la Declaración Universal.

131 Subyace a todo esto la caracterización del empresario como “destinatario derivado” o “secundario” del precepto constitucional. Sobre el mismo derecho puede consultarse, a otro nivel jurisprudencial, la STS de 25 de octubre de 2002.

(2003), (y, apunto, también los derechos que se añadirán *infra*) con excepción del derecho a la educación y el de reunión, no son patrimonio exclusivo del trabajador sino que también le corresponden, dentro de la relación laboral, al empleador. El mismo autor, tras cotejar su afirmación con el tratamiento dispensado por el TC a los derechos fundamentales en la relación laboral, lamenta el “sorprendente unilateralismo y la metodología agresiva (del Alto Tribunal), puesto que sólo se hace referencia a los derechos fundamentales del trabajador, no también del empleador y con un enfoque de agresión o violación de los derechos de los trabajadores por parte de los empleadores y no, con una mayor neutralidad, de violación también a la inversa” (Sagardoy, 2005: 17)¹³²

Gutiérrez (2011) procede a una clasificación un tanto diferente a la de Palomeque (2003), la cual califica de incompleta. A tal fin, añade los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, garantizados por el art. 15 CE, al secreto de las comunicaciones, art. 18.3 CE, y la libertad informática, art. 18.4 CE¹³³.

- Sobre el derecho a la vida y a la integridad física y moral cabe advertir que no remite a la misma realidad que la evocada por el derecho a la seguridad y salud en el trabajo, la cual no encuentra recepción constitucional sino que reviste carácter legal y tiene como destinatario específico al trabajador por cuenta ajena, principal sujeto expuesto a los riesgos derivados de las actividades desarrolladas que se quieren minimizar¹³⁴.
- El secreto de las comunicaciones es un derecho que, según entiende el TC desde su sentencia 114/1984, FJ 7º, puede ser vulnerado sin menoscabo del derecho a la intimidad, esto es, presenta autonomía o sustantividad propia¹³⁵. Con la

132 Que la práctica totalidad de empresas cuenten con pocos trabajadores y que el empleador suela carecer de personalidad de naturaleza jurídica hace que el asunto planteado se revele menos equitativo aún.

133 “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”. Véase, sobre la libertad informática, el último capítulo del presente trabajo.

134 Véase a este respecto González Ortega, S.: “Derecho a la salud y control de los trabajadores” Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica, Tomo I, 1990, pp. 240 y ss.

135 La finalidad de la norma constitucional reconocedora del secreto de las comunicaciones es la garantía

generalización del empleo de nuevas tecnologías en la empresa ha empezado a cobrar protagonismo en las relaciones laborales.

- La “libertad informática” se configura también como un derecho fundamental con sustantividad propia que protege, como expresa la STC 254/1993, FJ 6º, y en el mismo sentido las SSTC 11/1998, FJ 4º o 94/1998 FJ 6º, de “las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos”, de esta forma se revela la función simultánea de garantía de los derechos a la intimidad y al honor de la “libertad informática”.

Sea cual sea la clasificación que se maneje, hemos de ponernos del lado de las consideraciones posteriores de Sagardoy (2005) en referencia a las características comunes de todas las figuras de Palomeque (2003), pero que hago extensibles a las que incluye Gutiérrez (2011), al destacar su carácter “primario” y su configuración como “derechos de libertad” (e “inmunidad”) y, más tarde, hemos de afirmar con el primer autor que “con independencia de que tales derechos hayan sido o no asumidos y explicitados por la legislación laboral, lo relevante y verdaderamente revolucionario, cara a 60 años hacia atrás, es que no sólo no se discuta, sino que se defienda vigorosamente que el trabajador, al entrar en la fábrica, no cuelga, a la vez que su chaqueta para ponerse la ropa de trabajo, los derechos que la Constitución le otorga como ciudadano” (Sagardoy, 2011: 22-23)

El tránsito hacia la situación que acaba de ser descrita desde un punto de partida en el que, calaba la idea de que “el trabajador, al atravesar la puerta de la fábrica, queda sometido a una ley propia y específica en la que se establecen preceptos obligatorios sobre su comportamiento en casa de su señor, de tal forma que la fábrica aparecía como una zona franca segregada de la sociedad civil” (Ugarte, 2011: 13) no es otro que el que ha recorrido el reconocimiento de los derechos fundamentales del trabajador en cuanto ciudadano o, en otras palabras, el reconocimiento de la ciudadanía en la empresa.

de “impenetrabilidad” de un tercero en aquello que deba entenderse por comunicación privada digna de protección. En esta línea la STC 114/1984 F.J. 7º.

BLOQUE V

**LAS TIC Y LOS DERECHOS HUMANOS EN LA
EMPRESA: UNA RELACIÓN DIFÍCIL.**

**ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL DERECHO A
LA PROTECCIÓN DE DATOS.**

CAPÍTULO VII -La aplicación de las TIC al proceso productivo

PLANTEAMIENTO GENERAL- PRINCIPALES ÁREAS DE INFLUENCIA DE LAS TIC EN LA EMPRESA- El aumento de la productividad- La posibilidad de deslocalización de las empresas- La deslocalización interna de la fuerza de trabajo: el teletrabajo- Una nueva fenomenología de las causas de despido- Influencia sobre “las relaciones colectivas de trabajo”- Influencia en el desenvolvimiento normal del trabajo en el marco de una empresa tradicional- Sobre las condiciones laborales- TIC, cualificación y clasificación profesionales- TIC y retribución- la debilitación de la relación de dependencia en el seno de la empresa- TIC, seguridad y salud en el trabajo- TIC y tiempo de trabajo - TIC y contenido formativo del contrato laboral - Sobre las TIC y los poderes empresariales- Los poderes de control y vigilancia en relación con el derecho a la intimidad del trabajador - El control empresarial del uso de las TIC por parte del trabajador.

1. Planteamiento general

Antes de abordar la cuestión de las consecuencias de la introducción de las TIC al proceso productivo respecto de los derechos humanos (fundamentales) de los trabajadores y de otras circunstancias que, sin tener cabida en tal figura, influyen grandemente en la vida de estos sujetos, todo ello en el marco del Ordenamiento jurídico del Estado español, conviene fijar, de una vez por todas, qué debe entenderse por tecnologías de la información y la comunicación¹³⁶ y cuán vigorosa es la presencia de tal objeto en la empresa española.

“En líneas generales podríamos decir que las TIC son las tecnologías que giran en torno a tres medios básicos: la informática, la microelectrónica y las telecomunicaciones; pero giran, no sólo de forma aislada, sino lo que es más significativo de manera interactiva e interconexionadas, lo que permite conseguir nuevas realidades comunicativas” (Cabero, 1988: 198).

Sobre el segundo extremo planteado, siguiendo los últimos datos disponibles del Instituto Nacional de Estadística (INE) para las empresas de 10 o más empleados, se puede apuntar que las TIC son medios de común implantación en la empresa española. Tanto es así que el 98,3% de las estudiadas disponía de conexión a Internet en el primer trimestre de 2014 y el 99,2 % hacía uso de ordenadores. Por su parte, el 87,3% tenía instalada una Red de Área Local (LAN) y el 61,9% contaba con una Red de Área Local

¹³⁶ Prefiero referirme a ellas suprimiendo el adjetivo “nuevas” (Nuevas tecnologías de la información y la comunicación o NTIC) porque, como enseguida se explicará, el empleo de buena parte de las mismas lleva tiempo siendo una realidad en la empresa del mundo desarrollado. A pesar de ello, no faltan las obras de reciente publicación que aún hacen referencia a las NTIC.

sin hilos; en el 95,3% de las empresas a estudio estaba implantada la telefonía móvil y, por otro lado, el 75,8% de las que contaban con conexión a Internet disponían de sitio/página web, porcentaje que alcanzaba el 95,7% en las de 250 o más empleados; el 36,9% de las empresas ya habían usado, por aquel entonces, alguno de los medios sociales por motivos de trabajo: de éstas, el 92,4% utilizaron las redes sociales (Facebook, LinkedIn, Tuenti, Google+, Viadeo, Yammer,...), el 40,9% los blogs de empresas o microblogs (Twitter, Present-ly, Blogger, Typepad,...) y el 39,6% los Websites que comparten contenido multimedia (Youtube, Flickr, Picassa, SlideShare, Instagram,...).

Respecto de las empresas con menos de 10 empleados, el INE apunta que el 72,3% disponía de ordenadores y el 24,4% tenía instalada una Red de Área Local (LAN), según los datos del primer trimestre de 2014. El 67,7% de las microempresas disponía de acceso a Internet y el 99% de ellas accedía mediante alguna solución de banda ancha. En cuanto a las comunicaciones, el 76,5% de las empresas con menos de 10 empleados usaba telefonía móvil, frente al 74,6% del año anterior. Finalmente el 21,7% utiliza otras tecnologías (GPS, TPV,...)¹³⁷.

Tales llegan a ser las posibilidades que el progreso tecnológico pone al alcance de la Humanidad que se puede afirmar que “la utilización de la informática nos sitúa en la tercera fase de la historia de la comunicación humana, una vez superada la palabra oral y la escrita, produciéndose una auténtica computarización de la vida privada, que afecta a numerosos ámbitos de la misma” (Álvarez, 2010: 296)¹³⁸; en efecto, la revolución tecnológica que nos toca vivir, que opera sobre los modos sociales y ,también, sobre los más íntimos ámbitos subjetivos, no tiene parangón. De esta forma “el propio progreso de un Estado se puede medir en términos de conocimiento y competitividad de las herramientas informáticas y tecnológicas disponibles” (Sempere *et al.*, 2014: 33).

137 Última visita a la página web del INE (08/04/2015) Para la ampliación de esta información acúdase a <http://www.ine.es/prensa/np859.pdf>

138 Quien a su vez reproduce ideas de Frosini.

2. Principales áreas de influencia de las TIC en la empresa

La influencia que la incorporación de las TIC tiene sobre el proceso productivo y, consecuentemente, sobre las relaciones laborales, nuestro ámbito de estudio, abarca, en opinión de Alarcón (2004), a la que me adhiero, estos seis apartados: aumento de la productividad, la posibilidad de deslocalización de empresas, el teletrabajo, las causas de despido, las relaciones colectivas de trabajo y desenvolvimiento normal del trabajo en el marco de una empresa tradicional¹³⁹.

2.1 El aumento de la productividad

Se trata de una cuestión pacífica que la incorporación de mejores tecnologías en la función de producción genera ganancias de productividad, esto es, *ceteris paribus*, aumentos en la producción por unidad de tiempo. La mejor prueba de ello es, en mi opinión, la Revolución Industrial de la segunda mitad del siglo XVIII, cuyo efecto, en palabras de Lucas fue que “por primera vez en la historia, el nivel de vida de las masas y la gente común experimentó un crecimiento sostenido (...) No hay nada remotamente parecido a este comportamiento de la economía en ningún momento del pasado” (Lucas, 2002: 109-110). No debe olvidarse tampoco que, si bien el mundo de la empresa se muestra propicio a la aparición de innovaciones, estas acaban por incidir directamente sobre el bienestar de la población, no solo por causa de la mayor producción de los distintos sectores de la economía, sino también por su aplicación, en una u otra forma, al ámbito doméstico.

2.2 La posibilidad de deslocalización de las empresas

Las TIC amplían enormemente las posibilidades de la empresa de operar en entornos propicios a la maximización de beneficios; permitiendo, sin necesidad de reubicar sus establecimientos principales, la implicación de mano de obra más barata que la del tradicional lugar de actividad o la de personal especialmente cualificado para el desempeño de la misma, cuando no exista en este último escenario. Todo ello es especialmente cierto en relación con las actividades propias del sector servicios, difícilmente deslocalizables en el pasado. Una de las principales consecuencias del

¹³⁹ Es al último de los campos mencionados, por resultar un elemento central de esta exposición, al que mayor atención se le dedicará.

fenómeno descrito es la animación de los desequilibrios macroeconómicos que supone. Si bien es cierto que la Ley de Say solo ha gozado de veracidad en las economías de trueque; la deslocalización, por la cual parte de los trabajadores de una empresa prestan sus servicios en una localización distinta a la de aquella, espolea la desigualdad entre la renta generada por los sujetos empleados en la producción en un país y el output de las empresas cuyo centro principal radica en el mismo.

2.3 La deslocalización interna de la fuerza de trabajo: el teletrabajo

La finalidad del teletrabajo, que surge en la década de los 60 del s. XX en Estados Unidos, es la sustitución por tecnologías de la información de los desplazamientos efectivos de la fuerza laboral por motivo de la actividad desarrollada, así Sierra (2011). Se trata de un fenómeno que, gracias al incesante avance tecnológico, ha desbordado los límites que se le presuponían, permitiendo la implicación, sin importancia de la lejanía, de las personas idóneas al cometido empresarial; en este sentido Thibault (2001). En España, aunque por el momento ha calado discretamente, el 22% de las empresas ya cuentan con programas de teletrabajo¹⁴⁰.

El teletrabajo, cuando emplea personal extranjero sin desplazamiento del centro de trabajo, equivale a la deslocalización examinada *supra* y cuando emplea nacionales se puede considerar como una figura concomitante con el tradicional trabajo a domicilio (Alarcón, 2004), pero con un hecho diferencial: las mayores posibilidades de supervisión inmediata sobre el desempeño por parte del principal, frente a la supervisión derivada propia de la forma de trabajo comparada. No se debe confundir el teletrabajo con otro fenómeno, que asocia progreso tecnológico y vaciado humano de las empresas que recurren a los servicios de determinados profesionales que desarrollan ciertas actividades cuya naturaleza, habida cuenta de la tecnificación del medio, determina la posibilidad de difuminar el vínculo de dependencia de los trabajadores, espoleando la prestación de servicios fuera de marcos laborales. Todas las situaciones descritas comportan un empeoramiento de la tuición jurídica dispensada por el Ordenamiento

140 Ello en el economista, 7/03/2014 (<http://www.eleconomista.es/gestion-empresarial/noticias/5600413/03/14/El-22-de-las-empresas-cuenta-con-programas-de-teletrabajo.html>.)

laboral a los trabajadores o, al menos, incorporan elementos que permiten dudar acerca de la aplicabilidad de este.

2.4 Una nueva fenomenología de las causas de despido

Las mismas tecnologías que favorecen los incrementos de productividad del trabajo pueden ser empleadas con fines muy diversos a los que, con su introducción, pretenden servir de instrumento. Así, habrá quien dentro de su jornada laboral aproveche las posibilidades que ofrecen para comunicarse con sus familiares o amigos o quien se valga de ellos con fines lúdicos.

Todos estos supuestos caracterizados por la utilización irregular de las TIC dispuestas por la empresa, “se reconducen (si revisten la gravedad suficiente y la aplicación del principio de proporcionalidad no exige otra cosa), a una causa de despido ya tipificada por el Estatuto: la que este define (*ex. art. 54.2 d*) como transgresión de la <<buena fe contractual>>” (Alarcón, 2004: 15)¹⁴¹ a la que se refiere, añadido, como exigencia de la relación laboral, el art 20.2 del mismo texto.

El de “buena fe” es un concepto genérico que, por tanto, incita al casuismo¹⁴² y a la polémica y descansa sobre la preservación de la confianza entre las partes de la relación laboral: actúa de buena fe quien lo hace sin dobleces y, por consiguiente, quien es capaz de originar confianza. En un sentido similar se ha expresado que por “buena fe” ha de entenderse (aquel principio) “que busca lograr una convivencia pacífica y próspera entre las personas de una comunidad”, que se concreta en “la confianza o la esperanza en una actuación correcta de otro”, así como “en la lealtad de los tratos y en la fidelidad de la

141 El TS cuenta con jurisprudencia consolidada sobre las exigencias de la buena fe y la relación laboral; baste citar alguno de los postulados reinantes: las SSTs de 24 de febrero de 1984, de 25 de febrero de 1984 y de 26 de septiembre de 1984 sostienen que existe incumplimiento de las obligaciones emanadas del principio de buena fe cuando se superan los límites derivados de la naturaleza del cargo ostentado, sea en provecho propio o de otro, al llevarse a cabo alguna acción que no guarde relación directa con las prestaciones contractualmente acordadas. La segunda de las sentencias citadas sienta que en ausencia de lucro personal y daño a la empresa sigue siendo posible la contrariedad de la actuación respecto de la buena fe empresarial.

Las SSTs de 26 de mayo de 1986 y de 26 de enero de 1987 establecen que para la valoración de la transgresión de la buena fe, determinante de las consecuencias que haya de tener la actuación del trabajador sobre la relación laboral, habrán de ponderarse el daño patrimonial y otros extremos como la existencia de abuso de confianza, la generación de riesgo para el devenir empresarial y los efectos perjudiciales que se anclan en el concreto comportamiento del trabajador juzgado sobre el resto de la organización.

142 Así la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 28 de septiembre de 2010.

palabra dada”(García, 2001: 22)¹⁴³. No obstante, conviene hacer la apreciación de que que la mala utilización de las TIC no es patrimonio exclusivo de los agentes, pudiendo el principal de la relación, alienado por la racionalidad económica, incurrir en comportamientos igualmente calificables al hacer uso de los medios de comunicación personal para, por ejemplo, contactar con sus empleados fuera de la jornada laboral por causa de la actividad durante ella desempeñada.

2.5 Influencia sobre “las relaciones colectivas de trabajo”

Los efectos de la incorporación de las TIC al proceso productivo sobre las relaciones colectivas de trabajo son de signo positivo y negativo. Entre los primeros, quizá el más importante es el de la facilitación de la interacción y la comunicación entre los trabajadores y sus representantes, ya presentes en el centro de trabajo, ya no y, entre los de signo negativo, es singularmente gravoso el distanciamiento, entre los trabajadores y entre estos y sus representantes, que el fenómeno de la deslocalización favorece, lo que merma profundamente la construcción de una “conciencia de clase” y debilita el poder sindical¹⁴⁴.

2.6 Influencia en el desenvolvimiento normal del trabajo en el marco de una empresa tradicional

La introducción de las TIC despliega efectos también en las empresas que operan siguiendo las pautas tradicionales de la actividad productiva; aquellas que no han procedido a la deslocalización del centro de trabajo y congregan diariamente a su personal, o parte de él, en el mismo. Entre las implicaciones de la generalización de los

143 Recomiendo a este respecto la consulta de García Ninet, J. L. “Sobre el uso y el abuso del teléfono, del fax, del ordenador y del correo electrónico de la empresa para fines particulares en lugar y tiempo de trabajo. Datos para una reflexión en torno a las nuevas tecnologías”. *Tribuna Social* nº 127, 2001. Además, consúltese la siguiente jurisprudencia: sobre el uso abusivo del correo electrónico, SSTSJ de Madrid de 25 de abril de 2001 y de 4 de diciembre de 2002; sobre las comunicaciones irregulares entre sujetos de la empresa: STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 4 de marzo de 2004; sobre la navegación “desviada” o improcedente por Internet: SSTSJ de Madrid, de 16 de julio de 2002 y de Cataluña de 5 de marzo de 2003; sobre la colaboración del personal con las empresas competidoras por medios telemáticos: STSJ Andalucía, de 9 de mayo de 2003.

144 Para una mejor comprensión de la influencia de las TIC sobre las relaciones colectivas de trabajo, recomiendo la lectura de Baylos Grau, A. y Valdés de la Vega, B. (2004): “el efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo”, pp. 121-159, en AA.VV (Alarcón Caracuel, M. R. y Esteban Legarreta, R. Coords.) “Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo”, Bomarzo, Alicante.

medios estudiados se hallan, además de las ganancias de productividad, las referentes a los cambios en las condiciones en las que se desenvuelve la prestación de trabajo y en los poderes de dirección que corresponden al principal de la relación. En adelante, se desarrolla el estado de ambas cuestiones, en lo que debe entenderse como un ejercicio de conciliación entre las posturas más reacias a la transformación que se está produciendo y las que encuentran acomodo a cualquier impacto sobre las formas y relaciones de trabajo tradicionales siempre que de ello derive alguna suerte de renta económica. Se trata de enfrentar las consecuencias favorables del empleo de la herramienta tecnológica con las perjudiciales, establecer “espacios vedados” oponibles a cualquier incremento de productividad alegado y proponer soluciones a los conflictos que las merezcan.

2.6.1 Sobre las condiciones laborales

Las TIC no han supuesto una revolución equivalente en la organización del trabajo de todas las empresas¹⁴⁵, ni, incluso en aquellas en las que han entrado con mayor fuerza, han desplazado por completo a las formas tradicionales. Entre las más expuestas a las nuevas herramientas, son múltiples y profundas las repercusiones de su utilización: en este sentido influyen sobre el diseño del puesto de trabajo, la cualificación profesional requerida, la clasificación profesional (I) y la retribución (II), alientan la reconfiguración de las fases del proceso de producción, refuerzan la colaboración entre los miembros de la organización, favoreciendo a la minoración de la jerarquía, (III) y transforman otros ámbitos como el de la salud y la seguridad en el medio de trabajo (IV) o el del tiempo de la prestación y el contenido formativo del contrato laboral (V). Todo ello incide sobre las condiciones de prestación del trabajo por parte de las personas afectadas.

2.6.1.1 TIC, cualificación y clasificación profesionales.

La cualificación profesional¹⁴⁶ del trabajo demandado queda determinada por los medios de producción de los que dispongan, en cada momento, las empresas; de donde se

145 En este sentido Belzunegui (2002).

146 Se define, según el at. 7.4 de la LO 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional como “el conjunto de competencias profesionales con significación para el empleo que pueden ser adquiridas mediante formación modular u otros tipos de formación y a través de la experiencia laboral”.

infiere directamente la influencia que las TIC, transformadoras radicales del proceso productivo, llegan a tener sobre dicho requerimiento. En este contexto habrá un grupo de trabajadores que, gracias a su comprensión y dominio sobre el elemento tecnológico, adquiera una posición preponderante dentro de la organización y gran capacidad de negociación en favor de la mejora de sus condiciones laborales y otro que quede sometido por las TIC, cuya comprensión se ha hecho inasequible, realice trabajo en servicio de las mismas, goce de escasa influencia en el medio en el que presta sus servicios e incluso pueda ser sustituido¹⁴⁷. La cualificación profesional, por sus efectos sobre el poder de negociación, no es un asunto baladí para el ejercicio de los derechos fundamentales en la empresa; así Ramos (2003).

Puede decirse que las TIC “exigen del trabajador: capacidad de manejar abstracciones, reducción de la implicación física y sustitución por una mayor carga emocional, aptitud para reconocer problemas, conocimiento de tipo transversal u horizontal, capacidad de adaptación y habilidades de tipo comportamental como iniciativa, decisión, responsabilidad y comunicación” (González, 2004: 26). Resulta de todo ello un conglomerado compuesto por aptitudes, destrezas y actitudes, determinantes de la cualificación profesional, que funcionan como variables de estado dentro de las funciones de selección y seguimiento del personal.

