

Trabajo fin de grado

*LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
DEL TRABAJADOR EN LA RELACIÓN
DE TRABAJO*

ROBERTO ISRAEL MAESTRO ANTOLÍN

(Dirigido por la profesora Carmen Pascual Allén)

Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos

Facultad de Ciencias del Trabajo

Universidad de Valladolid, junio de 2012.

SUMARIO DEL TRABAJO FIN DE GRADO

- 1- **Introducción.**
- 2- **Justificación de la elección del Trabajo Fin de Grado.**
- 3- **Derechos Fundamentales Individuales: El Derecho a la dignidad e intimidad en la relación de trabajo.**
 - 3.1. **Derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen.**
 - 3.1.1. **Derecho al honor de la persona del trabajador.**
 - 3.1.1.1. **Derecho al honor relacionado con la libertad de expresión.**
 - 3.1.1.2. **Derecho al honor relacionado con la libertad de información**
 - A- **La relación “ascendente” entre el derecho al honor y la libertad de información. (STC 225/2002)**
 - B- **La relación “descendente” entre el derecho al honor y la libertad de información.**
 - B.1. **STC 21/2000**
 - B.2. **STC 12/2012**
 - 3.1.2. **Derecho del trabajador a la propia imagen. (STC 99/1994, caso del “deshuesador de jamones”).**

3.1.3. Derecho a la intimidad personal. Secreto de las comunicaciones y otras situaciones. Limitación de controles empresariales.

3.1.3.1. Registros sobre la persona del trabajador y sus efectos personales.

3.1.3.2. Posibilidad de uso de sistemas de vigilancia y de escucha a distancia en el interior de la relación de trabajo.

3.1.3.3. Monitorización de llamadas entrantes y salientes. Un caso particular.

3.1.3.4. El control a través de agentes y detectives.

3.1.3.5. El control de los medios informáticos y de sus usos no laborales.

A- Uso “no laboral” del ordenador por el trabajador.

B- Navegación por Internet y uso personal del correo electrónico.

- Antes de la STS de 26 de septiembre de 2007.

- STS de 26 de septiembre de 2007.

- Evolución jurisprudencial más reciente:

sentencias posteriores a la STS de 26 de septiembre de 2007.

a- Doctrina Gradualista.

b- Línea continuista.

c- La “nueva línea” del Tribunal Supremo.

- STSJ Comunidad Valenciana, 28 de septiembre de 2010.

- STS 6 de octubre de 2011.

- Voto Particular.

- La situación actual: necesidad de una continua interpretación.

C- Redes sociales: facebook y twitter. Sus consecuencias.

3.2. Libertad ideológica y religiosa del trabajador.

- STC 38/2007.

- STC 51/2011.

4. Conclusiones Finales.

5. Referencias bibliográficas.

DERECHOS FUNDAMENTALES INDIVIDUALES DEL TRABAJADOR EN LA RELACIÓN DE TRABAJO

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio del trabajo fin de Grado que voy a desarrollar, consistirá en un análisis exhaustivo del tratamiento de los derechos fundamentales individuales del *trabajador como ciudadano*¹ en la relación de trabajo. Y será un análisis basado fundamentalmente en jurisprudencia, analizando Sentencias de los diferentes Tribunales del Orden Social y del Constitucional, mediante las cuales se van creando criterios jurídicos que sirven de guía para la resolución de casos futuros de igual o similar casuística.

Anticipando un poco los contenidos posteriores del trabajo, veremos como los diferentes Tribunales del Orden Social tratan el tema de forma minuciosa, valoran y analizan las características propias de cada caso y fallan en uno u otro sentido, dependiendo de ligeros matices que cada situación laboral presenta.

Al menos a primera vista, puede surgir la idea de que en ocasiones, se produce cierta contradicción en el tratamiento jurisprudencial de dichos derechos. Es decir, ante casos aparentemente similares, el fallo de las Sentencias puede ir en uno u otro sentido, dependiendo del enfoque por el que se opte.

Ni que decir tiene que las Sentencias de los Tribunales son todas ajustadas a derecho; pero ocurre, que los aspectos que vamos a tratar a lo largo de este trabajo se caracterizan por reflejar situaciones límite, donde va ser muy difícil determinar el punto exacto que delimita los derechos de una y de otra parte. No es fácil fijar dónde termina exactamente el derecho de la parte empresarial y dónde comienza el derecho de la parte trabajadora, o más bien de la parte "*ciudadano-trabajadora*".

Así por ejemplo, delimitar el momento exacto en que el control del empresario está atentando a la intimidad del trabajador, ya veremos como, en según qué situaciones, puede resultar una tarea realmente complicada.

Otra característica que quiero señalar aquí, es que las legislaciones que en teoría tendrían que regular estos aspectos, en muchas ocasiones son demasiado generales, no entran en el detalle exacto, sería complicadísimo, por no decir casi imposible que lo

¹ Los llamados derechos "*inespecíficos*", siguiendo la terminología de los profesores M.C. Palomeque y M. A. Álvarez de la Rosa en su manual "Derecho del Trabajo", 17ª Edición, página 114 y ss. Editorial universitaria Ramón Areces, 2009

hicieran, por lo que son los propios Tribunales los que van creando jurisprudencia a base de interpretar los casos que van surgiendo.

Por tanto no es una tarea sencilla conseguir normas claras que faciliten el tratamiento de los derechos fundamentales del trabajador como ciudadano en la relación de trabajo. El Tribunal Constitucional, es el órgano protector de estos derechos, los dota de un carácter preeminente, (a lo largo de este trabajo veremos como se contraponen estos derechos fundamentales del trabajador a otros derechos del empresario, por ejemplo, al poder de organización o de vigilancia y control), y a pesar de que ambos derechos están en diferente nivel para el Tribunal, éste, deja bien claro que ningún derecho es absoluto, ni siquiera los fundamentales. Y lo explicita en múltiples Sentencias, muchas de las cuales se irán analizando a lo largo del presente trabajo.

Además, al estudiar estos derechos del “trabajador-ciudadano”, no podemos obviar que la relación laboral está sujeta al contrato de trabajo. Por tanto, los derechos fundamentales de aquél son, en buena medida, moldeados o adaptados, por esta relación. El trabajador asume la pérdida de cierta autonomía, fruto de la libre aceptación de las condiciones de trabajo que el contrato impone.

Por último, para completar esta Introducción quiero añadir aquí dos elementos importantes, muy generales, pero que sin duda influirán en el tratamiento de los derechos fundamentales del trabajador en la relación de trabajo.

En primer lugar, me referiré a la nueva concepción del “ejercicio profesional” y del “puesto de trabajo” que existe en la sociedad actual, otorgándole connotaciones más amplias que hasta hace a penas unas décadas.

Hoy en día el concepto de puesto de trabajo se puede separar mucho más del de empresa, entendida como centro de trabajo. Es una separación no sólo física, también funcional. El trabajador ha dejado de ser una “mera extensión de la máquina” para convertirse en un recurso mucho más productivo, con una formación cada vez mayor, que puede aportar a la organización no sólo trabajo físico, también ideas, sugerencias, creatividad en definitiva. Con ello mejora el rendimiento del trabajador en el seno de la empresa y, sin duda, contribuye en mayor medida a la generación de valor en la misma. El empresario, consciente de esta nueva concepción del trabajador, más ampliada si se quiere, incorpora al puesto de trabajo medios que faciliten la recogida para la empresa de todo ese valor añadido al que me he referido. Y le entrega un teléfono móvil de empresa, un ordenador portátil, casi seguro con conexión a Internet, pone a su disposición un correo electrónico de trabajo...etc. Muchos de estos medios sirven en

determinados momentos para que el trabajador se conecte con el exterior de la empresa, contacte con proveedores, con clientes, sustituya la lentitud del correo tradicional por la agilidad del electrónico, conozca nuevas tendencias,...etc. Se trata, en definitiva, de ampliar el negocio y por supuesto, la aportación del trabajador al mismo.

Por tanto, el empresario quiere que el trabajador esté conectado con el exterior durante el trabajo, (quizá también busque su conexión con la empresa desde fuera del puesto, incluso si pudiera en horario no laboral). Estamos hablando pues, de un “solapamiento” en la figura del trabajador, de su vida personal y familiar con su vida profesional.

Todas estas connotaciones nos llevan a la idea de que el empresario “conecta” al trabajador al exterior para conseguir un valor añadido de éste.

Parece lógico por tanto, al menos desde mi punto de vista, que ya que lo “conecta”, es decir, lo “externaliza” por su interés, la parte empresarial entienda que el trabajador pueda utilizar en determinados momentos esas “conexiones” para un uso personal, siempre, por su puesto, dentro de la moderación y con el mínimo coste posible, a nivel económico y también a nivel de rendimiento. *“Inocuidad en el uso privado de las TIC”², al que se refiere Calvo Gallego, en su artículo “TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales”.*

En segundo lugar, enlazando con lo anterior, la evolución técnica que se está produciendo en los últimos años en materia de tecnologías de la información y comunicación es enorme, además cada vez a mayor velocidad. Esto hace que las leyes o mejor, la normativa en general, que pudiera ir surgiendo para regular estos aspectos pronto quedaría desfasada. Por aclararlo con un ejemplo: *“cómo pueden manipularse los ordenadores de la empresa para conocer el uso que hacen de ellos los trabajadores, afectando lo más mínimo a su intimidad”*. En breve espacio de tiempo, fruto de la evolución tecnológica, surgirán nuevos mecanismos, que sin incumplir las restricciones que marcara esa hipotética ley o “pacto”, conseguirán los mismos resultados, justo los que se querrían evitar con las citadas “restricciones”. Protección de la intimidad personal del trabajador, de su dignidad, de su libertad religiosa... Todos los derechos en definitiva, a los que me iré refiriendo a lo largo del presente trabajo y otros que no analizaré por tener carácter colectivo, como pudiera ser la libertad sindical.

² *“TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales”*. Calvo Gallego, F.J. Aranzadi Social. 2012, página 3.

2. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL TRABAJO FIN DE GRADO

La prevalencia que la Constitución Española otorga a los derechos fundamentales de los ciudadanos se ve, cuando menos, cuestionada por la figura del contrato de trabajo. Con el contrato de trabajo, el ciudadano, ahora convertido en trabajador, acepta someterse al poder de organización y dirección de otra persona, a cambio de una retribución.

El problema se va a presentar cuando esa aceptación de sometimiento del trabajador implica connotaciones demasiado restrictivas en derechos de éste, y máxime cuando estamos hablando de los llamados *derechos fundamentales*³ a los que nuestra Constitución otorga una prevalencia como a ningún otro.

El objetivo será encontrar un espacio común, de consenso, que permita al empresario ejercer su poder de dirección sin dañar los derechos fundamentales de un ciudadano, que si bien ha adquirido la condición de trabajador mediante la aceptación del contrato, nunca va a perder por ello su condición natural básica, la de ciudadano, y por tanto tampoco lo hará en el seno de la relación laboral.

La casuística se complica aún más, desde el momento en que los criterios jurisprudenciales, el Tribunal Constitucional en definitiva, en múltiples ocasiones ha dejado claro que ningún derecho es absoluto, ni siquiera los fundamentales. Por tanto, también éstos, en determinados momentos pueden quebrar en aras del poder de dirección del empresario.

Por otra parte, el empresario, apunta su poder de organización y dirección hacia determinados objetivos, pone a disposición del trabajador medios de producción de su propiedad con la finalidad de alcanzar la maximización del beneficio, objetivo tradicional de toda empresa. Por tanto, nos estamos refiriendo a medios de producción de titularidad empresarial pero de manipulación o uso del trabajador, muchos de los cuales proporcionan posibilidades que superan la actividad laboral originaria, y pueden, con facilidad, mezclarse con usos eminentemente personales.

De todo ello se desprende que el control del uso de estos medios de producción, no puede ser un control al uso. La materia sobrepasa el ámbito estrictamente laboral y se adentra en derechos fundamentales del trabajador, con la particularidad referente a la “*superprotección*” que la Constitución Española les otorga a dichos derechos.

Como expone Palomeque “*se produce una impregnación laboral de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su utilización por trabajadores*

³ Derechos Fundamentales, Sección 1ª, Capítulo II del Título I de la Constitución Española, junto con el art. 14CE, derecho de igualdad.

*asalariados (también eventualmente por empresarios) a propósito y en el ámbito de un “contrato de trabajo”.*⁴

Nos vamos a mover por tanto en un terreno altamente movedizo, sin a penas reglas ni por su puesto leyes, que faciliten la regulación de estos aspectos. Donde, como ya reflejé en la introducción, son los diversos Tribunales con su análisis individualizado de los casos, los que han ido e irán creando jurisprudencia.

Todo este cúmulo de connotaciones especiales, desde mi punto de vista, justifica claramente la realización de un estudio de este tipo. Se trata de un análisis jurisprudencial de derechos fundamentales precisamente en una parte del Ordenamiento de contenido eminentemente jurisprudencial, donde se mezclan derechos fundamentales del trabajador con poder de dirección del empresario, propiedad de los medios de producción con un uso personal de los mismos, contenido laboral con contenido no laboral, constituyéndose así una “atmosfera” que resulta ideal para pensar en un análisis de este tipo. Es un campo de estudio árido y extenso, pero a la vez apasionante, que presenta además causas estructurales que lo dotan de enorme actualidad⁵ y de creciente interés, en la realidad de las relaciones laborales de hoy en día. Las causas a las que me estoy refiriendo, algunas de las cuales ya han sido planteadas, son desarrolladas más extensamente por Salvador del Rey Guanter, en su artículo doctrinal “*Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general*”. A continuación procedo a realizar una síntesis de lo enunciado por el autor en el citado artículo:

1. La idea de trabajador como un ser completamente laboralizado, prácticamente como una “mera extensión de la máquina” a día de hoy, no tiene ningún sentido. Se tiende a dar primacía a aspectos como la implicación personal y el desarrollo de la personalidad del trabajador.
2. Sustitución del antiguo “deber de fidelidad” del trabajador por el de “buena fe contractual”. Este deber de “buena fe contractual”, aún con todas las posibles implicaciones limitadoras de los derechos fundamentales, es bastante más flexible con el respeto de éstos, que la concepción antigua del deber de fidelidad del trabajador en la relación laboral.
3. La horizontalización de los derechos fundamentales, es decir la eficacia de éstos también en las relaciones entre particulares (*drittwirkung*).

⁴ “Son derechos del ciudadano trabajador.....que ejercita como trabajador ciudadano”. Palomeque

⁵ En fechas recientes era noticia en los medios de comunicación el “caso del cura casado”, exsacerdote que tras su renuncia continuó ejerciendo como profesor de Religión Católica. Fue despedido por adherirse al “*Movimiento pro celibato*”. El caso aún está en la 2ª Instancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pendiente aún de resolver.

4. La figura del contrato de trabajo es un condicionante intrínseco de los derechos fundamentales de la persona. En efecto, características como la ajenidad y la dependencia son por definición rasgos limitadores de la aplicación de los derechos fundamentales en la relación de trabajo. La cuestión será ver hasta dónde el empresario puede limitar los derechos fundamentales del trabajador basándose en su poder de dirección, en su libertad de empresa, en la búsqueda del mayor rendimiento, etc.

Concretamente, en este trabajo vamos a analizar aspectos como **hasta dónde puede exigir el empresario al trabajador que decline en derechos “tan” fundamentales como el derecho al honor, a la intimidad personal y al secreto en las comunicaciones, (art. 18 CE), a la libertad de expresión y al derecho a comunicar o recibir libremente información (art. 20 CE), a la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos (art.16 CE),...**Estos y otros aspectos serán desarrollados en los sucesivos puntos de este trabajo fin de grado.

5. La individualización de las relaciones laborales cada vez mayor en los tiempos actuales, máxime en el tema que nos ocupa.

6. Las nuevas formas organizativas del trabajo, el trabajo en equipo, cada vez más importante en nuestros días. Por encima de la obediencia, a los trabajadores se les piden cualidades mucho más completas como son la creatividad, el compromiso con los objetivos de la organización, con los valores organizacionales... etc. Es decir, hoy se pide al trabajador un “poco más” que el simple trabajo físico. Es difícil conseguir esto si no existe un salto cualitativo en la gestión de los recursos humanos, tolerando ciertos derechos del trabajador como ciudadano que es y sigue siendo también durante su jornada laboral.

7. La “terciarización” de las relaciones laborales. Hoy en día son muy habituales los trabajos en el sector terciario donde el trabajador está en contacto de una u otra manera con personal ajeno de la empresa, como pueden ser clientes, proveedores, intermediarios,..etc. Ocurre que en determinados momentos puede llegar a confundirse vida privada y trabajo y pueden chocar derechos fundamentales de todo ciudadano con obligaciones de un trabajador, dentro de una relación de subordinación y dependencia.

8. El hecho de que en el centro de las relaciones laborales estén personas, con sus derechos fundamentales inherentes a su condición de ser humano, dota de mayor importancia la protección de estos derechos. Aspectos como la conciliación de la vida familiar y laboral, de suma importancia en nuestros días, conllevan una aspiración a

veces muy legítima a una mayor libertad en el ejercicio de su relación laboral, que lo que podría indicar el Estatuto de los Trabajadores⁶

3- DERECHOS FUNDAMENTALES INDIVIDUALES: EL DERECHO A LA DIGNIDAD E INTIMIDAD EN LA RELACIÓN DE TRABAJO

Además de retribuir su trabajo, el empresario está obligado a tratar al trabajador con dignidad, a proteger su vida y su integridad física, y a tutelar sus intereses y sus expectativas de formación profesional y promoción en el trabajo; debe respetar, asimismo, los derechos que como persona le están reconocidos por el ordenamiento jurídico y en particular por el texto constitucional.

Los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución reconoce a la persona (artículos del 15 al 29, a los que hay que añadirse el artículo 14, sobre igualdad y no discriminación) acompañan a ésta en todas las facetas de su vida social, y son ejercitables también en el seno de la relación de trabajo, sin perjuicio de que en este ámbito hayan de relacionarse con las obligaciones propias del contrato, como la buena fe y con los intereses legítimos de la empresa.

La base de los derechos fundamentales es la “dignidad de la persona” y los “derechos inviolables que le son inherentes”, una de cuyas manifestaciones más importantes es el derecho a la intimidad, que por su relevancia específica cuenta con recepción expresa en el art.18.1 CE y en numerosos textos internacionales. Los derechos a la dignidad e intimidad tratan de preservar la esfera espiritual, afectiva e íntima de la persona, confiriéndole en primer término la capacidad de “autodeterminación consciente y responsable de la propia vida” y adicionalmente una especie de “derecho de control” sobre sus opciones vitales, sus relaciones afectivas o sus datos personales.

El art. 4.2.e E.T. reconoce el derecho del trabajador *“al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad”*, que no tiene desarrollo legal propiamente dicho, pero que cuenta con múltiples alusiones a lo largo de la legislación laboral⁷. Aunque finalmente afecta a todos los sujetos presentes en el medio laboral (sindicatos, representantes legales, compañeros de trabajo, etc.), vincula sobre todo al empresario, que ve limitadas sus facultades de organización, dirección y control del trabajo.

⁶ Art. 1.1.ET: *“La presente Ley será de aplicación 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”*.

⁷ Artículos 18 ET , 20.3 ET ó 50.1 ET.

