

EDITORIAL
IMPACTO LABORAL DEL USO DE DISPOSITIVOS TECNOLÓGICOS Y
DERECHOS FUNDAMENTALES:
NUEVAS RESPUESTAS PARA UN TIEMPO NUEVO

Jesús R. Mercader Uguina
Catedrático Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

Estamos, sin duda, en una era de cambio y transformación en el que lo digital lo invade todo. Época de disrupciones técnicas y de importantes cambios en los hábitos y en las conciencias sociales que comienzan también a traslucirse en el plano jurídico. El control a través de sistemas de videovigilancia, microfónicos y telefónicos, el rastreo a través de sistemas de geolocalización; los controles biométricos; el seguimiento de los correos electrónicos y de las navegaciones por internet; el impacto de las redes sociales o, en fin, la enorme proyección que sobre lo laboral comienzan a tener las técnicas del Big Data, conforman una realidad en la que la vigilancia empresarial se ha convertido en algo más impersonal, pero no por ello menos invasivo. Sirva esta editorial a este número monográfico de IUSLabor como apunte de lo que debiera ser una reflexión de mayor alcance sobre los efectos que en la estructura profunda de los derechos fundamentales está produciendo la incorporación de técnicas de control tecnológicamente avanzadas.

Y es que, en efecto, los derechos fundamentales protagonistas en la era del cambio tecnológico comienzan a sufrir también las consecuencias de estas aceleradas transformaciones. Los espacios de la intimidad (artículo 18.1 CE), el secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE) o la protección de datos (artículo 18.4 CE) son objeto de una creciente confusión. A ello contribuye, sin duda, la definición de las fronteras dentro de ese territorio cada vez más amplio pero cada vez más impreciso que es la privacidad, entendida ésta como un conjunto amplio y global de facetas de la personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca, pero que, enlazadas entre sí, arrojan un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado.

No sorprende, por ello, que se haya afirmado que la protección de datos se está “comiendo” progresivamente al derecho a la intimidad, tampoco lo hace que dentro del mismo ordenamiento jurídico el derecho al secreto de las comunicaciones pueda tener interpretaciones diversas (como ponen de manifiesto las orientaciones divergentes que siguen el orden social y penal) y, en fin, es una afirmación clásica en la doctrina de

nuestro Tribunal Constitucional que el contenido de los derechos que integran el núcleo del artículo 18 CE no son coextensos, por lo que, consecuentemente, su régimen de protección constitucional es diferente y autónomo. En suma, cada uno responde a lógicas propias y fines propios.

A la anterior confusión contribuye también la tutela multinivel de estos derechos. Las interpretaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de nuestro Tribunal Constitucional y del propio Tribunal Supremo han contribuido a la definición de un modelo de lógicas cruzadas que tampoco ha ayudado para clarificar ni espacios ni situaciones. Buen ejemplo es la cuestión relativa al control empresarial del correo electrónico o al establecimiento de sistemas de videovigilancia en la empresa. Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos Barbulescu I y II o en el más reciente López Ribalda han ayudado a sembrar más dudas que certidumbres. Si ello se une la recepción de los jueces nacionales todo ello pone de manifiesto contradicciones o, por expresarlo con mayor elegancia, una significativa falta de sintonía entre los órganos jurisdiccionales de las diversas instancias. Idas y vueltas llenas de matices interpretativos que han contribuido a construir una realidad insegura y oscura en un ámbito en la que la claridad y la seguridad debieran ser la regla.

De este modo, cuando nos preguntamos por el alcance de los derechos fundamentales en la relación de trabajo, lentamente convergemos hacia una búsqueda del equilibrio y ponderación entre los derechos fundamentales de alcance laboral (intimidación, secreto de las comunicaciones y protección de datos) y el derecho a la propiedad o la propia libertad de empresa (artículos 33 y 38 CE) en cada caso concreto. Mucho se ha escrito y debatido en los últimos años sobre cómo debe alcanzarse ese circunstanciado ajuste. La propia definición de qué deba de entenderse por “ponderación” plantea indudables problemas y nos remite a una metáfora que nos sitúa ante una balanza imaginaria que nos debe permitir “pesar” los derechos en juego. El resultado es evidente también: el equilibrio alcanzado no se encuentra nunca en el término medio, puesto que los valores pueden no tener el mismo peso, de manera que el equilibrio se encontraría en un punto más próximo a un extremo que a otro. El juicio de proporcionalidad creado por la doctrina constitucional parece ser hasta hora la panacea que sirve para dar solución a todos estos problemas.

La adaptación de las técnicas de interpretación jurídica a estas nuevas realidades de geometría variable hace nacer también criterios “standard”. Buen ejemplo de ello es el criterio de “*expectativa razonable de intimidación*” construido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que ha sido incorporado por nuestro Tribunal Supremo en el análisis de los problemas vinculados al control del material informático facilitado por la empresa como herramienta de trabajo. Esta forma de afrontar por los Tribunales los

supuestos complejos no es, desde luego, nueva. Mediante la aplicación de estándares, se aproxima el Derecho a la idea de justicia, haciéndose más borrosa, si cabe, la línea de demarcación entre los campos de producción normativa y la aplicación e interpretación de la norma.

Puede afirmarse, como venimos señalando, que ha sido, esencialmente, en el terreno de la interpretación y aplicación donde se vienen dirimiendo los problemas vinculados a las nuevas dimensiones de los derechos fundamentales en tanto en cuanto ni el legislador nacional ni el europeo dan respuestas a estas nuevas situaciones. Por ello en un mundo donde las ponderaciones judiciales se mueven por el sendero de la incertidumbre surge con fuerza la función normativa a la hora de resolver problemas. El reciente Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) revela esta vuelta a lo normativo a la hora de urbanizar los nuevos espacios derivados de la transformación tecnológica.

La protección de datos es, probablemente, una de las garantías individuales que mayor desarrollo normativo ha experimentado a nivel europeo en los últimos años. La construcción de un complejo y sofisticado modelo de tutela de los riesgos frente al uso abusivo de los datos personales viene a representar un salto de paradigma. Un diseño normativo que se enfrenta a problemas esenciales de la transformación digital: la transparencia informativa, la exigencia de responsabilidad en los agentes que intervienen en el sistema, el papel y el alcance del consentimiento en el terreno de los derechos fundamentales o, en fin, la construcción de un complejo sistema de tutela que incorpora la propia técnica en el diseño mismo de la norma y se enfrenta a ella desde su directa contemplación.

¿Estamos en presencia de un modelo a imitar? Probablemente. La construcción de los derechos fundamentales de la disrupción digital se deberá enfrentar a retos significativos y globales por lo que la construcción desde el caso concreto puede comenzar un lento y progresivo declive. La compleja realidad a la que nos enfrentamos requerirá de soluciones imaginativas en lo jurídico y, por paradójico que pueda parecer, volver a las soluciones abstractas y generales puede ser una forma revolucionaria de enfrentarnos a estas disruptivas realidades.