Por designio legal el sistema de clasificación profesional que haya de constituirse en negociación colectiva puede adoptar, en Derecho español, una estructura basada bien en categorías o bien en grupos funcionales; sea cual sea la escogida, ninguna de las opciones legales, según el estado actual de las cosas, converge con las exigencias de las TIC, pudiendo incluso resultar en un obstáculo. El punto que concita las fricciones es el de la determinación del objeto del contrato que la legislación laboral trata de acotar al tiempo de desarrollar el sistema de clasificación profesional. Siendo necesaria una mínima definición del contenido material de la prestación exigible *ex contractu* al trabajador, sucede que las nuevas herramientas de la actividad productiva reclaman, en pos de la incorporación del trabajador que reúna cuantos más atributos de los descritos

¹⁴⁷Una referencia filmica que lleva al extremo esta caracterización la encontramos en “Metrópolis” de Fritz Lang (1926), UFA, Berlín.

mejor, un sistema de definición lo más amplio posible.

Indicado el conflicto procede el planteamiento de una solución; es decir, un mecanismo que ofrezca al trabajador la definición del objeto del contrato, de aquello que le puede ser exigido desde su vigencia, y, al tiempo, explicita los límites de los poderes empresariales de dirección; todo ello en términos compatibles con las exigencias de las TIC, esto es, sin una determinación rígida de la prestación laboral. Quizás sirva a tales fines la traducción en aptitudes personales de aquellos extremos que tienden a reflejarse en el currículum, como los títulos académicos o la experiencia laboral y la definición de grupos profesionales con base en tales aptitudes. En aras de la flexibilización de la organización, tan necesitada, recordemos, de continua adaptación al entorno, se propone la comunicación entre las funciones intragrupo y el diseño de fórmulas que permitan la movilidad del personal adscrito al grupo profesional entre ellas, siempre que se cumplan determinados requisitos relacionados con la compensación del trabajador; en la misma línea González (2004). Esta solución implica la apertura de un nuevo campo de debate, esta vez entre quienes puedan concebir la potenciación de la movilidad funcional “como un atentado a la determinación del objeto del contrato” y quienes la vean como “una circunstancia habitual frente a lo que se alzan las nuevas garantías asociadas a la formación, la promoción, las compensaciones de todo tipo (...) y la defensa del patrimonio profesional del trabajador” (González, 2004: 28 y ss.)¹⁴⁸

2.6.1.2 TIC y retribución¹⁴⁹

Empleando una lógica similar a la de la relación entre las TIC y la clasificación profesional, cabe afirmar que la incorporación de las primeras en el proceso productivo

148 No debe obviarse que la “normalización” de la movilidad puede derivar en un notable incremento del recurso empresarial a la reconfiguración unilateral de las condiciones en que se presta la deuda laboral (facultas contemplada ya por el ET); pero, en la práctica, también es posible que la apertura de las nuevas vías legales a la movilidad sirva para reconciliar con el Derecho a aquellos empresarios que, eludiendo (o violando) la Ley ya la vinieran aplicando, *de facto* y sin las garantías aludidas, y, consecuentemente, para la mejora de las condiciones laborales de la otra parte de la relación. Aconsejo a este respecto la lectura de Mercader Uguina, J. “Derecho del Trabajo, Nuevas Tecnologías y Sociedad de la Información” Lex Nova, Madrid, 2002, pp. 125 y ss.

149 Incide de plano sobre el derecho a las necesidades básicas (o derecho a la alimentación) aún a sabiendas de que éste no integra la ciudadanía en la empresa, esto es, corresponde más bien a los poderes públicos. Además, el derecho a la igualdad y no discriminación podría ser vulnerado si, *ceteris paribus*, dos sujetos reciben diferentes retribuciones.

se aviene mejor con un sistema retributivo que discrimine en función del valor de la aportación individual al output total que con un sistema clásico de remuneración uniforme de carácter pacticio y establecido por categorías o grupos profesionales en contraste con una medida económica e ideal de referencia para la medición del esfuerzo laboral de sus integrantes; ello por causa de la incapacidad del segundo sistema para incorporar a la estimación de la retribución ciertos elementos de especial relevancia para la prestación laboral en un escenario como el protagonizado por los novedosos instrumentos tecnológicos¹⁵⁰. No es difícil concluir, entonces, que las exigencias de las TIC en el ámbito estudiado pasan por la reducción de la parte fija de la retribución y la intensificación del porcentaje de la compensación total ligado a la consecución de resultados, globales, grupales y/o individuales y al cumplimiento de objetivos no netamente crematísticos; ello conlleva, sin duda, la traslación de una parte del riesgo de la actividad desde el empresario hacia el trabajador.

Dado que, como se viene argumentando, ni el Ordenamiento jurídico debe funcionar como un instrumento de acomodo de todas las pretensiones orientadas a la generación de rentas económicas, ni estas pueden ser totalmente desatendidas, no cabe solucionar la situación planteada por medio de la sustitución de la negociación colectiva por la contratación individual; es más, ni siquiera debería suscitarse un debate entre las bondades de una u otra fórmula de regulación a la hora de afrontar la retribución que a cada trabajador le corresponda. Se trata, más bien, de llevar a cabo “una puesta en cuestión del papel jugado por el convenio colectivo, de una exigencia a éste de adaptación a los nuevos requerimientos y a los nuevos contextos de las formas de trabajo” (González, 2004: 31).

En efecto, el convenio colectivo debe aspirar a superar su función reguladora, generalizante y homogeneizadora, en pos de una cierta individualización de la retribución, cuya instrumentalización pasa por el establecimiento de signos, módulos, criterios y fórmulas de medida y de obtención de la suma de la que el trabajador es acreedor; todas ellas expresadas sin pérdida de generalidad. De esta manera, la

¹⁵⁰Hablo del lugar de desempeño, que no siempre es el centro de trabajo habitual o la movilidad funcional recién estudiada por ejemplo.

compensación por los servicios prestados, pese a traer causa, en gran medida, de elementos tan variables intersubjetivamente como los atributos, las actitudes y la contribución individual al resultado, podría ser anticipada y la posible solución de la continuidad en su valor tendría una explicación bastante clara.

2.6.1.3 La debilitación de la relación de dependencia en el seno de la empresa¹⁵¹

Las notas características de dependencia y subordinación del empleado en las organizaciones tradicionales son vencidas por las exigencias de las TIC. En efecto, estas claman por una mejor adaptabilidad a las circunstancias externas, al mercado y a la innovación que opera en el mismo y, para derivar la utilidad que se les presupone, es indispensable su asociación con un factor trabajo cualificado que cuente con determinadas destrezas específicas y de difícil avenencia con los poderes que disciplinan su desempeño. Las anticipadas son sólo algunas de las causas de la creciente responsabilización del personal sobre determinadas áreas de actuación, de los consecuentes incrementos de autonomía e independencia que se experimentan respecto de las formas de trabajo tradicionales y del protagonismo, como parámetro de corrección, del resultado, cuya medición tiende a desplazar a la del esfuerzo para la valoración de la actuación del agente. Consecuencias lógicas e inmediatamente dadas a la conciencia de los últimos asertos, son la necesidad de sustitución de los mecanismos de control basados en la supervisión directa por otros de corte mediato que, en ocasiones, operen *ex post* y también, dada la complejidad que el empleo de las TIC reviste, la debilitación de la figura del empresario como conductor de la actividad en favor de la aportación individual de quien posee la cualificación necesaria para el empleo de las nuevas herramientas.

Pese a todo lo dicho no cabe entender que “la ajenidad y la dependencia, en cuanto rasgos calificadorios básicos de la relación laboral no estén presentes en este nuevo tipo de formas de trabajo propiciadas por las TIC (...) solo que esos criterios legales se

¹⁵¹ El efecto de este extremo se extiende a la práctica totalidad de los derechos fundamentales laborales (específico o no), pues si su razón de ser es la caracterización de la relación laboral como una relación de dependencia y ajenidad, la debilitación de estas notas podría mermar la eficacia de tales derechos dentro de aquella.

expresan (o, mejor, deben ser identificados) de otra manera (...) las TIC simbolizan lo que puede denominarse como “nuevas formas de subordinación” (...) (y) reducen la importancia de ciertas expresiones de la manera tradicional de interpretar la ajenidad; sobre todo la que la identifica en la autonomía como control del propio proceso de trabajo y como dominio de su organización” (González, 2004: 23-24). El mismo autor proporciona una nueva definición de trabajo asalariado capaz de trascender los marcos tradicionales; concretamente lo identifica con aquel servicio prestado en interrelación con otros factores, cuya integración arroja un output que es ofrecido en el mercado por una organización económica de titularidad ajena a la del propietario del input antedicho.

En síntesis, las tradicionales definiciones de ajenidad y dependencia, tan características de la relación laboral, se han visto desbordadas por la realidad, y la incorporación de las TIC no ha hecho sino aflorar este extremo. La nueva concepción sobre el primer término debe pivotar sobre la empresa, como elemento interpuesto entre el trabajador y el mercado, y sobre el dominio del acuerdo de prestación de trabajo por parte del principal, con poder sobre la integridad del proceso productivo; lo que se traduce en una situación de postergación del empleado. Los esquemas desarrollados al albur de la típica concepción de la “dependencia” deben ser igualmente superados: la presencia en el centro de trabajo a lo largo de la jornada convenida, deja sitio ahora a la subordinación de índole tecnológica, consistente en la canalización de órdenes y directrices por vía de las formas de comunicación vinculadas a las TIC, las labores de control adquieren las singularidades comentadas *supra* y, por último, aparecen nuevas manifestaciones de “sujeción”, que van desde la presencia virtual del trabajador en su puesto¹⁵² hasta las posibilidades de extensión de la jornada laboral a cualquier momento y del centro de trabajo a cualquier espacio, pasando por la capacidad de contacto permanente entre el empresario y los trabajadores y la de éstos entre sí.

2.6.1.4 TIC, seguridad y salud en el trabajo¹⁵³

La empresa es un sistema de supervisión (Alchian *et al.*, 1994) y el empresario, titular de los poderes de dirección y control, el principal interesado en la vigilancia y

¹⁵² Sobre la presencia virtual véase STSJ de Madrid de 30 septiembre de 1999.

¹⁵³ Se trata, como vimos, de elementos integrantes de la ciudadanía en la empresa.

valoración de la eficiencia en el desempeño de los trabajadores. En tanto que las TIC sirvan a la precisión de dichos cometidos y, en definitiva, a la mejor dirección de la empresa, serán incorporadas en auxilio de la labor empresarial. Este es un hecho de grave trascendencia en las condiciones de seguridad y salud en las que tiene lugar la prestación de trabajo: al no resultar bien cohesionables racionalidad económica y derechos fundamentales, la intensificación del control puede derivar en abusos por parte del responsable, y, sin necesidad de llegar tan lejos, quienes se vean sometidos a estricta supervisión pueden caer en desórdenes de incidencia psíquica, como el estrés¹⁵⁴. Entre las enfermedades de incidencia física potenciadas por el empleo de las TIC resultan muy comunes las que afectan a la visión, tan asociadas al uso de videorreceptores¹⁵⁵.

2.6.1.5 TIC y tiempo de trabajo¹⁵⁶.

Gracias a las TIC, el control del desempeño del personal contratado no tiene lugar, ni exclusiva, ni principalmente, de manera inmediata. De ello deriva la pérdida de la vigencia del tiempo de trabajo como parámetro para la determinación del rendimiento de aquel. La materialización más clara de este fenómeno se halla en el caso del teletrabajo.

La subordinación del tiempo efectivo de trabajo como medida de la aportación al output, desdibuja los límites temporales del ejercicio de los poderes empresariales sobre el trabajador y los confines temporales de la deuda que este tiene para con la empresa y pone en cuestión, en definitiva, cuál es, dentro de la jornada de 24 horas, el espacio infranqueable por las exigencias laborales. La faceta positiva de la anteposición del resultado y del recurso a estimadores del rendimiento distintos del tiempo es el aumento de la libertad de configuración horaria experimentado por el trabajador y la capacidad de generar mayor remuneración, supuesto un sistema que compense según la

154 Muy interesante a este respecto resulta la lecutra de Miñarro López, A.: “Influencia de las TIC en los Riesgos laborales” en Revista Antena de Telecomunicación, abril, 2011 pp. 32-36.

155 El ABC informa sobre el alcance de la problemática del empleo de las TIC en la salud física en “los riesgos del uso excesivo de las nuevas tecnologías” (18/08/14) (<http://www.abc.es/familia-vida-sana/20140818/abci-problemas-salud-tecnologias-201407011823.html>)

156 Presenta incidencia sobre distintos derechos fundamentales laborales inespecíficos que van desde el derecho a la salud y a la integridad física hasta el derecho a la intimidad personal y familiar.

productividad, a partir de la sustracción del mismo número de horas al ocio¹⁵⁷.

El objetivo de predeterminar la jornada laboral, básico para la delimitación de la prestación debida y su conciliación con la vida privada personal, puede ir de la mano de las TIC, que ofrecen posibilidades hasta hace poco inimaginables, permitiendo alcanzar el mismo objetivo, *ceteris paribus*, en menor tiempo y arrojando, a la vez, mayor certidumbre sobre la cantidad de unidades del mismo que serán necesarias a tal fin. En este sentido, dentro del ámbito tecnológico, cabe destacar los sistemas que impiden la permanencia en el programa informático a través del que se efectúa el trabajo por más tiempo del prefijado para cada jornada o, fuera de dicho ámbito, aquellas medidas basadas en la introducción en los códigos de buenas prácticas o en las normas de conducta, expresas o no, de ciertas prohibiciones sobre comportamientos que redundan en la aparición del trabajo sin fin (como la exigencia de disponibilidad telefónica permanente o la práctica de llevarse trabajo a casa).

Más interesantes aún son las formas indirecta de limitación del tiempo de trabajo, que resultan netamente coherentes con la relevancia adquirida por el resultado a la hora de evaluar el grado de cumplimiento de la deuda laboral. Se trata de establecer una vinculación entre el resultado exigible y el tiempo necesario para llevarlo a cabo, así como otros factores que no interesan ahora. Una vez fijada la jornada laboral, el trabajo diario (semanal, mensual...) del individuo no podrá ser juzgado más que tomando como referencia la fracción de resultado alcanzable en un tiempo equivalente al de dicha jornada (semana, mes).

Son condiciones necesarias de este sistema a) la objetivación de la relación, b) la toma en consideración de los “tiempos muertos” debidos al mal funcionamiento de la conexiones que se empleen en la transmisión de información o de los aparatos que incorporen las posibilidades de archivo y procesamiento de la misma c) la moderación de los tiempos durante los que, productivamente o no, pueda disponerse del trabajador o, en su defecto, la recompensa adecuada en favor de quien deba estar disponible por

157 Obviamente este argumento se vuelve en contra del trabajador menos productivo.

todo el lapso de la obligación d) la invulnerabilidad de los días de descanso y los permisos que reconozca el Ordenamiento laboral, que se logra al tenerse en cuenta aquéllos en la vinculación tiempo-resultados; lo que implica la evitación del fraude de ley que, en mi opinión, deviene cuando, gracias a las posibilidades del sistema, se dan por disfrutados, fuera del horario laboral preestablecido, los derechos concernientes a la segunda de las figuras mencionadas y e) la preservación de las condiciones que aseguren el respeto de la salud y la seguridad del trabajador, que puede verse francamente mermada por jornadas laborales excesivamente prolongadas o la ausencia de descansos entre las mismas.

2.6.1.6 TIC y contenido formativo del contrato laboral¹⁵⁸

La incorporación de las TIC al proceso productivo reúne exigencias de mejora en la formación del trabajador que avanzan por diversos cauces: La comprensión y el manejo de las nuevas herramientas, así como la anticipación y la solución de los problemas que pueden plantear, suponen, *per se*, mayores y más específicos requerimientos en materia formativa y en relación a las cualificaciones del personal a contratar. Por otra parte, revalorizando el último aserto, las necesidades adaptativas que fuerzan a las organizaciones a ganar en flexibilidad y la generalización de la movilidad funcional que comportan las TIC presionan desde el mismo extremo que los factores antedichos.

Desde que comenzara a afirmarse el derecho a la educación como uno de los elementos de la ciudadanía en la empresa¹⁵⁹ (en buena medida, para servir de reacción frente a las medidas que, en consideración de la relación entre las cualificaciones efectiva y deseada, puede tomar, según el estado presente de las exigencias productivas, el de la técnica y el de la posición competitiva, la empresa sobre sus ciudadanos¹⁶⁰), la traslación

158 El derecho principalmente afectado por esta cuestión es, obviamente, el derecho a la educación de los trabajadores. No obstante, por causa del contenido concreto de cada acción formativa en la empresa pueden ser otros los derechos en juego; *e.gr.* los derechos a la salud o a la integridad física cuando se deba ofrecer formación sobre prevención de riesgos laborales o el derecho a la protección de datos cuando la formación verse sobre la normativa en la materia.

159 O, como reverso, desde que dejara de concebirse la formación como un elemento desligado del marco de obligaciones de las empresas respecto de sus trabajadores; ya fuera como un arsenal de conocimientos capaces de dotar al individuo de mayor productividad o ya como un “filtro” de actitudes.

160 Me refiero, a modo de ejemplo, a la posibilidad de despido por escasa adaptación técnica del trabajador o a la movilidad en sentido descendente por incompetencia.

de la carga formativa del trabajador a la empresa no ha hecho sino cobrar bríos.

En el Estado español, un paso importante en favor de la pretendida modificación fue el operado por la Ley 3/2012¹⁶¹, en cuyo preámbulo se establece que, a pesar de que las empresas se han ido involucrando cada vez más en el desarrollo de la formación profesional existen “ciertas necesidades de mejora”. En orden a su superación, dicha Ley acomete una reforma cuyo eje básico es “el reconocimiento de la formación profesional como un derecho individual, reconociéndose a los trabajadores un permiso retribuido con fines formativos”; prosigue el legislador, en refuerzo, indicando que “asimismo, se reconoce a los trabajadores el derecho a la formación profesional dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo”.

El artículo 23 del ET, redactado por el número tres del artículo dos de la Ley 3/2012, bajo el título “promoción y formación profesional en el trabajo” recoge ahora, además de ciertos derechos laborales en tal ámbito (permisos, adaptación de jornada...) que ya se encontraban en el Estatuto y siguen trasluciendo una concepción anticuada de la formación profesional como arbitrio fundamentalmente personal del empleado, quien elige y se responsabiliza de aquélla, una manifestación genuina de la “obligación formativa” empresarial. Ello, en el apartado d) del punto primero, que determina que “correrá a cargo de la empresa” y será considerado como tiempo efectivo de trabajo, la formación necesaria para la adaptación del trabajador “a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo”. Inmediatamente se puede extraer la clara conexión entre la obligación que pesa sobre la empresa y sus facultades organizativas. No obstante, considero insuficiente ligar la más actual visión del papel de las organizaciones respecto de la formación únicamente con las transformaciones operadas en el seno de la empresa, pues, una concepción más genérica de la “obligación formativa”, que debería correlacionarse con la voluntad del empleado, favorecería la aparición de externalidades positivas capaces de compensar, si las decisiones en materia de formación son adecuadas y coherentes con el puesto ocupado por el beneficiario y el entorno empresarial, más que proporcionalmente el esfuerzo dedicado en dicho campo.

¹⁶¹ Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

La obligación formativa empresarial y la estructura funcional de la organización deben guardar relación si esta quiere hacer de la movilidad interna un instrumento eficaz para responder a un entorno tan dinámico y cambiante como el actual. Tal conexión se encuentra presente en el art. 52 b) del texto legal considerado, que, al tiempo que permite el despido por inadaptación a las modificaciones técnicas del puesto de trabajo (cuando dichos cambios sean razonables), establece que, previamente al despido, “el empresario deberá ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas”. Así, este concreto tipo de despido objetivo es procedente si, y solo si, por razón del puesto ocupado, puede exigirse al trabajador la adquisición de la nueva cualificación espolada por los cambios técnicos, que es el postulado concreto de la razonabilidad exigida a las modificaciones, y el empresario ha cumplido con su obligación en materia de formación profesional sin que tenga lugar la contraprestación esperada por parte de su agente, es decir, sin que se consiga su adaptación a las nuevas circunstancias.

2.6.2 Sobre las TIC y los poderes empresariales

Los poderes que se le asignan al empresario son consecuencia de la organización económica imperante en el contexto presente, basada en la economía de mercado, (véase nuestro art. 38 CE) y en la naturaleza contractual de la prestación de trabajo que, por tanto, tiene carácter voluntario y se realiza por cuenta ajena y de forma dependiente. Una de las partes del contrato, el empresario, se caracteriza por ostentar la titularidad de los medios de producción y asumir el riesgo asociado al negocio; la otra, el trabajador, es dueña de un factor productivo concreto y recibe una contraprestación distinta a la aportación realizada, generalmente expresada pecuniariamente.

El artículo 1.1 del ET establece que la norma se aplica “a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”¹⁶²; siguiendo la misma lógica, una parte que obedece a otra, el art. 20 ET

¹⁶² Sobre la evolución del contrato de trabajo consúltese Sosa Mancha “La emergencia del contrato de trabajo en España (la codificación civil y los proyectos de Ley de Contrato de Trabajo: 1821-1924),

expresa que “el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue” y el art. 5 c) ET que uno de los deberes básicos de los trabajadores es “cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas”. Mientras el primer artículo remite a la empresa como un sujeto en cuyo seno se concitan múltiples y variadas relaciones laborales sobre el cual el empresario ejerce poderes directivos y organizativos, los otros dos establecen la facultad del mismo de disciplinar el objeto material de la prestación laboral individualmente considerada.

Sobre los poderes de dirección y organización empresariales, formulación genérica de un extenso elenco de manifestaciones concretas¹⁶³, las TIC ejercen notable influencia por las vías de su potenciación y expresión. Primero, al facilitar la comunicación intraempresa, adquieren un papel protagonista como instrumento para la transmisión de directrices e instrucciones, permitiendo su recepción inmediata y su interrogación y debate mediante comunicación en vertical u horizontal; asimismo las comunicaciones efectuadas por estos medios dejan constancia del momento de su emisión y de los sujetos a los que la comunicación incumbe, dotando de un grado de certidumbre relativamente superior al contenido de la prestación laboral y de medios de prueba para atacar órdenes abusivas. Segundo, y por cuanto se introdujo antes acerca de las exigencias sobre la cualificación de los trabajadores o las crecientes necesidades adaptativas de la organización, las TIC han supuesto también un refuerzo de los poderes empresariales relativos a la modificación del contrato de trabajo y a la organización productiva, que tienen en la movilidad funcional o en la evaluación de las competencias técnicas del individuo muy frecuentes manifestaciones. Tercero, La introducción de las TIC ha ampliado el conjunto de comportamientos sancionables realizados por los agentes¹⁶⁴, siendo esta la única materialización reseñable de su influencia sobre el poder

Civitas, Madrid, 2002, pp. 45 y ss.

163 Entre las que se encuentran el poder de organizar la producción de una manera concreta, la facultad empresarial de emitir instrucciones en el ámbito de su competencia, los poderes de novación, modificación y extinción de las relaciones laborales, los poderes de control y vigilancia de la actividad llevada a cabo y el poder disciplinario sobre sus trabajadores.