Realizar un análisis de los “derechos fundamentales individuales” completo, desde mi punto de vista obligaría a una subdivisión de contenidos en al menos tres o cuatro grandes bloques de contenidos. Sin embargo, este hecho nos llevaría a un trabajo demasiado extenso de acuerdo con las instrucciones de confección sugeridas. Por ello, me voy a centrar en dos grandes bloques de contenidos. Por una parte el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen y por otra la libertad ideológica y religiosa del trabajador. la naturaleza del mismo analizar el contenido en voy a dividir el contenido del mismo en tres grandes bloques, dos de los cuales (“derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen” y “libertad ideológica y religiosa del trabajador”). El derecho a la protección de datos y el derecho frente al acoso en el trabajo, reconociendo la importancia de dichas partes no son desarrollados en este trabajo fin de grado para evitar una extensión excesiva o por el contrario no entrar en los contenidos con el detalle mínimo que requiere un trabajo de este tipo. Piénsese que el objeto de este estudio no son los simples derechos enunciados, sino las interacciones entre ellos y sobre todo los criterios jurisprudenciales a la hora de resolver los diferentes conflictos que con facilidad aparecerán en la relación de trabajo.

Los dos grandes bloques de los que he hablado anteriormente, enumerados como siguen en el “sumario” del trabajo, son los siguientes:

- 3.1 Derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen.
- 3.2 Libertad ideológica y religiosa del trabajador

3.1. DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y A LA PROPIA IMAGEN

3.1.1. DERECHO AL HONOR DE LA PERSONA DEL TRABAJADOR

Una primera manifestación de la dignidad e intimidad es el derecho al honor, reconocido en el artículo 18.1.CE, y con indudable trascendencia en el ámbito laboral o profesional⁸.

El derecho al honor es sobre todo salvaguarda del prestigio o la reputación profesional del trabajador frente a posibles ataques de terceros, y en especial, frente a críticas, opiniones o informaciones que careciendo de fundamento o veracidad, menoscaben su bagaje profesional.⁹

⁸ El ámbito profesional, el trabajo “*para la mujer y el hombre de nuestra época, representa el sector más importante y significativo de su quehacer en la proyección al exterior, hacia los demás e incluso en su aspecto interno es el factor predominante de realización personal*”. (TC 223/1992, de 14 de diciembre)

⁹ TS Civil 31 de julio 1996; No lesiona ese derecho la difusión interna por parte de la empresa de los hechos que dan lugar a despido, según TC 282/2000, de 27 de noviembre

Dentro del concepto constitucional de *honor* tiene cabida, ciertamente el “prestigio profesional” del individuo, una forma destacada de “manifestación externa” de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad.

Aunque es cierto que la crítica profesional puede ser realizada, en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias, el “juicio crítico” o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un auténtico ataque a su honor personal. Para que la consideración de un tercero de no ser buen profesional resulte lesiva del derecho al honor tiene que exceder de la libre evaluación y calificación para encubrir con arreglo a su naturaleza, características y forma una descalificación de la persona misma.¹⁰

A la hora de estudiar el derecho al honor y la salvaguarda del prestigio profesional me he apoyado en jurisprudencia diversa¹¹. En concreto la Audiencia Provincial de Lugo fija una serie de **criterios clarificadores a la hora de atentar contra el honor de una persona en el seno de una relación laboral**, normas que, según indica la propia Audiencia, se hacen más flexibles si cabe en el seno de un contexto de enfrentamiento laboral como pueden ser casos de despidos, de expedientes de regulación de empleo, huelgas....etc.

A continuación desarrollo estos criterios jurisprudenciales para explicar el tratamiento del derecho al honor relacionado con la libertad de expresión:

3.1.1.1. DERECHO AL HONOR RELACIONADO CON LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1- El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art.18 CE) y el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (art.20.1.a CE) **se limitan mutuamente** y es más plausible esta limitación si cabe, en casos de conflictos laborales.

2- La libertad de expresión comprende la **crítica de la conducta de otro** aún cuando pueda ser desabrida y molestar o disgustar a quien sea objeto de la misma.

¹⁰ Sentencias del Tribunal Constitucional: 223/1992, 321/1993, 180/1999 y 282/2000

¹¹ En concreto es de gran utilidad didáctica la reciente **Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sentencia núm. 133/2012 de 22 de febrero**, dictada en apelación al fallo de la sentencia en Primera Instancia del Juzgado nº 1 de Mondoñedo.

3- Si esa crítica se proyecta sobre **cargos públicos** o personas que ejerzan un cargo público o una profesión con tal proyección, la **libertad de expresión e información tiene un mayor peso que el derecho al honor.**

4- **Determinadas expresiones** que por si solas pueden resultar sumamente ofensivas o atentatorias contra el honor, en un **contexto de tensión laboral** ante casos de despidos, huelgas, o movilizaciones en general, pueden ver **reducido en cierta manera su sentido atentatorio.**

Estos criterios llevados al caso real al que me estoy refiriendo se resumen en que una supuesta expresión de “*ganster*” o “*prácticas mafiosas*” realizadas por unos sindicalistas contra el consejero-delegado de una empresa, en un medio de comunicación, **no constituyen delito contra el honor** de este señor toda vez que **se han hecho en el transcurso de una situación clara de conflicto laboral.**

3.1.1.2. EL DERECHO AL HONOR RELACIONADO CON EL DERECHO DE LIBERTAD DE INFORMACIÓN.

En el desempeño de determinadas profesiones suelen surgir con cierta habitualidad conflictos o roces entre derechos fundamentales. De todas ellas la profesión más ejemplificadora para analizar las posibles relaciones de conflicto que pueden darse entre los derechos fundamentales al honor y a la libertad de información es la profesión de periodista o, como explicaré un poco más adelante, “profesional de la información”.

El trabajo del periodista conlleva en mayor o menor medida una carga de subjetividad a la hora de redactar la noticia que sin duda puede ser fuente de conflictos. Por un lado, el periodista con su propia empresa, por otro, con las personas que de alguna forma están relacionadas con la información. Surgen, por tanto, dos puntos de vista diferentes a la hora de analizar esta relación de conflicto.

El primero de ellos consiste en enfocar la cuestión desde la **controversia** que puede surgir entre el **punto de vista personal del periodista y la línea editorial del medio de comunicación** donde se publica el artículo. Es decir, en muchas ocasiones el periodista redacta la noticia con su punto de vista propio, esto es, con una subjetividad que es difícil de evitar a la hora de hablar sobre determinados temas. Y este “enfoque personal” que le da el periodista, puede que no coincida con la línea editorial del medio de comunicación en cuestión. De ocurrir esto, es decir, de darse esta discrepancia

ideológica, sin lugar a dudas, se haría muy difícil que un determinado profesional¹² pudiera trabajar en dicho medio de comunicación.

La segunda de las posibilidades a la hora de analizar el conflicto entre el derecho al honor y la libertad de información es fijarse en la posible **controversia que puede generar la información publicada en el honor de la persona objeto de la misma.**

Son dos puntos de partida diferentes a la hora de efectuar este análisis.

Ni que decir tiene que el primero de los dos puntos de vista entra dentro de la materia de este trabajo fin de grado.

En el seno de una relación laboral, un ciudadano-trabajador, en el caso que analizaremos un periodista del extinto diario “Ya” ve como sus derechos fundamentales al honor y a la libertad de información peligran debido a que se produce un cambio en la tendencia ideológica del periódico que muy fácilmente va ser fuente generadora de conflictos cuando el periodista enfoque las informaciones seguramente desde puntos de vista distintos a la línea oficial del diario. En este caso analizaremos la relación de conflicto en sentido “ascendente”, es decir, desde el periodista a la editorial que publica el periódico, en definitiva del trabajador-ciudadano al empresario.

El segundo punto de vista presenta unas peculiaridades propias que hacen que no sea “estrictamente” materia objeto de este trabajo. La explicación es clara, el derecho fundamental “afectado” no es el del profesional de la información, sino el de la persona o personas relacionadas con la información. Por tanto no confluyen en la misma persona los tres pilares, ciudadano-trabajador, derecho al honor y libertad de información.

Sin embargo, a pesar de ello, a la hora de realizar el análisis jurisprudencial he optado por dar una visión completa, es decir, por realizar el estudio desde los dos puntos de vista. Y lo he decidido así, porque es verdad que el trabajador-ciudadano objeto de la controversia es el periodista pero no es menos cierto que a veces las noticias publicadas son sobre otros trabajadores, que en el seno de su relación profesional pueden verse afectados por informaciones sobre ellos. Es decir, la libertad de información ejercida por alguien, en el caso que analizaremos por el periodista del diario El Mundo, influye en la labor profesional de otro trabajador, en el caso al que me referiré, altos mandos del Ejército español. E igualmente en el segundo ejemplo que he desarrollado, el del periodista el cual realiza un reportaje sobre el intrusismo profesional, concretamente en la profesión de fisioterapeuta. Por tanto, reconociendo que no se da la confluencia

¹² En mi opinión, podríamos ampliar el concepto hasta el de “**profesional de la información**”, dando cabida incluso a los “**humoristas de la información**”, entendiéndolos por éstos a presentadores de programas de humor que analizan la actualidad mezclando entrevistas con comentarios más o menos graciosos de políticos o de personas de la vida social.

exacta del supuesto, desde mi punto de vista no está de más el tratar estos dos casos porque creo que amplían la visión de la materia, al fijarse esta vez en la relación de conflicto en sentido descendente, desde el periodista hasta el “actor” de la noticia. Con ello creo que se completa el tratamiento jurisprudencial sobre la relación de conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor, y por ello he optado por tratar las dos líneas argumentales.

Para el primero de los casos me he fijado en la **Sentencia 225/2002, de 9 diciembre**, Sentencia en la que el Tribunal Constitucional otorga el amparo a un periodista del diario “Ya”, el cual ante el repentino cambio de línea ideológica que tuvo el periódico, que los Tribunales consideraron probado que se dio, y que sin lugar a dudas podía generar problemas en la relación laboral entre el periodista y el citado periódico, decide abandonar el periódico antes de reclamar judicialmente la indemnización correspondiente.

Para el segundo de los puntos de vista he analizado la **Sentencia 21/2000 del Tribunal Constitucional**, sobre *supuestas irregularidades en un concurso público para la asignación de una reserva de equipamiento de soldados*, y la reciente **Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2012, de 30 de enero**, sobre un *caso de periodismo de investigación en ciertas profesiones, concretamente en la de fisioterapeuta*.

A/ Primer punto de vista: La relación “ascendente” entre el derecho al honor y la libertad de información.

STC 225/2002, de 9 diciembre

Como ya he comentado anteriormente esta Sentencia se corresponde con el primero de los puntos de vista a la hora de analizar la relación de conflicto que puede llegar a darse entre el derecho al honor y la libertad de información.

El caso que en ella se resuelve muestra un ejemplo paradigmático para ver esta relación. Mediante esta Sentencia el Tribunal Constitucional dejó muy claros los criterios de tratamiento de la relación entre estos derechos y además avanza correctamente en la enunciación de criterios de resolución de otros posibles problemas diferentes del caso que nos ocupa.

En la citada Sentencia se resuelve el caso de un periodista del diario “Ya” que venía prestando sus servicios laborales para las distintas editoriales del diario desde noviembre de 1996 con la categoría profesional de redactor. En septiembre de 1997 el citado diario comienza una nueva etapa con un nuevo director quien ofrece al

demandante el cargo de subdirector, aceptándolo éste. En esta nueva etapa, el diario cambia de línea ideológica y publica artículos que llegan a provocar *indignación* en el ahora subdirector del periódico, quien decidió rescindir su relación jurídica y laboral con las empresas editoras. El demandante, días más tarde, interpuso demanda a tenor de lo establecido en el artículo 50.1 a) ET¹³, reclamando la resolución del contrato de trabajo que le unía con las editoras del diario. En el acto del juicio, al que no compareció la parte demandada, adujo que *“el periódico cambió radicalmente su orientación desde la llegada del nuevo director, adquiriendo un matiz ultraderechista, razón por la cual había abandonado su puesto de trabajo entendiéndose amparado por su derecho fundamental a la cláusula de conciencia”*. (art. 20.1.d. CE). El Juzgado de lo Social de Madrid basándose en la Ley Orgánica 2/1997, *reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información*, dado el cambio ideológico del periódico, no cuestionaba el derecho del actor a solicitar la rescisión de su contrato, si bien si deja claro que *“son los tribunales y no el propio interesado por sí mismo”* quienes deben decidir sobre la posibilidad en cada caso de *“acogerse a la dimisión indemnizada del art.50.1.a) ET”*. Por tanto *“atendiendo a que el actor procedió a romper su relación laboral unilateralmente, en fecha anterior a la demanda, carece de acción para solicitar en un momento posterior la resolución contractual”*.

El demandante formalizó recurso de suplicación resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmando el pronunciamiento de instancia, reiterando la jurisprudencia aplicable sobre el art.50.1.a) ET. La única excepción a la regla general de la pervivencia de la relación laboral exige la concurrencia y prueba de circunstancias de *“extrema gravedad”*, de forma que si ello no acontece, el precepto no autoriza a que el demandante califique y valore anticipadamente la existencia de causa resolutoria, y abandone el puesto de trabajo. Contra ambas Sentencias formuló recurso de amparo¹⁴ ante el Tribunal Constitucional. Éste finalmente otorgó el amparo al demandante, reconoció la nulidad de la Sentencias anteriores y retrotrajo las actuaciones procesales al momento inmediatamente anterior a la Sentencia de primera instancia.

¹³ La nueva redacción tras la Reforma Laboral de febrero de 2012 amplía las causas justas para que el trabajador, por su propia voluntad, pueda rescindir su contrato de trabajo con derecho a percibir la indemnización de un despido improcedente. En concreto se introduce la posibilidad de acogerse a esta modalidad de rescisión cuando se produzca una modificación sustancial que redunde no sólo en un menoscabo de la dignidad del trabajador, (antes en el Estatuto de los Trabajadores), sino también (modificación, febrero 2012) cuando la parte empresarial no haya seguido el procedimiento establecido en el artículo 41 del ET para llevar a cabo una modificación sustancial (Art.50.1.ET).

¹⁴ Recurso de amparo por vulneración del art. 20.1 d) CE, interesando la declaración de su derecho a la resolución contractual conforme a lo establecido en el art. 50 ET.

Criterios/Notas jurisprudenciales de tratamiento de la cláusula de conciencia (art.20.1.d CE) que se desprenden de la STC 225/2002

Para el análisis de la citada Sentencia hay que estar a lo dispuesto en diversos artículos de la Constitución Española (art. 20.1.d y art.16) y de la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información¹⁵. (Exposición de motivos y art. 2, principalmente)

Tras citar estos artículos básicos en la materia que aquí nos ocupa, paso ahora a señalar los **criterios de tratamiento de la cláusula de conciencia**.

1- Una primera idea que se puede reflejar, con la simple lectura del citado art.20.1.d CE y con el análisis de múltiple jurisprudencia constitucional¹⁶, es que son **titulares de la libertad de información** los medios de comunicación, los periodistas, cualquier persona que facilite la noticia veraz de un hecho e incluso la colectividad en cuanto receptora de aquélla, es decir, la sociedad en general.

2- La protección constitucional del derecho **alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información** a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa entendida en su más amplia acepción¹⁷. Ello no quiere decir que los profesionales de la información tuvieran un derecho fundamental reforzado respecto a los demás ciudadanos; sino sólo que, al hallarse sometidos a mayores riesgos en el ejercicio de sus libertades de expresión e información, precisaban y gozaban de una protección específica.

¹⁵ Art. 20.1.d. CE: “reconoce y protege los derechos a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la **cláusula de conciencia** y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”.

Este artículo 20.1. d CE, la cláusula de conciencia, tuvo su desarrollo legislativo por la anteriormente citada Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información. Esta ley, en su *Exposición de Motivos* aclara “que la fuerza normativa de la Constitución ha dotado a este derecho de **plena eficacia jurídica** desde su promulgación y, en consecuencia, su exigibilidad jurídica vincula a poderes públicos y a particulares” Igualmente en esta *Exposición de Motivos* se deja claro “la consideración del profesional de la información como agente social de la información” y “la concepción de las empresas de comunicación como entidades que, más allá de su naturaleza jurídica -empresas públicas o privadas-, participan en el ejercicio de un derecho constitucional, que es condición necesaria para la existencia de un régimen democrático”.

En su art. 2: 1- *En virtud de la **cláusula de conciencia** los profesionales de la información tienen derecho a **solicitar la rescisión de su relación jurídica con la empresa** de comunicación en que trabajen.*

a- *Cuando en el medio de comunicación con el que estén vinculados laboralmente se produzca un **cambio sustancial de orientación** informativa o **línea ideológica**.*

b- *Cuando la empresa **les traslade a otro medio** del mismo grupo que por su género o línea **suponga una ruptura patente con la orientación profesional** del informador.*

2- *El ejercicio de este derecho dará lugar a una **indemnización**, que no será inferior a la pactada contractualmente o, en su defecto, a la establecida por la Ley para el despido improcedente.*

¹⁶ STC 6/1981, 105/1983, 168/1986, 165/1987, 6/1988, 176/1995, 4/1996.

¹⁷ STC165/1987, 105/1990, 176/1995.

3- En el caso de la STC 225/2002 es clara la existencia del **derecho a la cláusula de conciencia**. Se declara probado el “cambio ideológico” del diario en el que prestaba sus servicios el recurrente¹⁸ Las Sentencias de primera y segunda Instancia aplicaron estrictamente el art. 2 LO 2/1997. En principio esta ley, salvo casos de urgencia aproximaba el tratamiento dado a estas situaciones al procedimiento fijado en el artículo 51 ET. Los Tribunales no estimaron existente esa “emergencia”, (hasta el fallo del Constitucional, el único que calificó así la situación que podría llegar a darse de no abandonar el periodista el medio de comunicación fue el Ministerio Fiscal, precisamente en su escrito de alegaciones adjuntado al Recurso de amparo).

4- Sin embargo, la peculiaridad y lo que realmente dota de relevancia a esta Sentencia es la conexión que ve el Constitucional entre la cláusula de conciencia y la libertad ideológica reconocida en el art. 16 CE¹⁹ y sobre todo con la libertad de información, regulada en el mismo art. 20 CE.

El Tribunal Constitucional considera que el art. 2 de la LO 2/1997 es “*un mero punto de partida*”. Considera que **la cláusula de conciencia guarda una íntima conexión con la libertad de información** y tal libertad no integra solamente un **derecho subjetivo de los profesionales de la información**, sino también **una garantía de la formación de una opinión pública libre**.

5- En cuanto derecho subjetivo del profesional de la información, “**el derecho a la cláusula de conciencia protege la libertad ideológica, el derecho de opinión y la ética profesional del periodista**”.

6- Supuesto el cambio sustancial en la línea ideológica del medio de comunicación, excluir la posibilidad del cese anticipado en la prestación laboral y obligar al profesional, a permanecer en este caso en el periódico “Ya”, ocupando nada menos que el cargo de subdirector del citado diario hasta que se produzca la resolución judicial extintiva, implica aceptar la vulneración del derecho fundamental, al menos transitoriamente, durante el desarrollo del proceso, algo que resultó inaceptable para el Constitucional.²⁰

7- Pero como ya he reflejado anteriormente esta sentencia no se quedó ahí, traspasa el ámbito del caso concreto en cuestión, dando solución a posibles casos futuros que puedan plantearse. Y lo hace desde el momento en que se percata que **la**

¹⁸ Se publicaron “*artículos que provocaron indignación en el trabajador*” y que dan lugar “*a una situación incómoda y angustiosa*”.

¹⁹ Art.16.1.CE: “*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*”.

²⁰ El Constitucional otorgó el amparo y reconoció su derecho a la cláusula de conciencia retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la Sentencia del Juzgado de lo Social.

modificación de la línea ideológica del periódico, con el periodista además ahora ocupando el cargo de subdirector del periódico, sin lugar a dudas **puede alterar la formación de una opinión pública correctamente informada.**²¹

Luego lo que hace el Tribunal Constitucional es a través de la resolución de un caso particular de un periodista dar solución o cuando menos preocuparse por un derecho fundamental de toda la sociedad pública. Según el autor Calvo Gallego se *“fija no sólo en la vertiente subjetiva de la libertad de información sino también en la vertiente institucional, esto es, como forma de asegurar la transmisión de toda la información por el profesional del medio, contribuyendo a conservar el pluralismo que justifica el reconocimiento y paliando el efecto silenciador, que por su propia estructura, puede producir el mercado de comunicación”*.

