

VIGILAR Y TRABAJAR

(Una aproximación metodológica sobre la intimidad del trabajador como límite de las facultades de vigilancia y control del empresario. A propósito de las SSTCo 98/2000, de 10 abril y 186/2000, de 10 julio)

Xosé Manuel Carril Vázquez
José Antonio Seoane Rodríguez

Principios característicos del panóptico

- 1.º Presencia universal y constante del gobernador del establecimiento.
- 2.º Efecto inmediato de este principio en todos los miembros del establecimiento: la convicción de que viven y obran incesantemente bajo la inspección perfecta de un hombre interesado en toda su conducta.
- 3.º Gobernador revestido de un poder desconocido hasta ahora por el efecto de este principio panóptico, é interesado por la constitución misma del establecimiento, lo mas que es posible, en la salud, en la industria, en la buena conducta, y en la reforma de las personas sujetas á él.
- 4.º Facilidad que se da al legislador, á la nación en general, y á cada individuo en particular para asegurarse á todo momento de la perfección del plan y de su egecucion¹.

I. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

§ 1. La intimidad es un bien o valor para las personas, vinculado con otros valores o bienes básicos: dignidad, libertad, igualdad, seguridad, autodeterminación, indispensables para el desarrollo de su personalidad. En el plano jurídico-constitucional esto significa establecer una conexión entre el artículo 18 CE y el conjunto de derechos y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, en particular con el art. 10.1 CE. Esto es, el derecho a la intimidad, derivado de la dignidad de la persona, protege una necesidad o un bien básico para la libre autodeterminación individual.

1 BENTHAM, J., *El panóptico*, Madrid, Las Ediciones de la Piqueta, 1989, p. 75. Aunque concebido inicialmente para instituciones de tipo penitenciario -“Esta casa de penitencia podría llamarse *Panóptico* para expresar con una sola palabra su utilidad esencial, que es *la facultad de ver con una mirada todo cuanto se hace en ella*” (*ibidem*, p. 37)-, el autor de igual modo proponía en el apartado de *Otros usos del principio panóptico*: 1.º la aplicación “de este principio general á todos los casos en que un gran número de hombres debe estar constantemente bajo la inspección de unos pocos, sea para el simple encierro de las personas acusadas, sea para el castigo de los culpados, sea para reformar á los malos, sea para forzar á los perezosos al trabajo, sea para facilitar la asistencia de los enfermos, ó sea para hacer fácil la enseñanza, y llevar el poder de la educación á un punto inconcebible hasta el día”; y 2.º los establecimientos “á que por consiguiente es aplicable: 1.º casas de seguridad; 2.º cárceles; 3.º casas de corrección; 4.º casas de trabajo; 5.º hospitales; 6.º manufacturas; 7.º escuela” (*ibidem*, pp. 80 y 81).

§ 2. Frente a planteamientos estrictamente individualistas del derecho a la intimidad proponemos un enfoque relacional y una comprensión sistemática de este derecho. No estamos en presencia de una facultad del individuo aislado sino ante un derecho de coexistencia². La perspectiva relacional y sistemática concibe los derechos fundamentales como instrumentos de actualización de la dignidad y desarrollo de la personalidad de los individuos³, y no meramente como instrumentos de defensa frente a las invasiones ilegítimas. Además, propicia una visión iusfundamental armonizadora y no conflictivista⁴, que evita el aislamiento del derecho a la intimidad y su confrontación con los restantes derechos, refuerza la garantía jurídica de la esfera privada y proporciona una justificación y una explicación del paulatino ensanchamiento y robustecimiento del contenido del derecho a la intimidad.

Hoy resulta insuficiente la comprensión de la intimidad como un derecho garantista o de defensa frente a intromisiones indebidas en la esfera privada; hay que añadir el complemento de una facultad activa de control sobre la información, los datos y todo lo concerniente a esa esfera que afecte a cada sujeto. Si la intimidad, a partir del fundamento común en la dignidad, ha de ponerse en relación con los restantes derechos, y en particular con el libre desarrollo de la personalidad, no puede negarse la adición de un poder de control, de la vertiente positiva del derecho a la intimidad⁵.

§ 3. Esta ampliación del alcance del derecho a la intimidad se ha plasmado en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional⁶. A nuestro juicio, los factores determinantes de la evolución del tratamiento jurídico-constitucional de la esfera íntima y privada han sido de dos clases.

1. Externos o *ad extra*, referidos a las modificaciones sociales, culturales, etc., que inciden en la configuración de los derechos fundamentales y, en concreto, del derecho a la intimidad y de las vías adicionales de garantía iusfundamental de la esfera íntima y privada: la libertad informática y el derecho a la protección de datos personales. El factor decisivo para la nueva orientación hermenéutico-constitucional ha sido la irrupción de las nuevas tecnologías, que ha aumentado la vulnerabilidad de las esferas íntima y privada y las posibilidades de lesionar los derechos. La respuesta jurídica a la realidad expuesta ha tenido lugar, en buena medida, a través de dos nuevos mecanismos de protección jurídica, complementarios del derecho a la intimidad.

En primer lugar, la denominada *libertad informática*, cuya sede constitucional es el artículo 18.4 CE. A partir de su STCo 254/1993, de 20 julio⁷, el Tribunal Constitucional ha

2 PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 6.ª ed., Madrid, Tecnos, 1999, p. 326.

3 SEOANE, J. A., “La universalidad de los derechos humanos y sus desafíos (Los “derechos especiales” de las minorías)”, *Persona y Derecho* 38 (1998), pp. 190 y ss., en particular pp. 201 y 225-226.

4 Cfr. CIANCIARDO, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 2000, *passim*; SERNA, P.; TOLLER, F., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, *passim*.

5 Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 330, quien subraya que la ampliación de contenido de la intimidad repercute en su significación axiológica y en su fundamentación.

6 Por todas FJ 6 de la STCo 143/1994, de 9 mayo; FJ 5, párr. 4.º de la STCo 134/1999, de 15 julio; FJ 8, párrs. 3.º y 4.º de la STCo 144/1999, de 22 julio; FJ 2 de la STCo 202/1999, de 8 noviembre; FJ 4 de la STCo 115/2000, de 5 mayo.

7 Con posterioridad cfr. FJ 7, párr. 1.º de la STCo 143/1994, de 9 mayo; FJ 4 de la STCo 94/1998, de 4 mayo; FJ 2 de la STCo 202/1999, de 8 noviembre; FJ 7, párrs. 4.º-6.º de la STCo 233/1999, de 13 diciembre; FJ 4 de la STCo 292/2000, de 30 noviembre.

puesto de relieve dos aspectos. De una parte, la incidencia de las nuevas tecnologías informáticas en la vida social y el potencial aumento de los riesgos para la vida privada e íntima. De otra, la necesidad de ampliar la facultad tradicional de defensa del derecho a la intimidad con una facultad positiva o poder de control sobre tal esfera. Mediante el titular impide la injerencia de terceros, que tienen el deber de abstenerse; mediante el titular ejerce un poder activo de control de sus datos. Efectivamente, la informática ha multiplicado ciertos riesgos ya existentes y generado algunos nuevos. La conexión en red de los datos y el consiguiente aumento de las posibilidades de conocimiento, difusión y manejo de los datos sin consentimiento o autorización de su titular son buena muestra de ello.

En segundo lugar, el reciente *derecho a la protección de datos personales*, acuñado por el Tribunal Constitucional en sus SSTCo 290/2000 y 292/2000, de 30 noviembre. En esta última el Tribunal Constitucional compara ese nuevo derecho con el derecho a la intimidad. Ambos comparten un mismo objetivo: “ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar”⁸. Difieren, en cambio, en tres aspectos. En primer lugar, en cuanto a la función: defensiva o de protección en el derecho a la intimidad, mientras que el derecho a la protección de datos personales desempeña una función activa o de disposición⁹. En segundo lugar, en cuanto al objeto: el derecho a la protección de datos personales extiende su garantía no sólo a la intimidad sino a la “esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada”; además, su objeto de protección no se reduce a los datos íntimos, sino a todo tipo de dato personal, íntimo, privado o público¹⁰. Finalmente, en cuanto al contenido: el derecho a la intimidad personal y familiar confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, en tanto que el derecho a la protección de datos personales comprende un conjunto de facultades más amplio, que pueden reconducirse a dos: el derecho del afectado a consentir y el derecho a saber, que requieren para ser efectivos, respectivamente, el reconocimiento del derecho a ser informado y el derecho de oposición¹¹.

2. Internos o *ad intra*, relativos al contenido del derecho a la intimidad -y de los restantes mecanismos iusfundamentales de tutela de la esfera privada- *per se*. Desde una perspectiva negativa de rechazo de injerencias se ha llegado hasta la actual facultad de control sobre los propios datos, en la que el consentimiento del titular, esto es, su activa y decisiva participación, amplía el contenido del derecho. En el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) predomina inicialmente la dimensión negativa o de defensa frente a las injerencias externas¹². Mas la dimensión negativa o de defensa no agota la protección dispensada por el derecho a la intimidad, que incorpora paulatinamente una dimensión positiva o de acción al ponerse en relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). De acuerdo con la primera el titular está facultado para

8 FJ 5, párr. 3.º de la STCo 292/2000, de 30 noviembre.

9 FJ 6, párr. 1.º de la STCo 292/2000, de 30 noviembre.

10 FJ 6, párrs. 2.º y 3.º de la STCo 292/2000, de 30 noviembre.

11 FJ 6 párr. 4.º de la STCo 292/2000, de 30 noviembre. De forma más pormenorizada y elocuente es descrito este haz de facultades en el FJ 7 de la misma sentencia, así como en el FJ 7 de la STCo 290/2000, de 30 noviembre.

12 “[E]l derecho a la intimidad personal no queda violado porque se impongan a la persona limitaciones de su libertad, como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula, pues la intimidad es un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren y que no guarda por sí solo relación directa con la libertad de relacionarse con otras personas o derecho a tener amistades, que es a lo que la recurrente parece referirse” (FJ 5 de la STCo 73/1982, de 2 diciembre).

impedir las injerencias y los terceros han de abstenerse de cualquier intromisión. De acuerdo con la segunda el titular dispone de un poder de control, decisivo para el gobierno de su esfera íntima y privada, sin el cual no es posible perfilar adecuadamente la propia persona; es decir, no es posible el libre desarrollo de la personalidad en unas condiciones dignas¹³.