164 Sobre todo mediante la inclusión de aquellos comportamientos basados en el empleo de los instrumentos incluidos en la categoría de las TIC con fines distintos a los propios de la prestación de trabajo; en este grupo de prácticas se hallan el uso “desviado” del correo electrónico o de la navegación por internet.

disciplinario del principal

Por encima de todos los casos relacionados *supra*, que no implican transformaciones de calado, la esfera que mas presión ha soportado por la introducción de TIC ha sido, indubitadamente, la relativa a los poderes de control y vigilancia empresariales, referidos principalmente al desentrañamiento de la diligencia de los agentes en el cumplimiento del cometido contractualmente asumido y a la averiguación de los grados de organización, eficiencia productiva y rentabilidad presentes en el desempeño de aquéllos; fines que se prestan a una variada gama de concreciones, cada cual adecuada a una determinada especie de cumplimiento (de las que forman parte, entre otras muchas, la obediencia a los arbitrios empresariales legítimos destinados a la especificación de la prestación laboral, la adaptación al ritmo de trabajo impuesto por la informática, la presencia en el puesto de trabajo durante toda la jornada o el compromiso individual con la calidad)¹⁶⁵.

2.6.2.1. Los poderes de control y vigilancia en relación con el derecho a la intimidad del trabajador¹⁶⁶

La afirmación de la legitimidad constitucional, legal e incluso derivada de la propia naturaleza del contrato de trabajo de los poderes de organización y dirección empresariales debe ser convenientemente glosada a fin de evitar el otorgamiento de utilidad marginal infinita a cualquier incremento o mejora de las facultades que engloban y la supeditación de cualquier otro interés y/o finalidad a la causa empresarial. Ha llegado el momento, por tanto, de enfrentar las posibles manifestaciones de los poderes fiscalizadores a un par de criterios interpretativos capaces de “servir para establecer (su) ámbito, (...) naturaleza y (...) alcance”(González, 2004: 39) ; a saber, que su elemento teleológico no sea otro que el ya anticipado de contrastar la avenencia entre las actuaciones positiva y normativa del trabajador y que el modo de proceder en orden a ello sea adecuado a la finalidad que motivó la actuación inspectora. Mientras

¹⁶⁵ Sobre el contenido del poder de dirección empresarial recomiendo la lectura de Montoya (2011).

¹⁶⁶ Con carácter general recomiendo la consulta de Del Valle Villar “el derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo en el Ordenamiento laboral español” (pp. 157-184) en AA.VV. “Estudios sobre el derecho a la intimidad” (Editor: Luis García San Miguel), tecnos, 1992 y, más reciente, Sagardoy (2005).

que el primer extremo afecta sobre todo al alcance de las facultades empresariales, pues fundamenta la ilegitimidad de cualquier manifestación de las mismas que se actúe sobre circunstancias que no guarden relación directa con el trabajo¹⁶⁷, frente a las cuales aquéllas no superarían juicio de idoneidad alguno; el segundo limita el espectro de medidas adoptables por el empresario a aquellas que resulten cohonestables con la especie concreta de cumplimiento que sea fiscalizada y los medios utilizables a los que, llevada a cabo una ponderación de los intereses contradictorios en juego, no supongan extralimitación ni perjudiquen desproporcionadamente¹⁶⁸ otros derechos. En definitiva, los medios y las medidas por las que se opte deberán guardar la consideración que la dignidad humana de los trabajadores merece¹⁶⁹.

Sobre el último aserto, aplicado a nuestro Ordenamiento interno, añado que “en el artículo 20.3 ET, pese a que tan sólo se alude a la dignidad, puede individualizarse también una posible tutela a la intimidad privada del trabajador” (Goñi, 1988: 115), tras lo que el mismo autor expresa que “aun cuando resulta evidente que el artículo 20.3 concede un gran margen de disponibilidad controladora al empresario, el haber hecho hincapié en el respeto a la dignidad significa, como se ha puesto de manifiesto, que se impide todo control o fiscalización intrusiva en la vida privada del trabajador exento de ligamen con los aspectos técnicos-organizativos del trabajo, y toda aquella vigilancia que elimine casi por completo el espacio de la libertad de la persona que está en la propia esencia del derecho a la intimidad” (Goñi, 1988: 116-117).

167 Sobre este criterio interpretativo la STCt de 12 de enero de 1982 declaró que “no puede estimarse (que la facultad de control) sea ilimitada, son que nacida del contrato de trabajo, su situación de preeminencia jerárquica queda básicamente condicionada a los límites de aquél, de forma que no pueda alcanzar más que a los extremos que guarden directa relación con el trabajo, prestación básica de aquella relación contractual, y cualquier extralimitación de tal potestad deviene ilegítima y como tal no sólo fuera del amparo jurisdiccional, sino de su inmediata coercitiva exigencia”.

168 Sobre qué deba tenerse por “desproporcionado” en cada caso, no existirán respuestas inmediatas ni consenso entre las mediatas y las más de las veces sólo por vía judicial se zanján las controversias. El casuismo presente no debe desalentar una diligente labor de prevención por parte del principal, quien tras evaluar las intervenciones posibles y los medios a su alcance, se habrá de decantar por aquellos que considere más neutros.

169 En resumen “queda fuera de la actividad de control lo que no sea relevante desde el punto de vista laboral (vida personal, aspectos reservados, secretos o íntimos, comportamientos extralaborales (...)) (y) además (...) los modos de control han de tener una relación directa y razonable con lo que se quiere, y se puede, controlar y se restrinjan, en principio, a esta dimensión” (González, 2004: 39).

La incorporación de las TIC no tiene incidencia, ni mucho menos, en la dimensión ontológica del ámbito tratado, sino que se manifiesta, principalmente, sobre dos extremos que ejercen fuerza en sentido contrario. Por un lado, como ya se expuso, desdibujan la nota de dependencia propia de la relación laboral y ello implica que parte de su contenido no pueda ser observado con la inmediatez que tradicionalmente se le asociaba, lo que no hace sino obstaculizar la vigilancia empresarial de aquellas esferas, y, por otro, son incluidas por el empresario entre sus más importantes medios de fiscalización, permitiendo, en comparación con las formas tradicionales, la recopilación, sin solución de continuidad, de información más específica (más adecuada a la especie de cumplimiento sobre la que se indaga) y en mayor cantidad (lo que tiende a reducir el margen de error en la decisión tomada en consecuencia) siendo que “no sólo los elementos controlados son más numerosos, detallados y precisos, sino que afectan a aspectos de la actividad laboral no revelables con los viejos sistemas” (Gutiérrez, 2011: 74), llegando a desbordar, como expresa Gianni (2005), las previsiones de quienes desarrollaron dichos medios.

El reverso de todo esto es el mayor alcance de la intrusión que, aún procediendo rectamente, puede extenderse más fácilmente a ámbitos que deben ser respetados por imperativo de la dignidad personal de los trabajadores. Lo que no debe entenderse, por otra parte, es que no quepa contención a los derechos fundamentales que por la labor supervisora puedan verse afectados: una correcta interpretación del art. 20.3 CE¹⁷⁰ conduce a dotar de legitimidad al control que, respetando los criterios interpretativos examinados *supra*, los limite de una forma que supere los juicios simultáneos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto a los que tales actos se ven sometidos por parte del TC.

Descartadas las preconcepciones absolutas se atisban derechos e intereses antagonistas necesitados de acomodo mutuo. La búsqueda de una relación estable y armoniosa que los vincule pasa por parar mientes en discernimientos como los que vienen:

¹⁷⁰ Que solo exige guardar “consideración debida a su dignidad humana” al tiempo de elegir y aplicar las medidas de control y vigilancia que el empresario estime más oportunas.

- La instrumentalización del control, según las vicisitudes concretas de cada caso, puede provocar la vulneración de buena parte de los derechos incorporados a la relación laboral por el reconocimiento de la ciudadanía en la empresa, que implica, necesariamente, la articulación de espacios en los que dichos derechos sean ejercitables y gocen de tuición. En este sentido, entre los relacionados anteriormente, la intimidad personal, el honor, el secreto de las comunicaciones o la libertad informática¹⁷¹ son los derechos que quedan especialmente expuestos.

De todo lo dicho se desprende, tomando como ejemplo el derecho a la intimidad personal, que esta merece, dentro de la organización, ser incluida en un ámbito blindado a la injerencia empresarial cuando su concreta materialización avance paralelamente a la cuestión laboral y en contextos más “abiertos” a la intervención del principal, cuanto mayor sea la relevancia de aquélla en el medio de trabajo.

- Nada obsta, habida cuenta de la naturaleza y del objeto de la actuación inspectora tratada, que tiene carácter genérico y está orientada al esclarecimiento del grado de cumplimiento de sus obligaciones contractuales, a la participación del controlado en el conocimiento de las indagaciones que se llevan a cabo; lo que incluye el medio empleado, la finalidad perseguida y el tratamiento de las informaciones que se recaben durante el proceso. La inasequibilidad de la manipulación del resultado por parte del agente y el componente de buena fe inherente a la relación laboral fuerzan a esta puesta en conocimiento en favor del trabajador, que es, siempre y cuando no se falte a esa misma buena fe, el mejor árbitro del respeto dispensado por los controles efectuados a su derecho a la intimidad. Si se tiene en cuenta el art. 64.5 f) del ET¹⁷², la conveniencia de extender el conocimiento alcanza, igualmente, a los representantes de los

171 Sobre la libertad informática remito al siguiente capítulo del presente trabajo.

172 Que reconoce al comité de empresa el derecho a emitir un informe previo a 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 en la empresa.

trabajadores. Cualquier incumplimiento en este ámbito pesaría sobre la “debida consideración” del art. 20.3 CE, pues la fundamentalidad del derecho a la representación colectiva en el trabajo no es objeto de debate.

- Respecto de los datos recabados con ocasión del control realizado la propia Ley Orgánica de Protección de Datos (LO 15/1999) establece la obligación de garantizar, intercalando las medidas técnicas y/u organizativas que sean necesarias, los datos de índole personal frente a un uso indebido de los mismos, a su alteración, a su pérdida o al procesamiento y acceso de quien no se encuentre legitimado para ello. Esta obligación se mantiene tanto si la custodia y el tratamiento de los datos se realiza en la misma empresa para la que el investigado presta servicios como si se delegan en un tercer sujeto¹⁷³¹⁷⁴.

2.6.2.2 El control empresarial del uso de las TIC por parte del trabajador

En este epígrafe se estudia un caso particular sobre el que el poder de control empresarial tiene tintes específicos, no siendo de recibo la automática extensión de las reglas y exigencias asociadas al mismo respecto del examen genérico de la corrección en el desempeño de los trabajadores. Si bien el uso desviado de los medios productivos puestos a disposición de estos últimos deriva generalmente en incumplimiento de la obligación laboral, el hecho diferencial del control que ahora se aborda es la preexistencia de cierta sospecha en el principal sobre la rectitud de la actuación de determinado/s sujeto/s. Con base en ello, esta faceta del poder de control empresarial trae causa de un presunto incumplimiento individual o grupal, sostenido por indicios suficientes y valorables judicialmente *ex post*, y tiene por finalidad su comprobación. Denotada la especificidad de los comportamientos fiscalizados, no cabrá reparo a afirmar que el control efectuado en estos supuestos tiende a poner en mayor riesgo los derechos fundamentales sobre los que la forma de control genérica ya incidía.

¹⁷³El art. 19 de la LO 15/1999 dispone que “los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados”.

¹⁷⁴Sobre la protección de los datos personales de los trabajadores remito al siguiente capítulo.

Existen controles realmente gravosos para la intimidad de los trabajadores, que alcanzan incluso, como establece el art. 18 ET, al registro de la persona del trabajador, su taquilla y sus efectos personales. El legislador, dado que este es del “control más ofensivo que se puede realizar sobre el trabajador” (Hierro, 2011: 98), condiciona la legitimidad de la medida contemplada a su necesidad “para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa”¹⁷⁵¹⁷⁶ y a su realización “dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo”. Además, exhorta, a la hora de acometerla, a “respetar al máximo la dignidad e intimidad del trabajador” y a contar con “la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible”¹⁷⁷.

“El recurso al art. 18 ET como referente para analizar la legitimidad de las conductas empresariales de control no es pacíficamente admitido ni en la doctrina ni en la jurisprudencia” (González, 2004: 45). Entre los argumentos en contra de la extensión del precepto, destacan el que entiende que, como medio a disposición del trabajador directamente afectado a la producción que es, el ordenador no puede gozar de un ámbito de protección similar al que dispensa el derecho a la intimidad a la taquilla, espacio físico de uso netamente personal. Frente a un posicionamiento así, el autor recién reseñado sostiene que si bien la finalidad principal del empleo del ordenador debe ir orientada a la consecución de resultados no debe obviarse su función como instrumento de comunicación “que tolera un uso social en la medida en que en el trabajo también existe un espacio de sociabilidad, de relación personal y de intimidad que no puede hacerse desaparecer sin más y que también debe ser tutelado”(González, 2004: 45); esta

175 Durán (1983) opina que esta es la base objetiva necesaria para el ejercicio de la facultad fiscalizadora del empresario en los supuestos tratados.

176 Si bien entiendo que nada obsta a un control de la misma naturaleza cuando lo que se quiera proteger sea el patrimonio de clientes u otras personas distintas de las mencionadas por el art. 18 ET dentro de la empresa.

177 Los Tribunales han adoptado una doble postura acerca del control que se examina ahora: la mayoría de las veces se exige, en lo que viene a ser una interpretación restrictiva de la necesidad que le sirve de fundamento, la presencia de indicios fundados de riesgo sobre el perjuicio patrimonial, algunas otras, las menos, se admiten los registros en el marco de actuaciones preventivas, periódicas y sorpresivas que tiendan a evitar dicho daño (García, 2006: 12-13); sea como fuere “las pruebas de honestidad o de lealtad”, que se basan en someter a condicionamientos externos a un trabajador para provocar una respuesta que se analizará luego, en tanto que no obedecen a sospecha alguna y pueden suponer una incitación al incumplimiento deben ser, al menos generalmente, rechazadas; así en González (2004).

puntualización forma parte del más comprensivo contexto abarcado por el conocido como “derecho a la vida personal en el trabajo”, que pugna por crear un espacio ajeno al puramente profesional para la utilización de los medios de trabajo¹⁷⁸. Por otra parte, las tesis contrarias a la extensión, sigue sosteniendo, no aspiran a la equiparación entre la taquillas, los efectos personales y los instrumentos informáticos de trabajo, sino a la potenciación del derecho a la intimidad personal¹⁷⁹ y a la toma en consideración de las específicas exigencias que pesan sobre los controles de los dos primeros elementos y su traslación al tipo de inspección que ahora se estudia; estableciéndose condiciones *ab initio* (sobre todo relativos a la motivación del ejercicio de la facultad de fiscalización) y conteniéndose la actividad empresarial al contraste de las sospechas con la realidad (lo que sucede a una intrusión proporcionada en la privacidad del trabajador).

La aceptación de la postura favorable a replicar el procedimiento de control evidencia que, en muchas ocasiones, la prevención es preferible, tanto para el trabajador como para la empresa, al control empresarial, y que, cuando este adopta carácter genérico, su utilización en el supuesto analizado tenderá a quedar vetado siempre que haya acuerdo sobre la existencia de un ámbito reservado a la intimidad personal del trabajador (lo que denota la insuficiencia práctica del art. 20.3 ET). En superación de esto, devendrá necesaria la realización de controles específicos en el contexto del art. 18 ET, cuyo ejercicio requerirá, a su vez, la presencia de sospechas fundadas y una instrumentalización acorde con la intensificación de las exigencias estudiadas al tiempo de desarrollar las propias de los medios genéricos de control.

178 Resultan interesantes a este respecto la lectura de Cardenal Carro, M. “Desdramatizando el uso de internet en el trabajo” Aranzadi Social, 15/2001, pp. 31 y ss. Sobre la misma realidad, a nivel jurisprudencial, la STSJ de Cataluña de 11 de marzo de 2004, expresa que uso de internet con fines personales “no está prohibido en la empresa pese a que tal uso deberá efectuarse en la forma más restringida posible” y las SSJS de Madrid, núm 33, de 18 de septiembre de 2002 y de 11 de febrero de 2003 que llegan a entender contrario al derecho a la comunicación del art. 20.1 a) CE la prohibición total del empleo personal del ordenador y los sistemas informáticos.

179 Que se conseguirá implementando medidas que orienten el empleo de los medios informático *ex ante* (directrices referentes a las posibilidades de uso personal...), emulando, íntegra o parcialmente, el procedimiento del art. 18 ET (presencia de un representante del trabajador o un compañero durante la inspección...) o, cuando sea posible, impidiendo, por medios técnicos, la extralimitación del trabajador en el uso personal del ordenador y los sistemas informáticos (bloqueo de páginas web inapropiadas...)

La exposición que ha tenido lugar, caracterizada por su interés por la generalización, no debe conducir a reputar igualmente perjudiciales con respecto a los derechos humanos todas las inspecciones relativas al uso dado a las TIC por los trabajadores. En este sentido, no parece controvertido apuntar que si el objeto de las indagaciones es la navegación web, el derecho amenazado es el de intimidad y si lo es el correo electrónico o el contenido almacenado en un ordenador el secreto de las comunicaciones se añade al anterior.

CAPÍTULO VIII- EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DE LOS TRABAJADORES

PLANTEAMIENTO GENERAL- IDENTIFICACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA- ESTADO DE LA CUESTIÓN- CONCRECIÓN DEL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA- GUÍA PARA EL ADECUADO TRATAMIENTO DE DATOS DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA ESPAÑOLA- El acopio de datos personales por la empresa- introducción- La selección de personal - Durante la vigencia del contrato - En la contratación- Durante el desarrollo de la prestación laboral- Tratamiento de datos - Introducción - Creación de ficheros no declarados o con un fin ilícito - La desprotección de los ficheros - Incumplimiento del deber de secreto - Comportamiento relativos a los derechos ARCO - Derecho de acceso - Derecho de rectificación- Derecho de cancelación- La cesión de datos personales- Criterios de la AEPD sobre una selección de temas- Videovigilancia - Legitimación para el tratamiento de datos de los trabajadores y deber de información- Empresas de seguridad y videovigilancia- Conservación de las imágenes – Ley ómnibus y videovigilancia- Datos especialmente protegidos - Prevención de riesgos laborales y tratamiento de datos del trabajador - tests psicotécnicos y de personalidad y salud de los trabajadores- Supervisión del uso del correo electrónico corporativo y la navegación por internet con fines personales por parte del trabajador- Cesión de datos de los trabajadores- Acceso por empresa principal a datos de seguridad social de los trabajadores de una subcontrata- Cesión de datos a la Agencia Tributaria- Comunicación en internet de los datos de los trabajadores -Comunicación a terceros del correo electrónico de los trabajadores por parte de la empresa- Deber de información- Información sobre el tratamiento de datos de los trabajadores. Modo de acreditarlo – Acreditación del cumplimiento del deber de información - Cumplimiento del deber de información mediante cartel informativo

1. Planteamiento general

Aceptada la irrevocabilidad del proceso de transformación productivo liderado por las TIC, indispensable para la consecución de las cotas de productividad y eficiencia reclamadas por la nueva era, debemos investigar acerca del punto hasta el cual quedará, dicho proceso, libre de control jurídico¹⁸⁰. Trataremos de fijar el equilibrio entre el derecho del empresario al empleo de las TIC en orden al buen fin empresarial y la protección de ciertos derechos y libertades fundamentales de los trabajadores.

Inicialmente el debate versaba sobre los límites que el derecho a la intimidad de los trabajadores trazaba frente al control empresarial, posteriormente fue el secreto de las comunicaciones, de perfiles mucho más nítidos que el anterior, sobre el que se pusieron todos los focos. Poco a poco la labor jurisdiccional, y esto puede predicarse de la práctica totalidad de los sistemas jurídicos avanzados, ha ido esclareciendo el compromiso que sobre las posiciones de cada parte recaen, basándose para ello en un postulado de justicia: el conocimiento por parte del afectado por la actuación de control, de la posibilidad de que ciertos datos o comunicaciones originariamente vinculados a su

¹⁸⁰ Sobre la evidencia de la necesidad de contención del proceso por parte del Derecho, López (2003).

intimidad pudieran ser elementos a fiscalizar.

Cuando los problemas para la armonización entre la intimidad y control empresarial y este último y el secreto profesional comenzaron a gozar de soluciones más o menos consistentes, fue otro derecho fundamental, esta vez el derecho a la protección de datos, que sin aflorar siempre había estado presente, el que empezó a reclamar sitio en el debate doctrinal y reacciones frente a las intromisiones empresariales; así, San Martín (2014). Se trata de una cuestión reciente, interesante, fuertemente relacionada con el empleo de las TIC y, hasta el momento, objeto de atención insuficiente en los ámbitos nacional, donde no abundan la jurisprudencia ni la obra científica, e internacional. En el caso español, que no es una excepción, las lagunas en la regulación y la ausencia de suficientes pronunciamientos judiciales tratan de paliarse a partir de la redacción, por parte de Agencias públicas, de criterios y dictámenes con vocación temporal, esto es, de vigencia condicionada a la presencia de elementos más sólidos para la regulación del derecho fundamental a la protección de datos personales como límite al control empresarial.

2. Identificación de la problemática

Como se ha afirmado “procede anunciar sin reparos que la principal amenaza para el derecho a la autodeterminación informativa de los ciudadanos de las democracias occidentales deriva del abuso de la técnica informática desarrollado por las empresas en el juego de la actual economía de mercado” (Tascón, 2005: 61); lo que tiene traducción propia respecto del personal laboral de la empresa, sin importar el tamaño de la misma, una vez que los medios infomáticos hayan permitido ampliar tanto, y a tan bajo coste, el potencial de captación, archivo y procesamiento de datos.

Ante esta caracterización de las organizaciones productivas y, a su frente, de los empresarios revestidos de notables “poder informático”¹⁸¹, el derecho a la protección de datos personales de los trabajadores se ve continuamente azuzado por la posibilidad de vulneración y el debate acerca del establecimiento de límites en favor de su

181 Término que, desde su forja en Ciacci (1991), prendió rápidamente en la doctrina

preservación; ello en el entendimiento del riesgo que la informática supondría “no sólo (para) la intimidad, sino también (para) el derecho a la propia identidad del trabajador” (Cardona, 1999: 27). Consecuentemente el TC, en su sentencia 11/1998, determina que el art. 18.4 CE al establecer que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos” instrumentaliza un derecho fundamental como garantía de la dignidad, y otros derechos del individuo, frente al empleo imprudente de los medios informáticos para el manejo de datos.

Lo que está en juego “es la contraposición entre el derecho del empresario a optimizar las posibilidades que le ofrecen las nuevas tecnologías, incluida la gestión de su personal y la “privacidad”, entendida en esta ocasión en el sentido de la *privacy* anglosajona, como un ámbito más amplio que el de la estricta intimidad y que comprende también todas las informaciones que el sujeto desea mantener libre de invasión o que solo sean conocidas por determinadas personas” (San Martín, 2014: 210).

3. Estado de la cuestión

El último estudio publicado por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO)¹⁸² sobre la protección de datos en las empresas españolas arroja, entre otras, las siguientes conclusiones :

1. La mayor parte de la pequeña y la mediana empresa española conoce las principales normas internas sobre protección de datos (86,4%) y son conscientes de su carácter imperativo (80,4%). Ambos aspectos muestran tendencia creciente en el tiempo.
2. Casi el 75% de las empresas pequeñas (menos de 50 empleados) y cerca del 95% de las empresas medianas (50< empleados <250) trabajan con archivos que contienen datos personales (principalmente de identificación y contacto de determinados *stakeholders*)

¹⁸² Dicho estudio, realizado en octubre de 2012, puede encontrarse en la siguiente dirección: https://www.incibe.es/CERT/guias_estudios/Estudios/Estudio_empresas_LOPD_2012. (última visita 04/06/15).