Desde mi punto de vista personal el tratamiento proteccionista que da el Tribunal Constitucional a la formación de una opinión pública correctamente informada, alejada de cualquier sesgo o censura se corresponde con el especial interés que mostró el Estado español en que no volvieran a repetirse situaciones habituales en la época preconstitucional. Por ello la Constitución fijó la cláusula de conciencia entre los derechos fundamentales y por eso el desarrollo legislativo se hizo mediante ley orgánica, la citada LO 2/1997, de 19 de junio.

B/ Segundo punto de vista: La relación “descendente” entre el derecho al honor y la libertad de información.

Ya ha quedado claro en puntos anteriores de este trabajo, que en España a día de hoy, en general existe amplia libertad de información. No obstante, ningún derecho es absoluto, ni siquiera los fundamentales²² por tanto no se puede publicar una información sin cumplir unos mínimos requisitos, marcados generalmente por la jurisprudencia.

La publicación tiene que presentar unas características de veracidad que implican a su vez una diligencia del informador. El problema radica en que estas características de veracidad y diligencia presentan un grado de subjetividad que fácilmente va a ocasionar problemas de interpretación.

²¹ “...se pone en riesgo la formación de una opinión pública libre y consciente necesaria en toda sociedad abierta e informada”. “Sobre el modo de ejercicio de la cláusula de conciencia y otras cuestiones conexas”. Calvo Gallego, FJ.. Aranzadi Social. 2002

²² A lo largo de este trabajo fin de grado ya ha surgido esta idea, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional así lo ha dejado claro en múltiples Sentencias.

B.1/ STC 21/2000, de 31 de enero

Para analizar este tema me he valido de un caso real de conflicto de los citados intereses en una **información publicada por el periódico El Mundo** bajo el título de *“graves irregularidades en un concurso de 25.000 millones de pesetas en material militar”*. He elegido este caso porque presenta características que, desde mi punto de vista hacen de él un supuesto muy completo y ejemplificador de la materia que nos ocupa. En concreto y haciendo una síntesis del caso se trata de un hecho en el que un periodista de el diario El Mundo recibe un anónimo informándole de irregularidades en un concurso público para la asignación de una reserva de equipamiento de soldados. El periodista, tras realizar unas pequeñas o no tan pequeñas averiguaciones, luego explico a que me refiero con “no tan pequeñas” publica al día siguiente la noticia de que *“altos cargos del Ministerio de Defensa, mandos militares y empresarios del sector de suministros bélicos han pactado de forma irregular y a cambio de comisiones millonarias, antes incluso de que sea convocado el concurso público, un contrato de 25.000 millones de pesetas para la venta al Ejército de Tierra de casi medio millón de equipos de soldado con los que constituir una reserva de vestuario....”*. En el mismo artículo se sostenía que los principales “cerebros” de la operación eran, entre otros, el Presidente y el Vicepresidente de AESMIDE (Asociación de Empresas Suministradoras del Ministerio de Defensa). Al día siguiente el citado diario incidía en la idea de que *“un reducido grupo de empresarios había tenido conocimiento del pliego de condiciones técnicas de un concurso que no se había convocado”*.

El caso llegó así al Tribunal Constitucional²³, el cual incidió en una serie de **características, para que prevalezca el derecho a la información sobre el derecho al honor** garantizado en el art. 18.1 CE.

Algunas de estas características, no van a ser precisamente de fácil interpretación.

1- Relevancia pública del caso: en este caso es tan clara que ni los propios perjudicados la aducían en su línea de defensa.

2- Veracidad, pero entendida no como una exigencia rigurosa y total exactitud en el contenido de la información publicada, sino como *“negación de la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, simples rumores, o meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente”*.

²³ Los afectados por las citadas informaciones iniciaron acciones ante el Juzgado num. 5 de Madrid y posteriormente contra el Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial, no encontrando los referidos Juzgados, ni tampoco el Ministerio Fiscal una actuación incorrecta del periodista.

3- Diligencia profesional. Esta característica esta directamente relacionada con la anterior, con la veracidad. Al informador se le exige que lo que transmite como “hechos” haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos²⁴ aunque luego dicha información pudiera resultar errónea.

Como antes ya anticipé, no deja de haber una cierta subjetividad a la hora de valorar como “adecuada” la diligencia profesional exhibida por el profesional de la información. Pero es que además el nivel de diligencia exigible adquirirá diferente intensidad cuando la noticia que se divulga puede suponer un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere.

4- Condición pública o privada de la persona cuyo honor queda afectado. Los personajes públicos obviamente son conscientes de que el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, mientras que las personas que actúan generalmente en el ámbito privado de las relaciones están más protegidos, y por tanto será más fácilmente defendible su derecho al honor. Ocurre, que en el caso que nos ocupa la información trataba por igual a personas eminentemente públicas, altos mandos del Ejército de Tierra, que a empresarios del sector de suministros, que justamente, iban a realizar un trabajo para el mismo.

5- Respeto a la presunción de inocencia. En este caso nada más y nada menos que se les estaba imputando un delito a las personas aludidas en la información. Si bien, el periodista si que es verdad que indagó y ciertamente pudo llegar a evidenciar la existencia de ciertas irregularidades en el proceso. A través de la aludida investigación no pudo en ningún momento defender con la fuerza necesaria para un caso de tanta gravedad, la existencia del supuesto cobro de las comisiones millonarias aludidas, tan sólo pudo aducir que tuvo informaciones por terceras personas “supuestamente perjudicadas y a las que no estaba autorizado a revelar”. Pues bien, es este hecho, la no revelación de las fuentes, lo que hace que de acuerdo con la jurisprudencia marcada por la STC 172/1990, se considere que el informador no actuó con la diligencia constitucionalmente exigible a la hora de realizar la comprobación razonable de la veracidad de la información y en consecuencia, al no poder quedar amparada su actuación por su derecho a la información, vulneró el derecho al honor de los recurrentes en amparo al haberles imputado un hecho constitutivo de delito. La sentencia otorgó por tanto parcialmente el amparo a los recurrentes²⁵.

²⁴ STC 6/1988, 28/1996, 52/1996.

²⁵ Les quita la razón en su reclamación con respecto a la vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24.1. CE).

Resumiendo este apartado, en las profesiones relacionadas con los medios de información, existe un claro riesgo de conflicto entre el derecho de información del periodista, de la editorial, o del medio de información en general y el derecho al honor de las personas aludidas en diversas informaciones. El derecho de información está constitucionalmente reconocido, pero la jurisprudencia viene fijando directrices, que deberán tenerse en cuenta a la hora de evitar el posible conflicto con el derecho al honor de las posibles personas aludidas en las publicaciones. Me estoy refiriendo a las ya citadas: *relevancia pública del caso, veracidad, diligencia profesional, condición pública o privada de las personas aludidas* y por supuesto, *presunción de inocencia*.

B.2/ STC 12/2012, de 30 de enero.

Relacionado con el caso que acabamos de tratar, y aún no constituyendo un ejemplo de cifras tan altas de dinero como las supuestas indemnizaciones millonarias por los uniformes militares, pasamos a analizar otro ejemplo de periodismo de investigación. En el supuesto que vamos a analizar, mediante uso de cámara oculta y posterior emisión de dichas imágenes, se denuncia el supuesto intrusismo en determinadas profesiones, concretamente en la profesión de fisioterapeuta. En este supuesto una periodista contratada por una empresa editora acude a la “consulta” de la demandante, una habitación de su propio domicilio, haciéndose pasar por una paciente, con objeto de realizar un reportaje de investigación sobre el intrusismo de la referida persona que actúa como “fisioterapeuta” sin poseer el correspondiente título. El reportaje realizado fue vendido a “Canal 9”, cadena que lo emitió acompañado de una tertulia sobre el intrusismo profesional, con la intervención en ella de varias personas relacionadas con el caso, algunas de las cuales habían participado a su vez en un juicio anterior entre la Asociación Española de Fisioterapeutas y la citada persona. Las dos primeras instancias, desestimaron sendos recursos interpuestos por la persona referida basándose en los siguientes criterios jurisprudenciales de *veracidad, objetividad, interés general y propósito esencialmente informativo* del reportaje. Posteriormente la demandante interpuso Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo²⁶, alegando infracción del art. 18.1 CE, resolviendo este Tribunal dando lugar al Recurso de Casación. El Tribunal Supremo descartó la vulneración del derecho al honor, pero observó infracción al derecho a la intimidad. Lo fundamenta en que al no existir consentimiento expreso por parte de la persona investigada, la intromisión fue ilegítima.

²⁶ Recurso de Casación número 1171/2002.

(“Fue privada del derecho a consentirla o impedirla”) Y lo fue en dos vertientes: la grabación de la actora en su consulta y la posterior emisión de las imágenes.

El caso llegó al Tribunal Constitucional vía Recurso de Amparo. Alegaron las partes periodísticas²⁷ *“vulneración del derecho a comunicar libremente información veraz, prevaleciendo a su juicio este derecho sobre la intimidad personal”*. El Constitucional denegó los Recursos, aplicando su propia doctrina con respecto a conflictos entre el derecho de libertad de información y los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen.

Para el Constitucional, *“la especial posición que ostenta el derecho a la libertad de información en nuestro Ordenamiento reside en que «no sólo se protege un interés individual sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático”*²⁸.

Sin embargo, como siempre expone el Constitucional ningún derecho es absoluto, y tal protección especial queda sometida a determinados límites:

- 1- Requisitos de veracidad.
- 2- Requisitos de interés general o relevancia pública de la información.
- 3- Los derechos específicamente citados en el art. 20.4 CE.

El Tribunal a penas desarrolla en este caso los dos primeros requisitos y se centra casi exclusivamente en relacionar el fallo que dicta del caso en relación con el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

Esta Sentencia se vale de un criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁹, el criterio de **“expectativa de intimidad”**. Esta expectativa será clave para valorar si nos encontramos ante una manifestación de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas. (Derecho de intimidad, art. 20.4. CE). A este respecto indicar que el reportaje periodístico se gravó en la propia consulta de la “masajista”, que era una de las habitaciones de su propio domicilio, con las connotaciones especiales que presenta éste.

Por otra el Tribunal introduce aquí el criterio de **“proporcionalidad”**, entendiendo por tal el ajuste del medio al fin perseguido, esto es, que no sea más invasor que lo estrictamente necesario. La cámara oculta que utilizó el periodista lo considera el Tribunal un medio “subrepticio” y por tanto atentatorio de la intimidad para un caso como el que nos ocupa.

²⁷ Tanto la productora como la cadena de televisión interpusieron sendos Recursos de Amparo.

²⁸ STC 68/2008, de 23 de junio.

²⁹ STEDH de 25 de septiembre de 2001 y STEDH de 28 de enero de 2003

Respecto al posible atentado contra la propia imagen de la “masajista”, el Tribunal llega a las mismas conclusiones, al “*no haber en ningún momento consentimiento expreso, válido y eficazmente prestado*”.

El Tribunal Constitucional concluye la negación de la pretendida prevalencia de la libertad de información porque el método utilizado, la cámara oculta en absoluto era necesario ni adecuado para el objetivo de la averiguación de la actividad desarrollada.

El medio usado tampoco supera por tanto el test de proporcionalidad.

Desde mi punto de vista esta Sentencia ejemplifica claramente el contenido del trabajo fin de grado que estoy desarrollando. Un caso que pasa por cuatro Instancias, dándole las dos primeras un sentido y las dos siguientes el contrario. Y un caso que introduce dos criterios el de “expectativa de la intimidad” y el de “proporcionalidad” que serán objeto de estudio en puntos posteriores de este trabajo, en especial cuando analice la controversia entre el poder de control del empresario sobre determinados medios de producción (susceptibles de usos no eminentemente laborales) y derechos fundamentales del trabajador (derecho de intimidad, secreto de las comunicaciones...). Me estoy refiriendo fundamentalmente al uso del ordenador con conexión a Internet por parte del trabajador para fines personales.

Por tanto esta reciente Sentencia nos hace ver como el Constitucional mantiene los mismos criterios en hechos tan dispares a primera vista, como es un caso de periodismo de investigación o el control por el empresario del ordenador del trabajador, (aún no ha sido tratado), cuando lo que se encuentra en litigio son los derechos fundamentales del trabajador en la relación de trabajo.

3.1.2. EL DERECHO DEL TRABAJADOR A LA PROPIA IMAGEN

Íntimamente relacionado con la dignidad de la persona (art.10 CE), se encuentran, además del derecho al honor, el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art.18.1. CE). Conjuntamente constituyen una esfera de propia reserva personal frente a intromisiones ilegítimas. En la relación de trabajo ampara al trabajador para la toma de decisiones acerca de su apariencia física, su modo de vestir o su comportamiento, bien es verdad que con las limitaciones que deriven de sus obligaciones profesionales o de la buena imagen de la empresa.³⁰ El derecho a la propia imagen también impide que la empresa utilice a la persona del trabajador con fines comerciales o publicitarios, salvo que así se hubiera pactado o que ello fuese

³⁰ STC 170/1987, de 30 de octubre, sobre uso de barba por el trabajador en el sector de hostelería, y STS 23 de enero de 2001, a propósito del uso de uniforme en los trabajos de atención a la clientela.

consustancial al puesto. En concreto en este último caso es especialmente clarificadora la **Sentencia del Tribunal Constitucional num.99/1994 de 11 de abril**. Estamos en este caso ante un despido en principio disciplinario de **un trabajador oficial de 2ª deshuesador de jamones** que se negó a que su imagen fuese captada fotográficamente. Este hombre trabajaba para una empresa extremeña de embutidos y cierto día en que se iba a celebrar un acto promocional del jamón ibérico ante medios de comunicación y autoridades autonómicas de la Consejería de Agricultura fue reiteradamente requerido por la empresa para que realizara el corte de jamón, dado su destreza en dicho cometido. El recurrente se negó alegando *“que bajo ningún concepto deseaba que su imagen fuese captada fotográficamente”*, negativa que conllevó el despido. Contra dicha decisión interpuso demanda por despido, que fue desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Badajoz. Esta sentencia fue recurrida en suplicación siendo nuevamente desestimada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura³¹. Para estas dos vías, *“el recurrente era parte accesoria del acaecimiento público y, por consiguiente su conducta, libre de toda exculpación caía de lleno en la indisciplina o desobediencia, tipificada en el art. 54.2 b) del Estatuto de los Trabajadores”*. Posteriormente el trabajador interpone demanda de amparo por presunta vulneración de los arts. 18.1 y 24.1 CE y solicita que se dicte nueva sentencia declarativa de la nulidad del despido o, en su caso, de su improcedencia. El Ministerio Fiscal, reitera que no se ha violado el derecho a la propia imagen del actor ni el derecho a la tutela judicial, y por tanto se muestra partidario de la denegación del amparo solicitado. Estamos por tanto, de nuevo, ante un caso que requiere un exhaustivo y pormenorizado análisis.

El Ministerio Fiscal apunta dos características para justificar su negativa al amparo:

a) La actividad encomendada no es ajena al objeto social de su empleador, ni a su propia cualificación profesional.

b) El acto en cuestión gozaba de una cierta vertiente institucional o cultural, que lo alejaba de la consideración estricta de acto publicitario o comercial. Viene a decir el Fiscal que no había una utilidad directa para la empresa y la presencia y participación del demandante en el referido acto no puede considerarse como esencial o vital al mismo. Y *“la imagen del actor se hubiera captado con funciones claramente informativas y abstractas y nunca personalizadas”*.

Por lo tanto, las Instancias inferiores y el Ministerio Fiscal apuntan en la dirección marcada por la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al

³¹ SSTSJ de Extremadura de 12 de febrero de 1990.

honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, donde en su artículo 8.2.c dice que *“en particular, el derecho a la propia imagen no impedirá la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria”*.

A pesar de las sentencias de las dos instancias anteriores y a pesar del criterio del Ministerio Fiscal, el Tribunal Constitucional da la vuelta al caso y declara la nulidad del despido, **ampliando los argumentos** usados por los anteriores. Sin dejar de lado el ya mencionado art.8.2. de la Ley Orgánica 1/1982, se fija el Tribunal en el art.2 de la misma Ley que dice *“La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”*. Pero matiza esta regla general al contextualizarlo en una relación de trabajo, formalizada en un contrato de trabajo, que se fundamenta en la buena fe. Por tanto, esto modula el concepto y tiene en cuenta que **conforme a la buena fe, existen actividades profesionales que irremediamente traen consigo “con una relación de conexión necesaria” una restricción en el derecho a la imagen de quien deba realizarla**. Piénsese en profesiones que tienen contacto con el público. Profesionales como camareros, presentadores de televisión o asistentes de vuelo pueden representar buenos ejemplos a la hora de clarificar la limitación en la intimidad del trabajador. Con estos ejemplos tan evidentes pienso que queda bien clara la línea argumental que fija el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, el trabajador firmó un contrato como “oficial de 2ª deshuesador de jamones” y no consta que tuviera de ninguna manera asignada como tarea la *“exhibición de sus habilidades en la promoción del producto”*. *“Ni que éstas fueran componentes imprescindibles o habituales”*.

Otro criterio que fija el Tribunal es el de los **requerimientos organizativos de la empresa**, que deben ser especialmente cualificados. Es verdad que la función que se le pedía al trabajador no parece habitual o imprescindible en su puesto de trabajo, pero el Tribunal aquí se viene a formular la siguiente pregunta **¿existía alguna circunstancia que hiciera especialmente necesaria la presencia de este trabajador?** En otras palabras, *¿acaso no podía ir otro deshuesador a realizar esa función en el acto promocional? ¿Era él el único trabajador que sabía deshuesar en la empresa?* En palabras del Tribunal Constitucional, *“¿no era posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido?”*, *“¿no existía otro medio razonable para lograr*

una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra?”. “¿Por qué tenía que ser precisamente ese trabajador y no otro el que acudiera al acto promocional, si además este trabajador no quería que le hicieran fotografías ni por su puesto aparecer en videos”.

Al no justificar la empresa ninguna de estas líneas argumentales, el Tribunal estimo el Recurso de amparo y declaró nulo el despido del recurrente.

Resumiendo los **criterios/directrices que fija el Tribunal Constitucional, con respecto al derecho de intimidad del trabajador son los siguientes:**

1. El **contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales** que incumben al trabajador como ciudadano. Éste, como se ha dicho ya en otras ocasiones, no pierde su condición de tal, por insertarse en el ámbito de una organización privada.

2. A pesar de ello, no se puede obviar que una **relación laboral** se caracteriza entre otras, por la **nota de dependencia**. Por lo tanto, si que existe cierta **flexibilización**, cierta **moldeación** en el tratamiento de esos derechos fundamentales, (derechos del trabajador-ciudadano), con objeto de **asegurar el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva**.

3. El criterio de la **buena fe contractual** obviamente tiene que ser tenido en cuenta. Existen unas actividades profesionales que resulta obvio que van a ser más lesivas para el derecho de intimidad que otras. Dependerá de la **naturaleza de la relación laboral**, que el decaimiento en los derechos fundamentales sea más o menos visible.

4. En determinados casos, **ante situaciones excepcionales, el empresario podrá pedir al trabajador actos más limitadores de los derechos** fundamentales, pero habrá que dejar claro que son estas circunstancias excepcionales las que hacen que la empresa pueda exigir al trabajador realizarlos.

Siguiendo con el caso que nos ocupa, si motivado por bajas laborales, por permisos ineludibles del resto de sus compañeros, porque fuera el único trabajador en la empresa con conocimientos en “deshuese” de ese tipo de embutido o por cualquier otra circunstancia lógica, justificada, la empresa hubiera podido demostrar que el **único empleado disponible en ese momento**, con conocimientos técnicos en “deshuese” de jamones era el trabajador que nos ocupa, éste no hubiera conseguido la calificación de nulo para su despido, en el Recurso de Amparo. Hubiéramos estado ante un ejemplo del 4º criterio, una “situación excepcional” en la que la empresa no tiene otra forma de

satisfacer su legítimo interés perseguido, y la negativa del trabajador a ser fotografiado hubiera conllevado una calificación distinta de la que finalmente obtuvo en el Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional.