§ 4. Finalmente, de la lectura de la jurisprudencia constitucional podemos extraer las siguientes notas, que ofrecen un perfil aproximado del derecho a la intimidad¹⁴:

1. La intimidad es un bien, algo valioso para los seres humanos.
2. La intimidad es un derecho constitucionalmente reconocido, que parte de la idea originaria del respeto a la vida privada, personal y familiar¹⁵.
3. La intimidad merece respeto porque se considera un bien o un valor para los seres humanos preservar su esfera más íntima, y no por los contenidos que en ella se guarden.
4. El derecho a la intimidad está ligado al respeto de la dignidad de la persona.
 - a) El derecho a la intimidad deriva de la dignidad de la persona¹⁶.
 - b) Sin la garantía de la intimidad no es posible, ni siquiera concebible, una existencia digna¹⁷.
5. El derecho a la intimidad está estrictamente vinculado a la propia personalidad¹⁸.
6. El núcleo esencial de la intimidad ha de ser determinado en cada sociedad y en cada momento histórico. En sociedades axiológicamente plurales y heterogéneas como la española tal facultad corresponde a los órganos del Poder Judicial¹⁹.
7. El objeto de protección del derecho a la intimidad es un ámbito reservado de la vida de los individuos. Dicho ámbito reservado protegido no se restringe al fuero íntimo, sino que se extiende también a la esfera privada, tanto personal como familiar.
8. La función del derecho a la intimidad es proteger al titular frente a cualquier invasión en el ámbito reservado en contra de su voluntad²⁰.
9. La protección jurídica de la intimidad se despliega en dos dimensiones:
 - a) garantizar el amparo frente a las agresiones que un individuo pueda experimentar en su ámbito íntimo por parte de terceros, tanto particulares como poderes públicos;

13 No obstante lo afirmado, de acuerdo con la reciente STCo 292/2000, de 30 noviembre, el derecho a la intimidad experimenta una cierta restricción en su alcance, en la medida en que el ejercicio de las facultades de disposición de control se transfieren a otros mecanismos iusfundamentales de tutela de las esferas íntima y privada: la libertad informática y, singularmente, el nuevo derecho a la protección de datos personales (cfr. FFJJ 5-7 de la STCo 292/2000, de 30 noviembre).

14 Cfr., por todas, FJ 5 de la STCo 134/1999, de 15 julio; FJ 8 de la STCo 144/1999, de 22 julio; FJ 5 de la STCo 115/2000, de 5 mayo.

15 Cfr. FJ 3, párr. 2.º de la STCo 110/1984, de 26 noviembre; FJ 3, párr. 1.º del ATCo 642/1986, de 23 julio.

16 Cfr. FJ 6, párr. 1.º de la STCo 143/1994, de 9 mayo; FJ 2, párr. 2.º de la STCo 202/1999, de 8 noviembre; FJ 5, párr. 2.º de la STCo 98/2000, de 10 abril; FJ 5, párr. 3.º de la STCo 186/2000, de 10 julio.

17 Cfr. FJ 3, párr. 5.º de la STCo 20/1992, de 14 febrero.

18 Cfr. FJ 2, párr. 2.º de la STCo 202/1999, de 8 noviembre; FJ 5, párr. 3.º de la STCo 186/2000, de 10 julio.

19 Cfr. FJ 4, párr. 3.º de la STCo 171/1990, de 12 noviembre.

20 Cfr. FJ 6, párr. 1.º de la STCo 292/2000, de 30 noviembre.

- b) atribuir un poder de disposición o control sobre ese ámbito reservado de la vida de un individuo, que quiere mantenerse al margen del conocimiento de terceros, sea cual sea su contenido.
10. El atributo o facultad más importante de la intimidad es la facultad de exclusión de los demás del ámbito reservado²¹.
 11. El derecho a la intimidad es un derecho *erga omnes*: todos, poderes públicos y particulares, han de respetarlo.
 12. El criterio rector del acceso, el conocimiento y la utilización de la información personal o familiar garantizada por el derecho a la intimidad es el consentimiento del titular²².
 13. El derecho a la intimidad no es un derecho absoluto²³. Existen razones legítimas para que algo perteneciente a la esfera íntima sea público o conocido por terceros. Los límites por antonomasia son los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

II. EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS TRABAJADORES Y LAS FACULTADES DE VIGILANCIA Y CONTROL EMPRESARIALES: EQUILIBRIOS Y LIMITACIONES

§ 5. Como se sabe, el art. 20.3 del ET, completando “la configuración legal [...de su] poder directivo”²⁴, establece que “el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”. Se trata, en efecto, de un precepto que, teniendo en cuenta que del “poder de dar órdenes es derivación el poder de verificación de que las órdenes se cumplen en efecto”²⁵, permite al empresario conocer “las incidencias del trabajo y la situación de la organización laboral, [...] a la vista de la experiencia obtenida mediante el ejercicio de tales funciones inspectoras, impartir nuevas decisiones sobre la prestación del trabajo”²⁶, e, incluso, “imponer sanciones laborales, las más grave de las cuales es el despido”²⁷.

§ 6. Estas concretas facultades de control -parece que “consustanciales al contrato de trabajo”²⁸ por aplicación del art. 1.1 del ET²⁹- presentan, no obstante, ciertas

21 Cfr. FJ 7, párr. 2.º de la STCo 142/1993, de 22 abril; FJ 6, párr. 1.º de la STCo 292/2000, de 30 noviembre.

22 Cfr. FJ 5, párr. 4.º de la STCo 134/1999, de 15 julio; FJ 8, párr. 4.º de la STCo 144/1999, de 22 julio.

23 Cfr. FJ 5, párr. 3.º de la STCo 98/2000, de 10 abril; FJ 5, párr. 4.º de la STCo 186/2000, de 10 julio.

24 MONTOYA MELGAR, A., “Dirección de la actividad laboral”, en *Comentarios a las leyes laborales* (Dirigidos por Efrén Borrajo Dacruz), Madrid, Edersa, 1985, p. 142. Y ello, por el hecho de que “el poder de dirección del empresario tiene por contenido tres diferentes tipos de funciones: las funciones de decisión ejecutiva, las funciones instruccionales y las funciones de control” (MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965, pp. 146 y 147).

25 ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G., *El estatuto de los trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, 4.ª ed., Madrid, Civitas, 1995, p. 115.

26 MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, cit., p. 153.

27 SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Videocámaras y poder de vigilancia”, *Aranzadi Social V* (1999), p. 1123.

28 BUISÁN GARCÍA, N., “Aspectos de la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores: acoso sexual, registros y medios audiovisuales”, en *Perfiles del derecho constitucional en la vida privada y familiar*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 188.

limitaciones en los derechos fundamentales de la persona del trabajador, dado que, según el citado art. 20.3 del ET, el empresario deberá guardar “en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana”²⁹.

Y es que, aunque conlleve “la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales”³¹ -llegando a modular, incluso, “el ejercicio de los derechos fundamentales en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo a su vez de derechos que han recibido consagración en el texto constitucional (arts. 33 y 38 CE)”³² -, la “celebración del contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para [...] el trabajador [...] de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”³³, en la medida en que ni “las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional”³⁴.

§ 7. Pero, ahora que los avances tecnológicos suministran al empresario sofisticados medios para vigilar y controlar la actividad laboral de sus empleados, aproximándolo, en ocasiones, a esa presencia universal y constante del gobernador del establecimiento de la que habla Bentham, los derechos fundamentales no siempre aparecen respetados en su integridad³⁵. Concretamente, éste es el caso de los sistemas de graba-

29 Que, al declarar que el ET “será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”, alude a la “dependencia, aunque se abandona esta expresión y se utiliza una fórmula más elaborada y amplia (‘ámbito de organización y dirección de otra persona’) que [...] acentúa el carácter jurídico de la subordinación” (ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G., *El estatuto de los trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, 4.ª ed., cit., p. 24), como uno más de los “elementos típicos” del contrato de trabajo (*ibidem*). De ahí que se haya afirmado, en este sentido, que “el contrato de trabajo debe verse como el elemento de mediación que sanciona jurídicamente [...] una] posición de desigualdad” (APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A., “Autoridad y democracia en la empresa”, en *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid, Trotta, 1992, p. 11), que “tiene un origen extrajurídico, la propiedad del empresario de los medios de producción...” (*ibidem*, p. 10), de tal modo que su objeto “no puede ser simplemente el trabajo mismo, sino el trabajo con una connotación decisiva: la de ser subordinado” (*ibidem*, p. 11).

30 Lo que resulta totalmente comprensible si se tiene en cuenta que el art. 4.2 e) ET declara que los trabajadores tienen derecho al “respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad”.

31 FJ 7, párr. 4.º de la STCo 99/1994, de 11 abril, citado en el FJ 2, párr. 4.º de la STCo 6/1995, de 10 enero.

32 Con cita de las SSTCo 99/1994, de 11 abril, 6/1995, de 10 enero y 106/1996, de 12 junio, FJ 7, párr. 1.º de la STCo 136/1996, de 23 julio. Concretamente, “el poder de dirección del empresario forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa; y en cuanto tal ha de constar de aquellas facultades que, sumadas o combinadas, permitan llevar adelante la iniciativa económica de la empresa en las relaciones internas de ésta, atendiendo a los intereses constitucionalmente protegidos de quien o quienes la han puesto en marcha” (MARTÍN VALVERDE, A., “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal constitucional”, *Revista de Política Social* 137 (1983), pp. 143 y 144).

33 FJ 2 de la STCo 88/1985, de 19 julio. Reiterando su doctrina, FJ 2, párr. 4.º de la STCo 6/1995, de 10 enero, y FJ 5, párr. 2.º de la STCo 106/1996, de 12 junio.