3. Solo la mitad de las empresas manifiestan cumplir con todas sus obligaciones en materia de protección de datos. No obstante, los expertos a los que se debe el informe consideran que el nivel de cumplimiento es aún menor.

La inobservancia de la normativa sobre protección de datos no es patrimonio específico del Estado español. Si nos remitimos al grado de cumplimiento del conjunto de empresas europeas sorprenderán las “llamadas de atención” efectuadas por la Comisión¹⁸³ para espolear la incorporación a las prácticas empresariales de la normativa comunitaria en la materia¹⁸⁴

En líneas generales, como bien parece indicar el estudio recién reseñado, las empresas están realizando importantes esfuerzos por adecuar su actuación a los designios de la normativa de protección de datos, si bien ello es cierto únicamente respecto de las disposiciones que ocupan una más preeminente posición en el sistema de fuentes. En este punto cabe, además, efectuar diferencias, pues los esfuerzos relativamente más intensos están siendo acometidos por la gran empresa y por las mayores entidades dentro del grupo de la mediana, algo no exclusivamente debido a la mayor disponibilidad de medios sino posiblemente también, como sostiene Tascón (2005), por el hecho de que los incumplimientos realizados por las empresas grandes tienden a trascender más habitualmente a los medios de comunicación y generar, por tanto, mayor menoscabo para su reputación.

La experiencia demuestra que las empresas que mayor énfasis ponen en el respeto al derecho a la protección de datos, articulan, a tal fin, procesos para la contratación de personal técnico especializado o recurren al asesoramiento externo para eludir las sanciones y demás repercusiones negativas del incumplimiento¹⁸⁵. No resulta anecdótico

183 Véase, por ejemplo, *First Report on the Implementation of the Data Protection Directive (95/46/EC)*.

184 Sobre todo la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

185 A pesar de ello el casuismo imperante en materia de protección de datos implica que ni siquiera una exorbitante disposición de medios sirva para conducir a cero las sanciones por causa de la protección de datos.

tampoco, entre las grandes empresas, la incorporación de códigos tipo o políticas de empresa (a incluir en el plan general) que conduzcan al entendimiento del personal laboral sobre la forma en que se lleva a cabo el tratamiento de sus datos evitando, al tiempo, cualquier fricción que pudiera derivar de ello; así Tascón (2005).

A pesar de la apreciable mejoría denotada al inicio del presente apartado, siguen siendo las PyMES el foco en el que se concitan los mayores problemas en el asunto que nos ocupa. Se trata de organizaciones que, por la escasa complejidad asociada a ello, han podido incorporar a su actividad nuevas tecnologías, pero no han desarrollado las capacidades (o el *know-how*) necesarias para constreñir su empleo hasta el punto de poder garantizar la indemnidad de ciertos intereses o bienes jurídicos¹⁸⁶.

Es de nuevo Tascón (2005: 67 y ss.), quien nos proporciona las razones del incumplimiento generalizado (que incumbe a más de la mitad de las PyMES españolas) de la normativa sobre protección de datos; algo netamente extrapolable a cualquier país o realidad:

1. “La gran complejidad técnica que, de suyo, supone cualquier intento por dar cumplimiento a la normativa sobre protección de datos”. El personal que emplea los medios informáticos dispuestos por la organización no suele comprender el alcance del daño que se puede infligir a los bienes jurídicos antedichos y, de otro lado, ni éste ni aquellos sujetos con los que se relacionan suelen conocer a fondo la posición jurídica propia o ajena. Además, el efecto que sobre tal conocimiento puedan tener los complejos contratos redactados suelen ser pequeño al ser su inteligibilidad verdaderamente intrincada.
2. Sin ser endémico de la economía española, las estructuras empresariales del lugar tienden a considerar, sigue el autor, “cualquier exigencia de protección de un derecho fundamental” como “puros y simples costes”, siendo necesaria su minimización.

186 Véase en este sentido Martínez *et al.* (2003).

4. Concreción del derecho a la autodeterminación informativa

Por el derecho a la autodeterminación informativa (o libertad informática, o derecho a la protección de datos) se trata de asegurar la permanente conexión entre el individuo, en nuestro caso los trabajadores, y sus datos personales sometidos a tratamiento por instrumentos informáticos, de comunicación y archivo. El derecho considerado consta, en orden a su eficacia, de una serie de facultades reconocidas a sus titulares; concretamente los denominados derechos ARCO¹⁸⁷ y el derecho a decidir sobre la posibilidad de participar los datos a terceros¹⁸⁸.

El TC ha manifestado en repetidas ocasiones que la libertad informática, que deriva del artículo 18.4 CE, contiene un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos que, además, es en sí mismo «un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la lealtad de las personas provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos» (sentencias 254/1993, FJ. 6º, 143/1994, FJ. 7º, 11/1998, FJ. 4º, 94/1998, FJ 6º, o 292/2000, entre otras). El Alto Tribunal, acerca del derecho a examen ha expresado que no es ilimitado, pues está constreñido, bajo ciertos requisitos, al respeto de los demás derecho fundamental y al de otros bienes jurídicos merecedores de protección constitucional (sentencias 57/1994 y 18/1999, citadas en la sentencia 292/2000).

Frente al tradicional derecho a la intimidad, respecto del cual la autodeterminación informativa ha alcanzado autonomía¹⁸⁹ pudiendo ser objeto de lesión específica, esto es, quedando indemne el primer derecho, la autodeterminación informativa goza de un contenido formulable en sentido positivo. Según la STC 292/2000, este consiste en “garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y

187 Derecho de acceso, rectificación, cancelación y oposición; sobre los que más tarde se ponen mientes.

188 Similar contenido del derecho a la autodeterminación informativa se encuentra en Pérez (1987) Además, véanse sobre estos extremos la SSTC 11/1998 y 94/1998.

189 Si bien tal autonomía no es absoluta, pues como expresa la STC 292/2000 El derecho a la protección de datos tiene un objeto más amplio que el del derecho a la intimidad extendiendo su garantía “no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el art. 18.1 CE, sino a lo que en ocasiones este Tribunal ha definido en términos más amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal”.

destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado”.

5. Guía para el adecuado tratamiento de datos de los trabajadores en la empresa española

5.1 El acopio de datos personales del trabajador por la empresa

5.1.1 Introducción

Desde que se constituye el vínculo laboral hasta que el trabajador abandona la empresa, pasando por todo el período de vigencia del contrato que lo ligue a aquella, se van recopilando toda un serie de datos, atinentes algunos al desarrollo de la relación laboral y otros puramente personales¹⁹⁰ del trabajador, en los soportes informáticos de las organizaciones que hayan instaurado sistemas de gestión informatizada de sus recursos humanos. La necesidad de contar con bases de datos del segundo tipo puestas al día, procede principalmente de las obligaciones legales o de determinados compromisos voluntarios que recaen o son adquiridos por la empresa como empleadora; pensemos en las obligaciones fiscales de retención sobre el IRPF o en ciertas prestaciones integradas en la retribución del agente (guardería...). En conjunción con esta suerte de motivación ha de admitirse que, sin un buen conocimiento de las habilidades o aptitudes de sus trabajadores por parte de la empresa, mal podrá ésta conseguir la adaptación de cada cual a alguno de los puestos de trabajo diseñados y, en consecuencia, lo tendrá difícil para subsistir en un entorno tan cambiante y competitivo como el actual¹⁹¹.

El trabajador, e incluso el candidato en un proceso de selección, ve cómo, por causa de la racionalidad económica, acaba escapando del cerco fijado por su autodeterminación gran cantidad de información que se guardará en soportes con vocación de permanencia y podrá ser recuperada en cualquier momento de vigencia de la relación laboral o posterior. Dada la imposibilidad de recopilar todos los datos que en cada momento puedan interesar, se dibujará un relato de hechos pasados defectuoso, parcial o irreal; lo que podría conllevar sanciones injustas una vez que se haga uso de dichos datos

¹⁹⁰ Son datos de carácter personal, según el art. 3.1 LOPD: “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”.

¹⁹¹ Sobre las razones expuestas, en mayor profundidad, véase Madrid (1984).

almacenados.

Las consecuencias descritas se agravarán fuertemente en caso de generalización de los comportamientos tipificables como de “solidaridad empresarial” que se caracterizan por la comunicación, salida, de todo tipo de informaciones profesionales, pero también personales, entre empresas, a fin de aproximar mejor, a partir del recuerdo informático, el perfil de quien pretenda incorporarse a una nueva organización (que será la receptora de información). El perfeccionamiento de las comunicaciones de este tipo es tal que incluso es posible prescindir de interpelación alguna en orden a conseguir la información deseada sobre el candidato, pues es posible que las empresas del mismo sector de actividad convengan la constitución de un espacio virtual de almacenamiento de datos, acuerden ir dando cuenta de cualquier nuevo hallazgo y se comprometan a la actualización periódica del material aportado por cada una. El resultado de este proceso sería el de la estratificación de la oferta de trabajo, según la suma de recuerdos informáticos de cada oferente, la cantidad de información disponible y su elocuencia, lo que podría conllevar el ostracismo laboral para los sujetos peor reputados, a los que las informaciones almacenadas no siempre les harán justicia.

5.1.2 La selección de personal

Como reconoce la STSJ Cantabria de 14 de noviembre de 2005, la información recabada del solicitante de empleo, que no solo implica la exigencia de presentación de documentos sino también, en muchas ocasiones, estudios sobre su persona, tiende a ser excesiva y, lo que es peor, se conserva en poder de la organización aun en las ocasiones en las que no se selecciona al individuo. En este contexto, siguiendo a los estudiosos del asunto¹⁹², los mayores problemas del tratamiento automatizado de datos en un proceso de selección derivan de:

1. La cantidad de datos de diferente naturaleza (sociales, profesionales, aptitudinales, resultados de pruebas psicológicas...) que se conservan tras concluir, incluso sin éxito, el proceso y, con causa en ello, la anticipada

¹⁹² Principalmente Lenoir *et al.* (1998)

posibilidad de estratificación de los trabajadores por atributos que exceden del ámbito estrictamente profesional, esto es, la consecución de un *block modeling* a partir de características de todo tipo.

Si bien la LOPD en su art. 6.2 exime al empresario de la obtención del consentimiento de los candidatos para la recogida de sus datos, el principio de adecuación o pertinencia, art. 4.1 LOPD, reclama correspondencia y ausencia de exceso entre aquélla y la finalidad perseguida, extremo frente al que decae la presunción de conformidad anterior; siguiendo a Goñi (2004) “no ya sólo no se pueden recoger datos innecesarios o que nada tengan que ver con el desarrollo o el cumplimiento de la prestación laboral, sino que queda prohibido el recoger más datos de los estrictamente imprescindibles para el fin legítimo. Se impone, así pues, una proporcionalidad en la recogida de datos”.

La adecuación se añade, igualmente, al consentimiento expreso y por escrito como requisito para la válida recogida de los datos a los que se refiere el art. 7 de la LOPD, especialmente protegidos. Es por ello que ni la ideología, ni la afiliación sindical, ni la religión o las creencias son datos que puedan ser legítimamente recabados por la empresa, salvo casos concretos en las que resulten variables relevantes al objeto empresarial¹⁹³, siquiera mediando consentimiento. Sobre los otros datos especialmente protegidos, vida sexual u origen étnico, sólo apunto que mal pueden predefinir la aptitud de un individuo para cumplir con la prestación laboral para la que se haya incoado el proceso de selección. En escasísimos supuestos estaría justificado su indagación.

La Agencia Española de Protección de Datos (desde ahora AEPD) para acotar convenientemente los espacios personales de indagación empresarial, paliando siquiera parcialmente la heterogeneidad, la innecesidad y la abundancia de los

¹⁹³ Es el caso de las empresas ideológicas, donde sólo es aceptable la recogida de los datos estrictamente imprescindibles. Recomiendo sobre este extremos la lectura de De Val Tena. “Las empresas de tendencia ante el derecho del trabajo: libertad ideológica y contrato de trabajo”; trabajo defendido y presentado en el curso “contrato de trabajo y derechos fundamentales” impartido por el Dr. D. Juan Rivero Lamas (dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/229694.pdf).

datos personales recogidos, recomienda la “disposición de modelos tipo para la formalización del currículum y de un procedimiento de formalización y entrega de los mismos por los candidatos” pues ello permitiría, entre otras cosas, “definir con precisión el tipo de datos a tratar”¹⁹⁴.

2. La ausencia de información a los candidatos sobre los derechos que les asisten o sobre la normativa de protección de datos.

En términos estrictamente jurídicos el principio de publicidad normativa presente en cualquier constitución democrática parece un buen argumento para todo el que quiera trasladar la carga informativa al solicitante o, en el peor de los casos, de quien quiera sacar ventaja de la pretendida ignorancia de sus derechos. Habida cuenta de que la realidad informa de que el ciudadano medio, categoría en la cual cabría incluir al trabajador, desconoce, por lo general, las prerrogativas que le corresponden en materia de protección de datos y de que apenas conlleva coste¹⁹⁵ para la empresa, conviene que esta ofrezca, en los cuestionarios presentados a los solicitantes de empleo, información concreta, precisa y legible de tales extremos.

Cuestión distinta es la del deber de información¹⁹⁶ que recae sobre la empresa respecto del destino, finalidad y tratamiento de los datos personales solicitados¹⁹⁷. Cuando la recogida se efectúe mediante impresos o cuestionarios facilitados por el responsable de la selección, este deberá asegurarse de que en ellos figuran todos los extremos requeridos *ex lege*¹⁹⁸ y cuantos,

194 Ello en la “Guía para la protección de datos en las relaciones laborales”, AEPD, 2009.

195 En prueba de este aserto vienen tanto la contención legislativa sobre la protección de datos existente en el Ordenamiento español, como la ausencia de regulaciones superpuestas en la materia (supranacionales...)

196 El correlato de este deber de información, es el derecho de los interesados en tal sentido. Sobre el mismos la Audiencia Nacional ha señalado en sentencia de 15 de junio de 2001 que “se trata de un derecho importantísimo porque es el que permite llevar a cabo el ejercicio de otros derechos, y así lo valora el texto positivo al pormenorizar su contenido y establecer la exigencia de que el mismo sea expreso, preciso e inequívoco.”

197 Véase art. 5.1 LOPD.

198 Cabe denotar aquí que, según el art. 5.3 LOPD, “no será necesaria la información a que se refieren las letras b), c) y d) del apartado 1 si el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de

voluntariamente, desee añadir la organización en aras de una mejor protección de los datos personales.

3. El tiempo durante el cual se mantienen en las bases de datos de la estructura empresarial.

La finalidad de la recogida de los datos personales, acerca de la cual se debe dar cuenta al interesado¹⁹⁹, lleva asociada una dimensión temporal. Si, como en nuestro caso, se pretende allegar personal a una organización, el consentimiento dado por el solicitante debe entenderse referido al proceso de selección concreto o, todo lo más, al período dentro del cual se pueda volver sobre sus datos para rectificar una decisión inicial, aumentar la plantilla o hacer frente a cambios en el entorno mediante la inclusión de trabajadores de un perfil determinado. En todo caso, exista o no expresión legal de este aspecto, la empresa debe informar al candidato sobre el tiempo que engrosarán los ficheros de aquella sus datos personales, que nunca debe exceder de un lapso razonable²⁰⁰.

Lo que precede no es más que un emanado del principio de finalidad del art. 4.2 LOPD, según el cual “los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos”. Desde el momento que pierden su virtualidad para satisfacer el fin al que sirven, pierde legitimidad el almacenamiento de los datos personales de los candidatos.

4. La imposibilidad de conocer los resultados arrojados por los test a los que se haya sometido a los aspirantes, las valoraciones de los evaluadores o del

los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban”.

199 “Persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento”; art.5 RLOPD.

200 Sobre ello pesa de nuevo excesiva abstracción. Baste apuntar que parece poco razonable albergar datos personales de candidatos más allá de 1 o 2 años desde el acopio; cosa distinta es que una nueva declaración de consentimiento, transcurrido ese plazo, pueda justificar la persistencia de los datos en la empresa.

empresario y el destino dado a los datos recogidos²⁰¹²⁰².

5.1.3 Durante la vigencia del contrato

5.1.3.1 En la contratación

El contrato de trabajo puede servir como soporte de buena parte de la información debida al trabajador sobre el tratamiento que se dispensará a sus datos personales. Ello deja de ser cierto si nos referimos a tratamientos de datos no directamente relacionados con la prestación laboral²⁰³; en tales casos el consentimiento del trabajador sobre el empleo de sus datos debe formalizarse en instrumentos *ad hoc*.

Salvo en los contratos de alta dirección, el empresario está obligado a entregar, sin mediación alguna del consentimiento del trabajador²⁰⁴, una copia básica²⁰⁵ del contrato a la representación legal de los trabajadores o a la oficina de empleo²⁰⁶. A pesar de la minimización del contenido íntimo y del puramente personal que convierte al contrato laboral en copia básica, sigue aconteciendo, esta vez bajo la forma de obligación *ex lege*²⁰⁷, una comunicación de datos propios de un tercero²⁰⁸ o, desde otra perspectiva, un nuevo acopio de datos personales del trabajador, esta vez por parte de su representación

201 Remito, por coincidir el discurso, a lo que luego se establezca sobre el derecho de acceso del interesado a su información personal. Respecto del destino dado a los datos sigo estando a lo establecido en el anterior punto 2.

202 Respecto de la selección realizada a través de internet, algo que excede de nuestros cometidos, remito a “selección de personal a través de internet” Plan de inspección de oficio; informe de conclusiones y recomendaciones, AEPD, 2005 (préstese especial atención a los apartados sexto y séptimo) (<http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/recomendaciones/common/pdfs/Informe-Conclusiones-Recomendaciones-17-11-2005.pdf>).

203 Ejemplo: “Una empresa formaliza un convenio gracias al cual el trabajador obtiene ventajas para ciertas compras, pero requiere que la primera le confirme la identidad del beneficiario. Tratándose de decisiones de consumo ajenas a la relación contractual, el contrato de trabajo resulta un instrumento ineficaz para obtener el consentimiento”. Tomado de “Guía para la protección de datos...” AEPD, 2009.

204 La explicación que encuentra a ello Monereo (1992), no es otra que la de evitar que el mayor poder del empresario presione en favor de la negativa sistemática del trabajador a la entrega de copia básica.

205 La copia básica contendrá todos los datos del contrato, a excepción del número del documento nacional de identidad, domicilio, estado civil y cualquier otro que pudiera afectar a la intimidad personal del interesado.

206 Vid art. 8.3 a) ET.

207 En Derecho comparado no es complicado encontrarse con obligaciones similares.

208 No existen derechos absolutos; en este caso se enfrentan ciertos derechos de la personalidad del trabajador (no sólo el derecho a la intimidad como sugiere el art. 8.3 a) del ET) y el derecho colectivo de la representación de los trabajadores, destinado a impedir contrataciones que no cumplan con la legalidad vigente.

legal.

La correcta actuación empresarial en este momento de la relación laboral pasa por la averiguación previa de los datos cuya revelación pudiera suponer un atentado contra alguno de los derechos del trabajador (intimidad, protección de datos...) y su supresión de la copia básica a entregar

La incertidumbre sobre cuál ha de ser la información retirada introducida por la cómoda remisión legislativa a “cualquier otro (dato) que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982²⁰⁹, de 5 de mayo, pudiera afectar a la intimidad personal”²¹⁰, acaba recayendo en el empresario. Tras la exclusión de los datos expresamente mencionados por el ET (DNI, domicilio y estado civil), el contenido a reunir por la copia básica deberá ser sopesado caso a caso, esto es, no aguanta prefijación.

El criterio que se debe seguir al tiempo de confeccionar la copia básica para evitar vulneración alguna de los derechos de la personalidad del trabajador es evidente: si el objetivo que persigue el ET al exigir la entrega de dicha copia básica es el control de su adecuación al Derecho, es lógico que no deba suprimirse ningún dato relevante en tal sentido; excepción hecha de los tres datos expresados por el legislador que, por motivos obvios, deben suprimirse en todo caso. Respecto al nombre y apellidos del trabajador se sostiene que, al mantener una “clara finalidad identificativa” su uso “en cuanto no trascienda de dicha finalidad” no implica intromisión en la intimidad de la persona y, por tanto, no deben suprimirse (Sánchez, 1991: 316-317)²¹¹.

5.1.3.2 Durante el desarrollo de la prestación laboral

La relación laboral tiene cierta continuidad en el tiempo y, como consecuencia evidente, la empresa irá recogiendo nuevas informaciones atinentes al trabajador a lo largo de la misma. Muchas de ellas tendrán carácter estrictamente laboral (desempeño en un

209 Ley Orgánica 1/1982 sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

210 Redacción contenida en el art. 8.3 a) ET

211 Recomiendo la lectura del texto completo, referido a uno de tantos casos en los que se sustanció controversia, para una mejor comprensión del asunto expuesto.

determinado período, horas de entrada y salida de la empresa...) y otras no (cambio de domicilio, alteraciones del núcleo familiar ...). Respecto de todos los acopios de datos nuevos, procedentes bien de alteraciones sobrevenidas en las circunstancias laborales o bien del ensanchamiento de la realidad personal objeto de aprehensión por la organización, sigue operando la presunción de conformidad que hace innecesaria la obtención del consentimiento del trabajador (salvo en el supuesto de datos especialmente protegidos, art. 7 LOPD, al requerirse, recordemos, consentimiento expreso por escrito previo a la recogida de cada uno de esos datos) pero también el principio de pertinencia o adecuación a las finalidades perseguidas por la empresa.

La obligación empresarial de informar a los interesados del destino, se entenderá incumplida cuando no se comuniquen expresa, precisa e inequívocamente, respecto de los nuevos datos que se recaben, los extremos del art. 5.1 a)-e) LOPD²¹². La transmisión de dicha información en un momento previo, por ejemplo asociada al contrato laboral, no exime de su reiteración ante datos diferentes o nuevos tratamientos de los ya recabados. Cuando la empresa adopte decisiones en materia de recogida de datos (y también de tratamiento) que afecten a buena parte o la totalidad de la plantilla, convendrá extender la información a la representación legal de los trabajadores²¹³.

La captación continuada de tan diversas informaciones como las referidas al inicio del presente epígrafe sobre el trabajador, provee de los inputs para, a partir del empleo de conocidos programas informáticos, trazar su personalidad y nivel de profesionalidad. Si en ausencia de justificación más directa se quisieran emplear como fundamento de alguna medida disciplinaria, a la empresa le convendría haber procedido como se ha venido indicando a la hora de recoger los datos si pretende la estabilidad de la medida y evitar las sanciones y pérdidas de reputación que decisiones arbitrarias de este tipo, contrarias a intereses de los empleados, pudieran conllevar.

212 Todo ello con las mismas precisiones que se hicieron al desarrollar el asunto en el apartado dedicado a la protección de datos en la selección de personal.

213 Ello fuera de los casos establecidos, pero en adición, al ET en su art. 64.5 f) (derecho del comité de empresa a emitir informe sobre “la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos...”