3.1.3. EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL. SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y OTRAS SITUACIONES. LIMITACIÓN DE CONTROLES EMPRESARIALES.

“*Carácter poliédrico de la intimidad del trabajador*”, esta expresión de la catedrática M.F. Fernández López en su artículo doctrinal “*La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo*”, sin duda es perfecta para introducirnos en la materia que ahora nos ocupa. Desde luego se trata de una materia extensa, árida, llena de peculiaridades que individualizan los casos y donde toma enormemente sentido una vez más, un análisis jurisprudencial de los distintos casos que van surgiendo en el tiempo.

Como normativa legal básica estaremos a lo dispuesto en la Constitución Española, (fundamentalmente en el artículo 18), al Estatuto de los Trabajadores (arts. 4 y otros), la LO 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, además de otras leyes más específicas como pudiera ser la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.³²

Pero ocurre que todo este cúmulo normativo presenta características que dificultan enormemente su aplicación a casos concretos. Incluso a veces normas que aparecen inmersas en Convenios Colectivos, a priori de “tranquila” aplicación, no lo son tanto, debido a circunstancias que se van presentando y que a veces incluso pueden invalidar ciertas partes de convenios colectivos; por ejemplo en aras de una mejor proporcionalidad entre la falta cometida y la consecuencia que de ella se deriva.

La primera de las características a la que me estoy refiriendo es el **desfase temporal entre la normativa existente y la realidad laboral del momento que vivimos**. Así por ejemplo, el art.18 ET habla de “*registros sobre la persona del trabajador*”, “*en sus taquillas y efectos personales*”. Por su puesto, este artículo no se refiere al registro del ordenador del trabajador, buscando programas instalados que nada tienen que ver con el trabajo, al uso no laboral del correo electrónico por parte del trabajador, a indagar las páginas web por las que navega el trabajador,....etc. Y no sólo podemos referirnos a aspectos que podríamos tachar de “culpables” para el trabajador, obviamente tampoco

³² Además de diversa normativa internacional, como puede ser la *Declaración Universal de Derechos del Hombre*, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, el *Convenio Europeo para la Protección de Derechos del Hombre*, *estudios de diversos Grupos de Trabajo de la Unión Europea*, *jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...etc.*

se refiere por ejemplo, a la posibilidad que tiene el empresario de usar las redes sociales de alguna forma para investigar el perfil, por ejemplo de un candidato en un proceso de selección o para investigar en las aficiones personales de sus trabajadores, vida personal, incluso familiar....etc.

Pero es que además, refiriéndome ya a la segunda de las características, el legislador es ciertamente “perezoso” a la hora de regular en esta materia.

Concretamente en palabras del profesor Todolí Signes *“una de las razones por las que el legislador no ha establecido normas a este respecto es la rapidez con la que evolucionan las tecnologías ya que posiblemente las normas quedarían obsoletas antes de su publicación en el BOE”*.³³

El autor, con estas palabras, deja claro que **la tecnología evoluciona más rápido que el Derecho** y si de lo que se trata es de impedir que se viole la intimidad del trabajador prohibiendo por ejemplo el uso de ciertos dispositivos que se consideran “muy invasores” en la intimidad, seguro que aquella encuentra otros dispositivos menos invasores (que no incumplen la normativa) pero que consiguen la misma finalidad, es decir que obligaría de nuevo a legislar para volver a prohibir esos nuevos dispositivos, no llegando nunca a una regulación completa.

Por tanto nos encontramos ante una **regulación muy dispersa**, en muchos casos **desfasada en el tiempo**, que puede obligar a realizar **interpretaciones analógicas**, siempre dificultosas, y que incluso en determinadas ocasiones aún estando clara la norma a aplicar, *por ejemplo porque se incluyó en el Convenio Colectivo, o porque el empresario la hizo suya en virtud de su poder organizacional...*, a veces las consecuencias que conlleva ese incumplimiento normativo (llámese por ejemplo despido) no se ajustan a lo que los Tribunales entienden por **“proporcional”** y consideran *improcedente* el despido por **“excesivo”**.

Pero es que se puede ir aún más allá, en el análisis, y ver casos en los que el incumplimiento se considera probado que se hizo, que conlleva, aparejado, en principio el despido del trabajador, pero en los que el empresario³⁴ de alguna manera **tomó las pruebas ilícitamente**³⁵, atentando a derechos fundamentales del trabajador, y este

³³ “*El registro informático como base para el despido. Cuestiones fundamentales*”. Todolí Signes, A. Aranzadi, 2011.

³⁴ O su representante, o el detective contratado por el empresario,...

³⁵ A modo de ejemplo señalar la STSJ del País Vasco num.173/2010, de 26 de enero en que un supermercado contrata a una agencia de detectives para que vigile a una de sus cajeras. Instalan cámaras de seguridad donde se graban imágenes que “supuestamente” probarían los hurtos de la cajera apoyándose “supuestamente” en cómplices. La instalación de las cámaras no cumplió los requisitos que se analizarán en puntos posteriores, por lo que el despido se declaró nulo.

hecho cambia el cariz de los acontecimientos, **convirtiendo el despido en nulo por atentatorio contra un derecho fundamental del trabajador**, que se argumentó valiéndose de pruebas ilícitamente obtenidas y que por tanto pueden conllevar la declaración de ilicitud del citado despido.

He querido introducir la materia para de alguna forma dejar clara la amplitud de la temática que voy a analizar.

Paso ahora a estudiar las diversas situaciones mediante el estudio de casos reales. Me centraré de una forma más exhaustiva en la problemática relacionada con el *uso no laboral del ordenador de trabajo por parte del trabajador*.

Esta problemática presenta dos características fundamentales a la hora de centrar en ellas un estudio como este: la actualidad y la habitualidad. El correo electrónico se ha generalizado en nuestras vidas como medio de comunicación interpersonal, y por tanto su invasión sería una forma de atentar no sólo a la intimidad del trabajador sino que se estaría de alguna manera atentando también contra otro derecho fundamental, como es el del secreto de las comunicaciones. Es por tanto un terreno complicado desde ambos puntos de vista, pero resulta muy interesante para un trabajo de este tipo.

Además no quiero dejar de mencionar en esta parte introductoria al análisis jurisprudencial, a las redes sociales. Fenómenos como facebook o twitter, de historia reciente, aún sin normativa reguladora al respecto, en donde el carácter público y el privado de una persona se mezclan y por tanto fácilmente pueden surgir conflictos por la información personal que en ellas se puede obtener de la persona del trabajador o incluso de un potencial trabajador, con las posibles repercusiones que pueden generar por ejemplo en procesos de selección de personal.

Análisis jurisprudencial de posibles fuentes generadoras de conflictos relacionadas con el derecho a la intimidad de la persona del trabajador en la relación de trabajo

3.1.3.1/ REGISTROS SOBRE LA PERSONA DEL TRABAJADOR Y SUS EFECTOS PERSONALES

Indudablemente aquí hay que estar a lo que dice el art.18 ET *“inviolabilidad de la persona del trabajador”*³⁶. Además dos son las sentencias del Tribunal Supremo que trataron la posible conformidad constitucional del citado art.18 ET con el art.18 CE ³⁷.

³⁶ Art. 18 ET: *“Sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás*

A lo largo del presente trabajo en otras ocasiones ya se ha indicado el criterio constitucional de limitación de todos los derechos. El derecho a la intimidad del trabajador no es, por tanto, ilimitado. Debe ponerse en relación con el derecho de la empresa a la protección, entre otros, de sus intereses patrimoniales.

La **Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de junio de 1990**, dejó claro que para que pudieran darse medidas de este tipo debían de cumplirse los siguientes requisitos:

- Licitud: la única posible, a la averiguación de los hechos.
- Ausencia de violencia, subjetiva u objetiva.
- Con la adecuada garantía para el trabajador.

Además añadir que en los registros de la persona del trabajador o de sus efectos personales, se encuentra comprometida la intimidad del trabajador, (art. 18.1 CE). Por ello, a la hora de analizar este apartado hay que tener en cuenta las normas que marca el art. 18 ET, pero también los criterios del Tribunal Constitucional y los acuerdos colectivos reguladores de este tema³⁸

Análisis de las normas que marca el artículo 18 ET :

Básicamente en el art.18 ET son tres las normas que se fijan a la hora de efectuar el registro sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares de éstos.

1- **Presencia de un representante de los trabajadores**; cabe la posibilidad de sustitución por otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible. A este respecto reseñar la STSJ Cantabria de 14 de diciembre de 1994 quien en un caso de *control de bolsos a la salida del trabajo* en un gran almacén declara “razonable” la forma en que se llevó a cabo, “*sin que sea preciso que esté presente el representante de los trabajadores porque los mismos representantes conocen ordinariamente que se efectúa tal registro, por ser ellos mismos también registrados, y no solicitaron su presencia en el registro que motivó el caso*”.³⁹

2- En cuanto a **lo que debe entenderse por registro de taquillas**:

trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible”.

³⁷ Art. 18.1. CE: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

³⁸ Así lo marca la STSJ Castilla y León de 22 de noviembre de 2004.

³⁹ **Otros casos relacionados** con esta materia: STSJ Aragón 11 de octubre de 1999 entiende respetada la exigencia de publicidad del registro con la presencia de otro trabajador, hermano del empresario, y un cliente y STS de 28 de junio de 1990 sobre un registro simultáneo de varios trabajadores no siendo posible requerir la presencia de otros.

El autor Goñi Sein, J.L define “registro”⁴⁰ como “*el miramiento cuidadoso, o el examen fiscalizador y detenido de la persona (en la parte de su envoltura física que permanece oculta), del espacio físico reservado a su propia intimidad, y de las cosas que en él se guardan*”.

Por tanto no concurre cuando el propio dueño o dueña del objeto registrado admite que efectivamente ha cometido una irregularidad.⁴¹ Lo registrado han de ser taquillas o efectos personales, no siendo asimilable a estos supuestos el examen del despacho del trabajador⁴², desde luego mucho más “registrable”. O todo lo contrario, el maletero de su coche, el cual a pesar de ser eminentemente privado en el caso que se cita acabó siendo registrado por la Policía⁴³.

3- Exigencia de una motivación específica, prohibición de un “mero capricho empresarial”.

A este respecto tengo que comentar que hay Sentencias que consideran *innecesaria la existencia de una motivación específica*, es decir de una sospecha fundada⁴⁴ Por el contrario otras Sentencias exigen cierto contenido de tutela patrimonial de la empresa o de otros trabajadores, impidiendo el “*mero capricho empresarial*”.⁴⁵

A este respecto, en mi opinión, resulta especialmente llamativa la **STSJ Castilla – La Mancha de 16 de septiembre de 1999** en un caso de registro de la mesa de despacho de un director de sucursal de banco quien en su ausencia (se encontraba de vacaciones) y sin la presencia de ningún representante sindical o unitario de los trabajadores, mirado en el cajón de su despacho apareció un paquete con dinero y movimientos de la cuenta de un cliente. “*La actuación llevada a cabo sobre los cajones de la mesa donde prestaba su trabajo el recurrente, en su ausencia, sin la presencia de representante sindical o unitario de los trabajadores, y además con clara manipulación y lectura no accidental de los documentos allí observados, abriendo carpetas, manipulando dinero que allí había y que no era objeto de pesquisa alguna... es conducta que realizada por parte de quien representa a la empresa, iba en contra del respeto a la inviolabilidad de los efectos particulares del trabajador*”. La peculiaridad que

⁴⁰ “*El respeto a la vida privada*”, Goñi Sein, JL

⁴¹ STSJ Valencia, a 24 de mayo de 1994 y STSJ Madrid, a 2 de abril de 1998

⁴² STSJ Castilla y León, 30 de julio de 2003

⁴³ STSJ Andalucía, de 13 de mayo de 2004

⁴⁴ STSJ de Castilla y León de 22 de noviembre de 2004 o STSJ Cataluña de 12 de junio de 2001.

⁴⁵ Expresión a la que se refiere la STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2000 y la STSJ de Valencia de 12 de febrero de 2002.

tiene esta Sentencia, es que se trata de un caso de toma de pruebas de forma ilícita⁴⁶, en donde **el origen irregular de la toma de pruebas lo contamina todo**, incluso el reconocimiento por el trabajador de que, “en efecto, se había apoderado de dinero de un cliente”.

Los Tribunales, en una solución desde mi punto de vista lógica, estimaron que para dotar de eficacia real a la herramienta de los controles, éstos en alguna medida tenían que ser **aleatorios**. Piénsese en empresas con gran número de trabajadores, que igual fabrican o almacenan productos muy peculiares, por su gran valor o por su carácter de peligrosos, y en las que *sería casi imposible controlar a todos y cada uno de los trabajadores*. Para solucionar el problema del preaviso añadieron un requisito más a la parte empresarial: **“la advertencia a los trabajadores de la posibilidad de controles”**.⁴⁷

3.1.3.2. POSIBILIDAD DE USO DE SISTEMAS DE VIDEOVIGILANCIA Y DE ESCUCHA A DISTANCIA EN EL INTERIOR DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.

Al igual que ha sucedido en apartados anteriores de este trabajo, la aplicación literal del art. 18 CE poco a poco va dejando de tener sentido. Este artículo se centró, coherentemente con la realidad de la época, principalmente en proteger el domicilio y la correspondencia. Por tanto en un principio, al desarrollarse la actividad laboral en entornos públicos, salvo los lógicos límites relacionados con el pudor, no había otras áreas de reserva.

Y con estas tesis los Juzgados y Tribunales del Orden Social adoptaron *respuestas contradictorias ante la pregunta de si hay intimidación en el ámbito de las organizaciones*⁴⁸.

El **Tribunal Constitucional** en su importante **Sentencia 98/2000, de 10 de abril**, sobre *la instalación de unos equipos vigilancia a mayores que incluían micrófonos en determinadas partes de un casino*, deja claro que “mediante un análisis detallado y conjunto de hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desempeña su actividad es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima y familiar del trabajador”. Añade además “no puede descartarse que también en aquellos lugares de la empresa en los que se desarrolla la

⁴⁶ Ya ha sido tratado a lo largo de este trabajo un caso similar; caso del supermercado que contrata a una agencia de detectives para controlar a una de sus cajeras. (Nota al pie num. 34)

⁴⁷ Así lo establecieron las STSJ Andalucía de 7 de octubre de 1993, para el personal de juego de un casino, la STSJ Cantabria de 14 de diciembre de 1994 para una empresa comercial o ya más a nivel general, para las específicas circunstancias de la empresa que justificarían el recurso a los registros, la STSJ de Madrid, de 2 de abril de 1998

⁴⁸ “*La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo*”. Fernández López, MF. “*Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución Española*”, Madrid, 2006

*actividad laboral puedan producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores, como podría serlo la grabación de conversaciones entre un trabajador y un cliente, o entre los propios trabajadores, en las que **se aborden cuestiones ajenas a la relación laboral** que se integran en lo que hemos denominado propia esfera de desenvolvimiento del individuo”* ⁴⁹

Con lo cual, el Constitucional dejó claro que **la intimidad también es un derecho ejercitable en el ámbito de las organizaciones productivas.**

A pesar de esto último, no se debe olvidar el criterio constitucional múltiples veces referido en este trabajo, de que ningún derecho tiene el carácter de absoluto ni siquiera los fundamentales⁵⁰.

Por tanto, es necesario hacer una **ponderación entre el derecho a la intimidad del trabajador y el poder organizacional del empresario**, desprendiéndose **claramente dos conclusiones:**

1- Existe un **área de reserva absoluta**, que antes he mencionado refiriéndome a ella como relacionada con el pudor”, es decir con el “*propio cuerpo*”. Este área genera pocas dudas, y son perfectamente aplicables las prohibiciones generales incondicionales del art. 7 LO 1/1982.

2- Existe un **área que resulta mucho más problemática**, menos clara que la anterior, que está **impregnada tanto de laboralidad como de connotaciones privadas**; se trataría por ejemplo, de esas conversaciones breves, extralaborales, que tienen por ejemplo dos compañeros de trabajo en el seno de esas “*micropausas*”⁵¹ que se consideran normales en el seno de la relación laboral.

Por una parte estamos en el puesto de trabajo, y por lo tanto el poder empresarial esta fundamentado, (para asegurar la producción, para evitar robos, para mejorar de alguna manera el sistema productivo...) pero por otro lado esta nuestra parte de ciudadano, es decir, nuestro derecho a la intimidad que también está ahí y además se maximiza cuando estamos por ejemplo en el seno de un “*minidescanso*” de trabajo, o en las conversaciones privadas que tiene el trabajador con su compañero, o con un cliente. Y yendo un poco más allá aún resultaría más problemático en caso de que ello hiciera peligrar algún otro derecho fundamental, como por ejemplo una posible atentación al derecho de reunión de los trabajadores, a la libertad sindical...etc.

⁴⁹ En la misma Sentencia 98/2000 se cita la STC 231/1998.

⁵⁰ STC 98/2000: Fundamento Jurídico 5: “**el derecho a la intimidad no es absoluto como no lo es ninguno de los derechos fundamentales**”.

⁵¹ Las llamadas “micropausas de trabajo” han sido reconocidas por el Tribunal Constitucional

Por tanto, los Tribunales se han visto obligados de alguna manera a ponderar todas estas circunstancias, y han establecido **criterios que clarifican y por tanto normalizan las posibles situaciones conflictivas que pueden presentarse en caso de instalación de algún tipo de sistemas de videovigilancia**, sistemas de escucha..etc. Son las siguientes:

1- Existencia de **razones suficientes** del lado empresarial. De alguna forma podríamos equiparlo a esa *“ausencia de capricho empresarial”*, a la que nos referíamos anteriormente al hablar de los registros personales. Tiene que haber *“fundadas sospechas de irregularidades”*.⁵²

2- La instalación de los equipos **no sea subrepticia**, tiene que haber buena fe, ser visibles, de alguna manera los trabajadores vigilados deben conocer la existencia de esos controles, pudiendo ser válido en ocasiones con que lo conozcan los representantes de los trabajadores, que se den fuera de lugares destinados a recreos, vestuarios, aseos...etc.

3- Que permita **discernir las dos esferas** a las que antes me refería, la **pública y la privada**. Por eso normalmente se autorizan los sistemas de vídeo y se rechazan las grabaciones de las conversaciones, mucho más indiscretas. (Aunque no se puede extender a todo tipo de conversaciones, como veremos en el apartado siguiente).

Aunque son normas bastante clarificadoras, si no se complementan de alguna manera, por si mismas ciertamente desnivelarían la balanza hacia la protección del derecho a la intimidad frente al poder organizacional del empresario.

¿Cuál es la herramienta “de ajuste” de ambos poderes?

No es otra que el **triple test** del Tribunal Constitucional: **necesidad, idoneidad y proporcionalidad**.

- **Test de Necesidad**: basada en indicios o datos reales. De reacción, no de prevención.
- **Test de Idoneidad**: hasta qué punto la medida adoptada es adecuada.
- **Test de Proporcionalidad**: el medio menos intrusivo (invasivo) de entre los varios posibles.

En el caso que estamos tratando (caso de la instalación de micrófonos en el casino,

⁵² Mencionar aquí la STS Justicia de Cataluña de 31 de julio de 2003 que excluye la licitud del despido de una trabajadora de una cajera de una droguería a la que introducían dinero en su caja sin avisarla para ver si luego a la hora de hacer el arqueo de caja lo declaraba. (Este caso sin duda es igualmente válido para la siguiente característica).