34 FJ 2 de la STCo 88/1985, de 19 julio. Con ello comienza a incidirse en la idea de “la penetración en el ámbito de organización del empresario, antaño tan preservado que se hablaba de feudalismo industrial, de principios que son susceptibles de producir tanto limitaciones como modalizaciones en el ejercicio de tales poderes” (APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A., “Autoridad y democracia en la empresa”, cit., p. 11).

35 Piénsese, por ejemplo, que “la técnica y la informática permiten obtener una serie de ventajas no sólo de organización y gestión, sino también de vigilancia, [... que...] suponen un riesgo para determinados derechos de la persona, tales como la libertad, la dignidad y, especialmente, la intimidad” (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Utilización y control de datos laborales automatizados*, Madrid, Agencia de Protección de Datos, 1997, pp. 86 y 87). Sobre el tema en el ámbito concreto de la informática, DE TISSOT, O., “Internet et contrat de travail. Les incidences de la conexión à Internet

ción de imágenes y conversaciones de los trabajadores³⁶, en la medida en que, tratándose de medios que permiten “en la relación de trabajo un aumento del poder de control del empresario sobre la prestación de trabajo y sobre el trabajador mismo”³⁷ -que, obviamente, sólo pone a “disposición del empresario su fuerza de trabajo, pero no su persona”³⁸ -, pueden entrañar, en ciertas ocasiones, lesiones del derecho de los trabajadores a su intimidad, que, “en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.)”³⁹, también opera como límite a este poder de policía empresarial⁴⁰, al implicar “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario [...] para mantener una calidad mínima de la vida humana (SSTC 231/1988, 197/1991, 20/1992, 142/1993, 117/1994 y 143/1994), y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo (SSTC 142/1993 y 143/1994)”⁴¹.

III. DOS EJEMPLOS DEL INESTABLE EQUILIBRIO: LAS SSTCo 98/2000, DE 10 DE ABRIL, Y 186/2000, DE 10 DE JULIO

§ 8. Así parecen ponerlo de relieve las SSTCo 98/2000, de 10 abril, y la 186/2000, de 10 julio, que, resolviendo de distinta manera pleitos sobre intimidad de los trabajadores en su centro de trabajo, abordan el tema de los límites constitucionales que los empresarios deben tener en cuenta a la hora de recurrir a estos modernos sistemas para controlar la actividad laboral de sus trabajadores.

1. Antecedentes de hecho

§ 9. La STCo 98/2000, de 10 abril, que resuelve recurso de amparo contra una STSJ de Galicia de 25 enero 1996⁴², por la que se declaraba que “el acuerdo de la empresa Casino de La Toja, S.A., sobre instalación de micrófonos en determinadas dependencias del centro de trabajo, no vulnera derecho fundamental alguno de los trabajadores”⁴³, entiende que, como sostenía “el recurrente en amparo (apoyado por el Ministerio

sur les rapports employeur-salariés”, *Droit Social* 2 (2000), pp. 150 y ss.; DE VAL ARNAL, J. J., “El correo electrónico en el trabajo y el derecho a la intimidad del trabajador”, *Aranzadi Social* 17 (2001), pp. 23 y ss.; y CARDONA RUBERT, B., “Control del correo electrónico de los empleados. Transgresión de la buena fe contractual”, *Aranzadi Social* 17 (2001), pp. 27 y ss.

36 Sobre el tema del empleo de estos sistemas específicos de control, cuya aplicación en otras esferas también con una clara finalidad de control ya se conoce en el ámbito del Derecho Administrativo (AMOE-DO SOUTO, C. A., *Poder Policial y Derecho Administrativo*, A Coruña, Universidade da Coruña, 2000, pp. 427 y ss.), véase GRÉVY, M., “Vidéosurveillance dans l’entreprise: un mode normal de contrôle des salariés?”, *Droit Social* (1995), pp. 329 y ss.; y BOSSU, B., “Le salarié, le délégué du personnel et la vidéo surveillance”, *Droit Social* 12 (1995), pp. 978 y ss.

37 DE VICENTE PACHÉS, F., *El derecho del trabajador a su intimidad*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1998, p. 320.

38 RIVERO, J., “Les libertés publiques dans l’entreprise”, *Droit Social*, núm. 5 (1982), p. 423.

39 FJ 3, letra b) de la STCo 207/1996, de 16 diciembre.

40 “Aunque el ETT [...] no emplea aquí, al igual que en el artículo 4, la palabra *intimidad*, los autores vienen admitiendo pacíficamente que el concepto de dignidad humana e intimidad coinciden, siendo el primero el género y la segunda la especie” (DEL VALLE VILLAR, J. M., “El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo en el ordenamiento laboral español”, en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos-Universidad de Alcalá de Henares, 1992, p. 166).

41 FJ 3, letra b) de la STCo 207/1996, de 16 diciembre.

42 *Aranzadi Social* 12.

43 AH 1.

Fiscal), la [citada] instalación por la [...] empresa para la que trabaja como cajero [...] ha vulnerado su derecho a la intimidad personal, consagrado en el art. 18.1 CE.”⁴⁴.

Se trata, en efecto, de un caso concreto de vulneración del derecho fundamental a la intimidad del trabajador en el centro de trabajo, cuyos hechos pueden reconducirse a los cinco siguientes:

Primero. Con el fin de “conseguir un adecuado control de la actividad laboral que se desarrollaba en las instalaciones dedicadas al juego de azar y, en concreto, en las dependencias de caja y en donde se hallaba ubicada la ruleta francesa”⁴⁵, la empresa Casino de La Toja, S.A. consideró oportuno, sin haber solicitado previamente “informe al Comité de empresa”⁴⁶, “completar uno de los sistemas de seguridad de que disponía, consistente en un circuito cerrado de televisión [...], con la instalación de micrófonos que permitieran recoger y grabar las conversaciones que pudieran producirse en las indicadas secciones del casino”⁴⁷.

Segundo. Ante la negativa empresarial de retirar, a petición del comité de empresa, los micrófonos⁴⁸, el trabajador recurrente en amparo interpuso demanda de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas ante el Juzgado de lo Social núm. 3 de Pontevedra, que, al entender que no existía “suficiente justificación de la medida adoptada por la empresa”⁴⁹, “declaró la existencia de vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal de los trabajadores y, en consecuencia, la nulidad radical de la conducta de la empresa, [...] ordenando el cese inmediato de dicha conducta y la reposición de la situación al momento anterior a la instalación de micrófonos”⁵⁰.

Tercero. Tras la interposición del correspondiente recurso de suplicación por Casino de La Toja, S.A. contra esta SJS, la STSJ de Galicia de 25 enero 1996 “declara que la instalación de micrófonos en determinadas dependencias del centro de trabajo no vulnera derecho fundamental alguno de los trabajadores”⁵¹, alegando, en esencia, que “el centro de trabajo no constituye por definición un espacio en el que se ejerza el derecho a la intimidad por parte de los trabajadores”⁵². Y es que, en efecto, para el TSJ de Galicia, que considera que las conversaciones de trabajadores y clientes relacionadas con la profesión “no están amparadas por el derecho a la intimidad, [...] que] se ejerce en el ámbito de la esfera privada del trabajador, [y] que en la empresa hay que entenderlo referido a sus lugares de descanso y esparcimiento, vestuarios, servicios y otros análogos, pero no en aquellos lugares en que se desarrolla la actividad laboral”⁵³, “si la medida en cuestión añade mayor control y seguridad a la actividad de juego que la empresa

44 FJ 5, párr. 1.º

45 AH 2, letra a), párr. 1.º

46 AH 2, letra a), párr. 2.º

47 AH 2, letra a), párr. 1.º

48 AH 2, letra b). En su lugar, la empresa se limitó a contestar “que, por motivo de seguridad, se han instalado en caja dos micrófonos en ambas ventanillas para poder tener, al igual que la filmación, prueba audible en caso de reclamación de algún cliente [...] y] varios micrófonos en la sala de juegos con el mismo fin, lo que se les comunica para su conocimiento” (*ibidem*).

49 AH 2, letra c), párr. 3.º Teniendo en cuenta que el interés de la empresa “se ve suficientemente satisfecho con la utilización de circuitos cerrados de televisión”, entiende el Juzgado de lo Social que, “si se añadiera el control auditivo al visual, ‘la fiscalización sería completa, pero asimismo sería completa la vulneración del derecho a la intimidad personal del trabajador’, [...] dado que] la sujeción del trabajador a una vigilancia auditiva es una agresión intolerable si no existe una excepcional razón técnica, al suponer una comprensión absoluta de un derecho de rango constitucional” (*ibidem*).

50 AH 2, letra c), parr. 1.º

51 AH 2, letra d), párr. 1.º

52 *Ibidem*.

53 AH 2, letra d), párr. 3.º

desempeña, si su instalación era conocida por los trabajadores y por el comité de empresa [...], si los micrófonos están a la vista, lo que elimina cualquier actitud subrepticia de la empresa, y si su instalación se limita a puntos concretos del centro de trabajo y no [...] en forma generalizada que pudiera resultar arbitraria, ha de llegarse a la conclusión de que no existe vulneración del derecho fundamental de intimidad personal de los trabajadores”⁵⁴.

Cuarto. Contra esta STSJ de Galicia promueve el trabajador recurrente en amparo recurso de casación para unificación de doctrina, “ofreciendo como Sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de abril de 1994”⁵⁵, que “fue inadmitido por Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo [...], al apreciar que entre ambas Sentencias no concurre la exigible contradicción por falta de identidad en los antecedentes fácticos en los que se basa cada una de ellas”⁵⁶.