5.2. Tratamiento de datos

5.2.1. Introducción

El art. 5.1 t) del RLOPD²¹⁴ define el tratamiento de datos como “cualquier operación o procedimiento técnico, sea o no automatizado, que permita la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, consulta, utilización, modificación, cancelación, bloqueo o supresión, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”. Se trata de un concepto fuertemente asociado al de “fichero” en la definición dada por el art. 3 b) de la LOPD: “todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso”. Como se puede ver, el legislador concita en la misma noción tanto los ficheros informatizados como los tradicionales, cubriendo de esta manera el tratamiento de datos llevado a cabo por medios de cualquier naturaleza. En adelante, se aborda el amplio campo del tratamiento de datos, presentando una relación de conductas relativas a los ficheros contrarias al derecho fundamental de los trabajadores que motiva este estudio.

5.2.2 Creación de ficheros no declarados o con un fin ilícito.

La constitución de ficheros de titularidad privada no está sujeta a autorización administrativa. Cualquier persona física o jurídica puede crear un fichero que contenga datos de carácter personal siempre que sea necesario para “el logro de una actividad” o el de determinados “objetivos legítimos” y se respeten las garantías establecidas en la LOPD en tal sentido²¹⁵. Quien proceda a la creación de un fichero con datos personales debe, eso sí, notificarlo previamente a la AEPD. Si no contradice al Derecho²¹⁶ el fichero será objeto de inscripción en el Registro General de Protección de datos²¹⁷. Los responsables de la constitución y del funcionamiento del fichero deben impedir la vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores cuyos datos se incorporen, que puede ser consecuencia de conductas como las que siguen:

214 Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

215 Art. 25 LOPD.

216 Me refiero a los requisitos que expresa la LOPD y a los especificados por el Reglamento que la desarrolla (Art. 55.2 RLOPD)

217 Véase todo ello y más en el art. 26 LOPD

1. Ausencia de notificación del fichero a la AEPD: El empleo prudente de los ficheros podría ser suficiente para la indemnidad de la esfera jurídica de los trabajadores, pues la notificación del mismo se conforma como una obligación de índole formal que tiende al aseguramiento de la corrección en su creación y funcionamiento; pero si se tiene en cuenta que sin mediación de notificación no habrá constancia del responsable de los tratamientos llevados a cabo en el fichero²¹⁸, pronto se alcanzará el entendimiento del carácter de nudo interesado que adquiriría el trabajador al que pertenezcan los datos, al no existir sujeto contra el cual ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición reconocidos por la LOPD²¹⁹. Por otra parte, la indefinición de dicho responsable supondrá la desactivación de la labor fiscalizadora, tuitiva y de control del tratamiento de datos que recae sobre la Administración competente; en este sentido, Aparicio (2000).

2. No parece común a la empresa la constitución de ficheros que persigan algún fin ilícito, como podría ser el de ofrecer trato diferenciado a sus empleados en base a la ideología de cada uno²²⁰; lo que derivaría en la ilegalidad del mismo. Sí es posible que alguno de los datos especialmente protegidos convivan junto a otros de distinta caracterización por el mero hecho de que esto sea concebido como conveniente a la buena marcha empresarial. Si, en línea con lo establecido *supra*, entre los primeros se hallaran la ideología, la afiliación sindical, la religión o las creencias (sin que exista justificación basada en el tipo de empresa o la prestación laboral exigida), o algún otro dato especialmente protegido por la LOPD, se estaría vulnerando la autodeterminación informativa del interesado²²¹.

218 Extremo exigido en la notificación por el art. 55.2 RLOPD.

219 Título III LOPD.

220 Caso paradigmático de fin ilícito vulnerador de derechos fundamentales del trabajador. Según el art. 7.4 LOPD “Quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual”

221 Apúntese que la simple presencia de datos especialmente protegidos no convierte en ilícito el fichero

3. Los “objetivos legítimos” o “el logro de la actividad” del tenor literal del art. 25 LOPD (*vid supra*) son extremos abiertos a la interpretación. Como criterio clarificador propongo coherencia los poderes empresariales²²² (y sus límites) con los objetivos que cualquier persona de entendimiento medio atribuye a una organización productiva para delimitar los “objetivos legítimos” de la creación de ficheros de titularidad privada. Finalmente, los medios empleados en orden a alcanzar los objetivos así definidos no deben suponer extralimitación en los poderes antedichos ni ser, en sí, ilícitos.

5.2.3 La desprotección de los ficheros

Desde que cualquiera de los datos personales del trabajador accede a un fichero o cuando se constituye uno nuevo en el que aquel se integra, existe una localización concreta, ya física, ya virtual, a la que, en defecto de protección alguna, todo individuo podría llegar con mayor o menor facilidad. A medida que se vayan endureciendo las condiciones de acceso, lo que conlleva un coste para la empresa, cada vez será menor el número de sujetos que consiga penetrar, sin permiso, en el fichero; alcanzándose la situación óptima cuando ningún ajeno a la información tenga la posibilidad de descubrirla o tratarla. La restricción en el acceso no es más que una de las manifestaciones de la seguridad de los datos entre las que también se encuentran la preservación intacta de éstos.

En consideración a la vital importancia de la seguridad de los datos personales guardados, no extraña que el legislador incluya entre las obligaciones de los responsables de los ficheros (o los agentes a los que se encomiende su tratamiento) la de tomar las precauciones necesarias en tal sentido²²³. En el caso español, el art. 9.1 LOPD determina que los sujetos antedichos “deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado” y el art. 9.2 LOPD establece como *conditio sine qua non* de la propia creación del fichero, la reunión de “las condiciones que se determinen por vía reglamentaria con respecto a su integridad y

222 Principalmente de dirección y control.

223 Así reza el art. 9.1 LOPD

seguridad (la del fichero) y a las de los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas y programas”.

La pregunta que cabe hacerse a renglón seguido es la del nivel de protección merecido por los datos personales. Si se acepta que no todos los datos personales son igual de sensibles, esto es, no tienen la misma influencia en los derechos fundamentales del individuo, no será admisible la dispensación de un grado similar de protección a todos los datos, sino que devendrá necesario categorizarlos con base en su “sensibilidad” para luego definir el aseguramiento adecuado a cada grupo. En nuestro Ordenamiento se distinguen los siguientes niveles de seguridad (y grupos de datos)²²⁴:

- Nivel básico: compuesto de medidas que deben aplicarse a todos los ficheros que contengan datos de carácter personal.

- Nivel medio: compuesto de medidas que, además de las del nivel básico, deben aplicarse a los ficheros o tratamientos de datos personales que siguen:
 - a)** Los relativos a la comisión de infracciones administrativas o penales.
 - b)** Aquellos cuyo funcionamiento se rija por el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.
 - c)** Aquellos de los que sean responsables Administraciones tributarias y se relacionen con el ejercicio de sus potestades tributarias.
 - d)** Aquellos de los que sean responsables las entidades financieras para finalidades relacionadas con la prestación de servicios financieros.
 - e)** Aquellos de los que sean responsables las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y se relacionen con el ejercicio de sus competencias. De igual modo, aquellos de los que sean responsables las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.
 - f)** Aquellos que contengan un conjunto de datos de carácter personal que ofrezcan una definición de las características o de la personalidad de los ciudadanos y que permitan evaluar determinados aspectos de la personalidad o del comportamiento de los mismos.

- Nivel alto: Compuesto por medidas aplicables, conjuntamente con las de los otros dos niveles a los ficheros o tratamientos de datos personales que siguen:
 - a)** Los que se refieran a datos de ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial, salud o vida sexual.

224 Art. 81 RLOPD; cuya lectura completo recomiendo; sobre las medidas integradas en los distintos niveles de seguridad véanse arts. 89 y ss del RLOPD.

- b) Los que contengan o se refieran a datos recabados para fines policiales sin consentimiento de las personas afectadas.
- c) Aquellos que contengan datos derivados de actos de violencia de género.

La implementación del conjunto de medidas adscritas al nivel de seguridad del que cada fichero es merecedor se puede considerar un mínimo indispensable (exigible)²²⁵ para la prevención frente a la alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado de los datos incorporados. Por causa de ello, la desatención de la obligación de seguridad impuesta por ley al responsable del fichero o al sujeto interpuesto (traducible en la ausencia de todas o alguna de las medidas correspondientes al nivel de seguridad que los ficheros, según la información contenida, requieren) supone violación del derecho fundamental a la protección de datos del trabajador.

5.2.4 Incumplimiento del deber de secreto

La aplicación de todas las medidas imaginables de protección sobre un fichero se revela inútil si es desde el interior del círculo de personas legitimadas para percibir la información ínsita, de donde provienen los ataques al derecho a la protección de datos; círculo que puede entenderse formado por, al menos, quienes hayan recogido y tratado los datos y quienes hayan accedido en algún momento anterior y de manera lícita a los mismos.

Reacción legislativa lógica a las consideraciones previas, es la del establecimiento de la obligación de secreto sobre los individuos referidos respecto de los datos guardados en los ficheros²²⁶. Dicha obligación se explica por el conocimiento alcanzado sobre tales contenidos y, por tanto, no desaparecerá al hacerlo la condición de responsable o cualquier otra en razón a la cual haya tenido lugar este conocimiento.

225 Este mínimo indispensable coincide con las previsiones legales. La empresa, una vez cumpla con lo establecido por estas, puede adoptar voluntariamente cuantas medidas estime convenientes en favor de la indemnidad del derecho de autodeterminación informativa de su personal. En este sentido art. 81.7 RLOPD.

226 En nuestro Ordenamiento consta en el art. 10 LOPD, según el cual “El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo”

Estamos en condiciones de afirmar que ante un incumplimiento del deber de secreto el derecho de autodeterminación informativa del trabajador resultará conculcado²²⁷; los efectos del descubrimiento por tercero ajeno de la información personal en la esfera del derecho fundamental tratado, son independientes del papel, activo o pasivo, que aquel desempeñara.

5.2.5 Comportamientos relativos a los derechos ARCO

Cualquier sistema instaurado en aras de la protección de datos de los trabajadores devendrá ineficaz si no se les reconocen una serie de facultades que favorezcan la “autodeterminación” con que, precisamente, se designa a uno de los derechos fundamentales en juego. Se trata, principalmente, de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (derechos ARCO).

5.2.5.1 derecho de acceso²²⁸

Por este derecho se provee al interesado de la herramienta necesaria para conocer en todo momento cuáles de sus datos de carácter personal han sido recogidos por la empresa y están siendo sometidos a tratamiento y cuál es el origen de los mismos. Por esta vía, el trabajador al que correspondan los datos, podrá controlar su veracidad, la corrección del responsable del fichero, o del sujeto interpuesto, en las formas de aproximarse a ellos e incluso las valoraciones registradas a lo largo del tiempo. Mediante el derecho ahora examinado también se faculta al trabajador a recibir información sobre las comunicaciones realizadas y proyectadas de sus datos, facilitándose así el control individual o la prevención sobre tales actos. Además, en el ámbito estrictamente laboral, donde, como sabemos, opera la presunción de consentimiento, el derecho de acceso posibilita la comprobación de la adecuación de la recogida y del tratamiento de sus datos a la finalidad motivadora.

El derecho de acceso, por todo lo dicho, debe concebirse como irrenunciable, pues sirve

227 Según cuáles sean los datos revelados, otros derechos fundamentales como los protegidos por la LO 1/1982 pueden ser menoscabados.

228 Según el art. 5.1 LOPD “El interesado tendrá derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos”.

de instrumento para la realización de otros derechos o el funcionamiento de ciertas garantías en cuya ausencia decaería todo el sistema de protección de datos. Como corolario, siento que cualquier comportamiento empresarial, de acción²²⁹ u omisión²³⁰, que impida el ejercicio del derecho de acceso, conlleva vulneración del derecho fundamental a la autodeterminación informativa. El mero retraso no culpable²³¹ en la atención a la solicitud de acceso o la denegación respaldada por ley²³² no suponen menoscabo alguno de dicho derecho.

5.2.5.2 Derecho de rectificación

El interesado es, obviamente, el mejor conocedor de sus datos personales y por eso, tras acceder a los que obren en cualquier fichero será el juez supremo de su veracidad; así, si el contenido del fichero resultara inexacto o incompleto²³³, debería poder recabar del responsable del mismo el compromiso de su oportuna modificación. Es lo que se conoce como derecho de rectificación²³⁴. Este se añade a la obligación de corrección de oficio que pesa sobre el responsable del fichero o algún sujeto interpuesto²³⁵, para lograr la más fiel correspondencia posible entre la información registrada y la realidad²³⁶.

El trabajador que alegue inexactitud o incompletud debe no solo ofrecer indicaciones precisas del objeto a corregir al responsable del fichero, sino también presentar prueba documental que guíe en la enmienda de lo errado, pues sólo si media justificación cabrá

229 Figúrese, por ejemplo, algún caso en el que la empresa solicite del trabajador el cumplimiento de ciertos requisitos sin soporte legal en orden a que este retire su solicitud de acceso.

230 El caso más claro aquí es el del silencio empresarial frente a la solicitud de acceso.

231 Causado, por ejemplo, por imposibilidad técnica.

232 Principalmente la que establece el art. 15.3 LOPD: “el derecho de acceso a que se refiere este artículo sólo podrá ser ejercitado a intervalos no inferiores a doce meses, salvo que el interesado acredite un interés legítimo al efecto, en cuyo caso podrán ejercitarlo antes”.

233 Pues según el art. 16.2 LOPD procede rectificación de “los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos”

234 Configurado como obligación sometida a plazo en el art. 16.1 LOPD “el responsable del tratamiento tendrá la obligación de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del interesado en el plazo de diez días”

235 *Ex* art. 4.4 LOPD “Si los datos de carácter personal registrados resultaran ser inexactos, en todo o en parte, o incompletos, serán cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificadas o completados, sin perjuicio de las facultades que a los afectados reconoce el artículo 16”.

236 Pues según el art. 4.3 LOPD “los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado”.

corrección de los extremos registrados en el fichero.

En relación con el derecho de rectificación del interesado, un incumplimiento por parte del empresario conculcará, indubitadamente, el derecho de protección de datos del trabajador; a saber: la desatención a la solicitud de rectificación, cuando exista adecuada justificación documental por el interesado, de la discrepancia advertida o su denegación. Sobre la ausencia de contestación cuando no se haya presentado justificación alguna o esta no baste para motivar la corrección²³⁷ entiendo, en interpretación del espíritu de la norma en la que se halla el derecho de rectificación, que también supondrá violación del derecho fundamental que se estudia²³⁸ al implicar obstrucción de la reforma por el interesado de la solicitud.

En relación con la obligación de corrección de oficio, sólo acontecería vulneración de derechos fundamentales por el responsable del fichero, cuando obre dolosa o negligentemente, esto es, cuando habiendo conocido, o habiendo tenido oportunidad de conocer, la inexactitud e/o incompletud de datos de una naturaleza tal que los defectos apuntados puedan traducirse en vulneración de algún/os derecho/s fundamental/es, no se hayan modificado²³⁹.

5.2.5.3 Derecho de cancelación

Otro de los derechos que asisten al interesado es el de cancelación²⁴⁰, que otorga la facultad de instar del responsable del fichero la supresión de cuantas informaciones se demuestren falaces o inexactas cuando no proceda su rectificación, o de cuantas otras se hayan recogido y tratado en contravención de la Ley, por ejemplo, eludiendo la solicitud de consentimiento del interesado cuando las normas lo exijan²⁴¹ o no superando un

237 Por constar en documento manipulado, no oficial...

238 Los defectos en la calidad de los datos registrados infligen menoscabo, también, al derecho a la identidad del interesado (pues se estaría informando errónea o parcialmente de su identidad, profesionalidad...) y pueden propiciar la imposición de medidas disciplinarias injustas, por ejemplo, derivadas de actos reflejados en el fichero pero no cometidos por el trabajador.

239 En este supuesto, por sus circunstancias, los derechos generalmente vulnerados son los relativos al honor o la intimidad y no la autodeterminación informativa.

240 Los arts. 16.1 y 16.2 LOPD reproducidos al tiempo de desarrollar el derecho de rectificación son aplicables a este otro derecho.

241 Como por ejemplo en el caso de los datos especialmente protegidos del art. 7 LOPD.

correcto juicio de pertinencia, es decir, aquellos datos personales inadecuados o no proporcionales en relación con el cumplimiento de la prestación laboral o con los intereses del trabajador durante la vigencia del contrato que lo vincula a la empresa. Esta inadecuación (o este exceso) puede ser tanto originaria como sobrevenida, en este último supuesto el dato tratado fue en algún momento adecuado al fin por el cual se operaba con él²⁴². Sobre los datos inexactos e incompletos existe obligación de cancelación de oficio por el responsable del fichero en los términos tratados con anterioridad.

Por analogía con el supuesto de rectificación, se puede concluir que acontecerá vulneración de la autodeterminación informativa²⁴³ cuando, habiendo indicado y acreditado el interesado los defectos en las informaciones registradas, se deniega o se hace caso omiso a su solicitud. Reitero el convencimiento de que existe vulneración en el sentido descrito, por la misma causa que se esgrimiera antes, cuando no se responde en forma alguna al solicitante, sea su pretensión procedente o no²⁴⁴.

5.3 La cesión²⁴⁵ de datos personales

La regla general en este campo es la imposibilidad de la comunicación²⁴⁶ de los datos recogidos en un fichero y la excepción a la misma avanza asociada a un triple requisito^{247,248}: previo consentimiento (informado) del interesado, carácter necesario para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario y suficiencia informativa. La primera condición debe cumplirse

242 Piénsese en los datos guardados en un fichero empleado para decidir sobre la promoción del personal dentro de la empresa, de un sujeto que hubiera concluido su relación con la misma hace varios años.

243 Como se explicó *supra*, en el supuesto que pasa a detallarse puede existir vulneración de otros derechos fundamentales (honor, intimidad...)

244 Sobre la posible vulneración de derechos fundamentales derivada del incumplimiento de la obligación de cancelación de oficio, remito a lo expuesto al tiempo de estudiar el derecho de rectificación.

245 De entre todas las maneras de “ceder” datos del art. 5.1 t) RLOPD, reproducido *supra*, se alude específicamente a la comunicación; forma más general de cesión cuyas reglas cabe extender al resto.

246 Ex. art. 3.1 LOPD “toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado”.

247 Una vez se repare en la gravedad de los requisitos que ahora se detallan, se estará en condiciones de atisbar el panorama de incumplimiento general de los mismos dibujado por la acción de las empresas de trabajo temporal, las agencias de colocación y, peor aún, por aquellas otras cuya actividad principal es el tráfico de informaciones de trabajadores de otras empresas. Sobre esto, Rodríguez (2009).

248 Vid. Art. 11.1 LOPD

en cualquier caso en el que no acontezca alguna de las condiciones del art. 11.2 LOPD (*Vid. Infra*), entendiéndose “informado” el consentimiento cuando el interesado pueda conocer, a partir de la información recibida, la finalidad a la que se destinarán sus datos y la actividad desarrollada por el receptor de los mismos; la segunda condición implica la sujeción de cada comunicación al oportuno escrutinio, no ya de su simple avenencia, sino de su cualidad como requisito para el cumplimiento de los fines especificados²⁴⁹ y, finalmente, la tercera condición pasa por hacer constar a los interesados (afectados) al momento de efectuar la cesión: el hecho de la misma, la finalidad del fichero, la naturaleza de los datos cedidos y el nombre y dirección del cesionario²⁵⁰.

Entre las causas que eximen de recabar el consentimiento del trabajador a la hora de comunicar sus datos, se encuentran dos especialmente aplicables a la relación de trabajo: una, muy lógica, excluye la necesidad de consentimiento informado cuando la comunicación traiga causa de obligaciones jurídicas²⁵¹ y otra, de difícil interpretación, hace lo propio “cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros”²⁵². La exoneración en favor del responsable del fichero de este último supuesto, no debe entenderse presente siempre que medie un contrato de trabajo vigente, pues no abundan, *extra legem*, las ocasiones en que la comunicación de datos personales de los trabajadores se alce necesaria para el desarrollo de la relación laboral, el cumplimiento de los derechos y obligaciones de las partes o el control empresarial²⁵³.

249 Un buen ejemplo aquí es el de las comunicaciones entre la empresa y las Administraciones públicas en su actividad inspectora del cumplimiento de las obligaciones fiscales de los trabajadores. La comunicación deviene necesaria para la correcta concreción de la capacidad de pago de estos últimos, lo cual legitima su realización.

250 Art. 27 LOPD; se exime al responsable del fichero de esta comunicación cuando concurra alguno de los supuestos del apartado segundo del mismo artículo, al que remito.

251 El ejemplo de la comunicación en orden a la fiscalización pública del cumplimiento de las obligaciones fiscales de los trabajadores nos vuelve a servir en este punto. También queda incluida aquí la obligación empresarial de entregar copia básica del contrato de trabajo a la representación legal del trabajador en cuestión.

252 Art. 11.2 c) LOPD. Añádase que “en este caso la comunicación sólo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique”.

253 Figúrese, como supuesto paradigmático, alguna obligación en materia de prevención de riesgos laborales por la cual el empresario deba comunicar ciertos datos de sus empleados a alguna entidad que quiera encargarse de alguna/s de las medidas a tomar en tal campo.

El segundo requisito merece aclaración en lo que respecta al “cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario”. Como vemos, no se impide la cesión para fines diversos a los que motivaron la recogida de los datos, ni tampoco se exige coherencia entre los de uno y otro sujetos de la comunicación. La función legítima del empresario, manteniéndose en una posición sentada previamente, guarda, al igual que los fines referidos, estrecha relación con los poderes (y límites a éstos) que se le reconocen (fundamentalmente, los de dirección y control de la actividad desarrollada), y, por tanto, definiendo la idea de que, mientras se ejerzan justificadamente²⁵⁴ y sin exceso, se actuará en cumplimiento del requisito ahora examinado. Sobre el mismo, De Vicente (2002) entiende que no obsta a la cesión entre un antiguo empleador y otro futuro, esto es, que no se puede sostener que la comunicación en cuestión sea ajena a las funciones de alguno de los dos. Esta última afirmación no puede extenderse a la realidad consistente en la confección de “listas negras” abiertas a la consulta de los empresarios de un mismo sector de actividad, que comparten informaciones sobre trabajadores, actuales y antiguos, entre sí; pues ahora, los contenidos son accesibles a más individuos de los que tienen por fin la toma en consideración de la contratación de alguno de los sujetos cuyos datos forman parte de uno o varios ficheros compartidos.

Se puede extraer de todo lo expuesto que las vías de vulneración del derecho fundamental a la protección de datos derivadas de la comunicación de datos personales de los trabajadores son, principalmente, la comunicación sin consentimiento del trabajador, cuando sea preciso, y la comunicación en presencia de inexactitud e incompletud en la información proporcionada por el responsable del fichero acerca del destino dado a los datos personales transmitidos.

Cuando la comunicación se efectúa sin el consentimiento previo del interesado, se elimina la conexión entre este y los datos objeto de cesión, impidiéndose así el control

²⁵⁴Reaccionando ante alguna realidad que pueda afectar al buen fin empresarial, previniéndola o, simplemente, implementando procesos que sustituyan a los actuales, menos eficientes.

efectivo que, sobre los mismos, pudiera ejercer el trabajador frente a un cesionario que contará, por tanto, con un poder menos cuestionable de lo debido en relación al tratamiento de la información cedida. Todas las comunicaciones que, a su vez, efectúe quien haya recibido los datos del trabajador en estas circunstancias, reproducirán los problemas explicitados, agravándose cada vez más la vulneración del derecho fundamental a la protección de datos del interesado.