STC 98/2000) el Tribunal Constitucional **no considera necesaria** la instalación de esos equipos a mayores. No se supera el test de necesidad por tanto. No duda en que pueda ser útil para la empresa pero desde luego no es necesaria *“habida cuenta de que la empresa ya disponía de otros sistemas de seguridad que el sistema de audición pretende complementar”*. Nuevamente recordar aquí la imposibilidad de actuar con carácter preventivo, salvo que se acrediten motivos estadísticos, como bien pudiese ser por ejemplo en el caso de almacenes donde los hurtos fuesen habituales.

Tampoco considera el Tribunal Constitucional en el caso que nos ocupa que se supere el test de proporcionalidad, es decir que sea el medio menos intrusivo de entre los varios posibles. Concretamente explica el Tribunal, que *“la finalidad que se persigue (dar un plus de seguridad, especialmente ante eventuales reclamaciones de los clientes) resulta desproporcionada para el sacrificio que implica del derecho a la intimidad de los trabajadores (e incluso de los clientes del casino)*. Piénsese, y así lo reconoce el Tribunal, que este tipo de sistema graba todo tipo de conversaciones, de los trabajadores y también de los propios clientes del casino.

Por todo ello el Tribunal Constitucional **otorgó el amparo** al demandante, en su propio nombre y como miembro del Comité de Empresa y por tanto **reconoció el derecho fundamental del demandante a la intimidad personal**.⁵³

3.1.3.3. MONITORIZACIÓN DE LLAMADAS ENTRANTES Y SALIENTES: UN CASO PARTICULAR.

Un caso especial de escucha de conversaciones es el que se da con la monitorización de las llamadas entrantes y salientes en una empresa. Y lo es, porque en el caso que vamos a analizar, la **STS, de 5 de diciembre de 2003**, a pesar de que es un sistema de escucha a distancia de conversaciones, la finalidad que quiere conseguir la empresa es diferente y en principio no parecería alejada de la buena fe.

En concreto es un caso de escucha de conversaciones telefónicas de teleoperadoras con la “finalidad” de comprobar las técnicas que emplean en el trabajo y detectar en su caso, errores cometidos y posibles necesidades de formación. (Por eso digo que no parece que haya mala fe empresarial en cuanto al fin de las escuchas). En este caso, a la empresa si se le pide que cumpla alguno de los requisitos anteriores, aunque ciertamente, algunos otros, no los cumple. Los vemos a continuación:

⁵³ Comentar que también declaró “nula” la Sentencia de la instancia anterior, SSTSJ de Galicia.

1- Al contrario que en los supuestos anteriores, se admite el **control preventivo**, frente a la anterior exigencia de “*fundadas sospechas*”. Sin embargo, este control preventivo ha de pasar todos los controles de legitimidad que marca en este caso el Tribunal Supremo.

- a- Se trata de trabajadores de telemarketing, para los cuales el teléfono es claramente su herramienta de trabajo.
- b- Se les cedió otro teléfono para sus conversaciones particulares.
- c- Han sido informados de la posibilidad de intervención de su teléfono de trabajo.
- d- La empresa sólo controla las llamadas que reciben, no las que hacen.
- e- El control es aleatorio (un 0,5 % de las llamadas) y con la finalidad exclusiva de controlar la buena realización del servicio para su posible mejora, detección de necesidades de formación...etc.

2- **Test de Proporcionalidad**: no se ha encontrado medida más moderada para alcanzar la efectividad del control pretendida por la empresa.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional aún no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de este control preventivo. El Tribunal Supremo lo admite, eso si, con las limitaciones que acabamos de describir, pero es verdad que no deja de tener un carácter previsional que en principio se aleja de la idea defensiva que para estos casos suele poseer el Constitucional. Además hay que pensar que las conversaciones en determinados momentos puede que adquieran tintes personales, (por simpatía, por sentido de la educación del teleoperador...), por los motivos que fueren y este sistema no discierne, graba todos los contenidos de las conversaciones. Habrá que estar pues, a futuras resoluciones del Constitucional para ver como se expresa sobre este aspecto.

3.1.3.4 EL CONTROL A TRAVÉS DE AGENTES O DETECTIVES.

Este punto del trabajo lo voy a tratar de un modo más resumido que otros apartados. No es que no sea habitual la existencia de este tipo de controles por parte de detectives o agentes privados, desde luego que lo son. (Ya se ha citado algún caso incluso). Pero el hecho de que en la mayoría de las ocasiones los controles versen sobre los supuestos usos “inadecuados” del crédito horario por parte de los representantes de los trabajadores (unitarios o sindicales), nos dirige de alguna manera hacia aspectos colectivos del derecho, hacia la libertad sindical, y este trabajo lo hemos centrado en los derechos individuales del trabajador en la relación de trabajo.

No obstante, razonando de igual forma que en ocasiones anteriores, pienso que no está de más tratarlo, aunque sea saliéndome un poco del contenido específico y por ello haga un tratamiento más sucinto. Y pienso esto porque es verdad que será menos habitual, pero también puede darse en trabajadores que no ostenten ningún tipo de representación o incluso aunque la ostentaran, la hipotética investigación podría no estar relacionada con esas labores sindicales.⁵⁴

A la hora de analizar este tipo de casos, además de la normativa general básica, hay que estar a lo dispuesto en una ley que hasta ahora no ha sido mencionada, la Ley 23/1992, de 30 de julio, de seguridad privada ⁵⁵.

Los criterios de referencia para este tipo de aspectos de nuevo surgen del Tribunal Supremo. En concreto, en la **STS, de 14 de junio de 1990** expone que *“el control a través de agentes o detectives privados de representantes de trabajadores fuera del ámbito laboral, es admisible siempre que...”* (Cuatro criterios básicos):

- 1- **Se acredite su necesidad.**
- 2- Exista una **imposibilidad de utilizar otros medios más confidenciales.**
- 3- **No puede entrañar el uso de medios materiales o técnicas que atenten al derecho al honor, a la intimidad personal o familiar, a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones.**⁵⁶

Por último un cuarto requisito, basándonos esta vez en criterios constitucionales y que completa en cierto modo este breve análisis.

- 4- **Son nulas las pruebas que el empresario pudiera obtener con violación de aquellos derechos** ⁵⁷.

⁵⁴ A modo de ejemplo, el caso de un hipotético conductor de una empresa de transportes que es delegado sindical con determinado crédito horario para dichas tareas, que desempeña perfectamente las mismas, dedica sus horas sindicales a informar a sus compañeros, reunirse con la dirección de la empresa, negociar todo lo que sea posible..etc, pero que en sus horas efectivas de trabajo resulta que incumple sistemáticamente los horarios, cambia las rutas a su antojo, fuma dentro del autobús,... o cualesquiera otros incumplimientos.

⁵⁵ Concretamente dentro de su capítulo III, “personal de seguridad”, sección VI, “detectives privados”.

⁵⁶ Art. 19 de la Ley 23/1992, de 30 de julio de Seguridad Privada.

⁵⁷ STC 114/1984, de 29 de noviembre y STS de 10 de marzo de 1990.

3.1.3.5. EL CONTROL DE LOS MEDIOS INFORMÁTICOS Y DE SUS USOS NO LABORALES

Para efectuar el análisis de esta importante parte de los contenidos de este trabajo voy a dividir este punto en tres bloques. Son los siguientes:

- A. Uso “no laboral” del ordenador por el trabajador.**
- B. Navegación por Internet y uso “personal” del correo electrónico.**
- C. Redes sociales: facebook y twitter. Sus consecuencias.**

A. USO “NO LABORAL” DEL ORDENADOR POR EL TRABAJADOR.

En este punto voy a tratar las repercusiones que pueden surgir del uso “no laboral” del ordenador de trabajo, relacionadas con la intimidad del trabajador.

El motivo de separar los usos “no laborales” y la “simple” navegación por Internet, si bien hace unos años seguramente tendría más sentido, actualmente, dado el carácter “cuasi-universal” de Internet las repercusiones de ambos supuestos sobre la intimidad del trabajador se aproximan bastante. No obstante, he decidido desglosar el enfoque en dos apartados distintos porque no son las mismas exactamente.

Internet presenta ciertas características que le dotan de especialidad, serán tratadas más en profundidad en el siguiente apartado, pero las cito aquí a modo de introducción y de enlace con este punto del trabajo. Me refiero al coste económico, rendimiento general de la red de ordenadores de la empresa, posibles infecciones por virus informáticos, tanto del ordenador del trabajador como de la red de la empresa.....etc.

Enlazando con el punto que aquí nos ocupa, el uso no laboral por el trabajador de un ordenador sin acceso a Internet, lo voy a analizar desde los dos puntos de vista: el empresarial (organización productiva, protección del patrimonio empresarial) y desde el punto de vista del trabajador en la relación laboral (derecho de intimidad).

- a) Desde el punto de vista del empresario:

Sería intentar saber cuánto le supone económicamente hablando al empresario que el trabajador jugara una partida a uno de los juegos típicos en su ordenador de trabajo, (“tetris”, “buscaminas”, etc....) En este hipotético análisis habría que fijarse en diferentes niveles

- A nivel de depreciación económica del ordenador, algo se desgastará, obviamente poco, y muy difícil de cuantificar pero algún componente del equipo sufrirá cierto

desgaste⁵⁸. Ocurre que sería tan ínfima la cantidad, que los Tribunales en buena lógica la considerarían nula y por tanto, nulas también las repercusiones desde este punto de vista.

- A nivel de inactividad, de no trabajo efectivo por parte del trabajador: desde luego las consecuencias no serán las mismas si juega una partida, que si el trabajador es un “aficionado” al hipotético juego y esto le hiciera disminuir en su rendimiento laboral.

- A nivel de rendimiento del ordenador, de funcionamiento del disco duro, si es un juego el que está instalado no habrá a penas repercusiones, si el volumen de “software lúdico” es elevado quizá si podría llegar a tener consecuencias laborales.⁵⁹

b) Desde el punto de vista del trabajador:

La cuestión es cuantificar el grado de afición a la intimidad del trabajador el hecho de que se conozca que en las llamadas “micropausas” de trabajo, juega al “buscaminas”, por ejemplo, de vez en cuando. En nada o casi en nada le afectará. Si su afición por el hipotético juego es alta, seguramente le afecte más. O en otro orden de cosas, si el empresario ejerciendo sus tareas de control lo que descubre son fotos o videos personales del trabajador, las repercusiones para la intimidad de éste sean aun mayores.

Por tanto, la situación en la que nos encontramos es de nuevo “*resbaladiza*”, con **dos puntos de vista diferentes**, (facultad de control empresarial y derecho de intimidad del trabajador) que chocan entre si. Y además hay que tener en cuenta otras posibles influencias que seguramente existan a la hora de hacer una valoración de esta casuística. Me estoy refiriendo a las posibles disposiciones que disponga el **Convenio Colectivo** aplicable y los criterios de otras **instituciones exteriores**, con cierto poder vinculante como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En particular me estoy refiriendo a la STEDH de 25 de junio de 1997 y la STEDH de 3 de abril de 2007.

Estas dos Sentencias introducen por primera vez el criterio de “**expectativa razonable de intimidad del trabajador**”⁶⁰, que luego es seguido por el Tribunal Supremo en la importante Sentencia de 26 de septiembre de 2007. No profundizo más en este primer punto porque los criterios jurisprudenciales que fijáramos como solución de estos casos

⁵⁸ Por ejemplo podríamos citar la “tarjeta gráfica” del equipo informático. El concepto sería saber cuánto se deprecia la tarjeta gráfica del ordenador por estar jugando el trabajador con ese equipo.

⁵⁹ La capacidad del equipo informático (memoria del equipo, disco duro...) también influye en estos aspectos.

⁶⁰ Recuérdese que ya nos hemos referido a este criterio a lo largo de este trabajo, por ejemplo en el caso de periodismo de investigación sobre el intrusismo en la profesión de fisioterapeuta.

son muy próximos a los que fijaré en el apartado siguiente ⁶¹ . Por ello me remito al siguiente apartado con objeto de no caer en una redundancia a mi juicio innecesaria.

B. NAVEGACIÓN POR INTERNET Y USO “PERSONAL” DEL CORREO ELECTRÓNICO.

El uso de la red Internet está ampliamente extendido en nuestra vida diaria, ya sea personal como profesional. Hoy en día prácticamente en todas las empresas se usa de una u otra forma Internet. No se llega a entender, que un ordenador de trabajo no este conectado a la red, y es esta concepción actual, ese “*estado de necesidad*” si se quiere, de todos, empresas y trabajadores, de estar conectado, lo que hace que en las empresas surjan problemas con el uso “no profesional” que se hace de Internet.

Por otra parte, lo normal es que puedan solaparse los posibles problemas que he descrito en el apartado anterior (uso “no laboral” del ordenador) con los que voy a desarrollar ahora (uso “personal”, “no laboral” de Internet), por lo que las dos situaciones presentan en muchos aspectos casuísticas comunes.

Sin embargo, a mi modo de ver, Internet presenta aspectos que le hacen merecedor de un tratamiento individualizado. No tanto en cuanto a la “**navegación**”, que también, pero es sobre todo el **correo electrónico** el que introduce un aspecto que tiene que ver con otro derecho fundamental del ciudadano, que hasta ahora aquí aún no había sido mencionado. Me estoy refiriendo al **secreto de las comunicaciones**, recogido en el art.18.3 CE, con las connotaciones especiales que conlleva.

La primera idea que quiero dejar clara, previa al inicio del estudio concreto, es que la situación que voy a analizar en este apartado es de gran actualidad y habitualidad en los días que vivimos.

No ha sido un tema en el que haya existido una opinión única, más bien todo lo contrario ha presentado diversas líneas jurisprudenciales, siendo la **Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007**, la más importante de cuantas iremos viendo, ya que establece unas pautas claras de actuación, introduciendo aspectos jurisprudenciales que proceden de ámbitos superiores, concretamente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁶¹ Bien es verdad que el uso del correo electrónico presenta connotaciones especiales que le dotan de una mayor protección, como veremos en el siguiente punto del trabajo.

Pero veamos cómo ha ido evolucionando la forma de entender la legalidad del registro del ordenador de trabajo⁶²:

Antes de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007:

Existían varias corrientes doctrinales.

1. Los que otorgaban libertad plena al empresario para acceder al contenido del ordenador. Para ellos el ordenador no es un efecto personal del trabajador, sino un instrumento de trabajo propiedad del empresario.⁶³

2. Los que optaban por la vía de la aplicación analógica del art. 18 ET, la más protectora del derecho de intimidad del trabajador. Identifican al ordenador con algo tan privado como la taquilla de trabajo o la propia persona⁶⁴.

3. Los que optaban por aplicar los criterios generales impuestos por el Tribunal Constitucional⁶⁵ relativos a las medidas de control y vigilancia por parte del empresario a sus trabajadores cuando estos afecten a sus derechos fundamentales. El criterio de proporcionalidad. Esto es, idoneidad, necesidad, proporcionalidad y justificación⁶⁶

- Criterio de idoneidad: implica que la medida sea susceptible de obtener la finalidad pretendida que, obligatoriamente, no puede exceder del objetivo de conocer la conducta laboral de los empleados y nunca publicar o difundir lo obtenido.

- Criterio de necesidad: indispensable para el buen funcionamiento de la actividad empresarial y que no exista otra medida con la que se pueda obtener tal fin siendo menos restrictiva de los derechos fundamentales.

- Criterio de equilibrio o proporcionalidad: toda medida debe respetar al máximo los derechos fundamentales y no excederse en su utilización.

- Criterio de justificación: debe haber indicios objetivos que lleven al empresario a utilizar tales medidas, es decir, se prohíbe la arbitrariedad empresarial en la utilización de estas.

⁶² Quiero quedar claro que esta enumeración de las diversas líneas jurisprudenciales se podría haber enfocado también en muchos de sus aspectos para el apartado de usos “no laborales” del ordenador. Ha sido mi intención no duplicar los contenidos, por lo que he optado por incluirlo en este apartado que es de casuística más completa.

⁶³ En esta línea se sitúa la STSJ de Madrid, de 13 de noviembre de 2001.

⁶⁴ Aquí se sitúan las STSJ de Madrid, de 18 de septiembre de 2002 y la STSJ de Cantabria de 2005.

⁶⁵ En esta línea se enmarca la STC de 1 de julio de 2000, a la que la siguen la STSJ de Galicia de 4 de octubre de 2001, la STSJ de Madrid de 10 abril de 2003, STSJ del País Vasco de 27 de diciembre de 2004 y la STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2005.

⁶⁶ “El registro informático como base para el despido”, Todolí Signes, A. “Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías número 25. 2011

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007

Se trata de una Sentencia en Recurso para la unificación de la doctrina, sobre un caso de un despido de un directivo en la empresa “Coruñesa de Etiquetas SL”. La parte recurrente introduce a modo de contraste una de las Sentencias que he mencionado anteriormente, concretamente en la corriente doctrinal que otorgaba libertad plena al empresario para acceder al ordenador, la STSJ de Madrid de 13 de noviembre de 2001. Si bien es verdad que ambos casos presentan diferencias⁶⁷, lo cierto es que la propia Sentencia que nos ocupa deja claro que el sentido que persigue en la resolución del caso difiere al sentido de la Sentencia de contraste, cuando dice que *“no se trata de valorar la conducta del trabajador a efectos disciplinarios, sino **de resolver un problema previo sobre el alcance y la forma del control empresarial sobre el uso por el trabajador del ordenador que se ha facilitado por la empresa como instrumento de trabajo**”*.

La novedad que aporta esta Sentencia es que ella misma⁶⁸ se refiere al artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos⁶⁹, a la propia doctrina constitucional referente al derecho a la intimidad⁷⁰, así como a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁷¹

La Sentencia expone asimismo que en el caso del uso por el trabajador de los medios informáticos facilitados por la empresa pueden producirse conflictos que afectan a la intimidad de los trabajadores, tanto en el correo electrónico (con éste queda afectado el secreto de las comunicaciones), como en la denominada “navegación por Internet” y en el acceso a determinados archivos personales del trabajador.

Estos conflictos surgen **“porque hay una utilización personalizada y no meramente laboral o profesional del medio facilitado por la empresa”**. Consecuencia de las

⁶⁷ En la sentencia recurrida el control se produce en el curso de una reparación, no consta esto en la de contraste, el ordenador en el caso de la sentencia recurrida no tenía clave personal y en la de contraste sí.

⁶⁸ En su Fundamento de Derecho Segundo, STS, de 26 de septiembre de 2007.

⁶⁹ Art 8 CEPDH: Establece que *“toda persona tiene derecho al respeto de la vida privada y familiar y prohíbe la injerencia que no esté prevista en la Ley y que no se justifique por razones de seguridad, bienestar económico, defensa del orden, prevención de las infracciones penales, protección de la salud, de la moral o de los derechos y libertades de los demás”*.

⁷⁰ Derecho a la intimidad, según doctrina del TC: *“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”* y que ese ámbito *“ha de respetarse también en el marco de las relaciones laborales”* en las que *“es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima y familiar del trabajador que pueden ser lesivas para el derecho a la intimidad”* *“De ahí que determinadas formas de control de la prestación de trabajo pueden resultar incompatibles con ese derecho, porque aunque no se trata de un derecho absoluto y pueden ceder, por tanto, ante intereses constitucionalmente relevantes para ello es preciso que las limitaciones impuestas sean necesarias para lograr un fin legítimo y sean también proporcionadas para alcanzarlo y respetuosas con el contenido esencial del derecho”*. STC 142/1993; 98/2000; 186/2000.

⁷¹ En su Fundamento de Derecho Cuarto, la STS de 26 de septiembre de 2007 cita las STEDH, de 25 de junio de 1997 (Caso Halford) y STEDH, de 3 de abril de 2007 (Caso Copland).

dificultades prácticas de establecer una prohibición absoluta del empleo personal del ordenador y de la generalización de una cierta tolerancia con un uso moderado de los medios de la empresa.