Quinto. Al centrarse la cuestión en la vulneración de un derecho fundamental, el trabajador interpone recurso de amparo contra la STSJ de Galicia de 25 enero 1996, que es precisamente el que resuelve la STCo 98/2000, de 10 abril. Sin cuestionar “el sistema de captación y grabación de la imagen (circuito cerrado de televisión)”⁵⁷ -aunque suponga “una intromisión en la intimidad [...], atendida la naturaleza del centro de trabajo, puede entenderse tolerable y de hecho se ha tolerado”⁵⁸ -, el recurrente en amparo tan sólo pretende denunciar “la lesión producida por la instalación y funcionamiento del sistema de captación y grabación del sonido”⁵⁹, criticando para ello el concepto de intimidad “tan restrictivo” sostenido por la STSJ de Galicia⁶⁰, que “retrocede a lo que la STCo 88/1985 denomina ‘manifestaciones de feudalismo industrial’, de manera que, si un ciudadano contrata su trabajo, mientras está trabajando pierde sus atributos de ciudadanía”⁶¹, en la medida en que, en este caso, “situaría al empresario en disposición de conocer legítimamente lo que se comentase durante el tiempo de trabajo, sin que ello constituya vulneración del derecho a la intimidad”⁶², cuando, en realidad, lo “que debe el trabajador a su empresario es su prestación de trabajo y si, sin menoscabo de esa prestación [...], el trabajador efectúa un comentario privado [...], no hay razón alguna relacionada con la vigilancia, el control o la dirección que autorice al empresario a despojar a quienes hagan tal comentario de su intimidad, escuchando y grabando su conversación”⁶³.

Entendiendo que el recurso de amparo cumplía “todos los requisitos de admisibilidad”⁶⁴, el Tribunal Constitucional considera “inaceptable [...] la premisa de la [...] Sentencia impugnada [...] de que los trabajadores no pueden ejercer su derecho a la intimidad en la empresa, con excepción de determinados lugares (vestuarios, servicios y análogos)”⁶⁵, y declara, por ello mismo, que la implantación de este sistema de audición y gra-

54 AH 2, letra d), párr. 4.º

55 AH 2, letra e), párr. 1.º

56 AH 2, letra e), párr. 2.º

57 AH 3, párr. 2.º

58 *Ibidem*.

59 *Ibidem*.

60 AH 3, párr. 3.º

61 *Ibidem*.

62 *Ibidem*.

63 AH 3, párr. 4.º

64 FJ 4, *in fine*.

65 FJ 9, párr. 2.º Y ello porque el “Tribunal Constitucional [...] sostiene que la celebración del contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano” (*ibidem*).

bación “constituye una actuación que rebasa ampliamente las facultades que al empresario otorga el art. 20.3 [ET]”⁶⁶ y “una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE, pues no existe argumento definitivo que autorice a la empresa a escuchar y grabar las conversaciones privadas que los trabajadores del casino mantengan entre sí o con los clientes”⁶⁷. Y es que para el TCo, “por más que el ejercicio de [...los] derechos [fundamentales] en el seno de la organización productiva pueda admitir ciertas modulaciones o restricciones, siempre que [...] estén fundadas en razones de necesidad estricta debidamente justificadas por el empresario”⁶⁸, la mera utilidad o conveniencia para la empresa en este caso concreto “no legitima sin más la instalación de aparatos de audición y grabación”⁶⁹, dado que, aparte de que dicha “empresa ya disponía de otros sistemas de seguridad que el sistema de audición pretende complementar”⁷⁰, no “ha quedado acreditado que la instalación del sistema de captación y grabación de sonidos sea indispensable para la seguridad y buen funcionamiento del casino”⁷¹.

§ 10. Por su parte, la STCo 186/2000, de 10 julio, declara, a diferencia de la que acaba de analizarse, que “los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, garantizados por el art. 18.1 CE, no han resultado vulnerados”⁷² y deniega, por ello mismo, la demanda de amparo en un caso en el que “el meollo del asunto [...] se circunscribe a determinar si, como sostiene el recurrente, se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) porque los órganos judiciales han fundado sus decisiones en pruebas nulas por haberse obtenido con violación del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE)”⁷³. En efecto, la demanda de amparo se fundamentaba en la “infracción de los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE) del [trabajador] recurrente, en relación con su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por haberse admitido como prueba de cargo en [...su] proceso por despido las grabaciones de vídeo presentadas por la empresa, [...] que [...] estima nula de pleno derecho al haberse obtenido vulnerando derechos fundamentales del trabajador (art. 90 LPL)”⁷⁴.

Se trata, en concreto, de una empresa que despide a uno de sus cajeros del economato⁷⁵ al comprobar que realizaba “de forma reiterada maniobras en el cobro de artículos a los clientes del economato, sustrayendo diferentes cantidades de la caja”⁷⁶, aportando para ello una cintas de vídeo fruto de la instalación, a raíz de “un descuadre llamativo en los rendimientos de la sección de textil y calzado del economato [...] y de alguna advertencia sobre el irregular proceder de los cajeros”⁷⁷, de un “circuito cerrado de televisión que [...] sólo enfocaba] a las tres cajas registradoras y al mostrador de paso de las mercancías desde el techo, en el radio de acción aproximado que alcanzaba el cajero en sus manos”⁷⁸.

66 FJ 9, párr. 4.º

67 FJ 9, párr. 5.º

68 FJ 9, párr. 2.º

69 FJ 9, párr. 3.º

70 *Ibidem*.

71 FJ 9, párr. 4.º

72 FJ 7, último párr.

73 FJ 5, párr. 1.º

74 FJ 1, párr. 1.º

75 A los otros, que eran dos, “se les impuso una sanción de suspensión de empleo y sueldo durante dos meses” (AH 2, letra a), párr. 1.º), habida cuenta que la “investigación sobre las otras dos cajas puso de relieve irregularidades consistentes en que uno de los cajeros desprecintó en la caja unos calcetines y se los guardó, en tanto que otro de los cajeros desprecintaba en la caja y manipulaba prendas interiores femeninas, como consecuencia de una adicción fetichista reconocida por el autor de los hechos” (AH 2, letra a), párr. 3.º).

76 AH 2, letra a), párr. 2.º

77 AH 2, letra a), párr. 1.º

78 *Ibidem*.

No conforme con esta decisión empresarial, el trabajador agota la vía judicial previa antes de acudir al Tribunal Constitucional, puesto que: 1) plantea demanda por despido ante el JS, que declara la procedencia de su despido al entender que “la admisión y práctica de la prueba de exhibición de las cintas de vídeo era ajustada a Derecho”⁷⁹; 2) recurre en suplicación esta SJS ante el TSJ del Principado de Asturias, que desestima el recurso argumentando que “las cintas de vídeo no son, por sí mismas, un medio de prueba ilegítima [...y que] la intimidación del trabajador no resulta agredida por el solo hecho de ser objeto de filmaciones en los hechos referidos a las relaciones sociales y constitucionales en que se desarrolla su actividad laboral”⁸⁰, [...dado que] la [...] filmación no va referida a su vida íntima sino a obtener un conocimiento de cual es su comportamiento laboral y de las actividades que realiza en contacto con el público”⁸¹; y 3) interpone contra esta STSJ del Principado de Asturias recurso de casación para unificación de doctrina, que el TS rechaza por “omisión [...] de la relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada e inexistencia de contradicción misma entre la Sentencia recurrida y la de contraste”⁸².

En fin, agotada la vía judicial previa, el trabajador despedido acude en amparo al Tribunal Constitucional, argumentando “a propósito de los derechos a la intimidad y a la propia imagen que la prueba documental propuesta por la empresa demandada, consistente en ocho vídeos y declarada pertinente, es nula de pleno derecho conforme al art. 90 de la Ley de Procedimiento Laboral [...], por haberse obtenido mediante procedimientos que lesionan los referidos derechos fundamentales [...y] porque, aunque esta clase de instalaciones tengan como fin controlar el trabajo, también registran el resto de actos del trabajador pertenecientes a su intimidad, toda vez que este tipo de control no es selectivo en cuanto a las imágenes que capta”⁸³.

Como ya se indicó, el Tribunal Constitucional declara en este concreto caso que no se ha producido “lesión alguna del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE”⁸⁴, puesto que la “instalación de un circuito cerrado de televisión [...] era una medida justificada [...]; idónea para la finalidad pretendida por la empresa [...]; necesaria [...]; y equilibrada”⁸⁵. Y es que, en efecto, esta “medida no resulta arbitraria ni caprichosa, ni se pretendía con la misma divulgar su conducta, sino que se trataba de obtener un conocimiento de cuál era su comportamiento laboral, pretensión justificada por la circunstancia de haberse detectado irregularidades en la actuación profesional del trabajador, constitutivas de trasgresión a la buena fe contractual”⁸⁶.

79 AH 2, letra b), párr. 3.º Alegando para ello que “el método utilizado se empleó en los límites mínimos, ya que se concretó a la vigilancia de un puesto de trabajo que es eminentemente público, donde el trabajador está a la vista de todo el mundo y en el que es improbable que se registre acto alguno que entre en la esfera de su intimidad personal” (*ibidem*).

80 AH 2, letra c).

81 *Ibidem*.

82 AH 2, letra d), párr. 5.º

83 AH 3, párr. 1.º

84 FJ 7, párr. 1.º

85 *Ibidem*.

86 FJ 7, párr. 2.º En definitiva, se trataba “de verificar las fundadas sospechas de la empresa sobre la torticera conducta del trabajador, sospechas que efectivamente resultaron corroboradas por las grabaciones videográficas, y de tener una prueba fehaciente de la comisión de tales hechos, para el caso de que el trabajador impugnase, como así lo hizo, la sanción de despido disciplinario que la empresa le impuso por tales hechos” (*ibidem*).

2. Fundamentos jurídicos

§ 11. La primera de las resoluciones analizadas, la STCo 98/2000, de 10 de abril, se cuestiona si existe infracción del derecho a la intimidad personal de los trabajadores a causa de la falta de justificación (suficiente) en la instalación y puesta en funcionamiento de un sistema de captación y grabación de sonidos en las zonas de caja y ruleta francesa de un casino⁸⁷. Por su parte, la STCo 186/2000, de 10 de julio, en lo que al derecho a la intimidad de los trabajadores concierne, examina si “la instalación por parte de la empresa en la que prestaba servicios [el trabajador recurrente] de un circuito cerrado de televisión enfocando su puesto de trabajo lesiona su derecho a la intimidad, porque aunque esta clase de instalaciones tengan como fin controlar el trabajo, también registran el resto de actos del trabajador pertenecientes a su intimidad, toda vez que este tipo de control no es selectivo en cuanto a las imágenes que capta”⁸⁸.