Cuando con base en las informaciones recibidas, el trabajador se allana a la cesión de sus datos por el responsable del fichero, confiando en que la finalidad de destino es alguna distinta de la efectiva, acontece que el consentimiento dado carece de valor al perder el atributo de “informado”. A pesar de que en este caso existe determinación de un nuevo sujeto frente al que ejercitar los derechos ARCO y no se pierde el rastro de los datos, se está haciendo partícipe al cesionario de unos contenidos que, ante información exacta o completa, quizás no hubieran accedido a su fichero. Por mucho que conserven vigor las facultades de control del interesado, desde el preciso instante de la comunicación existiría vulneración de su derecho fundamental a la protección de datos²⁵⁵.

6. Criterios de la AEPD sobre una selección de temas

A continuación se procede al estudio de las consideraciones de la AEPD sobre una selección de temas de relevancia para la protección de datos en la empresa. Los criterios que guían la selección son tanto materiales como cronológicos; materiales en tanto que el contenido de los informes escogidos es oportuno al discurso precedente (el derecho a la autodeterminación informativa de los trabajadores en la empresa) y reflejan cuestiones de interés general para las organizaciones productivas y cronológicos en tanto que se eligen, preferentemente, los informes emitidos entre el año 2008, cuando entro en vigor el Reglamento de desarrollo de la LOPD y se acabaron de sentar, por tanto, los estándares en la materia tratada, y la actualidad.

255 Y, según los datos comunicados, otros como el derecho al honor o la intimidad.

6.1.Videovigilancia

En su informe 0000-2001 la AEPD resolvió, sobre la posibilidad de considerar como datos personales²⁵⁶ las imágenes y sonidos captados por los sistemas de videovigilancia,y, además, sobre la aplicabilidad a los mismos de la normativa de protección de datos. Sobre el primer extremo, estableció que únicamente gozarían de tal consideración los signos que permitan la identificación de las personas implicadas en los mismos. Dado que parece innegable que, en el medio de trabajo, las imágenes captadas por los sistemas de videovigilancia dan lugar a la identificación de los afectados²⁵⁷ no es aceptable excluir su integración en la categoría de los datos personales protegidos por la LOPD, su normativa de desarrollo y la acción de la AEPD.

La Agencia, en un segundo considerando (o acotación si empleamos sus mismos términos), expresa que para la aplicación de la normativa protectora debe mediar, una vez afirmada la sustancia de “datos personales”, su incorporación a un fichero²⁵⁸. Por lo que respecta a esta acotación, la AEPD establece en el mismo informe que “siempre cabría tal identificación derivada de la mera constancia de las cintas grabadas, toda vez que el trabajador se encontraría en su lugar de actividad, siendo perfectamente posible encontrar las imágenes del mismo con el simple conocimiento de su horario”. Si la conservación de las imágenes se llevara a cabo en el modo descrito, devendrían aplicables la LOPD y sus desarrollos²⁵⁹. Es útil recordar ahora que la grabación en vídeo de imágenes no es la única forma de obtener y registrar imágenes sometible a la LOPD.

6.1.1 Legitimación para el tratamiento de datos de los trabajadores y deber de información.

Como la AEPD reconoce en su informe 0006/2009, la instrucción 1/2006 de la Agencia Española de Protección de Datos sobre el tratamiento de datos personales con fines de videovigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras obliga, en su

256 En la acepción dada por el art. 3 a) LOPD al término.

257 Pues, entre otras cosas, dan cuenta del centro de trabajo y los sujetos están presentes en el mismo con asiduidad.

258 En la acepción dada por el art. 3 b) LOPD al término.

259 Por aquel entonces la LORTAD (EL RLOPD entró en vigor en abril de 2008). Véanse sobre extremos como la legitimación o el deber de información, el resto del apartado dedicado a la videovigilancia.

art. 2, al cumplimiento de las previsiones de los arts. 6.1 y 6.2 de la LOPD²⁶⁰. Si bien el primero exige el “consentimiento inequívoco” de quienes puedan ser afectados por la instalación de videocámaras, el segundo, como se vio, excluye la necesidad de consentimiento cuando la videovigilancia resulte imprescindible para el adecuado desenvolvimiento de la relación laboral que liga al trabajador con la empresa.

La Agencia, en orden a detallar las condiciones en que el recurso a la videovigilancia es acorde con la normativa de protección de datos, remite al art. 20.3 ET en relación con la aproximación al mismo efectuada mediante la STC de 18 de junio de 2006, que impone el deber de hacer constar al trabajador las medidas tomadas al amparo de este último artículo. Se concluye que a pesar de que el art. 20.3 ET no legitima por sí sólo el tratamiento de las imágenes, este podrá tener lugar siempre y cuando se haya hecho partícipe al trabajador de la decisión de llevar a cabo este tipo de vigilancia²⁶¹²⁶². De todo lo dicho cabe destacar que no es contrario a la normativa proceder en el sentido descrito en ausencia de conformidad del afectado informado.

Las obligaciones en materia informativa del responsable del tratamiento considerado son las concitadas en el art. 5.1 LOPD. Al acometerse la medida en el ámbito laboral, estas obligaciones informativas se tienen respecto de los trabajadores individualmente considerados y, también, en formulación legal diferente, respecto de la representación de los trabajadores, a quienes el art. 64.1²⁶³ ET reconoce el derecho “a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores” y el art. 64.5 “el derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste 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

260 La LOPD, sus desarrollos y la instrucción 1/2006 conforman la normativa básica aplicable al tratamiento de datos mediante cámaras de videovigilancia (véase Informe 0314/2009 a este respecto). Cuando se concreta en la empresa habrá de estarse también a las normas laborales, principalmente al ET. El respeto a los derechos fundamentales se alza, como límite, en todos los ámbitos en que se implementen medidas de videovigilancia.

261 Los datos obtenidos de esta forma no podrán ser empleados para finalidad distinta (ex art. 4.2 LOPD)

262 Este mismo razonamiento en el Informe 0495/2009

263 Que se refiere, como el art. que sigue, expresamente al comité de empresa.

incentivos y valoración de puestos de trabajo.” Por su parte, para el concreto supuesto de la videovigilancia, el art. 3 de la instrucción antedicha expresa que, a fin de cumplir con el deber de información del art. 5 LOPD, los responsables del tratamiento deberán:

“a) Colocar, en las zonas videovigiladas, al menos un distintivo informativo ubicado en lugar suficientemente visible, tanto en espacios abiertos como cerrados y b) Tener a disposición de los/las interesados/as impresos en los que se detalle la información prevista en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 15/1999. El contenido y el diseño del distintivo informativo se ajustará a lo previsto en el Anexo de esta Instrucción.”

Cuando los equipos de videovigilancia instalados no graban imágenes sino que se limitan a su reproducción en tiempo real, la AEPD ha señalado, en su informe 0070/2010, que siguen siendo de obligado cumplimiento todos los extremos expuestos hasta ahora acerca del deber de información. La única excepción contenida en la instrucción 1/2006 a su propia aplicación respecto de sistemas de videovigilancia sin grabación, se encuentra en el art. 7.2, que niega la condición de fichero al “tratamiento consistente exclusivamente en la reproducción o emisión de imágenes en tiempo real” y, en consecuencia, exime de las obligaciones derivadas de la constitución de aquellos²⁶⁴.

6.1.2 Empresas de seguridad y videovigilancia

Siguiendo a la AEPD en su Informe 0360/2009, cuando los clientes de las empresas de seguridad que tengan autorizado acceso por control remoto a las imágenes sean otras empresas u órganos corporativos, aquellas tienen la obligación de formalizar un contrato que cumpla con las previsiones del art. 12 LOPD²⁶⁵, es decir, las empresas de seguridad son encargadas, y no responsables, del tratamiento. Sin embargo, en el supuesto de que el cliente de la empresa de seguridad con acceso a las imágenes sea una persona física y

264 Véase art. 7.1 de la instrucción 1/2006

265 Se trata de un contrato que “deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas”. Dicho contrato deberá contener las medidas de seguridad del art. 9 LOPD cuya implementación corresponda al encargado del tratamiento. (Todo ello ex art. 12.2 LOPD)

el sistema de videovigilancia se instale en su domicilio particular, la primera tendrá la consideración de responsable, y no encargada, del fichero destinado a su gestión²⁶⁶.

6.1.3 Conservación de las imágenes

Sobre el plazo durante el que pueden conservarse las imágenes captadas por los sistemas de videovigilancia, establece el artículo 6 de la instrucción 1/2006 que “Los datos serán cancelados en el plazo máximo de un mes desde su captación”. En relación a este precepto señala la AEPD en su Informe 0472/2009²⁶⁷ que guarda estrecha relación con el art. 4.5 LOPD²⁶⁸ y el art. 8.6²⁶⁹ del RLOPD. La cancelación de las imágenes, tal y como establece el art. 16.3 LOPD, implica, una vez haya transcurrido un mes desde su captación, el bloqueo de las mismas²⁷⁰ y, tras la extinción del plazo de prescripción de las responsabilidades que pudieran surgir por causa del tratamiento de datos considerado, la supresión de las imágenes.

Sobre la manera de llevar a cabo el bloqueo de las imágenes el informe 0472/2009 recupera el criterio sentado en un informe previo, de 5 de junio de 2007, que señalaba que “deberá efectuarse de forma tal que no sea posible el acceso a los datos por parte del personal que tuviera habitualmente tal acceso, por ejemplo, el personal que preste sus servicios en el centro consultante, limitándose el acceso a una persona con la máxima responsabilidad y en virtud de la existencia de un requerimiento judicial o administrativo a tal efecto. De este modo, pese a permanecer el tratamiento de los datos,

²⁶⁶ Sobre el razonamiento jurídico detrás de tales aseveraciones, de importancia relativamente menor en mi opinión, consúltese el informe recién referido.

²⁶⁷ Que, a su vez, acude a un Informe de 3 de julio de 2008

²⁶⁸ Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados.

²⁶⁹ Cuyo primer párrafo expresa que “los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados”. Por “cancelación” el RLOPD entiende el “procedimiento en virtud del cual el responsable cesa en el uso de los datos. La cancelación implicará el bloqueo de los datos, consistente en la identificación y reserva de los mismos con el fin de impedir su tratamiento excepto para su puesta a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento y sólo durante el plazo de prescripción de dichas responsabilidades. Transcurrido ese plazo deberá procederse a la supresión de los datos.” (art. 5.1 b) RLOPD).

²⁷⁰ La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de estas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión.

el acceso a los mismos quedaría enteramente restringido a las personas a las que se ha hecho referencia.”

Acerca de los plazos durante los cuales deben conservarse, a disposición de la Administración pública, de los Jueces y de los Tribunales, las imágenes bloqueadas la AEPD, conformándose con acompañar al legislador en su remisión a amplios segmentos del Ordenamiento jurídico, expresa que no es posible establecer una enumeración taxativa que zanje de una vez por todas la incertidumbre existente en la materia. En mi opinión, la comodidad del legislador a la hora de fijar *ex lege*²⁷¹ el plazo durante el que las imágenes bloqueadas deben ser conservadas supone la traslación de una carga inasequible para la empresa relativa a la interpretación de tal extremo. La principal consecuencia de este déficit de concreción legal, obviando las merecidas críticas por su más que posible ataque a la seguridad jurídica, será la tendencia empresarial a mantener por más tiempo del debido las imágenes captadas; ello en evitación de las posibles responsabilidades derivadas de la imposibilidad de ponerlas a disposición de las autoridades con derecho a recibirlas. El comportamiento del responsable del tratamiento así descrito, totalmente racional por otra parte, no se aviene bien con el derecho a la protección de datos de los afectados por el sistema de videovigilancia, pues, aunque bloqueados, espolea la conservación de imágenes sin finalidad alguna.

6.1.4 Ley ómnibus y videovigilancia

La AEPD en su informe 0650/2009 tiene ocasión de analizar el impacto de la ley ómnibus, Ley 25/2009²⁷², sobre la videovigilancia. Concluye que la reforma singular operada por su art. 14 sobre la Ley de seguridad privada vigente al tiempo de emitirse el informe, ley 23/1992, derogada por la reciente Ley 5/2014, faculta a cualquier particular o empresa cuya actividad no sea la propia de una empresa de seguridad a la venta, entrega, instalación y mantenimiento de equipos técnicos de seguridad sin necesidad de estarse a las previsiones de la última Ley mencionada, de aplicación hasta la entrada en

271 Vid. Art. 5.1 b) RLOPD (reproducido *supra*).

272 Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

vigor de la ley ómnibus. Si los equipos en cuestión se conectaran a una central de alarma, será necesario seguir cumpliendo con los requisitos que la Ley de seguridad privada y su Reglamento establecen²⁷³.

Al permitir la realización de actividades como la instalación y el mantenimiento de equipos de videovigilancia por parte de empresas distintas de las de seguridad privada la ley legitima a los adquirentes de dichos equipos, según la AEPD, para efectuar, sin contravención de la normativa en la materia, el tratamiento de los datos personales que se obtengan por causa del funcionamiento de los mismos sin recabar auxilio alguno de empresas de seguridad privada. Dicho tratamiento no requiere, ex art. 11.2 a) LOPD y 10.2 a) RLOPD, obtención del consentimiento de los afectados por la medida de vigilancia, pero está sometido al cumplimiento de la normativa básica sobre videovigilancia (*Vid. Supra*).

6.2. Datos especialmente protegidos

6.2.1 Prevención de riesgos laborales y tratamiento de datos del trabajador

La AEPD en su informe 0648/2008 establece la forma en que deben conciliarse las obligaciones para con los trabajadores dimanadas de la normativa de protección de datos con las propias de la dedicada a la prevención de riesgos laborales²⁷⁴, cuando el agente se aviene a someterse a alguna de las medidas de vigilancia de la salud contempladas por el art. 22.1 de esta última normativa puestas a disposición por la empresa pero no presta su consentimiento al tratamiento de los datos derivados de aquéllas.

No sin antes reparar en los preceptos destinados a la regulación de la recogida y el tratamiento de datos especialmente protegidos²⁷⁵, la Agencia establece, en primer lugar, que cuando las medidas de vigilancia de la salud se lleven a cabo en un servicio de

²⁷³Esto es, que el dispositivo sea contratado, instalado y mantenido por una empresa de seguridad privada autorizada por el Ministerio del Interior y que el contrato sea notificado a dicho Departamento.

²⁷⁴Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (desde ahora LPRL).

²⁷⁵Así el art. 7.3 LOPD (“Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente”) y los apartados del mismo artículo que establecen excepciones al mismo o lo matizan.

prevención propio, el acceso a los datos personales cuya utilidad no trascienda de la mera identificación del trabajador por parte del servicio, quedaría regido por el art. 6.2 LOPD, que, recordemos, exime de la obtención del consentimiento del interesado. El empresario tiene la obligación de comunicar a los trabajadores la posibilidad de someterse a las medidas de vigilancia de la salud implementadas por la organización y, por regla general, su práctica requiere del consentimiento del afectado²⁷⁶. Por todo lo dicho, el servicio de prevención está facultado para acceder a la relación nominal de trabajadores de la empresa, ya que, de otra manera, se les impediría disfrutar de los derechos que en el ámbito del reconocimiento médico reconozca la normativa de prevención de riesgos laborales.

Están legitimados para el acceso y el tratamiento²⁷⁷ de los datos decantados de los análisis, pruebas y demás concreciones de la vigilancia de la salud, aún en ausencia de consentimiento de los pacientes, el personal médico que haya intervenido en su realización; quien podrá, asimismo, proceder a su comunicación a las autoridades sanitarias. La comunicación a cualquier sujeto de naturaleza diferente o el acceso a los datos por parte de personal no médico del servicio de prevención requiere, en todo caso, del consentimiento expreso del trabajador. Finalmente, el empresario que haya puesto las medidas de vigilancia a disposición del trabajador podrá conocer y tratar, siempre que no haya sido autorizado por el trabajador para hacer lo propio con otros, únicamente el/los dato/s clave para comprobar la adecuación entre las condiciones y las aptitudes del agente y el puesto de trabajo ocupado²⁷⁸.

276 No obstante, tras afirmar la necesidad del consentimiento del afecto por las medidas de vigilancia de la salud, el párrafo segundo del art. 22.1 LPRL expresa que “De este carácter voluntario (referido a la sumisión a los reconocimientos médicos) sólo se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores, los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad”.

277 Acerca del tratamiento que se dé a los datos derivados de las medidas de vigilancia de la salud deberá ser informado, en los términos del art. 5 LOPD, el trabajador; lo que no debe suponer, a estas alturas, novedad alguna. La información otorgada al trabajador debería conservarse, según expresaba la Agencia en el informe que se estudia, en forma acorde al art. 18.1 RLOPD, pero resulta que este artículo fue objeto de anulación por las SSTS (Sala 3.ª, Sección 6.ª) de 15 julio de 2010; Recursos 23 y 25/2008 («B.O.E.» 26 octubre).

278 Véase a este respecto art. 22.4 LRPL. Añádase además el contenido del art. 22.2 LRPL, según el cual

En conclusión, el único consentimiento requerido por designio legal es el que debe prestar el trabajador sobre cuya persona se vayan a acometer los reconocimientos médicos; no siendo necesaria la expresión de consentimiento alguno por cuanto respecto al acceso y al tratamiento de los datos obtenidos que, de conformidad con lo hasta aquí afirmado, realicen el empresario (alcance limitado a los datos que incumban, en los términos fijados, a la deuda laboral) y el personal médico del servicio de prevención propio de la empresa (alcance global).

6.2.2 tests psicotécnicos y de personalidad y salud de los trabajadores.

La AEPD en su informe 0445/2009²⁷⁹ expresa que los datos obtenidos tras el sometimiento de individuos a “evaluaciones psicotécnicas de actitudes, características de personalidad y preferencias profesionales” son datos psicológicos y, por tanto, de acuerdo con el art. 5.1 g) RLOPD, datos de salud. En consecuencia, respecto de los datos así obtenidos, resultan aplicable, en paridad de condiciones, cuantos preceptos se dediquen específicamente a la regulación de la salud.

Habida cuenta de la naturaleza de los datos objeto de recogida y tratamiento, en el supuesto examinado defiende la aplicación analógica de los criterios sentados por la AEPD en el informe 0648/2008. En orden a ello, entiendo que cuando los test sean realizados por los servicios propios de la empresa la necesidad de consentimiento del trabajador operará únicamente con ocasión de la aceptación del sometimiento a las pruebas o análisis que ofrezca la empresa. El personal ocupado en la realización de los mismos, podrá acceder y tratar los datos de ellos derivados aun sin el consentimiento del trabajador y el empresario hará lo propio tan solo respecto de los datos de personalidad o actitud²⁸⁰ clave para inferir la adecuación entre las características del

“Las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud”.

279 Estudia el caso del sometimiento de alumnos de un centro educativo a los test y evaluaciones mencionados realizados por una empresa contratada por aquél pero, como se verá, defiende la posibilidad de extender los extremos que sienta la Agencia a la relación laboral.

280 No obstante, parece menos clara que en el caso de las aptitudes estudiado *supra*, la posibilidad de asociar a actitudes o características de la personalidad la previsión de un mejor desempeño de las actividades propias del puesto de trabajo.

trabajador y sus cometidos en la empresa.

6.3. Supervisión del uso del correo electrónico corporativo y la navegación por internet con fines personales por parte del trabajador.

La AEPD en su informe 0464/2013 estudia la compatibilidad entre el control empresarial y la autodeterminación informativa respecto de los datos personales de los trabajadores derivados del uso de internet o del correo electrónico corporativo. En primer lugar, reconoce que uno de los criterios, si no el fundamental, seguidos por los Tribunales para determinar la procedencia de las actuaciones inspectoras es la existencia de informaciones previas, dadas al trabajador, sobre el alcance de las posibilidades de uso y de advertencias relativas a la factibilidad del control empresarial y las medidas a utilizar²⁸¹.

La sentencia que mayor atención recibe por la Agencia en el informe antedicho es la STSs, de 26 de septiembre de 2007 y, más allá de la fundamentación legal, el fragmento destacado reza así: “lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios –con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales– e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones”. Empleado el medio a disposición del trabajador en contravención de las indicaciones ofrecidas por la empresa y realizado el control dentro de los límites advertidos, deberá descartarse cualquier pretendida vulneración del derecho a la protección de datos por causa de dicho control. En una línea similar, la STC 170/2013, de la que también se vale la AEPD, establece que el trabajador no puede tener expectativa fundada y razonable de confidencialidad respecto de la utilización personal

²⁸¹ El carácter fundamental de la información dirigida al trabajador en estos supuestos ya se encontraba presente en la Guía de la Agencia de protección de datos sobre “la protección de datos en las relaciones laborales” p.28 (acerca de la información sobre las posibilidades de control y su alcance) y en el informe jurídico 0391-2007 de la AEPD (acerca de los medidas de control utilizables por la empresa).

que haga del correo electrónico y de la navegación por internet cuando la misma está plenamente vetada de forma expresa y conocida (o, al menos, conocible). Por extensión, apunto, tampoco cabrá expectativa del tipo mencionado sobre los datos derivados de aquella utilización que exceda de la expresamente permitida por el empresario.

En todo caso, si se quieren hacer valer en el futuro, las advertencias e informaciones dirigidas al trabajador en el ámbito estudiado, deberán poder acreditarse en vía judicial. A tal fin, en el informe se consideran operativas la constancia de las informaciones sobre la navegación y el uso del correo privados en un anexo al contrato de trabajo firmado por el agente e, igualmente, sin mayor concreción, la “aportación de otros indicios que coadyuvaran a entender cumplido este requisito”²⁸².

6.4 Cesión de datos de los trabajadores

6.4.1 Acceso por empresa principal a datos de seguridad social de los trabajadores de una subcontrata

La AEPD en su informe 0223/2009 trata de resolver sobre la adecuación entre este supuesto y la normativa de protección de datos, parando mientes en su anterior informe de 16 de septiembre de 2009²⁸³, según el cual “la transmisión así planteada implica la existencia de una cesión o comunicación de datos de carácter personal, definida por el artículo 3 i) de la Ley Orgánica 15/1999 como “Toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado””.

El discurso del último informe mencionado gravita alrededor de las obligaciones del empresario principal para con los trabajadores de la subcontrata y las facultades de acceso a las informaciones de los mismos con las que tales obligaciones están correlacionadas. Así, estando sujeto, por el art. 42.2 ET, el empresario principal a obligaciones de naturaleza salarial y de seguridad social respecto de esos trabajadores y

²⁸² Que el resto del personal laboral, o parte del mismo, afirme haber recibido las instrucciones referidas puede ser, entiendo, indicio suficiente. Sea como fuere, no se puede negar la virtualidad probatoria óptima del documento firmado por el afectado.

²⁸³ Mediante el cual trataba de dirimirse la avenencia entre el derecho a la protección de datos de los trabajadores y la comunicación del TC2, documento oficial, determinado por la Tesorería General de la Seguridad Social, para la recaudación de las cuotas de cotización, y las nóminas de los mismos a la empresa principal.

eximiendo el art. 10.2 a) RLOPD de la obtención del consentimiento de los interesados para el tratamiento o la cesión de datos que “ sean necesarios para que el responsable del tratamiento cumpla un deber que le imponga una de dichas normas (en referencia a, entre otras, normas con rango de ley)” no existe, conviene la Agencia, contravención de la normativa protectora.