El hecho de que esta Sentencia se fije en el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por decirlo de un modo clarificador, el hecho de que esta Sentencia se fije y asimismo adopte el “*criterio de la expectativa de intimidad*” dota a la misma de una especial relevancia de análisis. Esta Sentencia **por primera vez establece unas pautas unificadas en materia de registros informáticos fijándose en los criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**, el cual ya en la Sentencia de 1997 hablaba de la existencia de “*una expectativa razonable de intimidad*” a la hora de proteger el derecho a la intimidad.

Los trabajadores en su ámbito de trabajo y en sus herramientas de trabajo, como puedan ser el ordenador y el correo electrónico, poseen una “*expectativa razonable de intimidad*” y, por ello, el derecho a la intimidad es perfectamente aplicable en estos casos debido a que los trabajadores, ante esa “*expectativa de intimidad*”, pueden utilizar esos elementos para almacenar información íntima que no desean revelar.

Si el empresario quiere vigilar y controlar esos elementos tiene que destruir esa “expectativa de intimidad”. Y para ello debe **anunciar de forma clara e inequívoca** que los trabajadores **no disponen de intimidad** en tales herramientas de trabajo y que **la empresa realizará controles sobre esas herramientas**. Destruída aquella, los trabajadores no podrán alegar ese derecho para solicitar la nulidad de las pruebas obtenidas en tales registros.

El Tribunal Supremo rechaza **la doctrina que venía aplicando los requisitos del art.18 ET** como requisitos de obligado cumplimiento para poder registrar el ordenador o el correo electrónico de un trabajador. En esta sentencia se parte de un argumento central, que los registros informáticos son parte del **poder directivo ordinario** del empresario, basado en el art. 20.3 ET mientras que los registros del art.18 ET son una facultad “*exorbitante y excepcional*” del empresario y por esta razón la ley regula unos requisitos a seguir para poder ejercer esta facultad.

La Sentencia **deja claro que los requisitos del art. 18 ET no son aplicables al control del uso de los medios informáticos** “*por los trabajadores, ni tampoco su*

aplicación analógica, porque no hay ni semejanza de los supuestos, ni identidad de razón en las regulaciones (art.4.1 del Código Civil).

- La *necesidad del control* no tiene que justificarse por la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores de la empresa sino que deriva del carácter de instrumento de producción del objeto sobre el que recae. El empresario tiene que controlar el uso del ordenador, porque en él se cumple la prestación laboral, tiene que controlar los contenidos y resultados de esa prestación. La legitimidad de este control deriva como se ha dicho del art.20.3.ET.

- La exigencia de respetar en el control la *dignidad humana del trabajador* no es un requisito específico de los registros del art. 18 ET, pues esta exigencia es general para todas las formas de control empresarial, como así se deja claro en el propio 20.3 ET⁷².

- La exigencia de que el registro se practique *en el centro de trabajo y en las horas de trabajo* tiene sentido en el marco del art. 18 ET, para limitar una facultad empresarial excepcional y reducirla al ámbito de la empresa y del tiempo de trabajo, circunstancia que *no sucede en el caso del control de un instrumento de trabajo, el ordenador*, del que es titular el propio empresario.

- La presencia de un representante de los trabajadores o de un trabajador tiene que ver con la garantía de la objetividad y de la eficacia de la prueba. Esta exigencia *no puede, por tanto, aplicarse al control normal por el empresario de los medios de producción*, entre los que se encuentra el ordenador de trabajo.

Conclusiones de la STS de 26 de septiembre de 2007

1. Los registros informáticos entran dentro del poder ordinario del empresario y se encuentran sometidos a las especificaciones del art. 20.3.ET, no a las del art. 18 ET.

2. La protección de la intimidad, compatible con el control lícito de los medios informáticos, alcanza a las comunicaciones telefónicas, al correo electrónico, a los “archivos temporales”, es decir a las llamadas “*huellas*” que se guardan automáticamente en el disco duro de los lugares visitados a través de Internet y a los archivos personales que se encuentran en el ordenador

3. Por tanto, el empresario previamente tiene que haber “*destruido*” la *expectativa de intimidad*, que puede crearse el trabajador debido a la *utilización “personalizada”* de

⁷² Art. 20.3 ET: “El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso”.

estos equipos y a la generalización de una *cierta tolerancia con un uso moderado* de estos medios de la empresa.

4. La forma que tiene la empresa para “quebrar” esa expectativa de intimidad es *informar al trabajador* de que el contenido del ordenador puede ser conocido por terceros, que realizará controles de las herramientas informáticas y el tipo de controles por el que optará.

5. Lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de la buena fe es establecer previamente las *reglas de uso* de esos medios con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales en el uso personal de esos medios informáticos.

Consecuencias de la STS de 26 de septiembre de 2007

1. Una vez el empresario ha cumplido las exigencias descritas en los apartados anteriores, si aún así el trabajador utiliza para usos privados los medios, en contra de esas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que al realizarse los mismos se ha vulnerado la “expectativa razonable de intimidad”.

2. No obstante, los registros informáticos que se hagan acorde a los requisitos del art. 18 ET, al ser este artículo más garantista del derecho fundamental a la intimidad, serán perfectamente válidos.

3. Esta Sentencia en principio deja clara la posibilidad del establecimiento de criterios absolutos de “prohibición de uso”.

4. Esta idea choca con los criterios expuestos en otros puntos del presente trabajo. Me estoy refiriendo en concreto, a los criterios constitucionales de necesidad, adecuación o idoneidad, proporcionalidad y justificación que vimos por ejemplo en el apartado de videovigilancia y que también aquí han sido citados. Por tanto hay que entender que esta Sentencia tiene que ser puesta en relación con los criterios del Tribunal Constitucional básicamente, pero además también con otras Sentencias del propio Tribunal Supremo, de diferentes Juzgados de lo Social⁷³ e incluso con circunstancias como la conciliación de la vida personal y familiar, que ya han salido también a lo largo de este trabajo.

5. Por tanto aunque en la propia STS de 26 de septiembre de 2007, se deja bien claro que “.....*tratará de resolver un problema previo sobre el alcance y la forma del control empresarial sobre el uso por el trabajador del ordenador facilitado por la empresa*”, y es verdad que la Sentencia establece unas pautas bastante claras, no

⁷³ SSJS Madrid, de 18 de septiembre de 2002, SSJS Madrid, de 11 de febrero de 2003 y SJS Barcelona, de 16 de septiembre de 2002.

termina de especificar cómo resolver los aspectos “dudosos” evidenciados en el apartado anterior, y por tanto en palabras de Todolí Signes “*sigue siendo necesaria una regulación legal o convencional que aclare todos estos aspectos*”.

Por otra parte, la autora San Martín Mazzucconi ve la solución otorgando “*el papel fundamental en estos temas a la negociación colectiva en su calidad de instrumento normativo especialmente dinámico*”⁷⁴.

Evolución Jurisprudencial más reciente: sentencias posteriores a la STS de 26 de septiembre de 2007 y aspectos complementarios de ésta.

Ya he dejado bastante claro a lo largo del presente trabajo que al analizar este tema nos estamos moviendo en un terreno muy “resbaladizo”. La STC de 26 de septiembre de 2007 puso un poco de orden, pero como se ha dejado claro no terminó de completar la regulación y por tanto a la hora de realizar el análisis más reciente de esta materia voy a seguir en la línea de todo el trabajo, un análisis jurisprudencial de las diferentes Sentencias que al respecto se han ido dando desde septiembre de 2007 hasta la actualidad.

1. STSJ Madrid, 33/2010, 12 enero: Aplicación de la “Doctrina Gradualista”.

El caso al que me voy a referir es un Recurso de suplicación contra la SJS Madrid de 15 de abril de 2004 que dadas las circunstancias había entendido el despido como procedente.

En este caso existía un documento interno en el que “*se advierte que el uso de Internet y correo electrónico sólo se permite para fines profesionales estando expresamente prohibido navegar por Internet o usar el correo electrónico para usos particulares.*” “*También obran reflejadas estas normas internas de uso de Internet en la Intranet de la empresa*”. Similar documento hay para el uso del teléfono móvil de trabajo.

El demandante al recibir el ordenador de trabajo firmó un “recibí” en el que quedaban claras estas órdenes. El demandante entregó su ordenador para que lo revisase un técnico informático de la empresa pues “*aparecían avisos de virus*”, *facilitándole asimismo* el nombre de usuario, contraseña y número PIN de acceso a la tarjeta UMTS.

El informático identificó el virus informático⁷⁵ existente y declaró que “*la causa de haberse infectado el equipo informático de dicho virus fue el acceso del demandante a*

⁷⁴ “*Navegar por Internet en horas de trabajo. ¿Quién? ¿Yo?*”. San Martín Mazzucconi. Aranzadi Social, 2010.

⁷⁵ Concretamente lo identificó como virus informático, “Antispyware PRO XP”.

páginas de Internet no relacionadas con su actividad profesional, algunas de ellas de contenido pornográfico, que se detallan en la carta de despido". Además en opinión del citado informático *"el acceso a las páginas de Internet, especialmente a las de contenido pornográfico, puede provocar incluso que se infecte la red informática de la empresa"*.

A pesar de todo ello, de la existencia del documento interno, del "recibí" firmado por el trabajador, incluso a pesar de estar esas normas en la Intranet de la empresa, el tribunal aplicando la *"llamada **doctrina gradualista**"* (la propia sentencia cita la STS de 5 de mayo de 1983), en la que *"se han de **apreciar las circunstancias concurrentes en cada caso**, y especialmente la existencia de **gravedad y culpabilidad** en las faltas imputadas"* **declara el despido del trabajador improcedente**, pudiendo optar la empresa entre readmitir o indemnizar al trabajador.

2. La "línea continuista" de la STS de 26 de septiembre de 2007

A continuación voy a desarrollar dos ejemplos que siguen lo que he venido a llamar la "línea continuista" con la citada Sentencia.

En ambos casos la empresa no destruye previamente la "expectativa de intimidad" en el uso personal que hacen los trabajadores de los medios informáticos de la empresa.

Al STSJ Comunidad Valenciana, 16 de febrero de 2010

Esta Sentencia se dicta en Recurso de suplicación contra la SJS de Valencia de 20 de julio de 2009 que había declarado el despido de un trabajador procedente.

En este caso la Sentencia aplica la jurisprudencia de la STS de 26 de septiembre de 2007, argumentándolo en que *"de acuerdo con las exigencias de la buena fe no ha establecido previamente las reglas de uso de esos medios, con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales, ni ha informado a los trabajadores de que se instauraría un control y de los medios que fuera a aplicar en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que se adoptarían en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio informático...."*

Por tanto declara el despido improcedente, debiendo la empresa readmitir o indemnizar al trabajador.

Estamos en este caso ante un ejemplo de lo que he venido a llamar la **"línea continuista"** con la STS de 26 de septiembre de 2007.

B/ STSJ Madrid, 28 de septiembre de 2010

Esta Sentencia se dicta en Recurso de suplicación contra la SJS de Madrid de 30 de abril de 2009, que a diferencia de lo que ocurría en el caso anterior, ya había declarado improcedente el despido, dejando claro entre otras cosas que *“la empresa nunca ha advertido por escrito que los correos electrónicos pueden ser intervenidos”* con pruebas testificales y con la ausencia de presentación de documento alguno por la empresa.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid lo entiende asimismo, declara nula la prueba obtenida ya que la empresa no advirtió de los controles que iba a realizar y por tanto transgredió la buena fe contractual. Por tanto confirmó la Sentencia del Juzgado de lo Social.

Este caso se enmarca pues en la “línea continuista” de la STS de 26 de septiembre de 2007 pero sin ni siquiera tener que contravenir en suplicación a la Sentencia del Juzgado de lo Social que ya había optado por seguir la citada jurisprudencia.

3. LA “NUEVA LÍNEA” DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Este tercer apartado constituye desde mi punto de vista, por novedoso, la línea de análisis más importante a la hora de estudiar la evolución jurisprudencial tras la STS de 26 de septiembre de 2007.

Voy a dividir este punto en tres líneas de análisis:

1. **STSJ de la Comunidad Valenciana, de 28 de septiembre de 2010.**
2. **STS de 6 de octubre de 2011.**
3. **El “Voto Particular” de la STS de 6 de octubre de 2011.**
4. **La situación actual: necesidad de una “continua interpretación”.**

1. STSJ de la Comunidad Valenciana, de 28 de septiembre de 2010.

Esta Sentencia resuelve el Recurso de Suplicación interpuesto por la demandante contra la SJS de Valencia de 18 de enero de 2010, que considero el despido de la demandante como procedente, al considerar los hechos realizados por la actora como falta muy grave.

La situación venía a ser la siguiente:

*“La empresa entregó a todos los trabajadores y en concreto a la aquí demandante, una carta que ésta **recibió y firmó**, en la que se le comunicaba que **quedaba terminantemente prohibido el uso de medios de la empresa** (ordenadores, móviles,*

Internet, etc...) para **fines personales** tanto dentro como fuera del horario de trabajo. La empresa decidió hacer una comprobación sobre el uso de sus medios de trabajo por los trabajadores, a cuyo fin procedió a la monitorización de los ordenadores de dos trabajadoras que presentaban fundadas sospechas. La empresa veía en el comportamiento de estas **dos trabajadoras claros indicios de sospecha** y procedió a la instalación de un **“software” de monitorización del ordenador** de la trabajadora, una vez que ella **había abandonado el puesto** tras finalizar una de las jornadas laborales. El sistema instalado permitiría observar lo que la usuaria veía y la captación de pantallas para su posterior visualización, sin que permitiera acceder a los archivos del ordenador que están protegidos por contraseña de cada uno de los usuarios. Se trata de un sistema “pasivo”, poco agresivo, que captura lo que está en pantalla, como manifestó en prueba testifical un informático de las empresas que examinó el programa cuando le fue mostrado tras la visualización” Se procedió a visualizar el proceso de monitorización, obteniéndose el resultado de que la demandante había realizado actos constitutivos como falta muy grave, derivándose por tanto la consecuencia de despido procedente de la trabajadora.

La STSJ de Valencia está de acuerdo con la SJS, valora al “software espía” como un sistema poco agresivo, que respeta la dignidad humana. Además considera que la empresa **eliminó la “expectativa de confidencialidad” dando el “recibí” a todos trabajadores**, obviamente también a la trabajadora demandante.

Por tanto esta Sentencia considera que **se cumplen los requisitos de la STS de 26 de septiembre de 2007 y por tanto el despido es procedente**. No obstante la trabajadora interpuso Recurso para a Unificación de la Doctrina ante el Tribunal Supremo, que se resolvió con la STS de 6 de octubre de 2011, que será el siguiente punto de análisis.

2. STS de 6 de octubre de 2011.

Aquí radica la importancia del caso que nos ocupa. La Sentencia llegó al Tribunal Supremo, y como se puede deducir de los hechos relatados en el apartado anterior, en realidad no se aplicaron los criterios de éste, al menos de una forma lineal. En realidad, manteniendo la calificación del despido en procedente, el Tribunal Supremo estaba endureciendo su postura, (hablando desde el punto de vista del trabajador), toda vez que a la trabajadora **no se le preavisó de que iba a ser controlada ni de los medios de control que la empresa iba adoptar en su ordenador**. Se dio el aviso general, a toda la plantilla de la empresa, de que se iban a realizar controles en los ordenadores,

pero nada más. (Recuérdese que la STS de 26 de septiembre de 2007 dice que “la empresa debe establecer previamente las reglas de uso de los medios informáticos y debe también informar a los trabajadores de la existencia de control y de los medios empleados para este fin”). Por tanto, **se podría concluir** a primera vista que los criterios del Supremo en octubre del año pasado son menos protectores con la intimidad del trabajador, que los criterios que él mismo tenía, cuatro años atrás.

Sin embargo, hay que decir que esta Sentencia responde a un Recurso de Casación para la Unificación de la Doctrina, en donde la demandante planteó contradicción en torno a dos puntos.

En el primero, propuso como contraste la STS Cantabria de 18 de enero de 2007. El Tribunal no aceptó tal contraste. Ambas situaciones presentaban semejanzas pero también una diferencia muy importante. En la Sentencia de Cantabria *“el perito trasladó el ordenador fuera de la empresa, a su propia oficina, y allí procedió al filtrado de los ficheros sin que se hallara presente ningún trabajador”, hecho completamente distinto al del caso que nos ocupa*⁷⁶.

La de octubre de 2011 en sus fundamentos de derecho realiza la siguiente declaración *“la recurrente **no hace cuestión de la falta de advertencia expresa a la actora de la instalación del “software” de monitorización, por lo que la censura tiene que ceñirse a la denuncia por el exceso de la utilización de un programa espía y a la alegación de que se han incumplido las garantías del art. 18 ET”***.

A este respecto, la Sentencia deja claro que es necesario partir de lo dispuesto en el art. 20 ET, (*“Dirección y control de la actividad laboral”*), no del art. 18 ET (*“Inviolabilidad de la persona del trabajador”*). De acuerdo al art. 20ET el empresario tiene la **titularidad del ordenador que es un medio de producción** más y puede imponer al trabajador la obligación de realizar el trabajo convenido dentro del marco de diligencia y colaboración establecidos legal o convencionalmente y el sometimiento a las órdenes o instrucciones conforme a las exigencias de la buena fe. Consecuentemente, también dispone de la **facultad empresarial para vigilar y controlar el cumplimiento de tales obligaciones** por parte del trabajador, siempre con el **respeto debido a la dignidad humana** de éste.

⁷⁶ En el caso que nos ocupa se procedió a visualizar el proceso de monitorización del ordenador de la demandante, hallándose presente ésta, la representación de la empresa, un representante de los trabajadores, dos trabajadores y el instalador del software y otra persona que introdujeron medio “password” cada uno, a fin de hacer efectivo el “software” de monitorización.

*El segundo motivo tiene que ver con la **gravedad de la falta**. Como contraste quiere hacer valer la demandante la STSJ Madrid, de 12 de enero, analizada ya en el punto anterior, concretamente cuando traté la teoría “gradualista”. A este respecto, indicar que el Tribunal valoró muy negativamente hechos considerados como “competencia desleal” a la propia empresa por parte de la demandante, aparte del tiempo de conexión que era bastante elevado. Es decir, para el Tribunal la falta cometida por la demandante era “muy grave” y por tanto consideró que el despido era procedente.*

3. El “Voto Particular” de la STS de 6 de octubre de 2011.

En la confección del trabajo he introducido el “Voto Particular” como tendencia aparte por el número de magistrados que se adhirieron al mismo, cinco magistrados de un total de quince que tenía la Sala. Desde mi punto de vista representa un porcentaje para nada despreciable en la composición de la misma.

Estos magistrados “disidentes” hacen referencia precisamente a lo que me he referido antes como “*endurecimiento*”, desde el punto de vista del trabajador, de los criterios del Supremo. El “Voto Particular” decía que “*la sentencia mayoritaria comporta un retroceso en la protección de los derechos fundamentales, concretamente del derecho a la intimidad del trabajador*”. Desde su punto de vista al faltar esas medidas “más protectoras” que realmente si se daban en la Sentencia de 2007, la calificación debería haber sido, según estos magistrados disidentes, la de despido improcedente. Para ellos habría que volver a aplicar los criterios de 2007, pues los nuevos de 2011 vulneran “una expectativa razonable de intimidad”, ya que no es suficiente la prohibición del uso del ordenador para actividades privadas, sino que, dicha prohibición ha de ir acompañada de una información sobre la existencia de un control y de los medios que van a aplicarse”.

4. La situación actual: necesidad de una “continua interpretación”.

Lejos de aportar unos criterios de interpretación claros del uso personal de los medios informáticos por los trabajadores, la reciente Sentencia de octubre de 2011, al menos desde mi punto de vista, genera más dudas al respecto.