Ambas resoluciones, cuyos fallos difieren radicalmente -la primera concede el amparo mientras que la segunda lo desestima-, presentan una estructura semejante en el tratamiento de la eventual lesión del derecho a la intimidad a causa del ejercicio injustificado del poder de dirección empresarial. Comienzan con unas consideraciones generales sobre el fundamento, el significado, el alcance y los límites del derecho a la intimidad⁸⁹. Con posterioridad atienden a la proyección de ese derecho en el ámbito de las relaciones laborales⁹⁰, tanto con carácter global como en los concretos supuestos enjuiciados. Seguidamente, señalan que, ante la ausencia de normativa específica, los equilibrios y limitaciones entre las facultades organizativas del empresario y los derechos fundamentales del trabajador coexistentes en el seno de la relación laboral han de determinarse con arreglo al principio de proporcionalidad. Por último aplican la doctrina del principio de proporcionalidad a los casos de autos, examinado si las restricciones del derecho a la intimidad debidas al ejercicio del poder de organización empresarial son lícitas y están justificadas.

§ 12. Las dos sentencias aluden a ciertas características generales del derecho a la intimidad, haciéndose eco en ocasiones de la propia doctrina constitucional⁹¹. Adoptan como punto de partida la afirmación de que el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) es un derecho fundamental vinculado a la propia personalidad y derivado de la dignidad de la persona reconocida en el art. 10.1 CE. En cuanto al contenido, señalan que tal derecho implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se detienen algo más en lo relativo al alcance y límites del derecho a la intimidad, indicando que éste, al igual que los restantes derechos fundamentales, no es absoluto, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes,

87 FJ 1, párr. 2.º de la STCo 98/2000, de 10 abril.

88 FJ 5, párr. 2.º de la STCo 186/2000, de 10 julio. Hemos descartado el tratamiento de otras cuestiones analizadas en la sentencia, de menor relevancia a nuestros efectos. Así, la referencia al problema de la comunicación previa de la adopción de la medida al Comité de empresa, carente de trascendencia desde la perspectiva constitucional según el Alto Tribunal (FJ 7, párr. 4.º); la presunta lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por la obtención ilícita de las pruebas documentales, queja del recurrente que a juicio del Tribunal Constitucional decae una vez descartada la lesión del art. 18.1 CE (FJ 8, párr. 1.º); la supuesta infracción del derecho a un proceso con todas las garantías y la lesión del derecho a la presunción de inocencia (FFJJ 9 y 10, respectivamente); por último, la vulneración del principio de igualdad por disparidad de los supuestos de hecho comparados (FJ 11).

89 FJ 5, párrs. 2.º y 3.º de la STCo 98/2000, de 10 abril; FJ 5, párrs. 2.º y 4.º de la STCo 186/2000, de 10 julio.

90 FFJJ 5-7 de la STCo 98/2000 de 10 abril; FJ 5, párrs. 3.º y 5.º, y FJ 6 de la STCo 186/2000, de 10 julio, con remisión explícita a la STCo 98/2000 en el último de los fundamentos jurídicos citados.

91 FJ 5, párrs. 2.º-4.º de la STCo 98/2000, de 10 abril; FJ 5, párrs. 3.º-5.º de la STCo 186/2000, de 10 julio

entre los que se encuentra el poder de dirección del empresario (art. 20 ET), imprescindible para la buena marcha de la organización productiva (arts. 33 y 38 CE). Ese recorte del derecho a la intimidad ha de ser necesario para alcanzar el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, respetuoso con el contenido esencial del derecho⁹². Además de ello, por imperativo también de los artículos 4.2 e) y 20.3 ET, las facultades de vigilancia y control del empresario han de ejercerse dentro del respeto debido a la dignidad del trabajador. Por último, reconducen estas reflexiones generales a los concretos supuestos objeto de enjuiciamiento, subrayando que el derecho a la intimidad es aplicable también a las relaciones laborales -en este sentido la STCo 186/2000, de 10 julio, efectúa una remisión expresa a la STCo 98/2000, de 10 abril-.

§ 13. Ya hemos indicado⁹³ que el contrato de trabajo implica equilibrios y limitaciones para las dos partes implicadas en él, empresario y trabajador. El Tribunal Constitucional, en las dos sentencias analizadas, subraya que las facultades organizativas empresariales se hallan limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, que han de ser respetados por el empresario. Además, dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, la restricción de los derechos sólo podrá hacerse en la medida estrictamente imprescindible, no pudiendo generar resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales⁹⁴.

Ésta es una doctrina consolidada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, quien ha precisado que la función de límites de las facultades empresariales no la desempeñan sólo los derechos fundamentales típicamente laborales sino también otros derechos fundamentales, entre ellos el que aquí nos ocupa, la intimidad personal⁹⁵.

§ 14. En la primera de nuestras resoluciones (STCo 98/2000, de 10 abril), el Alto Tribunal estima que ante la ausencia de normativa específica que regule la instalación y utilización de mecanismos de control y vigilancia consistentes en la captación de imágenes y grabación de sonidos en los centros de trabajo -afirmación que podríamos hacer extensiva a cualesquiera otras facultades de organización empresarial y su régimen jurídico-, habrán de ser los órganos jurisdiccionales -y en última instancia el Tribunal Constitucional- quienes hayan de ponderar la licitud de tales medidas, resolviendo la confrontación entre el poder de dirección del empresario (art. 20.3 ET) y los derechos fundamentales, en particular el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) del trabajador. Y habrán de hacerlo teniendo presente y aplicando el principio de proporcionalidad⁹⁶.

Esta manifestación se confirma y completa con la segunda sentencia, la STCo 186/2000, de 10 julio, reiterando que la solución al necesario equilibrio entre el poder de organización empresarial y los derechos fundamentales del trabajador, en concreto su derecho a la intimidad personal-, ha de buscarse teniendo presente el principio de proporcionalidad⁹⁷. Mediante este principio el Tribunal Constitucional comprueba si es admisible o no una medida restrictiva de un derecho fundamental. La observancia del juicio de proporcionalidad exige el cumplimiento de tres requisitos o condiciones, que son los tres subprincipios del principio de proporcionalidad: 1) que la medida sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad o adecuación); 2) que

92 Cfr. FJ 6 de la STCo 57/1994, de 28 febrero, y FJ 6 de la STCo 143/1994, de 9 mayo.

93 Cfr. *supra* §§ 1-7.

94 FJ 7 de la STCo 98/2000, de 10 abril; FJ 5, párr. 5.º y FJ 6, párrs. 1.º- 3.º de la STCo 186/2000, de 10 julio.

95 Cfr. por todas FJ 4, letra B) de la STCo 292/1993, de 18 octubre.

96 FJ 7, párrs. 2.º y 3.º, y FJ 8, párr. 1.º de la STCo 98/2000, de 10 abril.

97 FJ 6, párr. 4.º de la STCo 186/2000, de 10 julio.

la medida sea necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal objetivo con la misma eficacia (juicio de necesidad); 3) que la medida sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)⁹⁸.

En suma, ante la inexistencia de normativa específica que regule el ejercicio de las facultades de organización empresarial o el poder de dirección del empresario, los equilibrios y limitaciones de aquéllos y los derechos fundamentales del trabajador han de determinarse por los órganos jurisdiccionales acudiendo al principio de proporcionalidad⁹⁹.

§ 15. La STCo 98/2000, de 10 abril, analiza la aplicación del mencionado principio al caso concreto de autos en su fundamento jurídico 9. De especial interés resulta contrastar la argumentación del Tribunal Constitucional con la de la sentencia recurrida, para así entresacar las razones de su divergencia y conocer los fundamentos de su decisión.

La STSJ de Galicia de 25 enero 1996 entiende que la instalación de los mecanismos de captación y grabación de las conversaciones por parte de la empresa está justificada y, en consecuencia, no existe vulneración del derecho a la intimidad de los trabajadores. La premisa básica de la sentencia es que “el centro de trabajo no constituye por definición un espacio en el que se ejerza el referido derecho [a la intimidad] por parte de los trabajadores [...] ya que, en principio, el referido derecho se ejercita en el ámbito de la esfera privada del trabajador, que en la empresa hay que entenderlo limitado a sus lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, servicios y otros análogos, pero no en aquellos lugares en que se desarrolla la actividad laboral”¹⁰⁰. Además, se aducen las siguientes razones: 1) la instalación de los micrófonos se limita a puntos concretos del centro de trabajo; 2) no existe, entonces, una utilización general indiscriminada que pueda reputarse arbitraria de tales mecanismos; 3) los trabajadores tenían conocimiento de tal instalación; 4) la instalación responde a una finalidad legítima: añadir un plus de seguridad para resolver reclamaciones relativas al juego de la ruleta o a los cambios en caja.

Frente a esta argumentación y conclusión, el Tribunal Constitucional entiende que la resolución del TSJ de Galicia no ha ponderado adecuadamente y no ha aplicado

98 FJ 6, párr. 5.º de la STCo 186/2000, de 10 julio. Sobre la cuestión, por todos, ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985; 3. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996. Versión castellana de E. Garzón Valdés; revisión de R. Zimmerling, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 111 y ss.; del mismo, “Individuelle Rechte und kollektive Güter”, *Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung* I (1989). Traducción de Jorge M. Seña, “Derechos individuales y bienes colectivos”, en *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 184-186 y 203-208; del mismo, “Güter- und Übelabwägung, Rechtlich”, en *Lexicon der Bioethik* (hg. v. W. Korff; L. Beck; P. Mikat), Gütersloh, Gütersloher Verlagshaus, 1998, 2, pp. 181-182; CIANCIARDO, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, cit., pp. 285 y ss., y bibliografía allí citada.

99 Con anterioridad el Tribunal Constitucional ya se había manifestado en este sentido, si bien no de forma tan explícita, apelando a la ponderación adecuada como instrumento para la determinación de la proporcionalidad del límite de los derechos fundamentales en el seno de la relación laboral: “dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación sólo se producirá ‘en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva’ (STC 99/1994, de 11 abril, FJ 4): Lo que entraña la necesidad de proceder a una ponderación adecuada, que respete la correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental aquí en juego y de las obligaciones laborales que puedan modularlo” (FJ 5 de la STCo 106/1996, de 12 junio. Cfr. también FJ 3 del voto particular a la STCo 106/1996, de 12 junio; FJ 2, letra C) del voto particular a la STC 57/1999, de 12 abril). Cfr. asimismo *supra* § 7.