Mientras que la cesión de datos de salud de los trabajadores posiblemente contenidos en los documentos transmitidos al empresario principal, *e. gr.* en el TC2, quedan amparados por el art. 7.3 LOPD en conjunción con el art. 42.2 ET, la cesión de datos de afiliación sindical posiblemente contenidos en otros documentos, como las nóminas, es legitimada, supuesta su realización para los mismos fines que guían al cedente (así la deducción de la cuota sindical), por el art. 7.2²⁸⁴ en conjunción con el art. 4.2²⁸⁵, ambos de la LOPD, y la obligación impuesta por el artículo del ET referido.

6.4.2 Cesión de datos a la Agencia Tributaria

La AEPD, que se ocupa de este supuesto en su informe 0316/2009, estima cohonorable con la normativa de protección de datos la comunicación por parte de la empresa de los datos de sus trabajadores solicitados por dicha Administración, siempre que éstos revistan trascendencia tributaria y aquella sea necesaria para el ejercicio de las potestades que el Ordenamiento le arroga, esto es, si, y solo si, son “adecuados, pertinentes y no excesivos” en relación con el ejercicio de las potestades tributarias. Ello deriva de la interacción entre el deber de colaboración con la Agencia Tributaria contenido en diversos preceptos de la Ley General Tributaria²⁸⁶ y el art. 11.2 a) LOPD²⁸⁷.

6.4.3 Comunicación en internet de los datos de los trabajadores

el Informe 0039/2010 de la AEPD que responde a una consulta que “plantea si es posible la publicación en la página web de la consultante de datos personales de sus

284 Dentro del art. dedicado a los datos especialmente protegidos.

285 “los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos”

286 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; concretamente arts. 93.1

287 Que, recordemos, exige de obtener consentimiento para la cesión cuando esté autorizada en una ley

empleados, así como la evaluación que emitan los clientes sobre la prestación del servicio realizada por aquellos, así como su difusión por estos clientes en redes sociales”, en relación con lo dispuesto en la LOPD y sus desarrollos. Finalmente, se plantea también si es posible incumplir alguno los requisitos exigidos, por dichas normas, respecto del consentimiento²⁸⁸. Entre las consideraciones de la AEPD a lo largo del informe mencionado, destaco, aprovechando al tiempo para reiterar ideas fundamentales, las siguientes:

- El empresario se encuentra legitimado para el tratamiento de los datos personales relativos a sus agentes siempre que se realice en el ámbito de su actividad y para el correcto desenvolvimiento de la relación de trabajo (*ex art. 6.2 LOPD*).
- El tratamiento debe respetar los principios informadores de la protección de datos personales presentes en el art. 4 de la LOPD²⁸⁹. Por su escasa conexión con estos, la Agencia establece que los datos referidos a los gustos o las aficiones “parecen (...) innecesarios o no proporcionados para el fin de mantenimiento y gestión de la relación laboral, por cuanto, el conjunto de derechos y obligaciones dimanantes de la misma para ambas partes, no necesita tal intromisión en la esfera privada del trabajador”.
- La difusión de los datos personales referidos, por medio de su publicación en la página web, requiere, conforme al art. 11.1 de la LOPD, que su finalidad tenga que ver con “el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario” y que se cuente con el consentimiento previo del interesado.

²⁸⁸Se aclara más tarde, en el mismo informe, que los datos que contendría la comunicación son los propios de identificación de los trabajadores, la fotografía, el perfil profesional y datos sobre sus aficiones.

²⁸⁹Son especialmente relevantes las exigencias de pertinencia, adecuación y proporcionalidad de su recogida y tratamiento; igualmente deviene exigible la compatibilidad entre las finalidades de su uso y recepción

- El consentimiento para la comunicación de los datos²⁹⁰ debe ser, conforme a la definición auténtica aportada por el art. 3. h) LOPD, “libre, inequívoco, específico e informado”. La AEPD se ha encargado de la concreción del contenido de cada una de las características, acomodándolo en todo caso a los criterios sentados por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en sus diversas recomendaciones sobre la materia:

El consentimiento prestado es “libre” cuando no adolece de vicio del consentimiento alguno, en su formulación genérica del Derecho privado, para las declaraciones de voluntad; es “inequívoco” cuando media expresión de la acción u omisión que suponga su existencia ; es “específico” cuando se presta para un tratamiento concreto o una serie de los mismos en el ámbito de las finalidades descritas del legitimado al tratamiento (ex arts. 4.1 y 4.2 LOPD) y es “informado” cuando el interesado conoce la actividad de quien se alce como cesionario de los datos y la finalidad a la que se destinará la información objeto de cesión. Finalmente, cabe destacar que el consentimiento al que nos venimos refiriendo es, según el art. 11.4 LOPD, revocable en cualquier momento.

El consentimiento sobre la cesión de algún dato o grupo de datos al que le falte alguna de las notas señaladas, no ampara la realización de la comunicación. Si está sometido a condición o es prestado en evitación de medidas disciplinarias carece de la nota de “libertad” y deviene, por tanto, ineficaz. Cuando los datos se hayan extraído de evaluaciones o juicios subjetivos resultará inexcusable la transparencia en su tratamiento y el respeto de los derechos de acceso en favor de los interesados.

²⁹⁰Cuyo tratamiento sólo cabe en el ámbito de las finalidades determinadas, específicas y legítimas que obran, igualmente, en el momento de la recabación y en forma alguna fuera de aquél (Véase art. 4.2 en relación con el 4.1 LOPD)

6.4.4 Comunicación a terceros del correo electrónico de los trabajadores por parte de la empresa.

La AEPD en su informe 0437/2010 trata, fundamentalmente, la consideración del correo electrónico puesto a disposición de los trabajadores como dato personal y la posibilidad de cederlos a los delegados sindicales a fin de que remitan información sindical²⁹¹.

Por lo que respecta a la primera cuestión la Agencia concluye que, tanto si la dirección de correo electrónico contiene información concerniente al titular (nombre, apellidos...) como si no, por las posibilidades de desentrañar datos de aquel mediante la consulta del servidor en que se gestione el dominio al que aparece referenciado el correo electrónico corporativo, este es un dato de carácter personal.

En relación a la adecuación a la cesión de datos referida, la Agencia hace propios los criterios del TC en sentencia 281/2005, según la cual el desarrollo del derecho fundamental a la libertad sindical del art. 28.1 CE acometido por la LO 11/1985²⁹², no contiene todas las posibilidades en lo que concierne a la difusión de la información sindical sino que, en un contexto de empleo generalizado de las TIC, no pueden negarse otras, como la disposición del correo electrónico corporativo empleado por los trabajadores, desconocidas por dicho desarrollo. En conclusión, el art. 11.2 LOPD, en conjunción con el art. 28.1 CE, ampara la cesión de datos analizada.

La AEPD, en su labor tuitiva de la libertad informática del individuo y en aprovechamiento de las posibilidades ofrecidas por las modernas herramientas tecnológicas, propone medidas alternativas a la comunicación del correo electrónico corporativo para la transmisión de información sindical a los trabajadores. Concretamente, alude a la implementación de las “listas de distribución”, que pueden funcionar mediante el envío de e-mails con información a una dirección genérica u organizacional y evitan, de este modo, el acceso a dato personal alguno por el remitente. Las obligaciones de la LOPD recaerán, en este supuesto, sobre el sujeto que gestione las

²⁹¹ A tales fines se apoya en sus informes de 15 noviembre de 2005 y de 28 de mayo de 2008, respectivamente.

²⁹² Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

listas, es decir, sobre quien realice el tratamiento de datos.

6.5 Deber de información

6.5.1 Información sobre el tratamiento de datos de los trabajadores. Modo de acreditarlo

La AEPD trata el tema presentado en su informe 0325/2009. Tras afirmar las obligaciones al respecto derivadas del art. 5 LOPD y hacer referencia al art. 18 del RLOPD²⁹³ y a diversa jurisprudencia, establece que el deber de información recae sobre quien proceda al tratamiento de los datos.

La acreditación del cumplimiento del deber estudiado, establece la Agencia, puede llevarse a cabo mediante la aportación del documento firmado por el trabajador en el que se deje constancia de ello; pero, además, surten efectos similares “los indicios que de forma inequívoca permitan fundar que el interesado hubo de ser informado acerca del tratamiento de los datos de carácter personal”²⁹⁴. No obstante, el primero de los medios, incluso en su forma digitalizada, cumple mejor la función acreditadora, pues es difícilmente atacable por el afectado²⁹⁵.

La incorporación al contrato de trabajo del art. 5 LOPD es también una forma válida de cumplir el deber de información. Ahora bien, los mismos efectos serían producidos por la presentación de un documento separado con el mismo contenido que haya sido

293 “El deber de información al que se refiere el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, deberá llevarse a cabo a través de un medio que permita acreditar su cumplimiento, debiendo conservarse mientras persista el tratamiento de los datos del afectado”.

294 Ejemplos ofrecidos por la AEPD son: adjuntar la información en la nómina, o en un documento como anexo al contrato de trabajo, enviar un e-mail de respuesta a los empleados, o proceder a la notificación por correo certificado o a través de la Intranet de la empresa. No se descarta la posibilidad de efectuar la información a través del tablón de anuncios de la empresa seguro, accesible y visible con facilidad por los afectados. En suma “La Agencia de Protección de Datos se ha pronunciado respecto de la libertad de forma, admitiendo la información facilitada mediante un cartel anunciador, que reúna los requisitos de ubicación y formato que garanticen su conocimiento por parte de los interesados”.

295 Por este motivo, el artículo 18.2 del Reglamento, en aras de garantizar el principio de seguridad jurídica, consagra que “el responsable del fichero o tratamiento deberá conservar el soporte en el que conste el cumplimiento del deber de informar. Para el almacenamiento de los soportes, el responsable del fichero o tratamiento podrá utilizar medios informáticos o telemáticos. En particular, podrá proceder al escaneado de la documentación en soporte papel, siempre y cuando se garantice que en dicha automatización no ha mediado alteración alguna de los soportes originales”.

firmado por el trabajador. En relación a la posibilidad de que los trabajadores muestren su negativa a firmar alguna cláusula del contrato de trabajo en la que se dé cumplimiento al deber de información, la Agencia expresa que “este podrá instrumentarse en posteriores comunicaciones que la empresa tenga con sus trabajadores”. Téngase en cuenta que “en la medida en que la relación laboral que justifica el tratamiento sin consentimiento de los datos, es dinámica y se prolonga en el tiempo, siempre que se vayan a tratar datos con una nueva finalidad o surjan nuevos tratamientos, será preciso cumplir previamente con este deber de información”.

Sobre el documento que sirva de vehículo a la información, establece la AEPD que a) deber contener todos los extremos del art. 5 LOPD b) no debe llevar por título “Autorización” sino otro más fiel a la realidad, como por ejemplo “Información sobre el tratamiento de datos personales de empleados”, c) si bien deben citarse en el documento los tratamientos y las cesiones previstas de los datos personales recabados, no es necesario aludir a las normas que facultan a la empresa a realizarlos ni, en general, incluir otros datos que los específicamente requeridos por el artículo 5 de la LOPD, ya que ello, entiende la Agencia, “puede generar en los trabajadores afectados equívocos o desconfianza a la hora de firmar la recepción del documento” d) cuando no opera presunción de conformidad respecto de la obtención de los datos del trabajador, antecede al deber de información la solicitud de consentimiento. En este caso el responsable del tratamiento está obligado a permitir la opción del trabajador de negarse al tratamiento o la comunicación (véase art. 15 RLOPD)²⁹⁶.

6.5.2 Acreditación del cumplimiento del deber de información

La AEPD en su informe 0361/2010 estudia si resulta suficiente y adecuado, según la normativa de protección de datos, la conservación de los documentos que prueban el cumplimiento del deber de información, así como la obtención del consentimiento del interesado, mediante su escaneo, sustituyendo los documentos físicos por un soporte

²⁹⁶ El segundo párrafo del art. expresa que “en particular, se entenderá cumplido tal deber cuando se permita al afectado la marcación de una casilla claramente visible y que no se encuentre ya marcada en el documento que se le entregue para la celebración del contrato o se establezca un procedimiento equivalente que le permita manifestar su negativa al tratamiento”.

informático. Además se plantea qué medidas debe adoptar el responsable del fichero para garantizar que no se produce una alteración de los documentos en caso de encargar a un tercero el escaneado de la documentación y la destrucción de los documentos en papel.

La Agencia establece que “rige el principio de libertad de forma, tanto para la prueba de la obtención del consentimiento del interesado, como para la acreditación del cumplimiento del deber de información al mismo. Por tanto, el escaneado de los documentos acreditativos del cumplimiento del deber de información es un medio válido y apropiado de prueba. No obstante, sigue la AEPD, “si se procede a la sustitución de los documentos originales en papel por un soporte informático, será preciso acreditar, en su caso, que en el proceso de automatización aquéllos no han sido alterados”²⁹⁷.

A la segunda cuestión formulada, la Agencia responde que la relación entre el responsable y el encargado del tratamiento ha de ajustarse al art. 12 LOPD. En este sentido, “es preciso que el acceso a los datos por el tercero se efectúe con la exclusiva finalidad de prestar un servicio al responsable del fichero” y la relación que una a ambos debe tener naturaleza contractual²⁹⁸. Por otra parte, en el contrato formalizado a tal fin deben constar las medidas de seguridad²⁹⁹ concretas a implementar por quien lleve a cabo el tratamiento de datos por cuenta de terceros, que no difieren de las impuestas al responsable del fichero.

Por obra del art. 20 RLOPD el responsable del fichero o del tratamiento tiene un poder de supervisión sobre la actuación del encargado del tratamiento, que se traduce, según la Agencia, en que el primero, “además de exigir las garantías que considere oportunas al encargado del tratamiento con carácter previo a la celebración del contrato, estará legitimado para realizar controles durante el período de vigencia del mismo para verificar el cumplimiento de las medidas de seguridad establecidas y adoptar las

297 En este sentido art. 9 LOPD.

298 Art.s 12.1 y 12.2 LOPD respectivamente.

299 Sobre las medidas de seguridad *vid. Supra*.

medidas correctoras oportunas”.

Finalmente, la Agencia establece que a la relación entre el responsable del fichero o del tratamiento y el encargado del mismo resulta plenamente aplicable el art. 12. 3 LOPD, extremo que debe incluirse en el contrato entre ambos, según el cual “una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento”. El incumplimiento de esta previsión llevará asociada la consecuencia del art. 12.4 LOPD, según el cual “en el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado también responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente”.

6.5.3 Cumplimiento del deber de información mediante cartel informativo

La AEPD en su informe 0029/2011 responde a una consulta en la cual se planteaba la posible conformidad con la normativa de protección de datos del cumplimiento del deber de información acerca del tratamiento de datos mediante la colocación de un cartel en el establecimiento.

La respuesta dada por la Agencia es clara: existe libertad de forma para dar cumplimiento al deber en cuestión, admitiéndose “la información facilitada mediante un cartel anunciador, que reúna los requisitos de ubicación y formato que garanticen su conocimiento por parte de los interesados”. En resumen, el cartel debe reunir los requisitos exigidos en el número 1 del art. 5 LOPD, estar en lugar visible para los interesados y ser legible.

No obstante lo anteriormente indicado, téngase en cuenta que, en todo caso, corresponde al responsable del fichero probar el cumplimiento de sus deberes en materia informativa; cumplimiento que podrá ser acreditado por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, según expresa la STS de 15 de julio de 2010.

CONCLUSIONES

El presente trabajo fin de máster ha ofrecido un estudio actualizado sobre determinados elementos llamados a integrar una teoría específica de los derechos humanos de los trabajadores en la empresa, a la que la doctrina científica no ha prestado suficiente atención hasta el momento, para después hacer lo propio respecto de las consecuencias de la introducción de las TIC en el proceso productivo sobre los derechos humanos de los trabajadores y, especialmente, sobre el derecho a la autodeterminación informativa. La exposición ha ido de lo general a lo particular: los capítulos I y II sirven a cualquier construcción teórica sobre los derechos humanos; los capítulos III y IV deben constar en cualquier construcción teórica sobre los derechos humanos en la empresa; los capítulos V y VI tienen valor dentro de una construcción teórica de los derechos humanos de los trabajadores en la empresa y, finalmente, los capítulos VII y VIII, desarrollan la relación entre las TIC y los derechos humanos de los trabajadores (primero de forma general y luego poniendo el acento en un concreto derecho) en la organización productiva.

A partir de los objetivos marcados en el presente trabajo es posible extraer una serie de conclusiones muy generales; confiando en que el lector sea capaz de superarlas y ampliarlas una vez haya llegado a este punto.

Comienzo haciendo constar la complejidad inmanente a la relación que une a la empresa con los derechos humanos (y fundamentales), exigencias de la propia humanidad de cada individuo que se traducen en poderes o facultades de actuación o abstención y, más concretamente, con los derechos humanos de los trabajadores. Empresa y derechos humanos interaccionan constantemente, pudiendo la primera optar entre desatenderlos, so pena de incurrir en sanciones de diversa naturaleza, avenirse a sus postulados o mejorarlos. Cabe apuntar que la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos no equivale a cumplir el Ordenamiento jurídico del lugar en el que operan; siendo posible la vulneración de alguno de los derechos sin mediación de infracción alguna.

El fundamento más consistente en la actualidad para la categoría de los derechos

humanos de los trabajadores, no es otro que el de su dignidad individual, que decae ante hechos o comportamientos capaces de influir en, entre otros aspectos, el autorespeto del agente; de aquí la conveniencia de estructurar las relaciones sociales y económicas de manera que se impidan semejantes actuaciones. En el estado de naturaleza, lógicamente, estas tendrían como sujeto pasivo a los individuos más débiles de cada relación.

Partiendo de tales consideraciones, no extraña que los derechos humanos, atributos esenciales de la dignidad, hayan acabado por acceder a las relaciones entre particulares y, consecuentemente, a las laborales, en las que una de las partes de la relación tiene un poder relativamente mayor que el de la otra y, por ello, son objeto de cierta nivelación tras el advenimiento del Estado social y, con él, de la igualdad material y promocional. El proceso por el cual los derechos humanos cobran eficacia horizontal, nace en contextos en los que tal figura goza de promoción y defensa institucional, involucrando a todos los poderes públicos, y, tras su consolidación allí, se extiende a los Estados con estándares débiles en la materia; siendo en este último estadio cuando la empresa, reflejando el precedente sentado y preocupada por su imagen, adquiere protagonismo como “motor” de los derechos humanos. La importancia de todo esto, en el actual escenario de la globalización y en consideración de las posibilidades de fiscalización de la actividad empresarial que ofrecen las TIC, es más que evidente.

Prandi y Lozano (2009) sostienen que, más que una amenaza para sus resultados, las empresas encuentran una oportunidad, en forma de posibilidades de creación de una ventaja competitiva, en la gestión del intangible que nos ocupa. A tal fin, el modelo que cuenta con mayor proyección es el establecido por los Principios Rectores sobre la empresa y los derechos humanos para la puesta en práctica del marco de Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, que hace pivotar la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos sobre los siguientes elementos: a) un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos, expresamente formulado a modo de declaración política, b) un proceso de diligencia debida para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos y c) unos procesos que permitan reparar todas las

consecuencias negativas sobre estos que se hayan provocado o contribuido a provocar.

Respecto de los trabajadores, la empresa comprometida con el respeto a los derechos humanos debe evitar el menoscabo de derechos de dos tipos: los propiamente laborales, esto es, aquellos derechos cuyos titulares son personas en cuanto trabajadores, y los derechos integrantes de la ciudadanía en la empresa, cuyos titulares son los trabajadores en cuanto personas. Mientras que los contornos del primer tipo están bastante bien definidos (huelga, sindicación...), los del segundo han venido experimentando, en respuesta a las cambiantes circunstancias sociales, técnicas y económicas del entorno, modificaciones sustanciales en las últimas décadas, conformando una categoría aun en proceso de evolución.

Si bien los derechos humanos (y fundamentales) establecen límites impensables en el pasado a la actuación empresarial, el objetivo tendente al “copamiento total de los espacios de autonomía del trabajador como medio de optimización del rendimiento productivo de los factores contratados por el propietario” (Ugarte, 2011:20), no ha variado, sino que, únicamente, se han sofisticado y “aligerado” los medios empleados para alcanzarlo; a saber: el control tecnológico y el reforzamiento de los denominados “valores culturales empresariales”. A la aplicación de las TIC al proceso productivo, (que deriva en el primero de los medios antedichos y, además, favorece la consecución de altas cotas de productividad y eficiencia), a las áreas de influencia de aquellas en la empresa y, concretamente, a sus efectos sobre los derechos de los trabajadores, se ha dedicado el último bloque de este trabajo.

Las repercusiones de la incorporación de las TIC en la empresa se manifiestan tanto en las condiciones en las que el trabajador presta sus servicios, como en los poderes del principal de la relación. Respecto de los primeros, la retribución, las exigencias formativas o el tiempo de trabajo, son ámbitos que han sufrido un proceso de transformación que ha beneficiado a unos y perjudicado a otros; lejos de pretender el mantenimiento del *statu quo*, se ha planteado la existencia de fórmulas, algunas de las cuales son articulables por la empresa, para lograr cierto equilibrio entre los intereses de

esta y los de su personal. Lo mismo podría decirse del segundo extremo, que se traduce, principalmente, en unas mayores y más intensas posibilidades de fiscalización de la actividad del agente y, en consecuencia, en una más grave incidencia sobre la esfera privada del trabajador de las extralimitaciones empresariales.

La esfera privada a la que se aludió, encuentra protección en figuras como la del derecho al honor, a la intimidad o el derecho a la protección de datos, cada uno de los cuales cuenta con sustantividad propia. Del último de ellos, objeto de las mayores atenciones en este trabajo, se ha dicho que tiene “como principal amenaza (...) el abuso de la técnica informática desarrollado por las empresas en el juego de la actual economía de mercado” (Tascón, 2005: 61); materializándose la problemática en la materia en “la contraposición entre el derecho del empresario a optimizar las posibilidades que le ofrecen las nuevas tecnologías, incluida la gestión de su personal y la “privacidad”, entendida en esta ocasión en el sentido de la *privacy* anglosajona, como un ámbito más amplio que el de la estricta intimidad y que comprende también todas las informaciones que el sujeto desea mantener libre de invasión o que solo sean conocidas por determinadas personas” (San Martín, 2014: 210).

El excesivo casuismo inherente al derecho a la protección de datos dentro de la relación laboral, imposibilita la concreción de un catálogo de respuestas *ex ante* a cualquier conflicto que pueda surgir durante su vigencia y está detrás de la situación de incumplimiento generalizado que se describió en su momento. Sin embargo, ello no ha obstado a la confección de una guía destinada a la adecuación entre la actuación empresarial y el derecho en cuestión; guía que pretende, de un lado, paliar una de las principales causas de dicho incumplimiento: la complejidad asociada a los comportamientos *secundum legem* y, de otro, concienciar acerca del valor de respetar el derecho a la protección de datos en la empresa, muy superior a los costes de hacerlo.