Es verdad que en principio, el Tribunal parece dejar claro que la “expectativa de intimidad” desaparece con el simple hecho de que el empresario niegue la posibilidad de uso personal de los citados medios, pero no es menos cierto, que este “enfriamiento” de

la postura del Supremo con respecto a los derechos fundamentales del trabajador, desde mi punto de vista no se sostiene con facilidad, al menos, en muchos de los casos. “No se trata simplemente de estar a la última Sentencia del Supremo”⁷⁷, esta expresión, al menos a mi entender, es realmente didáctica a la hora de explicar cómo está la situación actual.

Si entendiéramos que esta Sentencia insta una nueva forma de ver la capacidad de control del empresario de los medios informáticos de la empresa, estaríamos dando a entender...

En primer lugar, que la parte empresarial muy fácilmente puede limitar derechos fundamentales de los trabajadores. Simplemente con establecer una prohibición total de los medios ya estaría. Cuando en realidad es todo lo contrario.⁷⁸ Desde luego, ningún derecho es absoluto, ni siquiera los fundamentales, pero no podemos hacer de la excepción la norma.

Los derechos fundamentales tienen una posición preeminente. No podemos olvidarnos de los criterios del Tribunal Constitucional, del principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad, proporcionalidad y justificación).

En segundo lugar, estaríamos obviando la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “La recogida y almacenamiento de información personal relativa a llamadas telefónicas, correo electrónico y navegación por Internet, debe hacerse siempre con conocimiento del trabajador”.

En tercer lugar, que para eliminar la “expectativa de intimidad” del trabajador basta con establecer un protocolo de actuación, cuando en realidad estos protocolos de actuación también están sometidos a los límites del Constitucional, es decir al test de proporcionalidad.

Además estaría olvidándose de las exigencias que rigen el control empresarial, es decir, del art. 20.3. ET, la “dignidad humana” siempre como límite.

Y aún se puede decir más, aceptando esta Sentencia como único criterio válido, el Tribunal no sólo estaría dificultando las condiciones de defensa de los derechos fundamentales de la parte trabajadora, también se estaría contradiciendo asimismo ya que en determinadas ocasiones ha desarrollado una línea ya no más “suave” como en

⁷⁷ “Sobre el control de los ordenadores”: San Martín Mazzucconi, C y Sempere Navarro, A.V. Aranzadi Social número 3 (Tribuna). 2012.

⁷⁸ A lo largo del presente trabajo ya ha quedado claro en diversas ocasiones, que los derechos fundamentales *si bien no son absolutos, como ningún derecho, si tienen carácter “prevalente”*.

2007, sino completamente contraria, como en la STS de 5 de diciembre de 2003 ⁷⁹, que antes tratamos en el apartado de “*monitorización de llamadas*”. En esta Sentencia, el propio Tribunal, a pesar de que desestimaba la petición de la parte demandante de anular la medida de las escuchas, si reconocía que al ser un seguimiento general, dentro de las conversaciones “*podían surgir comentarios que afecten a derechos fundamentales*”.

Por tanto, la **situación actual relativa a la protección de los derechos individuales del trabajador tras la STS de 6 de octubre de 2011 queda como sigue:**

Los criterios del Tribunal Supremo tienen que ser de alguna manera combinados con los del Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta el test de proporcionalidad.

No hay que olvidar que en contra de lo que dice el Supremo, muchos Tribunales discrepan en la posibilidad del establecimiento de prohibiciones absolutas.

Otra característica a tener en cuenta es que nada tienen que ver estos registros con los regulados en el art.18 ET. Las taquilla del trabajador es un lugar donde es mucho más complicado para un empresario romper la “expectativa de intimidad” del trabajador.

El registro “informático” se regula por el art. 20.3 ET, siempre por tanto con respeto a la dignidad del trabajador, pero no con las “duras” limitaciones de un espacio de tan alta privacidad como la taquilla del trabajador.

Por otra parte también tenemos que estar a los criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a otros aspectos ya más generales como puede ser la idea actual de facilitar al máximo la conciliación de la vida laboral y familiar, la flexibilidad del tiempo de trabajo o la normalización del uso moderado de los medios informáticos de la empresa, que también influyen.

Por último, otra idea a reflejar aquí, es que el tipo de empresa al que me esté refiriendo, esto es, las características de ésta y de sus trabajadores, también influyen. Según sea uno u otro tipo, ciertas medidas protectoras podrían o no tenerse en cuenta.⁸⁰

⁷⁹ STS de 5 de diciembre de 2003. *Caso de la grabación de las conversaciones entre los trabajadores (asesores comerciales de Telefónica) y sus clientes*. Medida idónea para la finalidad pretendida (mejorar la calidad del servicio, identificar posibles necesidades de formación), necesaria, equilibrada, seguramente no alejada de la buena fe.

⁸⁰ El password o contraseña protectora de un ordenador no tendrá el mismo valor como prueba de seguridad (por ejemplo, para garantizar la privacidad del ordenador) en una empresa relacionada con la informática, donde seguramente no aporte prácticamente protección y sea “adivinable” por “expertos” informáticos, que en una empresa donde sus trabajadores tienen conocimientos limitados de informática, donde seguramente el password resulte un “muro infranqueable”, para aquel que lo desconozca.

Por tanto, como vemos claramente, seguimos moviéndonos en lo que hemos llamado “*terreno resbaladizo*”, de difícil interpretación. Donde sería bueno que las empresas, con objeto de evitar futuros problemas, establecieran “protocolos de actuación” de los medios informáticos y que esos protocolos superaran el test constitucional de proporcionalidad. Y además, si todo ello es posible, teniendo en cuenta las características propias de cada empresa. Sólo así seguramente, dotarán de cierta estabilidad y seguridad a los criterios interpretativos de los “usos no laborales” de los equipos informáticos de la empresa por la parte trabajadora.

C- REDES SOCIALES: FACEBOOK Y TWITTER: SUS CONSECUENCIAS.

No he querido dejar de tratar en este trabajo fin de grado, al menos someramente, la relación que existe entre los derechos fundamentales y el uso de las redes sociales. En especial, facebook y twitter.

Con respecto a las mismas, si he querido dejar claras algunas ideas fundamentales.

El uso de las redes sociales por los trabajadores es una potencial fuente de conflictos. Aún no son muy numerosos, pero no es difícil prever que en breve espacio de tiempo, el uso o mejor dicho, el “mal uso” de estas herramientas, seguramente va a generar conflictos con los derechos fundamentales de los trabajadores y también como novedad, puede que incluso con los de potenciales trabajadores.

Otro aspecto a señalar, es que hasta ahora, siempre hemos tratado situaciones en las que era el trabajador el que quizá hacía un mal uso del ordenador o de Internet y de alguna manera fruto de ese “incumplimiento” o de ese “uso particular”, veía limitados o disminuidos sus derechos fundamentales (intimidad, dignidad, secreto de las comunicaciones....)

Ahora, la novedad que se plantea aquí es que el “mal uso” de Internet, puede que lo haga el empresario en vez del trabajador.

Por ejemplo, podríamos hablar de un hipotético proceso de selección de personal, externo o interno, daría igual, en que el empresario o la empresa de selección contratada por éste, decide indagar vía facebook o vía twitter para ver las fotos que han “colgado” los trabajadores en sus respectivos “perfiles”, consiguiendo información en muchos casos muy personal, (aficiones, gustos, amistades,..etc), que nada tiene que ver con la capacidad o el mérito del candidato para el puesto de trabajo, pero que quizá le pueda influir a la hora de conseguir ese puesto o ese ascenso. Hablamos en este caso de usos no laborales pero siendo esta vez el actor el empresario quien con su actividad,

afecta a derechos del trabajador o del candidato que lo “único” que ha hecho es mostrar imágenes de hechos vividos a lo mejor años atrás, desde luego no las colocó ahí para que las utilicen como argumento de negación de un ascenso o un contrato. Desde el momento en que los acontecimientos puedan tomar ese cariz, cuando menos, al menos desde mi punto de vista, se está abriendo un campo de estudio altamente interesante y eso sí, no menos complejo ⁸¹.

Bien es verdad que el concepto tradicional de “*trabajador incumplidor*” que puede perder derechos fundamentales fruto de esos “malos usos”, en muchas ocasiones se mantiene. Por ejemplo el caso de un trabajador que introduce comentarios insidiosos o insultos de su jefe en twitter y resulta despedido por ello. Me estoy refiriendo a un caso real, que se ha dado en Estados Unidos, concretamente ha sido una reclamación planteada por la “*National Labor Relations Board*” sobre una trabajadora que fue despedida por una situación similar a la descrita y que, además ejercía labores sindicales.

Por otra parte, el uso de estas redes sociales posee características que dificultan aún más su tratamiento. Todavía hay bastantes usuarios que no son conscientes que facebook es accesible no sólo para sus amigos, sino para cualquiera que esté dado de alta en el programa y que sus comentarios perduran e incluso se van “*retwitteando*”⁸² de unos a otros, con las posibles repercusiones de que lleguen a ser conocidos por alguien que quizá no deseemos.

A tenor de lo expuesto, de las connotaciones especiales, toda vez que el incumplimiento puede deberse no sólo a la parte trabajadora sino también al empresario, como ya he mencionado, se está abriendo una materia de enorme potencial de estudio. La tendencia parece indicar que va a generar conflictos, ya los está habiendo, pero sin duda irán a más. Además si a lo largo de todo el contenido de este trabajo se ha adolecido de escasez de normativa de regulación clara, coherente, pues ocurre, que en el uso de las redes sociales, aún hay menos normativa reguladora al respecto.

⁸¹ Desde mi punto de vista la carga de la prueba de que no ha sido contratado o promocionado el candidato por ejemplo, por sus fotos “colgadas” en facebook corresponde al propio candidato, y desde luego no creo que encuentre fácilmente pruebas fehacientes para demostrar estos hechos.

⁸² En noviembre de 2010 un Juzgado francés ha considerado que comentarios de una trabajadora en un ámbito donde podían acceder los “amigos” de los “amigos”, no podían considerarse declaraciones en el ámbito privado.

La ***solución que yo personalmente daría*** es establecer unas directrices claras de conducta con respecto al uso de las redes sociales. Momentos en su caso, en que sea posible acceder a ellas⁸³, contenido de los mensajes que puedan introducirse, absteniéndose de realizar comentarios que vayan en contra de la empresa, de sus dirigentes, de sus compañeros,...etc. Además de dejar bien clara la posibilidad de que la empresa esté también en ellas como tal⁸⁴. Y todo ello acompañado de las consecuencias concretas en caso de incumplimiento, siendo lo más definidas posible, de alguna manera proporcionadas a la falta cometida y por supuesto conocidas por los trabajadores, o cuando menos susceptible de ser conocidas.⁸⁵

Resumiendo mucho, la idea sería, en la medida de lo posible, suplir la falta de regulación externa con pactos internos, sin dejar de lado los criterios constitucionales, esto es, el ya múltiplemente mencionado test de proporcionalidad, ni la doctrina gradualista.

En cuanto a la ***posible investigación vía facebook o twitter por parte del empresario del candidato a trabajador***, la ***solución que yo daría*** a fin de “legalizar” de alguna manera esa “investigación” es pedir previo consentimiento expreso al candidato. A la hora de hablar de la intimidad a lo largo del trabajo, ya nos hemos referido en alguna ocasión a que determinados aspectos son íntimos en la medida en que la propia persona así lo considera. (*Autodeterminación informativa*)

A mi modo de ver, si el propio candidato autoriza fehacientemente a que la empresa indague sobre él por las redes sociales, seguramente sea porque lo que de él puedan encontrar no pertenezca a la esfera íntima del candidato, al menos no para él, y por tanto no tendría esa condición de prevalencia que la Constitución otorga a los derechos fundamentales, en este caso al derecho a la intimidad.

No obstante, quiero dejar claro que estoy realizando afirmaciones muy personales basadas en los conocimientos adquiridos durante la elaboración de este trabajo. Pero la experiencia de análisis de este tipo de sentencias, asimismo me hace ver, que dadas las especiales características, de toda la materia del trabajo en general y más si cabe, por novedosa, de esta parte en particular, siempre habrá que estar a lo que dicten los Tribunales en cada caso concreto. Seguramente la situación en cuestión pudiera presentar especialidades, las cuales, no sería extraño que hicieran variar el sentido del fallo de la sentencia.

⁸³ Estamos entrando aquí en contenido propio de la pregunta anterior de este trabajo.

⁸⁴ Cada vez más empresas están en facebook y en twitter.

⁸⁵ Por ejemplo “colgándolas” en la página web de la empresa o en la intranet de la misma.

3.2. LIBERTAD IDEOLÓGICA Y RELIGIOSA DEL TRABAJADOR

Otra manifestación del derecho a la dignidad e intimidad es el derecho a la libertad ideológica, religiosa o de culto y, como complemento del mismo, el derecho a no declarar sobre su ideología, religión o creencias ⁸⁶ que permite al trabajador decidir libremente sobre sus ideas, sus opciones vitales o sus convicciones de tipo religioso, político o sindical, y le protege frente a posibles indagaciones o medidas a causa de las mismas ⁸⁷, con las salvedades propias de la incompatibilidad entre los deberes religiosos y la ejecución del trabajo ⁸⁸ o de las empresas “ideológicas” o de “tendencia” (enseñanza, comunicación, defensa de intereses políticos o sindicales, ..etc), en las que cabe exigir al trabajador una mínima sintonía con el “ideario” empresarial ⁸⁹.

Aunque como regla general no hay obligación de declarar sobre esos datos o decisiones, la comunicación de las mismas resulta a veces necesaria para que el empresario pueda dar cumplimiento a determinadas obligaciones legales (descanso en días solemnes, pago de viajes o abono de complementos por pareja de hecho, ampliación de derechos sindicales, protección especial frente al despido, etc....).

Para el desarrollo de este apartado voy a fijarme en diversas sentencias, del Tribunal Constitucional principalmente; me referiré a casos de docentes en centros públicos y en centros concertados o privado-concertados, y señalaré diferencias de tratamiento ente ambos fundamentadas en la existencia de un “ideario específico” o carácter propio, que hace que en estos centros, el tratamiento de estos derechos sea particular.

Según el artículo 16.3 de la Constitución Española *“ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”*.

Por tanto, tomando la terminología del profesor Rodríguez de Santiago *“si bien el Estado es un sujeto empresarial, patrimonial e informativamente capaz,⁹⁰ no lo es religiosamente”*.

Una vez que se ha dejado clara la idea principal de la aconfesionalidad del Estado hay que tener igualmente en consideración el hecho de que el Estado si puede facilitar algunas prestaciones relacionadas con el ámbito religioso. El modelo español, al

⁸⁶ Art.16 CE y art.7 LPDP.

⁸⁷ STC 142/1993, 22 de abril; 292/1993,18 de octubre; 145/1999, 22 de julio y 49/2003,17 de marzo.

⁸⁸ STC 19/1985, de 13 de febrero.

⁸⁹ STC 47/1985, de 27 de marzo.

⁹⁰ Artículos. 128.2 CE, 132 CE y 20.3 CE, respectivamente.

contrario del francés por ejemplo, abre el espacio de las prestaciones estatales ⁹¹, siempre que el Estado no tome partido en esta materia.

El Estado, como ente “religiosamente incapaz” no puede prestar como tal estos servicios, no puede enseñar religión, no puede asistir religiosamente a una persona moribunda, ni a un estudiante universitario que tiene esa necesidad por los motivos que sean. Sin embargo, como refleja el art.16.3 CE los poderes públicos tienen que tener en cuenta las creencias religiosas de los ciudadanos. El propio art. 27.3 CE dice que *“los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”*. Por lo tanto, el Estado esta obligado a tener en cuenta las ideas religiosas de sus ciudadanos, garantiza a los padres que sus hijos puedan recibir formación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones y sin embargo, es un ente sin la posibilidad de cumplirlo directamente toda vez que es “religiosamente incapaz”. Por ello para solucionar esta contradicción, lo que hace es permitir que sean sujetos *“religiosamente capaces”* los que se encarguen de cubrir esas necesidades. Luego el Estado autoriza que sea la Iglesia la que se encargue de cubrir estas carencias, y se lo permite en principio con plena libertad. El Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales de 1979, dispone en su art. III que *“la enseñanza religiosa será impartida por las personas que, para cada año escolar, sean designadas por la autoridad académica entre aquellas que el ordinario diocesano proponga para ejercer esta enseñanza”*. Y en su art. VI que *“a la jerarquía eclesiástica corresponde señalar los contenidos de la enseñanza y formación religiosa católica, así como proponer los libros de texto y material didáctico relativos a dicha enseñanza y formación”*. En similares términos el Estado español tiene acuerdos con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España.

Para analizar este tema nuevamente me he valido básicamente de la línea jurisprudencial marcada por el Tribunal Constitucional, a través de dos sentencias básicas y muy esclarecedoras como son, la **Sentencia 38/2007, de 15 de febrero** y la **Sentencia 51/2011, de 14 de abril**.

⁹¹ En escuelas, hospitales, residencias de ancianos, incluso en algunas universidades (espacios públicos) hay capillas.

STC 38/2007, de 15 de febrero: Cuestión de Inconstitucionalidad.

Analizando esta sentencia se extraen una serie de conclusiones fundamentales que me dispongo ahora a desarrollar.

El hecho detonante del inicio de esta Cuestión de Inconstitucionalidad⁹² es el caso de una trabajadora que venía prestando servicios como profesora de religión en educación infantil y primaria en centros de carácter público, a propuesta del Obispo de Canarias desde el curso 1990/1991. En octubre del año 2000 se le comunica que no se le formalizaría nuevo contrato, por mantener una relación afectiva con un hombre distinto de su esposo, del que se había separado. La señora interpuso ante el Juzgado de lo Social⁹³ demanda de tutela de derechos fundamentales contra el Ministerio de Educación y Ciencia, la Consejería de Educación de la Comunidad Autónoma de Canarias y el Obispado de Canarias. Se invocaba *“lesión del principio de igualdad y del derecho a la intimidad personal, interesándose la nulidad de la propuesta del Obispado para la contratación de profesores de religión, así como la contratación de la demandante y el abono de las indemnizaciones”*. La demanda dio lugar a los autos num. 127/2001, que concluyeron por Sentencia desestimatoria⁹⁴, haciendo suya la fundamentación jurídica de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de fecha de 26 de febrero de 2001, sobre un caso análogo.

La Sentencia en cuestión venía a decir que *“si el Obispado retiraba la propuesta de la actora por considerar que vive “en pecado” y que no es idónea para impartir clase de religión católica, está actuando dentro del área de su ministerio espiritual y conforme a las reglas de Acuerdo-Tratado con la Santa Sede, ejerciendo la facultad discrecional que le viene atribuida en el art.3 del mismo y que no puede someterse a control jurisdiccional sino en sentido negativo, y salvo que se desatiendan derechos fundamentales, pero con los condicionantes, inflexiones y particularidades del área de la enseñanza de religión católica, que en este caso no se entienden violados por tener causa la decisión del Obispo en una razón de mera naturaleza religiosa o de moral católica, de acuerdo con los cánones de la Iglesia”*.

La actora interpuso recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, cuya Sección Primera elevó la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Resumiendo el objeto de la cuestión de constitucionalidad se limita a dos opciones normativas:

⁹² Promovida por la Sección 1ª de la Sala de lo Social del Tribunal de Canarias

⁹³ Juzgado de lo Social num. 4 de Las Palmas de Gran Canaria.

⁹⁴ SJS Las Palmas, de 6 de julio de 2001

- 1- El uso de contratos de naturaleza laboral para cumplir la función de enseñar de la Iglesia.
- 2- La contratación de estos trabajadores por parte de las Administraciones Públicas, configurando en definitiva, supuestos de empleo público.