100 FJ 9, párr. 1.º de la STCo 98/2000, de 10 abril (alude al FJ 3 de la sentencia de instancia).

correctamente el principio de proporcionalidad, oponiendo los siguientes argumentos. Considera que la premisa básica de la que parte la STSJ de Galicia es inaceptable, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual “la celebración del contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”. Aunque puedan admitirse ciertas modulaciones o restricciones de esos derechos, éstas habrán de estar fundadas en razones de necesidad estricta debidamente justificadas por el empresario¹⁰¹. Además, no existe razón suficiente para excluir *a priori* que puedan producirse eventuales lesiones del derecho a la intimidad de los trabajadores en los lugares donde se realiza la actividad laboral propiamente dicha¹⁰². Por ello no comparte el Tribunal Constitucional la tesis de la sentencia de instancia de “limitar apriorísticamente el alcance del derecho a la intimidad de los trabajadores a las zonas del centro de trabajo donde no se desempeñan los cometidos propios de la actividad profesional, negando sin excepción que pueda producirse lesión del referido derecho fundamental en el ámbito de desempeño de las tareas profesionales”, pues también en éste pueden producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario¹⁰³. De acuerdo con lo anterior, para dilucidar en el caso concreto si los medios de vigilancia y control respetan el derecho a la intimidad de los trabajadores “habrá que atender no sólo al lugar del centro de trabajo en que se instalan por la empresa sistemas audiovisuales de control, sino también a otros elementos de juicio (si la instalación se hace o no indiscriminada y masivamente, si los sistemas son visibles o han sido instalados subrepticamente, la finalidad real perseguida con la instalación de tales sistemas, si existen razones de seguridad, por el tipo de actividad que se desarrolla en el centro de trabajo de que se trate, que justifique la implantación de tales medios de control, etc.)”¹⁰⁴.

Por consiguiente, la concreta cuestión a resolver, mediante la apelación al principio de proporcionalidad, es “si la instalación de micrófonos que permiten grabar las conversaciones de los trabajadores y clientes en determinadas zonas del casino se ajusta en el supuesto que nos ocupa a las exigencias indispensables del respeto del derecho a la intimidad”¹⁰⁵. El Tribunal Constitucional, en primer lugar, admite que la instalación de aparatos de captación y grabación de sonidos en la caja y la ruleta francesa del casino no carece de utilidad para la organización empresarial, sobre todo por tratarse de zonas donde se producen transacciones económicas de cierta importancia¹⁰⁶. Sin embargo, sostiene que la mera utilidad o conveniencia para la empresa no legitima sin más la

101 Cfr. *supra* §§ 7, 13 y 14.

102 FJ 9, párr. 1.º de la STCo 98/2000, de 10 abril. Cfr. también FFJJ 6 y 8.

103 FJ 6, párr. 4.º de la STCo 98/2000, de 10 abril.

104 *Ibidem*. Resulta de interés subrayar que el Tribunal de instancia adopta una noción *espacial* de intimidad: el factor esencial para la determinación del ámbito o contenido protegido por el derecho es el espacio o lugar donde se ejerce, en este caso el “centro de trabajo”. Frente a ello el Tribunal Constitucional, criticando una concepción tan restringida del derecho a la intimidad, indica que el espacio o lugar es sólo uno de los factores a considerar; junto a él han de tenerse en cuenta, entre otros, el carácter particularizado o masivo de la instalación de los mecanismos de vigilancia y la finalidad perseguida. El Constitucional anticipa en esta sentencia algunos criterios que luego empleará en la STCo 186/2000, de 10 julio, para considerar justificada y proporcionada la medida de vigilancia enjuiciada –al contrario de lo sucedido en esta STCo 98/2000, de 10 abril-. La insuficiencia de la noción espacial de intimidad para fijar el contenido protegido jurídicamente reaparece en otra resolución posterior, la STCo 292/2000, de 30 noviembre, donde el Alto Tribunal subraya que el derecho fundamental a la protección de datos personales no atiende tanto a la esfera en la que se ubican o a la que pertenecen los datos o las informaciones relativas al individuo, cuanto a que éstos sirvan para identificarlo; es decir, que sean datos de carácter personal. Todos los datos personales, íntimos, privados y -he aquí la novedad- públicos, merecen la protección jurídica y sobre ellos ejerce el titular su poder de disposición o control (cfr. FJ 6, párr. 3.º de la STCo 292/2000, de 30 noviembre).

105 FJ 9, párr. 3.º de la STCo 98/2000, de 10 abril.

106 *Ibidem*.

instalación de los aparatos mencionados, pues ya disponía de otros sistemas de seguridad que el sistema de audición quería complementar; y que los micrófonos no se han instalado como consecuencia de la detección de una quiebra en los sistemas de seguridad, sino para complementar los sistemas de seguridad ya existentes. Por consiguiente, la instalación del sistema de captación y grabación de sonidos no resulta indispensable –para la seguridad del casino-. Además, prosigue, el sistema instalado, al permitir la audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones, tanto de los trabajadores del casino como de los clientes, rebasa ampliamente las facultades otorgadas al empresario *ex art.* 20.3 ET e implica una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE.

La conclusión es que la medida de implantación del sistema de grabación y audición constituye una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad. La medida no ha sido en este caso conforme a los principios de proporcionalidad e intervención mínima (que rigen la modulación de los derechos fundamentales por los requerimientos del interés de la organización empresarial), porque la finalidad perseguida (dar un plus de seguridad especialmente ante eventuales reclamaciones de clientes) “resulta desproporcionada por el sacrificio que implica del derecho a la intimidad de los trabajadores (e incluso de los clientes del casino)”¹⁰⁷. Permite captar comentarios privados, ajenos al interés empresarial e irrelevantes desde la perspectiva de control de las obligaciones laborales, pudiendo tener consecuencias negativas para los trabajadores, que se ven constreñidos a no efectuar comentarios privados ante el convencimiento de que serán escuchados¹⁰⁸.

§ 16. El Tribunal Constitucional, en su STCo 186/2000, de 10 julio, examina si el Tribunal de instancia ha ponderado adecuadamente la medida impugnada; esto es, que la instalación y el empleo de medios de captación y grabación de imágenes por parte del empresario haya respetado el derecho a la intimidad del trabajador¹⁰⁹. Y concluye que la instalación de un circuito cerrado de televisión que controlaba la zona donde el trabajador desempeñaba su actividad laboral respeta el principio de proporcionalidad y no lesiona el derecho a la intimidad personal del trabajador¹¹⁰. Se trata de una medida *justificada*, “ya que existían razonables sospechas de la comisión por parte del recurrente de graves irregularidades en su puesto de trabajo”¹¹¹; *idónea* para la finalidad pretendida por la empresa –“verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes”-¹¹²; *necesaria*, en la medida en que “la grabación servía de prueba de tales irregularidades”¹¹³; y *equilibrada*, “pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de caja y a una duración temporal limitada, la suficiente para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada”¹¹⁴.

107 FJ 9, párr. 5.º de la STCo 98/2000, de 10 abril.

108 En este sentido resulta interesante un pronunciamiento previo del Alto Tribunal (FJ 7, párr. 1.º de la STCo 136/1996, de 23 julio) donde se analiza el condicionamiento y la modulación de los derechos fundamentales en el seno de la relación laboral. Asimismo se afirma, precisando lo anterior, que los derechos del trabajador “deben adaptarse a los requerimientos de la organización productiva en que se integra, pero no basta con la afirmación del interés empresarial, sino que tales exigencias organizativas deben venir especialmente cualificadas por razones de necesidad, siendo preciso acreditar que la restricción del derecho del trabajador es el único medio razonable para el logro del legítimo interés empresarial”.

109 FJ 6, párr. 6.º de la STCo 186/2000, de 10 julio.

110 FJ 7 de la STCo 186/2000, de 10 julio.

111 FJ 7, párr. 1.º de la STCo 186/2000, de 10 julio.

112 *Ibidem*.

113 *Ibidem*.

114 *Ibidem*.

En los párrafos siguientes el Alto Tribunal precisa aún más el cumplimiento del principio de proporcionalidad; aunque no emplea la sistemática del párrafo anterior, es posible estructurar su argumentación siguiendo los subprincipios del principio de proporcionalidad enunciados. Así, el que la filmación de las tareas encomendadas al trabajador recurrente en su puesto de trabajo no resulte arbitraria ni caprichosa, pues se apoya en irregularidades en la actuación profesional del trabajador detectadas con anterioridad, implica que la medida sea calificada, en general, como justificada¹¹⁵. Su idoneidad deriva de que la finalidad de la medida no era divulgar la conducta sino obtener un conocimiento de cuál era su comportamiento laboral; en suma, se trataba de “verificar las fundadas sospechas de la empresa sobre la torticera conducta del trabajador, sospechas que efectivamente resultaron corroboradas por las grabaciones videográficas, y de tener una prueba fehaciente de la comisión de tales hechos, para el caso de que el trabajador impugnase, como así lo hizo, la sanción de despido disciplinario que la empresa le impuso por tales hechos”¹¹⁶. Esto último permite, a su vez, que el Tribunal corrobore la necesidad de la medida. Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto o equilibrio de la medida deriva, de una parte, de que en el caso de autos –a diferencia de lo sucedido en la STCo 98/2000, de 10 abril- su adopción “no obedeció al propósito de vigilar y controlar genéricamente el cumplimiento por los trabajadores de las obligaciones que les incumben”¹¹⁷. De otra, de que la medida de vigilancia (instalación de las cámaras de vigilancia) utilizada como respuesta a las irregularidades advertidas en el comportamiento de los cajeros en determinada sección del economato y al acusado desfase contable se adoptó “de modo que las cámaras únicamente grabaran el ámbito físico estrictamente imprescindible (las cajas registradoras y la zona del mostrador de paso de las mercancías más próximas a los cajeros)”¹¹⁸.