Finalmente, dadas las lagunas en la regulación y la insuficiencia de los pronunciamientos judiciales en materia de protección de datos y en orden a la definición de cursos de acción que aseguren el trato correcto de la empresa a los trabajadores, se ha

recurrido al estudio de los criterios de la AEPD sobre una serie de aspectos relevantes para la relación laboral e íntimamente vinculados con el derecho considerado. La conclusión más inmediata de dicho estudio es la conveniencia de aproximarse, una vez se hayan interiorizado las reglas generales establecidas por el legislador, a los criterios de la Agencia o, si existe, a la jurisprudencia acerca de cada actuación relevante a efectos de la protección de datos. Se trata de singularizar cada pretensión empresarial sobre los datos de los trabajadores, aislar cuantas características sean posibles de las mismas y casarlas, después, con las consideraciones de la AEPD y de los Tribunales sobre pretensiones pasadas con las que las primeras (las propias) guarden identidad de razón.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV (Bastida et al.), (2005): “Teoría General de los Derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, Tecnos, Madrid.

AA.VV (Gómez Sánchez, Y. Coord), (2004): “pasado, presente y futuro de los derechos humanos” Comisión Nacional de los derechos humanos, México.

AA.VV. (Megías Quirós, José Justo Coord) (2006): “Manual de derechos humanos” Aranzadi, Navarra.

AEPD (2009): “Guía para la protección de datos en las relaciones laborales” (disponible en:http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/GUIA_RelacionesLaborales2.pdf)

ALCHIAN Y DEMSETZ (1994): “Producción, costes de información y organización económica” (pp. 141-170) en Putterman L., “la naturaleza económica de la empresa”, Alianza Editorial, Madrid.

ALÁEZ CORRAL, B. (2005): “La eficacia de los derechos fundamentales” (pp. 179-221) en AA.VV (Bastida *et al.*) “Teoría General de los Derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, Tecnos, Madrid.

ALARCÓN CARACUEL, M. R. (2004): “La informatización y las nuevas formas de trabajo” (pp. 9 -18) en AA.VV (Alarcón Caracuel, M. R. y Esteban Legarreta, R. Coords.) “Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo”, Bomarzo, Alicante.

ALONSO OLEA (1982): “Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo, según la constitución”, Civitas, Madrid.

ALONSO OLEA, M., (1985): “Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social, Tomo III, Civitas, Madrid.

ÁLVAREZ CONDE, E. (2010) “Curso de Derecho Constitucional”, tecnos, Madrid.

AMNISTÍA INTERNACIONAL (2014): “Derechos humanos para la dignidad humana. Una introducción a los derechos económicos, sociales y culturales”, centro de la Lengua de Amnistía internacional, Madrid.

ANKER *et al.* (2003): “La medición del trabajo decente con indicadores estadísticos”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol 122, nº2, pp. 166-169.

APARICIO SALOM, J. (2000): “Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal”, Aranzadi, Pamplona.

ARIAS, A y RUBIO, F. (2006): “El derecho de los trabajadores a la intimidad”, Cuadernos Aranzadi Social, nº 26, Pamplona.

BELZUNEGUI ERASO, A. (2002): “Teletrabajo: estrategias de flexibilidad”, Consejo Económico y Social, Colección de Estudios, Madrid.

BLASCO PELLICER, A. (1995): “La individualización de las relaciones laborales”. Consejo Económico y Social, Madrid.

BUENO CAMPOS, E., (2002): “Globalización, sociedad red y competencia: Hacia un nuevo modelo de empresa” *Revista de economía mundial*, nº7, pp 23-37.

CABERO ALMENARA, J., (1988): “Impacto de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en las organizaciones educativas. En Lorenzo, M. y otros (coords): Enfoques en la organización y dirección de instituciones educativas

formales y no formales (pp. 197-206). Granada, Grupo Editorial Universitario.

CARDONA RUBERT, M.B. (1999): “Tutela de la intimidad informática en el contrato de trabajo”, *Revista de Derecho Social* núm. 6, pp. 23-45.

CASAS BAAMONDE, M. (1995): “La individualización de las relaciones laborales” Consejo Económico y Social, Madrid.

CHACARTEGUI JÁVEGA, C. (2013): “dignidad de los trabajadores y derechos humanos del trabajo según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos”, Bomarzo, Barcelona.

CIACCI, G. (1991): “*problemi e iniziative in tema di tutela dei dati personali, con particolari riguardo ai dati sanitari*”, *Política del Diritto* núm.4, pp. 669-700.

CRUZ VILLALÓN, P. (1988): “Formación y evolución de los derechos fundamentales” en “Introducción a los derechos fundamentales”, volumen I, Ministerio de Justicia, Centro de publicaciones de la Secretaría General Técnica, Madrid.

DE CASTRO CID, B. (2003): “El debate teórico sobre la fundamentación”, en AA.VV (De Castro Cid, B., Dir. y Coord.): “Introducción al estudio de los derechos humanos”, Universitas, Madrid.

DE CASTRO CID, B. (2003): “El significado de los diferentes nombres”, en AA.VV (De Castro Cid, B., Dir. y Coord.): “Introducción al estudio de los derechos humanos”, Universitas, Madrid.

DE VICENTE PACHÉS, F. (2002): “El derecho del trabajador al respeto de su intimidad”, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002.

DEL REY GUANTER, S. (1994): “Libertad de expresión e información en el contrato

de trabajo. Un análisis jurisprudencial”. Civitas, Madrid.

DEL REY GUANTER, S. (1995): “Derechos Fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general”, *Relaciones Laborales*, Nº 1, pp. 181-212.

DORADO PORRAS, J. (2005): “Los derechos como garantía y como límite al multiculturalismo” en AA.VV.: “Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo”, Dykinson, Madrid.

DÍAZ LÓPEZ, J. (1999): “Transferencia intercultural y creatividad estética en la experiencia norteamericana (1940-1970)”. *Trasdós*, nº1, pp. 21-47.

DURÁN LÓPEZ, F. (1983): “Inviolabilidad de la persona del trabajador”, en AA.VV.: *Comentarios a las Leyes Laborales* (E. Borrajo Dacruz, Dir.), T. IV, Edersa, Madrid.

DURÁN LÓPEZ, F. y SAEZ LARA, C., (1991): “Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación y modificación de las condiciones de trabajo”, *Relaciones Laborales*, nº 20-21.

EWING, A. (2011): “*UN Human Rights Framework: What executives need to know about human rights*”, *Ethical Corporation*, febrero, (disponible en <http://www.ethicalcorp.com/stakeholder-engagement/un-human-rights-framework-what-executives-need-know-about-human-rights>)

EWING, A. (2013): “*What executives need to know (and do) about human rights*” *Business and human rights resource centre*, febrero, (disponible en <http://business-humanrights.org/en/what-executives-need-to-know-and-do-about-human-rights-anthony-ewing-columbia-law-school-logos-consulting-group#c70669>)

FERNÁNDEZ GALIANO, A. (1983): “Derecho Natural: introducción filosófica al derecho”, Ed. Benzal, Madrid.

- FERNÁNDEZ PEYCHAUX, D. A. (2011): “el concepto de Derecho en Locke” en *Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 13, nº 26. Segundo semestre, pp. 26-45.
- FERNER A. y HYMAN R. (1992): “*Industrial Relations in the New Europe*”, Basil Blackwell, Oxford.
- FERRAJOLI, L. (1999): “Derechos y garantías. La ley del más débil”. (Introd. de P. A. Ibáñez. Trad. de P. A. Ibáñez y A. Greppi), Madrid, Trotta.
- FORSTHOFF (1959): “*Festschrift für Carl Schmitt*”, Duncken und Humblot, Berlín.
- GARCÍA DE ENTRERRÍA, (1981): “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº1, vol. I, CEC, Madrid, pp. 35-132.
- GARCÍA VIÑA, J. (2001): “La buena fe en el contrato de trabajo. Especial referencia a la figura del trabajador”, Consejo Económico y Social, Madrid.
- GARCÍA VIÑA, J. (2006): “Las taquillas como espacio personal de los trabajadores en las empresas” *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 11.
- GARRORENA MORALES, A. (1987) “El Estado español como Estado social y democrático de Derecho”, Tecnos, Madrid.
- GIANNI, LOY. 2005: ”El dominio ejercido sobre el trabajador”, *Relaciones Laborales*, Nº 2, pp. 165-190.
- GIL Y GIL, J.L. y USHAKOVA, T. (2003): “Los Derechos Sociales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea” *Relaciones laborales*, nº1, pp. 1319-

1344.

GLENSY, R (2011).: “*The right to dignity*”, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 43:65.

GHEZZI, G. y ROMANOGLI, U. (1987): “*il rapporto di lavoro*”. Zanichelli, Bologna.

GONZÁLEZ CASANOVA J.A. (1980): “*Teoría del Estado y Derecho Constitucional*”, Vicens Universidad, Barcelona.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2004): “*La informática en el seno de la empresa. Poderes del empresario y condiciones de trabajo*” (pp. 19-48) en AA.VV (Alarcón Caracuel, M. R. y Esteban Legarreta, R. Coords.) “*Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*”, Bomarzo, Alicante.

GOÑI SEIN, (1988): “*el respeto a la esfera privada del trabajador*”, Civitas, Madrid.

GUTIÉRREZ PÉREZ, M. (2011): “*ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*”, Laborum, Murcia.

HABERLE, P. (1980): “*Dire Verfassung des Pluralismus*”, Atiennaum, Berlín

HESSE, K. (1983): “*Escritos de derecho constitucional*” CEC, Madrid.

HIERRO HIERRO, F.J. (2011): “*Registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares: límites al poder de dirección del empresario*” pp. 95-124 en AA.VV. “*Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales*” (Sánchez Trigueros, C. y González Díaz, F.A., Dirs.), Aranzadi, Pamplona.

- ISEA SILVA, R. (2011): “La empresa y los derechos humanos” en Cuadernos de la Cátedra la Caixa de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo, nº 12, septiembre.
- KALDOR N. (1957), “*A model of economic growth*” en *The Economic Journal* 67 (268), pp. 591-624.
- LAUFKE (1955): “*Festschrift für H. Lehman*”, Verlag Stämpfli, Bonn.
- LENOIR CH. y WALLON, B. (1998): “*Informátique, travail et libertés*”, *Droit Social*, nº 3.
- LÓPEZ GUERRA (2003): “nuevas tecnologías y cambio en el Derecho”, *Datos personales.org. Revista de la Agencia española de protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, nº 1.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, J. (1987): “El problema del derecho natural en J.-J. Rousseau”, *Anuario de filosofía del derecho*, nº4, pp. 539-562.
- LÓPEZ LÓPEZ, J. (2005): “Una mirada a los derechos sociales de los inmigrantes desde la dignidad” en *Estudios de derecho judicial*, nº76, (Ejemplar sobre derechos laborales y de seguridad social de los inmigrantes), pp. 23-52.
- LUCAS, R. (2002): “*Lectures on Economic Growth*”, *Cambridge: Harvard University Press*.
- MADRID CONESA, F. (1984) :”Derecho a la intimidad informática y Estado de Derecho” Univ. De Valencia.
- MARTÍN ARTILES, (1999): “Organización del trabajo y nuevas formas de gestión laboral”, PP. 79-100 en AA.VV. (Prieto Rodríguez C. y Miguelez Lobo, F. Coords.): *Las relaciones de empleo en España. Siglo XXI*. Madrid.

- MARTÍN VALVERDE, A. (1977): “Ideologías jurídicas y contrato de trabajo”, pp. 75-100 en AA.VV.: *Ideologías jurídicas y relación de trabajo*. Universidad de Sevilla.
- MARTÍNEZ ESTAY, J. I. (1998): “Los particulares como sujetos pasivos de los Derechos Fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los Derechos”, *Revista chilena de Derecho*, Vol. 25, nº1, pp. 59-64
- MARTÍNEZ LÓPEZ *et al.* (2003): “Los sistemas de control de la actividad laboral mediante nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones”, *Relaciones Laborales*, nº1, pp. 1413-1436.
- MERCADER UGUINA, J. (2001): “Derechos fundamentales y nuevas tecnologías: ¿hacia la empresa panóptica?”, *Relaciones Laborales*, Nº 1, Madrid, pp. 665-686.
- MONEREO PÉREZ, J.L. (1992): “los derechos de información de los representantes de los trabajadores, Civitas, Madrid.
- MONTOYA MELGAR, A. (2011) “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales”, pp. 27-48, en AA.VV. “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales” (Sánchez Trigueros, C. y González Díaz, F.A., Dirs.), Aranzadi. Pamplona.
- MUCHSLINSKY (2001) “*Human Rights and Multinationals: Is There a Problem?*”, *International Affairs*, Vol. 77, nº1, enero, pp. 31-47.
- NACIONES UNIDAS (2012): “La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos” Guía para la interpretación, N. York y Ginebra; (diponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_sp.pdf)
- NAVANETHEM PILLAY (2009): “*The corporate responsibility to respect: a human*

rights milestone”, *International Labour and Social Policy Review*.

NIPPERDEY H.C. (1954): “*Die Würde des Menschen*”, en Neuman-Nipperdey-Scheüner: “*Die Grundrechte Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*”, Duncker, Humblot, Berlín.

OIT (1999), Trabajo Decente. Informe del Director General de la OIT, 87ª sesión, Ginebra.

OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, A., (2001): “Teoría de los derechos humanos: conocer para practicar”, ed. San Esteban, Salamanca.

PABON, J. (1982): “El Poder Judicial”, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. (1991): “Los derechos laborales en la Constitución Española”. Centro de Estudios constitucionales, Madrid.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. (2003): “Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos” pp. 229-248 en AA.VV. (Martín Jiménez, R. y Sempere Navarro, A. V., coords.): *El modelo social en la Constitución española de 1978*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.

PECES BARBA, G. “Derechos fundamentales”, vol. I, (1975): Biblioteca Guadiana Universitaria, Madrid-Barcelona.

PÉREZ LUÑO, A. E., (1984) : “Los derechos fundamentales”, Editorial Tecnos, Madrid.

PÉREZ LUÑO, A. E. (1987): “Nuevas tecnologías, sociedad y derecho”, Fundesco, Madrid.

- PELÉ ILLIE, A. (2004-2005) “Una aproximación al concepto de dignidad humana”;
Universitas: Revista de filosofía, derecho y política, nº1, 2004-2005, pp. 9-13.
- POYAL COSTA, A. (1991): “la eficacia de los derechos humanos frente a terceros”, en
Revista de Derecho político UNED, nº 34, pp. 189-222.
- PRANDI CHEVALIER, M. (2007): “La gestión de los derechos humanos en la
empresa”, *Documentación social*, nº 146, pp. 111-128.
- PRANDI, M. y LOZANO, J. M. (2009). “*Practical Handbook on Business and Human
Rights*”. Barcelona: Escola de Cultura de Pau & ESADE Business School,
Universitat Autònoma de Barcelona, (disponible en:
<http://www.josepmlozano.cat/Publicacions/tabid/191/language/es-ES/Default.aspx>)
- RAMOS LUJÁN, H. V. (2003): “La intimidad de los trabajadores y las nuevas
tecnologías”, *relaciones laborales*, nº 2, pp. 233-266.
- RAWLS, J. (1985): “Una teoría de la justicia”, trad. M.D. Glez, Fondo de Cultura
Económica, México.
- RIVERO LAMAS, J. (2003): “Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia
horizontal y control constitucional”, en AA.VV El trabajo y la Constitución,
Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.
- RIVERO LAMAS, J. (1997): “Las ideologías jurídicas y la empresa: cooperación y
conflicto (una reflexión sobre recientes experiencias)”. *Relaciones Laborales*, nº2,
1997, pp. 300-328.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. (2009) “El derecho a la protección de los datos
personales de los trabajadores: nuevas perspectivas” Bomarzo, Albacete.

- RODRÍGUEZ PIÑERO, M. (1984): “La transformación democrática del ordenamiento jurídico y la relación individual de trabajo”. *Temas Laborales*, Revista andaluza de trabajo y bienestar social, nº 1, octubre–diciembre.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M. (1993): “Presentación” dentro de AA.VV. “El Estatuto de los Trabajadores italiano veinte años después”. Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. (1996): “Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo”, *Relaciones Laborales*, nº 1, pp. 107-116.
- RUGGIE, J. (2008): “Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights”, en *Innovations: Technology, Governance, Globalization*, primavera 2008, vol. 3, núm. 2: 189-212. Cambridge: MIT Press.
- RUGGIE, J. (2011): “Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para <<proteger, respetar y remediar>>”, Asamblea General de Naciones Unidas (A/HRC/17/31), 21 de marzo.
- RUIZ-GIMÉNEZ, J. (1957): “Derecho y vida humana (Alguna reflexiones a la luz de Santo Tomás)”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- SACHS, I. (2004): “Desarrollo y trabajo decente para todos”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 123, núm 1-2, pp. 187-214.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., DEL VALLE, J.M. y GIL, J.L. (2003): “Prontuario de Derecho del Trabajo”, Civitas. Madrid.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. (2005) “Los derechos fundamentales y el contrato

de trabajo” Cuadernos Civitas, Navarra.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. (2014): “El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: criterios de la Agencia Española de Protección de Datos”, pp. 205-327 en AA.VV. (San Martín Dir.) *Tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones de trabajo: nuevas dimensiones del conflicto jurídico*, Eolas.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (1991): “Identidad del trabajador y copia básica del contrato”, *Anales de Derecho, Univ. De Murcia*, núm 11.

SANDEL, M. J. (1982): “Liberalism and the limits of justice”, Cambridge University Press.

SCHNEIDER, H. P. (1991): “Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales”, en *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

SEIFERT (1976): “*Verfassunggerichtliche Selbst escrankung*”, en *Verfassungsgerictitsbarkeit Politik*”, Suhrkamp, Frankfurt 1976.

SEMPERE NAVARRO, A. y MATEOS Y DE CABO, O. (2014): “Uso y control de herramientas informáticas en el trabajo (marco legal, pautas judiciales y convencionales)” pp. 21-204, en AA.VV. (San Martín Mazzucconi, C. Dir.), *Tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones de trabajo: nuevas dimensiones del conflicto jurídico*, Eolas.

SERVAIS J.M. (2004): “Política de Trabajo Decente y Mundialización. Reflexiones sobre un planteamiento jurídico renovado”, *Revista internacional del Trabajo*, vol. 123, nº 1-2, pp. 215-238.

- SIERRA BENITEZ, E. M., (2011): “El contenido de la relación laboral en el teletrabajo”. CES, Sevilla.
- STERN, K. (1988): “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, *Revista del Centro de Estudios constitucionales*, nº1, pp. 261-277.
- TASCÓN LÓPEZ, R. (2005): “El tratamiento por la empresa de los datos personales de los trabajadores. Análisis del Estado de la cuestión”, Civitas, Navarra.
- TERGEIST, P. (1996): “Nuevas orientaciones en la organización del trabajo: La dinámica de las relaciones industriales”. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, E. (2002): “Los derechos fundamentales de los trabajadores en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales”, *Temas laborales*, nº 65, pp. 9-28.
- THIBAUT ARANDA, J. (2001): “El teletrabajo”, Análisis jurídico-laboral 2ª de. CES Colección Estudios, Madrid.
- THOMPSON, P y ACKROYD, S. (2007): “¿Reina la calma en el frente de trabajo?: una crítica de las recientes tendencias en la sociología de trabajo en el Reino Unido” , pp. 207-234, en AA.VV. *Vigilar y Organizar: una introducción a los “Critical Management Studies”*, Siglo XXI, Madrid.
- TREU, T (1993): “El Estatuto de los Trabajadores italiano veinte años después”, pp. 15-72, en AA.VV. “El Estatuto de los Trabajadores italiano veinte años después”. Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid.
- UGARTE CATALDO, J.L. (2011): “La colisión de derechos fundamentales en el contrato de trabajo y el principio de proporcionalidad” Tesis doctoral tutelada por el

profesor Manuel Carlos Palomeque, Universidad de Salamanca.

UGARTE CATALDO, J.L. (2011): “Privacidad, Trabajo y Derechos fundamentales”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 9, N°1, Centro de Estudios constitucionales de Chile, Univ. De Talca, pp. 13-36.

VALDÉS DAL-RE F. (2003): “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia”, *Relaciones laborales*, n° 2, pp. 89-176.

VICENTE CUENCA M.A. “Sociología de la desviación: una aproximación a sus fundamentos”, ed. Club Universitario, 2011, Alicante.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. (2005): “Objeto y contenido de los derechos fundamentales” (pp. 103-119) en AA.VV. (Bastida et al.) *Teoría General de los Derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid.

WILLMOTT, H. (2007): “La fuerza es la ignorancia, la esclavitud es la libertad: la gestión de la cultura en las organizaciones modernas”, pp. 103-160, en AAVV *Vigilar y Organizar: una introducción a los “Critical Management Studies”*, Siglo XXI, Madrid.

XIRAU, R. (2000): “Introducción a la historia de la filosofía”, UNAM, México.

PÁGINAS WEB CONSULTADAS:

- ABC (2014):
<http://www.abc.es> (el contenido consultado fue publicado el 18 de agosto de 2014)
- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (2015):
<https://www.agpd.es/portaIwebAGPD/index-ides-idphp.php> (Última visita, 3 de

julio de 2015)

- BANCO MUNDIAL (2015)
<http://www.bancomundial.org> (última consulta el día 15 de junio de 2015)
- BUSINESS AND HUMAN RIGHTS (2015):
<http://business-humanrights.org> (Última visita el día 1 de julio de 2015)
- EL ECONOMISTA (2014):
www.economista.es (el contenido consultado fue publicado el 7 de marzo de 2014)
- EL PAIS (2014):
<http://elpais.com/> (el contenido consultado fue publicado el 25 de abril de 2014)
- HUMAN RIGHT WATCH (2015):
<http://www.hrw.org> (Última visita el día 10 de junio de 2015)
- INSTITUTO NACIONAL DE CIBERSEGURIDAD (2015):
<https://www.incibe.es/> (última visita, 4 de junio de 2015)
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (2015):
<http://www.ine.es/> (consultada el día 8 de abril de 2015)
- ITUC (CSI) (2015):
<http://www.ituc-csi.org> (última visita el día 30 de junio de 2015)
- ONU (2015):
<http://www.un.org> (Última visita 4 de julio de 2015)

TEXTOS JURÍDICOS

Internacionales:

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, vigente desde 1 de diciembre de 2009.

Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961.

Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre, Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.

Declaración de Derechos formulada por los representantes del Buen Pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776.

Declaración Universal de derechos humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.

Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas, 2001, Bruselas.

Pacto Internacional de 19 diciembre 1966, sobre derechos económicos, sociales y culturales. Instrumento de Ratificación de 13 de abril de 1977 (BOE núm. 103 de 30 de abril de 1977).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Instrumento de Ratificación de España de 13 de abril de 1977.

Reglamento 1889/2006/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006.

Estatales:

Constitución Española, 1978 (BOE 29 de diciembre de 1978)

Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras (BOE 12 de diciembre de 2006)

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE 14 de mayo de 1982)

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE 14 de diciembre de 1999)

Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional (BOE 20 de junio de 2002)

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE 18 de diciembre de 2003)

Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE 23 de diciembre de 2009)

Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 7 de julio de 2012)

Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (BOE 31 de marzo de 2015)

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Vigente hasta el 01 de Enero de 2016) (BOE 29 de marzo de 1995)

Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. (BOE 8 de agosto de 2000)

Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (BOE 19 de enero de 2008).