Ambas opciones imponen determinadas exigencias desde el punto de vista de la constitucionalidad, serán objeto de análisis, y se resumen en las dos siguientes cuestiones:

- 1- ¿Son inmunes las decisiones del Obispado en cuanto a la contratación y renovación de los profesores?
- 2- ¿Se puede condicionar el acceso y mantenimiento de empleos públicos a criterios de índole religiosa y confesional?

El Tribunal Constitucional expone los argumentos dados por las distintas partes implicadas en este proceso⁹⁵, para pasar posteriormente a resolver las cuestiones planteadas, enunciando así unos criterios claros, bastante ejemplificadores sobre esta cuestión. Paso a continuación a desarrollar estos criterios de una forma clara.

Criterios del Tribunal Constitucional que se desprenden de la Cuestión de Inconstitucionalidad, STC 38/2007, de 15 de febrero:

- 1- Los Jueces y Tribunales del orden civil son **plenamente competentes** (exclusiva competencia) para tratar los efectos civiles de las resoluciones eclesiásticas. Consecuencia de los principios de aconfesionalidad del Estado (art.16.3 CE) y de exclusividad jurisdiccional (art.117.3 CE).⁹⁶
- 2- Los **efectos civiles de una decisión eclesiástica no pueden resultar inmunes a la tutela jurisdiccional de los órganos del Estado.**
- 3- La relación que se establece entre los profesores de religión y la Administración educativa es una relación “**laboral**”, por lo que es claro que el orden competente para determinar posibles cuestiones litigiosas es el orden social.
- 4- En base al Acuerdo de 1979, la designación de profesores de religión debe recaer en personas que hayan sido **previamente propuestas** por el Ordinario diocesano, y que

⁹⁵ Son el Ministerio Fiscal, la demandante, el Abogado del Estado, el Gobierno de Canarias y el Obispado de Canarias

⁹⁶ STC 1/1981, de 26 de enero y STC 6/1997, de 13 de enero.

dicha propuesta implique la previa declaración de su idoneidad basada en condiciones de índole moral y religiosa. Además, de entre las personas así designadas, se designarán en condiciones de igualdad y con respeto a los principios de mérito y capacidad.

5- Sin embargo, esto no es óbice para que tal designación **pueda ser objeto de control** por los órganos judiciales del Estado, a fin de determinar su adecuación a la legalidad.

6- Este control judicial **no es exclusivo** de la contratación de profesores de religión. Se da siempre que hay actos discrecionales de cualquier autoridad que producen efectos en terceros, bien con la denominada “*discrecionalidad técnica*”⁹⁷, bien en el caso de los nombramientos efectuados por el sistema de “*libre designación*”⁹⁸.

7- La exigencia de la Declaración Eclesiástica de Idoneidad **no puede considerarse arbitraria o irrazonable, ni ajena a los principios de mérito y capacidad** y desde luego no implica discriminación por motivos religiosos. La exigencia de esta declaración de idoneidad no atenta por tanto, ni al art. 14 CE ni al art. 103.3 CE.

8- Las interrelaciones existentes entre los profesores de religión y la Iglesia configuran una **categoría específica y singular**, con similitudes y diferencias de las llamadas “*empresas de tendencia*”.

Las empresas de tendencia presentan un “ideario propio”, unos pensamientos, unas ideas, que indican el carácter u orientación de las mismas. Los trabajadores ven modulados sus derechos en consonancia con este ideario, comprometiéndose a no actuar en contra del mismo. Pero es que la relación Iglesia-docentes de religión da un paso más incluso; **no solo exige a los docentes que se abstengan de actuar en contra del ideario religioso sino que se les pide que profesen ellos mismos ese ideario religioso**. En otras palabras, para poder transmitir la fe católica, la Iglesia le pide al docente que él mismo tenga esa fe católica, y él mismo comparta el ideario católico.

9- Ahora bien, aceptando los argumentos esgrimidos en los puntos anteriores, la cuestión fundamental a tener en cuenta es la siguiente; “*¿dónde se están llevando a cabo estas enseñanzas de religión?*”. “*¿En qué marco jurídico se imparte la enseñanza de religión en el caso que nos ocupa?*”. La respuesta es clara, enseñanza pública, y es de vital importancia este hecho. El hecho de que el ámbito de enseñanza se desarrolle en el marco de lo público confiere a esta relación laboral unas connotaciones claramente

⁹⁷ STC 86/2004, de 10 de mayo

⁹⁸ STC 235/2000, de 5 de octubre.

especiales. Las **Administración Pública no puede constituirse en una empresa “de tendencia”**. Como ya se ha dicho a lo largo de este punto las Administraciones Públicas no desarrollan tendencia ni ideario ideológico, sino que cooperan con la Iglesia Católica en los términos acordados y lo hacen porque así lo establece el artículo 16.3 de la Constitución Española, pero no saliéndose de la aconfesionalidad que en ese mismo precepto también se señala. De ahí que se desprendan las lógicas consecuencias que ya he enunciado en los puntos 2 y 3 de estos criterios: relación laboral de los docentes de religión y tutela jurisdiccional de los actos contrarios a derechos constitucionales que pudieran darse en la elección del profesorado de religión propuesto por el Obispado.

Por último, mencionar que en el ámbito educativo, hablar de empresas de tendencia es hablar de centros privados o privados-concertados los cuales si tienen un ideario educativo, muchas veces de índole claramente religioso y que los docentes asumen desde el momento en que comienzan su relación laboral. Este ideario permite *“la modulación de los derechos del profesorado en consonancia con el ideario educativo de los centros privados”*⁹⁹

STC 51/2011, de 14 de abril

Otro caso muy relacionado con el que acabamos de ver, es el de otra profesora de religión católica en centro público, la cual había venido prestando servicios como profesora de religión católica a propuesta del Obispo de Almería, en diversos centros escolares públicos, desde el curso académico 1994/1995. En mayo de 2001 se le comunicó que *“no sería propuesta como profesora de religión y moral católica para el curso siguiente 2001/2002 por haber contraído matrimonio civil con un divorciado el 1 de septiembre de 2000”*. Fijándonos en las fechas que acabo de citar se observa que la trabajadora estuvo trabajando durante un tiempo, en concreto durante todo el curso escolar 2000/2001 estando ya casada civilmente. Sin embargo, el curso siguiente el Ordinario diocesano de Almería incluye a la docente en la relación de *“profesores de religión de enseñanza primaria que, habiendo prestado servicios como tales en el curso 2000/2001, no son propuestos para el curso siguiente”*.

La profesora formula demanda por despido ante la jurisdicción social¹⁰⁰. El Juzgado de lo Social dictó Sentencia¹⁰¹ desestimando la demanda planteada por carecer de acción

⁹⁹ STC 47/1985, de 27 de marzo.

¹⁰⁰ Contra el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, la Consejería de Educación y Ciencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía y el Obispado de Almería. (Juzgado núm. 3 de Almería).

¹⁰¹ SJS Almería, de 13 de diciembre de 2001.

la demandante, toda vez que el Juzgado entiende que no ha existido despido alguno sino meramente una terminación del contrato suscrito. La sentencia alude a que “*no ha existido discriminación ni violación de cualquier otro derecho fundamental*” y que “*las propuestas realizadas por el Ordinario diocesano del lugar no están sometidas a control alguno por parte del Estado*”. Contra dicha Sentencia, la demandante interpuso Recurso de Suplicación que fue desestimado¹⁰² confirmando íntegramente el pronunciamiento de instancia. La Sala acogió las tesis del Abogado del Estado razonó que “*no podía haber despido cuando no había relación laboral*”.

Resumiendo las Sentencias impugnadas se abstuvieron de ponderar los diversos derechos fundamentales en juego, limitándose a enjuiciar el conflicto planteado desde una perspectiva de estricta legalidad, desestimando la pretensión de la demandante de que se declarase como despido nulo la no renovación de su contrato de profesora de religión, por considerar que carece de acción, que no ha existido despido, sino meramente una extinción de contrato. No fueron más allá, no valoraron si la “*inidoneidad sobrevenida*” de la demandante motivada en contraer matrimonio civil con una persona divorciada podía atentar a los derechos fundamentales de la docente. En definitiva, no aplicaron la doctrina de la Sentencia que hemos comentado en el caso anterior, la STC 38/2007. El motivo es obvio. Son Sentencias anteriores a esta última, por lo tanto no era posible que aplicaran la jurisprudencia que fijó el Tribunal Constitucional a través de la Cuestión de Inconstitucionalidad en la citada STC 38/2007. Por tanto, el Tribunal Constitucional en recurso de amparo promovido por la demandante hizo valer la doctrina marcada por la STC 38/2007 **haciendo prevalecer los derechos fundamentales de la demandante por encima del criterio religioso** del Obispado de Almería que había considerado que contraer matrimonio en forma civil podía afectar al ejemplo y testimonio personal de vida cristiana que le es exigible según la doctrina católica del matrimonio. Y que la invalidaba para seguir siendo propuesta como docente.¹⁰³ Aclara la Sentencia que el Obispado de Almería nunca imputó a la docente la más mínima desviación de los contenidos de las enseñanzas religiosas, ni hubiese cuestionado la doctrina de la Iglesia católica respecto al matrimonio, o hubiese realizado apología del matrimonio civil, ni exhibición pública de su condición de persona casada con una persona divorciada. Incluso se hace eco la Sentencia de que la docente en una entrevista personal sostenida con el Delegado diocesano le había comentado

¹⁰² STSJ Andalucía, de 23 de abril de 2002

¹⁰³ Mediante la “*Declaración Eclesiástica de Idoneidad*”.

que “su marido iba a solicitar la nulidad de su anterior matrimonio, nulidad que le permitiría contraer matrimonio canónico”.

Por tanto el Tribunal reconoció la **existencia de discriminación por razón de las circunstancias personales de la docente** (art.14 CE), a la libertad ideológica (art.16.1CE) **en conexión con el derecho a contraer matrimonio** en la forma legalmente establecida (art.32 CE) y a la intimidad personal y familiar (art.18.1 CE). Así mismo anuló las anteriores sentencias y ordenó retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse la Sentencia del Juzgado de lo Social y dicte nueva Sentencia teniendo en cuenta la ponderación de los derechos fundamentales en virtud de la doctrina dada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia núm. 38/2007.

Por último mencionar que hubo un Voto particular que si bien estaba de acuerdo con el otorgamiento del amparo y con la doctrina aplicada al caso, pero iba un poco más allá, en el sentido que desde su personal punto de vista al final el que valida la decisión del Ordinario diocesano es la Administración, el propio Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y es esta validación última la que debería anularse. En cualquier caso, este Voto particular no afecta sustantivamente al contenido fundamental de nuestro trabajo; piénsese que el propio magistrado reconoce que se adhiere al otorgamiento de amparo y a la doctrina aplicada al caso.

3. CONCLUSIONES FINALES.

Las empresas, como ente eminentemente económico que son, buscan maximizar el beneficio y para ello ejercen el poder de organización y dirección sobre sus propios medios de producción y por su puesto sobre los trabajadores, facultad que les otorga la principal ley laboral en el primero de sus artículos.¹⁰⁴

El avance cada vez con mayor dinamismo de las tecnologías de la información y comunicación, así como su aparición casi continua en prácticamente todas las facetas de nuestra vida hace que irremediabilmente estén impregnando también las relaciones laborales de hoy en día. La evolución en las últimas décadas ha sido espectacular, todos nosotros en la medida de nuestras posibilidades hemos tenido que ir adaptándonos, pero son las empresas las que han sido “obligadas” si querían perdurar en este mundo cada vez más globalizado y competitivo.

La introducción de las llamadas TIC’s en las empresas y su asociación a los diferentes puestos de trabajo puede conllevar repercusiones para la persona del trabajador.

¹⁰⁴ Art. 1.1 ET, citado como nota al pie en la “Justificación” de este trabajo. Por evitar redundancias, no lo desarrollo aquí.

Debieran ser reguladas por el Derecho Laboral, pero éste difícilmente puede seguir el ritmo legislativo que “impone” la tecnología.

Por otra parte, el trabajador adquiere tal condición mediante la firma del contrato de trabajo, y si bien es verdad que la relación así adquirida limita en cierta medida la autonomía del trabajador, no es menos cierto que su condición de ciudadano lleva implícita una serie de derechos, los “fundamentales” que no se pierden nunca, están “*superprotegidos*” constitucionalmente. A pesar de esta prevalencia es claro el criterio constitucional que dice que “*ningún derecho es absoluto, ni siquiera los fundamentales*”. Por tanto, la situación que se nos ha planteado a lo largo de este trabajo es por una parte, una empresa que busca alcanzar sus objetivos, introduce todos los medios a su alcance para ello, sobre los que además esta facultada a ejercer labores de organización y control y por otra parte, un trabajador, que además de serlo no deja de ser ciudadano y por ello, mantiene sus derechos fundamentales, también durante el desarrollo de la relación laboral.

Si los derechos fundamentales del trabajador fueran absolutos la casuística que se nos ha ido planteando a lo largo de este trabajo hubiera sido, desde luego mucho más sencilla. Pero como no es así, ocurre que con frecuencia surgen enfrentamientos entre el poder de dirección y organización de la empresa y los derechos fundamentales del trabajador. Y como la normativa que debiera regular, es más bien escasa y a menudo desfasada, son los Tribunales los que tienen que ir resolviendo caso por caso, encontrándonos ante uno de los campos del Derecho del Trabajo que es básicamente jurisprudencial, donde los propios Tribunales van formando criterios clarificadores de las distintas casuísticas que van surgiendo, preservando el necesario equilibrio entre las dos partes y teniendo siempre presente el carácter prevalente que no absoluto de los derechos fundamentales y el *principio de proporcionalidad*¹⁰⁵ con su triple test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

En otro orden de cosas, otra idea que quiero enunciar en esta conclusión es que los propios criterios que parecen claros a la hora de valorar la actuación de un trabajador, siempre deben ser evaluados y puestos en consideración con respecto a cada situación concreta. Términos como “*inocuidad*” en el uso de los medios informáticos, “*autorización tácita*” del uso del correo electrónico, “*coste y riesgo para la empresa*” del uso no laboral de los medios informáticos por el trabajador, “*menor intrusividad en la intimidad*” de los

¹⁰⁵ STC 199/1999,8 de noviembre: “*los derechos fundamentales del trabajador deben adaptarse a los requerimientos de la organización productiva*”. STC núm. 49/2003, de 17 de marzo: “*las facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador que son prevalentes y constituyen un límite infranqueable, no solo respecto a sus facultades sancionadoras, sino a las de organización y gestión, causales y discrecionales*”.

sistemas de control introducidos por la empresa, “micropausas” normales en el seno del trabajo, o el carácter “no subrepticio” en el establecimiento de los controles, son entre otros muchos que se podrían enunciar aquí, sólo algunos de los ejemplos que muestran el carácter abierto, flexible, dinámico, individualizado,... que hace que nos movamos siempre en un terreno, a mi modo de ver de “inseguridad jurídica”, expresión que pienso, resume el ámbito de estudio de este trabajo fin de grado.

Pero es que aún se puede llevar un poco más lejos la idea y cuando se ha planteado la posibilidad o no de establecer prohibiciones absolutas, que desde luego clarificarían la situación planteada¹⁰⁶, la propia posibilidad de establecimiento de dicha prohibición, desde una perspectiva de la buena fe contractual, ha sido puesta en entredicho, desde luego modulada en diversas ocasiones, y en otras incluso cuestionada cuando se pone en relación con términos como el nuevo sentido de las comunicaciones o la conciliación de la vida familiar y laboral.¹⁰⁷

Por otra parte, también quiero reflejar aquí el especial grado de protección que ostentan algunos aspectos que son considerados pertenecientes a la esfera privada del trabajador, y en los que el empresario si bien siempre tendrá la posibilidad de vigilancia, ésta tendrá un matiz de excepcionalidad, argumentándose sólo en la defensa del patrimonio empresarial o del resto de trabajadores y donde el empresario realiza funciones de policía o “autoridad privada”. Me estoy refiriendo a los registros de la persona del trabajador, de sus efectos personales y de su taquilla, aspectos regulados por el art.18 ET,¹⁰⁸ y entre los que no se encuentran los medios informáticos puestos a disposición del trabajador, que son instrumentos de producción, de titularidad empresarial y donde este tiene facultades de control¹⁰⁹ de su utilización en aras de la maximización de beneficios a la que antes nos referíamos.

El problema se presenta desde el momento en que existe ese “tácito” reconocimiento a un uso “inocuo” de los medios informáticos por parte del trabajador, junto con los

¹⁰⁶ Por ejemplo con respecto al uso no laboral del correo electrónico.

¹⁰⁷ SJS de Madrid, de 18 de septiembre de 2002 y SJS de Madrid, de 11 febrero de 2003 indican que “*las prohibiciones absolutas de los medios informáticos son contrarias al derecho a la comunicación establecido en el art.20.1.a) CE*. La SJS de Barcelona, de 16 de septiembre de 2002 consagra que “*las normas tienen que ser interpretadas conforme a la realidad social del tiempo en que se hayan de aplicar*”.

¹⁰⁸ Art. 18 ET: Inviolabilidad de la persona del trabajador: “*Sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible*”.

¹⁰⁹ Art.20 ET: “*El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso*”.

criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que introduce el concepto de “*expectativa de intimidad*” y que por tanto obliga al empresario a su previa destrucción para de alguna forma validar el registro en cuestión.

Todas estas cuestiones, junto con otras que no han sido a penas tratadas a lo largo de este trabajo fin de grado, como puede ser el tiempo de uso “real”¹¹⁰ de Internet por parte del trabajador o la prueba de la “autoría” del hecho¹¹¹, dotan al contenido de este trabajo, como ya se ha dicho, de una continua búsqueda de criterios reales, la mayoría de las veces jurisprudenciales y no siempre fijos. Ello ha constituido el objetivo de este trabajo fin de grado y a ello ha ido conducido.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- CALVO GALLEGO, F.J. “TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales”. Aranzadi, 2012.
- CALVO GALLEGO, F.J. “Sobre el modo de ejercicio de la cláusula de conciencia y otras cuestiones conexas”. Aranzadi, 2002.
- DEL REY GUANTER, S. “Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general”. LA LEY, 1995
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. “La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo”. LA LEY, 2006.
- GOÑI SEIN, J.L.. “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”. Bomarzo, 2005.
- MARTÍN VALVERDE, A; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F; GARCÍA MURCIA, J. “Derecho del Trabajo”. 20ª Edición. Técnos.

¹¹⁰ Me refiero aquí a diferenciar tiempo que el trabajador tiene “abierto” facebook, twitter u otro programa similar y tiempo en que realmente está utilizando dicho programa, sin trabajar “efectivamente”, por tanto.

¹¹¹ Ya se dijo a este respecto que el password del ordenador en según que empresas fácilmente no impida el acceso de otro compañero o de otra persona al equipo en cuestión por lo que podrían surgir en algunos casos dudas con respecto a la “autoría” de los hechos.

- MOLINA NAVARRETE, C y OLARTE ENCABO, S. "Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". LA LEY, 1999.
- OJEDA AVILÉS, A ; IGARTUA MIRÓ M.T.. "La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos Apuntes". Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, número 73.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. ."Derecho del Trabajo" 19ª Edición. Centro de Estudios Ramón Areces (CERA), 2011.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y otros. "Curso de derecho del trabajo". Tirant lo Blanch, 2009.
- RODRÍGUEZ - PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. "Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo". LA LEY. 2002.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.. "El estado aconfesional o neutro como sujeto religiosamente incapaz. Un modelo explicativo del art.16.3. CE". Aranzadi, 2008.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. "Navegar por Internet en horas de trabajo. ¿Quién? ¿Yo?". Aranzadi Social, 2010
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C; SEMPERE NAVARRO, A.V. "Sobre el control de los ordenadores". Aranzadi, 2012.
- TODOLÍ SIGNÉS, A. "El registro informático como base para el despido. Cuestiones fundamentales". Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías número 25, 2011.