3. El ejercicio de la ponderación como fórmula de búsqueda del equilibrio

§ 17. El primer aspecto digno de mención, punto de partida de ambas sentencias, es la ausencia de normativa legislativa específica –más allá del art. 20.3 ET- que regule las condiciones para la instalación y la utilización de mecanismos de control y vigilancia como los empleados y enjuiciados en los supuestos de autos. Este factor mueve al Tribunal Constitucional a afirmar que han de ser los órganos jurisdiccionales quienes, ante la laguna legislativa, ponderen –en caso de conflicto- la corrección de la utilización de la medida por parte de los empresarios; para ello tendrán presente el principio de proporcionalidad. El resultado de tal actuación será la justificación o no de la medida, en atención al alcance de la restricción del derecho a la intimidad del trabajador derivada de aquélla.

Es posible exponer el ejercicio del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional en ambas resoluciones, y señalar las condiciones bajo las cuales la adopción de medidas de vigilancia y control por parte del empresario se considera proporcionada y justificada; esto es, no arbitraria y respetuosa con los derechos fundamentales de los trabajadores, en concreto con el derecho a la intimidad. Con todo, proponemos completar esto con un segundo paso, que implica la inserción del principio de proporcionalidad en una figura distinta y, a nuestro entender, particularmente adecuada para nuestro propósito: el abuso del derecho. El Tribunal Constitucional no ha contemplado esta segunda posibilidad en su razonamiento, pero intentaremos mostrar

115 FJ 7, párr. 2.º de la STCo 186/2000, de 10 julio.

116 *Ibidem*.

117 *Ibidem*.

118 *Ibidem*.

cómo proporciona una óptima sistematización y explicación de los casos de autos y, cómo sirve, en general, de modelo de valoración del ejercicio del poder de control empresarial y de sus presuntos excesos o extralimitaciones.

3.1. El principio de proporcionalidad

§ 18. Ante la ausencia de respuesta legislativa específica el Tribunal Constitucional emplea el principio de proporcionalidad como criterio de resolución de las presuntas lesiones del derecho a la intimidad de los trabajadores mediante el uso de medidas de vigilancia y control empresariales. A continuación expondremos la estructura del principio de proporcionalidad, completando la perspectiva empleada por el Alto Tribunal en las SSTCo 98/2000, de 10 abril, y 186/2000, de 10 julio, con algunas precisiones destinadas a enriquecer y justificar la utilización de tal recurso para la solución de los casos tratados.

§ 19. El principio de proporcionalidad, recordémoslo, sirve para determinar la razonabilidad o justificación, la no arbitrariedad de la medida reguladora o presuntamente restrictiva de un derecho fundamental. Este resultado se alcanza si la medida respeta los tres subprincipios o juicios que lo integran¹¹⁹:

1. Juicio de adecuación o idoneidad, que exige que la medida adoptada sea apta o adecuada para lograr el fin establecido o perseguido.
2. Juicio de necesidad, que impone la elección de la medida menos gravosa o restrictiva – igualmente eficaz- del derecho fundamental. Se habla así de medida indispensable¹²⁰, medida más benigna¹²¹ o, podríamos decir, medida considerada como una *ultima ratio*.
3. Juicio de proporcionalidad en sentido estricto, mediante el que ha de establecerse si la medida guarda una relación razonable con el fin que se pretende.

Este subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu* se estructura en dos niveles o momentos, ordenados temporalmente¹²²:

- 3.1. Juicio de alteración: la medida no debe alterar el contenido esencial del derecho fundamental.
- 3.2. Juicio de justificación: la medida no alteradora da lugar a una restricción del derecho fundamental en grado tolerable, a la luz del fin perseguido.

Esta concepción dual del último juicio o subprincipio representa una aportación complementaria a la argumentación del Tribunal Constitucional en las sentencias examinadas. El elemento clave para evaluar la proporcionalidad de la medida es el juicio de alteración (3.1); en otras palabras, la determinación en el caso concreto del contenido esencial del derecho fundamental involucrado, que no puede ser alterado o afectado por la medida. Sólo tras haber identificado el contenido del derecho a la intimidad y corroborado su no alteración cobra sentido el juicio de justificación (3.2), ya que para

119 Seguimos en este punto a CIANCIARDO, J., “Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales”, *Persona y Derecho* 41 (1999), pp. 45-55; del mismo, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, cit., pp. 322 y ss.

120 MEDINA, GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, MacGraw-Hill, 1996, pp. 129-131, con apoyo en la jurisprudencia constitucional.

121 ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 112.

122 CIANCIARDO, J., “Máxima de razonabilidad...”, cit., pp. 51-55; del mismo, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, cit., pp. 347-352.

determinar el grado de restricción “resulta indispensable conocer en qué consiste concretamente ese derecho, cuáles son sus perfiles o límites, su relación con los restantes derechos constitucionales”¹²³. Esta comprensión del principio de proporcionalidad es la más coherente con la perspectiva relacional y sistemática del derecho a la intimidad propuesta en las páginas iniciales, donde la esfera íntima -y privada- aparece como uno de los bienes o valores básicos para el libre desarrollo de las personas, y donde el contenido del derecho a la intimidad no se delimita de forma aislada sino en conexión con los restantes derechos y libertades que protegen el haz de bienes y valores básicos. La determinación del contenido del derecho a la intimidad no es una tarea apodíctica sino prudencial, que requiere un diálogo o un vaivén regular entre los hechos del caso y las normas involucradas, y que está expuesta a la aparición de otras circunstancias relevantes que lo modifiquen y ajusten a la nueva realidad. Así se explican las modificaciones que ha experimentado el derecho a lo largo de su singladura iusconstitucional, y la inevitabilidad -y el beneficio- de que esto suceda¹²⁴.

§ 20. El principio de proporcionalidad es ejemplo eminente de la labor de ponderación de los órganos jurisdiccionales. Esa labor de ponderación incluye valoraciones; mejor aún, consiste, en lo esencial, en dar razones sobre las valoraciones empleadas y adoptadas¹²⁵. Y tratándose de una tarea prudencial, donde las razones son éstas pero pueden o podrían ser otras, ha de exigirse con mayor intensidad fundamentar las concretas razones adoptadas. En esto consiste la intervención del Tribunal Constitucional en la STCo 98/2000, de 10 abril, donde realiza algunas estimaciones valorativas en torno al derecho a la intimidad y sus relaciones con el poder de control empresarial en el marco de las relaciones laborales, argumentando y justificando razonablemente el porqué de su decisión. Ésta se sustenta en una estimación o valoración de las circunstancias distinta de la seguida en la sentencia recurrida, de modo que el Alto Tribunal tiene que aducir nuevas razones para fundamentar su separación de la decisión recurrida¹²⁶. Algo semejante ocurre en la STCo 186/2000, de 10 julio, donde el Tribunal ofrece diversas razones para fundamentar el sentido de su decisión, articulándolas en los distintos subprincipios del principio de proporcionalidad¹²⁷.

3.2. El abuso del derecho

§ 21. Si la vía para determinar la justificación de las medidas de vigilancia empresarial es el ejercicio de la ponderación por los órganos jurisdiccionales, resulta de enorme interés examinar una vía adicional de análisis de estos supuestos: el abuso del derecho, considerado, en reciente formulación, como un ilícito atípico¹²⁸. Las acciones abusivas son “acciones *prima facie* permitidas pero que finalmente resultan, *consideradas todas las cosas*, prohibidas. De acuerdo con su definición, su carácter de *prima facie* permitidas proviene de una regla permisiva bajo la cual resultan subsumibles. Su carácter de finalmente, *consideradas todas las cosas*, prohibidas proviene de una restricción a la aplicabilidad de la regla que viene exigida por los principios que determinan el alcance justificado de la regla misma”¹²⁹.

123 CIANCIARDO, J., “Máxima de razonabilidad...”, cit., p. 53.

124 Cfr. *supra* § 1-4.

125 Cfr. RIVAS, P., “Notas sobre las dificultades de la doctrina de la ponderación de bienes”, *Persona y Derecho* 41 (1999), pp. 105-119, quien reduce las tareas de ponderar, pesar, sopesar, etc. de los órganos jurisdiccionales a una única: valorar.

126 Cfr. *supra* § 15.

127 Cfr. *supra* § 16.

128 ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000.

129 *Ibid.*, pp. 58-59.

§ 22. La figura del abuso del derecho, entendido como mecanismo de autocorrección del Derecho¹³⁰, actúa como complemento del principio de proporcionalidad, y brinda una explicación y justificación de la actuación del Tribunal Constitucional en la STCo 98/2000, de 10 abril, donde estima la medida de vigilancia empresarial como lesiva del derecho fundamental a la intimidad del trabajador, y como tal injustificada –o abusiva-. Permite, asimismo, comprender *a contrario* el razonamiento y el fallo de la STCo 186/2000, de 10 julio, que considera justificada y respetuosa con el derecho a la intimidad del trabajador la medida de vigilancia enjuiciada.

Si bien tradicionalmente se ha circunscrito la figura del abuso del derecho al Derecho privado, singularmente en torno a derechos de contenido patrimonial, encabezados por el derecho de propiedad, su aplicación resulta asimismo posible, y fecunda, en el ámbito de los derechos fundamentales¹³¹. Más aún teniendo en cuenta que la expresión normativa de los derechos fundamentales suele ser bajo la forma de principios, cuya forma típica de aplicación es la ponderación¹³², y que la institución del abuso del derecho, entendida como ilícito atípico, se articula desde la distinción entre dos tipos de normas: las reglas y los principios.

§ 23. Un ilícito atípico exige la presencia de cuatro elementos¹³³: 1) la existencia, *prima facie*, de una acción permitida por una regla; 2) la producción de un daño, intencional o no, como consecuencia de esa acción¹³⁴; 3) el carácter injustificado de ese daño a la luz del balance entre los principios relevantes del sistema; y 4) la generación, a partir de ese balance, de una regla que limita el alcance de la primera, al calificar como prohibidos comportamientos que, de acuerdo con aquélla, aparecían como permitidos.

Por su parte, en el abuso del derecho, una de las figuras consideradas como ilícito atípico, las cuatro condiciones indicadas se concretan y manifiestan de la siguiente forma¹³⁵:

La acción *A* realizada por el sujeto *S* en las circunstancias *X* es abusiva si y sólo si:

- 1) Existe una regla regulativa que permite a *S* realizar *A* en las circunstancias *X*. Esta regla es un elemento del haz de posiciones normativas en que se encuentra *S* como titular de un cierto derecho subjetivo.
- 2) Como consecuencia de *A*, otro u otros sujetos sufren un daño, *D*, y no existe una regla regulativa que prohíba causar *D*.
- 3) *D*, sin embargo, aparece como un daño injustificado porque se da alguna de las siguientes circunstancias:

130 Cfr. *ibid.*, pp. 59-61.

131 Se muestran también partidarios de la aplicación del abuso del derecho a los derechos fundamentales ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J., *Ilícitos atípicos...*, cit., pp. 62-66; SERNA, P.; TOLLER, F., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales...*, cit., p. 99, y bibliografía presente en ellos.

132 Por todos ALEXY, R., “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, *Rechtstheorie* Beiheft 1 (1979), pp. 63-71 y 75-78; “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* Beiheft 35 (1985), pp. 19 y ss.; *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 86-103 y 111-115; “Rechtssystem und praktische Vernunft”, *Rechtstheorie* 18 (1987), pp. 405-419. Traducción de Jorge M. Seña, “Sistema jurídico y razón práctica”, en *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, cit., 1994, pp. 162-165; “Meine Philosophie des Rechts: die Institutionalisierung der Vernunft”. Traducción del original alemán de José Antonio Seoane, “La institucionalización de la razón”, *Persona y Derecho* 43 (2000), pp. 244-246; “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris* 13/3 (2000), pp. 295-298.

133 ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J., *Ilícitos atípicos...*, cit., p. 126.

134 En el abuso del derecho el daño tiene carácter directo; ello significa que el daño se produce al realizar, sin más, lo permitido por una regla regulativa. (*Ibid.*, p. 127).

135 Cfr. *ibid.*, p. 57.

3.1) Que, al realizar *A*, *S* no perseguía otra finalidad discernible más que causar *D* o que *S* realizó *A* sin ningún fin serio y legítimo discernible.

3.2) Que *D* es un daño excesivo o anormal.

- 4) El carácter injustificado del daño determina que la acción *A* quede fuera del alcance de los principios que justifican la regla permisiva a que se alude en 1) y que surja una nueva regla que establece que en las circunstancias *X'* [*X* más alguna circunstancia que suponga una forma de realización 3.1) o 3.2)] la acción *A* está prohibida.

§ 24. A nuestro entender, es posible precisar con mayor detalle el nivel 3) del proceso argumentativo, sustituyendo las alternativas 3.1) y 3.2) por el principio de proporcionalidad, articulado en los tres subprincipios de adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, y con la subdivisión en este último en los dos juicios, de alteración y justificación. En realidad, lo que tiene lugar en el nivel 3) es la actividad propia del razonamiento jurídico con principios -a diferencia de las reglas-: la ponderación, o valoración de los hechos, consideradas todas las circunstancias. De este modo, 3) podría ser enunciado de la siguiente forma:

3) *D*, sin embargo, aparece como un daño injustificado tras la aplicación del principio de proporcionalidad.

Por otra parte, en cuanto al nivel 4), en lugar de hablar de prohibición de la acción *A*, calificaremos a ésta como “no justificada” o “no proporcionada”; tal opción resulta más ajustada al resultado de la labor argumentativa del Tribunal Constitucional, y además no prejuzga otros posibles estatutos deónticos de la acción *A*.

§ 25. Si aplicamos las condiciones expuestas al caso enjuiciado en la STCo 98/2000, de 10 abril, donde se estima que la medida de vigilancia es desproporcionada -esto es, abusiva-, el razonamiento del Tribunal Constitucional seguiría los siguientes pasos:

- 1) En ejercicio de las facultades de dirección y control de la actividad laboral previstas en el art. 20.3 ET, la empresa Casino de La Toja, S. A. instaló aparatos de captación y grabación de sonidos en la caja y la ruleta francesa del casino, como complemento de un sistema de seguridad ya existente -un circuito cerrado de televisión-, con la finalidad de recoger y grabar las conversaciones que pudiesen tener lugar en las zonas de caja y ruleta francesa del casino y añadir un plus de seguridad para resolver posibles reclamaciones relativas al juego de la ruleta o a los cambios en caja.
- 2) Como consecuencia de la instalación del sistema mencionado el trabajador del casino recurrente en amparo sufrió una vulneración de su derecho a la intimidad. No existe, además, regla específica alguna que regule la instalación y utilización de los mecanismos de control y vigilancia indicados o que expresamente la prohíba.
- 3) El daño en el derecho a la intimidad del trabajador derivado de la adopción de la medida de vigilancia empresarial indicada se considera injustificado por el Tribunal Constitucional. Tal conclusión es el resultado de la aplicación, a la luz de los principios relevantes del sistema, del principio de proporcionalidad. El principio primordial en este balance es el del carácter preeminente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, acompañado por el que podríamos denominar principio de iusfundamentalización de las relaciones laborales. Las razones para la no justificación de la medida son varias: la ausencia de irregularidades previas o sospechas de tales irregularidades; la mera utilidad o conveniencia para la empresa no justifica la instalación de mecanismos adicionales de control existiendo ya otros eficaces; la consideración de la búsqueda de un

plus de seguridad como un fin excesivo y desproporcionado; el carácter genérico de la medida de control¹³⁶.

El carácter injustificado de la lesión de la intimidad determina que las medidas de vigilancia y control adoptadas en las circunstancias de la STCo 98/2000, de 10 abril, quedan fuera del alcance de lo prescrito en el art. 20.3 ET, al resultar contrarias al principio de preeminencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español –y, en última instancia, a la consideración debida a la dignidad humana del trabajador, límite expreso del último inciso del art. 20.3 ET, en relación con el art. 4.2 e) ET-, cuando se dan determinadas circunstancias. Surge así una nueva regla (por ejemplo, un párrafo segundo del art. 20.3 ET) que establece que no resultan justificadas las medidas de vigilancia y control cuando se den las siguientes circunstancias -conjunta o aisladamente-: inexistencia de sospecha previa; medida de carácter genérico; carácter no indispensable de la medida y posibilidad de adoptar una medida más benigna; etc.

En consecuencia, a la vista de todas las circunstancias indicadas, la instalación de los mecanismos de vigilancia indicados por parte de la empresa Casino de La Toja, S.A. ha de considerarse abusiva.

IV. CONCLUSIÓN

§ 26. Si bien el Tribunal Constitucional ha actuado *ad casum* en el examen de las presuntas violaciones del derecho a la intimidad de los trabajadores en las SSTCo 98/2000, de 10 abril, y 186/2000, de 10 julio, resolviendo en atención a los concretos hechos sometidos a su conocimiento, es posible perfilar “los equilibrios y limitaciones” de las facultades de vigilancia y control del empresario respecto de la intimidad de sus trabajadores con alcance general. La ausencia de regulación específica no ha conducido a un problema irresoluble¹³⁷; la laguna legal ha sido colmada a través de la labor de ponderación de los órganos jurisdiccionales, empleando los dos mecanismos examinados del principio de proporcionalidad y del abuso del derecho -que es en última instancia el resultado de la aplicación de aquél-. De las argumentaciones de ambas resoluciones es posible extraer una serie de condiciones cuyo incumplimiento o inobservancia significaría una extralimitación en el ejercicio de las facultades de vigilancia y control del empresario, por considerarse contrarias al derecho a la intimidad del trabajador y, en consecuencia, a su dignidad¹³⁸.

136 Siguiendo la estructura del nivel 3) de la argumentación en el modelo de Atienza y Ruiz Manero, habría que rechazar, a nuestro juicio, la existencia de una circunstancia 3.1), que implica un *animus nocendi* o intención subjetiva del empresario de causar el daño en el trabajador. Sí puede admitirse, en cambio, la calificación de la lesión de la intimidad del trabajador como un daño excesivo o anormal (3.2).

137 En este sentido, conviene indicar que en la actualidad existe una Proposición de Ley sobre “incremento de las garantías de trabajadores y funcionarios en materia de derecho a la intimidad, igualdad y no discriminación”, presentada por el grupo Parlamentario Socialista (BOCG Congreso de los Diputados, 16 febrero 2001, Serie B, núm. 109-1), cuyo artículo primero. 2 propone añadir al art. 4 ET un apartado 4 con el siguiente tenor literal: “Asimismo, se prohíbe la utilización de aparatos audiovisuales de observación y vigilancia electrónica sobre los trabajadores en el centro de trabajo en locales no abiertos al público, salvo pacto en contrario entre el empresario y los representantes de los trabajadores, y siempre que no se atente al contenido esencial del derecho a la intimidad, a la protección de datos y a la propia imagen”.

138 Sobre los inconvenientes y las ventajas del *definitional balancing* o balance definitorio, esto es, del establecimiento de reglas de elaboración jurisprudencial sobre la base de resoluciones de controverencias individuales que sirvan de orientación para el enjuiciamiento de casos similares en el futuro, cfr. SERNA, P.; TOLLER, F., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales...*, cit., pp. 60-63.

1. Existencia de un acontecimiento antecedente: irregularidades previas en el desempeño de la actividad laboral o, al menos, sospechas razonables de la existencia de tales irregularidades.
2. La instalación de la medida de vigilancia y control debe tener como única finalidad verificar dicho acontecimiento antecedente (juicio de adecuación).
3. La medida adoptada ha de resultar indispensable para verificar las sospechas o comprobar las irregularidades, o para la seguridad del centro de trabajo (juicio de necesidad).
4. El control de la actividad laboral obtenido con dicha medida ha de ser individualizado o particularizado, esto es, restringido al ámbito físico imprescindible. No se admite un control genérico de la actividad laboral (juicio de proporcionalidad *stricto sensu*).